



HAL
open science

Prévention des risques, contrôle des programmes de conformité et nouveaux mécanismes de responsabilité : étude de la loi Sapin 2 (titre I) et de la loi relative au devoir de vigilance

Hadrien Torron

► To cite this version:

Hadrien Torron. Prévention des risques, contrôle des programmes de conformité et nouveaux mécanismes de responsabilité : étude de la loi Sapin 2 (titre I) et de la loi relative au devoir de vigilance. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2022. Français. NNT : 2022PA01D022 . tel-03950282

HAL Id: tel-03950282

<https://theses.hal.science/tel-03950282>

Submitted on 21 Jan 2023

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.

Université Panthéon-Sorbonne

(Paris 1)



**Prévention des risques, contrôle des programmes de
conformité et nouveaux mécanismes de responsabilité :**
**Etude de la loi Sapin 2 (titre I) et de la loi relative
au devoir de vigilance**

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit

Réalisée sous CIFRE au sein de la société Orano (Avril 2018 - Juin 2021)

Présentée et soutenue publiquement le 15 juin 2022

Hadrien TORRON

Membres du jury :

- **M. Bruno DONDERO** *Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)*
Directeur de thèse
- **M. Didier PORACCHIA** *Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)*
Président du jury
- **Mme Sophie Schiller** *Professeur à l'Université Paris Dauphine*
Rapporteur
- **M. Yann Paclot** *Professeur à l'Université Paris-Saclay*
Rapporteur
- **Mme Catherine Malecki** *Professeur à l'Université Rennes 2*

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; les opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens, tout d'abord, à remercier Camille qui partage ma vie et sans qui je n'aurais pu réaliser ce travail et mener à bien ce projet.

Ensuite, j'exprime mes sincères remerciements au Professeur Bruno Dondero pour ses conseils avisés et sa bienveillance.

Bien évidemment, je tiens à exprimer toute ma gratitude aux personnes qui m'ont fait confiance professionnellement chez Orano. Particulièrement Stéphanie Smatt Pinelli pour l'attrait qu'elle a développé sur mon sujet de thèse et son soutien quotidien chez Orano qui m'a beaucoup touché et Yann Guilbaud pour sa disponibilité et la qualité de nos échanges.

Je tiens, également, à remercier chaleureusement Marie-Aude Ziadé qui dès le début a cru en moi et m'a donné ma chance et son associé, Jérémie Fierville, pour leur confiance.

Je tiens également particulièrement à remercier mes proches : Thomas Livenais pour la profondeur de notre amitié qui m'a beaucoup aidé, Virgile Zeimet pour sa mesure et son intelligence, Clothilde Decrombecque pour son humour et son appui constant.

Enfin, je tiens bien évidemment à remercier mes parents, mes frères et tous mes amis qui m'ont soutenu pendant ces longues années.

Résumé

La loi Sapin 2 (titre 1) et la loi relative au devoir de vigilance ont profondément modifié le paysage juridique français en portant l'avènement de la prévention des risques et en l'assortissant de sanctions inédites.

Qu'il s'agisse du renouveau de la lutte contre la corruption ou de la protection des intérêts couverts par le devoir de vigilance (droits humains et libertés fondamentales, santé et sécurité des personnes, environnement), ces deux lois d'ampleur constituent des réactions face à des constats d'échecs importants.

Les transformations opérées par leur caractère tantôt évolutif, tantôt révolutionnaire, plongent ainsi les entreprises dans le monde de la conformité.

En ce sens, les deux lois étudiées mettent en place une dichotomie identique : une première phase préventive consistant à identifier et gérer les risques, une deuxième phase relevant du contrôle, voire du contentieux.

Si les phases préventives comportent de nombreux points communs, des axes de divergence se dessinent dès la mise en application du programme de conformité.

Ces divergences deviennent complètes dès lors que le contrôle et le contentieux succèdent à la prévention.

Ces mouvements d'identité et de dissemblance caractérisent l'étude commune de la loi Sapin 2 et de la loi relative au devoir de vigilance.

Ils permettent également d'appréhender les évolutions françaises et européennes données à ces textes que l'on pourrait qualifier d'initiatives ambitieuses, heureuses mais inachevées et, dès lors, en mutation constante.

Notre thèse ambitionne de donner une grille de lecture pour comprendre comment ces deux lois, absolument majeures, ont modifié le rapport de la personne morale à ses objectifs et desseins par l'instauration de bornes et limites là où les outils que constituent les incitations à la RSE et les classiques actions publique et civile n'ont pas réussi à s'imposer.

Abstract

The Sapin 2 law (title 1) and the law on the duty of care have deeply modified the French legal landscape by bringing about the advent of risk prevention and combining it with unprecedented sanctions.

Whether it be about the renewal of the fight against corruption or the fight against the interests protected by the duty of care (human rights and fundamental freedoms, health and safety of persons, environment), both key laws constitute reactions to major dysfunctions.

Through their evolutionary or revolutionary character, the transformations have immersed companies into the world of compliance.

In this perspective, both laws are structured along an identical dichotomy: a first preventive phase consisting in identifying and managing risks, and a second phase revolving around control and, in some cases, litigation.

While the preventive phases have numerous points in common, discrepancies are noticeable when compliance programmes start being implemented.

Specifically, these divergences become complete as soon as control and litigation take over from prevention.

Hence, it is those movements of similitudes and dissimilarities that characterize the joint study of the Sapin 2 law and the law on the duty of care.

The study of such movements also allows to apprehend the French and European developments given these texts, which could be qualified as ambitious, welcome but incomplete, and thus in constant evolution.

The aim of this thesis is therefore to provide a clear and consistent framework for understanding how these two major laws have altered the interaction between the legal person to its objectives and purposes by establishing limits and boundaries where the tools of CSR incentives and traditional public and civil actions have failed to impose themselves.

Contexte professionnel de la présente thèse

Cette thèse de doctorat a été réalisée dans le cadre d'une Convention Industrielle de Formation par la Recherche (CIFRE) au sein de Groupe Orano (anciennement AREVA) du 3 avril 2018 au 30 juin 2021.

L'objectif de cette thèse était double : d'une part, permettre à la Direction juridique du Groupe Orano de bénéficier d'un travail de fond sur des thématiques juridiques importantes et qui intéressent directement son activité et, d'autre part, profiter dans le cadre de mes recherches de l'exposition du Groupe Orano aux problématiques traitées dans cette thèse.

Toutefois, la segmentation des directions centrales d'un groupe comme Orano a nécessairement constitué un frein à un investissement pratique sur tous les aspects de ma thèse. Mon rattachement à la Direction juridique en charge des contentieux et non à la Direction de la conformité a néanmoins été un choix qui s'est avéré opportun au fil des années.

Il s'est fait en cohérence avec mon parcours professionnel et mon attrait pour le contentieux et m'a permis un fort investissement sur tous les aspects du devoir de vigilance en même temps que le développement de nombreuses consultations internes sur des thématiques du titre 1 de la loi Sapin 2.

Les contentieux, passionnants, sur lesquels j'ai eu la chance d'être investi ont nourri ma réflexion mais n'en demeurent pas moins strictement confidentiels et ma rédaction a naturellement été contrainte par cet aspect.

Mon investissement a été moindre sur l'activité de mise en conformité à la loi Sapin 2 *stricto sensu* qui, logiquement, relève au sein du Groupe Orano de la Direction de la conformité et non de la Direction juridique en charge des contentieux.

Mon activité actuelle de juriste au sein du cabinet d'avocats Fierville Ziadé confirme la dynamique d'une approche complète des thématiques de la loi relative au devoir de vigilance et d'une approche plus contentieuse des thématiques de la loi Sapin 2.

Quoiqu'il en soit, l'opportunité de mener une thèse de doctorat au sein d'une Direction juridique à l'activité aussi riche que celle d'Orano a été une formidable expérience. Elle m'a permis d'approfondir les aspects tant pratiques que juridiques que recèlent mon sujet de thèse, un investissement fort sur des dossiers fondamentaux et la possibilité de plaider devant les juridictions consulaires.

Je tiens, à cet égard, à remercier une nouvelle fois Yann Guilbaud et Stéphanie Smatt Pinelli pour leur compréhension et leur confiance.

Table des principales abréviations

AFA : Agence française anticorruption
AFEP : Association française des entreprises privées
AAI : Autorité administrative indépendante
AJDA : Actualité juridique du droit administratif
AJ Pénal : Actualité juridique de droit pénal
Al : Alinéa
AMF : Autorité des marchés financiers
ANSA : Association Nationale des Sociétés par Actions
Art : Article

CA : Cour d'appel
Cass. AP : Assemblée plénière de la Cour de la cassation
Conv. EDH : Convention Européenne des Droits de l'Homme
CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme
CFDT : Confédération française démocratique du travail
CGT : Confédération générale du travail
CHSCT : Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail
Civ : Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE : Cour de justice des communautés européennes
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
CJIP : Convention judiciaire d'intérêt public
CMF : Code monétaire et financier
CNIL : Commission nationale de l'informatique et des libertés
COB : Commissions des opérations de Bourse
COJ : Code de l'organisation judiciaire
Com : Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm : Commentaire
Commission EDH : Commission européenne des droits de l'homme
Conv. EDH : Convention européenne des droits de l'homme

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme
CPH : Conseil des Prud'hommes
Crim : Chambre criminelle de la Cour de cassation
CRPC : Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité
CSE : Comité social et économique

DAGC : Direction des affaires criminelles et des grâces
DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DGA : Direction générale de l'action sociale
DGT : Direction générale du travail
Dir. : dirigé par
Doctr. : Doctrine
DOJ : Department of Justice des Etats-Unis
DPA : Deferred prosecution agreement

Ed. : Edition(s)
ETI : Entreprise de taille intermédiaire
EURL : Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée

FCPA : Foreign Corrupt Practices Act

GRI : Global Reporting Initiative
GRECO : Groupe d'Etats contre la corruption

HATVP : Haute Autorité pour la transparence de la vie publique
HSBC : *Hong Kong and Shanghai banking corporation*

Ibid. : Ibidem
IGF : Inspection générale des finances

JME : Juge de la mise en état
JV : Joint-venture

Loi PACTE : Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises

Loi Sapin 2 : Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

Loi relative au devoir de vigilance : Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre

Loi Wasserman : Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte

LRAR : Lettre recommandée avec accusé de réception

MEDEF : Mouvement des entreprises de France

OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques

ONU : Organisation des Nations Unies

P. : Page

PCN : Point de contact national de l'OCDE

PIB : Produit intérieur brut

PME : Petite(s) et moyenne(s) entreprise(s)

PNF : Parquet national financier

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

RSE : Responsabilité sociale des entreprises

RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial

S. : Suivant

SA : Société anonyme

SARL : Société à responsabilité limitée

SAS : Société par actions simplifiée

SCA : Société en commandite par actions

SCPC : Service central de prévention de la corruption

SEC : Securities and Exchange Commission

SELARL : Société d'exercice libéral à responsabilité limitée

SFO : Serious Fraud Office

Soc : Chambre sociale de la Cour de cassation

SOX : Sarbanes-Oxley

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TGI : Tribunal de grande instance

TJ : Tribunal judiciaire

TRACFIN : Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins

UBS : Union bancaire suisse

UE : Union européenne

UKBA : United Kingdom Bribery Act

Introduction générale.....	18
Partie 1. Les mécanismes de prévention des risques rendus obligatoires par la loi Sapin 2 et la loi relative au devoir de vigilance	48
Titre 1. Libérer la parole au sein des entreprises et inciter des sources d’information à devenir des lanceurs d’alerte	49
Chapitre 1. La longue évolution du lanceur d’alerte en droit français avant la loi Sapin 2.....	49
Chapitre 2. La protection accordée aux lanceurs d’alerte par les autorités internationales et supranationales : des sources d’inspiration et d’évolution du droit français	71
Chapitre 3. Les régimes de protection du lanceur d’alerte à la suite de la loi Sapin 2	92
Chapitre 4. Vers un nouveau droit fondamental du lanceur d’alerte	127
Titre 2. Responsabiliser les entreprises par la mise en place de procédures permettant l’identification et la prévention des risques	164
Chapitre 1. Deux programmes de compliance, une méthode et une ambition commune.....	164
Chapitre 2. La mise en application ou les limites du parallélisme.....	194
Partie 2. Les mécanismes de contrôle et de responsabilité mis en place par la loi Sapin 2 et la loi relative au devoir de vigilance	248
Titre 1. Contrôler l’identification, la prévention et la gestion des risques par les entreprises	249
Chapitre 1. Le contrôle de la qualité du plan de vigilance ou la création d’une nouvelle dimension contentieuse	249
Chapitre 2. Le contrôle de la qualité du programme anticorruption par l’AFA	326
Titre 2. Sanctionner et réparer les atteintes protégées par les programmes de conformité ..	374
Chapitre 1. Le renouveau de la lutte contre les atteintes à la probité	374
Chapitre 2. L’action en responsabilité fondée sur le défaut de vigilance	441
Conclusion générale	471

Introduction générale

“You simply can't manage anything you can't measure”¹.

“By managing what gets measured, we can break the tragedy of the horizons”².

1. Ces deux citations sont issues de contextes très différents et nous prenons la liberté de les réunir pour introduire notre propos en ce qu'elles nous semblent présenter à la fois le mode opératoire et l'objectif que dessine la mise en conformité au programme anticorruption de la loi Sapin 2 et à la loi relative au devoir de vigilance.

Notre première citation est un adage ancien, attribué à William Thomson, un physicien britannique du 19^{ème} siècle. Anobli par la reine d'Angleterre en 1892 pour la qualité de ses travaux, il est plus connu sous le nom de Lord Kelvin.

Lord Kelvin vise l'établissement d'une vérité générale : la mesure est à la base de tout processus de compréhension³.

2. Cet adage résonne aujourd'hui dans l'esprit de la mise en conformité par le travail de recherche, de mesure et de hiérarchisation des risques qui constitue le préalable nécessaire à une bonne maîtrise desdits risques.

Il est indispensable pour remédier à un problème d'être en mesure de l'identifier et de le mesurer pour l'appréhender avec précision et rigueur.

Il semble donc vain pour une entreprise souhaitant gérer et prévenir le risque de corruption ou le risque d'atteinte aux droits humains et aux libertés fondamentales, à la santé et la sécurité des personnes et à l'environnement de ne pas adopter une méthodologie pour les identifier au sein de ses activités et les hiérarchiser selon leur degré d'importance.

¹ Pour une traduction libre : « On ne gère bien que ce que l'on mesure ».

² Pour une traduction libre : « En gérant ce qui peut être mesuré, il est possible de briser la tragédie des horizons ».

³ Lord Kelvin était confronté à la question de la reproduction du processus de fermentation de la bière, sans l'aide d'un brasseur. En développant ses connaissances sur le processus de fermentation, il comprit qu'il ne pouvait faire l'économie d'une évaluation précise de la température au cours du processus de fabrication. Il inventa donc une unité de mesure, le kelvin, pour y parvenir.

La mesure des risques doit permettre à l'entreprise de concentrer ses efforts sur les atteintes les plus sensibles et dont le niveau de matérialisation est le plus élevé. Il s'agit, en définitive, du travail de cartographie des risques requis par le titre I de la loi Sapin 2⁴ et la loi relative au devoir de vigilance⁵.

3. La deuxième citation nous vient d'un célèbre discours prononcé par Mark Carney, gouverneur de la banque d'Angleterre, au *Lloyd's of London*, le 29 septembre 2015⁶.

Le *Lloyd's of London*, fondé en 1688 et situé à Londres, est le plus grand marché international d'assurance. Il emploie près de 300.000 personnes et contribue au PIB annuel anglais à hauteur de 25 milliards de livres sterling.

Invité à se prononcer à l'occasion d'un dîner organisé à la *City*, M. Carney tint un discours désormais célèbre intitulé en langue anglaise « *breaking the tragedy of the horizons – climate change and financial stability* »⁷.

M. Carney explique que la gestion du réchauffement climatique relève d'une tragédie des horizons en ce que les conséquences de ce réchauffement sont amenées à se manifester sur un temps particulièrement long qui impactera les générations futures. Ainsi, pour appréhender les conséquences de nos modes de vie, il est indispensable de penser à cet horizon lointain qui contraste très nettement avec le cycle de la vie des affaires.

⁴ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Voir X. Boucobza, Y-M. Serinet « Loi Sapin 2 et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », Recueil Dalloz 2017, p. 1619 ; A. Pietrancosta « La loi « Sapin II » prise aux mots : transparence – anticorruption – modernisation », Fauves, 2017 ; B. Saintourens, P. Emy, « La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin 2 ») », Revue des sociétés 2017, p. 131. ; dossier « La loi « Sapin II » à hauteur des enjeux ? », AJ Pénal 2017, p. 61. ; C. Rolland, « Création de l'Agence française anticorruption par la loi « Sapin 2 » : quels moyens pour quelle action ? », AJ Collectivités Territoriales 2017, p. 124. ; S. Dyens, « Le lanceur d'alerte dans la loi Sapin 2 : un renforcement en trompe-l'œil », AJ Collectivité territoriales 2017.

⁵ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Voir S. Schiller « Le devoir de vigilance », Centre de Recherche Droit Dauphine, LexisNexis, 2019 et « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », La Semaine Juridique Edition Générale n°22, 29 mai 2017 ; C. Malecki « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », Bulletin Joly Sociétés, Mai 2017 ; S. Brabant, E. Savourey, C. Michon, « Le plan de vigilance - Clé de voute de la loi relative au devoir de vigilance », Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires - Supplément à la Semaine Juridique entreprise et affaires n°50 du 14 décembre 2017 ; X. Boucobza, Y-M. Serinet « Loi Sapin 2 et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », Recueil Dalloz 2017, p. 1619.

⁶ Pour une traduction libre, se référer à la traduction proposée par le vice-président du Shift Project, Michel Lepetit, disponible ici : <http://global-warning.fr/wp-content/uploads/2016/03/Carney-tragedy-of-the-horizon-sept-2015-Trad-M.Lepetit.pdf>.

⁷ Pour une traduction libre : « Briser la tragédie des horizons – changement climatique et stabilité financière ».

4. A défaut, si le risque climatique devait être géré selon notre horizon habituel et donc uniquement lorsque le changement climatique produirait des effets relevant d'un danger évident et immédiat, il serait alors trop tard pour espérer le maîtriser sans que les dommages ne soient immenses.

Il est, dès lors, assez cohérent que ce discours ait été prononcé auprès d'un public d'assureurs, cette profession étant en première ligne de la gestion des dommages liés aux effets de l'évolution de notre climat.

5. Quels sont les liens existants entre la tragédie des horizons décrite par M. Carney et notre étude consacrée au titre I de la loi Sapin 2 et à la loi relative au devoir de vigilance ?

Il nous semble que la loi relative au devoir de vigilance et la lutte contre les atteintes à la probité portée par le titre I de la loi Sapin 2 ont justement pour ambition de faire coïncider des horizons habituellement opposés.

En mettant en place un nouveau paradigme de prévention des risques et de responsabilisation des entreprises, ces deux lois portent l'ambition de réorienter les acteurs économiques vers un certain nombre de risques et conséquences inhérents à leurs activités.

A cette fin, ces deux lois utilisent une méthode commune obligeant les entreprises à se conformer au triptyque suivant : (i) prévenir les risques par la mise en place d'un programme de conformité qui suppose de les identifier, de les mesurer et de les hiérarchiser, (ii) anticiper et gérer le contrôle qui sera exercé afin d'évaluer la correcte mise en application du programme de conformité et (iii) s'exposer à une judiciarisation et/ou à des sanctions si malgré la présence du programme de conformité un risque s'est réalisé.

La mise en place de ce nouveau modèle ambitieux s'inscrit dans une dynamique de rupture du législateur visant à dépasser des constats d'échec importants (Section 1).

Les instruments mis en place pèchent toutefois par leur instabilité rendant leur appréhension difficile et obligeant le lecteur à l'anticipation de nombreuses évolutions (Section 2).

Section 1. Des lois d'ampleur pour faire face à des constats d'échec

6. L'analyse du titre I de la loi Sapin 2 et de la loi relative au devoir de vigilance amène au constat de l'existence de points de convergence et de divergence entre les deux lois.

Si ces dernières s'éloignent naturellement dans l'examen des mesures de contrôle, de sanctions et de responsabilité qu'elles mettent en œuvre, elles se rejoignent dans l'ère de la prévention du risque qu'elles proposent (§1) afin de tenter de réconcilier l'entreprise avec des horizons qui semblent éloignés de son objet naturel (§2).

Pour parvenir à cet objectif, la loi Sapin 2 et la loi relative au devoir de vigilance portent l'avènement de la mise en conformité en France qui se distingue de la démarche en matière de RSE par une auto-évaluation obligatoire, conduite par les entreprises concernées, et sanctionnée (§3).

§1. L'inéluctable évolution de la prévention des risques et de la transaction judiciaire

7. Le titre I de la loi Sapin 2 comme la loi relative au devoir de vigilance portent l'espoir d'une rupture au regard de dérives antérieures et l'avènement d'une culture de la prévention des risques dont les mécanismes désormais obligatoires constituent ce qu'il est commun d'appeler la « *compliance* » ou la mise en conformité.

La loi Sapin 2 apporte une évolution attendue en matière de lutte contre la corruption mettant en exergue l'influence majeure du droit américain sur la manière dont nous pensons la lutte contre cette infraction et sa répression (A).

De son côté, la loi relative au devoir de vigilance nous semble définitivement pionnière en ce qu'elle introduit l'idée que la distance, qu'elle soit géographique ou juridique, entre le donneur d'ordre et ses sous-traitants ou fournisseurs ne suffit plus pour qu'une entreprise se dédouane d'atteintes à la santé et la sécurité des personnes, aux droits humains et à l'environnement (B).

A. Une évolution de la lutte contre la corruption sous haute influence

8. La lecture des débats parlementaires révèle une forte volonté de rupture du législateur français en matière de lutte contre la corruption avec la mise en place de la loi Sapin 2.

Il faut effectivement convenir du fait qu'antérieurement à la promulgation de la loi Sapin 2 la répression de la corruption par les juridictions françaises accusait un sérieux retard en la matière (voir *infra*, § n° 307 et s.).

En 2003, le nombre de condamnations pour des faits de corruption en France est de 124. En 2013, il est de 143⁸. Soit une augmentation de 15 % en dix ans sur la base d'un chiffre de départ extrêmement faible pour un pays de plus de 60 millions de personnes, 5 millions d'agents publics et 600.000 élus⁹.

9. De surcroît, l'analyse des rares décisions de condamnation peut faire douter de leur aspect dissuasif à l'endroit des personnes physiques. Il est effectivement assez rare que des peines d'emprisonnement ferme soient prononcées.

En 2013, seule quatre condamnations pour des faits de corruption ont comporté une peine d'emprisonnement ferme pour une durée moyenne de huit mois¹⁰.

On pourrait objecter que la privation de liberté n'est pas la sanction la plus adéquate pour une atteinte à la probité et qu'une amende importante suffirait à une juste répression de ces infractions.

Toutefois, l'amende apparaît également bien faible. Toujours au titre de l'année 2013, la moyenne des amendes prononcées par les tribunaux pour les cas de corruption jugés était de 7.943 euros¹¹.

⁸ Nous tirons ces éléments chiffrés du Rapport du député S. Denaja fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 3785 et 3786 du 26 mai 2016, p. 14, ainsi que du projet de loi relatif à la lutte contre la corruption disponible ici : <http://www.senat.fr/rap/107-051/107-0512.html>. Pour une analyse plus fine, nous relevons qu'entre 2003 et 2005 la moyenne des condamnations pour des faits de corruption en France est de 109 par an. Entre 2011 et 2013, le nombre moyen de condamnation est de 145 par an. Soit une évolution de 33 % du nombre de condamnation, ce qui reste très faible.

⁹ Nous tirons ces éléments chiffrés de ces deux sources : <https://www.vie-publique.fr/en-bref/19873-fonction-publique-une-hausse-de-04-des-effectifs-en-2016> ; [Nombre d'élus : l'autre mille-feuille français | Fondation IFRAP](#).

¹⁰ Ces éléments ressortent du rapport du député S. Denaja, précité, p. 13.

¹¹ *Ibid.*

10. Le constat s'aggrave encore lorsqu'il est question de faits de corruption internationale. Pour les cas de corruption d'agent public étranger, l'OCDE relève que seulement 33 procédures ont été initiées en France entre 2000 et 2012¹².

Si un sursaut s'observe entre 2012 et 2014 et porte le nombre de ces procédures à 58, la France reste en deçà des standards pour la répression de cette infraction¹³.

En tout état de cause, en juin 2016, la France n'avait condamné de manière définitive aucune personne morale française pour des faits de corruption internationale¹⁴ et seules sept personnes physiques entre 1999 et 2014¹⁵.

11. Le sursaut produit par la loi Sapin 2 était donc indispensable et a permis la mise en place d'un nouveau paradigme largement inspiré du modèle américain de lutte contre la corruption.

Effectivement, le *FCPA* en vigueur aux Etats-Unis depuis 1977 ainsi que la loi *SOX* adoptée en 2002 mettent en place des procédures de contrôles comptables, des chartes éthiques et des mécanismes de « *whistleblowing* »¹⁶.

Relevons que cette culture américaine de la conformité était déjà diffusée au sein des plus grandes entreprises françaises qui, du fait de l'admission de leurs titres sur le marché financier américain, étaient assujetties aux dispositions de la loi *SOX* (voir *infra*, § n° 68).

De plus, dès 2003, le rapport du SCPC souligne l'intérêt du « *whistleblowing* » ainsi que les possibilités et les limites de la transposition en France d'un modèle similaire. Il convient de préciser qu'en 2003 le mouvement de développement des alertes sectorielles était à peine amorcé et que la France était particulièrement dépourvue en dispositif d'alerte professionnelle (voir *infra*, § n° 71 et s.). Dès lors, les entreprises qui disposaient d'un mécanisme de recueil des signalements étaient essentiellement celles assujetties à la loi *SOX*¹⁷.

¹² OCDE, France : rapport de suivi écrit de Phase 3 et recommandations, décembre 2014, p. 8.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ E. d'Achon, C. Trottmann, « Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale », Inspection Générale des Finances, rapport n° 2016-M-051, juin 2016, p. 10.

¹⁵ *Ibid.*, p. 10. En comparaison, il y a eu entre 1999 et 2014, 58 condamnations de personnes physiques aux Etats-Unis.

¹⁶ Voir, P. Montigny, « L'entreprise face à la corruption internationale », Edition Ellipses, p. 145 et s.

¹⁷ On dénombrerait certaines dispositions légales en matière de lutte contre les discriminations et le harcèlement dans la sphère professionnelle mais sans que le mécanisme afférent de recueil anonymisé des signalements ne soit mis en place.

En conséquence, l'immense majorité des entreprises françaises ne disposaient d'aucun outil de prévention de la corruption qui soit contraignant et approfondi, bien que des outils de prévention des risques (telle que la stratégie dite « 12345 » décrite par Philippe Montigny) aient pu être mis en place au sein de certaines entreprises¹⁸.

12. L'influence du « *whistleblower* » américain sur nos mécanismes de droit interne est toutefois subtile. Si le droit américain organise sa rétribution d'une manière décomplexée, la France a mis un point d'honneur à refuser toute forme de rétribution à l'endroit du lanceur d'alerte par le biais de la loi Sapin 2. D'ailleurs, il n'existe à la suite de cette loi, aucune mesure de soutien pour, le cas échéant, organiser le financement des frais d'instance du lanceur d'alerte.

Toutefois, il nous semble important de noter qu'en 2016 la France, consciente de l'attractivité d'un système de récompense, a mis en place un mécanisme de rétribution de l'aviseur fiscal. Si les régimes sont effectivement différents, l'idée est hautement similaire de telle sorte que l'on pourrait aisément qualifier l'aviseur fiscal de lanceur d'alerte pour des cas de fraude fiscale en dehors d'un contexte professionnel (voir *infra*, § n° 229).

13. Outre les mécanismes de prévention des risques, l'influence du droit américain en matière de répression a été très importante dans l'élaboration de la loi Sapin 2.

L'extraterritorialité du droit américain a, en effet, rebattu les cartes de la répression de la corruption à une échelle mondiale et a entraîné les Etats vers une justice transactionnelle¹⁹.

Or, rappelons que dans un contexte de complexité croissante des infractions de corruption internationale et de concurrence des systèmes juridiques, la France a accusé un retard important. Cette situation, peu enviable au regard des objectifs posés par l'OCDE²⁰ en matière de lutte contre la corruption, a posé un important problème de souveraineté.

¹⁸ Ibid., p. 301, il s'agit d'un moyen mnémotechnique pour mettre en place une stratégie de prévention de la corruption qui repose sur cinq paliers. 1 : un engagement formulé au plus haut niveau ; 2 : deux précautions à prendre ; 3 : trois dilemmes à résoudre ; 4 : quatre actions à définir ; 5 : cinq actions à mettre en œuvre. Il ne s'agit cependant pas d'un ordre chronologique à respecter dans la mesure où il convient dans un premier temps de définir les quatre actions qui fondent le programme puis de résoudre les trois dilemmes et de prendre les deux précautions nécessaires.

¹⁹ Citons, à titre d'exemple en Europe : l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas et le Royaume-Uni. Voir E. d'Achon, C. Trottmann, « Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale », Inspection Générale des Finances, précité.

²⁰ La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales a été signée par 35 pays et porte l'objectif d'obliger les pays signataires à établir l'infraction pénale de corruption d'agents publics étrangers et à disposer des sanctions adaptées et de moyens fiables pour détecter les infractions et faire appliquer les sanctions.

Comme le souligne un rapport très complet de l'IGF qui préfigure l'adoption de la loi Sapin 2, « *La France se singularise par l'absence de procédure transactionnelle en matière de corruption transnationale, qui fait d'elle une exception parmi ses partenaires et limite sa capacité de répression des faits de corruption* »²¹.

En n'étant pas en mesure d'être un acteur de la répression des faits de corruption commis par ses entreprises à l'étranger, la France laisse le champ libre aux Etats-Unis et fait de ses entreprises des cibles idéales.

Aussi, BNP Paribas s'est acquittée aux Etats-Unis d'une amende de 8,9 milliards de dollars, Société Générale d'une amende de 860 millions de dollars, Crédit Agricole d'une amende de 787,5 millions de dollars et Alstom d'une amende de 772,2 millions de dollars (voir *infra*, § n° 312).

Face à cette situation, une réaction était indispensable. La France n'avait, en effet, pas d'autres choix que de créer un mécanisme similaire pour, si ce n'est jouer à armes égales, être *a minima* considéré comme un interlocuteur sérieux.

14. L'inspiration est donc naturellement venue des Etats-Unis. A l'endroit des personnes morales, la mesure phare américaine est le « *Deferred prosecution agreement* » ou *DPA*. Cette transaction fédérale permet aux autorités de poursuites américaines, le plus souvent le *DoJ*, de mettre en mouvement l'action publique et de solliciter du tribunal la suspension de cette action publique en considération des engagements de l'entreprise prévus par une transaction²².

Les engagements de la procédure transactionnelle comportent classiquement la reconnaissance des faits, le paiement d'une amende et la mise en place d'un programme de conformité.

²¹ E. d'Achon, C. Trottmann, « Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale », Inspection Générale des Finances, précité, p. 10.

²² Voir sur ce sujet L. Cohen-Tanugi, E. Breen, « Le *Deferred prosecution agreement* américain – Un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale », La Semaine Juridique Edition générale, n°38, 16 septembre 2013, ainsi que A. Mignon Colombet, F. Buthiau « Le *deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée – Punir, surveiller, prévenir ? », La Semaine Juridique Edition générale, n°13, 25 mars 2013, doct. 359. Notons plus précisément que dans l'hypothèse d'un *DPA*, si au terme du délai de probation l'accusé a respecté ses obligations les poursuites sont abandonnées. En revanche, pour la conclusion d'un « *Non prosecution agreement* », l'accord est passé directement entre le parquet et l'accusé. Les charges contre lui ne sont pas présentées au tribunal dès lors qu'il respecte les obligations qui lui sont imposées.

D'autres pays européens, tels que le Royaume-Uni, les Pays-Bas ou l'Allemagne, disposent d'ores et déjà d'un mécanisme similaire au *DPA*²³. En France, l'évolution est intervenue par le biais de la CJIP introduite par la loi Sapin 2 (voir *infra*, § n° 686 et s.).

Cette évolution résulte donc davantage de la contrainte que d'un choix délibéré et d'un attrait pour la justice transactionnelle. Face à la puissance juridique extraterritoriale américaine, les nations européennes n'ont guère d'autre choix que de se comporter comme des « poissons pilotes » et suivre le mouvement imposé par une superpuissance.

15. Cette influence s'observe à l'égard des trois stades du triptyque mis en place par le programme de conformité de la loi Sapin 2 : (i) la prévention au travers de la mise en place d'un programme de conformité comportant des procédures de recueil des signalements, de contrôles comptables, etc., (ii) le contrôle par le biais de l'action de l'AFA largement inspiré du *monitoring* américain et (iii) les mécanismes d'engagement de la responsabilité des entreprises par la mise en place d'un accord transactionnel.

L'ensemble de ces phases permet la mise en exergue d'un mouvement profond de renversement de la charge de la preuve. Dans le système classique auquel nous sommes habitués, les autorités d'enquêtes et de poursuites sont en charge de réunir suffisamment d'éléments pour renvoyer devant la juridiction de jugement les prévenus.

Dans un contexte d'appauvrissement des Etats, de schémas d'infractions de plus en plus complexes et de développement d'une justice négociée, cette répartition usuelle des tâches semble en voie de dépassement.

16. Le système dans lequel la France s'est engagée prévoit, opportunément, un déplacement de la charge de l'identification du risque et le cas échéant, de l'infraction.

Le programme de conformité anticorruption a pour objectif d'éviter qu'une infraction se produise en multipliant les gardes fous internes. L'entreprise doit entamer, en conséquence, un travail profond et coûteux d'identification et de gestion du risque de corruption. Ce programme de conformité a vocation à être évalué par l'AFA, soit dans le cadre d'un contrôle d'initiative soit dans le cadre d'un contrôle d'exécution (voir *infra*, § n° 552 et s.).

²³ E. d'Achon, C. Trottmann, « Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale », Inspection Générale des Finances, précité, p. 12.

Dans l'éventualité où des faits susceptibles de caractériser une infraction de corruption remonteraient à la surface, l'entreprise devra mettre en place une enquête interne et si elle souhaite conclure une CJIP apporter des éléments de preuve suffisants au PNF.

17. En définitive, les évolutions portées par la loi Sapin 2 résultent d'une logique d'influence qui les ont rendues prévisibles. En revanche, l'adoption de la loi relative au devoir de vigilance a créé la surprise.

B. Une révolution en matière de vigilance après le drame du Rana Plaza

18. La genèse de la loi relative au devoir de vigilance se situe dans une catastrophe. Le 24 avril 2013, le bâtiment du Rana Plaza situé dans les faubourgs de Dacca, capitale du Bangladesh, s'effondre provoquant le décès de 1.138 personnes et près de 2.500 blessés dont de nombreuses personnes handicapées à vie.

Or, il s'avère que le bâtiment du Rana Plaza hébergeait des travailleurs du textile qui étaient en bout de chaîne de sous-traitance de grandes marques européennes et américaines.

Les normes de sécurité du bâtiment ont été ignorées et les autorités administratives locales vraisemblablement corrompues par les propriétaires de l'usine, de sorte que l'agrandissement du Rana Plaza de deux étages supplémentaires a été rendu possible ainsi que l'installation sur le toit du bâtiment des générateurs d'électricité²⁴.

Les vibrations dégagées par lesdits générateurs ont provoqué la destruction des murs de l'immeuble. Les failles qui étaient apparues quelques jours plus tôt n'ont pas été prises au sérieux par les exploitants de l'usine et les ouvriers inquiets de ces fissures qui n'ont pas souhaité poursuivre leurs travaux ont été menacés de licenciement²⁵.

19. La catastrophe du Rana Plaza a eu un impact mondial. La France a été particulièrement réactive dans sa volonté de démêler et comprendre les causes de cet incident tragique. Le PCN français de l'OCDE a été saisi par Madame Nicole Bricq, alors Ministre du commerce extérieur, pour l'établissement d'un rapport sur la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE dans la filière du textile et de l'habillement.

²⁴ Nous tirons ces éléments factuels de cet article de presse : <https://www.revue-projet.com/articles/2016-03-delalieux-devoir-de-vigilance/>.

²⁵ *Ibid.*

Ce rapport a été rendu en décembre 2013 et préconise la mise en place d'outils de prévention des risques tels qu'une cartographie des risques, la consultation des parties prenantes, des éléments de gestion des risques, etc. Plus récemment, le rapport a abouti à l'adoption et la publication en 2017 du Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence applicable aux chaînes d'approvisionnement responsables dans le secteur de l'habillement et de la chaussure²⁶.

20. Une impulsion législative naît en France avec une ligne de mire tenant à l'instauration d'une responsabilité accrue des grandes entreprises sur le fonctionnement de leurs chaînes de production à l'heure où la mondialisation de nos économies amène ces chaînes à se rallonger et se complexifier.

S'il ne convient évidemment pas d'imaginer que les entreprises françaises ou européennes qui *in fine* tiraient profit de l'activité des ouvriers de l'usine du Rana Plaza ont délibérément choisi d'ignorer les règles de sécurité locales, ce drame a mis en exergue l'absence de contrôle d'un système qui a pour unique objectif de dégager des profits en tirant parti des décalages de développement existant entre les pays où se situent les donneurs d'ordre et les pays où se situe la main d'œuvre.

Bien que le secteur du textile fournisse un malheureux mais bon exemple d'un marché à réguler, d'autres activités tel que le secteur extractif sont à considérer en priorité²⁷. En conséquence, la mise en place d'une loi à portée générale s'imposait.

21. Une première proposition de loi relative au devoir de vigilance est déposée le 6 novembre 2013. Probablement trop ambitieuse dans ses modalités d'engagement de la responsabilité des entreprises assujetties et insuffisamment axée sur les questions de prévention, elle est retirée le 10 février 2015. Une deuxième proposition de loi relative au devoir de vigilance est déposée le 11 février 2015.

²⁶ Disponible ici : <https://www.oecd.org/fr/publications/guide-ocde-sur-le-devoir-de-diligence-applicable-aux-chaines-d-approvisionnement-responsables-dans-le-secteur-de-l-habillement-9789264290648-fr.htm>.

²⁷ Le secteur extractif serait à lui seul responsable de 28 % des atteintes aux droits humains commises par les entreprises selon le professeur John Ruggie, ancien représentant spécial du secrétaire général des Nations Unies pour les droits de l'homme et les entreprises transnationales.

L'exposé des motifs des deux propositions de loi précise que :

« Si le développement des échanges commerciaux mondiaux contribue au rayonnement et au développement économiques des pays qui y participent, force est de constater qu'il s'accompagne parfois de certaines pratiques ayant des incidences négatives sur les droits humains et l'environnement. Ces pratiques constituent un frein au développement économique et humain, tout autant qu'une pression à la baisse sur nos standards nationaux en matière de protection sociale, de droits humains, de protection de la biodiversité et de l'environnement, et plus généralement d'éthique dans les affaires. ».

Sur la base de ce postulat, cette nouvelle proposition de loi crée la notion de plan de vigilance dans un nouvel article L. 225-102-4 du Code de commerce. La proposition de loi de 2013 prévoyait, de son côté, la mise en place d'une section 6 intitulée « *Des dommages sanitaires, environnementaux et des atteintes aux droits fondamentaux* » au chapitre III, du titre III, du livre II du Code de commerce, portant une obligation de prévention peu précise et développée en comparaison de la loi finalement adoptée.

En tout état de cause, cette loi relative au devoir de vigilance porte bien son qualificatif de « miraculée » tant elle aura essuyé les critiques du Medef et de l'AFEP²⁸, les tentatives de réduction de sa portée par le Sénat²⁹ et les modifications de son périmètre³⁰.

Finalement amputée de l'amende civile qu'elle portait, en raison d'une censure partielle du Conseil constitutionnel (voir *infra*, § n° 332), la loi relative au devoir de vigilance est promulguée après quatre années de débats.

22. Si la proposition de loi relative au devoir de vigilance a tant déchainé les passions c'est par l'aspect progressiste qu'elle porte et qui s'illustre dans la volonté du législateur français de s'inscrire dans une démarche pionnière en matière de protection des droits humains et de

²⁸ Voir notamment, les communiqués de presse suivants : <https://afep.com/presse/communiquede-presse-devoir-de-vigilance/> , <https://www.medef.com/fr/communiquede-presse/article/devoir-de-vigilance-une-loi-inefficace-qui-menace-notre-economie> .

²⁹ Nous relevons que la proposition de loi modifiée par le Sénat en deuxième lecture transmise à l'Assemblée nationale a été amputée de ses dispositions à caractère de sanctions faisant du texte une simple obligation de reporting, voir ici : <https://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion4133.asp>.

³⁰ L'article 1 de la proposition de loi du 11 février 2015 prévoyait une vigilance de la société mère pour elle-même et pour ses filiales en matière de comportements de corruption.

l'environnement, en ce qu'elle instaure contrôle et sanction à l'endroit des plus grandes entreprises.

Elle indique dans l'exposé de ses motifs que « *La France ne sera pas le premier pays à avancer dans cette direction. Des principes analogues ont déjà été transposés dans des législations nationales en Europe ou à l'international.* ». Le point de vue nous semble, toutefois, devoir être pondéré.

Effectivement, la proposition de loi du 11 février 2015 intégrait initialement une vigilance anticorruption qui permettait au législateur d'entretenir une certaine confusion dans la référence aux législations étrangères préexistantes. En conséquence, le UKBA, le FCPA et des dispositions anticorruptions italiennes étaient visées.

Toutefois, les discussions parlementaires ayant trait à l'adoption de la loi relative au devoir de vigilance se déroulant parallèlement à l'adoption du titre I de la loi Sapin 2 consacré à la lutte contre la corruption, le législateur a souhaité séparer les thématiques³¹.

La loi Sapin 2 a donc la charge de prévenir les atteintes à la probité et de son côté la loi relative au devoir de vigilance prévient les atteintes aux droits humains aux libertés fondamentales, à la santé et la sécurité des personnes et à l'environnement.

23. En définitive, l'initiative du législateur français en 2015 nous semble davantage tenir d'une volonté novatrice de « durcir » les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et les principes directeurs de l'OCDE que de la volonté de suivre un mouvement législatif mondial.

A ce titre, la résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises ne met en exergue au niveau européen que l'existence de deux lois instaurant un devoir de vigilance³².

³¹ Voir la séance en Commission des lois de l'Assemblée nationale du 22 novembre 2016, compte rendu n°19, intervention de M. Dominique Potier, rapporteur (disponible ici : <https://www.assemblee-nationale.fr/14/cr-cloi/16-17/c1617019.asp>).

³² La résolution du 10 mars 2021 est disponible ici : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.pdf.

Il s'agit de la loi néerlandaise du 24 octobre 2019 relative à l'introduction d'un devoir de diligence pour empêcher la fourniture de biens et de services provenant du travail d'enfants et de la loi française relative au devoir de vigilance qui va au-delà de l'application sectorielle néerlandaise et porte l'ambition d'un texte à portée générale³³.

La France nous semble dès lors bien pionnière en matière d'une vigilance générale sur des thématiques relatives aux droits humains et à l'environnement. D'ailleurs, la résolution du Parlement européen susvisée relève que « *Dans de nombreux autres États membres, un débat est en cours sur l'introduction d'obligations de vigilance pour les entreprises et certains États membres envisagent actuellement l'adoption d'une telle législation, notamment l'Allemagne, la Suède, l'Autriche, la Finlande, le Danemark et le Luxembourg.* »³⁴.

§2. L'objectif de lutte contre une « tragédie des horizons »

24. Lors d'un entretien donné à la revue d'analyse Politique internationale en 2019, M. Carney explicite la position tenue dans son célèbre discours au *Lloyd's of London*, le 29 septembre 2015 :

*« Gérer le changement climatique relève de ce qu'on peut appeler une « tragédie des horizons ». Je m'explique : les conséquences catastrophiques à venir seront ressenties au-delà des cycles d'affaires ou des mandats politiques, c'est-à-dire plus loin que les échéances de la plupart des individus. Ces impacts auront un coût pour les générations futures que la génération actuelle n'est pas incitée à éviter. Et lorsque le changement climatique deviendra un danger évident et perceptible, il pourrait être trop tard pour stabiliser la hausse moyenne de la température à 2°C. »*³⁵.

³³ *Ibid.*, § Y, ainsi que l'annexe à la résolution portant la proposition de directive, considérant n°8.

³⁴ *Ibid.*, considérant n° 8. Relevons que la loi allemande relative au devoir de vigilance adoptée le 11 juin 2021 s'inspire du texte français tout en ne tombant pas dans l'écueil de l'imprécision d'une obligation de vigilance sans limite. Voir un article de Noelle Lenoir sur le sujet, ici : <https://www.lopinion.fr/edition/politique/devoir-vigilance-choix-politiques-juridiques-contrastes-part-d-autre-247324>. Hors UE, relevons que la Norvège a également adopté un texte à vocation générale. Voir pour un aperçu d'ensemble B. Lecourt, « Pour un texte européen sur le devoir de vigilance des sociétés », *Revue Dalloz des sociétés* 2020, p. 315.

³⁵ *Revue Politique Internationale*, « finance et risque climatique : la "tragédie des horizons" », *Dossiers spéciaux* n°162, hiver 2019, *Investissement responsable : l'essor*, Entretien avec Mark Carney, Gouverneur de la Banque d'Angleterre, voir ici : <https://politiqueinternationale.com/revue/n162-investissement-responsable-lessor/dossier-special/finance-et-risque-climatique-la-tragedie-des-horizons>.

La loi relative au devoir de vigilance et la loi Sapin 2 participent à cette idée d'une réconciliation, d'une réunion d'horizons trop souvent considérés comme antagonistes : (i) l'horizon du cycle des affaires fondé sur un temps court et une rentabilité économique et (ii) l'horizon intégrant l'impact et les conséquences de cette activité qui s'apprécie selon un temps nettement plus long.

25. En imposant aux plus grandes entreprises françaises de maîtriser leurs chaînes d'approvisionnement par le biais de la loi relative au devoir de vigilance, un nouveau paradigme se dessine.

Le scandale du Rana Plaza a démontré que les entreprises européennes du secteur du textile ne s'impliquaient pas dans leurs chaînes d'approvisionnement, notamment pour vérifier les conditions de production des vêtements dont elles profiteront, *in fine*, de la vente.

Les modèles d'affaires des entreprises du fait de l'absence de contraintes étaient insuffisamment tournés vers les conséquences dommageables de leurs activités pour les droits humains, la sécurité des personnes et l'environnement.

Il n'est aujourd'hui plus possible pour ces entreprises de se retrancher derrière la distance qui les sépare de leurs sous-traitants ou fournisseurs de rang éloigné avec lesquels aucune relation contractuelle directe n'est entretenue.

L'horizon à court terme de la rentabilité économique d'une activité, tenant par exemple à la vente de vêtements à moindre coût et à bref délai pour satisfaire la demande, ne peut plus se détourner de l'horizon lointain intégrant les éventuelles conséquences dommageables de cette activité économique (mauvaises conditions de vie des travailleurs, pollutions répétées des sources en eau, etc.).

26. La situation nous semble similaire en matière de lutte contre la corruption internationale. Nous l'avons vu, cette lutte n'a pas été considérée comme une priorité par les autorités de poursuite françaises (voir *supra*, § n° 8 et s.).

A ce titre, le rapport de phase trois de l'OCDE d'octobre 2012 sur la mise en œuvre par la France de la convention de l'OCDE fait état d'une certaine impunité de l'infraction de corruption d'agent public étranger et exprime une préoccupation quant à la « faible réactivité »

des autorités françaises à l'endroit des sociétés françaises impliquées dans des infractions de corruption internationale³⁶.

Comment expliquer cette situation ? Si les entreprises françaises sont en mesure de remporter des appels d'offre importants à l'étranger, il est possible de considérer, selon un horizon économique à court terme, que cela est profitable. L'entreprise croît, contribue au PIB français, se développe à l'international, emploie de nouvelles personnes, octroie des dividendes, etc.

Toutefois, la corruption a toujours un coût. Le coût financier des « pots de vin » versés chaque année dans le monde est évalué selon Christine Lagarde, ancienne directrice générale du FMI, entre 1.500 et 2.000 milliards de dollars, soit près de 2 % du PIB mondial³⁷.

Au sein de l'UE, une étude établit que le coût annuel de la corruption se situerait entre 179 et 990 milliards d'euros selon que les études adoptent des scénarios optimistes ou pessimistes³⁸.

Outre le fait que ces montants soient dissimulés, échappent à l'impôt et rejoignent des circuits de blanchiment, ils contribuent à augmenter les dépenses dans les marchés publics, faussent le jeu de la concurrence, sapent l'autorité de l'Etat et constituent un frein au développement des nations.

Dès lors, les Etats les plus fragiles sont les plus sujets au développement des atteintes à la probité. Les travaux de *Transparency International* pour la mise en place d'un indice de perception de la corruption dans le monde pour l'année 2020 montrent d'une manière évidente que les Etats les plus pauvres sont les plus fortement corrompus³⁹.

Il s'agit d'un engrenage, d'un cercle vicieux dont il est difficile de sortir. Plus l'Etat est pauvre moins il a les moyens de lutter contre la corruption et plus cette dernière se développe plus elle freine le développement du pays, la croissance de l'économie et la distribution des richesses.

³⁶ Voir le rapport ici : <https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/FrancePhase3fr.pdf>, p. 5 et 13. De son côté, *Transparency International* évoque une complaisance des autorités françaises, position relayée par le journal le Monde, ici : <https://transparency-france.org/actu/transparence-france-a-quitte-monde-de-lopacite-de-connivence-de-complaisance/#.YXFBF9pBzIU>.

³⁷ Voir ici : <https://www.imf.org/fr/News/Articles/2017/09/18/sp091817-addressing-corruption-with-clarity>.

³⁸ Pour une source de presse, voir l'article du Figaro publié en décembre 2017, ici : <https://www.lefigaro.fr/conjoncture/2017/12/09/20002-20171209ARTFIG00019-trois-chiffres-edifiants-demonstrent-que-la-corruption-gangrene-le-monde.php>. Pour l'étude originale du Parlement européen en langue anglaise, intitulée « *The Cost of Non- Europe in the area of Organised Crime and Corruption* » voir ici : [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU\(2016\)579319_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579319/EPRS_STU(2016)579319_EN.pdf).

³⁹ Voir l'étude menée par *Transparency International* pour 2020, ici : https://transparency-france.org/wp-content/uploads/2021/01/CPI2020_Report_FR-WEB.pdf.

Cette situation est relevée par *Transparency International* dans son étude relative à l'année 2020 : « *En plus d'obtenir de mauvais résultats, pour près de la moitié des pays, le score sur l'IPC [Indice de perception de la corruption] n'a pas évolué pendant près d'une décennie. Ces pays n'ont pas réussi à faire bouger le curseur de manière significative pour améliorer leur score et combattre la corruption dans le secteur public.* »⁴⁰.

27. Plus récemment, l'analyse de la juge en charge d'examiner la demande d'homologation de la CRPC des personnes impliquées dans l'affaire Bolloré (qui a donné lieu à une CJIP) rappelle la gravité de l'infraction de corruption internationale et ses implications pour l'Etat qui subit l'infraction (voir *infra*, § n° 733, 762).

Les faits datés des années 2009 à 2011 ont consisté en des actes de corruption d'un agent public togolais, en l'occurrence le Président de la République alors en exercice Faure Gnassingbé. Ce dernier a bénéficié de prestations pour un prix sous-évalué dans le cadre de sa campagne électorale pour sa réélection de mars 2010 ainsi que de l'octroi, pour son demi-frère, d'un poste de Directeur général chez HAVAS MEDIA TOGO, société du groupe Bolloré.

En contrepartie, les sociétés du groupe Bolloré ont obtenu de nombreux avantages, tels que l'extension de la durée de la concession pour l'exploitation du port de Lomé ainsi que des avantages fiscaux pour la construction d'un troisième quai dans le port.

La juge près le Tribunal correctionnel de Paris en charge de l'affaire a refusé d'homologuer la CRPC des personnes physiques concernées qui prévoyait une amende de 375.000 euros et une dispense d'inscription au bulletin numéro 2 du casier judiciaire.

La juge considère que « *les faits considérés portent gravement atteinte à l'ordre public économique en ce que leur commission a préjudicié à la souveraineté de l'état togolais en altérant le fonctionnement régulier de ses institutions. Elle a également méconnu le principe fondamental d'égalité de traitement des candidats à la conclusion d'un contrat de marché public ou de délégation de service public et celui de loyauté devant imprégner toute relation conventionnelle.* »⁴¹.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ TJ Paris, 26 février 2021, n° 12111072209, voir E. Brunelle, M. Lachassagne, S. Brihi, A. Bousquet, « L'affaire Bolloré ou les limites d'une justice pénale négociée », *Dalloz Actualité*, 23 mars 2021.

La peine proposée par le parquet peut effectivement sembler légère au regard de la gravité de l'infraction et des circonstances locales. Malgré une croissance économique importante, le Togo abrite un taux de pauvreté de 53,5 %⁴².

Aussi la décision de la juge restituée à l'infraction pénale de corruption internationale son importance qui (i) a manifestement été écartée par les prévenus qui se sont concentrés sur un horizon de développement économique du groupe Bolloré justifiant, selon eux, la commission d'une infraction pénale et (ii) a probablement été occultée par le parquet soucieux de trouver un accord d'ensemble et ainsi conclure une CJIP avec les personnes morales et une CRPC avec les personnes physiques.

28. Outre ces deux lois qui occupent l'essentiel de notre étude, il est désormais visible que le premier quart du 21^{ème} siècle est traversé par des évolutions législatives profondes et novatrices qui marquent une prise de conscience par la gestion de problématiques ignorées ou jusqu'alors relayées au second plan.

A titre d'illustration, la loi PACTE du 22 mai 2019 a apporté des modifications au Code de commerce qui vont dans le sens d'une prise en compte par les entreprises de leurs impacts sociaux et environnementaux.

L'article 1833 du Code civil se voit ajouté un deuxième alinéa et dispose désormais :

« Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.

La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. ».

En intégrant les enjeux sociaux et environnementaux à la notion d'intérêt social, l'article 1833 du Code civil vise à réconcilier, d'un côté, l'intérêt économique de la société tel que prévu par l'article 1832 alinéa 1 du Code civil⁴³ et, de l'autre, les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.

⁴² Ces éléments chiffrés nous viennent des données de la Banque Mondiale, voir ici : <https://www.banquemondiale.org/fr/country/togo/overview#1>.

⁴³ L'article 1832, al. 1 du Code civil prévoit que « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.* ».

29. Plus largement, on observe que le mouvement produit par le titre I de la loi Sapin 2 et la loi relative au devoir de vigilance tend à ce que l'objectif de rentabilité rejoigne celui de la conformité.

Les critiques des programmes de conformité, notamment par le Medef comme portant des surcharges administratives⁴⁴ et une menace pour la compétitivité des entreprises⁴⁵, ne nous semblent plus valables.

Une entreprise qui assume ces nouvelles obligations et fait vivre son ou ses programmes de conformité de manière efficace permet la mise en place d'une relation contractuelle bien plus sereine pour les donneurs d'ordre.

En outre, en évitant autant qu'elle le peut que des risques se réalisent, l'entreprise tend à réduire les impacts réputationnels qui peuvent être importants (retrait d'investisseurs, baisse du cours de l'action, activisme, etc.) et bien évidemment le risque d'être « harponné » par une législation extraterritoriale.

§3. L'avènement de la mise en conformité

30. L'affaiblissement des Etats, leur difficulté à mettre en œuvre des politiques publiques d'envergure face à des infractions complexes et transnationales entraîne un transfert progressif de certaines obligations, relevant initialement de la puissance publique, vers les entreprises.

En effet, il est demandé à ces dernières de s'investir en devenant actrices d'une démarche visant à éviter qu'une infraction de corruption ne se réalise ou qu'une atteinte ne survienne à l'égard des droits humains ou de l'environnement.

Pour atteindre ce but, l'entreprise n'a pas d'autres choix que la mise en œuvre en interne de plusieurs mesures se traduisant par la mise en place d'un programme de conformité. Elle assiste, de fait, l'Etat dans une politique plus large de prévention des risques⁴⁶.

⁴⁴ Voir à propos de la loi Sapin 2, l'interview de Geoffroy Roux de Bézieux, ici : <https://www.lesechos.fr/2016/06/geoffroy-roux-de-bezieux-les-surcharges-administratives-menacent-de-tuer-la-reprise-225498>.

⁴⁵ Voir les communiqués de presse du Medef et de l'AFEP, précités.

⁴⁶ Voir sur cette notion : M.-E. Boursier, « Qu'est-ce que la compliance ? Essai de définition », Recueil Dalloz 2020, p.1419.

31. Les rôles sont désormais répartis : la conformité résulte d'une démarche préventive et contrôlée à la charge de l'entreprise tandis que la réponse judiciaire des pouvoirs publics prévient la réalisation d'une infraction ou d'une atteinte en se voulant dissuasive⁴⁷. Il s'agit dans le premier cas d'une prévention réelle, dans le deuxième d'une prévention supposée.

32. Toutefois, la notion de mise en conformité ne se résume pas en un système de prévention. L'aspect contraignant du programme de conformité est le principal indice permettant de dissocier la loi Sapin 2 et la loi relative au devoir de vigilance de la réglementation en matière de RSE.

Comme l'indique Marie-Emma Boursier, « *la responsabilité sociale des entreprises est un cap fixé à l'entreprise tandis que les règles de compliance demeurent des règles contraignantes* »⁴⁸.

Il n'est toutefois pas souhaitable d'opérer une scission nette entre RSE et conformité. Une loi de conformité peut aborder les mêmes enjeux et thématiques que la réglementation en matière de RSE, simplement elle la dépasse et procède à son « durcissement ». Ce procédé est généralement qualifié de passage de la « *soft law* » à de la « *hard law* ».

La comparaison entre les dispositions de la DPEF ou de la loi PACTE et celles de la loi relative au devoir de vigilance offre un bon exemple.

D'un côté, il est question d'une obligation de *reporting* ou d'une possibilité de se doter d'une raison d'être ou d'un statut d'entreprise à mission, de l'autre les entreprises doivent sous peine de sanctions adopter, mettre en œuvre et publier un plan de vigilance.

33. En matière de conformité anticorruption, cette sanction est assurée par l'AFA qui, au travers, de sa mission de contrôle examine le programme de conformité et peut, le cas échéant, saisir la Commission des sanctions si elle considère que ce dernier est imparfait.

En matière de vigilance, les parties prenantes de l'entreprise peuvent, à loisir, contrôler son plan de vigilance en lui adressant des mises en demeure de le faire évoluer et le cas échéant judiciaire le débat.

⁴⁷ Cela est tout particulièrement vrai en matière d'infraction pénale. La mise en mouvement de l'action publique présente un caractère dissuasif qui permet de prévenir la réalisation d'une infraction.

⁴⁸ *Ibid.*

Section 2. Des lois évolutives et porteuses de notions instables

34. Le titre I de la loi Sapin 2 et la loi relative au devoir de vigilance constituent des avancées majeures mais présentent des marges d'évolution importantes.

Le chapitre II de la loi Sapin 2 a d'ores et déjà été modifié par la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte ou « loi Wasserman » permettant la transposition de la directive européenne 2019/1937. En outre, l'expérience des cinq premières années de la loi Sapin 2 met en évidence de nécessaires évolutions (§1).

De son côté, la loi relative au devoir de vigilance, tant décriée pour son imprécision et son ambition, pourrait évoluer sous l'influence d'une directive européenne annoncée pour l'année 2022 (§2).

§1. La loi Sapin 2 : un travail inachevé

35. En traitant un champ aussi large que celui ayant trait à la lutte contre les atteintes à la probité, le titre I de la loi Sapin 2 aborde de nombreuses notions et multiplie ainsi les possibilités de remise en question.

Le deuxième chapitre de la loi, qui vise à renforcer la protection des lanceurs d'alerte, a essuyé d'importantes critiques internes et est désormais contraint d'évoluer sous l'influence de la directive UE 2019/1937 qui présente de nombreuses différences avec le régime français (A).

Plus largement, le modèle de lutte contre la corruption mis en place par la loi Sapin 2 est perfectible, comme l'a montré la mission d'information en charge de l'évaluation de la loi dirigée par les députés Raphael Gauvain et Olivier Marleix et la proposition de loi subséquente déposée le 19 octobre 2021 à l'Assemblée nationale (B).

A. Un nouveau régime du lanceur d’alerte avec la directive UE 2019/1937 et la loi Wasserman

36. Le régime de protection du lanceur d’alerte issu de la loi Sapin 2 instaure une définition du lanceur d’alerte autour de trois axes principaux : la bonne foi du lanceur d’alerte, son désintérêt et le respect des procédures de signalement (voir *infra*, § n° 129 et s.).

Outre le manque de soutien et de protection apportés aux lanceurs d’alerte, souvent isolés face aux mesures de représailles de leur employeur, les critiques les plus importantes nous semblent se porter sur le critère du désintérêt tant il est ambigu.

Le législateur s’est probablement reposé dans une trop large mesure sur l’étude de Conseil d’Etat intitulée « Le droit d’alerte : signaler, traiter, protéger » adoptée le 25 février 2016. Cette dernière exclut l’incitation financière du lanceur d’alerte uniquement au regard de l’important arrêt de la CEDH *Guja c/Moldavie* sans prendre en compte les arrêts rendus ultérieurement par la CEDH (voir *infra*, § n° 100).

37. Dans l’arrêt *Guja c/Moldavie* rendu le 12 février 2008, la CEDH considère que « *La motivation du salarié qui procède à la divulgation est un autre facteur déterminant pour l’appréciation du point de savoir si la démarche doit ou non bénéficier d’une protection. Par exemple, un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d’un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé.* »⁴⁹. La CEDH considère la motivation du salarié comme un des critères de sa bonne foi.

Toutefois, deux ans plus tard, la résolution n°1729 adoptée par l’Assemblée Parlementaire du Conseil de l’Europe ne reprend pas le critère de la motivation du salarié et donne une orientation nouvelle à la notion de bonne foi en considérant que « *Tout donneur d’alerte doit être considéré comme agissant de bonne foi, sous réserve qu’il ait des motifs raisonnables de penser que l’information divulguée était vraie, même s’il s’avère par la suite que tel n’était pas le cas, et à condition qu’il n’ait pas d’objectifs illicites ou contraires à l’éthique* ».

Cette notion de bonne foi du lanceur d’alerte, liée non plus à sa motivation mais aux motifs raisonnables qu’il avait de croire en la véracité de l’information divulguée, est reprise

⁴⁹ CEDH, décision GUJA c/ Moldavie, n°14277/04, § n°77.

intégralement par l'arrêt de la CEDH *Heinisch c/Allemagne* rendu le 21 juillet 2011 (voir *infra*, § n° 109)⁵⁰.

38. Ignorant les développements de la CEDH, la loi Sapin 2 prend en considération les motivations du lanceur d'alerte et en érige une vision idéalisée d'un héros prêt à faire face à des mesures de rétorsion, sans soutien financier et sans rechercher autre chose que la satisfaction de l'intérêt général (voir *infra*, § n° 241).

Toutefois, les juridictions françaises semblent plus enclines à suivre la définition posée par la CEDH qu'à se risquer de définir le critère du désintérêt, de telle sorte qu'un flou important subsiste à ce jour quant aux contours de la notion de lanceur d'alerte créant ainsi une insécurité juridique importante (voir *infra*, § n° 198 et s.).

39. Cette impression de flou est amplifiée par les médias qui n'hésitent pas à brandir, à tort et à travers, la notion de lanceur d'alerte. Le résistant de la deuxième Guerre mondiale, de nationalité polonaise, Jan Karski s'est ainsi vu affublé du titre. La France n'est qu'un exemple parmi d'autres et une certaine cacophonie règne au sein des Etats membres de l'UE. Ainsi, en 2015, le Parlement européen appelle la Commission européenne à adopter un régime de protection des lanceurs d'alerte en s'inspirant des travaux du Conseil de l'Europe afin de mettre en place une protection minimale et unifiée au sein de l'UE.

Une étude d'impact préliminaire sur les conséquences de la non-protection des lanceurs d'alerte au sein de l'Union a été lancée en janvier 2017 par la Commission européenne. Cette étude a estimé que les pertes liées au manque de protection des lanceurs d'alerte représentaient, pour les seuls marchés publics, un manque à gagner compris entre 5,8 et 9,6 milliards d'euros chaque année au sein de l'Union⁵¹.

Le 23 octobre 2019, la directive UE 2019/1937 relative à la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union est adoptée par le Parlement européen poussant dès lors le modèle français à une profonde remise en question tant les écarts avec la loi Sapin 2 sont nombreux (voir *infra*, § n° 212 et s.).

⁵⁰ CEDH, décision HEINISCH c/ Allemagne, 21 juillet 2011, n°28274/08

⁵¹ Voir ici : <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20190410IPR37529/protection-des-lanceurs-d-alerte-nouvelles-regles-adoptees-a-l-echelle-de-l-ue> et ici : <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/8d5955bd-9378-11e7-b92d-01aa75ed71a1>.

A titre d'exemple, le critère de bonne foi du lanceur d'alerte qui conditionne en partie sa protection s'établit au regard des motifs raisonnables que celui-ci avait de croire que les informations signalées étaient véridiques au moment du signalement.

Aussi, l'UE reprend en 2019 une définition qui nous semble pragmatique, établie par le Conseil de l'Europe depuis 2010 et dont le législateur français s'est détourné dans le cadre de la loi Sapin 2. Cinq années de flou autour de la définition du lanceur d'alerte (nuisant nécessairement à sa protection) auraient pu être évitées.

Au-delà de la définition du lanceur d'alerte, le législateur français s'est vu désavoué quant aux paliers de signalement qu'il a mis en place et quant au mécanisme de protection jugé insuffisant.

L'ensemble de ces évolutions figure dans la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022⁵² visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte dont la proposition a été déposée par le député Sylvain Waserman (voir *infra*, § n° 212 et s.). Cette loi modifie considérablement le chapitre II de la loi Sapin 2.

B. Après cinq ans, une nouvelle évolution du dispositif anticorruption français

40. L'expérience des cinq premières années de la loi Sapin 2 a amené la mission d'information des députés Raphaël Gauvain et Olivier Marleix à recommander de nombreux changements repris pour l'essentiel par la proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale le 19 octobre 2021.

Outre les changements du régime du lanceur d'alerte précédemment étudiés, des évolutions notables sont à anticiper en matière d'anticorruption. Ces dernières pourraient contribuer à déstabiliser le praticien et les entreprises à peine accoutumés au régime issu de la loi Sapin 2.

41. L'AFA, service à compétence nationale, a été créée par la loi Sapin 2 afin de conseiller les entreprises dans leur mise en conformité à l'article 17 de la loi Sapin 2 et de contrôler la qualité des programmes anticorruption (voir *infra*, § n° 548 et s.).

⁵² Voir l'entretien de S. Waserman, D. Dedieu, C. Duchatelle, W. Feugère, et L. Goutard-Chamoux « La protection des lanceurs d'alerte », Cahiers de droit de l'entreprise n°2, Mars 2022 ; M. Lassalle « La protection des lanceurs d'alerte », Recueil Dalloz 2022, p. 696 ; E. Maupin, « Vers une meilleure protection des lanceurs d'alerte », AJDA 2022, p.257 ; C. Noiville, E. Supiot, « Lanceurs d'alerte - Vers la fin d'un chemin de croix ? La transposition de la directive relative à la protection des lanceurs d'alerte », La Semaine Juridique Edition Générale n° 16, 25 Avril 2022, 506.

Elle est également investie d'une mission de coordination administrative. Aux termes de l'article 3, 1° de la loi Sapin 2, elle « *Participe à la coordination administrative, centralise et diffuse les informations permettant d'aider à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme.* ».

Or, après cinq ans, l'AFA n'est pas parvenue à assumer sa mission de coordination administrative compte tenu du temps investi dans ses missions de conseil et de contrôle.

C'est plus particulièrement l'activité de contrôle qui semble avoir été surinvestie par l'AFA emportant de nombreuses contestations de la part des entreprises contrôlées (voir *infra*, § n° 610) et des décisions de la Commission des sanctions d'une nature décevante pour l'Agence (voir *infra*, § n° 619).

Aussi, la proposition de loi du 19 octobre 2021 suggère une refonte importante du dispositif anticorruption qui entraînerait une disparition de l'AFA (dans sa forme actuelle) et amènerait au transfert de ses missions de conseil et de contrôle à la HATVP en vue de créer une grande AAI : la Haute autorité pour la probité (voir *infra*, § n° 621 et s.).

Toute la structure de la politique de lutte contre la corruption mise en place par la loi Sapin 2 est donc remise en question après cinq années. Si le statut de l'AFA et ses méthodes parfois jugées « jusqu'au-boutistes » ne sont pas exemptes de critiques, une telle remise en question donne l'impression d'une grande fragilité des outils mis en place et de tâtonnements incessants du législateur.

42. De surcroît, la CJIP instaurée par la loi Sapin 2 devrait également voir son régime évoluer (voir *infra*, § n° 751 et s.). Le rapport d'information des députés Raphael Gauvain et Olivier Marleix prévoit en effet d'en étendre le champ d'application⁵³.

Si à ce stade, seule l'infraction de favoritisme est concernée par cette extension, nous ne serions pas surpris que les débats parlementaires amènent le dépôt d'amendements en faveur d'une extension de la CJIP à l'ensemble des infractions relevant de la délinquance économique et financière.

⁵³ La loi Sapin 2 ne prévoit le recours à la CJIP que pour les personnes morales mises en cause pour l'ensemble des délits de corruption et de trafic d'influence, pour le blanchiment de fraude fiscale ainsi que pour des infractions connexes. Par la suite, la loi du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée instaure une CJIP environnementale à l'article 41-1-3 du Code de procédure pénale.

L'évolution de la CJIP à l'endroit des personnes physiques est simplement évoquée mais non proposée actuellement. Toutefois, là encore, il conviendra d'apporter une grande attention aux débats parlementaires.

En termes de statistique, bien que certaines CJIP soient remarquables du fait de leur envergure, le mécanisme n'a été utilisé qu'à 14 reprises en cinq ans, ce qui reste assez faible. En outre, en 2021, aucune CJIP environnementale n'a été conclue.

43. Aussi, bien que des évolutions du statut de l'AFA ou du régime de la CJIP soient souhaitables, il nous semble qu'elles devraient se limiter à remédier aux imperfections constatées à ce jour dans la mesure où nous n'avons encore que peu de recul sur ces outils.

§2. Le devoir de vigilance français en mutation

44. La loi relative au devoir de vigilance est une loi ambitieuse et pionnière. Elle pourrait cependant subir prochainement de profonds changements à la suite d'une initiative européenne⁵⁴ qui présente à ce jour de nombreux écarts (voir *infra*, § n° 516 à 547)⁵⁵.

Sur la base de l'article 225 du TFUE, le Parlement européen, à travers la résolution du 10 mars 2021, use de son droit d'initiative et sollicite la Commission européenne pour la mise en place d'un devoir de vigilance à l'échelle de l'UE. La Commission européenne a adopté une nouvelle proposition, le 23 février 2022, qui conforte l'idée de nombreuses évolutions à venir pour le devoir de vigilance français.

45. La première mutation pourrait concerner le champ d'application du devoir de vigilance. La loi française a été conçue pour ne s'appliquer qu'aux grandes entreprises. Les seuils fixés en termes de masse salariale sont effectivement hauts.

Pour les sociétés implantées en France, le seuil est fixé à 5.000 salariés au sein de la société assujettie au devoir de vigilance et dans ses filiales françaises. Pour les sociétés françaises qui disposent de filiales étrangères, le seuil passe à 10.000 salariés au sein de la société concernée et dans ses filiales françaises et étrangères.

⁵⁴ Voir notamment en ce sens le récent rapport du Club des juristes présidé par J. Attali et adopté en février 2022 « Pour un droit au service des mutations économiques et sociales fondamentales de notre société - Propositions pour la campagne présidentielle » qui propose l'adoption d'un devoir de vigilance à l'échelle européenne.

⁵⁵ Nous notons par ailleurs, que le dernier rapport d'information paru le 24 février 2022 sur l'évaluation de la loi relative au devoir de vigilance des députés C. Dubost et D. Potier préconise des évolutions globalement similaires à celles proposées par les instances de l'UE.

Le nombre d'entreprises françaises soumises à la loi serait inférieur à 300 sur plus de 11 millions d'entreprises constituées en France en 2020⁵⁶. Cet écart n'est pas incohérent. Il semble raisonnable de mettre uniquement à la charge des plus grandes entreprises des obligations lourdes de maîtrise des risques dans la mesure où ce sont elles qui disposent des chaînes d'approvisionnement les plus complexes et les plus mondialisées.

L'approche n'est donc pas immédiatement fondée sur le risque mais sur le postulat que les plus grandes entreprises développent les risques les plus importants et disposent des moyens suffisants pour intégrer les outils de prévention de la loi.

46. Toutefois, la résolution du Parlement européen prône une vision différente. Elle considère que, outre les grandes entreprises, la directive « *devrait également s'appliquer aux petites et moyennes entreprises cotées en bourse et à haut risque* » en renvoyant à la Commission européenne la charge de la définition des secteurs d'activité économique à haut risque pour les droits de l'homme et l'environnement.

La Commission européenne prend acte de la volonté du Parlement européen d'étendre le champ d'application personnel du devoir de vigilance et propose à ce titre un « séisme » en matière de champ d'application⁵⁷. Seraient concernées par le devoir de vigilance :

« Les sociétés immatriculées au sein de l'UE qui emploient plus de 500 salariés et réalisent un chiffre d'affaires net mondial supérieur à 150 millions d'euros ;

Les sociétés immatriculées au sein de l'UE qui emploient plus de 250 salariés et réalisent un chiffre d'affaires net mondial supérieur à 40 millions d'euros, à condition qu'au moins 50 % du chiffre d'affaires net soit réalisé dans un ou plusieurs secteurs considérés comme à risque ».

Les seuils en termes d'effectif de la proposition de directive sont nettement plus bas que ceux du devoir de vigilance français. En outre, un critère de chiffre d'affaires est ajouté par la proposition de directive.

⁵⁶ Nous tirons ce nombre de cette source : <https://fr.statista.com/statistiques/1080530/nombre-entreprises-france-selon-region/>.

⁵⁷ Rappelons qu'aux termes de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, le devoir de vigilance français concerne (i) les sociétés immatriculées en France et leurs filiales directes ou indirectes dont le siège social est situé en France et qui emploient, sur deux exercices consécutifs, au moins 5.000 salariés ou (ii) les sociétés immatriculées en France et leurs filiales directes ou indirectes dont le siège social est situé en France ou à l'étranger et qui emploient, sur deux exercices consécutifs, au moins 10.000 salariés.

Aussi et surtout, la Commission européenne ambitionne d'appliquer le devoir de vigilance à des sociétés non européennes, dès lors que ces dernières soit réalisent un chiffre d'affaires net de plus de 150 millions d'euros dans l'Union, soit réalisent un chiffre d'affaires net au sein de l'UE compris entre 40 millions et 150 millions d'euros, à condition qu'au moins 50 % du chiffre d'affaires net mondial soit réalisé dans un ou plusieurs secteurs considérés comme à risque.

Selon une étude d'impact réalisée par la Commission européenne, 13.000 sociétés immatriculées au sein de l'UE et 4.000 sociétés de pays tiers seraient concernées par cette proposition de directive.

47. De très nombreuses entreprises pourraient donc découvrir le monde de la mise en conformité et les sanctions qui y sont attachées. Sur ce dernier volet également, la proposition de directive dépasse le droit français.

Des sanctions sont prévues pour les entreprises qui ne mettraient pas en place les mesures préventives qui résultent de la « stratégie de vigilance » de la proposition de directive.

Les autorités nationales compétentes seraient donc habilitées à infliger des amendes administratives « *calculées sur la base du chiffre d'affaires d'une entreprise* » voir « *exclure temporairement ou définitivement les entreprises des marchés publics, des aides d'État, des régimes d'aide publique* »⁵⁸.

Si la Commission européenne ne reprend que l'idée d'une sanction financière basée sur le chiffre d'affaires de la société, soulignons que la proposition de directive doit revenir en discussion auprès du Parlement européen et du Conseil pour être adoptée. Nous ne serions donc pas surpris de voir certains éléments proposés par le Parlement mais éludés par la Commission figurer dans la directive finale.

Rappelons que la loi française relative au devoir de vigilance prévoyait avant son examen par le Conseil constitutionnel une amende civile pouvant aller jusqu'à 10 millions d'euros pour toute société qui ferait défaut à son obligation d'établir un plan de vigilance.

Toutefois, ces dispositions qui avaient été dénoncées par les entreprises, ont été censurées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 mars 2017 sur le fondement de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines⁵⁹.

⁵⁸ Article 18 de la proposition de directive annexée à la résolution du Parlement européen du 10 mars 2021.

⁵⁹ Décision du Conseil constitutionnel n°2017-750, § 5.

Il semble donc que l'article L. 225-102-4 du Code de commerce qui permet d'assigner une entreprise pour lui enjoindre de produire un plan de vigilance conforme n'a été jugé suffisant ni par le Parlement européen ni par la Commission européenne.

48. Le même constat s'effectue concernant l'incitation à impliquer les parties prenantes dans l'établissement du plan de vigilance telle que prévue par la loi française. L'article 5 de la proposition de directive du Parlement européen garantit effectivement « *le droit pour les syndicats, (...) d'être associés de bonne foi à l'élaboration et à la mise en œuvre de la stratégie de vigilance de leur entreprise.* ».

La proposition de la Commission européenne reprend également l'idée d'une consultation obligatoire des parties prenantes en indiquant que « *Le plan d'action en matière de prévention est élaboré en concertation avec les parties prenantes concernées* »⁶⁰.

49. Les propositions de directive du Parlement européen et de la Commission européenne sont toutefois positives à plusieurs égards pour les entreprises françaises. Elles comprennent, notamment, des définitions précises des termes employés⁶¹ et la mise en place d'une autorité indépendante chargée de veiller au respect du devoir de vigilance⁶² (ce qui permettrait un alignement bienvenu en matière de lutte contre la corruption).

50. En définitive, il nous semble à ce stade que ces propositions de directive emportent la conséquence non négligeable d'un devoir de vigilance nettement plus étendu et contraignant pour les entreprises françaises qui peinent encore aujourd'hui à comprendre le devoir de vigilance adopté en mars 2017.

⁶⁰ Article 7, § 17, a) de la proposition de directive de la Commission européenne adoptée le 23 février 2022.

⁶¹ L'article 3 de la proposition de directive, annexée à la résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 prévoit des définitions des notions de partie prenante, relation d'affaires, fournisseur, chaîne de valeur, etc.

⁶² Voir l'article 12 de la proposition de directive annexée à la résolution du Parlement européen du 10 mars 2021.

**

51. Le présent travail se divise en deux Parties qui suivent la chronologie de la démarche de mise en conformité et les différentes étapes entourant sa remise en question.

52. Aussi, la première Partie a, logiquement, traite aux mécanismes de prévention des risques que les deux lois étudiées ont rendu obligatoires. Il s'agit des programmes de conformité dont l'analyse sera tantôt séparée pour éviter les confusions, tantôt réunie lorsqu'une thématique transverse l'exige ou lorsque la comparaison et la critique s'imposent (Partie 1).

53. La deuxième Partie de notre travail fait donc suite à la démarche de prévention de l'entreprise et s'attache, dans un premier temps, au contrôle des mécanismes préventifs et le cas échéant à leur remise en question et dans un deuxième temps, aux différentes possibilités de mises en cause et d'engagement de responsabilité. Sur ces thématiques que l'on pourrait qualifier de « contentieuses », les deux lois étudiées prévoient des dispositions dont la dissemblance oblige à des analyses distinctes (Partie 2).

Partie 1. Les mécanismes de prévention des risques rendus obligatoires par la loi Sapin 2 et la loi relative au devoir de vigilance

54. Le titre I de la loi Sapin 2 et la loi relative au devoir de vigilance mettent en place des mécanismes de prévention des risques qui sont similaires.

55. Effectivement, deux axes majeurs de prévention réunissent les lois étudiées. Le premier concerne la possibilité d’alerter face à une situation portant atteinte aux intérêts protégés soit par le titre I de la loi Sapin 2 soit par la loi relative au devoir de vigilance.

Afin que cette possibilité soit utilisée, la loi Sapin 2 prévoit, outre une définition du lanceur d’alerte, un régime de protection qui doit contribuer à libérer les paroles et briser l’omerta souvent présente dans les sphères professionnelles.

Cette libération de la parole porte l’ambition de faire des travailleurs les premiers acteurs de la prévention des risques en ce qu’ils seraient des garde fous à la commission d’actes répréhensibles (Titre 1).

56. Le deuxième axe de la politique de prévention des risques mise en place par les lois étudiées se situe dans l’instauration de deux programmes de conformité obligatoires pour les entreprises qui y sont assujetties.

Il s’agit du programme de conformité anticorruption de la loi Sapin 2 et du plan de vigilance de la loi relative au devoir de vigilance.

Ces deux programmes portent des mesures largement similaires qui visent à prévenir la réalisation des risques et les identifiant et en les gérant par différents moyens (Titre 2).

Titre 1. Libérer la parole au sein des entreprises et inciter des sources d'information à devenir des lanceurs d'alerte

57. Une étude historique de la longue évolution en droit français de la notion et des régimes du lanceur d'alerte est indispensable pour appréhender la loi Sapin 2 et son impact réel dans notre droit (Chapitre 1).

Dans la même lignée de cette observation du passé, l'analyse des instruments développés par le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne apporte un éclairage décisif sur les critères dégagés par la loi Sapin 2 pour définir le lanceur d'alerte et les mécanismes mis en place par celle-ci (Chapitre 2).

Cette diversité de sources a inspiré le législateur dans l'adoption d'un dispositif d'envergure, la loi Sapin 2, qui tente une unification des régimes existants en matière de protection du lanceur d'alerte (Chapitre 3).

Toutefois, la méfiance des travailleurs à l'égard de ce dispositif atteste de lacunes qui persistent, tant dans la définition que dans la protection du lanceur d'alerte. Une nouvelle évolution est donc inévitable sous l'influence de la directive UE 2019/1937. En ce sens, la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 « visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte » assure la transposition de cette directive dans notre droit (Chapitre 4).

Chapitre 1. La longue évolution du lanceur d'alerte en droit français avant la loi Sapin 2

58. En France, plusieurs lois successives sont à l'origine de la notion de lanceur d'alerte. Ces évolutions démontrent, d'une part, la volonté du législateur français de protéger en priorité les travailleurs d'atteintes à la santé et à la sécurité et, d'autre part, la démarche empirique de notre droit face au concept du lanceur d'alerte (Section 1).

Les années 2000 marquent plus particulièrement l'avènement de nombreux mécanismes d'alerte par secteur d'activité (Section 2) créant un mille-feuille législatif peu lisible et cohérent (Section 3).

Section 1. Les premières apparitions législatives de la notion d'alerte en matière de santé et de sécurité au travail

59. L'alerte s'est développée, dans un premier temps, par le biais des institutions représentatives du personnel en matière de santé et de sécurité des travailleurs. Elle s'est, dans un deuxième temps, étendue aux salariés afin de leur permettre d'exercer leur droit de retrait face à une situation grave (§1).

Toutefois, l'alerte des institutions représentatives du personnel, que l'on peut qualifier de collective⁶³ car elle s'exerce par le biais d'une institution chargée d'un pouvoir représentatif, reste la plus utilisée. Effectivement, le salarié trouve en l'entité saisie une forme de « paratonnerre » qui sert de relais à la dénonciation d'une situation portant atteinte à ses droits (§2).

§1. Le développement de l'alerte individuelle du travailleur face à une situation grave

60. La loi n°82-1097 du 23 décembre 1982⁶⁴ relative aux CHSCT a intégré au Code du travail les anciens articles L. 231-8 al. 1 et L. 231-8-1 qui prévoyaient respectivement pour les travailleurs membres du CHSCT les dispositions suivantes :

- *« Le salarié signale immédiatement à l'employeur ou à son représentant toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé » ;*
- *« Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un salarié ou d'un groupe de salariés qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux (...) ».*

Ces dispositions ont par la suite été abrogées par l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 qui a toutefois codifié de nouvelles dispositions relativement similaires aux articles L. 4131-1, L. 4131-2 et L. 4131-3 du Code du travail.

⁶³ Par opposition à l'alerte individuelle, voir J. Icard, « Alerte éthique dans la relation de travail » in « Les lanceurs d'alerte » sous la direction de D. Pollet Panoussis et M. Disant, LGDJ, p. 156.

⁶⁴ Voir F. Chaltiel Terral, « Les lanceurs d'alerte », Dalloz, Connaissance du droit, première ed., 2018, p.55.

61. L'apport essentiel de l'ordonnance réside dans l'extension, par le biais de l'article L. 4131-1 du Code du travail, du droit d'alerte à l'ensemble des travailleurs et non plus uniquement aux membres du CHSCT.

L'article L. 4131-1 du Code du travail dispose en effet que :

« Le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection.

Il peut se retirer d'une telle situation.

L'employeur ne peut demander au travailleur qui a fait usage de son droit de retrait de reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent résultant notamment d'une défectuosité du système de protection. ».

Le mouvement se poursuit ensuite avec l'article L. 4133-1 du Code du travail, créé par la loi n°2013-316 du 16 avril 2013, qui prévoit que : *« Le travailleur alerte immédiatement l'employeur s'il estime, de bonne foi, que les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement (...) ».*

Dès lors, le travailleur dispose d'un nouveau droit d'alerte individuel en présence d'un risque grave pour l'environnement ou la santé publique.

62. La Cour de cassation a eu à connaître du droit de retrait du salarié à plusieurs reprises et a rendu des décisions qui s'avèrent particulièrement protectrices.

Par un arrêt du 18 décembre 2007, la chambre sociale de la haute juridiction⁶⁵ a considéré qu'est dépourvu de cause réelle et sérieuse le licenciement prononcé à l'encontre d'une préparatrice en pharmacie qui avait refusé de manipuler des produits dangereux alors que l'employeur ne s'était pas assuré de son aptitude à effectuer de tels travaux. La garantie octroyée au salarié prend ici le visage de l'exception d'inexécution.

⁶⁵ Soc. n° 06-43.801, Recueil Dalloz 2008, p. 359.

Dans une affaire relative au licenciement d'un chauffeur de poids lourds qui avait refusé un nouveau transport de marchandises suite à une amplitude de travail de 21,5 heures la veille et un important besoin de repos, la Cour de cassation a réaffirmé sa position⁶⁶.

Alors que la Cour d'appel de Pau avait validé le licenciement sur la base du refus de travailler du salarié qui n'avait pas formellement invoqué son droit de retrait, l'arrêt est cassé. La Cour de cassation affirme qu'il n'existe pas de distinction entre l'exercice d'un droit de retrait « de droit » et « de fait ».

Effectivement, seul compte le refus du travailleur d'exercer la tâche confiée au regard de la situation qu'il identifie comme dangereuse.

Aussi, peu importe que ce dernier ait formellement ou non alerté son employeur sur les risques existants sur sa vie et sa sécurité et sur sa volonté d'exercer, en conséquence, son droit de retrait.

Précisons que la haute juridiction a également jugé qu'il n'était pas nécessaire que la situation dans laquelle se trouve le salarié pour exercer son droit d'alerte et de retrait présente effectivement un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé. Il ne s'agit pas d'un contrôle *a posteriori* de la nature du danger ou de sa réalisation mais d'une évaluation du motif raisonnable, légitime, que le salarié a eu d'exercer son droit d'alerte et de retrait.

63. L'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 maintient les droits d'alerte individuels mais modifie le régime des alertes collectives.

§2. L'alerte du CSE face à une situation grave

64. La suppression du CHSCT, des délégués du personnel et du comité d'entreprise par l'ordonnance n°2017-1386 et leur remplacement par le CSE a entraîné la réécriture de l'article L. 4131-2 du Code du travail⁶⁷ qui prévoit désormais que : « *Le représentant du personnel au comité social et économique, qui constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur selon la procédure prévue au premier alinéa de l'article L. 4132- 2* »⁶⁸.

⁶⁶ Soc. 2 mars 2010, n°08-45.086.

⁶⁷ Voir l'article 4 de l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017.

⁶⁸ L'article L. 4132-2 du Code du travail prévoit la procédure suivante à suivre : « *Lorsque le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail alerte l'employeur en application de*

On trouve des éléments de définition du danger grave et imminent au sein de la circulaire DGT n°93/15 du 25 mars 1993 relative à l'application de la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982, abrogée en 2007 (voir *supra*, § n° 60).

Selon cette circulaire, le danger grave correspond à « *tout danger susceptible de produire un accident ou une maladie entraînant la mort ou paraissant devoir entraîner une incapacité permanente ou temporaire prolongée* ». Le caractère imminent du danger selon cette même circulaire fait référence à « *tout danger susceptible de se réaliser brutalement dans un délai rapproché* ».

65. L'ordonnance n°2017-1386 a également pour effet d'enrichir les compétences du CSE en matière d'alerte collective.

Il devient ainsi compétent pour les alertes ayant trait à des atteintes en matière de santé publique et d'environnement par le biais de l'article L. 2312-60 du Code du travail⁶⁹.

La notion de risque pour la santé publique et *a fortiori* pour l'environnement est peu appréhendée juridiquement que cela soit par la jurisprudence⁷⁰ ou par les textes.

De plus, la compétence du CSE est étendue en matière d'alerte pour :

- des atteintes aux droits des personnes (l'article L. 2312-59 du Code du travail). Il s'agit des atteintes à la santé physique et mentale des salariés ou des restrictions à leurs libertés individuelles non justifiées. Elles peuvent également résulter de faits de harcèlement sexuel ou moral ou de toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement⁷¹ ;

l'article L. 4131-2, il consigne son avis par écrit dans des conditions déterminées par voie réglementaire. L'employeur procède immédiatement à une enquête avec le représentant du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui lui a signalé le danger et prend les dispositions nécessaires pour y remédier. ».

⁶⁹ L'article L. 2312-60 du Code du travail dispose que « *Un membre de la délégation du personnel au comité social et économique exerce les droits d'alerte en situation de danger grave et imminent ainsi qu'en matière de santé publique et d'environnement dans les conditions prévues, selon le cas, aux articles L. 4132-1 à L. 4132-5 et L. 4133-1 à L. 4133-4.* ».

⁷⁰ Relevons toutefois quelques décisions, notamment : CA Orléans, 12 décembre 2017, n°16/02854 ; CAA Nancy, 6 juin 2019 n°18NC01239.

⁷¹ Une atteinte à la santé mentale ou physique du salarié, une charge de travail excessive entraînant un risque de *burn out* pourrait justifier que le délégué du personnel alerte l'employeur de cette situation, voir notamment E. Lafuma, « Charge de travail et représentants du personnel », Dalloz revue Droit social 2011, p. 758.

- des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise (article L. 2312-63 du Code du travail) ; ou encore
- des faits susceptibles de caractériser un recours abusif aux contrats de travail à durée déterminée, aux contrats conclus avec une entreprise de portage salarial et au travail temporaire (article L. 2312-71 du Code du travail).

Le CSE dispose donc de nombreuses voies pour alerter l'employeur.

Section 2. La généralisation des dispositifs d'alerte dans les années 2000

66. Les premiers développements des dispositifs d'alerte en matière de conformité se font sous l'influence de lois extraterritoriales américaines (§1).

Parallèlement, la législation française va entamer dans les années 2000 un long processus d'empilement des législations sectorielles (§2).

Ce *modus operandi*, s'il permet une évolution importante de notre droit, présente toutefois l'inconvénient de le rendre difficilement lisible (§3).

§1. Les grandes entreprises françaises contraintes par des lois extraterritoriales américaines

67. Deux lois américaines ont porté des obligations en matière d'alerte pour certaines entreprises françaises. Il s'agit de la loi *Sarbanes-Oxley* en 2002 (A) et le *Dodd-Franck Act* en 2010 (B).

A. La loi *Sarbanes-Oxley* en 2002

68. La diffusion au sein des entreprises françaises de dispositifs d'alerte interne trouve sa source dans la législation américaine et sa portée extraterritoriale⁷².

⁷² Voir N. Rontchevsky, « L'onde de chocs des scandales financiers américains atteint l'Europe : l'effet extraterritorial du *Sarbanes-Oxley* », RTD Com. 2002, p.700.

Le krach boursier des années 2001-2002 et la faillite des sociétés Enron et WorldCom ont provoqué aux Etats-Unis de profonds changements en matière de lutte contre les fraudes comptables et fiscales⁷³.

La loi *Sarbanes-Oxley* dite loi « *SOX* » est adoptée le 30 juillet 2002. Elle entraîne une plus grande transparence des rapports financiers des entreprises en soumettant toutes les sociétés dont les titres sont cotés aux Etats-Unis à une obligation d'audit visant à garantir l'exactitude et la disponibilité de l'information financière et des pratiques comptables⁷⁴.

A cet effet, la loi *SOX* prévoit l'indépendance des auditeurs comptables et la responsabilité directe des dirigeants d'entreprises.

Elle impose également la mise en place de mécanismes internes d'alerte permettant la remontée d'informations sous peine de sanction pouvant aller jusqu'au retrait de la cotation des titres de l'entreprise récalcitrante.

L'alerte est confidentielle et toutes représailles à l'encontre des salariés qui auraient rendus publics des infractions, les *whistleblowers*, sont interdites⁷⁵. Le salarié dispose d'un droit d'action en justice contre l'employeur qui aurait mis en place des représailles à la suite d'une alerte.

⁷³ Le groupe de négoce et d'énergie américain Enron est mis en faillite en décembre 2001 alors qu'il augmentait artificiellement ses profits tout en masquant ses déficits en utilisant une multitude de sociétés écrans et en falsifiant ses comptes. Son CEO Kenneth Lay avait créé plus de 3.000 sociétés *offshores* dans les îles Caïmans, les Bermudes ou les Bahamas, afin de dissimuler des risques importants pour la société mère. De son côté, l'opérateur télécoms américain WorldCom fait faillite en 2002 en laissant 41 milliards de dollars de dette. Son CEO Bernard Ebbers, responsable de l'une des plus importantes fraudes comptables de l'histoire américaine, est condamné le 13 juillet 2005 à 25 ans de prison.

⁷⁴ Voir l'étude « Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger. » adoptée par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat le 25 février 2016, La documentation Française, 2016, p.24.

⁷⁵ Loi *Sarbanes-Oxley*, section 301 (4) : « *Each audit committee shall establish procedures for —“(A) the receipt, retention, and treatment of complaints received by the issuer regarding accounting, internal accounting controls, or auditing matters; and“(B) the confidential, anonymous submission by employees of the issuer of concerns regarding questionable accounting or auditing matters* ».

B. Le *Dodd-Franck Act* en 2010

69. Dans le prolongement de la loi *SOX*, le *Dodd-Franck Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (ci-après « *Dodd-Franck Act* ») est adopté en 2010 à l'issue de la crise des *subprimes*.

Le *Dodd-Franck Act* a renforcé le statut des lanceurs d'alerte qui s'adressent à la *SEC*⁷⁶ en mettant en place les mesures suivantes :

- une incitation financière au bénéficiaire du lanceur d'alerte qui apporte des éléments probants à la *SEC*. Le montant qui lui est versé est lié au montant de l'amende qui sera imposé à l'entreprise. Sous réserve que cette amende soit supérieure à 1 million d'euros, le lanceur d'alerte touchera entre 10 et 30 % de cette somme ;
- un renforcement des règles de protection déjà prévues par la loi *SOX* dans la mesure où est ajouté un article 1514 A intitulé « *Civil action to protect against retaliation in fraud case* » au chapitre 73 du titre 18 (*Crimes and criminal procedure*) du *United-States Code*⁷⁷. Ce nouvel article prévoit notamment une réintégration du salarié licencié en raison de l'alerte lancée, le versement d'arriérés de salaires et de dommages-intérêts.

70. C'est ainsi très nettement au contact de la législation américaine que les entreprises françaises cotées sur les marchés américains ont commencé à se doter d'un dispositif d'alerte et de codes ou chartes éthiques.

§2. *En France, une alerte protéiforme et sectorielle*

71. Dès les années 2000, la France a entamé un renforcement thématique des mesures protectrices des lanceurs d'alerte selon une démarche empirique. Un scandale médiatique entraînant, le plus souvent, une réaction du législateur.

⁷⁶ La *SEC* est l'organisme fédéral américain des marchés financiers.

⁷⁷ Pour une lecture complète de ces dispositions, voir ici : <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1514A>.

A. De premières évolutions en matière de discrimination et de harcèlement moral au travail

72. Sous l'influence de directives européennes⁷⁸, la France met progressivement en place les dispositions protectrices des articles L. 1132-3 et L. 1152-2 du Code du travail qui respectivement disposent :

- « *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L. 1132-1⁷⁹ et L. 1132-2⁸⁰ ou pour les avoir relatés.* »⁸¹ ;
- « *Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés.* »⁸².

73. Si la personne qui signale des faits de discrimination fait l'objet d'une protection bien établie, les juridictions françaises exercent un contrôle quant à sa bonne foi.

⁷⁸ Les directives européennes n°2000/43, 2000/78, 2002/73, 2004/113 et 2006/54.

⁷⁹ L'article L. 1132-1 du Code du travail prévoit que « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français.* ».

⁸⁰ L'article L. 1132-2 du Code du travail prévoit que « *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire mentionnée à l'article L. 1132-1 en raison de l'exercice normal du droit de grève.* ».

⁸¹ Soulignement ajouté.

⁸² Soulignement ajouté.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 6 juin 2012, conforte la juridiction du fond qui avait considéré de mauvaise foi une salariée qui « *avait dénoncé de façon mensongère des faits inexistant de harcèlement moral dans le but de déstabiliser l'entreprise et de se débarrasser du cadre responsable du département comptable* »⁸³.

A cet égard, la Cour de cassation refuse toute protection aux salariés qui dénoncent des faits de harcèlement moral de mauvaise foi, de façon mensongère, en connaissant l'inexistence des faits dénoncés⁸⁴.

B. Dans le cadre de la lutte contre la maltraitance et les abus sexuels envers les adultes et les enfants vulnérables en 2002

74. Les nombreux cas révélés de maltraitance dont sont victimes les enfants et les adultes vulnérables accueillis dans les institutions sociales et médico-sociales ont conduit à l'adoption de la loi n°2002-2 du 2 janvier 2002.

L'article 48 de cette loi insère un article L. 313-24 au sein du Code de l'action sociale et des familles : « *Dans les établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1, le fait qu'un salarié ou un agent a témoigné de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie ou relaté de tels agissements ne peut être pris en considération pour décider de mesures défavorables le concernant en matière d'embauche, de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement du contrat de travail, ou pour décider la résiliation du contrat de travail ou une sanction disciplinaire. En cas de licenciement, le juge peut prononcer la réintégration du salarié concerné si celui-ci le demande.* ».

Précisons que la circulaire prise pour l'application du présent article prévoit que le mécanisme de protection s'applique non seulement aux salariés des institutions sociales et médico-sociales mais également aux médecins et aux agents publics des administrations de contrôle de ces établissements qui auraient révélé ces faits⁸⁵.

⁸³ Arrêt dit « Société Sogep », Soc. 6 juin 2012, n°10-28.345.

⁸⁴ Voir notamment : Soc., 28 janvier 2015, n°13-22.378.

⁸⁵ Circulaire DGA 5/SD 2 n°2002-265 du 30 avril 2002 relative au renforcement des procédures de traitement des signalements de maltraitance et d'abus sexuels envers les enfants et les adultes vulnérables accueillis dans les structures sociales et médico-sociales.

C. En matière de lutte contre la corruption en 2007

75. Dès 1999, la France est invitée à faire évoluer sa législation interne non seulement en matière de lutte contre la corruption mais également afin de mieux protéger les salariés qui signalent des faits de corruption.

L'article 9 de la Convention civile du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 sur la corruption sollicite les Etats parties à intégrer dans leur droit national « *une protection adéquate contre toute sanction injustifiée à l'égard des employés qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, dénoncent des faits de corruption aux personnes ou autorités responsables* »⁸⁶.

La convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003, dite convention de Merida⁸⁷, intègre également des dispositions en matière de signalement de faits de corruption. Son article 33 prévoit ainsi que « *Chaque État Partie envisage d'incorporer dans son système juridique interne des mesures appropriées pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant les infractions établies conformément à la présente Convention.* ».

En 2005, l'OCDE, dans le cadre d'une étude sur l'évolution des politiques nationales en matière de lutte contre la corruption, a invité la France à légiférer afin de prendre des « *mesures de protection plus fortes pour les salariés qui révèlent des faits suspects de corruption, de façon à encourager ces personnes à déclarer de tels faits sans crainte de représailles* »⁸⁸.

76. Sous l'influence de ces différents textes, le législateur français est intervenu en adoptant, le 13 novembre 2007, la loi n°2007-1598 relative à la lutte contre la corruption qui par son article 9 instaure un régime de protection pour les salariés qui dénoncent des faits de corruption dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

A cet égard, un article L. 1161-1 est intégré au Code du travail et prévoit qu' « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une*

⁸⁶ La ratification par la France est autorisée par la loi n°2005-103 du 11 février 2005.

⁸⁷ La ratification de cette loi par la France est autorisée par la loi n°2005-743 du 4 juillet 2005.

⁸⁸ Recommandation n°5 du rapport de phase 2 sur la France, cité in Rapport d'activité du service central de prévention de la corruption, 2011.

mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ».

L'article poursuit en précisant qu'en cas de rupture du contrat de travail qui en résulterait « *toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit* ».

De plus, l'article L. 1161-1 du Code du travail précise qu'« *En cas de litige relatif à l'application des deux premiers alinéas, dès lors que le salarié concerné (...) établit des faits qui permettent de présumer qu'il a relaté ou témoigné de faits de corruption, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers aux déclarations ou au témoignage du salarié.* ».

77. Cet aménagement de la charge de la preuve dénote une volonté forte de protection du salarié lanceur d'alerte. En ce sens, deux décisions intéressantes de la Cour d'appel de Paris doivent être relevées.

Dans une décision du 13 mars 2013, la Cour d'appel de Paris a considéré nulle la rupture du contrat de travail d'un salarié par un employeur qui n'était pas parvenu à démontrer l'absence de lien avec les faits de corruption signalés par le salarié quelques mois plus tôt⁸⁹.

Le 21 mars 2013, cette même Cour d'appel a considéré, à l'inverse, que la mutation dont avait fait l'objet le salarié qui avait révélé des faits de corruption ne relevait pas d'une mesure de représailles, l'employeur rapportant la preuve que cette mesure de mutation relevait de l'intérêt du service⁹⁰.

⁸⁹ C.A. Paris, 13 mars 2013, n°12/03679.

⁹⁰ C.A. Paris, 21 mars 2013, n°11/06352.

D. En matière de risque sanitaire des médicaments et produits de santé en 2011

78. Le scandale du Médiateur commercialisé par le laboratoire Servier a entraîné de nombreux travaux d'évaluation pour comprendre les dysfonctionnements de la chaîne du médicament et apporter des pistes de réponse.

Ainsi, comme l'explique le rapport du Sénat du 28 juin 2011 intitulé « *Médiateur® : évaluation et contrôle des médicaments* », l'affaire du Médiateur aura permis de mettre en évidence le fonctionnement en vase clos de notre système de sécurité sanitaire qui fonctionne « *nourri d'informations scientifiques circulant en circuit fermé* »⁹¹.

Face à cette situation et après avoir relevé la nécessité d'« ouvrir le système » pour donner davantage de place aux avis contradictoires, le rapport propose de mettre en place une procédure protégeant les lanceurs d'alerte afin de réformer le système du médicament en France⁹².

La loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé instaure ainsi l'article L. 5312-4-2 du Code de la santé publique qui, reprenant exactement les mêmes éléments de définition que ceux intégrés au Code du travail à l'article L. 1161-1 en matière de corruption⁹³, dispose :

*« Aucune personne ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, ni être sanctionnée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de traitement, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à la sécurité sanitaire des produits mentionnés à l'article L. 5311-1 dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. (...) »*⁹⁴.

⁹¹ Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information « Mediator : évaluation et contrôle des médicaments » par M.-T. Hermange, sénatrice.

⁹² *Ibid*, proposition n°39, annexe 1, p. 257.

⁹³ Voir F. Chaltiel Terral, « Les lanceurs d'alerte », Dalloz, Connaissance du droit, 2018, p. 65.

⁹⁴ Soulignement ajouté.

E. En matière de risques graves pour la santé publique et l'environnement en 2013

79. La loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte commence par affirmer en son premier article que « *Toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement* ».

Il est également institué une Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement en charge, notamment, du traitement des alertes.

Par ailleurs, la loi n°2013-316 apporte les dispositions suivantes :

- l'article L. 1351-1 du Code de la santé publique qui met en place (dans les mêmes termes que ceux de l'article L. 5312-4-2 du Code de la santé publique et de l'article L. 1161-1 du Code du travail) une protection pour la personne qui a relaté ou témoigné « *de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à un risque grave pour la santé publique ou l'environnement dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* » ;
- l'article L. 4133-1 du Code du travail qui prévoit que « *Le travailleur alerte immédiatement l'employeur s'il estime, de bonne foi, que les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement. L'alerte est consignée par écrit dans des conditions déterminées par voie réglementaire. L'employeur informe le travailleur qui lui a transmis l'alerte de la suite qu'il réserve à celle-ci* » ;
- l'article L. 4133-2 du Code du travail qui permet un transit différent de l'alerte puisque le salarié peut également s'adresser au représentant du personnel au CHSCT. Ici aussi la consignation de l'alerte et l'implication de l'employeur dans son traitement sont prévues puisque « *L'employeur examine la situation conjointement avec le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui lui a transmis l'alerte et l'informe de la suite qu'il réserve à celle-ci* ».

80. La loi du 16 avril 2013 confirme donc pleinement l'attention portée aux lanceurs d'alerte qui bénéficient non seulement d'un statut protecteur mais également désormais d'une garantie de traitement effectif de l'alerte en matière de risque grave sur la santé publique et sur

l'environnement⁹⁵. Il convient également de noter que le terme de lanceur d'alerte est utilisé pour la première fois par la loi.

En outre, trois procédures d'alerte existent dorénavant en présence de risques graves pour la santé publique et l'environnement : (i) du salarié à l'employeur, (ii) du salarié vers le CHSCT et (iii) par le biais de la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement.

Précisons que cette loi innove également en prévoyant une sanction pour l'employeur qui, saisi d'une alerte, ne prendrait aucune mesure pour la traiter. Il perdrait alors le bénéfice de l'article 1386-11, 4° du Code civil qui dispose qu'en matière de responsabilité du fait des produits défectueux « *Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut* ».

F. En matière de conflit d'intérêts en 2013

81. La loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique prévoit un mécanisme de protection du lanceur d'alerte.

L'article 25 de la loi reprend la même construction que les articles L. 1351-1 et L. 5312-4-2 du Code de la santé publique et l'article L. 1161-1 du Code du travail.

Un mécanisme de protection est donc prévu pour la personne qui a « *relaté ou témoigné, de bonne foi, à son employeur, à l'autorité chargée de la déontologie au sein de l'organisme, à une association de lutte contre la corruption agréée (...) ou aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts (...) dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* ».

A la lumière des dispositions préexistantes et précédemment étudiées, la loi est surtout novatrice sur deux points :

- elle élabore une définition du conflit d'intérêts comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* » ; et

⁹⁵ Voir F. Chaltiel Terral, « Les lanceurs d'alerte », précité, p.66.

- elle crée la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, compétente notamment dans l'agrément des associations de lutte contre la corruption qui pourront, le cas échéant, recueillir des alertes.

G. Une première loi à portée générale contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière en 2013

82. La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière marque une évolution importante dans la mesure où sa portée n'est plus strictement sectorielle et cantonnée à une situation précise (discrimination, harcèlement, corruption, etc.).

Il est effectivement inséré au sein du Code du travail un nouvel article L. 1132-3-3 qui protège le travailleur de toute forme de discrimination « *pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* »⁹⁶.

Le mécanisme de protection du lanceur d'alerte du Code du travail qui concernait déjà la remontée d'une situation de discrimination (article L. 1132-3), d'un risque grave pour la santé publique ou l'environnement (article L. 4133-1), et de faits de corruption (article L. 1161-1) est étendu à l'alerte de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime.

Il s'agit d'une extension non négligeable qui préfigure le travail d'harmonisation qui sera entrepris par la loi Sapin 2.

Il ressort d'ailleurs des travaux parlementaires de la loi n°2013-1117 la nécessité de dépasser la multitude de dispositifs particuliers protégeant les lanceurs d'alerte et de mettre en place un mécanisme de protection général⁹⁷.

83. En outre, la loi n°2013-1117 consacre pour la première fois un mécanisme général de recueil des signalements et un droit d'alerte au sein de la fonction publique⁹⁸.

⁹⁶ Soulignement ajouté.

⁹⁷ Voir le rapport fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, établi par Y. Galut, n° 1130 et 1131, 12 juin 2013 ainsi que le rapport fait au nom de la Commission des lois du Sénat, établi par A. Anziani et V. Klès, n° 738, 10 juillet 2013.

⁹⁸ Voir D. Pollet Panoussis, « L'agent public, lanceur d'alerte » in « Les lanceurs d'alerte » sous la direction de D. Pollet Panoussis et M. Disant, LGDJ, p. 141 et s.

Il est inséré, après l'article 6 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, un article 6 ter A qui prévoit qu' « *Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit.* ».

Pendant longtemps, le seul dispositif qui pouvait s'apparenter à une alerte au sein de la fonction publique résidait dans l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale. Cet article consacre une obligation (non assortie de sanction⁹⁹) pour les agents publics de dénoncer au Procureur de la République les crimes et délits dont ils ont connaissance dans le cadre de leurs fonctions.

Néanmoins, l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale ne prévoyant pas de mécanisme de protection, l'agent public était exposé aux représailles d'une hiérarchie qui pouvait être complice de l'infraction.

Un déséquilibre important existait donc entre le salarié du secteur privé et le fonctionnaire lanceur d'alerte en matière de protection¹⁰⁰.

L'adoption de la loi du 6 décembre 2013 corrige cette lacune et met en place une inversion de la charge de la preuve en cas de procès intenté contre un fonctionnaire ayant relaté un crime ou un délit : « *il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé* ».

84. Du fait de sa vocation générale, la loi du 6 décembre 2013 est incontestablement un progrès. La poursuite du travail d'harmonisation de l'alerte au sein de la fonction publique se fera avec la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 puis avec la loi Sapin 2.

⁹⁹ L'efficacité de l'article est donc limitée. Une proposition de loi tendant à sanctionner le non-respect de l'article 40 du Code de procédure pénale a été déposée en juillet 2013 par le député P. Morel-a-l'huissier et renvoyée en Commission des lois où nous pouvons douter qu'elle y ait été effectivement examinée, voir ici : https://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/sanctionner_non-respect_art40_code_procedure_penale.asp.

¹⁰⁰ Voir N.-M. Meyer, « Alerte éthique et fonction publique : la fin d'un malentendu français », Revue des Juristes de Sciences Po n°9, juin 2014, 105.

H. En matière de renseignement et afin de protéger les agents de renseignement en 2015

85. La loi n°2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement prévoit une protection spécifique pour les agents des services de renseignement signalant des faits susceptibles de constituer une violation manifeste de la loi.

Il est apparu nécessaire à la suite de l'affaire Snowden de prévoir un régime de protection spécifique au domaine du renseignement permettant le respect du secret de la défense nationale.

Ces dispositions figurent à l'article L. 861-3 du Code de la sécurité intérieure.

La nouveauté par rapport aux dispositifs préexistants réside dans le caractère manifeste de la violation de la loi : il est requis que les faits relatés par le lanceur d'alerte soient susceptibles de constituer une violation manifeste de la loi.

De surcroît, compte tenu de la sensibilité du sujet, une Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) est également créée et c'est à elle seule que les signalements doivent être effectués.

La CNCTR peut ensuite avertir les plus hautes instances en saisissant le Conseil d'Etat et le Premier Ministre (voir même le Procureur de la République sous réserve du respect du secret de la Défense nationale).

I. Au sein de la fonction publique avec la loi du 20 avril 2016

86. La loi du 6 décembre 2013 comportait plusieurs défauts¹⁰¹. Ils sont partiellement corrigés par la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 qui précise le mode opératoire à suivre pour un fonctionnaire qui souhaiterait diffuser un signalement¹⁰².

Les précédentes dispositions législatives n'avaient, effectivement, pas réglé la question de savoir si l'agent devait obligatoirement ou non se tourner vers le Procureur de la République, s'il devait au préalable informer son supérieur hiérarchique ou encore s'il lui était possible d'informer le public de son signalement.

¹⁰¹ J.-P. Foegle et S. Pringault, « Les lanceurs d'alerte dans la fonction publique », AJDA, 2014, p. 2256.

¹⁰² Voir D. Pollet Panoussis, « L'agent public, lanceur d'alerte », précité.

La loi du 20 avril 2016 modifie l'article 6 ter A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 qui dispose désormais que :

*« Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'évaluation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives de faits constitutifs d'un délit, d'un crime ou susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts au sens du I de l'article 25 bis dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. (...) »*¹⁰³.

En sus de ces modifications, la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 intègre au Code de la défense un nouvel article L. 4122-4 propre à l'alerte au sein de l'armée française¹⁰⁴.

87. Relevons enfin, que contrairement aux dispositions qui s'adressent aux salariés du secteur privé, le fonctionnaire, comme le militaire, doit s'adresser directement aux autorités administratives et judiciaires pour diffuser des faits constitutifs d'un délit, d'un crime ou d'une situation de conflit d'intérêts.

Section 3. Un ensemble de dispositifs qui manque de cohérence et de précision

88. Au regard d'un tel assemblage législatif, il est évidemment difficile pour les travailleurs de s'y retrouver du fait de l'absence de lisibilité de l'ensemble (§1).

De surcroît, une méfiance importante s'est installée en raison de la peur de représailles et d'une certaine omerta qui règne dans les milieux professionnels (§2). Aussi, une étude du Conseil d'Etat pour l'amélioration des dispositifs existants préfigure l'adoption de la loi Sapin 2 en prônant une unification des régimes du lanceur d'alerte (§3)¹⁰⁵.

¹⁰³ Soulignement ajouté.

¹⁰⁴ L'article L.4122-4 du Code de la défense dispose que : « *Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la rémunération, la formation, la titularisation, l'évaluation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un militaire pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives, de faits constitutifs d'un délit, d'un crime ou susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts au sens de l'article L. 4122-3 dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* ». Ajoutons que l'article L. 4122-3 du Code de la défense dispose que : « *Constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions* ».

¹⁰⁵ « Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger. », étude adoptée par le Conseil d'Etat le 25 février 2016, La documentation Française, 2016.

§1. Des dispositifs peu pratiqués par les agents publics et par les salariés du secteur privé

89. Le Service Central de Prévention pour la Corruption (remplacé depuis la loi Sapin 2 par l'AFA) relevait déjà en 2010 en matière de corruption ou, plus globalement, d'atteinte à la probité que « *les administrations et leurs corps de contrôle ne sont pas les principaux pourvoyeurs de l'autorité judiciaire* » et que l'utilisation par les agents publics du dispositif de l'article 40 du Code de procédure pénale « *apparaît très faible voire inexistante* »¹⁰⁶.

La Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique partage la même réflexion en 2011 en indiquant qu'en matière de conflit d'intérêts le recours au dispositif de lancement de l'alerte est très limité¹⁰⁷.

Le constat est le même en 2015 par le président de la HATVP. M. Jean-Louis Nadal pointe « *la relative inefficacité de la procédure de signalement prévue à l'article 40 du Code de procédure pénale, souvent perçue comme de la délation* » dans un rapport remis au Président de la République¹⁰⁸.

Les raisons de cette faible utilisation sont en définitive toujours les mêmes. Le fonctionnaire a peur d'éventuelles représailles, d'être « placardisé » et de voir ses possibilités de carrière s'effacer s'il devait mettre en cause sa hiérarchie.

90. Du côté du secteur privé, la problématique est double : les dispositifs d'alerte professionnelle sont non seulement peu utilisés mais ne concernent que certaines entreprises.

Si la plupart des grandes entreprises françaises se sont dotées de dispositifs d'alerte sous la pression de législations étrangères¹⁰⁹ (voir *supra*, § n° 68 à 70), la situation des petites et moyennes entreprises est, quant à elle, le plus souvent caractérisée par l'absence de ce type de dispositif.

¹⁰⁶ Service Central de Prévention de la Corruption, rapport pour l'année 2010 au Premier Ministre et au Garde des Sceaux, p. 47 et 75.

¹⁰⁷ « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique remis au Président de la République le 26 janvier 2011, p. 88.

¹⁰⁸ J.- L. Nadal, « Renouer avec la confiance publique », rapport remis au président de la République en janvier 2015, p. 128.

¹⁰⁹ Les statistiques de la CNIL montrent que dès 2006 près de 500 entreprises avaient, dans le cadre de l'autorisation unique qu'elle propose, procédé à la déclaration de la mise en place d'un dispositif d'alerte.

De surcroît, la présence d'un dispositif d'alerte dans les grandes entreprises n'est pas un gage de son utilisation. A l'instar du fonctionnaire, le salarié redoute les représailles et n'ose pas lancer l'alerte.

§2. Des dispositifs qui couvrent un large périmètre mais qui restent peu lisibles

91. Le législateur a appréhendé la protection des lanceurs d'alerte secteur par secteur au gré des problématiques.

Ainsi, les différentes lois adoptées depuis 2001 ont progressivement étendu le champ d'application des alertes (discriminations, corruption, risques sanitaires et environnementaux). Il en ressort un dispositif certes vaste mais inégal.

Il peut en conséquence s'avérer complexe pour une personne souhaitant émettre une alerte de savoir si elle relève ou non de l'un des mécanismes de protection mis en place dans la mesure où il est tantôt fait référence à l'employé, au travailleur, à toute personne ou encore toute personne physique et morale, etc.

En dehors des dispositions générales de la loi du 16 avril 2013 relative aux risques pour la santé publique ou l'environnement qui visent expressément « *toute personne physique ou morale* », les autres lois sont moins explicites. Il est ainsi permis de douter du fait qu'elles prennent en compte la situation des stagiaires, intérimaires ou consultants par exemple.

La loi du 16 avril 2013 est également la seule à prévoir expressément la possibilité pour des personnes externes aux entreprises de lancer des alertes relatives à la santé publique ou à une atteinte à l'environnement.

De surcroît, le fait que l'alerte soit une faculté ou une obligation varie selon les dispositions législatives. Seul l'article 40 du Code de procédure pénale ainsi que les articles L. 4131-1 et L. 4133-1 du Code du travail mettent en place une obligation de signalement. Pour le reste, il s'agit d'une simple faculté.

Ces déséquilibres entre les différents dispositifs existants sont une source d'insécurité juridique, ils contribuent à un sentiment de méfiance chez une personne qui souhaiterait diffuser un signalement. Pour être utilisé, le mécanisme doit non seulement être protecteur mais également lisible et rassurant pour une personne qui risque de s'exposer à des mesures de rétorsion.

§3. L'amélioration de ces dispositifs par la mise en place d'un socle commun

92. Les champs d'application de l'alerte sont multiples et peuvent appeler des dispositions spécifiques parallèlement à la mise en place d'un socle commun de dispositions applicables à l'ensemble des alertes.

En ce sens, une étude du Conseil d'Etat sur le droit d'alerte adoptée en février 2016¹¹⁰ dessine les contours d'une loi globale. Elle explique : « *Il faut d'abord que la loi donne une définition du lanceur d'alerte, en précisant que l'alerte éthique, quel que soit son objet, est lancée par une personne qui, confrontée à un risque grave, notamment pour la santé ou l'environnement, ou à des manquements graves à des lois ou règlements, décide librement et en conscience d'y procéder. Cette personne agit dans l'intérêt général, elle ne recherche pas son intérêt ni ne cherche à nuire à autrui.* ».

L'étude du Conseil d'Etat recommande également que « *la loi précise les principes régissant l'alerte éthique, en particulier son caractère facultatif et sa gratuité, ainsi que ses modalités, notamment la mise en place de canaux gradués et sécurisés à la disposition du lanceur d'alerte* ».

Les principaux éléments qui constitueront le régime du lanceur d'alerte de la loi Sapin 2 (la définition du lanceur d'alerte, les paliers de signalement, le besoin de protection, etc.) figurent dans cette étude du Conseil d'Etat.

Le législateur français s'en inspirera très largement lors de l'adoption du chapitre 2 de la loi Sapin 2 intitulé « *De la protection des lanceurs d'alerte* ».

¹¹⁰ Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger. Etude adoptée par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat le 25 février 2016, La documentation Française, 2016.

Chapitre 2. La protection accordée aux lanceurs d’alerte par les autorités internationales et supranationales : des sources d’inspiration et d’évolution du droit français

93. L’influence de la CEDH a été décisive dans l’évolution du droit français en matière de protection du lanceur d’alerte au travers d’une jurisprudence particulièrement dense sur la liberté d’expression des travailleurs (Section 1).

Si la matière juridique provient de la CEDH, la capacité à faire évoluer des législations internes aux fins d’uniformisation est l’apanage de l’UE (Section 2).

Section 1. Le lanceur d’alerte et le Conseil de l’Europe

94. Afin de comprendre le régime du lanceur d’alerte issu de la loi Sapin 2, il convient de revenir sur la position du Conseil de l’Europe qui a joué un rôle fondamental dans la construction de la réglementation des Etats membres.

En dépit d’un pouvoir de contrainte assez limité, le Conseil de l’Europe se distingue par un pouvoir normatif particulièrement important au travers des arrêts rendus par la CEDH (§1) ou des résolutions émises par l’Assemblée Parlementaire du Conseil de l’Europe (§2).

Les conventions civile et pénale sur la corruption du Conseil de l’Europe ont, de leur côté, permis des avancées sectorielles non négligeables (§3).

§1. Le lanceur d’alerte et la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme

95. La CEDH est compétente dès lors qu’un Etat membre du Conseil de l’Europe, qui a ratifié la Conv. EDH et ses protocoles additionnels ne respecte pas les droits et les libertés qui y sont reconnus.

Ainsi, toute personne qui s’estime lésée dans l’exercice des droits reconnus par la Conv. EDH peut saisir directement la CEDH par le biais d’une requête individuelle, à condition qu’elle ait épuisé les voies de recours internes mis à sa disposition.

La liberté d’expression prévue à l’article 10 de la Conv. EDH est définie en ces termes :

« Toute personne a droit à la liberté d’expression. Ce droit comprend la liberté d’opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu’il puisse y avoir ingérence d’autorités publiques et sans considération de

frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

96. Dès lors, face à l'ingérence d'un Etat dans l'expression de cette liberté, la principale question que la CEDH doit trancher lorsqu'un justiciable exerce un recours est de savoir si l'ingérence dans la liberté d'expression est nécessaire dans une société démocratique (A).

A partir de cette réflexion, et au fil des affaires traitées, la CEDH va élaborer une jurisprudence complexe autour de la protection de la liberté d'expression. L'arrêt de référence est l'arrêt *Guja c/Moldavie* rendu en 2008.

Cet arrêt pose les premiers critères de définition et de protection du lanceur d'alerte permettant aux Etats de s'y référer pour faire évoluer leur droit interne (B).

Le rôle de la CEDH ne se limite toutefois pas à l'émission de *guidelines* relatives à l'évolution des législations des Etats parties à la Conv. EDH. Les conséquences des manquements d'un Etat permettent à la CEDH de prononcer des décisions de réparation (C).

A. La liberté d'expression protégée par la CEDH

97. La CEDH considère la liberté d'expression comme l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun.

Cette liberté vaut non seulement pour les idées considérées comme inoffensives mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent de manière à assurer un pluralisme et une tolérance intellectuelle nécessaires à une société démocratique.

Telle que consacrée par l'article 10 de la Conv. EDH, la liberté d'expression est cependant assortie d'exceptions qui appellent une interprétation stricte.

Les limites nécessaires à la liberté d'expression au sens de l'article 10 § 2 de la Conv. EDH, doivent répondre à un besoin social impérieux. Les Etats jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais cette marge est contrôlée.

Néanmoins, la CEDH n'a pas pour mission, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes.

Le rôle de la CEDH est de vérifier, sous l'angle de l'article 10, les décisions rendues par les juridictions internes en considérant l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire afin de déterminer si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent pertinents¹¹¹.

98. Avant de se prononcer sur les critères de définition du lanceur d'alerte, la CEDH a eu l'occasion d'affiner sa jurisprudence en matière de liberté d'expression par le biais de plusieurs décisions qui seront d'ailleurs reprises, en tant que motivation, dans l'arrêt *Guja c/Moldavie*.

Ainsi, par le biais de plusieurs décisions (*Vogt c/Allemagne*¹¹², *Ahmed et autres c/Royaume-Uni*¹¹³ ou *Fuentes Bobo c/Espagne*¹¹⁴ rendues respectivement en 1995, 1999 et 2000), la CEDH précise que la liberté d'expression s'étend à toute la sphère professionnelle y compris donc aux agents de la fonction publique (contractuels comme statutaires).

Cette précision est utile dans la mesure où si les salariés du secteur privé ont à leur charge une obligation de loyauté à l'égard de l'employeur, les agents de la fonction publique peuvent être amenés à avoir accès à des informations à caractère secret et sont, à ce titre, tenus à une obligation supplémentaire de réserve¹¹⁵.

Dès lors, la démarche de la CEDH consiste à apprécier le poids respectif du dommage que la libre expression risque de causer à l'administration publique et de l'intérêt que le public peut avoir dans la connaissance d'une information.

Comme le relève le Professeur Sudre, la notion d'information est ici entendue largement puisqu'elle comprend l'ensemble des questions et informations liées à un intérêt

¹¹¹ Ces principes fondamentaux sont parfaitement établis par la jurisprudence de la CEDH, voir notamment les arrêts *Jersild c/Danemark*, n°15890/89 du 23 septembre 1994, ou *Hertel c/Suisse*, n°25181/94 du 25 août 1998.

¹¹² Décision n°17851/91 du 26 septembre 1995.

¹¹³ Décision n°22954/93 du 2 septembre 1998.

¹¹⁴ Décision n°39293/98 du 29 février 2000.

¹¹⁵ Décision *Ahmed et autres c/Royaume-Uni*, précitée.

public qu'elles soient produites par voie de presse, de radiotélévision ou encore de messages publicitaires¹¹⁶.

99. Dans cette mise en balance, la CEDH prend le soin de rappeler que l'article 10 § 2 de la Conv. EDH ne laisse que peu de place aux restrictions à la liberté d'expression dans le domaine des questions d'intérêt général¹¹⁷.

Une attention toute particulière doit également être apportée à la presse qui joue un rôle fondamental dans une société démocratique.

Aussi, la CEDH a eu l'occasion de rappeler que si la presse « *ne doit pas franchir certaines limites tenant notamment à la protection de la réputation et des droits d'autrui ainsi qu'à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général* »¹¹⁸.

Il est également acté par la CEDH que dans la poursuite de cette mission, la liberté journalistique peut comprendre une certaine dose d'exagération, voire même de provocation¹¹⁹.

B. De la protection de la liberté d'expression aux critères de définition du lanceur d'alerte

100. Comme précédemment indiqué, la décision de référence de la CEDH en matière de lanceur d'alerte et, tout particulièrement, de lanceur d'alerte fonctionnaire est l'arrêt *Guja c/Moldavie* rendu en grande chambre le 12 février 2008¹²⁰.

L'espèce est la suivante : M. Guja qui dirigeait le service de presse du parquet général moldave, fit parvenir à la presse des copies de plusieurs lettres envoyées par le vice-président du parlement moldave (M. Vadim Mişin) au Procureur général, incitant ce dernier à une forme de

¹¹⁶ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 13ème ed., p. 809.

¹¹⁷ Décision *Sürek c/Turquie* du 8 juillet 1999, n°26682/95, § n°61.

¹¹⁸ Décision *Fressoz et Roire c/France* du 21 janvier 1999, n°29183/95.

¹¹⁹ Décision *Prager et Oberschlick c/Autriche* du 26 avril 1995, n°15974/90.

¹²⁰ Décision *Guja c/Moldavie* du 12 février 2008, n°14277/04, voir notamment J.-P. Marguénaud, « La protection européenne des salariés lanceurs d'alerte par la Cour de cassation : un troublant exemple d'improvisation », *Recueil Dalloz* 2016, p 1740.

clémence à l'encontre d'officiers de police accusés d'abus de pouvoir et de violences en « *intervenant personnellement* » dans l'affaire.

Ainsi, le *Jurnal de Chişinău* publia le 31 janvier 2003 un article intitulé « *Vadim Mişin intimide les Procureurs* » et reproduisit des photos des deux lettres.

M. Guja fut révoqué de ses fonctions et intenta une action devant la CEDH faisant grief à son Etat d'avoir violé les dispositions de l'article 10 de la Conv. EDH relatives à la liberté d'expression.

La CEDH conclut que l'atteinte portée à la liberté d'expression du requérant, en particulier à son droit de communiquer des informations, n'était pas « *nécessaire dans une société démocratique* » et violait effectivement de l'article 10.

Au travers de cet arrêt, la CEDH consacre pour la première fois un statut et une protection au lanceur d'alerte en admettant qu'un fonctionnaire passe valablement outre son obligation de loyauté et de réserve.

101. Ce faisant, la CEDH pose cinq critères cumulatifs pour reconnaître à une personne physique le statut protecteur de lanceur d'alerte et invite implicitement la Moldavie (et plus globalement l'ensemble des Etats parties) à faire évoluer son droit afin d'intégrer ces critères et ainsi protéger les lanceurs d'alerte.

Nous détaillons ci-après les cinq critères reconnus par la CEDH :

1. Le lanceur d'alerte doit préalablement lancer l'alerte en interne ou auprès d'une autorité compétente

102. La CEDH commence par relever que les fonctionnaires sont tenus à des obligations de loyauté, de réserve et de discrétion sur la base desquelles il importe que « *la personne concernée procède à la divulgation d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente* ». La divulgation au public ne doit être envisagée « *qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement* »¹²¹.

Au cas d'espèce, la CEDH relève qu'aucune procédure n'était prévue pour que les salariés puissent divulguer des irrégularités commises sur leur lieu de travail et que le Procureur général,

¹²¹ Décision précitée *Guja c/Moldavie*, § 73, voir également, *Martckenko c/Ukraine*, requête n°4063/04.

qui subissait les pressions, n'avait manifesté aucune intention de réagir donnant l'impression d'y avoir succombé. La Cour relève également que le lanceur d'alerte justifiait de l'inutilité d'alerter une autre autorité compétente.

Plus particulièrement, le requérant alléguait du fait qu'il ne pouvait raisonnablement porter ces faits à la connaissance du parlement moldave où sur 101 députés, 71 appartenaient au parti communiste au pouvoir. Il n'existait, par ailleurs, aucun précédent montrant qu'un député de ce parti aurait été poursuivi pénalement.

De surcroît, entre 2001 et 2004, aucune initiative des députés de l'opposition à l'encontre des intérêts du parti communiste n'avait aboutie.

Dès lors, la CEDH a considéré que la divulgation à l'organe externe qu'était le journal se justifiait au cas d'espèce.

2. L'information divulguée doit servir l'intérêt général

103. La CEDH relève que pour apprécier l'atteinte portée à la liberté d'expression d'un fonctionnaire, l'intérêt public que présente l'information divulguée doit être pris en compte.

Plus l'information présente un haut niveau d'intérêt public plus sa divulgation apparaît comme importante et nécessaire et sera en conséquence difficile à brider sur la base de l'article 10 § 2 de la Conv. EDH.

A ce titre, la CEDH est allée jusqu'à considérer que l'intérêt de l'opinion publique pour une information peut être de nature à écarter le respect du secret fiscal et la publication d'éléments protégés par ce secret¹²².

Au cas d'espèce, la CEDH retient sans surprise que des questions telles que la séparation des pouvoirs, l'abus de fonctions de la part de personnalités politiques et l'attitude d'un gouvernement à l'égard de brutalités policières relèvent du débat politique dans une société démocratique dont l'opinion publique a un intérêt légitime à être informée.

¹²² Décision *Fressoz et Roire C/France* précité, à propos de la publication en septembre 1989 par le Canard Enchaîné des avis d'imposition de M. Calvet, dirigeant du groupe Peugeot à la date des faits.

3. L'information divulguée doit être authentique

104. A travers ce critère, la CEDH laisse aux autorités des Etats parties la faculté de réagir de manière adéquate et non excessive à des imputations diffamatoires dénuées de fondement et/ou formulées de mauvaise foi.

La CEDH a également eu l'occasion de préciser dans un arrêt *Thoma c/Luxembourg*¹²³ que les dispositions relatives à la libre expression sont applicables même si la personne qui s'exprime ne fait que relater ou communiquer des propos dont elle n'est pas l'auteur. La libre expression protégée par la CEDH couvre ainsi le droit de diffuser des informations reçues de tiers.

4. Le préjudice lié à la divulgation de l'information doit être proportionné à la nature de l'information

105. Comme précédemment indiqué, la CEDH précise qu'elle se doit d'apprécier le poids respectif (i) du dommage que la divulgation litigieuse risquait de causer à l'autorité publique et (ii) de l'intérêt que le public pourrait avoir dans la divulgation de l'information.

Au cas d'espèce, la CEDH considère que « *l'intérêt général à ce que soient divulguées les informations faisant état de pressions et d'agissements illicites au sein du parquet est si important dans une société démocratique qu'il l'emporte sur l'intérêt qu'il y a à maintenir la confiance du public dans le parquet général* »¹²⁴.

106. A titre d'illustration, la CEDH a considéré à l'inverse dans l'arrêt *Halet c/Luxembourg* que la diffusion de déclarations fiscales d'entreprises, couvertes par le secret professionnel, n'a pas permis pas de nourrir un débat sur l'évasion fiscale d'un intérêt suffisant pour justifier l'atteinte à la réputation de la société PwC, du fait de la médiatique affaire dite « Luxleaks »¹²⁵.

¹²³ Décision du 29 mars 2001, n°38432/97.

¹²⁴ Décision *Guja c/Moldavie* précité, § n°91.

¹²⁵ L'affaire « Luxleaks » fait référence au nom du scandale financier révélant en 2014 le contenu de plusieurs centaines d'accords fiscaux très avantageux conclus par des cabinets d'audit avec l'administration fiscale luxembourgeoise pour le compte de clients internationaux. Voir la décision *Halet c/Luxembourg*, n°21884/18.

5. Le lanceur d’alerte doit être de bonne foi

107. Comme l’explique la CEDH dans l’arrêt *Guja c/Moldavie*, au stade des principes généraux applicables, « *la motivation du salarié qui procède à la divulgation est un facteur déterminant pour l’appréciation du point de savoir si la démarche doit ou non bénéficier d’une protection* »¹²⁶.

La Cour ajoute pour illustrer son propos « *qu’un acte motivé par un grief ou une animosité personnelle ou encore par la perspective d’un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé* » et conclut son analyse en insistant sur le fait qu’ « *il importe donc d’établir si la personne concernée, en procédant à la divulgation, a agi de bonne foi et avec la conviction que l’information était authentique, si la divulgation servait l’intérêt général et si l’auteur disposait ou non de moyens plus discrets pour dénoncer les agissements en question* ».

Il semblerait donc que la bonne foi du lanceur d’alerte ressorte de plusieurs critères et ne se limite pas à sa motivation. L’authenticité des informations, la volonté de servir l’intérêt général et le respect d’un processus sont autant d’indices qui doivent permettre au juge d’appréhender ce critère fondamental dont le degré de protection du lanceur d’alerte dépend.

108. Au cas d’espèce, la CEDH retient pour caractériser la bonne foi de M. Guja qu’aucun élément de fait ne laissait penser que ce dernier était motivé par le désir de tirer un avantage personnel de son acte ou que sa démarche était mue par un grief personnel¹²⁷.

Cette motivation fait écho à une décision plus ancienne rendue en 1992 dans laquelle la CEDH avait considéré, pour écarter la protection apportée par l’article 10 de la Conv. EDH, que le requérant « *était animé du souci de donner une publicité à ses griefs professionnels plutôt que du désir d’exprimer ses opinions* »¹²⁸.

109. Le 21 juillet 2011, la CEDH rendit une nouvelle décision fondamentale, *Heinisch c/Allemagne*, qui poursuit le travail de détermination du statut du lanceur d’alerte mais se prononce cette fois-ci, non plus sur le cas d’un fonctionnaire astreint à un devoir de réserve, mais sur celui d’une personne salariée exerçant l’activité d’infirmière¹²⁹.

¹²⁶ *Ibid.*, § n°77.

¹²⁷ *Ibid.*, § n°92.

¹²⁸ Décision *Haseldine c/ Royaume-Uni* du 13 mai 1992, n°18957/91.

¹²⁹ Décision n°28274/08.

En l'espèce, Madame Heinisch, qui exerçait les fonctions d'infirmière en gériatrie dans un foyer pour personnes âgées, avait signalé à sa hiérarchie de graves carences dans les soins effectués dans l'hygiène des patients ainsi qu'une surcharge de travail due à un manque de personnel. Ce signalement de la requérante a précédé le dépôt d'une plainte pénale qu'elle porta auprès du parquet de Berlin et qui s'avéra infructueuse.

La requérante fut licenciée sans préavis et, après avoir épuisé les voies de recours internes, elle saisit la CEDH sur la base de la violation de sa liberté d'expression.

La CEDH reprend, au mot près, les mêmes éléments de définition concernant la motivation des salariés que ceux développés dans l'arrêt Guja¹³⁰.

110. Néanmoins, cet arrêt marque une évolution dans la jurisprudence de la CEDH en matière de lanceur d'alerte, principalement pour deux raisons.

Premièrement, au stade de l'examen de l'authenticité des informations divulguées, la CEDH intègre la notion de bonne foi à son raisonnement en se référant à la récente résolution n°1729 adoptée par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe en 2010 (voir *infra*, § n° 116).

Elle relève que « *tout donneur d'alerte doit être considéré comme agissant de bonne foi, sous réserve qu'il ait des motifs raisonnables de penser que l'information divulguée était vraie, même s'il apparaît par la suite que tel n'était pas le cas, et à condition qu'il n'ait pas d'objectifs illicites ou contraires à l'éthique* »¹³¹.

La CEDH conclue que l'abandon de l'enquête préliminaire pour manque de preuves n'implique pas nécessairement que les allégations contenues dans la plainte sont dépourvues de fondement factuel¹³².

Deuxièmement, lors de l'examen de la bonne foi de la requérante, la CEDH relève une opposition entre les parties quant à la motivation de la requérante.

Madame Heinisch soutenait « *que la menace potentielle que les mauvaises conditions de travail au sein du foyer qui l'employait faisaient peser sur la santé de patients particulièrement vulnérables était la principale raison l'ayant incitée à porter plainte* ». Le gouvernement allemand considérait, de son côté, que le véritable objectif de la requérante était « *de dénoncer*

¹³⁰ *Ibid.* § 69.

¹³¹ *Ibid.* § 80.

¹³² *Ibid.* § 81.

une prétendue situation de sous-effectif et d'exercer un surcroît de pression sur son employeur en portant ses allégations à la connaissance du public »¹³³.

La CEDH statue en faveur de la requérante en ces termes :

« Au vu des éléments dont elle dispose, et même à admettre que la requérante ait aussi été mue par la volonté d'améliorer ses conditions de travail, la Cour n'aperçoit aucune raison de douter que l'intéressée était de bonne foi, qu'elle était convaincue d'agir dans l'intérêt général en dénonçant un comportement prétendument illicite de son employeur au Ministère Public et qu'elle pensait ne pas avoir d'autres moyens, plus discrets, de remédier à la situation dénoncée »¹³⁴.

111. Il semblerait donc que la bonne foi du lanceur d'alerte soit compatible, selon la CEDH, avec une démarche qui ne soit pas exclusivement en faveur de l'intérêt général.

Plus largement, la décision confirme une appréciation large de la bonne foi du lanceur d'alerte en ce que cette notion recouvre, certes, la motivation du salarié mais également la croyance du lanceur d'alerte en la véracité de l'information et la volonté de servir l'intérêt général.

Poursuivant son raisonnement dans l'arrêt *Bargão et Domingos Correia c/Portugal* rendu en 2012¹³⁵, la CEDH s'est prononcée sur le cas de deux fonctionnaires portugais d'un centre de santé public qui avaient dénoncé au Ministère de la santé le comportement d'un assistant administratif qui ne respectait pas ses horaires de travail et qui tirait profit de la vulnérabilité de certains usagers à des fins personnels.

La Cour a tranché en faveur des requérants (qui avaient été condamnés par les juridictions portugaises pour diffamation) en considérant qu'ils étaient de bonne foi car ils disposaient d'éléments de preuve sérieux au soutien de leur alerte et qu'ils avaient d'ailleurs transmis ces éléments aux juridictions internes portugaises qui ne les avaient pas pris en compte.

A l'inverse, dans l'arrêt *Soares c/Portugal* rendu en 2016¹³⁶, la Cour a approuvé les juridictions internes portugaises d'avoir considéré que M. Soares n'avait pas agi de bonne foi dans la mesure où ce dernier (militaire au sein de la garde nationale) avait dénoncé à son inspection

¹³³ *Ibid.* § 82.

¹³⁴ *Ibid.* § 83.

¹³⁵ Décision n°53579/09 et 53582/09.

¹³⁶ Décision du 21 juin 2016, n°79972/12.

générale le détournement de fonds publics d'un commandant en ne se basant que sur une rumeur, sans aucun élément de preuve.

C. La réparation du préjudice subi par le lanceur d'alerte

112. La CEDH examine ensuite la sanction subie par le lanceur d'alerte dans son Etat d'origine. Elle doit rester mesurée au regard du but poursuivi par l'Etat et se doit d'être strictement nécessaire.

Dans le cas contraire, les juges de Strasbourg accordent une satisfaction équitable au requérant tel que le prévoit l'article 41 de la Conv. EDH : « *Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable* ».

A titre d'exemple, les juges ont pu considérer que le licenciement avec ou sans préavis, la révocation ou la condamnation pénale sont des sanctions excessives et non justifiées dans une société démocratique.

Dans l'arrêt *Martchenko c./Ukraine*¹³⁷, la CEDH a considéré que la condamnation à une peine d'emprisonnement avec sursis d'un an pour diffamation prononcée à l'encontre d'un enseignant était excessive.

La CEDH a rendu cette décision alors même que l'enseignant avait publiquement et sans preuves accusé la directrice de l'école de malversations après que la plainte qu'il avait déposée contre elle ait été classée sans suite (faute de preuves).

Si la condamnation pour diffamation n'est pas remise en question dans son principe par la CEDH, la sanction attachée d'un an d'emprisonnement avec sursis est jugée disproportionnée.

La CEDH considère effectivement, avec une grande vigilance, non seulement la sévérité de la sanction mais également l'effet potentiellement dissuasif qu'elle pourrait avoir sur des lanceurs d'alerte potentiels¹³⁸.

¹³⁷ Décision du 19 février 2009, n°4063/04.

¹³⁸ Décision *Guja c/Moldavie* précité, n°95.

113. Dans l'arrêt *Guja c./Moldavie*, le requérant sollicitait à titre de réparation la somme de 15.000 euros, soit 6.000 euros pour la perte de revenus liée à sa révocation, 6.000 euros pour la perte de perspectives professionnelles et 3.000 euros pour la réparation de son préjudice moral. La CEDH lui a alloué une somme de 10.000 euros pour l'indemnisation de ses différents chefs de préjudice au titre de la satisfaction équitable de l'article 41 de la Conv. EDH.

Rappelons que l'Etat partie condamné, ici la Moldavie, est dans l'obligation de se conformer à l'arrêt de la CEDH devenu définitif (si aucun renvoi n'est demandé devant la Grande chambre de la CEDH ou si le renvoi est rejeté) dans la mesure où il a adhéré à la Conv. EDH qui prévoit en son article 46 que « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* ».

Le suivi de l'exécution de la sentence appartient au Comité des Ministres (l'organe exécutif du Conseil de l'Europe) qui examine si l'Etat partie a accordé au requérant la somme qui lui a été allouée par la CEDH.

Il convient de préciser qu'en cas de réticence de l'Etat à verser la satisfaction équitable ou à mettre en place les mesures générales prescrites par la CEDH, le Comité des Ministres peut adopter des résolutions afin de faire le point sur l'état d'avancement de l'exécution de la sentence, d'exprimer sa préoccupation quant à cette exécution et, le cas échéant, de formuler des suggestions pertinentes afin d'accompagner l'Etat membre dans ladite exécution de la sentence¹³⁹.

§ 2. Le lanceur d'alerte et les résolutions de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe

114. Le Conseil de l'Europe négocie et adopte des résolutions de manière à exprimer une position sur un thème en rapport avec la Conv. EDH. Si ces résolutions ne sont pas contraignantes, elles constituent une réelle source normative pour les Etats parties.

Aussi, l'assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté au moins trois résolutions en lien avec la situation des lanceurs d'alerte.

¹³⁹ E. Lambert-Abdelgawad, « L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », Dossiers sur les droits de l'homme n°19, Editions du Conseil de l'Europe, p. 35.

La première, en 2006, a trait aux transferts illégaux de détenus entre Etats parties (A). En 2010, une résolution est directement prise concernant la protection des « donneurs d'alerte » (B). Enfin, une résolution est adoptée en 2011 concernant la protection des droits de l'homme (C).

A. La résolution n°1507 (2006) sur les « Allégations de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux de détenus concernant des Etats membres du Conseil de l'Europe »

115. En 2006, l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté la résolution n°1507 sur les « Allégations de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux de détenus concernant des Etats membres du Conseil de l'Europe ».

Comme l'explique cette résolution, les Etats-Unis ont tissé, avec l'aide d'Etats membres du Conseil de l'Europe, une « *toile d'araignée clandestine* » permettant la détention secrète de personnes suspectées de terrorisme ou de sympathie avec des organisations terroristes et le transfert illégal de ces personnes vers des pays pratiquant la torture.

La résolution 1507 a pour but d'empêcher que cette collusion entre les Etats-Unis et des Etats membres du Conseil de l'Europe entraînant la violation des droits de l'homme ne se reproduise.

A cette fin, l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe a invité les Etats membres à s'assurer que leurs dispositions législatives permettent de protéger les lanceurs d'alerte contre d'éventuelles sanctions disciplinaires ou pénales s'ils devaient révéler des activités illégales d'organes de l'Etat.

L'importance du lanceur d'alerte et de sa protection dans la lutte contre des activités illégales est facilement perceptible pour des activités couvertes par le secret d'Etat qui sont soumises à une grande confidentialité.

La CEDH relève d'ailleurs la même problématique dans l'arrêt *Guja c/Moldavie* en précisant que la protection du lanceur d'alerte s'impose tout particulièrement lorsqu'il est le seul (ou l'un des seuls) à savoir ce qui se passe sur son lieu de travail et donc en mesure de diffuser une information qui présente un caractère secret¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Arrêt *Guja c/Moldavie* précité, § 72.

Ce besoin de protéger le lanceur d’alerte afin d’en libérer la parole est l’objet de la résolution n°1729 adoptée en 2010.

B. La résolution n°1729 (2010) relative à la protection des « donneurs d’alerte »

116. En 2010, l’Assemblée Parlementaire du Conseil de l’Europe adopte la résolution n°1729 relative à la protection des lanceurs d’alerte.

Cette résolution se fonde sur le rapport pour la Commission des questions juridiques et des droits de l’homme établi par le député M. Pieter Omtzigt en septembre 2009¹⁴¹.

117. Le rapport met en exergue l’absence d’homogénéité dans l’approche juridique du lanceur d’alerte au sein des Etats membres du Conseil de l’Europe. Si certains Etats disposent de lois imparfaites garantissant dans certains cas la protection des lanceurs d’alerte, la situation diffère selon chacun de ces Etats quant aux éléments de définition du lanceur d’alerte et aux hypothèses dans lesquelles il bénéficie d’une protection.

Plus globalement, le rapport relève que pour de nombreux Etats membres, le concept de lanceur d’alertes est encore méconnu.

Certains Etats tels que l’Estonie, la Pologne ou la Turquie ne disposent d’ailleurs pas de mots équivalents dans leur langue respective pour appréhender la notion. Le Bundestag allemand fait quant à lui référence au terme anglais de « *whistleblower* ».

Au-delà d’une certaine cacophonie dans la définition de la notion, le lanceur d’alerte revêt une connotation négative, dans de nombreux pays européens, faute d’une culture du signalement dans leurs ordres juridiques. Le lanceur d’alerte est ainsi trop souvent assimilé à un traître ou à un informateur de la police¹⁴².

118. La résolution n°1729 de l’Assemblée Parlementaire du Conseil de l’Europe entend palier à ces déséquilibres et affirme l’importance des « donneurs d’alerte » en ce qu’ils « *permettent de renforcer la responsabilisation et de mieux lutter contre la corruption et la mauvaise gestion, dans le secteur tant public que privé* ».

¹⁴¹ Rapport n°12006 du 14 septembre 2009.

¹⁴² *Ibid.*, § n°26 et s.

Elle donne également une définition du lanceur d'alerte comme « *toute personne soucieuse qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui* ».

En relevant que la plupart des lanceurs d'alerte potentiels sont découragés soit par crainte de représailles soit parce qu'aucune suite ne sera donnée à leur alerte, l'Assemblée Parlementaire rappelle que pour lancer l'alerte « *il faut du courage et de la détermination* » et considère que les lanceurs d'alerte « *devraient avoir au moins une chance que leur avertissement soient entendus, sans pour autant que leurs moyens de subsistance ainsi que ceux de leur famille, soient mis en péril* ».

119. L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe invite donc les Etats membres à adopter une définition du lanceur d'alerte large couvrant le secteur public et privé en incluant « *tous les avertissements de bonne foi à l'encontre de divers types d'actes illicites, y compris les violations graves des droits de l'Homme qui affectent ou menacent la vie, la santé, la liberté et tout autre intérêt légitime des individus en tant que sujets de l'administration publique ou en tant qu'actionnaires, employés ou clients de sociétés privés* ».

L'Assemblée Parlementaire incite également les Etats à adopter des lois qui permettent la mise en place au sein des pouvoirs publics et des entreprises de véritables procédures internes afin que les alertes fassent l'objet d'une enquête et que l'identité du lanceur d'alerte ne soit divulguée qu'avec son consentement.

Par ailleurs, la résolution n°1729 prévoit d'ores et déjà un mécanisme gradué de l'alerte qui peut se faire par le biais de voies externes (médias, etc.) si les voies de communication internes devaient ne pas fonctionner correctement ou qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'elles fonctionnent correctement.

Nous notons ici l'influence de l'arrêt *Guja c/Moldavie* qui tranchait justement cette situation en relevant qu'il ne pouvait être reproché au requérant de s'être adressé directement à un journal face à l'inutilité d'une alerte interne.

Enfin, la notion de bonne foi du lanceur d'alerte est également appréhendée par l'Assemblée Parlementaire considérant que tout lanceur d'alerte doit être considéré comme agissant de bonne foi, sous réserve qu'il ait des motifs raisonnables de penser que l'information divulguée était vraie (peu important qu'il s'avère par la suite que l'information était fausse) et qu'il n'ait pas d'objectifs « *illicites ou contraires à l'éthique* ».

C. La résolution 1838 (2011) sur les « recours abusifs au secret d'état et à la sécurité nationale par certains Etats membres afin de faire obstacle au contrôle parlementaire et judiciaire des violations des droits de l'homme »

120. Dans le prolongement de la résolution 1507 adoptée en 2006, l'Assemblée Parlementaire aborde en 2011 dans la résolution 1838 la notion de secret d'état.

Effectivement, dans leur lutte contre le terrorisme, certains gouvernements n'hésitent pas à invoquer de manière récurrente les notions de « *secret d'état* » ou de « *sécurité nationale* » afin d'éviter un contrôle judiciaire ou parlementaire.

Si l'Assemblée Parlementaire reconnaît la nécessité pour les Etats de protéger les secrets relevant de la sécurité nationale, elle considère toutefois que des informations concernant l'implication d'agents dans des assassinats, des actes de torture ou des enlèvements ne sont pas dignes d'être protégées¹⁴³.

De fait, les médias qui jouent un rôle crucial pour enquêter et dénoncer publiquement ces actes illicites dépendent de la coopération de lanceurs d'alerte travaillant au sein des services de l'Etat. L'Assemblée Parlementaire réitère donc à destination des Etats membres sa demande visant à accorder aux lanceurs d'alerte une protection suffisante.

§3. Le lanceur d'alerte et les conventions sur la corruption du Conseil de l'Europe

121. A la suite de la conférence de Malte des ministres européens de la justice, tenue en 1994, le Conseil de l'Europe se lance dans la lutte contre la corruption en poursuivant l'objectif d'harmoniser le droit des Etats membres en matière de lutte et de répression de la corruption.

Le Conseil de l'Europe adopte, dans un premier temps, le 27 janvier 1999, la Convention pénale sur la corruption qui prévoit dans son article 22 que les Etats membres adopteront les mesures nécessaires à la protection des « *personnes qui fournissent des informations concernant des infractions pénales en vertu des articles 2 à 14*¹⁴⁴ ou qui collaborent d'une autre manière avec

¹⁴³ Résolution 1838 (2011), § 4.

¹⁴⁴ Sont visées toutes les infractions de corruption active et passive dans le secteur public, privé ou international, le trafic d'influence, le blanchiment des fruits de la corruption ainsi que les infractions comptables.

les autorités chargées des investigations ou des poursuites » ainsi qu’aux « *témoins qui font une déposition* » concernant ces infractions.

La Convention pénale a été signée par 50 Etats, dont trois non-membres du Conseil de l’Europe (Mexique, Etats-Unis et Biélorussie). Si le Mexique et les Etats-Unis n’ont fait que signer cette convention, la Biélorussie a également procédé à la ratification du texte.

La Convention civile sur la corruption est adoptée, dans un deuxième temps, le 4 novembre 1999, et dispose en son article 9 que les Etats membres doivent prévoir dans leur droit interne « *une protection adéquate contre toute sanction injustifiée à l’égard des employés qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, dénoncent des faits de corruption aux personnes ou autorités responsables* ».

Le GRECO (Groupe d’Etats contre la Corruption) créé la même année par le Conseil de l’Europe est chargé de veiller au respect de ces deux conventions par les Etats membres.

Néanmoins, le GRECO dispose d’une marge de manœuvre assez limitée dans la mesure où il n’a pas de pouvoir de sanction à l’encontre des Etats membres récalcitrants.

Tout au plus, le président du GRECO peut adresser, ou faire adresser (notamment par le secrétaire général du Conseil de l’Europe), des courriers à l’Etat membre en attirant son attention sur son non-respect des conventions contre la corruption.

Section 2. Le lanceur d’alerte et le droit de l’Union Européenne

122. En novembre 2013, Transparency International a publié avec le soutien de l’Union Européenne un rapport intitulé « L’alerte Ethique en Europe ». Il s’agit d’une étude comparative des législations des 27 Etats membres de l’époque en matière de protection des lanceurs d’alerte.

Le retard des Etats européens était important : seul quatre d’entre eux disposaient d’une législation complète et la protection était parcellaire dans 16 Etats membres.

En avril 2019, le bilan n’était pas sensiblement meilleur dans la mesure où seulement dix Etats membres disposaient d’une protection juridique complète à destination des lanceurs d’alerte¹⁴⁵.

¹⁴⁵ France, Hongrie, Irlande, Italie, Lituanie, Malte, Pays-Bas, Slovaquie, Suède et Royaume-Uni.

Face à ce constat et aux scandales des « Luxleaks » et « Panama Papers », il est apparu fondamental pour l'UE de protéger les révélations des lanceurs d'alerte à un stade supranational de manière à faire évoluer les législations internes.

Cette implication de l'Union Européenne en matière de droits fondamentaux est toutefois récente. Il ne s'agit, en effet, pas de son domaine d'action « naturel », il lui a donc fallu du temps et une relation torturée avec la CEDH pour s'immiscer dans ces sujets (§1).

En 2019, sous l'angle d'une appréciation économique, l'UE finit cependant par adopter une directive en matière de protection des lanceurs d'alerte (§2).

§1. Des influences réciproques entre la Cour de justice et la CEDH en matière de droits fondamentaux

123. Comme l'explique très justement le Professeur Denys Simon, la question de l'influence réciproque du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne en matière de protection des droits fondamentaux, ne peut être appréhendée que dans une perspective globale considérant le peu d'intérêt accordé à cette question dans les premières années de la construction européenne¹⁴⁶.

Il n'est effectivement pas exagéré de penser que la protection des droits de l'homme n'était pas la priorité des négociateurs du traité de Rome¹⁴⁷.

Une distinction s'opère donc assez rapidement entre, d'une part, les questions d'intégration économique relevant du droit de l'UE et de la compétence de la Cour de Luxembourg et, d'autre part, la thématique de la protection des droits de l'homme que s'approprient naturellement le Conseil de l'Europe et la Cour de Strasbourg.

124. Néanmoins, dès la fin des années 60, la CJCE rend quelques rares décisions qui révèlent nettement l'influence de la CEDH. Elle énonce, par exemple, que les actes communautaires doivent, à peine de nullité, être compatibles avec les droits fondamentaux¹⁴⁸. Elle mentionne explicitement comme source de ces droits fondamentaux « *des instruments internationaux* »

¹⁴⁶ D. Simon, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : Je t'aime, moi non plus ? », revue « Pouvoirs » 2001/1, n°96, p. 32.

¹⁴⁷ Relevons tout au plus l'interdiction des discriminations à raison de la nationalité (articles 7 et 48 du TCEE) ou à raison du sexe dans les conditions de travail et de rémunération (article 119 TCEE).

¹⁴⁸ Arrêt CJCE, *Erich Stauder c/ ville d'Ulm – Sozialamt*, 12 novembre 1969, n°29/69.

concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré » en ce qu'ils peuvent fournir des indications au droit communautaire¹⁴⁹.

Il faudra, cependant, un certain temps pour que la CJCE abandonne cette démarche tendant à considérer la Conv. EDH comme une source d'inspiration sans en utiliser expressément les articles dans les motivations de ses décisions.

Le cap est franchi en 1998, en droit de la concurrence, avec l'affaire dite des « treillis soudés » qui permet à la CJCE de condamner la durée largement excessive d'une procédure contentieuse sur la base du droit à un procès équitable prévu à l'article 6 de la Conv. EDH et d'octroyer ainsi une satisfaction équitable au requérant¹⁵⁰.

Si la Conv. EDH est une réelle source d'inspiration normative dans le rendu des décisions de la Cour de Justice, cette dernière s'abstient d'énoncer que la Conv. EDH puisse lier l'UE¹⁵¹.

125. De son côté, la CEDH, avec l'arrêt *Bosphorus Airways c/Irlande*¹⁵², se déclare compétente pour examiner la conformité d'une mesure nationale d'application d'un règlement communautaire à la Conv. EDH.

Effectivement, dès lors que l'Etat fait usage d'un pouvoir d'interprétation en mettant en œuvre le droit de l'UE, il reste entièrement responsable de ses actes au regard de la Conv. EDH¹⁵³.

En revanche, si l'acte n'est qu'une transcription pure et simple du droit de l'UE et ne traduit aucune marge de manœuvre de l'Etat, ce dernier n'est pas responsable au regard de la Conv. EDH, dès lors que le droit de l'UE offre une protection des droits fondamentaux équivalente.

126. La CEDH reconnaît au travers de cette décision que le mécanisme communautaire de protection des droits fondamentaux offre des garanties équivalentes à celles de la Conv. EDH.

L'adoption par l'UE de la Charte des Droits fondamentaux en décembre 2000 a contribué à cette mise à niveau et montre l'influence majeure que la Conv. EDH a exercé sur la rédaction de cette Charte.

¹⁴⁹ Arrêt CJCE, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c/ Commission*, 14 mai 1974, n°4/73.

¹⁵⁰ Arrêt CJCE, *Baustahlgewebe c/ Commission*, 17 décembre 1998, C-185/95.

¹⁵¹ D. Simon, précité, p. 37.

¹⁵² Décision du 30 juin 2005 rendue en Grande Chambre, requête n°45036/98.

¹⁵³ F. Kauff-Gazin, « L'arrêt Bosphorus de la CEDH : quand le juge de Strasbourg décerne au système communautaire un label de protection satisfaisante des droits fondamentaux », Petites affiches, 24 novembre 2005 n°234, page 9.

La Charte reconnaît expressément que la Conv. EDH établit les normes minimales de protection en matière de droits de l'homme et s'en inspire notamment en matière de liberté d'expression.

La Charte des Droits fondamentaux prévoit effectivement en son article 11-1 que « *Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières* ».

127. Aussi, bien que certains commentateurs considèrent que le recours ultime du lanceur d'alerte face à un droit continental insuffisant et lacunaire demeure la CEDH¹⁵⁴, notons que le recours à la CEDH reste indirect et n'offre pas les mêmes garanties en matière de force obligatoire et d'exécution que la Cour de Justice de l'UE.

Il conviendra donc de rester particulièrement attentif à l'utilisation par le Cour de Justice de l'UE de ces dispositions en matière de lanceurs d'alerte.

§2. Les actions entreprises au sein de l'UE pour protéger les lanceurs d'alerte avant la directive UE 2019/1937

128. Bien que les travaux du Conseil de l'Europe constituent une référence indubitable en matière de protection des lanceurs d'alerte, le pouvoir de contrainte du Conseil de l'Europe est limité (voir *supra* § n° 121). L'Union Européenne reste le meilleur acteur en matière d'harmonisation des législations de ses Etats membres¹⁵⁵.

Dans un premier temps, la thématique des lanceurs d'alerte est abordée par l'UE en tant que thématique accessoire à des sujets sur lesquels l'UE dispose d'une légitimité plus importante pour se prononcer.

On retrouve ainsi dans certains actes du droit dérivé des éléments relatifs à cette protection :

- la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique prévoit en son article 9 que les états adoptent « *les mesures nécessaires pour protéger les personnes contre tout traitement ou toute conséquences défavorables en réaction à une*

¹⁵⁴ N. M. Meyer, « Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débat dans le monde », AJDA 2014, p. 2242.

¹⁵⁵ L'arrêt *Flaminio Costa c/ E.N.E.L.* de la CJCE du 15 juillet 1964 pose le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit national.

plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement » ;

- le règlement n°1023/2013 du 23 octobre 2013 modifiant le statut des fonctionnaires de l'Union Européenne prévoit un article 21 bis qui énonce que « *le fonctionnaire [de l'UE] qui signale à ses supérieurs des ordres qui lui paraissent entachés d'irrégularité ou dont il estime que l'exécution peut entraîner de graves inconvénients ne subit aucun préjudice à ce titre* » ;
- le règlement 596/2014 du 16 avril 2014 sur les abus de marché prévoit la mise en place de mécanismes efficaces permettant de signaler des abus de marché aux autorités compétentes, comprenant notamment des procédures de recueil des signalements, un mécanisme de protection contre d'éventuelles représailles et actes de discrimination ainsi que la possibilité de mettre en place une incitation financière.

Dans un second temps, les institutions de l'Union européenne vont prendre conscience des enjeux économiques relatifs à la lutte contre la corruption. Le lanceur d'alerte devient ainsi une préoccupation importante pour l'UE qui adopte la directive 2019/1937 du 23 octobre 2019.

Compte tenu d'une protection législative très variable et de visions très différentes du lanceur d'alerte selon les Etats membres, l'instauration une protection harmonisée minimum au sein des Etats était absolument nécessaire.

Chapitre 3. Les régimes de protection du lanceur d’alerte à la suite de la loi Sapin 2

129. La lecture de la loi Sapin 2 peut laisser penser à une unification du régime du lanceur d’alerte. Toutefois, cette unification est à relativiser au regard des régimes spéciaux qui subsistent.

Au-delà de ces spécificités, la loi Sapin 2 porte à son article 6 une définition unique du lanceur d’alerte qui s’impose à toutes les procédures existantes (Section 1).

S’agissant plus particulièrement du régime du lanceur d’alerte prévu par l’article 8 de la loi Sapin 2, il a vocation à appréhender l’immense majorité des signalements et pose des conditions strictes quant aux faits pouvant être révélés et en matière de procédure à respecter (Section 3).

Sous réserve du respect des exigences évoquées ci-dessus et prévues aux articles 6 et 8 de la loi Sapin 2, le lanceur d’alerte bénéficie désormais d’un régime de protection particulièrement étendu (Section 4).

Section 1. Une première définition du lanceur d’alerte, transverse et impérative

130. L’article 6 de la loi Sapin 2 définit le lanceur d’alerte :

« Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. ».

Cette définition constitue une évolution marquante en ce sens que la loi Sapin 2 est la première loi à proposer une définition générale du lanceur d’alerte.

Des parlementaires lui ont reproché son manque de précision entraînant notamment une méconnaissance des principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines. Toutefois, le Conseil constitutionnel a bien validé cette définition dans une décision du 8 décembre 2016¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Décision n°2016-741 DC du 8 décembre 2016, article 6.

131. Il a également été reproché aux dispositions relatives au lanceur d’alerte leur manque d’intelligibilité au regard de l’écart existant entre la définition large de l’article 6 de la loi Sapin 2 et le processus à respecter pour se placer sous le régime du lanceur d’alerte qui s’entend au sein d’une structure professionnelle (article 8 de la loi Sapin 2).

Il s’agissait de savoir si la loi Sapin 2 entendait réserver le statut de lanceur d’alerte à une personne qui, au sein de sa structure professionnelle, procède à un signalement ou s’il est possible d’envisager un statut de lanceur d’alerte dans des circonstances professionnelles différentes ou même en dehors de tout contexte professionnel.

132. Le Conseil constitutionnel a rejeté le motif d’inintelligibilité en considérant que « *Le fait que le législateur ait retenu, à l'article 6, une définition plus générale du lanceur d'alerte, ne se limitant pas aux seules personnes employées par l'organisme faisant l'objet du signalement non plus qu'à ses collaborateurs, n'a pas pour effet de rendre les dispositions contestées inintelligibles. En effet, cette définition a vocation à s'appliquer non seulement aux cas prévus par l'article 8, mais aussi, le cas échéant, à d'autres procédures d'alerte instaurées par le législateur, en dehors du cadre professionnel.* »¹⁵⁷.

Il ressort de ce qui précède que la définition du lanceur d’alerte est générale et excède la seule procédure de l’article 8 de la loi Sapin 2.

Le lanceur d’alerte doit ainsi être une personne physique qui a personnellement connaissance des faits qu’elle signale (§1). Il doit également être désintéressé et de bonne foi (§2).

§1. La connaissance personnelle des faits signalés

133. En imposant que le lanceur d’alerte soit une personne physique qui a personnellement connaissance des faits signalés, le périmètre des lanceurs d’alerte reconnus et protégés par le droit français est immédiatement restreint.

En ce sens, il s’agit d’une certaine régression dans la mesure où la loi du 16 avril 2013 ouvrait la possibilité aux personnes morales de porter l’alerte¹⁵⁸. Nous relevons à ce titre qu’une

¹⁵⁷ *Ibid.* article 7.

¹⁵⁸ Voir l’article 1 de la loi du 16 avril 2013 relatif au droit d’alerte en matière de santé public et d’environnement abrogé par la loi Sapin 2.

personne morale peut saisir le Défenseur des droits ou faire remonter des alertes en matière de flux financier suspect à TRACFIN.

134. Nous notons également qu'une personne physique ne peut pas porter la parole d'un individu et être un lanceur d'alerte « au nom et pour le compte » de la personne à l'origine de la découverte.

Il n'est donc pas envisagé que le lanceur d'alerte reste dans l'anonymat et trouve une protection par le biais d'une structure, par exemple de nature associative¹⁵⁹, ou au travers d'une personne expérimentée (tel qu'un avocat, par exemple).

Pourtant, la loi Sapin 2 aurait pu prévoir que certaines associations portent une alerte sous réserve de l'obtention d'un agrément de manière à éviter les actions peu sérieuses ou abusives¹⁶⁰.

135. Toutes ces options écartées, il reste aux personnes morales la possibilité de s'organiser afin d'apporter un accompagnement ainsi qu'un soutien juridique et financier aux lanceurs d'alerte. La maison des lanceurs d'alerte fondée le 22 octobre 2018 par 17 associations et syndicats poursuit ces objectifs¹⁶¹.

§2. Bonne foi et désintérêt du lanceur d'alerte

136. Deux conditions sont exigées du lanceur d'alerte : il doit être de bonne foi (A) et désintéressé (B).

Le droit français hisse donc la notion de désintérêt au même rang que la bonne foi pour en faire deux critères distincts plutôt que d'utiliser la notion de désintérêt en tant qu'indice de la bonne foi.

¹⁵⁹ A titre d'exemple, l'association Anticor aurait pu être un excellent relais en matière d'alerte portant sur de faits de corruption.

¹⁶⁰ Question parlementaire du 5 septembre 2017 n°853, portant sur l'extension du statut de lanceur d'alerte, publiée au JO du 28 novembre 2017, p. 5925.

¹⁶¹ Les 17 membres fondateurs de la Maison des lanceurs d'alerte sont Anticor, Attac, Bloom, Cfdt Cadres, CRIIGEN, Gisti, Greenpeace France, Nothing2Hide, Le Pacte civique, PPLAAF, Réseau Environnement Santé, Sciences citoyennes, Sherpa, Solidaires, Syndicat National des Journalistes, Transparency International France, Ugict-CGT.

A. La notion de bonne foi du lanceur d'alerte

137. La notion de bonne foi recouvre une dimension morale très forte. Être de bonne foi c'est faire preuve d'un « *esprit loyal, sincère, honnête* »¹⁶².

Comme nous l'avons précisé, la CEDH se réfère à la motivation du lanceur d'alerte, aux éléments de preuve dont il dispose ainsi qu'à la présence ou non d'un grief personnel (voir *supra*, § n° 107 et s.) pour déterminer la bonne foi du lanceur d'alerte.

138. Avant la promulgation de la loi Sapin 2, la haute juridiction a eu l'occasion de se prononcer sur l'exigence de bonne foi d'une personne qui mettait en avant sa liberté d'expression et son statut de lanceur d'alerte.

Ainsi, dans un arrêt du 12 avril 2016¹⁶³, la chambre criminelle de la Cour de cassation a confirmé la position des juridictions du fond de condamner pour diffamation une personne qui tentait de rattacher ses propos à la liberté d'expression protégée par la CEDH alors qu'elle ne disposait d'aucun élément sérieux au soutien de ses allégations qui étaient de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération de la personne visée¹⁶⁴.

139. Plus récemment, dans une ordonnance de référé rendue par le CPH de Lyon, le 17 avril 2019, il a été rappelé « *que le lanceur d'alerte est considéré comme agissant de bonne foi sous réserve qu'il ait des motifs raisonnables de penser que l'information divulguée était vraie, même s'il s'avère par la suite que tel n'était pas le cas, et à condition qu'il n'ait pas d'objectif illicite ou contraire à l'éthique* »¹⁶⁵.

La Cour de cassation, dans une décision du 8 juillet 2020, confirme cette approche et considère à propos d'un salarié que la mauvaise foi « *ne peut résulter que de la connaissance (...) de la fausseté des faits qu'il dénonce et non de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis* »¹⁶⁶.

¹⁶² Dictionnaire de la culture juridique sous la direction de D. Alland et S. Rials, PUF, 1^{er} ed., p. 143.

¹⁶³ Pourvoi n°14-87.607.

¹⁶⁴ Une situation similaire à l'arrêt du 12 avril 2016 a été tranchée dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 18 juin 2019, n°18-83.488.

¹⁶⁵ Décision n°19/00087, voir J. Alibert et J.-P. Foegle, « Première victoire d'un lanceur d'alerte en référé sous l'empire de la loi « Sapin II », La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, 2019.

¹⁶⁶ Pourvoi n°18-13.593.

Cette vision de la bonne foi est conforme à la position de la CEDH, notamment dans son arrêt *Heinisch c/Allemagne* rendu en 2011¹⁶⁷, ainsi qu'à la résolution de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe n°1729 (voir *supra*, § n° 109 et 116 et s.).

B. La notion de désintérêt du lanceur d'alerte

140. La notion de désintérêt dans l'action du lanceur d'alerte n'est pas détaillée dans la loi Sapin 2. Elle ne l'est pas plus dans le décret d'application n°2017-564.

Néanmoins, il ressort des travaux parlementaires que le législateur français a particulièrement souhaité écarter toute possibilité d'intéresser financièrement le lanceur d'alerte¹⁶⁸.

A la poursuite du louable objectif d'éviter de faire du lanceur d'alerte un « chasseur de prime », le législateur français a toutefois eu recours à une formule particulièrement large qui dépasse le seul intérêt financier (voir *infra* § n° 207, pour le détail des débats parlementaires).

De fait, la notion de désintérêt suppose une absence totale de contrepartie à l'alerte, qu'elle soit financière ou non, directe ou indirecte, et la satisfaction du seul intérêt général¹⁶⁹.

141. Un autre élément important caractérise le désintérêt du lanceur d'alerte. Sa démarche ne peut être guidée par un intérêt professionnel, en ce sens qu'il ne peut avoir comme activité professionnelle celle d'alerter ou de faire connaître des comportements répréhensibles. Un journaliste ne peut donc être considéré comme un lanceur d'alerte.

De surcroît, le lanceur d'alerte n'est pas un agent public dénonçant des faits dont il a connaissance, par son métier, et qu'il lui appartient, par son métier, de réprimer.

Le régime du lanceur d'alerte est donc distinct de l'obligation prévue à l'article 40 du Code de procédure pénale qui offre une voie habituelle d'information à l'autorité judiciaire de faits répréhensibles¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Précité, requête n°28274/08.

¹⁶⁸ La position du législateur est d'ailleurs très claire. Il a été précisé lors des débats parlementaires qu'« *il n'est pas question de rémunérer les lanceurs d'alerte en France* », S. Denaja, Rapport fait au nom de la Commission des lois, n°3785 et 3786, 26 mai 2016, p. 88.

¹⁶⁹ J-B. Perrier, *JurisClasseur Pénal*, article 122-9, fascicule 20 : « Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte », 30 septembre 2019, § n°12.

¹⁷⁰ Rapport F. Pillet précité, p. 48.

142. Enfin, le lanceur d’alerte ne doit pas être confondu avec une victime. Bien qu’il puisse être victime d’actes de discrimination ou de mesures de représailles du fait de son alerte, il ne doit pas être personnellement affecté par le trouble qu’il dénonce, auquel cas il lui appartient de déposer une plainte¹⁷¹.

143. A titre de synthèse, la loi Sapin 2 a pensé le lanceur d’alerte de manière « idéalisée ». Elle lui a ainsi refusé toute forme d’intérêt personnel au signalement et aux suites qui lui seraient données, autres que la satisfaction morale d’avoir pu révéler des agissements illégaux et servir l’intérêt général.

¹⁷¹ *Ibid.*, voir également la décision de la CA de Lyon, 24 novembre 2019, n°19/508, voir *infra*, § n° 195.

Section 2. L'objet et le processus du régime général du lanceur d'alerte

144. Bien que la définition du lanceur d'alerte ait été unifiée, les régimes restent multiples. A la lecture du tableau produit en Annexe 1, il ressort que le travail d'unification des différents régimes du lanceur d'alerte par la loi Sapin 2 n'a été que partiel.

Seuls les mécanismes existants en matière de corruption, de sécurité sanitaire des produits de santé, de risque grave pour la santé publique ou l'environnement et de conflits d'intérêts ont été abrogés. Ils sont désormais intégrés dans la définition du lanceur d'alerte prévue à l'article 6 de la loi Sapin 2 qui étend le domaine de l'alerte à « *un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général* ».

145. Par ailleurs, les régimes applicables aux travailleurs du secteur privé et aux fonctionnaires ont été mis à jour par la loi Sapin 2. L'article 10 de la loi Sapin 2 modifie les articles L. 1132-3-3 du Code du travail et 6 ter A de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983.

Tous les salariés du domaine privé et les fonctionnaires relèvent donc désormais du régime de l'article 8 de la loi Sapin 2 pour aspirer au statut de lanceur d'alerte.

Pour bénéficier de la protection mise en place par la loi, ces derniers devront, d'une part, dénoncer des faits dont la divulgation est permise par la loi Sapin 2 (§1) et, d'autre part, les dénoncer en respectant un processus précis (§2).

146. Néanmoins, il convient de noter que les hypothèses d'alerte qui relèvent d'une procédure différente de l'article 8 de la loi Sapin 2 persistent, comme a eu l'occasion de l'indiquer le Conseil constitutionnel¹⁷². Il s'agit des régimes d'alerte antérieurs à la loi Sapin 2, toujours en vigueur à sa suite (par exemple, les régimes applicables aux militaires et aux agents des services de renseignement)¹⁷³.

¹⁷² Décision n° 2016-740 DC du 8 décembre 2016, § 7. A ce titre, la distinction entre les deux alinéas de l'article L. 1132-3-3 du Code du travail permet de mettre en exergue la protection accordée au salarié de bonne foi qui relate ou témoigne d'un délit ou d'un crime même s'il agit en dehors des règles imposées par les articles 6 à 8 de la loi Sapin 2 qui lui ouvriraient les portes du statut de « lanceur d'alerte ». La même distinction se retrouve dans la rédaction de l'article 6 ter A de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983.

¹⁷³ Voir notre tableau établi en Annexe 1.

§1. Les faits à l'origine d'une alerte

147. Tous les faits ne peuvent donner lieu à une alerte et être diffusés. La loi Sapin 2 distingue les faits dont la diffusion est autorisée (A), des faits soumis au secret qui sont exclus du régime du lanceur d'alerte (B). De surcroît, une zone grise se dessine pour des faits protégés par certains secrets (C).

A. Les faits pouvant donner lieu à une alerte

148. Nous l'avons vu, la protection du lanceur d'alerte a longtemps été considérée de manière sectorielle en appréhendant des délits tels que la corruption ou le harcèlement.

Il faut attendre la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 pour que la protection du lanceur d'alerte soit élargie à n'importe quel crime ou délit pénal.

L'article 6, la loi Sapin 2 va nettement plus loin. Désormais, le lanceur d'alerte qui souscrit aux conditions énoncées précédemment¹⁷⁴ peut non seulement signaler un crime ou un délit, mais également :

- la violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ;
- la violation grave et manifeste d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement ;
- la violation grave et manifeste de la loi ou un règlement ; et
- une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général.

Les débats parlementaires mettent en évidence cette volonté de protéger des personnes qui révéleraient des pratiques « scandaleuses » portant atteinte à l'intérêt général mais ne seraient pas illégales.

149. L'affaire « Luxleaks », révélée par le français Antoine Deltour, salarié de l'entreprise PricewaterhouseCoopers au Luxembourg, a effectivement permis d'éveiller la conscience du législateur français sur ce type de situation.

Comme l'a indiqué la députée Sandrine Mazetier lors des débats parlementaires : « (...) nous voulons protéger ces personnes extrêmement courageuses qui prennent des risques et subissent

¹⁷⁴ Être une personne physique de bonne foi, désintéressée, qui a personnellement connaissance des faits qu'elle dénonce.

des mesures de représailles très violentes, brutales et longues. Par conséquent, nous souhaitons que la définition du lanceur d'alerte couvre toutes les situations, y compris celle de gens comme Antoine Deltour qui ont eu l'audace de révéler des pratiques scandaleuses mais qui ne violent aucune loi. Nous avons cherché une définition large, englobant le cas d'un citoyen qui, dans l'exercice de sa profession par exemple, aurait connaissance de faits qui, tout en n'étant pas illégaux, sont contraires à l'intérêt général et à des engagements internationaux auxquels la France ou d'autres pays partenaires de conventions internationales ont souscrit »¹⁷⁵.

Face à l'imprécision globale des « violation(s) grave(s) et manifeste(s) » prévues par la loi ou de ce qui pourrait constituer une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, les lanceurs d'alerte devront déterminer eux même la nature du signalement envisagé.

B. Les faits soumis au secret exclus du régime de la loi Sapin 2

150. L'article 6 de la loi Sapin 2 prévoit que « *Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couvert par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre* ».

Cette disposition est issue d'un amendement gouvernemental adopté par le Sénat¹⁷⁶ et exclut du régime de l'alerte ces trois types de secrets qui sont protégés par des dispositions spéciales.

Une fois de plus, il appartient à la personne qui divulgue l'information de déterminer si les faits révélés entrent ou non dans les catégories exclues, de telle sorte que l'incertitude a une tendance naturellement dissuasive¹⁷⁷.

C. Les autorisations soumises à conditions

151. En dehors des secrets expressément exclus par l'article 6 de la loi Sapin 2, le nouvel article 122-9 du Code pénal, introduit par l'article 7 de la loi Sapin 2, prévoit que des

¹⁷⁵ Rapport établi par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, n°4045 et 4046, 21 septembre 2016, p. 45.

¹⁷⁶ Amendement n°644, adopté par le Sénat, compte rendu analytique officiel de la séance du 4 juillet 2016, p. 25.

¹⁷⁷ D. Boulmier, « Les lanceurs d'alerte après la loi n°2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : fausse alerte ? » : Lexbase Hebdo Social, 2017, n°N5972BW4.

informations couvertes par le secret peuvent être divulguées à la condition que cette divulgation soit nécessaire et proportionnée :

« N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ».

Ces conditions font nettement écho à la jurisprudence de la CEDH qui ne fixe pas de cadre général pour les faits susceptibles d'être divulgués mais examine les faits sous le prisme de la nécessité et de la proportionnalité de leur divulgation.

152. Dès lors, la divulgation d'une information couverte par un secret, non expressément exclu par la loi Sapin 2, pourrait supposer d'apprécier les différents recours à la disposition du lanceur d'alerte ainsi que le préjudice causé par la diffusion de ladite information au regard de son intérêt pour le public.

Le secret professionnel (en dehors de ceux exclus expressément par la loi) et le secret de fabrique pourraient donc être dépassés si (i) un tribunal considère que le signalement revêt une importance plus grande que la préservation de ces secrets et (ii) les conditions des articles 6 et 8 de la loi Sapin 2 sont respectées.

153. Concernant le secret des affaires, le nouvel article L. 151-8 du Code de commerce, issu de la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 qui transpose la directive UE 2016/943, prévoit :

« A l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue :

1° Pour exercer le droit à la liberté d'expression et de communication, y compris le respect de la liberté de la presse, et à la liberté d'information telle que proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ;

2° Pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, y compris lors de l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ;

3° Pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union Européenne ou le droit national. »¹⁷⁸.

Le lanceur d'alerte peut donc révéler des faits couverts par le secret des affaires. Il semblerait même qu'une personne qui n'agirait pas dans le cadre de la loi Sapin 2 pourrait y porter atteinte dès lors qu'elle agirait de bonne foi et pour protéger l'intérêt général en dénonçant une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible¹⁷⁹.

154. De surcroît, l'article L. 152-8 du Code de commerce permet d'éviter des actions d'intimidation, souvent dénoncées par les journalistes, en prévoyant que :

« Toute personne physique ou morale qui agit de manière dilatoire ou abusive sur le fondement du présent chapitre peut être condamnée au paiement d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 €.

L'amende civile peut être prononcée sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts à la partie victime de la procédure dilatoire ou abusive ».

155. Précisons pour être complet qu'une information protégée par le secret des affaires doit réunir trois conditions cumulatives : (i) être secrète, en ce qu'elle n'est pas généralement connue ou facilement accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; (ii) avoir une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; et (iii) faire l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret.

¹⁷⁸ Soulignement ajouté.

¹⁷⁹ Voir C. Blanquart, « Les lanceurs d'alerte et la protection des informations confidentielles au sein de l'entreprise », La Semaine Juridique social n° 37, 18 Septembre 2018, 1292.

§2. Les procédures à respecter par le lanceur d’alerte

156. L’article 8 de la loi Sapin 2 prévoit deux procédures différentes à respecter selon la situation à laquelle le lanceur d’alerte est confronté.

Dans le premier cas, la loi Sapin 2 prévoit des démarches progressives du lanceur d’alerte (A) :

« I. - Le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci.

En l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte mentionnée au premier alinéa du présent I à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels.

En dernier ressort, à défaut de traitement par l'un des organismes mentionnés au deuxième alinéa du présent I dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public ».

157. Dans le deuxième cas, la loi Sapin 2 prévoit une procédure dérogatoire (B) dans les circonstances suivantes :

« II. - En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I. Il peut être rendu public ».

Le décret d'application n°2017-564 du 19 avril 2017 complète les dispositions applicables à la procédure de droit commun en précisant en son article 4, I :

« Le référent mentionné au premier alinéa du I de l'article 8 de la loi (...) [Sapin 2] est désigné par les autorités compétentes de l'organisme mentionné à l'article 1er du présent décret. Il peut être extérieur à cet organisme.

Le référent dispose, par son positionnement, de la compétence, de l'autorité et des moyens suffisants à l'exercice de ses missions.

Le référent peut être une personne physique ou, quelle que soit sa dénomination, toute entité de droit public ou de droit privé, dotée ou non de la personnalité morale.

Le référent et l'ensemble des personnes appelées à connaître du signalement sont soumis aux obligations prévues à l'article 9 de la loi (...) [Sapin 2]. ».

A. La procédure graduée « standard »

158. En tant que travailleur (agent public ou salarié du secteur privé), le lanceur d’alerte est soumis à une obligation de loyauté, de réserve, voire de confidentialité (tout particulièrement pour certaines branches de la fonction publique).

Ces obligations justifient que le lanceur d’alerte procède, dans un premier temps, à la diffusion de son signalement auprès de son supérieur hiérarchique ou auprès d’une autorité compétente avant de le divulguer au public, comme cela peut être le cas par voie de presse.

A ce titre, la CEDH précise que la divulgation au public ne doit être considérée qu’en dernier ressort, en cas d’impossibilité d’agir autrement ou si toute autre action devait s’avérer inutile¹⁸⁰.

159. L’article 8, I, alinéa 1 de la loi Sapin 2 complété par l’article 4 du décret n°2017-564 reprend donc sensiblement la même logique en disposant que le signalement d’une alerte « *est porté* » dans un premier temps à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l’employeur ou d’un référent désigné par celui-ci.

La syntaxe employée par le législateur montre le caractère obligatoire de cette première étape qui consiste à porter l’alerte en interne.

Le lanceur d’alerte dispose néanmoins d’un choix dans le cadre de cette première étape : se mettre en contact avec sa hiérarchie ou avec un « référent » (qui devrait être, le plus souvent, un « référent conformité » de l’entreprise).

Cette option qui est ouverte au lanceur d’alerte se justifie tout particulièrement dans l’hypothèse où les faits que le lanceur d’alerte souhaite révéler concernent sa hiérarchie¹⁸¹.

A cette fin, le décret d’application veille à ce que ledit référent ne soit pas une « coquille vide » en précisant qu’il doit disposer de la compétence, de l’autorité et des moyens suffisants pour

¹⁸⁰ Voir plus précisément le premier critère posé par l’arrêt *Guja c/Moldovie*, *supra*, § n° 102.

¹⁸¹ S. DYENS, « Le lanceur d’alerte dans la loi Sapin 2 : un renforcement en trompe-l’œil », *AJ Collectivité territoriales* 2017, p. 127.

gérer l'alerte¹⁸². Ces conditions sont identiques à celles posées par la jurisprudence en matière de délégation de pouvoir¹⁸³.

160. L'article 8, I alinéa 2 de la loi Sapin 2 prévoit que dans l'hypothèse où le supérieur hiérarchique ou le référent destinataire de l'alerte ne mettraient pas en œuvre les « *diligences* » attendues pour étudier la recevabilité du signalement dans un « *délai raisonnable* », ledit signalement est alors adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels.

Trois observations nous semblent nécessaires.

Premièrement, nous ne disposons pas d'éléments à ce stade pour définir avec certitude l'étendue des diligences qui doivent être accomplies par le destinataire de l'alerte pour vérifier la recevabilité du signalement ainsi que le délai raisonnable pour leur accomplissement¹⁸⁴. Le juge devra donc se prononcer pour les clarifier.

Dans cette attente, la responsabilité de passer au « grade » suivant prévu par la loi Sapin 2 appartient au lanceur d'alerte qui devra, une fois de plus, faire preuve d'une certaine clairvoyance.

Deuxièmement, ce passage au « grade » suivant n'est pas subordonné à l'absence du traitement effectif de l'alerte mais au fait que le destinataire ne se prononce pas sur la recevabilité du signalement dans un délai raisonnable.

Le destinataire du signalement doit, selon nous, vérifier *a minima* la conformité de l'émetteur du signalement et de son objet aux dispositions de l'article 6 de la loi Sapin 2 et conforter l'émetteur du signalement dans le fait qu'il sera traité.

Troisièmement, si le texte fait mention de l'autorité administrative au singulier, il semble cohérent de penser que cela recouvre toutes les structures administratives (indépendantes ou non) à même de recevoir une alerte selon leur champ de compétence respectif.

¹⁸² Nous ne résistons pas à l'image du déontologue dont la fonction a pu, au sein de nombreuses entreprises, être considérée comme essentiellement statutaire. Le décret d'application souhaite, à juste titre, donner à cette fonction toute son importance et les moyens de mener à bien sa mission.

¹⁸³ Crim. 30 octobre 1996, n°94-83.650.

¹⁸⁴ Le décret d'application n°2017-564 ne fournit malheureusement pas d'indication sur ces notions.

A ce titre, l'article 8, IV de la loi Sapin 2 prévoit que « *Toute personne peut adresser son signalement au Défenseur des droits afin d'être orientée vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte* ».

Il est donc toujours possible de se référer au Défenseur des droits en cas d'hésitation.

Par ailleurs, il convient de souligner que l'AFA considère dans le cadre de ses recommandations que les « *signalements portant sur des manquements à l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 [relatifs à la mise en place des programmes de conformité] ou sur des faits de corruption pourront être adressés directement à l'AFA. L'Agence communiquera le cas échéant ces derniers faits au Procureur de la République compétent en application de l'article 40 du code de procédure pénale* ».

161. L'article 8, I alinéa 3 de la loi Sapin 2 prévoit qu'en troisième et dernier lieu le signalement peut être rendu public s'il n'est pas traité par l'autorité judiciaire et administrative dans un délai de trois mois.

Cette solution est cohérente au regard de la position de la CEDH précédemment étudiée et de la position de la jurisprudence administrative française. Un arrêt rendu le 31 décembre 2014 par la Cour administrative d'appel de Paris¹⁸⁵ retient particulièrement notre attention.

En l'espèce, une femme, gardienne de la paix, avait publié en tant que co-auteur en octobre 2010 un ouvrage intitulé « *Omerta dans la police – abus de pouvoir, homophobie, racisme, sexisme* ». En 2011, cette personne fit l'objet d'une procédure disciplinaire et d'une exclusion temporaire de ses fonctions pendant 18 mois (dont 12 mois avec sursis) sur la base du manquement à son obligation de réserve.

162. Pour confirmer cette décision, la Cour Administrative d'Appel de Paris retient que « *M^{me} Souid est le coauteur d'un livre édité sous le titre « Omerta dans la police - abus de pouvoir, homophobie, racisme, sexisme » et que cet ouvrage qui « a fait l'objet d'une large diffusion dont elle a assuré elle-même la promotion dans plusieurs médias (...) relate, sur un ton polémique et souvent outrancier, son expérience au sein de la direction de la police aux frontières de l'aéroport d'Orly, où elle était affectée, en portant des accusations graves contre des membres de ce service et en critiquant l'administration policière et la politique gouvernementale en matière de police* ».

¹⁸⁵ Arrêt n°13PA00914, voir les conclusions de C. Oriol, rapporteur public, AJDA 2015, p. 639.

Précisant que l'ensemble de ces faits, imputables à une fonctionnaire de police, était de nature à jeter le discrédit sur l'institution policière constituant ainsi un manquement grave à son obligation de réserve, la Cour administrative d'appel écarte le devoir d'alerte mis en avant par la requérante au motif qu'elle n'établit pas avoir saisi sa hiérarchie, dans les formes requises, des faits qu'elle estimait contraires à l'éthique.

La Cour souligne que la requérante n'était pas dépourvue de voies de droit permettant de signaler les comportements qu'elle souhaitait dénoncer et que si elle avait effectivement saisi le Procureur de la République d'une plainte sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale cette plainte n'a concerné qu'un nombre limité de faits relatés dans l'ouvrage.

Par ailleurs, bien que la requérante ait également saisi la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, elle n'a pas attendu que cette dernière rende son avis pour procéder à la publication de son ouvrage.

La Cour administrative d'appel de Paris conclut pour confirmer le bienfondé de la sanction disciplinaire prononcée que « *Mme Souid ne démontre pas s'être trouvée dans l'impossibilité manifeste d'agir autrement que par la publication de ce livre, dont le contenu, comme la promotion qui en a été faite par ses soins dans les médias, procèdent d'une intention délibérément polémique* ».

163. La loi Sapin 2 ne donne aucune indication sur les formalités ou les modalités de cette publicité se contentant d'énoncer que « *le signalement peut être rendu public* ».

Toutefois, le rapport de l'institut Messine publié en novembre 2018 abonde dans le sens d'une interprétation extensive et considère que la publicité peut s'entendre de la révélation à la presse ou plus largement d'une publication sur internet par le biais d'un réseau social, d'une plateforme de partage de contenus ou encore par la mise en ligne d'une vidéo¹⁸⁶.

B. La procédure dérogatoire en cas de « danger grave et imminent » et d'un « risque de dommages irréversibles »

164. L'article 8, II de la loi Sapin 2 autorise, en présence d'un danger grave et imminent ou d'un risque de dommages irréversibles, de porter directement le signalement à la connaissance

¹⁸⁶ « Le lanceur d'alerte dans tous ses états : Guide pratique et théorique », Institut Messine, rapport publié en novembre 2018, voir p. 31.

des autorités judiciaires ou administratives ou des ordres professionnels. La loi Sapin 2 prévoit également que le signalement « *peut être rendu public* ».

Le recours à cette procédure d'urgence qui permet au salarié de passer outre sa hiérarchie est donc strictement conditionné à la survenance d'une situation particulièrement grave.

165. Toute la problématique réside en l'absence de définition du danger grave et imminent ou du risque de dommages irréversibles. La loi comme le décret d'application ne sont d'aucune aide.

Toutefois, par analogie, il est possible de se référer à la notion de danger grave et imminent prévue à l'article L. 4131-1 du Code du travail (voir *supra*, § n° 60 et s.).

Cette alerte présente néanmoins un fondement différent en ce qu'il s'agit pour le travailleur (i) d'alerter son employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection et (ii) en conséquence de se retirer de cette situation.

On comprend que l'alerte prévue par cet article a été conçue pour s'exercer de manière individuelle au regard d'un danger grave et imminent qui concerne directement le travailleur.

A l'inverse, le danger grave et imminent prévu par la loi Sapin 2 et qui subordonne l'utilisation de la procédure dérogatoire s'entend en ce qu'il pèse sur l'intérêt général et non pas seulement sur la personne à l'initiative du signalement.

Dans cette dernière hypothèse, il semble préférable que le travailleur n'ait pas recours à la procédure dérogatoire de l'article 8, II de la loi Sapin 2 mais utilise les mécanismes adéquats de l'article L. 4131-1 ou de l'article L. 4131-2 du Code du travail (voir *supra*, § n° 60 et s.).

166. Si la notion de danger grave et imminent développée par l'article L. 4131-1 du Code du travail ne trouve qu'une application limitée dans le cadre de l'interprétation de la loi Sapin 2, la notion de risque grave pour la santé publique et l'environnement développée par l'article L. 4133-1 du même Code¹⁸⁷ est, conceptuellement, plus appropriée en ce qu'elle doit prévenir un risque pour d'intérêt général.

¹⁸⁷ L'article L. 4133-1 du Code du travail prévoit que « *Le travailleur alerte immédiatement l'employeur s'il estime, de bonne foi, que les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement* ».

Néanmoins, les applications en jurisprudence sont peu nombreuses et les quelques arrêts se prononçant sur cette notion présentent un seuil de gravité qui semble en deçà de celui envisagé par le législateur lors de la mise en place de cette procédure d'urgence.

167. Enfin, la rédaction de l'article 8, II de la loi Sapin 2 soulève une autre problématique : aucun indice ne nous est donné pour nous permettre de hiérarchiser la saisine des autorités administratives et judiciaires de la publicité de l'alerte.

Comme le souligne justement un auteur, sont-ce deux voies alternatives offertes au lanceur, deux voies successives ou concomitantes¹⁸⁸ ?

Un élément de réponse réside dans la présentation qui a été faite en 2016 du dispositif par la Commission des lois de l'Assemblée nationale qui indique que « *des dérogations ont été aménagées afin de permettre, en cas d'urgence, une saisine directe des interlocuteurs de deuxième niveau, voire la divulgation au public* »¹⁸⁹.

Une certaine subsidiarité de la divulgation au public apparaît à la lecture. Elle devra être confirmée par la jurisprudence.

§3. Facultés et obligations en matière d'alerte

168. Avant la mise en place de la loi Sapin 2, le Ministère du Travail précisait déjà, dans une circulaire du 19 novembre 2008, que l'utilisation du dispositif d'alerte devait rester facultative, notamment pour permettre aux salariés de s'adresser aux représentants du personnel¹⁹⁰.

Bien que la dynamique ait évolué depuis la loi Sapin 2, la question est toujours présente notamment au regard de la rédaction de l'article 8 de ladite loi (A).

Il subsiste, par ailleurs, en dehors de la loi Sapin 2 des cas particuliers qui appellent des précisions notamment en ce qu'ils mettent en place de véritables obligations (B).

¹⁸⁸ S. Dyens, « Le lanceur d'alerte dans la loi Sapin 2 : un renforcement en trompe l'œil », précité, p. 5.

¹⁸⁹ Rapport précité établi par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, n°4045 et 4046, 21 septembre 2016, p. 52.

¹⁹⁰ Circulaire de la Direction Générale du Travail n° 2008/22 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, p. 16.

A. Un régime général gouverné par la notion de choix mais assorti de responsabilités

169. Lancer l’alerte conformément à l’article 8, I alinéa 1 de la loi Sapin 2 en saisissant son supérieur hiérarchique ou un « référent » nous semble relever d’une faculté.

Les risques de sanctions et de représailles (comme le montrent de nombreux cas réels) sont tels qu’ils suffisent selon nous à justifier cette solution. Le lanceur d’alerte, indubitablement, s’expose et il semblerait injustifié d’imposer le lancement d’une alerte en dehors de cas très particuliers.

Si la syntaxe de l’article 8, I alinéa 1 peut surprendre par son caractère impératif (« *est porté* »), ce dernier ne concerne que le respect du processus et non son déclenchement.

En ce sens, la CNIL prévoyait également dans sa délibération n°2008-305 que l’information claire et complète des utilisateurs des dispositifs d’alerte comprenait le caractère facultatif de ladite alerte¹⁹¹.

170. S’il subsiste peu de doutes sur le caractère facultatif du déclenchement de l’alerte, l’article 8, I alinéa 2 semble répondre à une logique différente.

Effectivement, le lanceur d’alerte doit (et non peut) s’adresser à l’autorité administrative ou judiciaire s’il estime que la recevabilité de son signalement n’a pas été étudiée dans un délai raisonnable.

Le lanceur d’alerte doit donc avoir conscience que, le cas échéant, il ne pourra pas se « contenter » de la première étape visée à l’article 8, I alinéa 1 et devra adresser son signalement à l’autorité judiciaire, à l’autorité administrative ou à un ordre professionnel.

Ces dispositions de la loi Sapin 2 pourraient avoir un effet dissuasif en responsabilisant le lanceur d’alerte dans son action¹⁹².

171. *A contrario*, la rédaction de l’article 8, I alinéa 3 et de l’article 8, II de la loi Sapin 2 intègre à nouveau la notion de choix. Porter l’alerte directement à la connaissance du public ou des autorités judiciaire, administratives et des ordres professionnels n’est pas une obligation même en cas de danger grave et imminent ou de risque de dommages irréversibles.

¹⁹¹ Délibération n°2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d’alerte professionnelle (décision d’autorisation unique n° AU-004), article 8.

¹⁹² S. Dyens, précité, p. 4.

B. Les cas particuliers prévus par le Code pénal et le Code de procédure pénale

172. Bien que ces situations ne prévoient pas le recours au mécanisme de recueil des signalements prévu par la loi Sapin 2, il nous semble important de les mentionner dans la mesure où il s'agit soit d'obliger la transmission pour les agents publics de certaines informations au parquet (article 40 du Code de procédure pénale) soit de punir le fait pour un justiciable de ne pas avoir transmis des informations particulièrement graves aux autorités judiciaires ou administratives.

173. L'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale aménage une obligation générale d'information pour l'agent public en disposant que « *Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au Procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ».

Il n'est pas attendu de l'agent public qu'il exerce un contrôle d'opportunité, l'information relative à un crime ou un délit doit être transmise « *sans délai* » au parquet sous peine de sanctions disciplinaires voire de sanctions pénales qui pourraient relever de la complicité par abstention.

174. De son côté, le Code pénal comporte plusieurs dispositions qui obligent, sous peine de poursuites, la transmission d'information aux autorités judiciaires notamment dans certains cas spécifiques d'atteintes à la personne.

L'article 434-1 alinéa 1 du Code pénal prévoit que « *Le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* »¹⁹³.

¹⁹³ L'article 434-1 du Code pénal poursuit en précisant que « *Sont exceptés des dispositions qui précèdent, sauf en ce qui concerne les crimes commis sur les mineurs : 1° Les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime ; 2° Le conjoint de l'auteur ou du complice du crime, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui.*

Sont également exceptées des dispositions du premier alinéa les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13 ».

L'article 434-3 du Code pénal prévoit quant à lui de manière plus spécifique que « *Le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

Enfin, de manière générale, l'article 223-6 alinéa 1 du Code pénal prévoit que « *Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne [et] s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende*. ».

Section 3. La protection accordée au lanceur d'alerte

175. Avant d'aborder les mécanismes de protection accordés au lanceur d'alerte par la loi Sapin 2, il convient de revenir sur la protection de la liberté d'expression mise en place par les juridictions françaises en ce qu'elle sert de base naturelle au développement du droit d'alerte (§1).

Effectivement, pour un salarié, exercer son droit à porter une alerte revient avant tout à exercer son droit à une libre expression. Cette dernière liberté a été abondamment consacrée par la jurisprudence avant la promulgation de la loi Sapin 2.

La loi Sapin 2 est ensuite venue offrir aux personnes qui respectent certaines conditions un statut de lanceur d'alerte particulièrement protecteur (§2).

§1. Avant la protection du lanceur d'alerte, la protection de la liberté d'expression du travailleur

176. Nous l'avons déjà vu, la liberté d'expression est consacrée à l'article 10 de la Conv. EDH et a fait l'objet d'une protection importante par la jurisprudence de la CEDH.

En droit interne, le droit à une libre expression est ouvert aux salariés sur la base du principe général posé par l'article L. 1121-1 du Code du travail, qui dispose que « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

Cette disposition est complétée par les articles L. 2281-1 et L. 2281-3 du Code du travail qui prévoient respectivement que :

- « *Les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercices et organisation de leur travail* » ;
- « *Les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement* ».

Avant que la notion de lanceur d'alerte ne soit consacrée notamment par la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 en matière de crimes et de délits, les juridictions françaises ont développé une jurisprudence foisonnante sur la libre expression du salarié et la protection accordée contres des mesures de représailles (A) ou des actions pénales (B).

A. La protection du salarié contre les représailles de l'employeur

177. Le principe a été consacré avec l'affaire « Clavaud » tranchée par la Cour de cassation en 1988¹⁹⁴.

L'espèce concerne un ouvrier caoutchoutier qui travaillant pour le fabricant de pneus DUNLOP avait été licencié suite à la publication d'un article de presse rapportant ses déclarations concernant ses conditions de travail.

La décision de la Cour d'appel de Riom est approuvée par la Cour de cassation en ce qu'elle a prononcé la nullité du licenciement sur le fondement de l'article L. 461-1 du Code du travail (siège de la liberté d'expression du salarié à la date des faits)¹⁹⁵ et a justement déduit que « *l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe, dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude* ».

¹⁹⁴ Soc. 28 avril 1988, n°87-41.804.

¹⁹⁵ L'article L. 461-1 du Code du travail dispose : « *Dans les entreprises ou établissements industriels, commerciaux ou agricoles, les offices publics et ministériels, les professions libérales, les sociétés civiles, les syndicats professionnels, les mutuelles, les organismes de sécurité sociale à l'exception de ceux qui ont le caractère d'établissement public administratif, les associations de quelque nature que ce soit ou tout organisme de droit privé, les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail. (...) Les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement (...).* ».

A l'instar de cette décision, la haute juridiction s'est régulièrement prononcée, en l'absence d'un dispositif d'alerte, sur des révélations de pratiques douteuses ou de conditions de travail dénoncées par des salariés en dehors de l'entreprise.

178. A ce titre, la chambre sociale de la Cour de cassation a rendu une décision importante, le 14 mars 2000, en jugeant que le fait pour une salariée de porter à la connaissance de l'inspecteur du travail des faits concernant l'entreprise lui paraissant anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute¹⁹⁶.

La Cour de cassation a considéré que la Cour d'appel aurait dû trancher la question de savoir si les accusations formulées par la salariée étaient mensongères ou non et si la salariée avait agi avec légèreté ou mauvaise foi.

179. Dans un arrêt similaire, ayant trait à une plainte déposée auprès du Procureur de la République, la chambre sociale livre également une décision qui suscite notre intérêt¹⁹⁷.

En l'espèce, un moniteur éducateur d'une association en charge d'un établissement pour des adultes souffrant d'un handicap mental avait été licencié pour faute lourde après avoir porté plainte pour des actes de maltraitance et de malveillance dont les pensionnaires auraient été victimes.

Bien que la plainte fût classée sans suite, la Cour de cassation a considéré que « *le fait pour un salarié de porter à la connaissance du Procureur de la République des agissements dont les résidents d'un établissement pour soins (...) auraient été les victimes et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, ne constitue pas une faute* ».

180. La haute juridiction a également eu l'occasion de rappeler les critères applicables que sont le caractère mensonger ou erroné des faits et la bonne foi du salarié.

En ce sens, la haute juridiction a considéré :

- qu'aucun abus dans l'exercice de sa liberté d'expression ne peut être retenu à la charge d'une salariée qui avait dénoncé à sa direction le comportement de son supérieur hiérarchique sous la qualification erronée de harcèlement, dans la mesure où la salariée

¹⁹⁶ Soc., 14 mars 2000, n°97-43.268.

¹⁹⁷ Soc., 12 juillet 2006, n°04-41.075.

qui souffrait d'une dépression était de bonne foi et que son courrier ne comportait pas de termes excessifs ou diffamatoires¹⁹⁸ ; et

- à l'inverse qu'un salarié qui avait proféré des propos calomnieux à l'encontre d'un dirigeant insinuant qu'il avait abusé de ses fonctions pour se constituer un patrimoine immobilier abuse de sa liberté d'expression¹⁹⁹.

On l'observe aisément, la Cour de cassation se conforme aux principes posés par la CEDH en matière de liberté d'expression et considère, à titre de principe, que « *le salarié jouît dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, d'une liberté d'expression à laquelle il ne peut être apporté que des restrictions justifiées par la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. L'exercice de la liberté d'expression ne peut donc constituer une faute qu'à la condition d'avoir dégénéré en abus* »²⁰⁰.

181. La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière marque ensuite un tournant important avec la mise en place d'un mécanisme d'alerte spécifique aux faits constitutifs d'un délit ou d'un crime et assorti des protections des nouveaux articles L. 1132-3-3 et L. 1132-4 du Code du travail.

Par le biais d'une décision rendue le 30 juin 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est livrée à une analyse qu'il convient de relever²⁰¹.

En l'espèce, un salarié qui exerçait la fonction de directeur administratif et financier d'une association, investie d'une mission de service public dans le domaine de la santé en Guadeloupe, avait été licencié en mars 2011 pour faute lourde après avoir dénoncé au Procureur de la République les agissements d'un membre du conseil d'administration et du président de l'association susceptibles de constituer une escroquerie et un détournement de fonds publics.

La Cour de cassation s'est prononcée sur deux pourvois : celui de l'employeur qui contestait sa condamnation par la Cour d'appel pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi que sur le pourvoi du salarié licencié qui souhaitait que soit prononcé l'annulation de son licenciement et sa réintégration dans l'entreprise.

¹⁹⁸ Soc., 2 avril 2008, n°06-42.714.

¹⁹⁹ Soc., 28 mars 2000, n°97-42.943.

²⁰⁰ Soc., 21 septembre 2011, n°09-72054.

²⁰¹ Pourvoi n°15-10.557.

Pour écarter le pourvoi de l'employeur, la Cour de cassation commence par rappeler que le fait pour un salarié de porter à la connaissance du Procureur de la République des faits concernant l'entreprise qui lui paraissent anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute.

En l'espèce, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir effectivement considéré que le salarié n'avait commis aucune faute en portant à la connaissance du Procureur de la République des faits susceptibles de constituer une escroquerie et un détournement de fonds publics.

Pour accueillir le pourvoi du salarié qui entendait obtenir l'annulation de son licenciement et sa réintégration, la haute juridiction considère, sur le fondement de l'article 10§1 de la Conv. EDH (et dans la lignée de sa jurisprudence qui admet la nullité du licenciement portant atteinte à une liberté fondamentale du salarié²⁰²), « *qu'en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieux de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, des faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est frappé de nullité* »²⁰³.

182. Dans le prolongement de cette décision, nous relevons l'arrêt du 16 décembre 2016 rendu par la Cour d'appel de Paris²⁰⁴ qui annule le licenciement d'un salarié de la société Natixis qui avait relaté, de bonne foi, aux responsables de la déontologie de l'entreprise des faits constitutifs d'un manquement d'initié commis par son supérieur hiérarchique en période d'augmentation de capital.

La Cour d'appel de Paris annule le licenciement sur la base des articles L. 1132-3-3 et L. 1132-4 du Code du travail, répond favorablement à la demande de réintégration du salarié au sein de la société et l'indemnise sur la base de la perte indue de ses revenus.

183. Dès lors, retenons avant l'étude des mécanismes de protection propres aux lanceurs d'alerte évoluant sous le régime de la loi Sapin 2, que ces mécanismes ne constituent qu'une

²⁰² Soc. 6 février 2013, n°11-11.740 ; Soc. 29 octobre 2013, n°12-22.447.

²⁰³ Voir sur cet arrêt le commentaire de P. Adam, « Mon traître, ce héros », Revue Dalloz de droit du travail 2016, p. 566.

²⁰⁴ Décision n°14/01231.

protection supplémentaire accordée aux salariés qui souscrivent aux conditions des articles 6, 7 et 8 de la loi Sapin 2.

A ce titre, l'article L. 1132-3-3 du Code du travail distingue le signalement exercé conformément aux dispositions de la loi Sapin 2 d'un signalement d'un délit ou d'un crime en dehors de la procédure de la loi Sapin 2 mais aménage un régime de protection dans les deux cas.

En conséquence, le salarié qui ne peut prétendre au statut de lanceur d'alerte ne serait pas dépourvu de protection et pourrait toujours contester d'éventuelles représailles de l'employeur sur la base de son droit à une libre expression protégé par le Code du travail et la Conv. EDH.

B. La protection de l'auteur du signalement contre les actions pénales des personnes mises en cause

184. Il est loisible aux personnes physiques et/ou morales visées par un signalement d'agir sur le fondement de la diffamation ou de la dénonciation calomnieuse, selon les circonstances de l'espèce, contre l'émetteur dudit signalement²⁰⁵.

Dans cette hypothèse, le débat quant au caractère diffamatoire du propos ou calomnieux de la dénonciation peut se superposer à celui ayant trait à la protection du salarié.

185. Dans une décision remarquée, le TGI de Toulouse prononça, le 21 novembre 2017, la relaxe d'une ancienne salariée d'un établissement chargé de l'accueil et de la prise en charge d'enfants lourdement handicapés, poursuivie en diffamation par son ancien employeur²⁰⁶.

La personne poursuivie mettait en avant l'absence de formation du personnel de cette structure pour accueillir des enfants lourdement handicapés, les conditions de vie des pensionnaires ainsi qu'une surveillance nocturne insuffisante pour faire état de son incompréhension quant à la reconduction de l'agrément de l'établissement.

Bien que le statut de lanceur d'alerte de l'ancienne salariée ne soit pas l'objet du débat (cette dernière ayant quitté l'établissement elle n'était ainsi pas dans le besoin de la protection du

²⁰⁵ Y. Pagnerre, « Harcèlement, alerte et diffamation : enfin l'harmonie ? », Recueil Dalloz 2016, p. 2247.

²⁰⁶ TGI de Toulouse, 21 novembre 2017, n°4363/17, voir également D. GOETZ « Première relaxe d'un lanceur d'alerte poursuivi du chef de diffamation », Dalloz Actualité, 29 novembre 2017.

Code du travail ou de l'article L. 313-24 du Code de l'action sociale et des familles), le raisonnement du tribunal se rapproche des standards d'analyse de ce statut.

Le tribunal relève que, malgré les conditions délicates qui ont vu l'ancienne salariée quitter l'établissement, rien ne prouve qu'elle ait agi avec l'envie de le dénigrer.

Le tribunal relève également que les problématiques soulevées par la prévenue liées à des faits de maltraitance étaient connues de l'administration, que la prévenue en avait fait état à plusieurs reprises à sa hiérarchie et que, d'une manière plus générale, ces problématiques impliquent un débat de société important relatif à la prise en charge du handicap lourd et à la vulnérabilité de certaines personnes.

Sur la base de ces éléments le tribunal tranche en faveur de l'absence de caractère diffamatoire des propos tenus par l'ancienne salariée et prononce la relaxe de cette dernière.

186. Relevons une autre décision importante en matière de diffamation rendue cette fois-ci par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 28 septembre 2016²⁰⁷.

Dans cette espèce, une salariée qui soutenait avoir été victime de harcèlement moral de la part de deux de ses supérieurs hiérarchiques avait dénoncé la situation en interne aux ressources humaines, à l'inspecteur du travail et au CHSCT.

Les deux supérieurs visés par la dénonciation ont allégué le caractère diffamatoire des accusations de harcèlement.

La Cour d'appel de Paris a retenu l'infraction de diffamation en considérant que si la loi institue un régime protecteur pour le salarié victime de harcèlement moral, il n'a pas été édicté une immunité pénale au bénéfice de celui qui rapporte des faits de harcèlement par le biais d'un écrit.

La Cour de cassation casse l'arrêt et livre une décision importante.

Elle commence par relever que les salariés sont autorisés par la loi à dénoncer auprès de leurs employeurs et de certains organes internes des faits qu'ils estiment être constitutifs de

²⁰⁷ Civ. 1^{ère}, 28 septembre 2016, n°15-21.823.

harcèlement moral. Le Code du travail aménage en ce sens à l'article L. 1152-2 du Code du travail un droit de « se plaindre » et de remonter des faits de harcèlement moral ou sexuel²⁰⁸.

Or, en matière de diffamation, si la partie poursuivie sur ce fondement peut invoquer sa bonne foi afin de se soustraire à toute condamnation, elle doit aussi justifier de la légitimité du but poursuivi, de l'absence d'animosité personnelle, de la prudence dans l'expression et de la fiabilité de l'enquête.

Dès lors, face à ces exigences propres à la diffamation, la croyance en l'exactitude des imputations diffamatoires ne suffit pas pour reconnaître à leur auteur le bénéfice de la bonne foi.

Il s'ensuit que, pour la première chambre civile de la Cour de cassation, ces exigences probatoires sont de nature à faire obstacle à l'effectivité du droit de se plaindre d'un acte de harcèlement moral. La haute juridiction considère donc que seule la démonstration que le salarié avait connaissance lors de la dénonciation de la fausseté des faits allégués caractérise sa mauvaise foi et laisse la place à une condamnation.

187. A titre de conclusion, nous observons la présence de mécanismes de protection des salariés qui ne sont pas des lanceurs d'alerte au sens de la loi Sapin 2 mais qui signalent des délits, des crimes ou plus précisément des actes de harcèlement.

Au demeurant, les critères utilisés pour déterminer la bonne foi du salarié qui se placerait sous le statut de lanceur d'alerte ou sous un autre mécanisme de protection du Code du travail sont assez proches et s'organisent autour d'un axe central : la connaissance du protagoniste quant à la véracité ou non des éléments divulgués.

²⁰⁸ L'article L. 1152-2 du Code du travail dispose qu'« *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés* ». La même solution est posée pour le harcèlement sexuel à l'article L. 1153-3 du Code du travail.

§2. Avec la loi Sapin 2, une protection réaffirmée et innovante du lanceur d’alerte

188. Lorsque le salarié remplit les conditions posées aux articles 6, 7 et 8 de la loi Sapin 2, un important ensemble de protections lui est accordé.

Si certaines ne sont pas nouvelles et découlent du statut du lanceur d’alerte ou du salarié qui dénonçait des faits avant la loi Sapin 2, cette dernière met en place de nouvelles protections qui donnent au lanceur d’alerte des garanties non négligeables tels que la nullité des mesures de représailles (A), un renversement de la charge de la preuve (B) et une irresponsabilité pénale (C).

Le lanceur d’alerte voit également son identité protégée (D) et peut bénéficier du caractère dissuasif de sanctions prononcées contre son employeur si ce dernier devait entraver son signalement (E).

A. La nullité des actes pris en représailles par l’employeur

189. L’article 10 de la loi Sapin 2 modifie l’article L. 1132-3-3 du Code du travail précédemment mis en place par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

Avant sa modification par la loi Sapin 2, l’article L. 1132-3-3 du Code du travail assurait une protection spéciale au travailleur qui relatait ou témoignait « *de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* ».

La protection est désormais généralisée et étendue avec l’ajout d’un deuxième alinéa à l’article L. 1132-3-3 qui reprend la même base mais avec une référence expresse à la notion d’alerte développée par la loi Sapin 2 (voir *supra*, § n° 183).

Dès lors, et aux termes de l’article 1132-4 du Code du travail, tout acte pris par l’employeur en violation de ces dispositions encourt la nullité.

L’article 10 de la loi Sapin 2 procède, par effet de miroir, à la même extension concernant les fonctionnaires en modifiant l’article 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983 qui dispose désormais qu’ « *aucun fonctionnaire ne peut être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, pour avoir signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit (...)* ».

190. Par ailleurs, comme le prévoit l'article 12 de la loi Sapin 2, il est possible au lanceur d'alerte de saisir la section des référés du CPH pour se voir rétablir, en urgence, dans ses droits s'il a fait l'objet d'une mesure défavorable en raison de son action.

Comme l'a indiqué la députée Sandrine Mazetier lors des débats parlementaires, cette mesure a été proposée à la suite de l'audition de Mme Stéphanie Gibaud et permet de pallier à la première mesure de représailles que peut subir un lanceur d'alerte : se faire licencier. Or, lorsqu'il faut plusieurs années d'attente pour accéder au juge prud'homal et contester le licenciement, le mal est irrémédiablement fait²⁰⁹.

A titre d'illustration, nous relevons la décision précitée du CPH de Lyon du 17 avril 2019 saisi en référé par un salarié de la SNCF qui obtint la nullité de son licenciement et sa réintégration sur la base des dispositions de la loi Sapin 2²¹⁰.

191. La juridiction administrative n'a également pas hésité, dans un arrêt rendu par le Tribunal administratif de Bordeaux le 30 avril 2019, à neutraliser les obligations de réserve et de loyauté d'un agent du service public sur la base desquelles le Centre départemental de l'enfance et de la famille avait procédé à une exclusion temporaire d'une aide-soignante²¹¹.

Cette dernière avait fait l'objet d'une mesure d'exclusion de quatre mois, assortie d'un sursis d'un mois pour avoir rendu public des informations en cosignant une lettre ouverte avec plusieurs collègues adressée à des autorités administratives et des médias afin de dénoncer des situations dramatiques que vivent les enfants confiés au centre.

Il était notamment question de viols, d'abus sexuels et de violences entre usagers non remédiés par l'apathie de la hiérarchie du Centre départemental accusée de cautionner la violence qualifiée d'omniprésente et endémique dans cet établissement.

Le tribunal commence par rappeler la définition du lanceur d'alerte de l'article 6 de la loi Sapin 2 et indique qu'« *Aux termes des dispositions du II de l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016 (...), en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être rendu public. Il en résulte que le département ne peut utilement invoquer à l'encontre de ce signalement la spécificité de cette structure d'accueil d'enfants en difficulté et les diligences accomplies* ».

²⁰⁹ Voir le rapport de S.Denaja précité, p. 93, amendement CL392.

²¹⁰ Jugement n°19/00087.

²¹¹ Jugement n°1704873.

Le tribunal fait donc droit à la requérante qui se prévalait du statut de lanceur d’alerte en agissant selon la procédure de l’article 8, II de la loi Sapin 2 et annule l’arrêté pris par le Centre départemental de l’enfance et de la famille qui prononçait l’exclusion de la requérante.

B. En cas de litige, un renversement de la charge de la preuve au profit du salarié

192. L’article 10 de la loi Sapin 2 insère un alinéa 3 à l’article L. 1132-3-3 du Code du travail qui prévoit qu’ *« En cas de litige relatif à l'application des premier et deuxième alinéas, dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, ou qu'elle a signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 précitée, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».*

La mise en place de cette présomption est bienvenue et permet aux salariés faisant l’objet de mesures de représailles une charge de la preuve allégée.

A ce titre, au regard de nos développements sur la notion de bonne foi (voir *supra*, § n° 132), le salarié devra présenter les éléments factuels, suffisamment sérieux, qui lui ont permis de croire qu’il se trouvait en présence d’un délit ou d’un crime et qui lui ont permis de fonder son alerte.

Pour les autres cas, la loi indique que le salarié devra apporter des éléments de preuve relatifs à son statut de lanceur d’alerte au regard de la définition visée par l’article 6 de la loi Sapin 2 et de son respect de la procédure prévue par l’article 8 de la même loi.

C. Le bénéfice de l'article 122-9 du Code pénal

193. L'article 7 de la loi Sapin 2 insère au Code pénal un nouvel article 122-9 qui prévoit :

« N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ».

L'enjeu de ce nouvel article 122-9 du Code pénal est de permettre aux lanceurs d'alerte de ne pas engager leur responsabilité pénale pour des faits commis lors de la divulgation de l'alerte.

Cette nouvelle cause d'irresponsabilité permet toutefois uniquement de justifier certaines infractions pénales. Considérant que la révélation d'informations couvertes par le secret de la défense nationale, le secret professionnel de l'avocat ou le secret médical ne peut être justifiée, cette irresponsabilité nous semble concerner principalement la dénonciation d'informations couvertes par le secret professionnel de l'article 226-13 du Code pénal²¹².

A ce titre, relevons que si la protection du secret des affaires a été consacrée par la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018, (i) les sanctions prévues en cas de divulgation sont de nature civile et commerciale de telle sorte qu'il n'y a pas d'infraction pénale à justifier et (ii) l'article L. 151-8 du Code de commerce prévoit que le secret des affaires n'est pas opposable dans l'exercice du droit d'alerte de la loi Sapin 2.

194. En cantonnant l'irresponsabilité pénale du lanceur d'alerte aux atteintes à un secret protégé, la loi Sapin 2 exclut implicitement les infractions qui pourraient permettre de découvrir les éléments servant de base à l'alerte tel que le vol. Intégrer cette disposition à la suite des articles 122-4 à 122-7 du Code pénal portant des mécanismes d'irresponsabilité générale (légitime défense, état de nécessité, etc.) est à ce titre malhabile²¹³.

²¹² L'article 226-13 du Code pénal prévoit : *« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».*

²¹³ Voir, A. Dejean de la Bâtie, JurisClasseur Communication, Fasc. 18-50 : Lanceurs d'alerte, septembre 2021, § n° 72 et s.

Par ailleurs, nous notons concernant les infractions telles que la diffamation ou la dénonciation calomnieuse qu'elles ne nous semblent pas nécessiter une justification. Dès lors que le lanceur d'alerte suit les procédures balisées de l'article 8 de la loi Sapin 2 et s'avère de bonne foi conformément à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2016 précédemment étudié (voir *supra*, § n° 186), il ne devrait pas être déclaré coupable par une juridiction.

A minima, il serait étrange qu'une inégalité de traitement s'installe face à une action en diffamation entre le salarié à l'origine d'un signalement pour harcèlement sur la base de l'article L. 1152-2 du Code du travail et un lanceur d'alerte agissant dans le cadre de la procédure de la loi Sapin 2 prévue à l'article L. 1132-3-3 alinéa 2 du Code du travail (voir *supra*, § n° 183).

195. Un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 17 octobre 2018²¹⁴ concernant l'application rétroactive de l'article 122-9 du Code pénal a été remarqué en doctrine.

En l'espèce, une inspectrice du travail avait reçu anonymement des échanges de courriels confidentiels entre des responsables des ressources humaines d'une société. Ces courriels avaient manifestement été obtenus de manière clandestine.

L'inspectrice du travail avait transféré ces échanges à des syndicats départementaux et régionaux ainsi qu'au conseil national de l'inspection du travail.

Poursuivie des chefs de recel d'atteinte au secret des correspondances et de maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé des données ainsi que de violation du secret professionnel, cette personne fut condamnée par le Tribunal correctionnel et la Cour d'appel de Chambéry sur la base de ces chefs de condamnation.

Néanmoins, l'inspectrice du travail s'est pourvue en cassation notamment sur l'argument selon lequel l'article 122-9 du Code pénal lui était applicable.

Dans la mesure où il s'agit d'une disposition pénale plus douce, l'article 122-9 du Code pénal peut, effectivement, être appliqué à des faits antérieurs à son entrée en vigueur et non encore jugés.

²¹⁴ Pourvoi n°17-80.485.

La Cour de cassation est sensible à cette analyse. Elle annule la décision de la Cour d'appel, et renvoie l'affaire devant la Cour d'appel de Lyon afin qu'elle se prononce sur les faits au regard de l'article 122-9 du Code pénal²¹⁵.

Relevons que malgré cette décision favorable à l'inspectrice du travail, la protection de l'article 122-9 du Code pénal est subordonnée au respect des articles 6 à 8 de la loi Sapin 2.

Or, dans la mesure où les informations ont été directement transférées en dehors de l'entreprise sans avoir été portées à la connaissance du supérieur hiérarchique, l'application de l'article 122-9 du Code pénal et le statut de lanceur d'alerte n'ont pas été reconnus à l'inspectrice du travail par la Cour d'appel de Lyon²¹⁶.

D. La confidentialité de l'identité de l'auteur du signalement

196. Les conditions dans lesquelles l'alerte se déclenche exclues de manière assez évidente que le lanceur d'alerte puisse rester anonyme.

Dès lors, l'article 9 alinéa 1 de la loi Sapin 2 prévoit que :

« Les procédures mises en œuvre pour recueillir les signalements, dans les conditions mentionnées à l'article 8, garantissent une stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement ».

Si le lanceur d'alerte ne peut être anonyme, son identité est protégée dans la mesure où « *les éléments de nature à l'identifier ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'avec le consentement de celui-ci* »²¹⁷.

L'article 9 alinéa 3 de la loi Sapin 2 prévoit la même protection concernant la personne mise en cause par un signalement puisque les éléments de nature à l'identifier « *ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'une fois établi le caractère fondé de l'alerte* ».

²¹⁵ Voir « Lanceur d'alerte : rétroactivité in mitius de l'article 122-9 du code pénal », AJ Pénal 2018, p. 574 ; et J.-M. Brigant, « Protection pénale du lanceur d'alerte : application rétroactive de l'article 122-9 du Code pénal », La Semaine Juridique édition générale n° 47, 19 Novembre 2018, 1208.

²¹⁶ CA Lyon, 24 novembre 2019, n°19/508.

²¹⁷ Article 9, al. 2 de la loi Sapin 2.

Ces obligations sont assorties d'une sanction pénale de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende.

E. De nouveaux mécanismes de protection à portée dissuasive

197. Poursuivant l'objectif de protection du lanceur d'alerte par des moyens particulièrement dissuasifs, l'article 13 de la loi Sapin 2 organise un délit d'entrave à l'alerte.

Ainsi, « Toute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement aux personnes et organismes mentionnés aux deux premiers alinéas du I de l'article 8 est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende ».

Notons également que l'amende civile encourue en cas de plainte abusive pour diffamation émanant de l'entreprise à l'encontre du lanceur d'alerte est portée à 30.000 euros au lieu de 15.000 euros. Si l'amende a été doublée, il est permis de douter de son caractère dissuasif à l'endroit d'une grande entreprise.

Chapitre 4. Vers un nouveau droit fondamental du lanceur d’alerte

198. En 2015, le Parlement européen appelle la Commission européenne à s’inspirer des travaux du Conseil de l’Europe pour adopter une législation générale mettant en place une protection minimale des lanceurs d’alerte au sein de l’UE.

La Commission européenne a lancé en janvier 2017, une étude d’impact préliminaire sur les conséquences de la non-protection des lanceurs d’alerte au sein de l’Union. L’étude a estimé que les pertes liées au manque de protection des lanceurs d’alertes représentaient, pour les seuls marchés publics, un manque à gagner compris entre 5,8 et 9,6 milliards d’euros chaque année au sein de l’Union²¹⁸.

L’étude a pris en compte la taille de l’économie, la valeur des contrats publics ainsi que le niveau de corruption des Etats membres pour arriver à cette estimation.

L’intervention de l’Union Européenne en matière de lanceur d’alerte se rattache donc à un facteur économique relatif aux montants que les Etats membres pourraient se réattribuer par le biais d’un arsenal complet de lutte contre la corruption.

199. La directive UE 2019/1937 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l’Union a été adoptée le 23 octobre 2019 et est entrée en vigueur le 16 décembre 2019. Les Etats membres avaient jusqu’au 17 décembre 2021 pour la transposer.

La France, qui s’est dotée en matière de protection des lanceurs d’alerte d’un régime général avec la loi Sapin 2, s’est naturellement impliquée dans les débats parlementaires européens pour que la directive européenne soit, le plus possible, alignée sur la loi Sapin 2.

Les textes sont proches mais contiennent des axes de divergence. Ils entraînent à la fois une évolution de la notion de lanceur d’alerte en droit français (Section 1) et une évolution du mécanisme mis en place (Section 2).

En ce sens, la proposition de loi « relative à une meilleure protection des lanceurs d’alerte » déposée le 21 juillet 2021 par le député Sylvain Waserman vise la transposition de cette

²¹⁸ Voir ici : <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20190410IPR37529/protection-des-lanceurs-d-alerte-nouvelles-regles-adoptees-a-l-echelle-de-l-ue> et ici : <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/8d5955bd-9378-11e7-b92d-01aa75ed71a1>.

directive européenne. A l'issue d'une procédure accélérée, la loi n°2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte a été adoptée²¹⁹.

Son article 18 prévoit une entrée en vigueur « *le premier jour du sixième mois suivant sa promulgation* », soit le 1^{er} septembre 2022.

Section 1. L'évolution de la notion de lanceur d'alerte pour plus d'accessibilité

200. Sous l'influence de la directive UE 2019/1937 et de la loi n°2022-401 du 21 mars 2022 (ou « loi Wasserman »), l'évolution de la notion du lanceur d'alerte s'agence principalement autour de deux axes : l'abandon du critère du désintéret (§1) et un assouplissement global du champ d'application personnel et matériel de l'alerte (§2).

§1. Le désintéret du lanceur d'alerte ou l'incohérence d'un critère de définition

201. L'exigence du désintéret du lanceur d'alerte permet à la loi Sapin 2 d'appréhender deux enjeux : d'une part, s'assurer qu'il ne puisse bénéficier d'aucune incitation financière, aucune récompense de quelque sorte que ce soit et, d'autre part, écarter du statut de lanceur d'alerte les victimes ou les journalistes qui par leur profession ou leur statut disposent de voies qui leurs sont propres et d'un intérêt particulier à la diffusion d'informations (voir *supra*, § n° 141).

Pour tenter de comprendre la position du législateur, un examen des travaux préparatoires (A) et des débats parlementaires (B) est nécessaire et constitue l'étape préalable à sa remise en question et son évolution.

²¹⁹ C. Noiville, E. Supiot, « Lanceurs d'alerte – Vers la fin d'un chemin de croix ? », La Semaine Juridique Ed. générale 2022, n°506 ; J. M. Brigant, « Protection des lanceurs d'alerte – Les principales dispositions pénales de la loi du 21 mars 2022 » *ibid.*, n°507 » ; M. Lassalle, « La protection des lanceurs d'alerte », Recueil Dalloz 2022, p.696 ; I. Bufflier, « Lanceurs d'alerte : une meilleure protection après l'adoption de deux nouvelles lois », Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires », avril 2022, n°50.

A. L'étude du Conseil d'Etat du 25 février 2016 : un décalage entre le désintérêt du lanceur d'alerte et la jurisprudence de la CEDH

202. L'étude adoptée, le 25 février 2016, par le Conseil d'Etat a été menée dans l'objectif d'une refonte des régimes du lanceur d'alerte en France²²⁰. Elle a servi de base aux travaux du législateur.

L'étude indique sans aucune ambiguïté que la poursuite de l'intérêt général est la condition *sine qua non* de la qualification de lanceur d'alerte : « *L'alerte ne saurait en aucun cas être émise au profit d'intérêts particuliers, par animosité personnelle ou avec l'intention de nuire, pas plus qu'elle ne saurait constituer une forme de délation pour des personnes portées à en abuser* »²²¹.

La position est justifiée en ce que « *Tous les acteurs auditionnés (...) se sont déclarés opposés à ce que des incitations financières soient instituées au bénéfice des lanceurs d'alerte en raisons notamment du risque de favoriser les alertes abusives ou malveillantes. Les positions ainsi exprimées rejoignent en définitive l'appréciation portée par le Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision Guja c. Moldavie* »²²².

Le Conseil d'Etat recommande, en conséquence, la mise en place d'une définition commune du lanceur d'alerte « *autour des principes de bonne foi, de désintéressement, de gratuité et de liberté* »²²³.

Le Conseil d'Etat appréhende donc la notion de désintérêt du lanceur d'alerte en ce qu'il ne doit servir aucun intérêt qui lui est propre et raccroche son analyse à la décision de la CEDH, *Guja c/Moldavie* du 12 février 2008²²⁴.

203. Pour autant, à la lecture de l'arrêt *Guja c/ Moldavie*, on pourrait déceler une anomalie dans le raisonnement du Conseil d'Etat, notamment en ce que l'arrêt énonce que :

« *La motivation du salarié qui procède à la divulgation est un autre facteur déterminant pour l'appréciation du point de savoir si la démarche doit ou non bénéficier d'une protection. Par exemple, un acte motivé par un grief ou une*

²²⁰ Etude précitée du Conseil d'Etat, « Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger », du 25 février 2016.

²²¹ *Ibid.* p. 73.

²²² *Ibid.* p. 76.

²²³ *Ibid.* p. 77.

²²⁴ Requête précitée n°14277/04.

animosité personnelle ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé. Il importe donc d'établir si la personne concernée, en procédant à la divulgation, a agi de bonne foi avec la conviction que l'information était authentique, si la divulgation servait l'intérêt général et si l'auteur disposait ou non de moyens plus discrets pour dénoncer les agissements en question ».

En effet, la CEDH ne semble pas refuser toute forme de protection à une personne animée par la perspective d'obtenir un avantage financier. Il est davantage question de réexaminer la protection dudit lanceur d'alerte au regard de ses motivations.

En droit français, le dédommagement financier suite à un licenciement, la possibilité d'obtenir la nullité de la mesure ou l'aménagement des conditions de l'irresponsabilité de l'article 122-9 du Code pénal pourraient s'aménager au regard de motivations personnelles accompagnant la volonté du lanceur d'alerte d'agir dans l'intérêt général.

204. Par ailleurs, dans l'arrêt *Guja*, la CEDH examine la bonne foi du requérant au regard de sa motivation. L'intérêt du lanceur d'alerte n'est donc pas un critère à part entière mais un indice de sa bonne foi²²⁵.

A l'inverse, le droit français hisse cette condition de désintérêt particulièrement difficile à cerner au même niveau que la notion de bonne foi créant une certaine confusion.

205. De surcroît, si le législateur français place la notion d'intérêt général comme le seul intérêt devant être recherché par le lanceur d'alerte à l'exclusion des autres, la CEDH adopte une approche différente.

La décision *Heinisch c/Allemagne* a mis en exergue une nouvelle grille de lecture. La CEDH admet que la requérante soit potentiellement mue par la volonté d'améliorer ses conditions de travail dès lors qu'aucun élément ne permettait de mettre en cause sa bonne foi (voir *supra*, § n° 109).

Si la CEDH refuse la conception d'un lanceur d'alerte agissant par esprit de vindicte, de rancune et poursuivant son intérêt exclusivement personnel, elle admet qu'un lanceur d'alerte poursuive un intérêt qui lui est personnel à la condition *sine qua non* qu'il agisse également dans l'intérêt général.

²²⁵ *Ibid.* § n°92.

En sus d'une plus grande nuance dans son approche, il se dégage du raisonnement de la CEDH une certaine efficacité. Si le droit français cherche à interroger les motivations profondes du lanceur d'alerte, la CEDH s'attache davantage à la finalité du signalement en s'interrogeant sur l'utilité de l'information.

La CEDH intègre donc à son raisonnement l'intérêt du public à connaître les faits révélés et plus largement l'importance que ces faits soient connus et débattus dans une société démocratique.

206. Le travail du Conseil d'Etat aurait donc été plus complet s'il avait davantage mis en exergue les critères retenus par la CEDH afin d'accompagner le législateur vers une définition plus dynamique.

B. L'ambiguïté du désintérêt du lanceur d'alerte relevée par les parlementaires

207. En première lecture, la Commission des lois devant l'Assemblée nationale avait défini le lanceur d'alerte comme agissant « *de bonne foi, sans espoir d'avantage propre ni volonté de nuire à autrui* »²²⁶.

Si on comprend aisément que le législateur a souhaité écarter toute possibilité de rémunérer le lanceur d'alerte²²⁷, cette première formulation avait le mérite d'être moins ambiguë que la notion de désintérêt.

Néanmoins, l'amendement présenté en Commission des lois devant le Sénat par le rapporteur et sénateur François Pillet rectifie la définition du lanceur d'alerte prise initialement. M. le rapporteur Pillet en fait la présentation en ces termes :

« Mon amendement COM-148 rectifié précise la définition du lanceur d'alerte. Celui-ci est une personne physique qui signale – plutôt que révèle –, dans l'intérêt général, de manière désintéressée – ce ne peut être une victime – et de bonne foi, un crime, un délit ou une violation manifeste de la loi ou du règlement dont il aurait eu personnellement connaissance. Il se distingue du fonctionnaire obéissant à l'article 40 du code de procédure pénale, de la victime qui peut déposer plainte ou saisir le juge civil, ainsi que du journaliste qui est protégé par ailleurs.

²²⁶ Rapport S. Denaja précité, p. 88.

²²⁷ *Ibid.*

Il retient trois critères propres à l'intentionnalité de la personne : elle doit agir dans l'intérêt général et de manière désintéressée, mais également de bonne foi. Ces trois critères permettent de ne pas retenir la notion d'absence de volonté de nuire à autrui, adoptée par l'Assemblée nationale ».

On comprend difficilement l'argument du rapporteur qui entend remplacer la notion d'absence de volonté de nuire à autrui par trois notions propres à l'intentionnalité de la personne et difficiles à définir, particulièrement le désintéret.

Malgré le flou des éléments de définition relevé par les sénateurs lors de l'examen de l'amendement du rapporteur, il est adopté²²⁸.

208. Néanmoins, en nouvelle lecture à l'Assemblée nationale, le débat revient notamment avec les interventions des députés Alain Tourret et Charles de Courson :

« M. Alain Tourret. Pour ma part, je crains que certaines précisions telles que l'expression « de manière désintéressée » ne réduisent très fortement la portée du texte. Si le lanceur d'alerte reçoit la moindre chose, même si ce n'est pas une somme d'argent, on pourra considérer qu'il n'a pas agi « de manière désintéressée ». Je crains qu'il n'y ait beaucoup de sous-entendus dans cette expression « de manière désintéressée », qui me semble par ailleurs compliquée à définir très précisément.

S'agissant de l'intérêt général, retient-on sa conception française, anglo-saxonne ou internationale ?

M. Charles de Courson. Ce texte a beaucoup progressé mais, à l'instar de notre collègue Tourret, je pense que le qualificatif « de manière désintéressée » pose problème. Si on le garde, il faut y apporter une précision et écrire « de manière financièrement désintéressée », car un lanceur d'alerte a toujours un intérêt à agir : il peut être mû par des considérations éthiques ou un désir de vengeance, par exemple. Les motivations d'un être humain peuvent être très compliquées. D'aucuns pourront expliquer que tel lanceur d'alerte est intéressé parce qu'il vise son ancien conjoint dont il a divorcé dans la douleur. Nous avons vu ce genre de

²²⁸ Voir l'examen de l'article 6A et de l'amendement COM-148 du rapporteur Pillet lors du compte rendu de la Commission des lois, mercredi 22 juin 2016, notamment les interventions des sénateurs F. Bonhomme, Y. Detraigne, F. Grosdidier.

situation dans une affaire récente, mes chers collègues. En ajoutant « financièrement », il devient clair que la personne ne doit pas avoir été payée pour dénoncer. Soit on ajoute ce terme, soit on supprime toute référence au désintéressement ».

209. A l'imprécision de la notion et la difficulté de sa mise en application relevées par les parlementaires, le rapporteur Sébastien Denaja apporte la réponse suivante :

« M. le rapporteur. Monsieur de Courson, il me semble que la formulation « de manière financièrement désintéressée » ne serait pas très heureuse sur le plan du style. De toute façon, on comprend très bien ce qu'est une démarche qui vise à défendre l'intérêt général. C'est précisément parce que la démarche est engagée au nom de cet intérêt supérieur que nous établissons les modalités d'une protection. Puisque la personne agit pour défendre l'intérêt général et non pour son compte propre, la puissance publique, dans son acception la plus large, charge des autorités de la protéger. À la lumière de nos travaux parlementaires, le juge sera suffisamment éclairé sur ce que nous entendons par « de manière désintéressée ». Comme je l'avais dit en première lecture, nous refusons la vision anglo-saxonne qui, à certains égards, transforme les lanceurs d'alerte en chasseurs de prime. En France, au lieu de chasseurs de primes, nous voulons des gens qui défendent l'intérêt général et qui le fassent de bonne foi, ce qui est précisé dans le texte. Cette expression « de manière désintéressée » marque le refus du modèle anglo-saxon. Quant à la notion même d'intérêt général, elle découle des recommandations formulées par le Conseil de l'Europe ».

La motivation du rapporteur Sébastien Denaja convainc difficilement, notamment quand il est question d'opter pour la meilleure formulation d'un point de vue stylistique. Effectivement, s'il est souvent reproché aux textes de loi d'être rédigé en des termes trop généraux, difficiles à appréhender et de faire défaut à leur objectif d'intelligibilité, le « style » est rarement un problème.

De plus, si comme le souligne le rapporteur « on comprend très bien ce qu'est une démarche qui vise à défendre l'intérêt général », on distingue avec plus de difficulté ce qu'est une démarche désintéressée. Si la première vise la poursuite de l'objectif d'intérêt général comme condition *sine qua non*, la deuxième va plus loin et nous semble exclure la poursuite de tout autre objectif que celui qui vise à protéger l'intérêt général.

210. En définitive, la formule selon laquelle « *le lanceur d’alerte agit dans l’intérêt général* » eût été préférable. Elle aurait permis d’assurer la qualité de l’alerte et son intérêt à être divulguée et traitée dans une société démocratique en plus de veiller à la bonne foi du lanceur d’alerte.

Que des intérêts « parasites » ou personnels viennent se mêler à la motivation du lanceur d’alerte importe finalement assez peu au regard de l’importance de certaines alertes et des conséquences pour l’ensemble de la société.

211. Il pourrait être utile que le droit français introduise, à l’instar de la CEDH, une logique d’efficacité ou de finalité à sa vision du lanceur d’alerte afin de ne pas le cantonner à un personnage dont la nature se voudrait tellement héroïque qu’elle ne rencontre en pratique qu’un public très limité.

De surcroît, on comprend aisément que le droit français mette un point d’honneur à ne pas rémunérer les lanceurs d’alerte et à ne pas en faire des « chasseurs de primes » comme l’indique le rapporteur Sébastien Denaja.

Néanmoins, on perçoit difficilement l’intérêt d’affirmer avec tant de force que le lanceur d’alerte ne doit pas être à la recherche d’une récompense et doit donc être désintéressé si, en tout état de cause, le droit français ne prévoit pas de lui en attribuer une.

§2. La directive UE 2019/1937 et la loi Wasserman pour un assouplissement du statut de lanceur d’alerte

212. La directive UE 2019/1937 définit l’auteur d’un signalement comme « *une personne physique qui signale ou divulgue publiquement des informations sur des violations qu’elle a obtenues dans le cadre de ses activités professionnelles* »²²⁹.

La directive conditionne la protection de cette personne à un signalement effectué de bonne foi. Elle indique en son considérant n°32 :

« Pour bénéficier de la protection prévue par la présente directive, les auteurs de signalement devraient avoir des motifs raisonnables de croire, à la lumière des circonstances et des informations dont ils disposent au moment du signalement, que les faits qu’ils signalent sont véridiques. Cette exigence est une garantie essentielle contre les signalements malveillants, fantaisistes ou abusifs, dès lors qu’elle

²²⁹ Article 5, 7) de la directive UE 2019/1937.

garantit que les personnes qui, au moment du signalement, ont signalé délibérément et sciemment des informations erronées ou trompeuses ne se voient pas accorder de protection. En même temps, cette exigence garantit que l'auteur de signalement reste protégé lorsqu'il a signalé de bonne foi des informations inexactes sur des violations. »

Cette démarche résolument dynamique et efficace se retrouve dans l'article 6, 1, a) de la directive :

« 1. Les auteurs de signalement bénéficient de la protection prévue par la présente directive pour autant que :

a) ils aient eu des motifs raisonnables de croire que les informations signalées sur les violations étaient véridiques au moment du signalement et que ces informations entraient dans le champ d'application de la présente directive ; ».

En ce sens, la notion de bonne foi du lanceur d'alerte mise en place par la directive s'inspire largement de la résolution n°1729, adoptée par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe en 2010 et de l'arrêt *Heinisch c/Allemagne* rendu par la CEDH en juillet 2011.

Aussi, la directive n'érige pas la notion de désintérêt du lanceur d'alerte en tant que condition pour le protéger, pas plus qu'elle ne questionne ses motivations. La bonne foi du lanceur d'alerte apparaît comme la seule condition requise avec le respect de la procédure du signalement prévue par l'article 6, 1, b) de la directive.

213. Poursuivant son raisonnement, la directive 2019/1937 met un terme au critère du désintérêt cher au législateur français en considérant que *« les motifs amenant les auteurs de signalement à effectuer un signalement devraient être sans importance pour décider s'ils doivent recevoir une protection. »*²³⁰.

Cet écart de la directive UE 2019/1937 par rapport à la loi Sapin 2 a été pris en compte par la loi n° 2022-401 « visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte » adoptée le 21 mars 2022 dite « loi Wasserman ».

En effet, la proposition de loi déposée le 21 juillet 2021 soumet une nouvelle définition du lanceur d'alerte qu'elle qualifie de *« plus adaptée aux réalités et aux enjeux de leur protection notamment parce qu'elle supprime la notion ambiguë de désintéressement »*.

²³⁰ Directive précitée, considérant n°32.

L'idée est claire, pour que le lanceur d'alerte se développe la notion de désintérêt doit être abandonnée. En conséquence, la loi du 21 mars 2022 procède à la réécriture de l'article 6 de la loi Sapin 2 et met en place une nouvelle définition du lanceur d'alerte :

« Un lanceur d'alerte est une personne physique qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, du droit de l'Union européenne, de la loi ou du règlement. Lorsque les informations n'ont pas été obtenues dans le cadre des activités professionnelles mentionnées au I de l'article 8, le lanceur d'alerte doit en avoir eu personnellement connaissance. ».

Il est donc acquis qu'une personne « intéressée » pourra bénéficier du statut protecteur du lanceur d'alerte.

Bien que les termes ne soient pas définis, il nous semble difficile d'entrevoir dans cette « contrepartie financière directe » autre chose qu'une rétribution immédiate au signalement. A *contrario*, une contrepartie financière indirecte serait acceptée en ce qu'elle pourrait relever d'une mesure de soutien et/ou d'indemnisation (voir *infra*, § n° 238 et s.).

214. Relevons ensuite que le lanceur d'alerte, à l'instar de la loi Sapin 2 (voir *supra*, § n° 130 et s.), ne peut être qu'une personne physique, il n'y a pas d'évolution sur ce point. La directive indiquait d'ailleurs que l'auteur de signalement est « *une personne physique qui signale ou divulgue publiquement des informations sur des violations qu'elle a obtenues dans le cadre de ses activités professionnelles* ».

En revanche, alors que la loi Sapin 2 imposait que le lanceur d'alerte ait systématiquement personnellement connaissance des faits signalés (voir *supra*, § n° 133), la loi Wasserman ne retient cette condition que lorsque les informations portées par le lanceur d'alerte ont été obtenues en dehors de la sphère professionnelle.

Il est donc par exemple possible qu'un salarié qui choisit de porter l'alerte le fasse sur la base d'informations qui lui ont été fournies par un collègue ne souhaitant pas s'exposer.

215. Une autre évolution notable concerne le champ d'application matériel de l'alerte. Si la loi Sapin 2 édictait que la violation d'une norme de droit²³¹ soit grave et manifeste et visait « *une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général* », la loi Wasserman procède d'un assouplissement.

Le critère de la gravité de la menace et du préjudice pour l'intérêt général est supprimé. Peut-être était-il redondant. Dès lors qu'une menace ou un préjudice pèse sur l'intérêt général, peut-on réellement considérer la situation sans gravité ?

Le Professeur Didier Truchet propose une définition de l'intérêt général en ce qu'il « *désigne toujours les besoins de la population, ou pour reprendre une expression de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « la nécessité publique » : est d'intérêt général ce que ces besoins ou cette nécessité commandent ou permettent en un lieu donné et à un moment donné.* »²³².

Porter atteinte aux « besoins de la population » ne nous semble pas pouvoir exclure une certaine gravité.

En conséquence, si l'évolution nous semble globalement mineure, elle ajoute à l'article 6 de la loi Sapin 2 un aspect qui lui manquait : de la cohérence.

Et c'est en définitive l'apport global que nous retenons de la loi Wasserman sur la notion du lanceur d'alerte.

216. Par ailleurs, soulignons que les sénateurs ont tenté de supprimer du champ matériel de l'alerte la référence à la menace et au préjudice grave pour l'intérêt général au motif que la directive ne visait pas ces éléments.

Fort heureusement, ils ont finalement été maintenus. Rappelons que si la directive poursuit un objectif d'homogénéisation de la protection des lanceurs d'alerte au sein de l'UE, il s'agit d'une protection minimale et « *Les États membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus*

²³¹ Il s'agissait d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, d'une loi ou d'un règlement.

²³² D. Truchet, « La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit », LEGICOM 2017, n°58, p.5 (Actes du Forum Legipresse du jeudi 6 octobre 2016 : Liberté d'information, liberté de création et intérêt général).

favorables aux droits des auteurs de signalement que celles prévues par la présente directive »²³³.

217. De plus, le statut de lanceur d’alerte est désormais ouvert aux personnes qui signalent ou divulguent « des informations » qui portent sur un crime ou un délit et non plus comme l’indiquait la loi Sapin 2 aux personnes qui divulguent un crime ou un délit.

Là encore, l’évolution peut sembler anecdotique mais relève d’un assouplissement de la notion. Être en mesure de qualifier l’infraction dans son ensemble suppose une rigueur dans le signalement qui peut décourager des lanceurs d’alerte potentiels, là où l’exigence d’une information sur la violation d’une norme semble plus adéquate pour que les paroles se libèrent. Dans la même veine, relevons qu’un lanceur d’alerte peut également s’exprimer sur un fait relevant d’une tentative de dissimulation d’une violation.

Comme le relève l’avis du Conseil d’Etat, cet élargissement contribue à protéger des auteurs de signalements portant sur des soupçons raisonnables ou des violations seulement potentielles²³⁴.

218. Enfin, les secrets protégés par la loi empêchant que les informations qu’ils couvrent ne soient divulguées sont étendus. En plus du secret médical, du secret de la défense nationale et du secret professionnel de l’avocat, la loi Wasserman vise le secret des délibérations judiciaires et le secret de l’enquête ou de l’instruction judiciaires qui sont désormais exclus du régime de l’alerte²³⁵.

Section 2. L’évolution du dispositif du lanceur d’alerte pour une meilleure attractivité

219. L’assouplissement et l’accessibilité du statut du lanceur d’alerte que rend possible la loi Wasserman constituent une première étape vers la mise en place d’un nouveau régime du lanceur d’alerte.

Une deuxième étape consisterait à atténuer d’importantes différences de traitement existantes en droit français et en droit européen dans le signalement d’actes illégaux (§1).

²³³ Directive UE 2019/1937, article 25.

²³⁴ Avis du Conseil d’Etat n°404001 sur la proposition de loi déposée par le député Sylvain Wasserman, séance du 4 novembre 2021, § 10.

²³⁵ Il s’agit du nouvel article 6, II de la loi Sapin 2, voir G. Pailler, « La protection des lanceurs d’alerte est renforcée », AJ Collectivités Territoriales 2022, p.190.

A ce titre, une réflexion pour une plus grande équité entre le régime de l'aviseur fiscal et celui du lanceur d'alerte nous semble devoir être engagée. Si la mise en place d'un soutien financier au lanceur d'alerte est possible depuis la loi Wasserman, un débat sur une éventuelle rétribution financière contribuerait positivement à l'évolution du mécanisme (§2).

En définitive, le droit français du lanceur d'alerte, grâce à la directive UE 2019/1937 et à la loi Wasserman, évolue vers un système plus protecteur et plus étendu (§3).

§1. Des différences de traitement en droit européen et en droit interne parmi les personnes dénonçant des actes illicites

220. Que l'on se situe en droit européen ou en droit interne, un aménagement particulier est réservé pour le signalement d'une infraction de nature fiscale ou financière.

Le droit de l'Union comportait initialement des dispositions éparses qui sont devenues spéciales avec la création d'un régime général du lanceur d'alerte par le biais de la directive UE 2019/1937 (A).

De son côté, le droit français a instauré deux régimes différents pour le lanceur d'alerte et l'aviseur fiscal qui sont considérés comme totalement distincts (B).

A. A l'échelle européenne, un droit commun et un droit spécial du lanceur d'alerte

221. Si on exclut la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 ainsi que le règlement UE n°1023/2013 du 23 octobre 2013 qui n'abordent la notion de lanceur d'alerte que de manière marginale (voir *supra*, § n° 128), le règlement 596/2014 du 16 avril 2014 sur les abus de marché est le premier acte d'ampleur de l'UE visant à instaurer une protection des lanceurs d'alerte.

Ledit règlement prévoit la mise en place de mécanismes permettant de signaler des abus de marché aux autorités compétentes, comprenant notamment des procédures de recueil des signalements ainsi qu'un mécanisme de protection contre d'éventuelles représailles et discriminations.

222. Plus particulièrement, le règlement considère que « *Les États membres peuvent prévoir l'octroi d'incitations financières, conformément au droit national, aux personnes qui fournissent des informations pertinentes au sujet de violations potentielles du présent règlement, lorsque ces personnes ne sont pas soumises à d'autres obligations légales ou contractuelles*

préexistantes de communiquer de telles informations, et à condition que ces informations soient nouvelles et qu'elles amènent à infliger une sanction administrative ou pénale ou à prendre une autre mesure administrative pour cause de violation du présent règlement »²³⁶.

La directive 2019/1937 dédiée à la protection des personnes signalant des violations a dû composer avec ces dispositions spéciales en matière d'abus de marché et a précisé qu'elles devraient être maintenues au sein des législations de l'Union.

Un socle commun est donc mis en place avec la directive 2019/1937 qui aborde la thématique du soutien financier laissant les Etats libres de l'organiser mais ne se prononce pas sur la possibilité d'inciter financièrement les lanceurs d'alerte²³⁷.

A l'inverse, les personnes divulguant des violations en matière d'abus de marché sont dotées d'un régime incitant les Etats à adopter des solutions leur étant plus favorables.

223. Au niveau européen, cette différence de traitement peut toutefois être pondérée dans la mesure où les Etats membres sont libres d'inciter financièrement tous les lanceurs d'alerte ou à aménager pour tous des mesures de soutien et d'aide n'allant pas jusqu'à une forme de rémunération.

B. En droit interne, l'incohérence d'un lanceur d'alerte non soutenu financièrement et d'un aviseur fiscal rétribué

224. La différence de traitement entre le lanceur d'alerte de la loi Sapin 2 et l'aviseur fiscal est telle qu'elle surprend. Si certaines raisons peuvent la justifier, il semble important d'en pointer l'aspect manifeste pour aboutir à des solutions d'harmonisation.

Effectivement, la loi Sapin 2 a finalement échoué à mettre en place des mesures de soutien pourtant validées par les parlementaires et le Conseil d'Etat (1). En l'absence d'un soutien financier élémentaire, la situation du lanceur d'alerte contraste avec celle de l'aviseur fiscal qui peut bénéficier d'une rétribution financière (2).

²³⁶Article 32, §4 du Règlement UE 596/2014.

²³⁷ L'article 20, 2 de la directive indique que « *Les États membres peuvent prévoir une assistance financière et des mesures de soutien, notamment psychologique, pour les auteurs de signalement dans le cadre des procédures judiciaires.* ».

1. Pour le lanceur d’alerte, un soutien financier inexistant et un mécanisme d’indemnisation à développer

225. Le projet initial de la loi Sapin 2 prévoyait que l’Agence de Gestion et de Recouvrement des Avoirs Saisis et Confisqués (l’AGRASC) verse une contribution à l’AFA pour que cette dernière accorde une aide financière ou un secours financier au lanceur d’alerte afin de lui permettre d’assurer le financement de sa protection juridique.

Cette disposition pourtant admise par le Conseil d’Etat dans son avis du 24 mars 2016²³⁸ a été supprimée par la Commission des lois de l’Assemblée nationale. A la place, il a été prévu de confier au Défenseur des droits non seulement la mission d’orientation des lanceurs d’alerte mais également celle d’organiser un soutien financier pour ceux qui seraient en difficulté²³⁹.

Cependant, le Conseil constitutionnel a considéré que « *la mission confiée par les dispositions constitutionnelles (...) au Défenseur des droits de veiller au respect des droits et libertés ne comporte pas celle d’apporter lui-même une aide financière, qui pourrait s’avérer nécessaire, aux personnes qui peuvent le saisir* »²⁴⁰.

Effectivement, l’article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui institue le Défenseur des droits ne prévoit pas qu’il ait la possibilité d’octroyer une aide financière. En conséquence, le Conseil constitutionnel considère que « *le législateur organique ne pouvait, sans méconnaître les limites de la compétence conférée au Défenseur des droits par la Constitution, prévoir que cette autorité pourrait attribuer aux intéressés une aide financière ou un secours financier.* ».

Si le Conseil constitutionnel fixe une limite aux prérogatives du Défenseur des droits, le principe d’un soutien financier aux lanceurs d’alerte n’est pas remis en question.

226. Outre la question du soutien financier apporté au lanceur d’alerte, la question de son indemnisation devrait également être reconsidérée.

²³⁸ Avis n°391262, paragraphe n°9 : « *Le Conseil d’État n’a pas vu de difficulté en ce qui concerne la disposition permettant à l’Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC) de verser des contributions servant à financer la protection juridique des personnes souhaitant relater ou témoigner de faits susceptibles de constituer les infractions de corruption, de trafic d’influence, de concussion, de prise illégale d’intérêt, de détournement de fonds publics ou de favoritisme, susceptible d’être prise en charge par le service chargé de la prévention et de l’aide à la détection de la corruption créée par le projet de loi.* ».

²³⁹ Rapport précité S. Denaja, p. 99 ; voir également le rapport du sénateur F. Pillet fait au nom de la Commission des lois, 22 juin 2016, p. 62.

²⁴⁰ Décision n°2016-740 DC du 8 décembre 2016, § n°5.

Dans une décision importante rendue le 15 novembre 2018, le Tribunal administratif de Paris a accordé le statut de collaborateur occasionnel du service public à Stéphanie Gibaud lui attribuant une somme de 3.000 euros en réparation du préjudice moral qu'elle a subi suite à son rôle joué dans l'affaire UBS²⁴¹.

La notion de collaborateur occasionnel du service public est le fruit d'une construction jurisprudentielle qui permet au juge administratif d'indemniser les personnes victimes d'un dommage alors qu'elles participent de manière occasionnelle à l'exécution d'un service public.

Ainsi, la personne qui apporte son concours à l'exécution d'un service public et qui subit un dommage peut se voir indemniser par l'administration sans avoir à prouver une faute de celle-ci.

L'application de cette notion à un lanceur d'alerte est intéressante et donne un fondement à son indemnisation qui pourrait être développé.

Les cas sont, effectivement, particulièrement rares. La demande de Stéphanie Gibaud a donné lieu à un contentieux entre cette dernière et l'administration, le Service National de Douane Judiciaire lui ayant refusé l'indemnisation qu'elle réclamait.

Le Tribunal administratif de Paris lui a finalement accordé la somme de 3.000 euros pour l'indemnisation de son préjudice moral écartant la plupart de ses demandes d'indemnisation pour un montant global de 2.180.000 euros²⁴².

227. La décision apparaît comme sévère bien qu'innovante. La requérante ne pouvant prétendre au statut d'aviseur fiscal (non établi à l'époque des faits), c'est la notion de collaborateur occasionnel du service public qui prend ici le relais aux fins de son indemnisation.

Toutefois, cette notion peu utilisée a été interprétée par le Tribunal administratif en faveur d'une réparation minimum du dommage par l'Etat. Comme l'indique justement la Professeur Roseline Letteron, une solution efficace pour protéger le lanceur d'alerte serait de décorrélérer la qualification de collaborateur occasionnel du service public du contentieux visant à engager la responsabilité de l'Etat.

²⁴¹ Stéphanie Gibaud travaillait chez UBS France à Paris et a joué un rôle fondamental dans la divulgation d'actes d'évasion fiscale et de blanchiment de fraude fiscale. Grâce à ses informations, les enquêteurs français ont pu identifier 38.000 comptes offshore pour un montant 12 milliards d'euros.

²⁴² Stéphanie Gibaud sollicitait notamment la réparation de son préjudice lié à la perte de revenus, de son préjudice lié aux conséquences de l'affaire UBS ainsi que du préjudice par ricochet subi par son fils mineur.

Il ne s'agirait plus tant de condamner l'Etat à réparer un dommage, mais plutôt d'accorder une véritable protection au collaborateur occasionnel durant toute la période de conflit ouvert avec l'entreprise²⁴³.

En définitive, face aux faiblesses du régime du lanceur d'alerte issu de la loi Sapin 2, la notion de collaborateur occasionnel du service public pourrait trouver un vaste domaine d'application sur le terrain des lanceurs d'alerte.

228. Rappelons qu'à la suite d'un signalement, le lanceur d'alerte est souvent licencié et doit supporter le poids d'une procédure judiciaire longue et coûteuse. Comme l'indique Marc-André Feffer, président de Transparency International France « *Tous les lanceurs d'alertes se mettent en grand danger : c'est rare que cela se passe bien.* »²⁴⁴.

Face à l'absence de soutien financier étatique, le monde associatif s'est organisé. La Maison des lanceurs d'alerte a été fondée par Transparency International France et 16 autres entités. Des conseils juridiques y sont prodigués, des cagnottes créées, des prix remis, etc. Malgré ces initiatives, la problématique reste présente et non résolue.

2. Au royaume du signalement, l'aviseur fiscal est roi

229. Les débats parlementaires ont souligné l'incohérence des éléments de définition adoptés pour le lanceur d'alerte en comparaison de ceux applicables à l'aviseur fiscal.

Nous reproduisons, ci-après, un extrait desdits débats qui nous semble édifiant²⁴⁵ :

« M. Charles de Courson. (...) Je souscris à la notion de bonne foi. Mais qu'est-ce qu'un « avantage » ? Je rappelle que les personnes qui dénoncent des infractions douanières sont rémunérées.

M. le rapporteur. Les aviseurs fiscaux ne sont pas des lanceurs d'alerte.

M. Charles de Courson. Il convient d'articuler le nouveau dispositif avec ceux qui existent déjà. Ne faudrait-il pas prévoir une rémunération ?

²⁴³ Voir le blog de la Professeure Roseline Litteron et son article intitulé : « Le collaborateur occasionnel du service, une notion à haut potentiel », ici : <http://libertescherries.blogspot.com/2018/11/le-collaborateur-occasionnel-du-service.html>.

²⁴⁴ Nous tirons ces propos de cette source : <https://www.emilemagazine.fr/article/2019/2/01/debat-lanceurs-alerte-deux-ans-apres>.

²⁴⁵ Extrait du rapport précité S. Denaja, p. 92 à 95.

Enfin, je vous mets en garde contre la mention, dans la loi, de « la volonté de nuire à autrui ». Chaque fois que quelqu'un lance une alerte, il est accusé en effet de nuire à son entreprise ou de régler ses comptes avec elle. Les motivations des lanceurs d'alerte sont diverses et complexes. Faut-il aller jusqu'à sonder les reins et les cœurs pour déterminer s'il y a volonté de nuire ou pas ? (...)

M. le rapporteur. (...) Nous nous accordons tous sur le fait qu'un lanceur d'alerte ne doit pas être rémunéré. En revanche, il doit pouvoir bénéficier de soutiens financiers. Cet amendement prolonge donc une disposition de la proposition de loi organique que j'ai déposée, en organisant les conditions dans lesquelles le Défenseur des droits peut être amené à avancer les frais de justice auxquels fait face le lanceur d'alerte, qui représentent parfois des sommes très importantes, ou à dédommager celui-ci des préjudices subis.

La situation des aviseurs fiscaux est très différente, monsieur de Courson. Ce ne sont pas des lanceurs d'alerte. Leurs conditions de rémunération sont donc une autre question. Je crois d'ailleurs que le gouvernement aura des propositions à faire à ce sujet en séance publique.

M. Charles de Courson. Votre amendement CL689 dispose que les demandes de soutien financier présentées par les lanceurs d'alerte sont « limitées à l'avance des frais de procédure », ce qui veut dire que ces lanceurs d'alerte devront in fine les assumer. Je rappelle que normalement, lorsqu'un fonctionnaire est gravement accusé, sa défense est assurée par son employeur. Il me semble donc insuffisant de limiter à l'avance des frais de justice le soutien financier accordé aux lanceurs d'alerte, alors même qu'ils prennent des risques.

Quant à la réparation des dommages moraux et financiers, qui va la prendre en charge si le lanceur d'alerte ne l'emporte qu'au bout de dix ans d'un contentieux épuisant ? La création d'un fonds est-elle prévue ? (...)

M. Olivier Marleix. Je trouve le dispositif proposé insuffisant. Le cas de Stéphanie Gibaud est édifiant à cet égard : les lanceurs d'alerte subissent un discrédit organisé par leur employeur qui dispose à cette fin de moyens considérables. L'indemnisation du préjudice subi par la personne, qui devient un collaborateur de l'État, doit aller au-delà de la simple protection juridique. Je comprends, monsieur le rapporteur, que l'article 40 de la Constitution ne vous permette pas plus qu'à

nous de prendre des initiatives d'ordre budgétaire mais comme vous avez le privilège de discuter davantage que nous avec le Ministre à ce sujet, nous comptons sur vous pour que le gouvernement complète le dispositif. Il ne paraît pas illégitime d'étendre aux lanceurs d'alerte le régime des aviseurs fiscaux chaque fois que l'État le jugera nécessaire et justifié. ».

230. De cette discussion parlementaire, deux grandes idées ressortent : premièrement, celle ayant trait à l'importance du soutien financier des lanceurs d'alerte et la manière avec laquelle l'organiser et, deuxièmement, le décalage qui existe entre le régime des lanceurs d'alerte en train d'émerger et celui des aviseurs fiscaux.

Il semble effectivement légitime de s'interroger sur la cohérence de la législation française qui, d'un côté, impose le désintéret au lanceur d'alerte (signalant un délit ou un crime) et, de l'autre, autorise la rémunération d'une personne qualifiée « d'aviseur » qui divulgue certaines informations à l'administration fiscale²⁴⁶.

A l'interrogation du député Charles de Courson sur une telle différence entre les deux régimes, la réponse du rapporteur Sébastien Denaja peine à convaincre en ce qu'elle se limite à affirmer que la situation des aviseurs fiscaux est « très différente ».

Si les mécanismes mis en place sont effectivement distincts, les inspirations semblent identiques en ce qu'il s'agit d'organiser la divulgation de faits portant atteinte à l'intérêt général pour permettre, le cas échéant, à l'administration d'y mettre un terme.

231. Néanmoins, le dispositif des aviseurs fiscaux donne la possibilité à l'administration fiscale de rétribuer des informateurs ou « aviseurs » qui porteraient à la connaissance de l'administration fiscale des informations conduisant à la découverte d'un manquement à certaines règles et obligations déclaratives.

Le dispositif a été créé par l'article 109 de la loi de finances pour l'année 2017 du 29 décembre 2016²⁴⁷ afin de lutter contre la grande fraude fiscale internationale et a été mis en place à titre expérimental pour une durée de deux ans. Il a été pérennisé en 2018 à l'occasion de l'examen de la loi relative à la lutte contre la fraude²⁴⁸.

²⁴⁶ E. Alt, « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte – À propos de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 », La Semaine Juridique Edition Générale, n°4, 23 janvier 2017, 90.

²⁴⁷ Loi n°2016-1917.

²⁴⁸ Article 21 de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018.

Le mécanisme de l'aviseur fiscal prévoit que des personnes adressent de façon spontanée et non anonyme à l'administration fiscale des informations portant sur des faits graves et décrits avec précision.

Ces informations doivent être susceptibles de justifier un début d'enquête permettant de les corroborer et de vérifier la véracité des faits allégués afin d'identifier le procédé de fraude et les enjeux fiscaux.

La décision de rétribution est prise par le Directeur général des finances publiques qui en fixe le montant sur proposition du Directeur de la direction nationale des enquêtes fiscales, par référence aux montants estimés qui ont échappé à l'impôt.

La direction nationale des enquêtes fiscales conserve, de façon confidentielle, les pièces permettant d'établir l'identité de l'aviseur, la date, le montant et les modalités de versement de l'indemnité²⁴⁹.

Le dispositif de l'aviseur fiscal organise donc une situation particulièrement avantageuse à l'endroit de la personne qui divulgue des faits précis qui intéressent l'administration fiscale.

Cette personne n'a pas besoin de diffuser ses informations au sein de sa structure professionnelle même si cette dernière est impliquée dans les faits litigieux. Elle s'adresse directement à l'administration.

232. Il n'y a pas d'exigence de « désintérêt » ni de risque d'un éventuel licenciement ou de mesures de représailles, pas d'action en justice ni de déferlement médiatique mais au contraire une indemnité financière attribuée selon un barème qui reste inconnu.

Un écart particulièrement frappant entre les deux mécanismes tient au fait que le statut de l'aviseur fiscal ne s'attarde pas sur les motivations de l'aviseur. Il se concentre sur la finalité du mécanisme, soit la transmission d'une information à l'administration fiscale suffisamment intéressante et complète pour lui permettre d'agir.

Pour ne prendre que l'exemple de l'affaire dite « Cahuzac », les informations sont notamment parvenues à l'administration fiscale (i) par la dénonciation d'un tiers, en l'occurrence un adversaire politique que le protagoniste avait accidentellement informé de l'existence de son compte bancaire non déclaré en Suisse et (ii) par une personne proche, en l'occurrence l'épouse

²⁴⁹ Voir l'arrêté du 21 avril 2017 pris pour l'application de l'article 109 de la loi de finances pour 2017 n° 2016-1917 du 29 décembre 2016.

du protagoniste qui elle-même condamnée et poursuivie en première instance a pu alimenter les autorités en recherchant des informations utiles à sa procédure de divorce.

Au-delà du rôle exact joué par ces deux « aviseurs », l'affaire permet de mettre en exergue leurs motivations qui semblent bien éloignées des standards de l'alerte de la loi Sapin 2 qui prône la recherche exclusive de l'intérêt général à l'exclusion d'un intérêt personnel ou esprit de vindicte.

233. Les débats relatifs à l'adoption de la loi de finances qui instaurent le mécanisme justifient la mise en place du dispositif en ces termes :

« Aujourd'hui, la sophistication de la fraude fiscale dans sa dimension internationale nécessite de permettre à l'administration fiscale de pouvoir recueillir de telles informations lorsque la personne subordonne leur communication au versement d'une indemnisation, eu égard aux risques qu'elle estime prendre. De nombreux pays européens rémunèrent ces personnes. De même, en France, les services de police, de gendarmerie et de la douane judiciaire et ceux de la direction générale des douanes et droits indirects, disposent d'un cadre juridique de rétribution. »

Notons que les risques pris par les lanceurs d'alerte sont loin d'être négligeables et que l'évaluation des pertes financières liées au manque de protection des lanceurs d'alerte se chiffrent en milliards d'euros chaque année au sein de l'Union²⁵⁰.

234. En définitive on perçoit difficilement la raison qui amène à récompenser un aviseur fiscal et non une personne qui lance l'alerte sur des faits de corruption d'envergure.

Certes, l'appréhension de la donnée financière est plus simple sous l'égide de la thématique fiscale où le manquement consiste justement à ne pas s'acquitter du paiement d'une somme d'argent à l'endroit de l'administration. Néanmoins, cet aspect ne semble pas justifier une telle différence de traitement.

Il a pu être objecté que s'il bénéficie de la protection de son anonymat vis-à-vis des tiers par l'administration fiscale, l'aviseur fiscal ne peut pas prétendre aux protections particulières

²⁵⁰ Il s'agit plus particulièrement d'une étude d'impact préliminaire sur les conséquences de la non-protection des lanceurs d'alerte au sein de l'Union lancée en janvier 2017, disponible ici : <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/8d5955bd-9378-11e7-b92d-01aa75ed71a1> .

accordées aux lanceurs d'alerte (protections contre les mises à l'écart, sanctions, reclassement ou mutation, discriminations ou licenciements par exemple)²⁵¹.

Si effectivement l'aviseur fiscal ne dispose pas de cet arsenal de protection c'est probablement qu'il n'en a pas un grand besoin dans la mesure où son information est à destination directe de l'administration fiscale qui s'engage à garantir la confidentialité de son identité et du montant qu'il a perçu.

235. Par ailleurs, la mise en place d'une concurrence entre le mécanisme du lanceur d'alerte et de l'aviseur fiscal pourrait intervenir. La notion de menace ou de préjudice grave pour l'intérêt général, cas d'ouverture d'une alerte prévue par la loi Sapin 2, pourrait permettre d'appréhender la thématique fiscale.

Effectivement, pour cette thématique, l'intérêt général repose dans la défense du financement du budget de l'Etat. La lutte contre la fraude fiscale est, par ailleurs, un objectif à valeur constitutionnelle²⁵².

Il est donc à prévoir qu'un salarié puisse se poser la question de savoir vers quelle institution se tourner pour divulguer des faits de fraude fiscale pouvant être appréhendés par le régime du lanceur d'alerte et par le dispositif de l'aviseur fiscal.

Placé dans cette situation un salarié aurait des raisons non négligeables de préférer le système de l'aviseur fiscal au détriment du statut de lanceur d'alerte.

236. En sus de cette situation de concurrence, une différence de traitement au sein même de la population des lanceurs d'alerte pourrait apparaître. Une personne souhaitant signaler des faits de fraude fiscale dispose d'un choix qui n'est pas ouvert aux personnes souhaitant révéler, par exemple, une situation de trafic d'influence ou de corruption.

Cette situation moins favorable à l'égard de certains lanceurs d'alerte pourrait créer une situation de concurrence malvenue avec des systèmes juridiques qui font le choix d'une rétribution financière à l'endroit du lanceur d'alerte.

²⁵¹ Rapport d'information par la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les aviseurs fiscaux présenté par Madame Christine Pires Beaune, voir le document ici : http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_fin/115b1991_rapport-information#_Toc256000004.

²⁵² Voir F. Bin, « Lanceur d'alerte et droit fiscal » in « Les lanceurs d'alerte » sous la direction de D. Pollet Panoussis et M. Disant, p. 221, ainsi que la décision du Conseil constitutionnel n°99-424 du 29 décembre 1999.

Pour des faits de corruption d'une grande envergure, un salarié d'une entreprise française pourrait être tenté d'apporter des informations au *Department of Justice* américain afin de bénéficier d'un régime qui lui serait largement plus favorable.

237. A l'heure d'une extraterritorialité croissante du droit américain et d'une mise en concurrence des systèmes juridiques, il est probable que les considérations éthiques du législateur français soient vite dépassées par des systèmes plus efficaces.

En l'état, notre système juridique renvoie l'image d'une priorité donnée à l'appréhension des sommes qui ont échappé à l'impôt au détriment de la poursuite d'infractions dont la répression n'a pas comme but premier de réintroduire au profit du Trésor public des sommes dues. Un point d'équilibre doit pouvoir être trouvé entre les deux mécanismes.

§ 2. Organiser un soutien financier et penser une rétribution du lanceur d'alerte

238. Les évolutions récentes du droit européen ont amené le législateur français à instaurer de nouvelles mesures de soutien (A).

Outre le soutien financier, un axe de développement réside en notre capacité à aborder ouvertement la possibilité de rétribuer certains lanceurs d'alerte au regard des services que leurs signalements ont rendus à l'ensemble de la société (B). Sur ce point, la directive UE 2019/1937 laisse les Etats libres d'organiser une assistance financière et des mesures de soutien²⁵³ sans que la question de l'incitation financière ne soit abordée.

A. La provision pour les frais d'instance et le secours financier de la loi Wasserman

239. La proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte suggérait l'insertion d'un article 10-1, V à la loi Sapin 2 pour la mise en place d'un soutien financier s'organisant de la manière suivante :

« À l'occasion d'une instance, une partie qui justifie avoir signalé ou divulgué des informations dans les conditions prévues aux articles 6 et 8 et soutient que la procédure engagée contre elle ou la mesure qu'elle conteste dans le cadre de cette procédure constitue une mesure de représailles, peut demander au juge de lui

²⁵³ Article 20, §2.

allouer, à la charge de l'autre partie, une provision pour frais de l'instance en fonction de la situation économique respective des parties et du coût prévisible de la procédure. Il incombe alors à l'autre partie de démontrer que son action ou la mesure contestée dans le cadre de la procédure est justifiée par des éléments objectifs étrangers au signalement ou à la divulgation de l'intéressé. Le juge statue à bref délai. »²⁵⁴.

La version finale de la loi conserve cette approche et l'intègre en un nouvel article 10-1, III à la loi Sapin 2. Aussi, dès lors qu'une personne qui ferait l'objet de mesures de représailles²⁵⁵ justifierait remplir les conditions des articles 6 et 8 de la loi Sapin 2, elle pourrait solliciter que les frais liés à l'instance relative à la contestation desdites mesures de représailles soient à la charge de l'autre partie.

La mesure est très proche d'une présomption simple de lien de causalité entre l'alerte lancée et les mesures de représailles prises peu de temps après et répond à un objectif important, soit la lutte contre la précarité financière des lanceurs d'alerte, souvent dénoncée.

Ce mécanisme, autrefois appelé provision *ad litem*, est déjà mis en place dans les procédures de divorce laissant l'un des époux démunis financièrement afin de lui permettre de financer ses frais d'avocat et de procédure.

La loi Wasserman innove également en ce qu'elle ne limite pas cette provision à l'instance qui s'ouvrirait suite à une mesure de représailles dont le lanceur d'alerte ferait l'objet mais rend possible le mécanisme « *Au cours d'une instance civile ou pénale, lorsque le défendeur ou le prévenu présente des éléments de fait qui permettent de supposer qu'il a signalé ou divulgué publiquement des informations dans les conditions prévues aux articles 6 et 8 et que la procédure engagée contre lui vise à entraver son signalement ou sa divulgation publique* ».

240. En sus de cette provision, la loi Wasserman, prévoit un nouvel article 14-1 à la loi Sapin 2 disposant que « *Les autorités compétentes mentionnées au 1° du II de l'article 8 peuvent, le cas échéant en commun, assurer la mise en place de mesures de soutien psychologique à destination des personnes ayant adressé un signalement dans les conditions prévues aux*

²⁵⁴ Soulignement ajouté. Cette mesure était proposée par l'insertion d'un article 10-1 à la loi Sapin 2, le paragraphe reproduit étant l'article 10-1, V.

²⁵⁵ L'article 10-1, II de la loi Wasserman prévoit une liste non limitative des mesures de représailles prohibées.

articles 6 et 8 et leur accorder un secours financier temporaire si elles estiment que leur situation financière s'est gravement dégradée en raison du signalement. ».

Il est prévu que les autorités compétentes visées soient précisées par un décret en Conseil d'Etat parmi « *les autorités administratives, les autorités publiques indépendantes, les autorités administratives indépendantes, les ordres professionnels et les personnes morales chargées d'une mission de service public pour recueillir et traiter les signalements relevant de leur champ de compétence.* »²⁵⁶.

En conclusion, l'ensemble de ces évolutions sont heureuses et étaient attendues. Elles apparaissent toutefois comme un progrès minimum et doivent ouvrir la voie à un débat relatif à une éventuelle rétribution du lanceur d'alerte.

B. Le débat nécessaire sur l'opportunité et les risques d'une rétribution du lanceur d'alerte

241. Comme l'indique le Professeur Jean-Christophe Roda, le droit français pense le lanceur d'alerte comme une « *personne honorable, un héros qui se dresse malgré les risques pour dénoncer les abus qui causent du tort à la Société* »²⁵⁷.

Existe-t-il dans nos sociétés beaucoup d'individus prêts à lancer des alertes, de manière totalement désintéressée, à prendre le risque de perdre leur emploi tout en étant discrédité par leurs collègues, à se retrouver sous le feu des médias sans y être préparé et à, probablement, devoir livrer une longue bataille juridique sans soutien financier²⁵⁸ ?

Si certaines personnes sont probablement disposées à assumer cette charge, les alertes sont souvent le fait de travailleurs mécontents.

Les aspirations des lanceurs d'alerte apparaissent diverses et complexes. Tenter l'impossible en sondant leur motivation profonde pourrait très certainement révéler un intérêt personnel ou une volonté de nuire s'éloignant de la dimension éthique souhaitée par le législateur.

²⁵⁶ Il s'agit du nouvel article 8, II al. 6 de la loi Sapin 2.

²⁵⁷ Voir J.-C. Roda, « L'alerte rémunérée : entre efficacité et risque de dévoiement » in « Les lanceurs d'alerte » sous la direction de D. Pollet Panoussis et M. Disant, p. 235 et s.

²⁵⁸ *Ibid.*

242. Dès lors, il serait plus efficient que la notion d’alerte évolue pour s’attacher moins à la personne du lanceur d’alerte et davantage à la finalité et aux conséquences de cette alerte.

Le dispositif de l’aviseur fiscal a intégré ce dynamisme lié à la finalité du dispositif, celui du lanceur d’alerte devrait pouvoir s’en inspirer. A ce stade, la loi Sapin 2 traduit la simple prise de conscience du législateur français qu’une personne agit si les risques sont minimisés et réduits.

243. De leurs côtés, les Etats-Unis ont intégré l’idée qu’en plus d’être protégé le lanceur d’alerte agit s’il peut retirer un avantage de son action. Dans ces circonstances, le régime devient très efficace. Il ne s’adresse plus à des individus « *particulièrement courageux, inconscients ou n’ayant plus rien à perdre* »²⁵⁹.

Bien qu’il ne soit pas souhaitable que la France instaure un système similaire au système américain, la question d’une rétribution accordée au lanceur d’alerte dans certains cas précis, mérite d’être posée.

244. Le député Olivier Marleix avait fait état de cette position avant-gardiste lors des débats parlementaires (voir *supra*, § n° 229) :

*« Je trouve le dispositif proposé insuffisant. Le cas de Stéphanie Gibaud est édifiant à cet égard : les lanceurs d’alerte subissent un discrédit organisé par leur employeur qui dispose à cette fin de moyens considérables. L’indemnisation du préjudice subi par la personne, qui devient un collaborateur de l’État, doit aller au-delà de la simple protection juridique. Je comprends, monsieur le rapporteur, que l’article 40 de la Constitution ne vous permette pas plus qu’à nous de prendre des initiatives d’ordre budgétaire mais comme vous avez le privilège de discuter davantage que nous avec le Ministre à ce sujet, nous comptons sur vous pour que le gouvernement complète le dispositif. Il ne paraît pas illégitime d’étendre aux lanceurs d’alerte le régime des aviseurs fiscaux chaque fois que l’État le jugera nécessaire et justifié. »*²⁶⁰.

Il semble effectivement que pour des affaires exceptionnelles, dont les retombées permettraient des évolutions sociales et/ou politiques majeures en matière de lutte contre la corruption ou de

²⁵⁹ J.-C. Roda, « L’alerte rémunérée : entre efficacité et risque de dévoiement », précité p. 236.

²⁶⁰ Soulignements ajoutés.

santé publique, une évolution du régime du lanceur d’alerte vers celui de l’aviseur fiscal pourrait être envisagé.

A ce titre, la gravité des faits, leur précision ou leur capacité à justifier un début d’enquête permettant de les corroborer sont autant de critères utilisés pour les aviseurs fiscaux qui pourraient être repris, notamment pour fixer des seuils de rétribution adaptés.

245. Concernant l’institution en charge de la décision d’attribuer ou non une récompense, le Ministère Public disposant d’une compétence naturelle en matière de délits financiers, de scandale sanitaire (blessures ou homicides involontaires, mise en danger délibéré de la vie d’autrui, etc.) ou d’atteinte à l’environnement, il pourrait assumer cette charge selon ses différents services en charge des enquêtes.

Aussi, dans l’hypothèse où une alerte conduirait à la conclusion d’une CJIP entre le Ministère Public et l’entreprise, il pourrait être envisagé que le parquet réserve une juste part du montant payé par l’entreprise à la rétribution du salarié²⁶¹.

246. Le principal risque lié à la mise en place d’un mécanisme de récompense tient à la survenance d’alertes fausses dans l’espoir d’en tirer un avantage financier.

Si ce risque existe, il est en revanche plus difficile de le mesurer. Une étude de la *Financial Conduct Authority* britannique considère qu’une incitation financière pourrait amener la multiplication de comportements opportunistes et la diffusion de rumeurs infondées²⁶².

A l’inverse, l’analyse des statistiques aux Etats-Unis par le *National Whistleblower Center* laisse apparaître un faible taux d’alertes de mauvaise foi²⁶³.

En tout état de cause, s’il n’est pas contestable que l’incitation financière pourrait tenter des esprits malhonnêtes, les alertes considérées comme abusives et reposant sur des éléments factuels faux, dont l’auteur a conscience, ont de grandes chances de ne pas donner lieu à une condamnation ou à une transaction laissant, en lieu et place, apparaître la supercherie de l’auteur.

²⁶¹ La pratique a déjà cours aux Etats-Unis, voir notamment l’affaire *United States ex rel. Ryan vs. Endo Pharms., Inc.*, où un lanceur d’alerte a pu obtenir une rétribution non pas de la condamnation de l’entreprise mais des sommes versées au titre d’une transaction entre l’entreprise et les autorités.

²⁶² G. Thusing et G. Forst, “Whistleblowing Around the World: A Comparative Analysis of Whistleblowing in 23 Countries”, in “Whistleblowing – A Comparative Study”, 2016, Springer, p. 28; J-C Roda, précité, p. 244 et 245.

²⁶³ Nous reprenons le propos de J.-C. Roda in « L’alerte rémunérée : entre efficacité et risque de dévoiement » mais nous n’avons pas accès à la source à laquelle il fait référence : S. M. Kohn, “The importance of Whistle Rewards in Compating International corruption”, dec. 2014 sur le site internet Whistleblowers.org.

247. Comme vu précédemment, de tels cas ont pu être tranchés en droit français, notamment en matière de harcèlement moral (voir *supra* § n° 73).

En droit américain, relevons la décision *Lambda Research* qui exprime la sévérité des juridictions américaines à l'encontre de comportements malicieux²⁶⁴. Une personne tentant de se faire faire passer pour un lanceur d'alerte a été sanctionnée, sur le fondement du *False Claim Act* condamnant les comportements abusifs et vexatoires, pour avoir dénoncé de façon hasardeuse les agissements de son ancienne entreprise²⁶⁵.

Ainsi, un salarié de mauvaise foi qui tenterait une alerte fausse se livrerait à un pari risqué. Si sa mauvaise foi devait être établie, tout le mécanisme de protection mis en place par la loi Sapin 2 lui serait inapplicable laissant la place à un licenciement pour faute et des actions sur le plan pénal en diffamation, dénonciation calomnieuse ou vol, selon les circonstances de l'espèce.

En conséquence, si le risque de dévoiement du mécanisme de l'alerte existe, les sanctions qui pèsent sur une personne de mauvaise foi procédant à de fausses alertes devraient être suffisamment dissuasives pour éviter la multiplication des abus.

248. Si cette évolution est refusée par le législateur français, ce dernier pourrait y être contraint par des systèmes juridiques étrangers aux vellétés extraterritoriales.

Effectivement, dans l'hypothèse où une entreprise française soupçonnée de corruption présente un lien de rattachement aussi ténu soit-il avec le système américain, les autorités américaines peuvent se déclarer compétentes pour connaître des faits.

249. Dès lors, quel pourrait être le choix d'un lanceur d'alerte comprenant qu'il peut soumettre son signalement aux autorités françaises et/ou aux autorités américaines ?

Dans l'hypothèse où il s'agirait d'un mécanisme de corruption d'envergure, le choix serait particulièrement difficile tant la tentation d'une rétribution financière telle qu'accordée par le système américain est grande.

²⁶⁴ Décision *TERRY JACOBS, et al., Plaintiffs, v. LAMBDA RESEARCH, INC., et al., Defendants*, Case No. 1:10-cv-536, 08-15-2013.

²⁶⁵ J-C. Roda, « L'alerte rémunérée : entre efficacité et risque de dévoiement », précité, p. 245.

En comparaison, la loi Sapin 2 n'offre, en l'état, pas même la possibilité d'être soutenu financièrement. Il est donc peu probable que le rapport de force en termes de compétitivité et d'attractivité soit à notre avantage entraînant naturellement une perte de souveraineté.

250. Le rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine déposé par les députés Karine Berger et Pierre Lellouche le 5 octobre 2016 avait d'ailleurs identifié ce risque en pointant du doigt une récompense de 3,75 millions de dollars de la SEC à un salarié de l'entreprise BHP Billiton (minière anglo-australienne) en tant que *Whistleblower* dans une affaire de violation du *Foreign Corrupt Practice Act*.

Ladite entreprise a accepté de verser, en mai 2015, 25 millions de dollars d'amende suite aux séjours fastueux qu'elle avait offert à de nombreux officiels de divers pays lors des Jeux olympiques de Pékin en 2008²⁶⁶.

251. Il semblerait que cette affaire soit la première du genre mettant en exergue la capacité du régulateur américain à attirer les signalements d'envergure du monde entier, particulièrement en matière de corruption.

Le rapport d'information précité mentionne néanmoins qu'« *Il n'est pas exclu, par ailleurs, que des informateurs soient rémunérés par d'autres biais, par exemple par les services de renseignement ou de police américains, dans ces affaires internationales. Des personnes auditionnées par la mission se sont déclarées convaincues que cela a été le cas dans certaines affaires récentes, ces informateurs pouvant être les intermédiaires qui, localement, ont mis en œuvre les opérations de corruption* »²⁶⁷.

En tout état de cause, ne pas adopter une position claire et forte sur la question de la compensation financière, qu'il s'agisse d'un soutien ou d'une récompense, ne peut qu'inciter les auteurs à se tourner vers des systèmes plus attractifs²⁶⁸.

²⁶⁶ Voir K. Berger et P. Lellouche, « Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine », déposé par les députés le 5 octobre 2016, p. 59.

²⁶⁷ *Ibid.* p. 60.

²⁶⁸ R. Family, « La valeur de la loyauté... », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires*, n°6, décembre 2019, 167.

§3. Vers plus de protection et de liberté dans l'action du lanceur d'alerte sous l'influence de la directive UE 2019/1937 et de la loi Wasserman

252. Trois champs d'application sont déterminés par la directive UE 2019/1937 et démontrent l'étendue considérable du champ de la protection des lanceurs d'alerte souhaitée par l'Union Européenne. Il s'agit :

- des violations relevant du champ d'application des actes de l'Union dans pas moins de 10 domaines distincts²⁶⁹ ;
- des violations portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ;
- des violations relatives au marché intérieur²⁷⁰.

Les seuils d'application de la directive sont par ailleurs fixés aux entreprises de plus de 50 salariés et aux collectivités de plus de 10.000 habitants. Ils sont identiques aux seuils de l'article 8, III de la loi Sapin 2 pour la mise en place des procédures de recueil des signalements. Forte d'une application étendue, cette directive a vocation à instaurer une protection minimale des lanceurs d'alerte au sein de l'UE.

La directive et la loi Wasserman qui en transpose les dispositions entraînent une modification de la loi Sapin 2 concernant les modalités de protection du lanceur d'alerte (A) et la procédure à respecter par le lanceur d'alerte (B).

A. L'extension de la protection

253. L'article 4 de la directive 2019/1937 entend protéger les travailleurs du secteur privé et public qu'ils aient un statut de salarié, de fonctionnaire ou de travailleur indépendant.

Sur ce point, il n'y a pas de difficulté. Le droit français issu de la loi Sapin 2 appréhende ces éléments et va même plus loin puisqu'il ouvre la possibilité à des cas de lanceur d'alerte en dehors du contexte professionnel de l'article 8, I de la loi Sapin 2.

²⁶⁹ Ces domaines sont : marchés publics ; services, produits et marchés financiers et prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ; sécurité et conformité des produits; sécurité des transports; protection de l'environnement; radioprotection et sûreté nucléaire; sécurité des aliments destinés à l'alimentation humaine et animale, santé et bien-être des animaux; santé publique; protection des consommateurs; protection de la vie privée et des données à caractère personnel, et sécurité des réseaux et des systèmes d'information.

²⁷⁰ La libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux, les règles de l'Union en matière de concurrence et d'aides d'État et les règles applicables en matière d'impôt sur les sociétés.

254. En revanche, la directive intègre expressément à son champ d'application « *les actionnaires et les membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise, y compris les membres non exécutifs, ainsi que les bénévoles et les stagiaires rémunérés ou non rémunérés* »²⁷¹.

Elle souhaite ainsi ériger des mécanismes d'alerte au plus haut niveau de l'entreprise et permettre aux actionnaires et mandataires sociaux de mettre en cause des comportements illégaux. La directive aborde ici une thématique nouvelle pour les lanceurs d'alerte : la gouvernance des sociétés²⁷².

255. De plus, le champ des personnes protégées est étendu à « *toute personne travaillant sous la supervision et la direction de contractants, de sous-traitants et de fournisseurs* »²⁷³. Cet élément constitue une avancée majeure.

Une entreprise concernée par les dispositions de l'article 8, III de la loi Sapin 2 doit donc être en mesure de recueillir et de traiter les alertes des salariés de toutes les entreprises avec lesquelles elle entretient un lien d'affaires.

La loi Wasserman intègre ces éléments et prévoit que la faculté de signaler ou divulguer des faits rentrant dans le cadre d'une alerte appartient :

« 1° Aux membres du personnel, aux personnes dont la relation de travail s'est terminée, lorsque les informations ont été obtenues dans le cadre de cette relation, et aux personnes qui se sont portées candidates à un emploi au sein de l'entité concernée, lorsque les informations ont été obtenues dans le cadre de cette candidature ;

2° Aux actionnaires, aux associés et aux titulaires de droits de vote au sein de l'assemblée générale de l'entité ;

3° Aux membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance ;

4° Aux collaborateurs extérieurs et occasionnels ;

²⁷¹ Article 4 §1, directive précitée.

²⁷² Voir notamment V. Magnier, « Le lanceur d'alerte-actionnaire ou mandataire social, un acteur « stratégique » de la gouvernance des sociétés », Recueil Dalloz 2020, p. 1307.

²⁷³ Article 4 §1, d), directive précitée, voir également les considérants n°39 et 59.

5° Aux cocontractants de l'entité concernée, à leurs sous-traitants ou, lorsqu'il s'agit de personnes morales, aux membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de ces cocontractants et sous-traitants ainsi qu'aux membres de leur personnel. »²⁷⁴.

Sur cette thématique, la loi Sapin 2 prévoyait en son article 8, III la mise en place de procédures afin de recueillir les signalements pouvant être émis par le personnel de la société ainsi que par ses collaborateurs extérieurs et occasionnels.

Etaient donc appréhendés les stagiaires, intérimaires ou consultants occasionnels et travailleurs indépendants soit les personnes qui gravitent autour de la société de manière ponctuelle et y sont rattachées différemment que par le biais d'un contrat de travail.

La directive et la loi Wasserman vont donc nettement plus loin en considérant que les contractants, sous-traitants et fournisseurs peuvent faire l'objet de représailles sous la forme d'une résiliation de la relation contractuelle, d'une perte d'activité et de revenus, d'un boycottage d'affaires ou d'atteinte à leurs réputations.

256. Par ailleurs et c'est un élément important, les mesures de protection prévues par la directive bénéficient également aux facilitateurs (qui aident l'auteur du signalement), aux tiers qui risquent de faire l'objet de représailles et aux entités juridiques qui leurs sont liées²⁷⁵.

La directive protège donc les personnes physiques ou morales n'ayant pas eu personnellement connaissance des faits dénoncés mais ayant un lien avec le lanceur d'alerte pouvant être utilisé pour l'atteindre à des fins de représailles.

La loi Wasserman intègre également cette évolution en prévoyant que le régime de protection du lanceur d'alerte s'applique aux :

« 1° Facilitateurs, entendus comme toute personne physique ou toute personne morale de droit privé à but non lucratif qui aide un lanceur d'alerte à effectuer un signalement ou une divulgation dans le respect des articles 6 et 8 ;

2° Personnes physiques en lien avec un lanceur d'alerte, au sens des mêmes articles 6 et 8, qui risquent de faire l'objet de l'une des mesures mentionnées au II de

²⁷⁴ Il s'agit du nouvel article 8, I A de la loi Sapin 2 telle que modifiée par la loi Wasserman.

²⁷⁵ Article 4 §4, directive précitée.

l'article 10-1 dans le cadre de leurs activités professionnelles de la part de leur employeur, de leur client ou du destinataire de leurs services ;

3° Entités juridiques contrôlées, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, par un lanceur d'alerte au sens des articles 6 et 8 de la présente loi, pour lesquelles il travaille ou avec lesquelles il est en lien dans un contexte professionnel. »²⁷⁶.

257. De plus, la loi Wasserman intègre un élément particulièrement important consistant en une pondération des disparités qui existent en présence de régimes spéciaux de lanceur d'alerte.

Si le nouvel article 6, III de la loi Sapin 2 prévoit que les dispositions spéciales en matière de lanceur d'alerte prévalent sur le régime général, il est également indiqué que le nouveau régime de la loi Sapin 2 constitue un socle de protection qui trouvera à s'appliquer dès lors qu'il s'avère plus protecteur qu'un texte visant à régir une situation spéciale.

La seule réserve visée réside dans l'article L. 861-3 du code de la sécurité intérieure qui régit la situation des agents des services de renseignement.

B. La contraction des paliers de signalement

258. L'article 10 de la directive UE 2019/1937 permet au lanceur d'alerte de divulguer son signalement dès le début par le biais d'un canal externe à l'entreprise²⁷⁷, là où le droit français ne prévoit cette possibilité que dans un deuxième temps.

Ce canal externe est défini par la directive comme « *la communication orale ou écrite d'informations sur des violations aux autorités compétentes* »²⁷⁸.

La directive UE 2019/1937 désavoue les trois paliers obligatoires et hiérarchisés de signalement de la loi Sapin 2 et ouvre la voie à une évolution du régime du lanceur d'alerte français.

Le lanceur d'alerte est ainsi libre de choisir la voie, interne ou externe à l'entreprise, qui lui semble la plus appropriée pour la première phase de son signalement.

259. La directive permet, à la suite de cette première phase, de divulguer publiquement le signalement (presse ou médias) si ce dernier n'a pas donné lieu à une réponse appropriée.

²⁷⁶ Voir P. Dufourq, « Protection des lanceurs d'alerte et rôle du défenseur des droits : les enseignements des lois du 21 mars 2022 », Dalloz actualité, 6 avril 2022.

²⁷⁷ Article 10 de la directive précitée.

²⁷⁸ Article 5 de la directive précitée.

Il est donc possible pour le lanceur d’alerte de choisir un mécanisme à deux paliers ou à trois paliers s’il le souhaite.

260. A l’instar de la loi Sapin 2, la directive rend possible une alerte portée directement à la connaissance du public si le lanceur d’alerte a des motifs raisonnables de croire :

- que la violation génère un danger grave et imminent ou manifeste pour l’intérêt public ; ou
- qu’il existe une situation d’urgence ou un risque de préjudice irréversible.

La directive ajoute à son considérant n°81 que « *Les personnes qui font directement une divulgation publique devraient également bénéficier d’une protection lorsqu’elles ont des motifs raisonnables de croire qu’en cas de signalement externe, il existe un risque de représailles ou il y a peu de chances qu’il soit véritablement remédié à la violation, en raison des circonstances particulières de l’affaire, comme celles où des preuves pourraient être dissimulées ou détruites ou lorsqu’une autorité pourrait être en collusion avec l’auteur de la violation ou impliquée dans la violation.* ».

Néanmoins, l’objectif de la directive reste de permettre la divulgation d’une information pertinente à la source du problème pour permettre sa résolution. Elle encourage donc les alertes en interne et la culture du *speak-up* à la condition d’avoir un canal accessible et que l’on puisse s’attendre à ce qu’il fonctionne²⁷⁹.

En tout état de cause, cette contraction des paliers pourrait augmenter le nombre d’alertes portées directement aux autorités et les fuites habituelles dans la presse générant, de fait, une atteinte à la réputation de l’entreprise concernée et en réaction des actions en diffamation.

Il est donc de l’intérêt des entreprises de se doter de procédures de recueil des signalements fonctionnelles au même titre qu’il est fondamental d’instaurer un climat de confiance au sein de l’entreprise et de valoriser une parole libérée, sans risque de représailles²⁸⁰.

261. Aussi, la proposition de loi du 21 juillet 2021 indiquait dans l’exposé de ces motifs vouloir construire un cadre cohérent et équilibré de protection des lanceurs d’alerte et reposant notamment sur « *Des canaux internes et externes clarifiés, dont le choix est libre, avec des*

²⁷⁹ Directive précitée, considérant n°47.

²⁸⁰ S. Musso, « Dispositifs de recueil des alertes : la nouvelle directive européenne va faire évoluer le modèle français », *Revue Internationale de la Compliance et de l’Ethique des Affaires*, n°6, décembre 2019, comm.197.

exigences de délais vis-à-vis du lanceur d'alerte qui seront formalisés par décret (sept jours pour accuser réception, trois à six mois pour le traitement du signalement) ».

La texte de la proposition de loi proposait en conséquence une modification de l'article 8 de la loi Sapin 2 afin qu'il prévoie que « *le signalement d'une alerte peut être effectué soit via le canal externe dans les conditions prévues par la loi, soit auprès du supérieur hiérarchique direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci.* »²⁸¹.

Plus largement, la proposition de loi ambitionnait de créer un cadre à cette alerte externe dans la mesure où il est prévu qu'un décret en Conseil d'Etat fixe « *Une liste des autorités externes compétentes pour recueillir et traiter, selon une procédure indépendante et autonome, les signalements mentionnés au I de l'article 6 et relevant de leurs champs de compétence, et fournir un retour d'information à leurs auteurs (...)* ».

262. Les parlementaires conservent cette restructuration des canaux de signalement dans la version définitive de la loi. Le canal interne correspond au canal de la société²⁸². Si cette dernière ne dispose pas d'une procédure interne de recueil des signalements, les lanceurs d'alerte peuvent signaler les informations concernées à leur supérieur hiérarchique direct ou indirect, à l'employeur ou à un référent²⁸³.

Outre le canal interne, il est loisible à la personne qui lance une alerte d'opter pour un signalement immédiatement externe ou de se réserver cette possibilité dans un second temps.

Ce signalement est porté :

« 1° A l'autorité compétente parmi celles désignées par le décret prévu au sixième alinéa du présent II ;

2° Au Défenseur des droits, qui l'oriente vers la ou les autorités les mieux à même d'en connaître ;

3° A l'autorité judiciaire ;

4° A une institution, à un organe ou à un organisme de l'Union européenne compétent pour recueillir des informations sur des violations relevant du champ

²⁸¹ Article 3 de la proposition de loi Wasserman.

²⁸² Voir le nouvel article 8, I A et 8, II de la loi Sapin 2.

²⁸³ Voir le nouvel article 8, I B de la loi Sapin 2.

d'application de la directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 précitée. »²⁸⁴.

Concernant le Défenseur des droits, soulignons que la loi organique n° 2022-400 du 21 mars 2022 renforce son rôle²⁸⁵.

Il disposait depuis la loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 d'une mission d'orientation des lanceurs d'alerte vers les autorités compétentes à même de traiter son signalement.

Depuis mars 2022, le Défenseur des droits dispose d'un nouvel adjoint²⁸⁶ spécialement chargé d'accompagner les lanceurs d'alerte.

Ces moyens plus importants permettront au Défenseur des droits d'assurer une nouvelle mission : celle de certifier la qualité de lanceur d'alerte à une personne qui souhaite

La réponse doit être apportée dans un délai de six mois et le Défenseur des droits (ou son adjoint) se prononce au regard de l'article 6 de la loi Sapin 2 (soit les conditions relatives à la définition du lanceur d'alerte) et de l'article 8 de la même loi (soit les conditions relatives au respect de la procédure de signalement).

Dans une perspective contentieuse, il ne fait aucune doute qu'un lanceur d'alerte certifié par le Défenseur des droits dispose d'un avantage non négligeable face à une mesure de représailles qu'il souhaite dénoncer.

Enfin, la loi organique n° 2022-400 du 21 mars 2022 prévoit que « *Lorsque le signalement qui lui est adressé relève de sa compétence, le Défenseur des droits le recueille, le traite, selon une procédure indépendante et autonome, et fournit un retour d'informations à son auteur.* ».

263. Outre les canaux interne et externe qui sont ouverts au lanceur d'alerte, ce dernier peut également opter pour une divulgation publique (presse et réseaux sociaux par exemple).

²⁸⁴ Voir le nouvel article 8, II de la loi Sapin 2.

²⁸⁵ Voir ici : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/lanceurs-dalerte> pour les éléments communiqués sur le site du Défenseur des droits ; voir également S. Zouag, « Signalement – Lanceurs d'alerte – Une protection accrue », *Juris associations* 2022, n°657, p.8 ; ainsi que P. Dufourq « Protection des lanceurs d'alerte et rôle du défensur des droits : les enseignements des lois du 21 mars 2022 », précité.

²⁸⁶ Le décret du 16 avril 2022 a nommé Mme Cécile BARROIS DE SARIGNY.

Cette possibilité s'envisage, par principe, après un signalement externe (que ce dernier ait, ou non été précédé d'un signalement interne) et dès lors qu'il n'a pas été donné suite à ce signalement externe.

Toutefois, une divulgation publique peut s'envisager immédiatement avant un signalement externe dans deux situations :

- en présence d'un danger grave et imminent (voir *supra*, § n° 164) ; et
- dès lors que le signalement externe « *ferait encourir à son auteur un risque de représailles* » ou s'il ne « *permettrait pas de remédier efficacement à l'objet de la divulgation, en raison des circonstances particulières de l'affaire, notamment si des preuves peuvent être dissimulées ou détruites ou si l'auteur du signalement a des motifs sérieux de penser que l'autorité peut être en conflit d'intérêts, en collusion avec l'auteur des faits ou impliquée dans ces faits.* »²⁸⁷.

²⁸⁷ Nouvel article 8, III de la loi Sapin 2. Cette approche est très proche de la solution retenue par la CEDH dans l'arrêt *Guja c/ Moldavie*, voir *supra* § n° 100.

Titre 2. Responsabiliser les entreprises par la mise en place de procédures permettant l'identification et la prévention des risques

264. Après des années de répression peu efficace, la prévention et la responsabilisation des entreprises sont au cœur des programmes de conformité de la loi Sapin 2 et du devoir de vigilance.

La proximité des programmes de conformité va au-delà des mesures à mettre en place et atteste de la volonté du législateur d'une application au-delà du territoire français pour les deux lois (Chapitre 1).

En dépit de fortes similitudes, l'application des deux programmes révèle des disparités profondes (Chapitre 2).

Chapitre 1. Deux programmes de compliance, une méthode et une ambition commune

265. Qu'il s'agisse des « *mesures destinées à prévenir et à détecter la commission en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence* » que l'on qualifie de programme anticorruption ou du plan de vigilance, l'esprit est similaire et la méthode est commune.

Cette dernière consiste à déployer au sein des sociétés ciblées un ensemble de mesures susceptibles de prévenir la réalisation de risques constitués des faits de corruption ou de trafic d'influence, d'atteintes à l'environnement, aux droits humains et aux libertés fondamentales ainsi qu'à la santé et à la sécurité des personnes.

266. Aussi, les deux programmes de conformité se rejoignent autour de deux axes de convergence. Le premier a trait à la grande similarité des outils que les entreprises vont devoir développer pour respecter ces nouvelles exigences légales (Section 1). Le deuxième, plus subtil, concerne l'ambition de ces programmes de conformité de porter des instruments extraterritoriaux (Section 2).

Section 1. Des outils d'identification et de gestion du risque largement similaires

267. Les dispositions de la loi Sapin 2 et de la loi relative au devoir de vigilance sont applicables respectivement à compter du 1^{er} juin 2017²⁸⁸ et du 27 mars 2017.

Les premiers plans de vigilance ont été publiés au premier semestre 2018 et intégrés aux rapports annuels correspondant à l'exercice 2017²⁸⁹.

268. Au regard de la similarité des programmes, en préparant la mise en conformité à la loi Sapin 2, les sociétés vont développer des outils également obligatoires sous l'égide du devoir de vigilance.

Effectivement, les programmes de prévention des risques se déclinent autour de différentes mesures à mettre en place : huit sur le terrain de la loi Sapin 2, cinq sur celui de la loi relative au devoir de vigilance.

Or, parmi cet ensemble de mesures, quatre sont communes aux deux textes (§1) montrant l'influence de la loi Sapin 2 sur la loi relative au devoir de vigilance.

Nous observons également des mesures particulières qui n'ont été développées que sous l'égide de l'une ou l'autre de ces deux lois (§2).

269. Plus largement, nos développements sur le programme de conformité de la loi Sapin 2 et de la loi relative au devoir de vigilance se veulent généraux dans le cadre de cette section. Des éléments précis concernant le programme de conformité de la loi Sapin 2, sur la base de la documentation de l'AFA, seront développés en fin de chapitre (voir *infra*, § n° 290 et s.).

§1. Les mesures communes au programme de conformité de la loi Sapin 2 et au plan de vigilance

270. De toutes les mesures à mettre en place, la mesure centrale consiste en une cartographie des risques. Cette première étape est fondamentale car elle consiste à identifier et hiérarchiser les risques (A).

²⁸⁸ L'article 17, VIII de la loi Sapin 2 prévoit l'entrée en vigueur de la loi le premier jour du sixième mois suivant la promulgation de la loi.

²⁸⁹ Plus précisément, l'article 4 de la loi relative au devoir de vigilance prévoit que « *Les dispositions de l'article L. 225-102-4 du code de commerce s'appliquent à compter du rapport mentionné à l'article L. 225-102 du même code, soit le rapport de gestion, portant sur le premier exercice ouvert après la publication de la présente loi.* ».

De ses résultats, découleront les étapes ultérieures ayant trait à l'évaluation des cocontractants, sous-traitants ou fournisseurs de l'entreprise (B) ainsi que la mise en place d'un mécanisme de recueil des signalements destiné à prévenir la réalisation des risques identifiés par la loi (C).

Afin de donner une portée significative aux programmes de conformité et faire comprendre aux entreprises assujetties que ces instruments doivent s'inscrire dans une démarche d'amélioration constante, les lois imposent de suivre les mesures mises en œuvre et d'évaluer leur efficacité (D).

A. Cartographier les risques

271. Si cette mesure est désormais obligatoire pour un nombre non négligeable d'entreprises, cet outil est utilisé depuis longtemps par certains secteurs d'activités soumis à des risques systémiques, tels que les secteurs bancaires ou industriels, qui se sont vu appliquer des règles de *soft law* et des bonnes pratiques pour les maîtriser.

L'une des meilleures illustrations se trouve dans les normes de la *Global Reporting Initiative* qui accompagnent les entreprises depuis 1997 dans la cartographie de leurs risques, particulièrement en matière d'environnement et de droits humains. La plupart des grandes entreprises françaises utilisent les indicateurs GRI pour la publication de leurs rapports éthiques ou RSE, faisant de la GRI une référence pour ce type de pratique.

Des indicateurs de mesure spécifiques pour certains secteurs d'activités ont également été développés dans les domaines suivants : services financiers, mines et métaux, pétrole et gaz, industries électriques²⁹⁰.

272. A titre d'exemple, le rapport de responsabilité sociétale établi par la société Orano pour son activité minière, Orano Mining, publié en 2018 précise avoir utilisé pour l'établissement du rapport les lignes directrices standards de la GRI ainsi que le supplément applicable au secteur mines et métaux²⁹¹.

Ces cartographies peuvent être considérées comme insuffisantes au regard des canons que les lois Sapin 2 et relative au devoir de vigilance instaurent mais elles auront *a minima* permis à de

²⁹⁰ <https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx>, voir également S. Trébuq, « Réaliser une cartographie stratégique à partir des indicateurs GRI : Indicateurs et tableaux de bord », Édition AFNOR, 2009, p. 1-22.

²⁹¹ Voir le rapport RSE d'Orano Mining 2018, p. 91.

nombreuses entités, essentiellement les plus exposées, d'avoir déjà une expérience opérationnelle de la démarche souhaitée.

Soulignons également que la finalité de l'exercice du plan de vigilance réside exclusivement dans la protection des personnes et de l'environnement là où des mécanismes antérieurs pouvaient davantage se centrer sur la protection des intérêts de l'entreprise.

273. D'une manière générale, la cartographie des risques se définit comme la démarche d'identification, d'évaluation, de hiérarchisation et de gestion des risques inhérents aux activités de l'entreprise. Elle constitue le socle et le levier indispensable de la stratégie de gestion des risques.

Sur le terrain de la loi Sapin 2, l'article 17 II, 3° indique que les entreprises concernées doivent mettre en place « *Une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité* ».

L'AFA indique dans ses recommandations que ce travail de cartographie est indispensable pour permettre aux entreprises d'adopter une réflexion en profondeur sur les risques de corruption auxquels elle est exposée.²⁹²

Le but étant, sur la base de cette cartographie, d'adapter les mesures de gestion du risque et ainsi se prémunir contre les conséquences réputationnelles, juridiques, humaines, économiques et financières de la matérialisation du risque de corruption.

274. De son côté, la loi relative au devoir de vigilance impose la mise en place d'une cartographie selon le même processus (identification, analyse et hiérarchisation de risques) mais ce dernier dépasse le seul prisme du droit pénal et repose sur trois piliers : l'environnement, les droits humains et la santé et la sécurité des personnes.

275. Après avoir fait œuvre d'identification et de hiérarchisation, l'entreprise doit mettre en place un processus dynamique de gestion de ces risques.

Autrement dit, comment faire pour qu'ils ne se réalisent pas ou, le cas échéant, qu'ils cessent ? Les mesures possibles sont variées, chaque problématique appelant une réponse particulière.

²⁹² Recommandations de l'AFA décembre 2020, §118.

Globalement, la mise en place d'une nouvelle politique, d'un audit, d'un plan de formation pour les collaborateurs des activités les plus exposées, d'une meilleure collaboration avec des populations locales, d'un soutien financier et/ou technique à des projets locaux sont les solutions les plus reprises.

B. Evaluer ses relations d'affaires et ses chaînes d'approvisionnement

276. Une des mesures phares de la loi Sapin 2 et de la loi relative au devoir de vigilance consiste à imposer aux entreprises concernées de procéder à une évaluation des tiers avec lesquels elles sont amenées à contracter.

Cette obligation s'inscrit dans une démarche d'identification du risque, non plus en ce qu'il serait généré directement par l'entreprise mais par ses relations d'affaires.

On assiste donc à une responsabilisation des entreprises en mettant à leur charge la surveillance de leur chaîne d'approvisionnement et plus largement de leurs cocontractants.

277. Dans le cadre de la loi Sapin 2, les entreprises doivent mettre en place des procédures « *d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques* ».

La mesure parallèle adoptée sur le terrain de la loi relative au devoir de vigilance soulève davantage de questions dans la mesure où l'entreprise est tenue d'évaluer « *la situation des filiales, sous-traitants ou des fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques* ».

278. Là encore, la loi relative au devoir de vigilance porte une obligation plus difficile à appréhender que la loi Sapin 2 bien qu'identique dans son moyen d'action.

De manière générale, les entreprises vont devoir systématiser et renforcer des procédures de *due diligence* auxquelles elles avaient, pour la plupart d'entre elles, déjà recours avant l'adoption de la loi relative au devoir de vigilance.

Ce processus impliquera que chaque filiale, fournisseur ou sous-traitant concerné transmette l'ensemble des informations nécessaires afin que la société concernée puisse s'assurer de la qualité de leurs processus internes de prévention des risques et surtout que la société ne participe pas à la violation des droits fondamentaux ou puisse se livrer à des actes de corruption.

279. Ces procédures de vérification doivent être menées au regard de la cartographie des risques d'une entreprise. Autrement dit, un contrat d'entreprise entre une société industrielle française et une société tierce visant une intermédiation ou une mise en relation avec des agents publics étrangers d'un pays du continent africain ne recevra pas la même attention qu'une convention d'honoraires conclue avec un avocat parisien ou des prestations de services informatiques avec une société française.

La nationalité du cocontractant, son terrain d'exercice et la lisibilité de sa mission sont autant d'indicateurs identifiés par la cartographie des risques qui doivent permettre d'appréhender le risque d'une relation contractuelle et mettre en place un processus de vérification.

Concernant les limites du périmètre externe d'évaluation d'une entreprise, les deux lois divergent et optent pour des approches différentes que nous étudions dans le chapitre suivant (voir *infra* § n° 329 et s.).

C. Mettre en place un mécanisme de recueil des signalements

280. L'article 8, III de loi Sapin 2 prévoit :

« Des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels sont établies par les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'Etat, les communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. ».

Le décret d'application 2017-564 du 19 avril 2017 a complété ces dispositions et donne aux entreprises des repères bienvenus, particulièrement aux articles 5 et 6.

281. L'article 5 fournit le contenu de la procédure et les informations qui devront être portées à la connaissance du collaborateur qui l'utilisera :

« I. - La procédure de recueil des signalements précise les modalités selon lesquelles l'auteur du signalement :

1° Adresse son signalement au supérieur hiérarchique, direct ou indirect, à l'employeur ou au référent mentionné à l'article 4 du présent décret ;

2° Fournit les faits, informations ou documents quel que soit leur forme ou leur support de nature à étayer son signalement lorsqu'il dispose de tels éléments ;

3° Fournit les éléments permettant le cas échéant un échange avec le destinataire du signalement.

II. - La procédure précise les dispositions prises par l'organisme :

1° Pour informer sans délai l'auteur du signalement de la réception de son signalement, ainsi que du délai raisonnable et prévisible nécessaire à l'examen de sa recevabilité et des modalités suivant lesquelles il est informé des suites données à son signalement ;

2° Pour garantir la stricte confidentialité de l'auteur du signalement, des faits objets du signalement et des personnes visées, y compris en cas de communication à des tiers dès lors que celle-ci est nécessaire pour les seuls besoins de la vérification ou du traitement du signalement ;

3° Pour détruire les éléments du dossier de signalement de nature à permettre l'identification de l'auteur du signalement et celle des personnes visées par celui-ci lorsqu'aucune suite n'y a été donnée, ainsi que le délai qui ne peut excéder deux mois à compter de la clôture de l'ensemble des opérations de recevabilité ou de vérification. L'auteur du signalement et les personnes visées par celui-ci sont informés de cette clôture.

III. - La procédure mentionne l'existence d'un traitement automatisé des signalements mis en œuvre après autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ».

L'article 6 assure quant à lui une diffusion optimale de l'outil au sein de l'entité « par tout moyen, notamment par voie de notification, affichage ou publication, le cas échéant sur son site internet, dans des conditions propres à permettre à la rendre accessible aux membres de son personnel ou à ses agents, ainsi qu'à ses collaborateurs extérieurs ou occasionnels. ».

282. Ces dispositions, très précises, contrastent avec la loi sur le devoir de vigilance qui impose, sans plus de précisions²⁹³, « Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à

²⁹³ La publication d'un décret d'application a été réclamée pour clarifier les éléments de la loi relative au devoir de vigilance, notamment dans une question écrite à un député de la majorité (<http://questions.assemblee->

l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ».

A ce titre, l'AFA fournit des indications sur l'agencement des deux dispositifs en précisant qu'il est possible pour les personnes morales assujetties aux deux lois de mettre en place un seul et unique dispositif de recueil des signalements²⁹⁴.

La position la plus sage pour une entreprise soumise au devoir de vigilance serait de raisonner par analogie avec la loi Sapin 2.

283. Enfin, précisons que ce mécanisme de recueil des signalements a évolué du fait de la directive UE 2019/1937 « sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union » (voir *supra*, § n° 212 et s.).

Comme étudié précédemment, la loi Wasserman visant à la transposition de cette directive étend notamment le champ d'application personnel du mécanisme (voir *supra*, § n° 212 et s.).

D. Contrôler les mesures mises en œuvre et évaluer leur efficacité

284. La loi Sapin 2 et la loi relative au devoir de vigilance concluent leur programme de conformité par une mesure ayant trait au contrôle de la qualité de l'ensemble du dispositif mis en place.

La différence entre les deux lois se situe dans l'organisation du dispositif de contrôle. Ce dernier est agencé par la loi Sapin 2 autour de trois niveaux de contrôle décrits avec précision par l'AFA.

285. De son côté, la loi relative au devoir de vigilance annonce un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité. Toutefois, peu d'information est donnée aux entreprises sur le processus à utiliser pour contrôler la qualité de leur plan de vigilance.

Notons qu'au regard des similarités des deux programmes de conformité et du fait que les sociétés assujetties au devoir de vigilance sont, très probablement, également assujetties à l'article 17 de la loi Sapin 2, la mise en place d'un vaste dispositif de contrôle interne couvrant les deux programmes nous semble cohérente.

nationale.fr/q15/15-7239QE.htm) qui renvoie à un premier retour d'expérience sur le texte pour une meilleure visibilité.

²⁹⁴ Recommandations de l'AFA, décembre 2017, p. 12.

286. A ce titre, L’AFA indique dans ses recommandations de décembre 2020 que « *le dispositif de contrôle peut comprendre idéalement jusqu’à trois niveaux réalisés de façon autonome* »²⁹⁵.

L’AFA, livre pour chacune des mesures, les trois phases de contrôle à mettre en place²⁹⁶. A titre d’exemple, le dispositif de formation devrait, selon l’AFA, être contrôlé de la manière suivante²⁹⁷ :

	Formation
Contrôles de niveau 1	Vérification de la présence des collaborateurs concernés et des connaissances qu'ils ont acquises lors des formations.
Contrôles de niveau 2	<ul style="list-style-type: none"> - Contrôle régulier de la correcte réalisation des contrôles de premier niveau ; - Vérification de la cohérence entre les publics ciblés dans la formation, le contenu de la formation et les risques auxquels ils peuvent être exposés tels qu'identifiés dans la cartographie ; - Revue de la participation des collaborateurs concernés et des éventuelles sanctions en cas de non-suivi de la formation.
Contrôles de niveau 3	<ul style="list-style-type: none"> - Contrôle de la correcte réalisation et de l'efficacité des contrôles de premier et deuxième niveau ; - Analyse de la gouvernance et de la correcte allocation des ressources.
	Exemple : analyse des modalités (présentiel/à distance, etc.) et du contenu de la formation destinée aux cadres et personnels les plus exposés au regard des risques qui leur sont propres.
	Exemple : analyse du ciblage et du contenu de la formation destinée aux cadres et personnels les plus exposés au regard des risques identifiés dans la cartographie. S'assurer que les références au code de conduite et au dispositif d'alerte sont claires.

287. De manière générale, on comprend que les contrôles de premier niveau sont réalisés par les équipes opérationnelles ou supports (ou par voie de hiérarchie) et visent à s’assurer de

²⁹⁵ Recommandations de l’AFA, décembre 2020, §63.

²⁹⁶ *Ibid.*, voir p. 42 et s.

²⁹⁷ *Ibid.*, § 329.

manière préventive que les tâches inhérentes au processus opérationnel se déroulent conformément à l'organisation classique de l'entreprise²⁹⁸.

A titre d'exemple, si au sein d'une entreprise « extractive » des opérationnels de l'activité minière estiment que les processus de contrôle anticorruption ou de prévention d'un risque environnemental ne sont pas correctement mis en œuvre, ils réorientent cette mauvaise trajectoire initiale.

Les contrôles de deuxième niveau sont des contrôles ayant vocation à détecter des irrégularités, une fois les décisions prises et les opérations réalisées. La qualité du contrôle de premier niveau et du dispositif dans son ensemble doit être étudiée²⁹⁹.

Enfin, les contrôles de troisième niveau sont des audits comptables complets menés par des personnes indépendantes qui rendent directement compte à l'instance dirigeante³⁰⁰.

288. Notons que la rigueur de ces trois niveaux de contrôle s'inspire de la mesure spéciale des contrôles comptables (voir *infra*, § n° 296 et s.). Manifestement, l'AFA souhaite diffuser cette discipline d'un contrôle à trois niveaux à la mesure plus générale du contrôle de l'ensemble du programme que nous avons étudié ici.

§2. Des mesures spécifiques pour chacun des deux programmes

289. Comme précédemment évoqué, la loi Sapin 2 comptabilise huit mesures qui constituent le programme de conformité imposé par la loi.

Si quatre de ces mesures sont communes avec le plan de vigilance, quatre autres mesures sont spécifiques à la loi Sapin 2 et montrent la grande influence des programmes de conformité mis en place par le *DoJ* américain (A).

De son côté, la loi relative au devoir de vigilance prévoit une mesure relative à la mise en place d'actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves. Cette mesure peut sembler redondante au regard de l'ensemble du plan de vigilance mais recèle un niveau supplémentaire de maîtrise du risque à ne pas négliger (B).

²⁹⁸ *Ibid.*, §64.

²⁹⁹ *Ibid.*, §65.

³⁰⁰ *Ibid.*, §66.

A. Les mesures spécifiques à la loi Sapin 2 et à l'anticorruption

290. Sur le terrain de la loi Sapin 2, trois mesures sont à destination des collaborateurs de l'entité. Il s'agit du code de conduite anticorruption et d'un régime disciplinaire adéquat (deux « mesures » que nous traitons ensemble) (1) qui sont complétés par un dispositif de formation (2).

De plus, eu égard aux rétributions souvent financières qui servent de base à un schéma de corruption, la loi Sapin 2 impose des procédures de contrôles comptables afin de contrôler les flux financiers de l'entreprise (3).

1. La mise en place d'un code de conduite anticorruption et d'un régime disciplinaire

291. Au-delà des appellations de code éthique, charte éthique, code de conduite, etc., le code de conduite anticorruption (tel que nommé par l'AFA) doit clairement manifester la volonté de l'instance dirigeante de l'entreprise d'engager celle-ci dans une démarche de prévention et de détection des faits de corruption.

Il est probable que l'AFA ait pris acte des nombreux scandales financiers touchant des entreprises pourtant équipées de ce type de document pour en faire un véritable outil d'engagement de l'entreprise et de son dirigeant.

292. Le code de conduite anticorruption est, effectivement, porté par l'instance dirigeante de l'entreprise afin de rappeler ses valeurs et engagements en matière de prévention et de détection de la corruption³⁰¹.

Cette attribution doit favoriser le développement d'une culture de la conformité, de l'éthique et de l'intégrité.

Au-delà de cette dimension symbolique, l'AFA indique que le code de conduite permet surtout de définir et illustrer les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption au regard de l'organisation concernée³⁰².

293. A ce titre, il doit appréhender des situations concrètes pour les salariés (ou renvoyer à des fiches opérationnelles) que sont les thématiques des cadeaux et invitations, des paiements de

³⁰¹ Recommandations de l'AFA, décembre 2020, §157.

³⁰² *Ibid.*, §158.

facilitations, des conflits d'intérêts, du mécénat, du sponsoring ainsi que, le cas échéant, de la représentation d'intérêts (*lobbying*).

Une fois que les collaborateurs se sont engagés à respecter une éthique formalisée par un code de conduite, qu'ils ont été informés et sensibilisés par un dispositif de formation (voir ci-après), il convient de prévoir des outils de sanction.

Le code de conduite doit, en effet, prévoir les conséquences disciplinaires sanctionnant les comportements proscrits et plus généralement les comportements non conformes aux engagements et principes de l'organisation en matière de prévention et de détection des faits de corruption³⁰³.

2. Le dispositif de formation des cadres et personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence

294. Former à la bonne compréhension du code éthique et à une bonne connaissance des infractions de corruption et de trafic d'influence est indispensable pour les salariés et cadres les plus exposés et participe à l'émergence d'une culture d'intégrité d'entreprise lorsque tous les salariés sont sensibilisés.

Il ne s'agit pas de diffuser une présentation à l'ensemble des collaborateurs de l'entreprise mais de coordonner ce dispositif de formation avec les autres mesures d'identification et de gestion des risques.

295. Aussi, en partant de la cartographie des risques préalablement établie, l'entreprise pourra identifier les personnes les plus exposées qui devront dès lors être formées prioritairement. En déroulant le processus de formation, il est important d'adapter le contenu au public formé, un comptable nécessitant une formation différente d'un acheteur pour certains axes particuliers³⁰⁴.

La formation aux risques de corruption et de trafic d'influence doit également s'assurer d'une bonne compréhension du code de conduite et de l'utilisation du dispositif d'alerte. Autrement

³⁰³ Pour plus de précisions sur le code éthique, se référer aux recommandations de l'AFA de décembre 2020, parfaitement claires sur le sujet, p. 24 et s.

³⁰⁴ Recommandations de l'AFA, décembre 2020, §182 et 183.

dit il est important d'amener des synergies entre les différentes mesures mises en place pour amener une compréhension globale au sein de l'entité³⁰⁵.

De plus, au-delà des personnes les plus exposées qu'il convient de former, l'AFA recommande d'élaborer et de mettre en œuvre une sensibilisation globale à l'attention de l'ensemble des collaborateurs de l'entreprise³⁰⁶.

3. Les contrôles comptables anticorruption

296. La comptabilité d'une organisation contient toutes les informations de nature financière sur l'activité de la société en retraçant de manière exhaustive et fidèle le détail des opérations comptables³⁰⁷. Les procédures de contrôle et d'audit comptable constituent donc un instrument privilégié pour prévenir et détecter des faits de corruption.

Aussi, toutes les entreprises sont déjà dotées de procédures de contrôles comptables à vocation générale qui ne ciblent pas particulièrement les atteintes à la probité mais veillent à la régularité, la sincérité et la fidélité des comptes d'une entreprise³⁰⁸.

297. Les contrôles comptables anticorruption ajoutent un prisme de lecture et permettent de s'assurer que les livres, les registres, les comptes d'une entreprise ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence³⁰⁹.

Plus particulièrement, il s'agit de cibler les paiements sans cause ou non justifiés en utilisant les mêmes méthodes que les contrôles comptables généraux : inventaire, entretien avec la personne qui sollicite le paiement, confirmation par un tiers, etc.

Comme pour les autres mesures à mettre en place, les contrôles comptables pour être efficaces doivent être en lien avec la cartographie des risques. Aussi, comme l'indique l'AFA, certaines situations doivent particulièrement attirer l'attention tels que les opérations de *sponsoring*, le

³⁰⁵ *Ibid.*, pour des précisions sur le contenu de la formation obligatoire pour les personnes les plus exposées se référer au § 187 et s.

³⁰⁶ Recommandations de l'AFA, décembre 2020, §184.

³⁰⁷ Articles L. 123-12 et s. du Code de commerce.

³⁰⁸ Comptabilité générale, Mementos, Gualino Eds, 21e ed. 2021/2022 ; Editions Francis Lefebvre, Memento Comptable 2021 ; voir également Recommandations de l'AFA, décembre 2020, § 292 et s.

³⁰⁹ B. Dondero, « La compliance imposée à toutes les sociétés par la Cour de Cassation ? », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°17-18, 28 avril 2022.

mécénat, les cadeaux, les invitations, les opérations exceptionnelles ou à enjeu, le recours à des intermédiaires ou à des consultants³¹⁰, etc.

298. Afin de mener à bien ces contrôles, l'AFA recommande de formaliser une procédure précise mettant en œuvre, à nouveau, trois niveaux de contrôle (voir *supra*, § n° 286)³¹¹.

Le premier niveau de contrôle peut être effectué par les personnes en charge de la saisie et de la validation des écritures comptables ou par le supérieur hiérarchique si le montant est supérieur à un certain seuil et nécessite un niveau de sensibilité plus important.

Les contrôles comptables de deuxième niveau diffèrent en ce qu'ils sont nécessairement réalisés par des personnes différentes de celles qui réalisent les contrôles de premier niveau. Ils viennent s'assurer de la bonne exécution du premier contrôle³¹².

A titre d'exemple, la direction de la conformité peut assurer un deuxième niveau de contrôle pour une note de frais importante.

Les contrôles de troisième niveau sont des audits comptables et ont vocation à évaluer tous les ans l'efficacité des procédures de contrôles comptables dans leur ensemble (gouvernance, ressources, méthode).

299. Enfin, sans surprise au regard de la place centrale de la cartographie, les anomalies détectées par les contrôles doivent évidemment amener une évolution de la cartographie des risques.

De plus, en cohérence avec l'approche globale du programme de conformité dont les différentes mesures ne doivent pas fonctionner en vase clos mais dépendre les unes des autres, une anomalie révélée par un contrôle comptable doit permettre un ajustement du code de conduite et du dispositif de formation.

³¹⁰ *Ibid.*, §298.

³¹¹ *Ibid.*, voir §300, pour le détail de la procédure des contrôles comptables à formaliser.

³¹² *Ibid.*, pour plus de précisions voir les § 304 à 307.

B. Une mesure propre au plan de vigilance : mettre en place des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves

300. Il s'agit d'une étape supplémentaire dans l'exercice de maîtrise du risque qui n'existe pas au sein de la loi Sapin 2.

Si cette mesure peut sembler redondante au regard du contenu du plan de vigilance précédemment décrit, la lecture du rapport d'évaluation de la mise en œuvre de la loi publié en janvier 2020³¹³ livre des précisions sur son contenu.

301. Il s'agit d'entraîner les entreprises vers des actions en faveur des droits humains et de la protection de l'environnement dans des espaces où ces problématiques ne sont pas prioritaires pour les autorités locales.

Aussi, s'il n'est pas loisible à une entreprise agissant dans des pays où les législations sont souples sur les thématiques protégées par le devoir de vigilance de faire modifier lesdites législations, il lui appartient d'entraîner une forme de progrès.

A titre d'exemple, dans des pays interdisant la représentation syndicale, l'entreprise peut organiser des espaces où les salariés sont représentés pour discuter de leurs droits sociaux. Là où les possibilités de circulation sont entravées l'entreprise peut veiller à faciliter les déplacements, etc.

302. Cette mesure marque l'avènement d'une nouvelle manière de concevoir le respect des droits humains en déplaçant des prérogatives classiquement de la responsabilité de l'Etat vers l'entreprise privé.

Si l'Etat n'est pas capable de garantir la protection de la sphère protégée par le devoir de vigilance, l'entreprise ne doit, non pas en tirer profit, mais tendre à assumer cette charge comme la contrepartie de son activité.

³¹³ A. Duthilleul, M. de Jouvenel, « Evaluation de la mise en œuvre de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », janvier 2020.

Section 2. Des outils d'appréhension du risque à vocation extraterritoriale

303. Une situation d'extraterritorialité peut se définir comme la mise en place de « *normes juridiques dont le champ d'application excède la compétence territoriale de l'État qui en est l'auteur* »³¹⁴.

On retrouve de manière classique la distinction entre une compétence extraterritoriale de nature normative (un Etat adopte une législation produisant des effets et/ou réglant une situation localisée à l'étranger) ou juridictionnelle (un Etat permet à ses tribunaux de connaître d'actions en justice dont les éléments constitutifs se sont déroulés sur le territoire d'un autre Etat).

304. Le respect de règles élémentaires en matière de diplomatie et de souveraineté des Etats amène les situations d'extraterritorialité à se justifier par un lien de rattachement. Le plus souvent un texte de loi.

305. Par le biais de la loi Sapin 2, la France met en place des instruments extraterritoriaux de lutte contre la corruption et le trafic d'influence dans le but visible et affiché de produire de meilleurs résultats et de mettre ses outils au niveau de ceux développés par les Etats-Unis.

Il s'agit donc d'une démarche en réaction à une législation américaine plus efficace et qui n'hésite pas à cibler les entreprises françaises (§1).

Si la loi Sapin 2 s'inscrit dans la contrainte d'une mise à niveau pour une meilleure efficacité et la recherche d'une souveraineté plus importante dans l'application de sanctions essentiellement financières, les ressorts de l'extraterritorialité de la loi relative au devoir de vigilance sont très différents.

306. Contrairement à la lutte contre la corruption dans laquelle la France a accusé un retard important, le devoir de vigilance s'inscrit au contraire dans une logique avant-gardiste et bien que la dimension extraterritoriale du devoir de vigilance soit moins flagrante, elle n'en demeure pas moins un objectif et un prérequis à son efficacité (§2).

³¹⁴ Nous reprenons les éléments de définition disponibles ici : <https://www.vie-publique.fr/fiches/269897-quest-ce-que-lextraterritorialite>.

§1. Un objectif affirmé de la loi Sapin 2 et plus largement de la lutte contre la corruption

307. Le développement d'une application extraterritoriale de la loi française en matière de lutte contre la corruption recouvre deux réalités.

La première vise à améliorer le système préventif et répressif français dans sa capacité à appréhender des schémas de corruption et/ou de trafic d'influence transnationaux et complexes (A). La deuxième doit permettre à la France de résister aux mesures extraterritoriales du droit américain à l'heure où les systèmes juridiques sont en concurrence (B).

A. Les apports de la loi Sapin 2 dans la prévention des cas de corruption et de trafic d'influence commis à l'étranger

308. Le programme de conformité de la loi Sapin 2 revêt une dimension extraterritoriale dès lors que l'on appréhende la question des sociétés assujetties sous l'angle du groupe de sociétés.

Sous réserve de la validation des seuils de taille et de chiffre d'affaires, le programme de conformité de la loi Sapin 2 est applicable aux groupes de sociétés (pour l'ensemble des filiales françaises ou étrangères) si la société mère a son siège social en France (voir pour le détail, *infra*, § n° 382 et s.).

Aussi, à l'instar du plan de vigilance (voir *infra*, § n° 347 et s.), la sphère d'effectivité du programme de conformité de la loi Sapin 2 est étendue à des sociétés étrangères dès lors qu'elles sont contrôlées par une société mère française.

B. Au-delà de la loi Sapin 2, la volonté de la France de changer de paradigme

309. La mise en place par la loi Sapin 2 des dispositions préventives (étudiées ci-dessus) et répressives (voir *infra*, § n° 634 et s.) à vocation extraterritoriale résulte du constat d'inefficacité de la mission des juridictions françaises à appréhender les schémas de corruption et de trafic d'influence transnationaux.

Effectivement, pour les cas de corruption d'agent public étranger commis dans le cadre de transactions commerciales internationales, l'OCDE relève que seules 33 procédures ont été initiées en France entre 2000 et 2012³¹⁵.

³¹⁵ OCDE, France : rapport de suivi écrit de Phase 3 et recommandations, décembre 2014, p. 8.

Si un sursaut s’observe entre 2012 et 2014 et porte le nombre de ces procédures à 58, la France reste en deçà des standards pour la répression de cette infraction³¹⁶.

Les résultats de la France, de l’Italie et du Royaume Uni sont assez similaires en comparaison de l’efficacité des Etats-Unis et de l’Allemagne dans la répression de la corruption d’agent public étranger.

En revanche, contrairement aux pays cités, la France n’avait en juin 2016 condamné de manière définitive aucune personne morale française pour des faits de corruption transnationale³¹⁷.

En matière de condamnation de personnes physiques, seules sept personnes ont été condamnées par les juridictions françaises pour des faits de corruption transnationale entre 1999 et 2014.

310. Pour un aperçu des procédures pénales en matière de corruption d’un agent public étranger entre 1999 et 2014 dans six pays différents, le tableau établi par l’OCDE est édifiant³¹⁸ :

	France	Allemagne	États-Unis	Italie	Pays-Bas	Royaume-Uni
Personnes morales condamnées	0	209	92	4	2	2
Personnes morales acquittées	0	0	0	0	0	0
Personnes physiques condamnées	7	11	58	9	0	8
Personnes physiques acquittées	2	2	4	4	1	4
Total affaires clôturées	9	222	154	17	3	14
Total condamnations définitives	7	220	150	13	2	10

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ E. d’Achon, C. Trottmann, « Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale », Inspection Générale des Finances, rapport n°2016-M-051, juin 2016, p. 10.

³¹⁸ Voir documentation OCDE, *Working Group on Bribery: 2014 Data on Enforcement of the Anti-Bribery Convention*, repris par le rapport de E. d’Achon et C. Trottmann précité.

311. Ce constat a de quoi intriguer dans la mesure où la France est un acteur majeur du commerce international et dispose d'un grand nombre de sociétés industrielles qui opèrent dans des pays étrangers où le risque de corruption est élevé.

La situation est d'autant plus préoccupante lorsque l'on constate que ce vide dans la répression de la corruption transnationale a été très rapidement comblé par les autorités américaines qui, comme on le note dans le tableau ci-dessus, sont particulièrement efficaces.

L'appréhension des sociétés françaises par la loi américaine dépasse d'ailleurs le cadre du *FCPA* et de l'infraction de corruption d'un agent public étranger. Elle est également possible sur la base d'infractions financières et comptables ou en cas de non-respect des règles interdisant les transactions avec des pays sous sanctions économiques américaines.

312. Le tableau ci-dessous dresse une liste chronologique des sociétés françaises qui ont conclu un accord avec la justice américaine (qu'il s'agisse d'un *DPA* ou d'une procédure de « plaider coupable ») et qui ont dû s'acquitter du paiement d'une amende importante.

Entreprises françaises poursuivies	Date de l'accord	Principale(s) autorité(s) de poursuite	Montant(s) acquitté(s) en dollars	Résumé succinct des faits reprochés
VIVENDI	12/2003	<i>SEC</i>	51 millions	Vivendi a publié des résultats financiers en 2001 et 2002 trompeurs de manière à masquer son instabilité financière après une intense campagne d'acquisitions et de fusions (Havas, Cegetel, Canal Plus, etc.).
TECHNIP	06/2010	<i>SEC / DOJ</i>	98 millions à la <i>SEC</i> et 240 millions au <i>DOJ</i>	Entre 1995 et 2004, Technip a rémunéré des agents publics nigériens afin d'obtenir des contrats d'ingénierie et de production de gaz naturel liquéfié d'un montant de plus de 6 milliards de dollars.

Entreprises françaises poursuivies	Date de l'accord	Principale(s) autorité(s) de poursuite	Montant(s) acquitté(s) en dollars	Résumé succinct des faits reprochés
ALCATEL LUCENT	12/2010	<i>SEC / DOJ</i>	45,47 millions à la <i>SEC</i> et 92 millions au <i>DOJ</i>	Corruption d'agents publics étrangers au Honduras, Costa Rica, Malaisie et à Taiwan entre décembre 2001 et juin 2006 afin de conserver et de remporter des contrats de télécommunication.
TOTAL	05/2013	<i>SEC / DOJ</i>	153 millions à la <i>SEC</i> et 245,2 millions au <i>DOJ</i>	Entre 1995 et 2004, corruption par plusieurs intermédiaires, d'agents publics iraniens pour un montant approximatif de 60 millions d'euros dans le but d'obtenir des concessions gazières et pétrolières.
BNP PARIBAS³¹⁹	06/2014	<i>DOJ / OFAC³²⁰</i>	8,9 milliards	BNP PARIBAS a fait transiter de 2004 à 2012 par les Etats-Unis de l'argent au nom de clients soudanais (6,4 milliards de dollars), cubains (1,7 milliard de dollars) et iraniens (650 millions de dollars) alors que ces pays font l'objet de sanctions économiques américaines.

³¹⁹ Ajoutons, concernant la banque BNP PARIBAS, que la filiale américaine BNP PARIBAS USA s'est acquittée en janvier 2018 d'une amende de 90 millions de dollars au *DOJ* pour des infractions aux règles de concurrence en ayant participé à une entente sur la fixation des cours sur le marché des changes en Europe centrale et orientale, au Moyen Orient et en Afrique.

³²⁰ OFAC désigne le *Office of Foreign Assets Control* américain.

Entreprises françaises poursuivies	Date de l'accord	Principale(s) autorité(s) de poursuite	Montant(s) acquitté(s) en dollars	Résumé succinct des faits reprochés
ALSTOM POWER INC. & ALSTOM GRID INC.	12/2014	<i>DOJ</i>	772 millions	Entre 2003 et 2006, ASLTOM a payé des millions d'euros de pots de vin à une société appartenant au beau-frère du Président Tunisien de l'époque Zine el-Abidine Ben Ali afin de s'assurer des contrats de la société publique des transports de Tunis.
CREDIT AGRICOLE SA & CREDIT AGRICOLE INVESTMENT BANK	10/2015	<i>US Attorney Office of the district of Columbia / OFAC</i>	787,3 millions	Entre 2003 et 2008 Crédit Agricole Investment Bank (CACIB) et Crédit Agricole SA (CASA) ont conclu des transactions libellées en dollars avec des pays faisant l'objet de sanctions économiques américaines : le Soudan, Cuba, l'Iran et la Birmanie.
SOCIÉTÉ GÉNÉRALE	06/2018	<i>DOJ</i>	860 millions	La société a mis en place des schémas de corruption d'agents publics libyens entre 2007 et 2009, afin d'obtenir des marchés auprès du fonds souverain Libyan Investment Authority.

Entreprises françaises poursuivies	Date de l'accord	Principale(s) autorité(s) de poursuite	Montant(s) acquitté(s) en dollars	Résumé succinct des faits reprochés
SANOFI	09/2018	SEC	25,2 millions	<p>Entre 2007 et 2012, SANOFI a versé au Kazakhstan des pots de vin à des fonctionnaires chargés des marchés publics des prestations de soins de santé afin d'obtenir des appels d'offres et d'augmenter la prescription de ses produits.</p> <p>SANOFI a également en Jordanie, au Liban, Koweït, Qatar, Yemen, à Oman et au Bahrein corrompu des professionnels de santé pour les inciter à prescrire ses produits.</p>

313. Ces multiples condamnations ou « transactions » puisqu'il s'agit de *DPA* conclus avec le *DOJ* américain et/ou la *SEC* sont rendues possibles par l'application de lois extraterritoriales particulièrement fortes.

Pour ne prendre que l'exemple du *FCPA*³²¹, cette loi adoptée en 1977 permet de réprimer la corruption d'agents publics étrangers et de mettre en place des procédures internes à même d'éviter la réalisation d'une infraction de corruption³²².

Seulement, le lien de rattachement utilisé par le *FCPA* pour se déclarer compétent est distendu. Un acte de corruption commis par une personne quelle que soit sa nationalité et la localisation de l'infraction peut être appréhendé par la *FCPA* dès lors qu'un lien peut être établi avec les Etats-Unis.

Ce lien est caractérisé par le fait que l'acte de corruption se produit dans le cadre d'une relation commerciale interétatique que le *FCPA* définit comme toute forme de marché, commerce ou

³²¹ *Foreign Corrupt Practices Act.*

³²² Pour une approche contextuelle particulièrement intéressante, voir l'affaire *Lockeed aircraft*, rapport E. d'Achon, C. Trottmann, « Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale », précité, annexe III, p. 2.

transport entre un Etat américain et un Etat étranger ou entre deux Etats étrangers dès lors que cette relation commerciale utilise un moyen de communication ou une modalité de transaction qui se rattache aux Etats-Unis.

Ainsi, un appel téléphonique, un courrier électronique ou n'importe quel message qui transiterait par un serveur ou un réseau de télécommunication américain peut suffire à entraîner l'application du *FCPA*.

De la même manière, une transaction en dollars ou un virement qui transite par une banque américaine est considéré comme un événement de commerce interétatique ayant un lien avec les Etats-Unis³²³.

314. Si cette situation d'extraterritorialité peut paraître étonnante, les raisons de son apparition dépassent très largement les frontières du droit pour se situer sur le terrain de la géopolitique.

La puissance économique, militaire et diplomatique des Etats-Unis leur donne les moyens de mettre en œuvre des mesures de coercition qu'aucune autre puissance ne pourrait adopter. Il en découle un rapport de force au désavantage des grandes entreprises étrangères qui n'ont souvent pas d'autre choix que d'accepter des procédures transactionnelles déséquilibrées assorties d'amendes aux montants disproportionnés³²⁴.

De fait, la première puissance mondiale a détourné de sa fonction de régulation son système juridique pour en faire une arme dans le cadre d'une guerre économique.

Au-delà des exemples mentionnés dans le tableau ci-dessus, ce sont des dizaines de milliards de dollars d'amende qui ont été imposées à des sociétés européennes, sud-américaines ou asiatiques.

Opportunément, ces sociétés sont souvent concurrentes de sociétés américaines qui sont globalement nettement moins concernées par ces procédures³²⁵.

³²³ Voir le rapport précité de E. d'Achon et C. Trottmann, Annexe III, « Application extraterritoriale de la loi en matière de corruption transnationale par les Etats-Unis ».

³²⁴ Voir H. de Vauplane, « Une nouvelle géopolitique de la norme » in « Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée » sous la direction de A. Garapon et P. Servan-Schreiber, p. 30. Il est intéressant de noter que les amendes prévues par les *deferred prosecution agreement* sont fortement documentées en ce sens que le calcul de l'amende est reproduit. Ne nous y trompons pas, une formule a beau exister (et heureusement qu'elle existe) cela n'enlève rien à la disproportion du montant.

³²⁵ Pour plus de précisions sur ces questions, se référer au rapport établi notamment par R. Gauvain « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale », juin 2019.

315. Ayant pris la mesure de la situation, la France a entamé des démarches pour rétablir sa souveraineté et protéger ses entreprises.

A la suite d'un premier rapport parlementaire sur l'extraterritorialité de la loi américaine, qui a notamment joué un rôle important dans l'adoption des dispositions extraterritoriales de la loi Sapin 2 et la création de la CJIP (voir *infra*, § n° 686 et s.), la France affiche désormais une volonté politique forte.

Le rapport établi en juin 2019 par le député Raphaël Gauvain à la demande du Premier Ministre Edouard Philippe propose des pistes sérieuses d'évolution à la suite de la loi Sapin 2 afin de « *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale* ».

Notons que le rapport propose principalement les trois axes d'évolution suivants :

- protéger la confidentialité des avis juridiques en entreprise en créant un statut d'avocat en entreprise ;
- moderniser la loi de blocage de 1968 pour la rendre efficace ; et
- adopter une loi permettant d'étendre le Règlement Général sur la Protection des Données aux données des personnes morales³²⁶ afin que les données numériques non personnelles des entreprises françaises ne soient pas transmises par les hébergeurs à des autorités étrangères en dehors des canaux d'entraide administrative ou judiciaire.

§2. Un objectif implicite de la loi relative au devoir de vigilance

316. La lecture de la loi relative au devoir de vigilance ne fait pas apparaître immédiatement ses aspects extraterritoriaux. Cela principalement pour deux raisons. Le champ d'application de la loi est sujet à de nombreuses interprétations et il n'y a pas eu depuis son entrée en vigueur suffisamment de contentieux pour que cet aspect ressorte d'une manière manifeste.

Néanmoins, l'analyse de la sphère d'effectivité du devoir de vigilance révèle une application extraterritoriale marquée (A) et la volonté de la France d'attirer devant ses juridictions les actions en réparation de dommages survenus à l'étranger (B).

³²⁶ Le RGPD est le Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

A. Derrière un champ d'application personnel restreint, une sphère d'effectivité très étendue

317. Les sociétés concernées par l'application du devoir de vigilance sont des sociétés françaises, immatriculées sous une certaine forme sociale et qui emploient au moins 5.000 salariés (voir *infra*, § n° 337 et s.). Près de 250 entreprises seraient concernées par ces dispositions³²⁷.

Le texte met à la charge de ces grandes entreprises une obligation de vigilance à même de prévenir ou stopper les atteintes aux droits de l'homme, à la santé et la sécurité des personnes et à l'environnement, que ces atteintes résultent de leurs activités propres ou de celles des sociétés qu'elles contrôlent (où qu'elles se trouvent).

De surcroît, l'analyse faite de la loi (voir *infra*, § n° 353 et s.) permet d'avancer que cette vigilance de la société mère doit porter sur ses propres fournisseurs et sous-traitants ainsi que sur les fournisseurs et sous-traitants des sociétés qu'elle contrôle.

318. Dès lors, comme cela a pu être remarqué en doctrine, le texte a une vocation naturelle à s'appliquer à l'étranger. De manière assez logique ce sont dans des pays où les normes sociales de protection des travailleurs, de l'environnement et de sécurité sont plus faibles que l'application de la loi relative au devoir de vigilance prend tout son sens (le drame de l'effondrement du Rana Plaza à Dacca au Bangladesh fournit un malheureux mais bon exemple).

Aussi, le décalage qui existe entre le champ d'application de la loi relative au devoir de vigilance et son périmètre crée une situation entraînant l'implication de sociétés étrangères dans le processus de vigilance.

En effet, bien que la vigilance identifiée par l'article L. 225-102-4 du Code de commerce ne concerne que les sociétés mères et les sociétés donneuses d'ordre, elles devront pour s'en acquitter rebasculer ces obligations non seulement sur les filiales présentes sur place mais également sur les sociétés œuvrant en qualité de fournisseur ou sous-traitant desdites filiales³²⁸.

319. Une grande attention devra être apportée à la mise en place de clauses contractuelles afin de permettre aux sociétés donneuses d'ordre de mettre à la charge de leurs fournisseurs et sous-

³²⁷ A. Duthilleul, M. de Jouvenel, rapport précité, p.18 et 19.

³²⁸ A.-S. Epstein, « La portée extraterritoriale du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », Cahiers de droit de l'entreprise n°4, juillet 2018, dossier 30.

traitants des obligations de vigilance sur leurs activités mais également sur les activités de leurs propres fournisseurs et sous-traitants.

Sur cette thématique, le recours à des tiers évaluateurs tel qu'Ecovadis permet d'externaliser la bonne mise en place par sa *supply chain*, des obligations de vigilance et plus largement en matière de RSE³²⁹. A cette fin, des conseils relatifs à la rédaction des clauses RSE dans les contrats proposés aux fournisseurs et sous-traitants sont également disponibles³³⁰.

C'est donc par la mise en place d'une cascade d'obligations ruisselant sur l'ensemble du tissu économique d'une entreprise que l'extraterritorialité des obligations issues de la loi relative au devoir de vigilance se matérialise.

320. Par ailleurs, notons le souhait remarqué de la Commission européenne, dans le cadre de la proposition de directive sur le devoir de vigilance adoptée le 23 février 2022, d'étendre à des sociétés non européennes les obligations de vigilance dès lors que ces dernières réalisent un chiffre d'affaires suffisant au sein de l'UE (voir *supra*, § n° 46).

B. L'enjeu de la compétence des juridictions françaises

321. Le nouvel article L. 225-102-5 du Code de commerce introduit par la loi relative au devoir de vigilance prévoit que « *Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter.* ».

Si nous développerons ce nouveau mécanisme de responsabilité civile en deuxième partie (voir *infra*, § n° 765 et s.), relevons que le Conseil constitutionnel a indiqué que ces dispositions permettent que la responsabilité d'une société puisse être engagée à raison de dommages survenus à l'étranger³³¹.

³²⁹ Concernant le recours aux clauses contractuelles et aux tiers évaluateurs, nous précisons que la pratique pourrait être entérinée par la directive telle que proposée par la Commission européenne dans la version adoptée le 23 février 2022 (articles 7 et 8).

³³⁰ Voir l'étude conduite par Ecovadis (société proposant une évaluation des performances en matière de RSE) en partenariat avec Affectio Mutandi « Le contrat et les clauses RSE, leviers incontournables de vigilance », disponible ici : <https://resources.ecovadis.com/fr/etudes-livres-blancs/le-contrat-et-les-clauses-rse-leviers-incontournables-de-vigilance>.

³³¹ Décision n°2017-750 du 23 mars 2017, § n°28.

Donner la possibilité à des personnes physiques et morales, victimes d'un défaut de vigilance d'un groupe de sociétés, de poursuivre en France la société mère débitrice desdites obligations de vigilance est effectivement l'un des enjeux de la loi.

322. Aussi, la compétence des juridictions françaises s'entend naturellement dès lors que le règlement UE 1215/2012 dit Bruxelles 1 bis prévoit en son article 4 que « (...) *les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre.* ».

Cela étant, la question de la compétence des juridictions françaises qui n'ont qu'un lien ténu avec un dommage réalisé à des milliers de kilomètres peut surprendre.

Comme l'indique très justement le Professeur Etienne Pataut, cette disposition du règlement Bruxelles 1 bis joue un rôle fondamental en matière de RSE dans la mesure où elle donne la faculté pour les personnes ayant subi un dommage d'attraire devant les juridictions des Etats européens des entreprises de ces mêmes Etats qui se livrent dans des pays étrangers, par le biais de leurs filiales, à des atteintes sanctionnées par la loi relative au devoir de vigilance³³².

323. L'assignation de la société SUEZ en juin 2021, sur le fondement de l'article L. 225-102-5 du Code de commerce issu de la loi relative au devoir de vigilance, par la Fédération internationale pour les droits humains, *l'Observatorio ciudadano* (une ONG chilienne), la *Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo* et la Ligue française des droits de l'homme suite à l'incident survenu dans la ville d'Osorno au Chili illustre parfaitement l'enjeu de la compétence des juridictions françaises.

Le 10 juillet 2019, dans la ville d'Osorno au Chili, près de 2.000 litres de pétrole se sont déversés dans l'usine d'eau potable d'ESSAL, entreprise exploitante du réseau sanitaire et filiale de la société française SUEZ.

Cette fuite d'hydrocarbures qui a contaminé le réseau d'eau potable de la ville (49.000 foyers) ainsi que les deux cours d'eau de la commune est décrite comme le résultat de nombreuses négligences dans l'entretien et le contrôle de l'usine qui a entraîné une importante crise sanitaire et environnementale.

³³² E. Pataut, « Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé », *Revue Dalloz Droit social* 2017, p. 833.

324. La Fédération internationale des droits humains explique dans un communiqué de presse les raisons de son action en France contre SUEZ en ces termes :

« Les autorités sanitaires et judiciaires chiliennes ont déjà sanctionné à de multiples reprises ESSAL, sans que la qualité de fourniture en eau n'en soit substantiellement améliorée.

Bien que nous soyons conscients qu'une décision finale est toujours attendue de la part du directeur des services de santé du Chili (SISS) dans le cadre de l'enquête que cette entité publique mène contre ESSAL en tant que filiale de SUEZ pour l'épisode susmentionné, nous considérons que dans ce contexte, la loi sur le devoir de vigilance française ouvre la voie pour mettre SUEZ, société mère de ESSAL, face à sa responsabilité de respecter et faire respecter les droits humains dans sa chaîne de valeur. Alors que SUEZ a tiré profit des 159 millions d'euros du résultat opérationnel de sa filiale Aguas Andinas, par laquelle elle contrôle ESSAL et d'autres filiales au Chili, la multinationale n'a pas répondu des conséquences catastrophiques des coupures d'eau récurrentes et irrégularités dans la prestation des services d'approvisionnement en eau. »³³³.

Avec ce propos, la Fédération internationale des droits humains offre une excellente illustration de l'ambition du législateur français.

Effectivement, elle fait le constat de l'inefficacité des actions menées au Chili contre la filiale de SUEZ, ESSAL, tout en prenant conscience du fait qu'ESSAL (société chilienne) est contrôlée indirectement par une société française sur laquelle pèsent des obligations au titre de la loi relative au devoir de vigilance.

325. Outre le cas SUEZ, la compétence du domicile du défendeur (la société mère débitrice des obligations de vigilance) pourrait également être stratégique en ce qu'elle pourrait permettre d'attirer en tant que codéfendeur une filiale située sur le territoire européen également débitrice des obligations de vigilance et/ou impliquée dans la chaîne de responsabilité du dommage et ainsi obtenir l'assiette de réparation la plus large possible.

Effectivement, l'article 8 paragraphe 1 du règlement dit Bruxelles 1 bis dispose qu'« Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut aussi être attirée s'il y a plusieurs

³³³ Nous reproduisons ces éléments de cette source : <https://www.fidh.org/fr/themes/mondialisation-droits-humains/questions-reponses-suez-mise-en-demeure-de-modifier-son-plan-de>.

défendeurs, devant la juridiction du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ».

326. La situation est plus problématique concernant la possibilité d'attirer devant les juridictions françaises, la filiale non européenne implantée dans le pays de réalisation du dommage.

Une des pistes de réflexion pourrait se trouver sur le terrain de la théorie des codéfendeurs par le biais de l'article 42 alinéa 1 et 2 du Code de procédure civile qui dispose :

« La juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur.

S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux ».

Cet article a fait l'objet d'une transposition dans l'ordre international de sorte qu'il peut être utilisé pour régir des situations de conflits de juridictions entre différents Etats³³⁴.

Aussi, dès lors qu'une société est immatriculée en France et se trouve attirée devant les juridictions françaises, ces dernières seront compétentes pour connaître de l'action à son endroit ainsi que de l'action visant des sociétés codéfenderesses étrangères³³⁵.

327. Le principe est soumis à certaines conditions. La première est la présence nécessaire d'un « défendeur d'ancrage » situé en France³³⁶. Dans l'hypothèse du devoir de vigilance, il s'agit de la société mère débitrice des obligations de vigilance.

³³⁴ A. Huet, JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 2000-05, « Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux », § 2. ; pour une application jurisprudentielle récente voir civ. 1^{ère}, 14 mars 2006, n° 05-13.820.

³³⁵ *Ibid.* A. Huet ; M. Douchy-Oudot, Répertoire Dalloz de procédure civile, Compétence, § 41, décembre 2014 ; voir également l'étude annuelle édition 2017 de la Cour de cassation « Le juge et la mondialisation », partie 2, titre 1, chapitre 1 : le maintien de la compétence du juge français. Pour des illustrations jurisprudentielles voir CA Paris, 25 février 1988, qui considère les juridictions françaises compétentes sur la base de l'article 42 al. 2, pour connaître d'une action exercée par un donneur d'ordre contre une banque iranienne garante de premier rang et deux banques françaises contre-garantes afin d'interdire à ces dernières de payer les contre-garanties appelées par la banque iranienne, Recueil Dalloz 1989, p. 150 ; voir également Civ. 2^{ème}, 7 novembre 1994, n° 92-20.776.

³³⁶ Nous reprenons la formule de O. Boskovic, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », Recueil Dalloz 2016 p. 385 ; pour une illustration, voir l'arrêt Civ. 1^{ère}, 5 déc. 2012, n° 11-18.169, à propos d'un litige né d'un accident d'avion en Algérie. La Cour de cassation a estimé que les tribunaux français n'étaient pas compétents dès lors que les seuls demandeurs encore en cause étaient tous de nationalité étrangère, les demandeurs français s'étant désistés après des transactions, Recueil Dalloz 2012, p. 2974.

La deuxième réside dans le caractère étroitement connexe des demandes formulées contre les codéfendeurs³³⁷.

Dans l'hypothèse de la loi relative au devoir de vigilance, une action en responsabilité délictuelle pour obtenir la réparation d'un préjudice dirigée contre la société mère et la filiale étrangère nous semble présenter les garanties de connexité suffisantes afin qu'il soit dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de les juger ensemble.

328. Enfin, l'action en justice tournée vers un défendeur situé en France ne doit pas servir de prétexte pour bénéficier de la prorogation de compétence prévue par l'article 42 alinéa 2 du Code de procédure civile dans le seul but de pouvoir lui adjoindre un codéfendeur étranger. Le caractère sérieux de la demande située contre le défendeur français est requis³³⁸. Autrement dit, peu importe que les demandes soient connexes si la demande dirigée contre le « défendeur d'ancrage » n'est pas sérieuse.

³³⁷ Civ. 1^{ère}, 24 février 1998, n°95-20.627 : la Cour de cassation a pu considérer que l'assignation d'une société slovaque à l'encontre de deux sociétés étrangères pour faire juger la nullité de billets à ordre émis par ladite société slovaque et endossés frauduleusement était étrangère à l'action contre la banque française qui avait reçu les billets à ordre et à qui il était demandé de fixer un nouveau montant pour le prix du contrat.

³³⁸ Com., 13 avril 2010, n° 09-11.885, Recueil Dalloz 2010, p. 1152, à propos d'assureurs, agissant en réparation des conséquences d'une avarie par mouille survenue lors d'un transport international par navire et qui ne disposaient d'aucune action personnelle et directe à l'encontre de la société commissionnaire de transport domiciliée en France.

Chapitre 2. La mise en application ou les limites du parallélisme

329. Les fortes convergences que présentent les programmes de conformité de la loi Sapin 2 et de la loi relative au devoir de vigilance s’effacent dès la mise en application des programmes.

Un déséquilibre apparaît tant l’établissement du plan de vigilance est complexe pour les entreprises. Ces dernières doivent non seulement résoudre des problématiques quasi insolubles relatives au champ d’application et au périmètre du devoir de vigilance (Section 1) mais également résoudre les difficultés liées à l’établissement et la publication du plan de vigilance (Section 2).

De son côté, l’établissement du programme de conformité de la loi Sapin 2 se révèle non seulement aidé par l’AFA mais surtout épargné de problématiques liées à sa publication et à l’inclusion de parties prenantes (Section 3).

Section 1. Les difficultés liées au champ d’application et au périmètre du devoir de vigilance

330. La notion de champ d’application du devoir de vigilance est triple. Il s’agit premièrement de tenter de circonscrire le champ d’application matériel du devoir de vigilance (§1), puis d’identifier les sociétés assujetties à cette obligation de vigilance (§2) et enfin de déterminer la portée de l’obligation de vigilance pour les sociétés identifiées (§3).

Ces trois thématiques font l’objet de problématiques distinctes qui rendent à tous les niveaux, l’application du devoir de vigilance particulièrement délicate.

§1. Le champ d’application matériel du devoir de vigilance

331. L’article L. 225-102-4 I du Code de commerce prévoit que « *Le plan comporte 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 (...)»³³⁹ ».*

³³⁹ Soulignement ajouté.

A vouloir réunir sous l'égide d'une seule loi des atteintes aussi différentes et difficiles à définir on risque l'insomnie à tenter de la comprendre comme l'indique le Professeur Arnaud Reygrobelle³⁴⁰.

Effectivement, deux séries de problématiques se dessinent et teintent d'une difficulté évidente la compréhension des risques dont la loi relative au devoir de vigilance cherche à éviter la réalisation.

Premièrement, le champ d'application matériel semble tellement vaste qu'on peine à comprendre le fil rouge de la loi. De plus, l'absence de définition des atteintes aux droits humains, aux libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes ainsi qu'à l'environnement crée une insécurité juridique importante (A).

Deuxièmement, il convient de tenter de dessiner la frontière entre une atteinte légère et une atteinte suffisamment grave pour rentrer dans le champ d'application de la loi (B).

A. Des atteintes aux contours flous

332. Le Conseil constitutionnel releva la généralité des termes employés par le législateur ainsi que le caractère large et indéterminé de la mention des « droits humains » et des « libertés fondamentales » et en tira comme conséquence la censure de l'amende civile pouvant atteindre dix millions d'euros pour des manquements basés sur des termes aussi insuffisamment clairs et précis³⁴¹.

Il reste que les notions d'atteintes envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes et à l'environnement recouvrent des situations qui dépassent très largement la qualification d'une seule infraction et qui présentent l'inconvénient d'être aussi nombreuses que diverses.

Toutes ces atteintes sont déjà proscrites par de très nombreux textes, l'enjeu résidant en leur identification.

³⁴⁰ A. Reygrobelle, « Devoir de vigilance ou risque d'insomnies ? », Revue Lamy droit des affaires, n°128, 1^{er} juillet 2017.

³⁴¹ Décision n° 2017-750 du 23 mars 2017, le Conseil constitutionnel se prononce sur la base de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.* ».

333. Néanmoins, le gouvernement considère que « *Ce périmètre ne vise pas un corpus de normes préétablies qui s'imposeraient aux entreprises concernées. Il identifie la nature des risques qui devront figurer dans le plan de vigilance.* »³⁴².

Si, comme le relève certains commentateurs, ne pas définir permet de tenir compte du caractère évolutif des notions³⁴³, une telle approche revient, en revanche, à ne pas tenir compte du caractère anxiogène pour les entreprises du fait de la mise en place d'une grande insécurité juridique.

Les travaux parlementaires montrent toutefois la référence à plusieurs textes pour définir les droits fondamentaux.

Sont visés les textes du bloc de constitutionalité (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ou encore Charte de l'environnement du 1^{er} mars 2005) ainsi que des conventions internationales et européennes (Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, Pactes de New York du 16 décembre 1966 sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ou encore Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 7 décembre 2000)³⁴⁴.

Néanmoins, dans la mesure où il ne s'agit que d'une référence d'un rapport fait en Commission des lois, il convient de la prendre avec mesure. Tant que la jurisprudence ne se sera pas prononcée pour clarifier ces éléments, le flou perdurera.

En cette attente, les entreprises pourront *a minima* se reposer sur les instruments classiques évoqués.

334. Cette situation est d'autant plus problématique pour les atteintes à l'environnement tant la législation est dispersée. Lors d'un entretien, le magistrat Jean-Philippe Rivaud nous

³⁴² Observations du gouvernement lors de la saisine du Conseil constitutionnel, voir ici : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290672>.

³⁴³ S. Brabant, E. Savourey, C. Michon, « Le plan de vigilance - Clé de voute de la loi relative au devoir de vigilance », Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires - Supplément à la Semaine Juridique entreprise et affaires n°50 du 14 décembre 2017.

³⁴⁴ Voir rapport n°2628, Assemblée nationale, D. Potier, 11 mars 2015 p. 66.

apprenait que le droit français comporte près de 2.000 infractions environnementales disséminés dans différents codes³⁴⁵.

La notion de gravité de l'atteinte pourrait ici s'inspirer du caractère non négligeable retenu pour la réparation du préjudice écologique prévue par les articles 1246 à 1252 du Code civil.

En tout état de cause, au regard du volume d'atteinte à l'environnement que les juridictions sont incapables de traiter, faute de moyens, de formation des magistrats et de textes plus clairs et simples d'utilisation, seules les atteintes les plus graves nous semblent pouvoir être appréhendées en l'état.

B. Des atteintes graves

335. La loi n'est d'aucune aide pour apprécier la notion de gravité de l'atteinte, autrement dit, le seuil au-delà duquel on considère que l'atteinte serait suffisamment importante pour déclencher la vigilance de la société ou sa responsabilité en cas d'atteinte avérée.

Il convient donc, comme l'indique certains auteurs³⁴⁶, de se référer aux Principes Directeurs des Nations Unies pour obtenir des pistes d'interprétation.

Il est mentionné en tant que principe général que la gravité de l'atteinte sera établie en fonction de son ampleur, de sa portée et de son caractère réparable ou non³⁴⁷.

336. Le guide interprétatif « *La responsabilité des entreprises à respecter les droits de l'homme* », publié par le Haut-commissariat aux droits de l'homme en support des Principes directeurs, nous permet de déduire que la portée d'une atteinte dépendrait du nombre d'individus concernés par ladite l'atteinte selon une approche globale. Un dommage écologique peut produire des effets et impacter les populations sur le long terme³⁴⁸.

³⁴⁵ Entretien privé réalisé à l'occasion d'une conférence organisée par Paris Place de Droit sur la justice environnementale et climatique.

³⁴⁶ Voir M.-C. Caillet, « Du devoir de vigilance aux plans de vigilance ; quelle mise en œuvre ? », *Dalloz Soc.* 2017, p. 819 ; et S. Brabant, E. Savourey, C. Michon, « Le plan de vigilance - Clé de voute de la loi relative au devoir de vigilance », précité.

³⁴⁷ Principes Directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, principe n°14, p. 17.

³⁴⁸ Haut-commissariat aux droits de l'homme, « *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme* », Guide interprétatif, question n°13, relative au principe n°14, p. 22 et 23.

L'aspect irrémédiable peut quant à lui se comprendre comme la limite sur la capacité à rétablir les personnes concernées dans une situation au moins identique, ou similaire, à leur situation avant l'incidence négative.

Le guide interprétatif fournit également des éléments sur la gestion d'une crise aux atteintes multiples. Dans cette hypothèse, l'entreprise doit agir en priorité sur les atteintes aux droits de l'homme les plus graves qui faute d'action s'en retrouveraient irrémédiables³⁴⁹.

Néanmoins, bien que ces éléments soient utiles, ils ne concernent que les atteintes aux droits de l'homme et non les atteintes à l'environnement. La transposition des critères de l'ampleur, de la portée et du caractère remédiable de l'atteinte semble pour autant possible pour définir un seuil de gravité.

§2. Le champ d'application personnel du devoir de vigilance

337. L'article L. 225-102-4, I du Code de commerce dispose:

« Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance ».

Pour plus de clarté, décomposons les critères cumulatifs de l'article L. 225-102-4, I du Code de commerce en tentant de répondre à la question fictive suivante : « La société X est-elle tenue d'établir un plan de vigilance ? » sous forme de problématiques successives relatives au lieu du siège social de la société (A), à la forme de la société (B), et au nombre de personnes que la société emploie (C).

A. La société a-t-elle son siège social sur le territoire français ?

338. Il s'agit du premier critère à vérifier : la personne morale doit avoir son siège social établi sur le territoire français.

³⁴⁹ *Ibid.* p. 91 et 92.

Simple d'apparence, le critère est plus complexe que prévu dans la mesure où selon la lecture que l'on a de l'article L. 225-102-4, I du Code de commerce, on peut comprendre qu'il se rattache tantôt à l'activité des filiales tantôt à l'activité de la société.

Il s'agit, d'ailleurs, de l'un des fondements de la saisine du Conseil constitutionnel que de faire reconnaître cet article comme contraire à l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

339. Le Conseil constitutionnel ainsi que le gouvernement livrent l'analyse selon laquelle les dispositions de l'article L. 225-102-4, I du Code de commerce s'appliquent aux sociétés qui ont leur siège social en France incluant les sociétés mères françaises ainsi que les filiales françaises de groupes étrangers³⁵⁰.

Aussi, qu'une société mère française soit elle-même la filiale d'une holding étrangère n'a pas d'impact pour introduire ou exclure cette société du champ d'application du devoir de vigilance.

Effectivement, il ne sera pas possible de prendre en compte dans le calcul des effectifs ceux de la société mère étrangère au même titre qu'il ne sera pas possible pour ladite société française d'opposer sa société mère de droit étranger pour se soustraire à ses obligations³⁵¹.

B. Sous quelle forme la société française est-elle immatriculée ?

340. La loi est à première vue muette sur ce point. Il est néanmoins possible de déduire la réponse à cette question de l'emplacement de l'article L. 225-102-4 au sein du Code de commerce, soit le chapitre dédié aux sociétés anonymes.

En sus des sociétés anonymes, la société en commandite par actions est concernée par l'établissement d'un plan de vigilance dans la mesure où l'article L. 226-1, alinéa 2 du Code de commerce prévoit que les règles relatives à la société anonyme lui sont applicables.

La société européenne, régie par les dispositions de l'article L. 229-1 du Code de commerce qui lui prévoit l'application des règles relatives à la société anonyme, est également concernée par l'établissement d'un plan de vigilance.

³⁵⁰ Voir ici : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017750DC.htm> et ici : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-2017-750-dc-du-23-mars-2017-observations-du-gouvernement>.

³⁵¹ A. Reygrobellet, « Devoir de vigilance ou risque d'insomnies ? », précité, Revue Lamy droit des affaires.

341. Enfin, un débat s'est créé quant à l'inclusion ou non de la société par actions simplifiée dans le périmètre des sociétés assujetties au plan de vigilance.

A titre liminaire, relevons que le gouvernement lors de la formulation de ses observations suite à la saisine du Conseil constitutionnel a considéré que « *Ces obligations* [relatives au devoir de vigilance] *s'appliqueront aux sociétés anonymes mais aussi aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés par actions simplifiées, conformément aux renvois prévus par les articles L. 226-1 et L. 227-1 du code de commerce* »³⁵².

De plus, le rapport d'évaluation de la mise en œuvre de la loi relative au devoir de vigilance publié en janvier 2020 considère que la société par actions simplifiée doit établir un plan de vigilance et recommande même l'extension du champ d'application de la loi³⁵³.

342. Les arguments qui ont pu être développés en faveur de l'exclusion de la société par actions simplifiée peuvent se résumer au caractère inapplicable à la société par actions simplifiée de l'obligation d'introduire le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective au rapport de gestion visé par l'article L. 225-102 du Code de commerce³⁵⁴.

Effectivement, la société par actions simplifiée n'est pas tenue d'établir le rapport de l'article L. 225-102 du Code de commerce³⁵⁵ mais un rapport « allégé » visé par l'article L. 232-1 du Code de commerce.

Cette analyse confortée par le comité juridique de l'Association Nationale des Sociétés par Actions³⁵⁶ va, d'une part, à contresens de la position du gouvernement et du rapport d'évaluation de la mise en œuvre de la loi et, d'autre part, à l'encontre d'une partie de la doctrine, notamment en ce que l'article L. 225-102-4 du Code de commerce n'est pas exclu de la liste de

³⁵² Voir ici : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-2017-750-dc-du-23-mars-2017-observations-du-gouvernement>.

³⁵³ A. Duthilleul, M. de Jouvenel, précité, recommandation n°1, p. 9, voir également les p. 17 et 20.

³⁵⁴ S. Brabant, E. Savourey, C. Michon, « Le plan de vigilance - Clé de voute de la loi relative au devoir de vigilance », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires - Supplément à la Semaine Juridique entreprise et affaires* n°50 du 14 décembre 2017 ; A. Reygrobellet, « Devoir de vigilance ou risque d'insomnies ? », *Revue Lamy droit des affaires*, n°128, 1er juillet 2017.

³⁵⁵ Voir l'article L. 227-1 du Code de commerce.

³⁵⁶ Avis du comité juridique de l'ANSA n°17_028 du 30 novembre 2018, « Champ d'application de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : les SAS sont-elles tenues de mettre en place un tel plan de vigilance ? ».

l'article L. 227-1 du Code de commerce prévoyant les dispositions de la société anonyme non applicables à la société par actions simplifiée³⁵⁷.

343. Par ailleurs, dans la mesure où le sujet sera à terme tranché en jurisprudence, la question qui nous semble la plus pertinente est celle de la recommandation à donner à une société par actions simplifiée dans l'attente d'une position jurisprudentielle.

Comme le souligne le rapport d'évaluation de la mise en œuvre de la loi relative au devoir de vigilance, des entreprises qui n'y sont pas formellement soumises réalisent déjà des travaux d'analyse des risques liés à leurs activités et publient leurs actions de prévention et de contrôle de ces risques³⁵⁸.

Aussi, une société par actions simplifiée domiciliée en France qui répondrait au critère de masse salariale serait très certainement pourvue d'une direction Audit/Risques réalisant d'ores et déjà une appréciation des risques extra financiers³⁵⁹. Cette dernière pourrait être considérée comme insuffisante mais son adaptation aux nouveaux standards juridiques ne nécessiterait qu'une évolution se basant sur un socle préexistant.

344. Dès lors, consolider et publier un plan de vigilance nous semble constituer, « au mieux », une anticipation d'une jurisprudence en faveur de l'insertion de la société par actions simplifiée dans le périmètre du devoir de vigilance et, « au pire », un marqueur de bonne conduite par le biais d'un meilleur contrôle des incidences négatives de son activité.

De surcroît, l'alternative à la publication spontanée du plan de vigilance pour une société par actions simplifiée hésitant à s'exposer serait de la réserver à la réception d'une éventuelle mise en demeure.

C. Combien de salariés la société emploie-t-elle ?

345. L'obligation d'établir un plan de vigilance s'applique différemment selon que la société est intégralement ou non située en France.

³⁵⁷ A l'inverse, l'article L. 227-1 du Code de commerce prévoit expressément que les dispositions relatives à la déclaration de performance financière prévues à l'article L225-102-1 ne lui seront pas applicables.

³⁵⁸ A. Duthilleul, M. de Jouvenel, précité, p. 20.

³⁵⁹ La société SONEPAR, immatriculée sous forme de société par actions simplifiée, illustre bien cette situation : <https://www.sonepar.fr/integrite-et-conformite/cms.html>. La société est le leader mondial de la distribution de matériel électrique. Elle employait près de 48.000 collaborateurs et dégagait un chiffre d'affaires de 24 milliards d'euros en 2019.

Les sociétés uniquement implantées en France qui emploient, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins 5.000 salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises sont tenues d'établir un plan de vigilance.

Les sociétés qui disposent de filiales étrangères établissent un plan de vigilance si elles emploient, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins 10.000 salariés en leur sein et dans des filiales françaises et étrangères.

Sans précision sur la méthode à retenir pour le décompte des salariés d'une entreprise, l'utilisation des indices des articles L. 1111-2 et L. 1111-3 du Code du travail semble l'issue la plus raisonnable.

Comme le souligne justement la doctrine, la loi relative au devoir de vigilance a choisi une approche par seuil de salariés là où la DPEF et la loi Sapin 2 combinent une approche par seuil de salariés et par chiffre d'affaires. On peut d'ailleurs s'étonner que le législateur n'ait pas cherché à coordonner ces textes³⁶⁰.

§3. Le périmètre du devoir de vigilance pour les sociétés assujetties

346. La notion de périmètre du devoir de vigilance ressort des alinéas 2 et 3 de l'article L. 225-102-4 I du Code de commerce qui prévoient :

« Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle.

Le plan comporte 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,

³⁶⁰ S. Schiller, P-L. Perin, B. Parance, J-Y. Trochon., P. Le Goff, D. Kadar, S. Fougou, C. Duchaine, N. Bonucci, M. Souque, « Compliance et transparence en 2018 : Nouvelles obligations de vigilance, d'anti-corruption et d'information extra-financière », Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire, n°157, 2018, p. 3-61 ; B. Parance, « La déclaration de performance extra-financière, nouvelle ambition du reporting extra-financier », Semaine Juridique Editions Générale, n°44, octobre 2017, p. 1976-1979 ; N. Lenoir, « La loi sur le devoir de vigilance ou les incertitudes de la transformation du droit souple en règles impératives », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°26, juin 2020, p. 2-32 ; Champ d'application de la déclaration de performance extra-financière, Bulletin de l'ANSA, 2018-III, p. 1-5.

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. ».

Deux problématiques se dessinent. La première problématique a trait à la détermination des sociétés qui au sein d'un groupe sont intégrées à la constitution du plan de vigilance de la *holding*, soit le devoir de vigilance de la société mère (A). La deuxième est relative à la position que doit adopter une entreprise vis-à-vis des sous-traitants et fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie, soit le devoir de vigilance de la société donneuse d'ordre (B).

A. Le périmètre interne du devoir de vigilance ou le périmètre de consolidation de la société mère

347. Il ressort de la lecture de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce qu'une société mère doit intégrer à son plan de vigilance l'activité des sociétés qu'elle contrôle par renvoi à la notion de contrôle prévue à l'article L. 233-16, II du Code de commerce.

A titre liminaire, l'article L. 233-16 du Code de commerce porte l'obligation pour les sociétés commerciales d'établir et de publier des comptes consolidés et un rapport de gestion intégrant les entreprises contrôlées de manière exclusive ou conjointe ainsi que celles sur lesquelles s'exerce une influence notable.

On considère effectivement que pour obtenir une image fidèle et sincère d'une société mère, les comptes sociaux de cette dernière ne suffisent pas. Des comptes qui consolident les comptes sociaux de toutes les sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement doivent être également préparés.

L'article L. 225-102-4 du Code de commerce ne faisant référence qu'au contrôle exclusif prévu à l'article L. 233-16, II du même code, nous en déduisons que seul le contrôle exclusif est pris en compte dans le cadre du périmètre du plan de vigilance à l'exclusion du contrôle conjoint prévu à l'article L. 233-16, III du Code de commerce et de l'influence notable visée à l'article L. 233-17-2 du même code.

348. Dès lors, le contrôle exclusif³⁶¹ de l'article L. 233-16, II du Code de commerce recouvre trois situations possibles, un contrôle :

- de droit « *par la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise* » ; ou
- de fait par « *la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne* » ; ou
- contractuel par la possibilité « *d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet* »³⁶².

Tâchons d'appréhender cette notion de contrôle d'une manière concrète pour déterminer le périmètre de la vigilance que doit exercer la société mère.

349. Une société mère astreinte au devoir de vigilance doit-elle intégrer dans le périmètre de sa vigilance une filiale arrière-petite-fille (où filiale de rang 3) située dans un pays étranger ?

Dès lors que l'on peut considérer que c'est bien la société mère qui contrôle son arrière-petite-fille, la réponse est oui.

Aussi et peu importe le nombre de sociétés qui s'intercalent ou le caractère indirect du contrôle, conformément à l'article L. 233-16, II, 1° du Code de commerce si la société mère détient majoritairement sa fille, elle-même détenant majoritairement la sienne, etc., la société mère devra exercer sa vigilance sur sa filiale située tout en bas de l'organigramme qu'elle se situe en France ou à l'étranger.

Toutefois, cette vigilance doit toujours s'analyser au regard du caractère raisonnable que la loi a souhaité lui adjoindre.

³⁶¹ Voir également, le règlement de l'autorité des normes comptables CRC 99-02 « Comptes consolidés des sociétés commerciales et des entreprises publiques » qui définit le contrôle exclusif comme étant le pouvoir de diriger les politiques financière et opérationnelle d'une entreprise afin de tirer avantage de ses activités.

³⁶² Voir également le règlement de l'autorité des normes comptables précité qui estime que l'influence dominante existe dès lors que l'entreprise consolidante a la possibilité d'utiliser ou d'orienter l'utilisation des actifs de la même façon qu'elle contrôle ses propres actifs.

Effectivement, il est matériellement très difficile pour la société mère d'un grand groupe d'être omnisciente quant à l'activité de toutes ses filiales. C'est donc toujours au regard d'une cartographie des risques de qualité que la vigilance de la société mère doit s'exercer.

Si les notions de contrôle de droit et de fait recouvrent des situations faciles à appréhender, la notion d'influence dominante reste source d'insécurité, d'autant que la doctrine ne fournit que peu d'éléments d'analyse.

Initialement, l'article L. 233-16, II du Code de commerce visait le droit « *d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet et que la société dominante est actionnaire ou associée de cette entreprise* » avant que cette dernière condition ne soit supprimée par l'article 133 de la loi de sécurité financière n° 2003-706 du 1^{er} août 2003.

Effectivement, le législateur a souhaité englober dans la consolidation comptable des sociétés dont le contrôle n'est justement pas apparent mais ressort d'une manière plus subtile en dehors d'une détention capitalistique.

350. Les raisons de cette position se trouvent notamment dans les leçons tirées du scandale de la faillite de la société américaine Enron.

N'ayant pas l'obligation de consolider dans ses comptes des structures ad hoc (« *Special Purpose Entity* » en droit américain), cette dernière société s'était spécialisée dans la création de ce type de structure permettant ainsi de sortir artificiellement des éléments de son patrimoine³⁶³.

Aussi, ces entités ad hoc qui sont usuellement créées pour des besoins particuliers (le plus souvent vendre des prêts ou des dettes à des investisseurs privés) ont très largement permis à la société Enron de comptabiliser des pertes dans les comptes de ces structures plutôt que dans les siens³⁶⁴.

En élargissant le périmètre de consolidation de l'article L. 233-16, II du Code de commerce à la capacité d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de

³⁶³ On comprend qu'il était proposé des sommes importantes à des personnes physiques pour diriger ces structures qui étaient, de fait, contrôlées par Enron.

³⁶⁴ Pour plus d'informations, voir l'article de M. M. Zaki, « Après Enron, inventaire des pièges comptables à éviter », *Le Temps*, 25 mars 2002. Voir également C. Zumello, « Enron : une entreprise américaine en question », in « Entreprises et entrepreneurs. Dans leur environnement en Grande-Bretagne et aux États-Unis » sous la direction de O. Fraysse et N. Champroux, ed. Presses Sorbonne Nouvelle, 2005, p. 31 à 47.

clauses statutaires, il est possible d'appréhender des entités ad hoc même en l'absence de tout lien capitalistique³⁶⁵.

Outre le cas Enron, le contrôle contractuel pourrait recouvrir, en France, des situations de contrôle à l'endroit de sociétés *offshore* ou *ad hoc* en vue de réaliser des opérations de cession de dettes, de créance ou d'actifs (pour dissimuler des actifs à l'administration fiscale) ou encore des opérations de titrisation.

351. Enfin, le mécanisme d'exemption tel qu'il résulte de l'alinéa 2 de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce permet aux filiales et sociétés contrôlées qui entrent dans le champ d'application de la loi d'être exemptées de l'établissement d'un plan de vigilance lorsqu'elles sont contrôlées par une société qui établit et met en œuvre un plan de vigilance pour elle-même et ses filiales et sociétés contrôlées.

La notion de contrôle ne fait, cette fois ci, plus référence à l'article L. 233-16, II du Code de commerce mais à l'article L. 233-3 du même Code qui prévoit :

« I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

³⁶⁵ Voir le rapport d'information du Sénat disponible ici : <https://www.senat.fr/rap/r03-431/r03-43152.html>. Pour plus de précisions sur les entités ad hoc et le contrôle exercé sur ces dernières par l'entreprise consolidante, se référer au §10052 du Règlement n°2000-05 du 7 décembre 2000 du comité de la réglementation comptable : http://www.anc.gouv.fr/files/live/sites/anc/files/contributed/ANC/1.%20Normes%20françaises/Reglements/2000/reg2000_05_modifie.pdf.

II.- Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III.- Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale. ».

352. La notion de contrôle n'est donc pas la même quand il s'agit d'établir le périmètre du devoir de vigilance et quand il s'agit d'exempter une société de cette obligation.

Pourquoi cette différence ? Comme l'indique le Professeur Reygrobelle, l'article L. 233-16 du Code de commerce est le siège de la notion de la consolidation comptable, il semble donc assez logique de l'utiliser pour appréhender les risques liés à une activité³⁶⁶.

La consolidation est destinée à présenter la situation financière d'un groupe de sociétés comme si celles-ci ne formaient qu'une seule entité³⁶⁷. Elle a un objectif de transparence sur le plan financier. A l'inverse, l'article L. 233-3 du Code de commerce a été introduit en droit français afin d'assurer plus de transparence sur le plan juridique dans la mesure où il est utilisé pour la détermination des obligations d'information et de publication à la charge des sociétés tête de groupe. L'évaluation des risques trouve donc naturellement sa place dans le cadre de l'exercice de consolidation.

De plus, comme cela a été développé, l'article L. 233-16, II du Code de commerce permet d'englober non seulement dans le périmètre du devoir de vigilance les sociétés techniquement contrôlées par des droits de vote mais également les sociétés contrôlées en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires.

Dès lors, utiliser un article portant une notion aussi extensive pour englober toutes les sociétés contrôlées et donc exemptées de l'établissement d'un plan de vigilance car consolidées au niveau de la *holding* eut été déraisonnable, l'article L. 233-3 du Code de commerce étant plus adéquat.

³⁶⁶ A. Reygrobelle, « Devoir de vigilance ou risque d'insomnies ? », précité.

³⁶⁷ Editions Francis Lefebvre, Memento Comptable 2021 ; P. Vernimmen, P. Quiry, Y. Le Fur, Finance d'entreprise, Dalloz, 2020, 18ème ed.

B. Le périmètre externe du devoir de vigilance ou le périmètre de vigilance de l'entreprise donneuse d'ordre

353. Suite au drame du Rana Plaza, la loi relative au devoir de vigilance introduit l'idée que la distance qu'elle soit géographique ou juridique entre le donneur d'ordre et ses sous-traitants ou fournisseurs ne suffit plus pour qu'une entreprise se dédouane d'atteintes à la sécurité des personnes, aux droits humains et à l'environnement que ledit sous-traitant ou fournisseur aurait causées ou subies.

Cette idée, pouvant se révéler particulièrement anxiogène pour les sociétés astreintes au devoir de vigilance, est matérialisée par l'alinéa 3 de l'article L. 225-102-4, I du Code de commerce :

« Le plan comporte 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.³⁶⁸ ».

Deux situations doivent être distinguées. La première concerne celle des fournisseurs et sous-traitants qui entretiennent une relation commerciale établie avec la société donneuse d'ordre (1).

La deuxième concerne l'épineux problème de la chaîne d'approvisionnement qui s'étend au-delà du rang 1 ou du cocontractant direct de l'entité (2).

1. Les fournisseurs et sous-traitants en relation commerciale établie avec la société donneuse d'ordre

354. La référence à la notion de sous-traitance s'analyse au regard de la loi du 31 décembre 1975 qui définit la sous-traitance comme « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée

³⁶⁸ Soulignement ajouté.

sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage. ».

La notion de fournisseur ne dispose, de son côté, pas d'un contenu normatif important.

Néanmoins, la commission d'examen des pratiques commerciales a eu l'occasion de préciser dans un avis du 22 septembre 2014³⁶⁹ que la notion de fournisseur allait au-delà de la simple vente de marchandises.

Nous souscrivons donc à l'analyse doctrinale selon laquelle les fournisseurs visés par la loi doivent s'entendre de l'ensemble des personnes physiques et morales accomplissant des prestations de fourniture de biens et de services à une entreprise³⁷⁰.

355. Une première question surgit. La portée du devoir de vigilance concernant ces deux catégories de cocontractants doit-elle s'entendre uniquement lorsque ces derniers entretiennent une relation commerciale établie avec la société mère ou également avec les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16, II du Code de commerce ?

Une lecture stricte de l'alinéa 3 de l'article L. 225-102-4, I du Code de commerce pourrait laisser penser qu'il ne convient d'appréhender que les sous-traitants et fournisseurs en relation commerciale établie avec la société mère ainsi que ceux qui sont en relation avec les sociétés contrôlées exemptées de l'établissement d'un plan de vigilance, ce dernier étant consolidé par ladite société mère.

Néanmoins, cette lecture restrictive amène à sortir du périmètre de la vigilance un pan très important de l'activité des sociétés assujetties et ne semble pas en adéquation avec la volonté du législateur de tenter de contrôler les chaînes d'approvisionnement et les risques qu'elles portent en matière de droits humains, d'atteinte à l'environnement et de santé et sécurité des personnes.

³⁶⁹ Commission d'examen des pratiques commerciales, avis n°15-05 relatif à une demande d'avis d'une entreprise sur le champ d'application de l'article L.442-6-I, 8° du Code de commerce. Disponible ici : <https://www.economie.gouv.fr/cepc/avis-ndeg15-05-relatif-a-demande-davis-dune-entreprise-sur-champ-dapplication-larticle-l442-6-i> .

³⁷⁰ A. Reygrobellet, « Devoir de vigilance ou risque d'insomnies ? » précité, ainsi que S. Brabant, E. Savourey, C. Michon, « Le plan de vigilance - Clé de voute de la loi relative au devoir de vigilance », précité, Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires.

De plus, le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2017-750 du 23 mars 2017 procède à la reformulation suivante :

« Le plan de vigilance comporte « les mesures de vigilance raisonnables 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 auteur du plan, des sociétés qu'elle contrôle, ainsi que des sous-traitants et fournisseurs avec lesquels ces sociétés entretiennent une relation commerciale établie »³⁷¹.

Cette reformulation s'opère sans équivoque en faveur d'une interprétation large qui est au demeurant partagée par certains auteurs³⁷².

356. Dans l'attente d'une clarification, la solution pourrait selon nous se trouver dans le caractère raisonnable que le législateur a souhaité donner aux mesures de vigilance.

Si une filiale de la société mère exerce une activité dans un territoire où le risque en termes d'atteinte aux droits humains est important, il conviendra d'adopter une position raisonnable et d'exercer une vigilance accrue sur les sous-traitants et fournisseurs de cette société.

357. En tout état de cause, pour que l'activité d'un fournisseur ou d'un sous-traitant soit appréhendée dans le devoir de vigilance d'une société, les fournisseurs et sous-traitants doivent réunir deux conditions cumulatives : être liés à la société par une relation commerciale établie et exercer une activité rattachée à cette relation.

La notion de relation commerciale établie se retrouve à l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce dans un contexte différent de celui visé par la loi relative au devoir de vigilance puisqu'il s'agit d'en sanctionner la rupture brutale et non d'appréhender un périmètre de vigilance.

Aussi, comme l'indique le Professeur Charley Hannoun, la jurisprudence développée sur le fondement de cet article doit être utilisée avec prudence³⁷³.

³⁷¹ Soulignement ajouté, voir le paragraphe 3 de la décision du Conseil constitutionnel.

³⁷² Pour le Professeur Reygrobellet, dans son article précité, nul doute que les partenaires visés sont ceux liés à la société assujettie au plan de vigilance ainsi qu'à ses filiales ou à l'une des sociétés contrôlées. Pour les praticiens, Stéphane Brabant et Elsa Savourey, la solution penche également dans ce sens au regard de la reformulation du Conseil constitutionnel.

³⁷³ C. Hannoun, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », Revue Dalloz Droit social 2017, p. 806.

Sur la base de cette approche prudente, on considère, de manière classique, qu'il existe une relation commerciale établie lorsque la relation commerciale entre les parties revêtait avant la rupture un caractère suivi, stable et habituel et où la partie victime de l'interruption pouvait raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial³⁷⁴.

Aussi, trois critères se détachent pour considérer une relation commerciale comme établie : elle doit être régulière, significative et stable³⁷⁵.

Seule la jurisprudence pourra nous apporter une réponse quant à la transposition de ces trois critères au périmètre de vigilance.

358. Enfin, la loi précise que la société assujettie ne doit porter sa vigilance que sur les activités des fournisseurs et sous-traitants qui sont rattachées à la relation commerciale établie.

La précision est importante car elle limite la vigilance d'une société quant à l'activité de son fournisseur à l'activité en lien avec leur relation d'affaire.

Autrement dit, les relations d'affaires du fournisseur n'ont pas à rentrer dans le périmètre de vigilance de la société donneuse d'ordre dès lors que ces activités n'ont pas de lien avec la prestation délivrée.

Il n'est heureusement pas exigé par la loi le contrôle de l'intégralité du tissu économique d'un fournisseur mais uniquement celui qui concerne l'activité sollicitée.

2. L'appréhension des chaînes d'approvisionnement

359. La notion de relation commerciale établie pourrait-elle s'entendre des relations de rang 2 et 3 ? Ou, de manière concrète, le sous-traitant d'un fournisseur d'une filiale située au Niger d'un groupe de sociétés doit-il être appréhendé dans le périmètre de vigilance de la société mère sur la base d'une conception étendue de la relation commerciale établie ?

En visant une relation commerciale établie et non une relation contractuelle, le législateur a adopté une démarche ouverte sans circonscrire le texte à une relation contractuelle formalisée.

³⁷⁴ C-A Maetz, JurisClasseur Concurrence – Consommation, Fasc. 300 : RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES, 30 sept. 2019, § 22, voir également le rapport annuel 2008 de la Cour de cassation, p. 307.

³⁷⁵ Pour une application jurisprudentielle limpide : Com., 15 sept. 2009, n° 08-19.200.

Il s'agit, pour reprendre la formule du Professeur Malaurie-Vignal d'«une notion plus économique que juridique »³⁷⁶.

En suivant une approche économique pour se détacher d'une vision purement juridique, il est possible d'entrevoir une relation commerciale établie en une chaîne économique régulière, significative et stable. Pour cela il faudrait appliquer les critères dégagés en jurisprudence à la relation de rang 1 puis à la relation de rang 2.

360. La surveillance du donneur d'ordre pourrait donc s'étendre aux relations commerciales établies de ses propres relations commerciales établies malgré le fait qu'il n'y soit pas lié contractuellement.

En droit positif, la jurisprudence qui s'est développée en matière de relation commerciale établie a appréhendé la question de la responsabilité du donneur d'ordre à la suite de la rupture d'une relation commerciale impactant le sous-traitant de son prestataire principal.

Dans un arrêt rendu le 18 mai 2010³⁷⁷, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré qu'il était possible de reconnaître un intérêt à agir à un sous-traitant agissant en responsabilité pour rupture commerciale abusive d'une relation commerciale établie contre le donneur d'ordre³⁷⁸.

La Cour de cassation approuve la Cour d'appel qui a relevé « *que les contrats produits aux débats, signés entre la société France 2 et la société Planète Prod, reconnaissent expressément à la société Presse planète la qualité de sous-traitant de la société Planète Prod, et précisent que les prestations de cette société seront directement rémunérées par la chaîne au moyen du versement d'une somme forfaitaire, puis que la société Presse planète justifie avoir réalisé un chiffre d'affaires propre relevant de son activité directement déployée auprès de la société France 2* ».

Malgré le fait que la chambre commerciale de la haute juridiction ait confirmé sa position dans une autre décision rendue le 6 septembre 2011³⁷⁹, ces décisions abordent davantage l'intérêt

³⁷⁶ M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence interne et européen : Sirey, coll. Université, 7e éd., 2017, n° 292.

³⁷⁷ Pourvoi n° 08-21.681.

³⁷⁸ C.-A. Maetz, JurisClasseur Concurrence – Consommation, Fasc. 300 : RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES, 30 sept. 2019, § 19.

³⁷⁹ Pourvoi n°10-11.975 ; Voir N. Mathey, Revue LexisNexis Contrats, concurrence, consommation 2011, comm. 258, ainsi que B. Fages, RTD civ. 2011, p. 706.

d'un tiers à une relation commerciale établie à engager la responsabilité délictuelle de l'auteur de la rupture brutale qu'une réelle extension de la notion de relation commerciale établie.

C'est ici que se trouve toute la problématique de la transposition d'une notion installée dans une optique de réparation.

Néanmoins, deux critères peuvent enrichir notre raisonnement : la connaissance par le donneur d'ordre du sous-traitant ou du fournisseur de rang deux et le fait qu'il procède lui-même au paiement de ses factures.

Section 2. Les difficultés liées à l'établissement du plan de vigilance

361. Les entreprises sont confrontées à plusieurs difficultés dans l'établissement du plan de vigilance.

La première de ces difficultés consiste à répondre aux questions suivantes : avec qui dois-je établir mon plan de vigilance, quelles sont mes parties prenantes ? (§1).

Effectivement, la loi relative au devoir de vigilance précise que « *le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale* ».

A cette problématique s'ajoutent celles de la publication du plan de vigilance et de la forme à adopter pour le publier.

Ces problématiques ne sont pas abordées par le texte et, en l'absence d'un décret d'application, les entreprises restent livrées à leurs appréciations concernant l'agencement du plan de vigilance avec le rapport de gestion prévue à l'article L. 225-102 du Code de commerce et, le cas échéant, avec la DPEF (§2).

§1. Le rôle des parties prenantes dans l'établissement du plan de vigilance

362. Malgré la portée incitative du texte, la notion n'en reste pas moins difficile à cerner (A), au même titre que le rôle effectif pouvant être laissé aux parties prenantes dans l'établissement du plan de vigilance (B).

A. Un objet juridique mal identifié

363. La notion de partie prenante (*stakeholder*) est un objet juridique flou et difficile à appréhender. Ayant été créé par des économistes et non par des juristes, elle offre une perception ouverte des sociétés élargie à l'ensemble des interactions dont elle est l'occasion (et non plus fermée sur l'actionnariat)³⁸⁰.

Connue principalement par les instruments de *soft law* dans le domaine de la RSE, on retrouve cette notion disséminée dans des outils d'organisations internationales ou supranationales.

Les principes directeurs de l'OCDE³⁸¹ érigent en principe général le fait que « *Les entreprises devraient s'engager auprès des parties prenantes concernées en leur donnant de réelles possibilités de faire valoir leurs points de vue lorsqu'il s'agit de planifier et de prendre des décisions relatives à des projets ou d'autres activités susceptibles d'avoir un impact significatif sur les populations locales* »³⁸².

Quant aux principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, ils prévoient que « *Pour pouvoir bien évaluer leurs incidences sur les droits de l'homme, les entreprises devraient s'efforcer de comprendre les préoccupations des parties prenantes susceptibles d'être concernées en les consultant directement de telle manière que soient pris en compte la langue et les autres obstacles potentiels à un dialogue fructueux* »³⁸³.

364. L'entreprise Novethic, filiale du Groupe Caisse des Dépôts, considère que les parties prenantes sont « *les individus ou groupements d'une entreprise qui contribuent, volontairement ou non, à sa capacité de créer de la valeur et de l'activité et qui en sont ses bénéficiaires* ».

³⁸⁰ Voir en particulier R.E. Freeman, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge University Press, 2010 ; F-G Trébulle « Stakeholders theory et droit des sociétés » Bulletin Joly Sociétés 2006, p. 1337. Précisons que la Commission européenne, dans sa proposition de directive sur le devoir de vigilance adoptée le 23 février 2022, considère les parties prenantes comme « *les salariés de l'entreprise, les salariés de ses filiales et d'autres individus, groupes, communautés ou entités dont les droits ou intérêts sont ou pourraient être affectés par les produits, services et activités de cette entreprise, de ses filiales et de ses relations commerciales* ».

³⁸¹ Comme l'indique la Direction générale du Trésor (<https://www.tresor.economie.gouv.fr/tresor-international/pcn-france/les-principes-directeurs-de-l-ocde-a-l-intention-des-entreprises-multinationales>), les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales constituent un ensemble de recommandations adressées par les pays membres de l'OCDE aux entreprises multinationales pour les inciter à adopter un comportement responsable dans leurs activités. Ces Principes, assortis de commentaires détaillés, forment l'un des piliers de la Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales adoptée par les pays membres de l'OCDE en 1976.

³⁸² Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, édition 2011, voir parmi les principes généraux édictés, p. 22.

³⁸³ Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer », p. 24.

potentiels et/ou en assument les risques »³⁸⁴. Sous cette définition sont cités les actionnaires, les associations et ONG, les clients et consommateurs, les collaborateurs, les communautés locales, les fournisseurs, les pouvoirs publics et les syndicats.

On comprend donc que derrière cette appellation il s'agit pour l'entreprise non seulement de mesurer son impact sur toutes les personnes potentiellement concernées mais également d'associer ces personnes à des décisions qui pourraient les concerner, en l'occurrence l'établissement du plan de vigilance.

L'enjeu pour une entreprise est donc de sortir de l'entre soi et de collaborer avec des contre-pouvoirs, des personnes physiques ou morales concernées par ses actions afin de tendre vers de meilleures décisions et plus de transparence.

Fort heureusement pour les directions juridiques des grands groupes de sociétés concernés par l'établissement du plan de vigilance, la loi n'introduit pas une obligation mais une incitation. C'est d'ailleurs pour cette raison que le Conseil constitutionnel valide la mention malgré l'insécurité juridique qu'elle crée³⁸⁵.

365. Néanmoins, la notion n'étant pas fixée juridiquement, anticipons que l'enjeu du traditionnel affrontement entre associations et entreprises sera de parvenir à adopter la définition la plus étendue pour les uns, la moins contraignante pour les autres.

La loi sur le devoir de vigilance fournit sur ce point une arène idéale en ce que la mise en demeure sur la qualité d'un plan de vigilance d'une entreprise est à la charge de toute personne ayant intérêt à agir.

B. Un dialogue souvent difficile avec les parties prenantes externes

366. Certains auteurs ont élaboré des théories réservant aux parties prenantes des rôles dépassant largement les ambitions de la loi relative au devoir de vigilance en leur permettant de s'immiscer dans l'administration d'une entreprise³⁸⁶.

³⁸⁴ Voir ici : <https://www.novethic.fr/entreprises-responsables/qui-sont-les-parties-prenantes-de-lentreprise.html>.

³⁸⁵ Décision n°2017-750 du 23 mars 2017, n°22, voir également T. Beau de Loménie et S. Crossart, « Parties prenantes et devoir de vigilance », Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires - Supplément à la Semaine Juridique entreprise et affaires n°50 du 14 décembre 2017.

³⁸⁶ Voir H. Mintzberg, Pouvoir et gouvernement d'entreprise, Editions d'Organisation, 2004.

Benoit Hamon, lors de la primaire du Parti socialiste en 2017, s'en est inspiré et a proposé de « *représenter davantage les salariés et parties extérieures (fournisseurs, ONG...) dans les conseils d'administration de sociétés* »³⁸⁷.

Si l'idée peut séduire les milieux associatifs, elle pourrait entraîner une quasi-impossibilité de gestion d'une entreprise due à des divergences d'intérêts trop fortes, un théorème d'impossibilité comme l'énoncent certains auteurs³⁸⁸.

Il n'est d'ailleurs pas utile d'aller jusqu'à cette hypothèse pour constater des difficultés importantes dans le dialogue entre les sociétés astreintes au devoir de vigilance et leurs parties prenantes.

367. Comme l'explique le rapport d'évaluation de la mise en œuvre de la loi relative au devoir de vigilance, ce dialogue avec les parties prenantes lorsqu'elles sont externes à l'entreprise constitue le principal écueil de l'application de la loi.

En cause, la relation particulièrement conflictuelle pouvant se mettre en place entre des ONG ou des associations et l'entreprise rendant le dialogue houleux et difficile. De ce point de vue, la judiciarisation des relations avec les parties prenantes peut nuire à des situations d'entente et de dialogue, formées au niveau local.

Effectivement, la mise en demeure rendue possible par la loi sur le devoir de vigilance introduit bien souvent une exposition médiatique que les associations exploitent amenant souvent les entreprises à considérer l'action associative comme une ingérence au discours répétitif et excessif.

Aussi, l'ambition portée par la loi d'associer les parties prenantes à l'établissement du plan de vigilance nous semble pour le moins délicate à mettre en place tant que ces mêmes parties prenantes pourront être à l'origine d'une éventuelle mise en demeure sur la qualité dudit plan.

368. Néanmoins, notons que la réticence au devoir de vigilance a été plus marquée du côté des fédérations d'entreprises que des entreprises en elle-même. Effectivement, les grandes

³⁸⁷ N. Cuzacq, « Quelle place peut-on octroyer aux parties prenantes dans le puzzle de la gouvernance des sociétés », R. Dalloz 2017, p. 1844.

³⁸⁸ *Ibid.*, voir également K. Arrow, « Choix collectifs et préférences individuelles », Edition Diderot, collection Pergame, 1998 : malgré une logique collaborative, la somme des choix rationnels des parties prenantes n'aboutit pas nécessairement au meilleur choix collectif de par cette divergence d'intérêts.

industries françaises qui génèrent les risques les plus importants sur les thématiques visées par le devoir de vigilance mettent en place des systèmes de contrôle et de dialogue.

Pour certaines mesures, le devoir de vigilance n'a fait que consacrer le passage d'un système de *soft law* à un système de *hard law*. A titre d'exemple, le dialogue avec les parties prenantes d'un projet ou d'une activité industrielle, à tous les stades de sa réalisation, est intégré à l'industrie du nucléaire depuis près de 40 ans avec la mise en place des Commissions locales d'information (ci-après : « CLI »)³⁸⁹.

Au surplus, cette pratique pourrait se renforcer au sein des grandes entreprises qui créent désormais sur une base volontaire des comités de parties prenantes (notamment AXA ou Sanofi)³⁹⁰. Toutefois, on peut douter de l'intérêt de ces comités en matière de vigilance s'ils interviennent sur des problématiques différentes ou sans lien direct avec les thématiques du devoir de vigilance et réunissent les parties prenantes les moins offensives excluant celles qui, de fait, jouent un rôle de contre-pouvoir souvent polémique. A noter également la création de comités de mission par les entreprises qui adoptent le nouveau statut de société à mission créé par l'article 176 de la loi Pacte³⁹¹. Le comité de mission a vocation à être composé de représentants des parties prenantes de la société et à superviser l'exécution des objectifs sociaux et environnementaux fixés par la société³⁹². A ce stade, il est trop tôt pour observer si ces comités à mission joueront un rôle dans le cadre du devoir de vigilance.

369. Soulignons enfin que la proposition de directive de la Commission européenne sur le devoir de vigilance ambitionne de rendre obligatoire la concertation avec les parties prenantes. Elle indique que « *Le plan d'action en matière de prévention est élaboré en concertation avec les parties prenantes concernées* »³⁹³. Du reste, le rapport d'information sur l'évaluation de la

³⁸⁹ La première CLI a été créée en 1977 sur le site de Fessenheim. Elles ont ensuite été déployées dans les années 1980 autour de la plupart des installations nucléaires. La loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire et le décret du 12 mars 2008 en ont conforté l'existence en leur donnant un statut législatif. Les CLI intègrent toutes les composantes de la société civile (associations, élus, administrations) et constituent un outil privilégié d'information et de communication en faveur de la transparence nucléaire au niveau local. Elles assurent une mission de suivi, d'information et de concertation en matière de sûreté nucléaire, de radioprotection et d'impact des activités nucléaires sur les personnes et l'environnement. Si, en France, chaque installation nucléaire est pourvue d'une CLI, Orano met également en place des structures analogues d'information et d'échanges pour ses sites à l'étranger et ses anciens sites miniers en France.

³⁹⁰ A. Felix, I-A. Martinet, « Le comité des parties prenantes : la gouvernance hors les murs », Bulletin Joly Sociétés, n°11, novembre 2021, p. 41.

³⁹¹ Pour une illustration, voir Danone, première société cotée à adopter le statut de société à mission : <https://www.danone.com/fr/about-danone/sustainable-value-creation/danone-entreprise-a-mission.html#Mission>.

³⁹² B. Teyssie, « Les sociétés à mission », La Semaine Juridique Edition Générale, n°17, p. 828-836.

³⁹³ Article 7 et 8 de la proposition de directive de la Commission européenne.

loi sur le devoir de vigilance paru le 24 février 2022 recommande également que l'association des parties prenantes soit obligatoire³⁹⁴.

§2. Les problématiques liées à la publication et à la forme du plan de vigilance

370. L'article L. 225-102-4 du Code de commerce, introduit par l'article 1 de la loi relative au devoir de vigilance, prévoit que « *Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport mentionné à l'article L. 225-102.* ».

Deux obligations naissent de cet article, d'une part celle de publier le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre, d'autre part d'intégrer ces éléments au rapport de gestion (A).

Les questions relatives à la forme du plan de vigilance, à sa consolidation et son adéquation avec la DPEF se posent également dans la mesure où le plan doit être mis à disposition du public (B).

371. Plus largement, la rédaction d'un plan de vigilance nous semble, au regard de notre expérience en entreprise, devoir poursuivre un triple objectif d'accessibilité, de lisibilité et d'attractivité.

Premièrement l'accessibilité en ce sens que de trop nombreux plans de vigilance restent difficiles à trouver, perdus dans des rapports de gestion sans que l'entreprise n'organise leur lecture par des moyens plus aisés.

La lisibilité ensuite car, dans le silence de la loi sur la rédaction du plan, certaines entreprises ont pu être tentées par un engagement minimum en rédigeant leur rapport de gestion de manière usuelle sans consolider un plan de vigilance. Les éléments relatifs au plan de vigilance étaient disséminés dans l'ensemble du document et identifiables par le biais d'une table de concordance. Ce premier mouvement semble définitivement révolu, notamment par le biais des pressions associatives et la rédaction d'un plan unifié qui suit la nomenclature des actions prescrites par la loi apparaît indispensable pour une bonne compréhension du lecteur.

L'attractivité enfin dans la mesure où le plan de vigilance doit être convaincant, pour les parties prenantes, les investisseurs et potentiels investisseurs, les partenaires d'affaires, etc. Toutefois,

³⁹⁴ C. Dubost, D. Potier, Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, déposé le 24 février 2022, Recommandation n°3, p.45.

un écueil est à éviter : Celui d'un plan de vigilance rédigé plus ambitieux que les mesures réelles mises en place pour éviter la réalisation des risques.

A. La publication du plan de vigilance

372. La forme du plan de vigilance et le *modus operandi* de sa publication varient selon que les titres de la société sont, ou non, admis sur un marché réglementé.

Une société cotée est tenue de publier sur son site internet un rapport financier annuel qui contient notamment le rapport de gestion³⁹⁵. Il est ainsi aisé pour la société astreinte à l'établissement d'un plan de vigilance de publier ledit plan au travers de son rapport de gestion, faisant ainsi d'une pierre deux coups³⁹⁶.

De leur côté, les sociétés dont les titres ne sont pas admis sur un marché réglementé sont également tenues d'établir un rapport de gestion.

Cette obligation concerne effectivement toutes les sociétés commerciales dans la mesure où le rapport de gestion permet aux dirigeants des sociétés (le conseil d'administration ou le directoire dans le cas d'une société anonyme) de rendre compte à l'organe délibérant (l'assemblée générale des actionnaires) de leur gestion et de la situation de la société au cours de l'exercice écoulé.

A ce titre, l'article L. 225-100 du Code de commerce prévoit que « *Le conseil d'administration ou le directoire présente à l'assemblée les comptes annuels et le cas échéant les comptes consolidés, accompagnés du rapport de gestion y afférent (...)* ».

En revanche, si les sociétés commerciales non cotées ont l'obligation d'établir et de présenter un rapport de gestion à l'assemblée générale des actionnaires, il ne leur est pas impératif de le déposer au greffe du tribunal de commerce et de le publier sur leur site internet³⁹⁷.

³⁹⁵ Voir ici : <https://www.pcisas.com/wp-content/uploads/2020/06/AMF-2016-05-Guide-de-linformation-periodique-des-societes-cotees-maj-2020.06.17.pdf>, §3.7, p. 12.

³⁹⁶ Voir par exemple, le document d'enregistrement universel 2019 de Total qui intègre le rapport financier annuel, le rapport de gestion et le plan de vigilance de la société : https://www.total.com/sites/g/files/nytnzq111/files/atoms/files/total_document_enregistrement_universel_2019.pdf.

³⁹⁷ Voir l'article L.232-23 du Code de commerce. Précisons que le dépôt du rapport de gestion de la société non cotée au greffe du Tribunal de commerce est obligatoire dès lors que celle-ci établit des comptes consolidés.

Une telle société qui ne publie pas son rapport de gestion doit alors publier sur son site internet son plan de vigilance et le compte rendu de son application, le cas échéant dans un document séparé en libre accès³⁹⁸.

B. La forme du plan de vigilance

373. Les deux éléments de *reporting* extra financier que constituent le plan de vigilance et la DPEF peuvent être rassemblés en un seul et même document. Effectivement, les éléments constitutifs de la DPEF ne sont pas identiques au plan de vigilance mais restent suffisamment proches pour envisager cette possibilité.

Prévue à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, la DPEF a été introduite par la directive n°2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 et transposée dans notre système juridique par l'ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet 2017 et précisé par le décret n°2017-1265 du 9 août 2017³⁹⁹.

Cette obligation de publication concerne les entreprises immatriculées sous la forme de société anonyme, société en commandite par actions ou société européenne⁴⁰⁰ dont (i) le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice dépasse le seuil de 500 salariés et (ii) :

- pour les sociétés cotées, le bilan dépasse 20 millions d'euros ou le chiffre d'affaires net est supérieur à 40 millions d'euros ;

³⁹⁸ A titre d'exemple, le groupe Orano, dont les titres n'étaient pas admis sur un marché réglementé en 2020, a fait le choix de rendre librement accessible à travers son rapport annuel d'activité (contenant son rapport de gestion) son plan de vigilance consolidé ainsi qu'une DPEF lisible par le biais d'une table de concordance.

³⁹⁹ B. Parance, « La déclaration de performance extra-financière, nouvelle ambition du reporting extra-financier », *Semaine Juridique Éditions Générale*, n°44, octobre 2017, p. 1976-1979 ; C. Malecki, « Transposition de la directive RSE : un nouveau cadre de publication extra-financières pour les grandes entreprises », *Bulletin Joly Sociétés*, octobre 2017, p. 632-640. Précisons que les sociétés clôturant leurs comptes au 31 décembre 2018 ont été redevables, pour la première fois, d'une déclaration de performance extra-financière dans leurs rapports de gestion 2018 publiés en 2019. L'année 2019 marque donc la première année de mise en œuvre de la déclaration de performance extra-financière.

⁴⁰⁰ Les sociétés exclues de ce dispositif sont la SAS (l'article L. 227-1 du Code de commerce exclut l'application de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce aux SAS) les SARL, sauf celles qui sont des établissements de crédit ou sociétés d'investissement entreprises d'investissement, entreprises mères de sociétés de financement et sociétés financières *holding* qui sont comme cotées et assimilées, les SCI, GIE, les établissements de paiement et établissements de monnaie électronique, les EPA et EPIC, les associations et fondations.

- pour les sociétés non cotées, un bilan ou un chiffre d'affaires net excédant 100 millions d'euros⁴⁰¹.

La DPEF exige des entreprises la publication détaillée d'informations sur « *la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* ».

De plus, sous réserve que ces thèmes soient pertinents pour la société, la DPEF comprend des informations relatives :

- « *aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit ;*
- *à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire de la lutte contre le gaspillage alimentaire, de la lutte contre la précarité alimentaire, du respect du bien-être animal et d'une alimentation responsable, équitable et durable ;*
- *aux accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés ; et*
- *aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées.* »⁴⁰².

De plus, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé doivent également indiquer les effets de leur activité quant au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption et l'évasion fiscale.

La principale thématique du devoir de vigilance qui n'est pas abordée par la DPEF réside dans le contrôle des fournisseurs et sous-traitants d'une entreprise.

374. Parmi un échantillon d'entreprises (sociétés cotées CAC 40 ou SBF 120) analysé par l'AMF⁴⁰³, 59 % d'entre elles ont décidé, pour les éléments publiés en 2019, de traiter le plan de vigilance au sein de leur DPEF, parfois au prix d'une répétition d'éléments extra-financiers ou d'une confusion de ce qui relève de l'un ou l'autre des textes⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Il s'agit des articles R. 225-104, D. 123-200 et D. 210-21 du Code de commerce.

⁴⁰² Article L.225-102-1 du Code de commerce.

⁴⁰³ Atos, Axa, Bouygues, Capgemini, Credit Agricole, Danone, Engie, Kering, Legrand, L'oreal, Orange, PSA Groupe, Sanofi, Schneider Electric, Societe Generale, Sodexo, Total, Valeo, Veolia, BIC, Mercialis, Nexans, Nexity, TF1.

⁴⁰⁴ <https://www.amf-France.org/fr/actualites-publications/publications/rapports-etudes-et-analyses/rapport-2019-sur-la-responsabilite-sociale-societale-et-environnementale-des-societes-cotees>.

En cas de fusion de la DPEF et du plan de vigilance, l'AMF a noté que certaines sociétés, à titre de bonne pratique, identifient de manière explicite à quel texte renvoie tel ou tel élément extra-financier, *via* par exemple des sigles ou pictogrammes⁴⁰⁵.

En ce qui concerne les 41 % de sociétés restantes qui ont rendu compte de leur plan de vigilance en dehors de la DPEF, l'AMF retient que le format présente l'avantage de faciliter la lecture de la DPEF mais d'en amoindrir le contenu dans la mesure où elle ne traite pas, pour éviter les répétitions, des informations relatives au respect des droits humains et des libertés fondamentales.

L'article 225-102-1, III du Code de commerce prévoit effectivement que « *La déclaration peut renvoyer, le cas échéant, aux informations mentionnées dans le plan de vigilance prévu au I de l'article L. 225-102-4.* ».

375. Cette manière de faire nous semble probablement plus raisonnable au regard des implications contentieuses du devoir de vigilance.

Effectivement, la DPEF ne prévoit pas une issue contentieuse aussi forte que la loi relative au devoir de vigilance. L'article L. 225-102-1 du Code de commerce prévoit uniquement que « *toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de communiquer les informations mentionnées au III ou à l'article L. 22-10-36.* ».

Il nous semble que cet article a davantage vocation à sanctionner un défaut de communication que de cristalliser un contentieux sur la qualité de la DPEF. Nous n'avons d'ailleurs pas connaissance, à ce jour, d'une utilisation judiciaire de l'article susvisé.

376. A l'inverse, le contentieux relatif au plan de vigilance apparaît réel. Une société peut être mise en demeure de fournir un plan de vigilance, le cas échéant plus qualitatif, par n'importe quelle personne ayant intérêt à agir.

A ce titre, le défaut de lisibilité du plan de vigilance a déjà été ciblé par des associations pour reprocher à des entreprises de présenter un plan de vigilance et une DPEF non consolidés, soit disséminés au sein du rapport de gestion et lisibles uniquement par le biais d'une table de concordance.

⁴⁰⁵ Rapport AMF 2019 sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées publié le 29 novembre 2019.

Dès lors, constituer un plan de vigilance consolidé au sein du rapport de gestion permet à n'importe quel lecteur de l'identifier immédiatement à partir du sommaire et d'en prendre connaissance rapidement dans son intégralité.

377. L'évolution de cette démarche réside en la publication du plan de vigilance en annexe du rapport de gestion, séparé du corps du rapport afin d'éviter de nombreuses répétitions entre les sections relatives aux risques, à la RSE et au plan de vigilance.

Créer un document entier, se suffisant à lui-même, nous semble être le meilleur moyen d'en assurer l'accessibilité, la lisibilité et l'entièreté en se détachant des problématiques de forme (définitions, renvois, etc.) liées à l'insertion d'un document pouvant se révéler volumineux dans le corps du rapport de gestion.

La lecture du plan de vigilance publié par l'entreprise Schneider Electric nous confirme dans cette position de par sa qualité et son volume⁴⁰⁶.

Section 3. Une mise en œuvre plus aisée du programme de conformité de la loi Sapin 2

378. L'étude de la mise en œuvre du programme de conformité de la loi Sapin 2 amène le constat d'une certaine simplicité en comparaison des problématiques auxquelles les entreprises sont confrontées dans le cadre de l'application du devoir de vigilance.

En effet, les problématiques liées au champ d'application ne revêtent que peu de complexité (§1). Le programme de conformité est soustrait des logiques de publication et les entreprises peuvent se référer à l'AFA qui dans sa mission de conseil offre des informations et conseils précieux (§2).

§1. Un champ d'application peu sujet à discussion

379. Les problématiques liées au champ d'application du programme de conformité de la loi Sapin 2 se détachent de celles relatives au plan de vigilance.

Le champ d'application matériel présente l'avantage d'être défini par la référence à des infractions du Code pénal qui répondent à une exigence d'intelligibilité (A). Il est donc

⁴⁰⁶ <https://www.se.com/ww/fr/assets/342/document/133736/schneider-electric-plan-de-vigilance-avril-2020.pdf>

nettement plus simple de déterminer un cas de corruption passive qu'une atteinte à l'environnement.

De plus, le champ d'application personnel du programme de conformité, s'il présente quelques subtilités dans le cadre d'un groupe de sociétés, ne présente pas les difficultés suscitées par le plan de vigilance (B).

A. Un champ d'application matériel se référant à des infractions légalement définies

380. L'objectif du programme de conformité de la loi Sapin 2 vise à éviter la réalisation de risques matérialisés par les infractions de corruption et de trafic d'influence.

Aussi, contrairement à la loi relative au devoir de vigilance qui fait référence (sans plus de précision) aux atteintes aux droits humains et libertés fondamentales à l'environnement et à la santé et à la sécurité des personnes, le programme de conformité de la loi Sapin 2 détermine son champ d'application par la référence à des infractions légalement définies.

381. Toutefois, une nuance se trouve dans la nature privé ou publique de l'entité assujettie. Effectivement, l'article 1 de la loi Sapin 2 prévoit que l'AFA a « *pour mission d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme.* ».

Néanmoins, les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société atteignant les seuils fixés par la loi (chiffre d'affaires et masse salariale, voir *infra*, § n° 383 et s.) ne sont tenus de mettre en place leur programme de conformité que pour les infractions de corruption et de trafic d'influence⁴⁰⁷.

Une incitation est également mise en place par l'AFA dans ses recommandations afin que les programmes de conformité des acteurs privés prennent en compte les infractions de faux et d'abus de biens sociaux ainsi que les infractions de recel et de blanchiment de faits de corruption et de trafic d'influence⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ L'article 17, I de la loi Sapin 2 ne fait référence qu'à ces deux infractions et renvoie au II pour la mise en place des mesures et procédures impératives. Derrière la notion générique de corruption, il faut comprendre les infractions de corruption et de trafic d'influence actif et passif et d'agent public étranger.

⁴⁰⁸ Voir le § 88 des Recommandations de l'AFA.

De leur côté, les « acteurs publics » que sont les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les sociétés d'économie mixte, les établissements publics industriels et commerciaux ainsi que les associations et fondations reconnues d'utilité publique sont tenus de mettre en place des procédures couvrant non seulement le risque de corruption et de trafic d'influence mais également de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme⁴⁰⁹.

B. Un champ d'application personnel et un périmètre de surveillance simplifiés

382. Si le cas d'une société isolée ne soulève pas de difficulté particulière au regard des seuils de chiffre d'affaires et de masse salariale définis par la loi (1), l'appréhension d'un groupe de sociétés présente un certain nombre de subtilités que l'AFA désamorce en proposant de précieux outils de lecture (2). Enfin, s'agissant du périmètre de surveillance externe, la loi est particulièrement précise (3).

1. Des seuils fixés au regard du chiffre d'affaires et de la masse salariale

383. Alors que la question des sociétés soumises au plan de vigilance a créé un débat quant aux formes sociales concernées, la problématique ne se pose pas sur le terrain de la loi Sapin 2.

Effectivement, l'article 17, I de la loi Sapin 2 dispose :

« Les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros sont tenus de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence selon les modalités prévues au II. »

Le critère de la forme sociale n'est pas abordé et cet article n'est pas intégré au Code de commerce ne générant ainsi pas les problématiques soulevées en matière de vigilance quant aux renvois à opérer entre les différentes sections du Code.

⁴⁰⁹ Voir l'article 3, 3° de la loi Sapin 2 ainsi que le § 90 des Recommandations de l'AFA.

384. Aussi, toutes les formes de sociétés peuvent être concernées par le programme de conformité de la loi Sapin 2 dès lors que les critères cumulatifs de taille (500 salariés au moins) et de chiffre d'affaires (supérieur à 100 millions d'euros) sont remplis.

Sur ce point, la fiche « Périmètre des contrôles » de l'AFA est parfaitement claire et ajoute, par ailleurs, que sont également concernées les entités exerçant une activité économique de type GIE, association, syndicat professionnel, fondation ordre professionnel, etc.⁴¹⁰.

385. S'agissant d'une société « isolée », il convient d'appréhender la question du chiffre d'affaires de manière classique hors taxes et après déduction d'éventuelles ristournes accordées aux clients.

Concernant le calcul des effectifs, l'AFA livre tous les éléments pratiques nécessaires avec une grande précision⁴¹¹.

386. S'il a pu être reproché à la loi Sapin 2 d'avoir un champ d'application personnel trop restreint⁴¹², il nous semble qu'avec près de 2.000 entreprises concernées et des retombées juridiques suffisamment importantes pour modifier le paysage juridique de l'appréhension des infractions de corruption, la loi Sapin 2 est tout sauf une loi creuse.

De surcroît, des mouvements que l'on peut qualifier de « *compliance* par capillarité » se développent à l'endroit d'entreprises non assujetties à la loi Sapin 2. Certaines entreprises sont effectivement tirées vers le haut par des donneurs d'ordre qui souhaitent contracter avec des interlocuteurs responsables.

En ce sens, soulignons que l'AFA a publié un Guide pratique anticorruption à destination des PME et des petites ETI et précise que si ces dernières ne sont pas assujetties au programme anticorruption « *Elles ont, en revanche, un réel bénéfice à le faire dans la mesure où un tel dispositif leur permet, non seulement, de se prémunir contre d'éventuels actes de corruption et de leurs conséquences financières, réputationnelles et humaines, mais aussi de démontrer leur intégrité à leurs grands partenaires commerciaux.* »⁴¹³.

⁴¹⁰ AFA, fiche « Périmètre des contrôles prévus par l'article 17 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », p. 2.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 2 et s.

⁴¹² M. Segonds, « L'innovation constituée par les programmes de conformité anticorruption obligatoires », in « De la conformité à la justice négociée, actualité de la lutte anticorruption », colloque de l'ENM du 17 mai 2018, p. 36.

⁴¹³ Voir ici : <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/guide-pratique-anticorruption-destination-des-pme-et-des-petites-eti>.

2. Des problématiques à l'échelle des groupes de sociétés résolues par l'AFA

387. Relevons, à titre liminaire, que la notion de groupe de sociétés a été précisée par le Conseil constitutionnel comme désignant l'ensemble formé par une société et ses filiales au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce ou l'ensemble formé par une société et celles qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du même Code⁴¹⁴.

Aussi, la notion de contrôle, prévue par l'article précité, se fait selon le capital et les droits de vote détenus et la capacité de nommer ou révoquer des membres des organes de gouvernance de la société.

La notion de contrôle exclusif prévue à l'article L. 233-16, II du Code de commerce qui prévoit un contrôle pouvant résulter d'une influence dominante en vertu d'un contrat, notion plus difficile à appréhender, n'est donc pas retenue.

388. Comme l'indique l'AFA, les obligations prévues par l'article 17 sont applicables à un groupe de sociétés qui, pris dans sa globalité, satisfait aux deux critères cumulatifs de l'effectif et du chiffre d'affaires consolidé⁴¹⁵ à la condition que le siège de la société mère soit situé en France.

Une société mère française qui, par le biais d'une ou plusieurs filiales, remplit les conditions prévues par la loi, fait entrer tout le groupe ainsi constitué dans le champ de l'article 17, sans qu'il y ait lieu de s'intéresser à la question d'une possible détention de cette société mère par une autre société dont le siège social pourrait être situé à l'étranger⁴¹⁶.

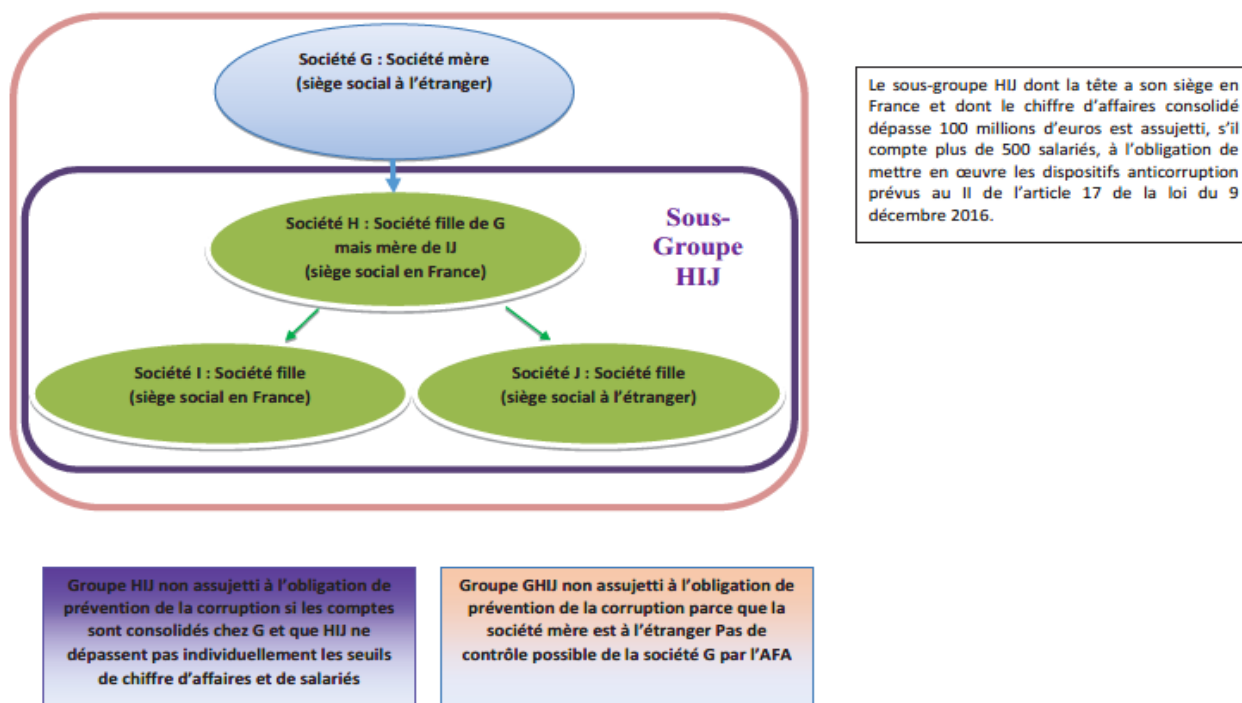
Autrement dit, l'analyse des sociétés astreintes au programme de conformité de la loi Sapin 2 doit toujours partir d'un point d'ancrage que constitue une société française, peu importe qu'elle soit contrôlée par une société étrangère, pour se répartir ensuite le long des sociétés française et étrangères qu'elle contrôle afin d'examiner si les conditions sont remplies.

⁴¹⁴ Voir décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, § 14.

⁴¹⁵ AFA, Fiche « Périmètre des contrôles prévus par l'article 17 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », p. 5.

⁴¹⁶ <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/faq/foire-aux-questions-faq>.

389. Sur ce sujet, la fiche périmètre de l'AFA livre des schémas explicatifs clairs à destination des entreprises tel que celui que nous reproduisons ci-après⁴¹⁷ :



L'article 17 de la loi Sapin 2 ajoute :

« Lorsque la société établit des comptes consolidés, les obligations définies au présent article portent sur la société elle-même ainsi que sur l'ensemble de ses filiales, au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce, ou des sociétés qu'elle contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du même code. Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au présent I sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens du même article L. 233-3, met en œuvre les mesures et procédures prévues au II du présent article et que ces mesures et procédures s'appliquent à l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle. ».

⁴¹⁷ AFA, Fiche « Périmètre des contrôles prévus par l'article 17 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », p. 18.

390. Deux précisions doivent être apportées. D'une part, l'obligation de mettre en œuvre un dispositif anticorruption porte sur la société mère et sur l'ensemble des filiales ou des sociétés contrôlées, y compris si ces entités n'atteignent pas à elles seules les seuils d'effectif et de chiffre d'affaires.

L'AFA peut donc procéder au contrôle de la qualité du dispositif anticorruption au sein de toutes les sociétés qui composent le groupe et non seulement la société mère⁴¹⁸.

D'autre part, à l'instar du devoir de vigilance, un mécanisme d'exemption est prévu dans la mesure où les sociétés du groupe sont réputées satisfaire aux obligations du programme de conformité si ce dernier est mis en œuvre par la société mère et s'applique à toutes les sociétés contrôlées.

391. Enfin, notons que la proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption prévoit la suppression de la condition tenant à la localisation en France du siège social de la société mère. Si cette mesure est adoptée elle permettra d'assujettir aux obligations prévues par l'article 17 de la loi Sapin 2 les petites filiales de grands groupes étrangers établies en France, dès lors que la société mère dépasse les seuils prévus par la loi⁴¹⁹.

3. Un périmètre de surveillance externe précis

392. Contrairement au devoir de vigilance, la gestion des procédures d'évaluation des tiers prévue par le programme de conformité de la loi Sapin 2 est claire.

Si le plan de vigilance met en place « *Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques* », la loi Sapin 2 définit le périmètre d'évaluation des tiers en ce qu'il doit concerner les « *clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques* ».

Toutes les relations contractuelles visant la fourniture d'un bien ou d'un service sont donc concernées avec une précision importante pour les intermédiaires commerciaux ou facilitateurs d'affaires.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁴¹⁹ Voir les articles 15 et 16 de la proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption.

Peu importe que ces relations ne soient pas « établies », il n'est donc pas nécessaire de mettre en place un nouveau filtre contrairement au devoir de vigilance.

De plus, les fournisseurs qui doivent être appréhendés par la cartographie sont expressément visés comme ceux de premier rang permettant une certaine précision et une sécurité dans l'appréhension du texte que nous ne retrouvons pas sous l'égide du devoir de vigilance.

§2. Un programme de conformité non public et un lien privilégié avec l'instance de contrôle

393. L'absence de publication d'un document reprenant le programme de conformité de la loi Sapin 2 s'explique par la mise en place d'une entité spécialement créée pour contrôler ledit programme : l'AFA.

Il n'est donc pas nécessaire de rendre un élément public dans la mesure où les parties prenantes d'une entreprise ne sont pas investies d'une capacité de contrôle (A).

Limiter la mission de l'AFA au contrôle des programmes de conformité des entreprises assujetties reviendrait à occulter une partie fondamentale de sa mission qui consiste à conseiller et à accompagner les entreprises dans la mise en œuvre desdits programmes (B). Cette mission de conseil et d'accompagnement de l'AFA s'illustre également dans la possibilité laissée aux entreprises de solliciter un appui spécifique (C).

A. Un programme de conformité non public

394. Le déséquilibre le plus profond entre les deux programmes de conformité se situe dans les modalités de contrôle.

Alors que le plan de vigilance est contrôlé par n'importe quelle personne ayant intérêt à agir pour mettre en demeure une société d'établir un plan plus qualitatif, le contrôle de la qualité du programme de conformité de la loi Sapin 2 est exercé par l'AFA qui a été créée par la même loi.

Une entité a donc été spécialement constituée non seulement pour contrôler les entreprises mais aussi et avant tout pour les aider dans la mise en œuvre des dispositions du programme.

L'AFA considère d'ailleurs qu'aider les entreprises à mettre en œuvre les mesures de l'article 17 de la loi Sapin 2 est sa première mission avant l'exercice de son pouvoir administratif de contrôle⁴²⁰.

395. Bien que cette double mission de l'AFA puisse générer des difficultés, elle confère un avantage important dans la mise en œuvre du programme. En publiant de nombreux documents et particulièrement un document consolidé de « recommandations » aux entreprises⁴²¹, la mise en œuvre du programme de conformité n'est pas une charge individuelle que chaque entreprise développe de son côté, comme elle le peut, à l'image du plan de vigilance.

Aussi, en organisant un système consolidé autour d'un organe de contrôle assorti d'une forte mission de conseil, il n'est ni nécessaire ni souhaitable de demander aux entreprises de publier un résumé de leur programme de conformité à la loi Sapin 2.

Sans cette exigence de publication indispensable au plan de vigilance pour permettre au « public » d'en prendre connaissance et le cas échéant de s'en faire juge, l'établissement du programme de conformité de la loi Sapin 2 se fait en suivant les « recommandations » de l'AFA tout en gardant en tête l'éventualité d'un contrôle.

Ce dernier sera d'ailleurs préparé en répondant, en amont, à un questionnaire de plus de 150 questions que l'AFA adresse quelques semaines avant un contrôle à l'entreprise concernée mais en libre accès sur son site internet. Aussi, un grand nombre d'entreprises anticipent le contrôle et préparent la réponse aux questions bien avant d'avoir reçu la notification de contrôle du directeur de l'AFA.

B. Un programme de conformité établi sur la base des recommandations et de la documentation de l'AFA

396. La mission de conseil de l'AFA est au centre de son activité et à vocation à s'exercer avant un éventuel contrôle afin de permettre à l'entreprise concernée de mettre en place le programme anticorruption de manière adéquate.

⁴²⁰ <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/lagence>.

⁴²¹ Une première version a été publiée en décembre 2017, la deuxième en décembre 2020 : <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/tous-les-documents>.

A ce titre, cette mission de conseil est mise en avant par le législateur qui l'a intégrée à la définition de l'AFA, figurant à l'article 1 de la loi Sapin 2, contrairement à la mission de contrôle qui n'y figure pas.

397. De son côté, l'article 3, 2° de la loi Sapin 2 prévoit que l'AFA :

« Elabore des recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme.

Ces recommandations sont adaptées à la taille des entités concernées et à la nature des risques identifiés. Elles sont régulièrement mises à jour pour prendre en compte l'évolution des pratiques et font l'objet d'un avis publié au Journal officiel ; ».

L'AFA publie donc des recommandations détaillées afin d'aider les entreprises à prévenir les faits de corruption et à correctement mettre en place le programme de conformité prévu à cet effet (1).

De surcroît, nous l'avons observé pour ce qui est du périmètre d'application de l'article 17 de la loi Sapin 2, l'AFA, par le biais de publications d'informations juridiques précises, livre des fiches ou informations pratiques dans la mise en place du programme de conformité (2).

1. Les recommandations de l'AFA et la démarche explicative d'un programme qui repose sur trois piliers

398. Une première version de ces recommandations a été publiée en décembre 2017. Elles ont par la suite été remplacées par une nouvelle version en décembre 2020.

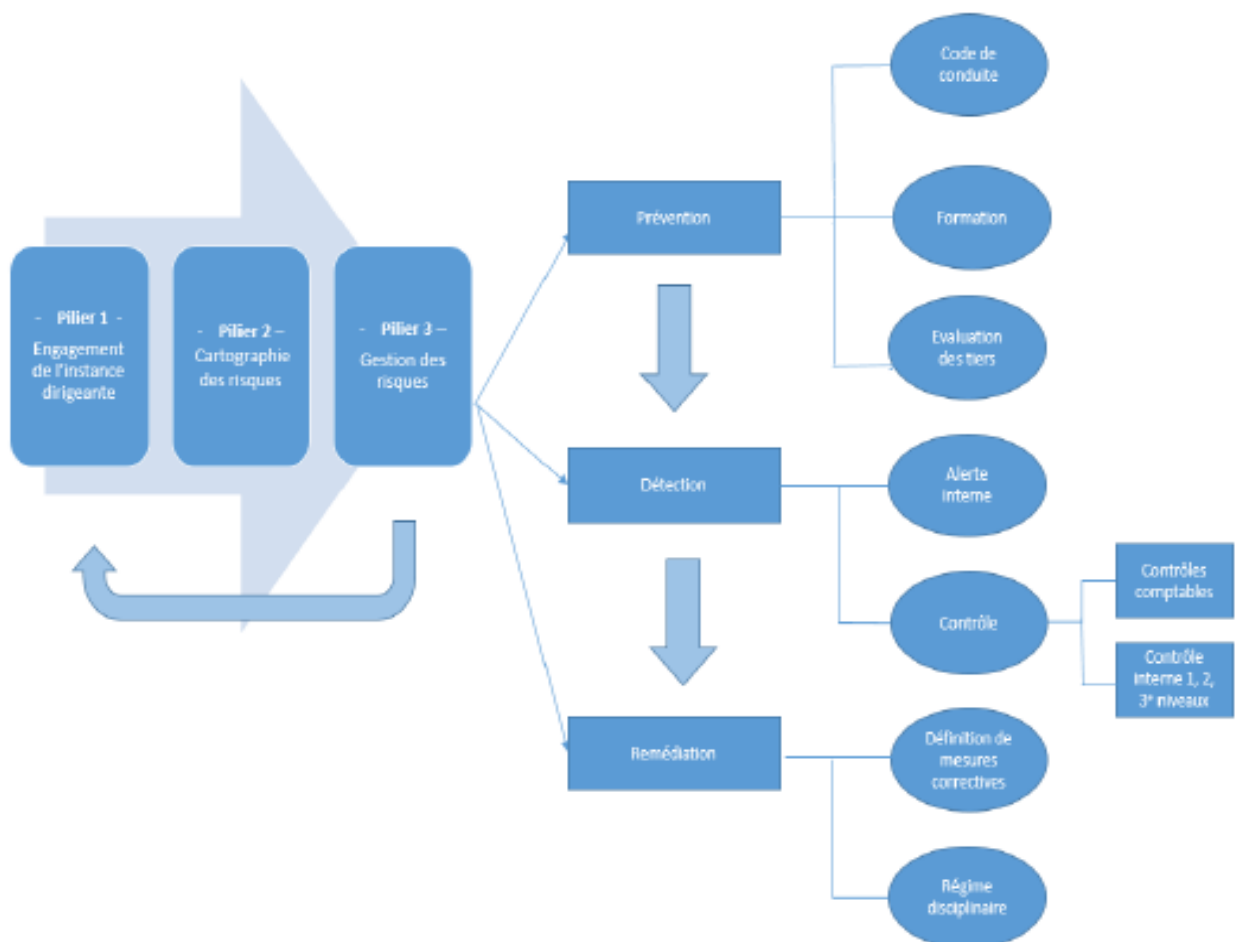
En publiant ses nouvelles recommandations, l'AFA a établi un référentiel commun à tous les acteurs ainsi qu'un référentiel à destination des acteurs privés et un autre destiné aux acteurs publics.

Le référentiel anticorruption commun à tous les acteurs se veut être un référentiel anticorruption unique que peuvent appliquer *« toutes les personnes morales de droit privé ou de droit public, de droit français ou de droit étranger, qui déploient leurs activités en France comme à l'étranger, quels que soient leur taille, leur forme sociale ou leur statut juridique, leur secteur ou domaine d'activité, leur budget ou leur chiffre d'affaires ou l'importance de leurs effectifs »*, quand bien même elles ne seraient pas assujetties à l'article 17 de la loi Sapin II.

399. Les nouvelles recommandations de l’AFA intègrent et consolident toute l’expérience que l’AFA a développé depuis sa création : les enseignements tirés dans le cadre de l’exercice de ses différentes missions de contrôle, certains principes d’ores et déjà dégagés dans diverses publications, ainsi que certaines précisions apportées par la Commission des sanctions dans le cadre de ses deux premières décisions Sonepar et Imerys.

400. Plus particulièrement, les recommandations optent pour une approche pédagogique reposant sur trois piliers : (i) l’engagement de l’instance dirigeante, (ii) la cartographie des risques et (iii) la mise en place de mesures afin de gérer ces risques.

L’AFA produit, en page 5 de ses recommandations, un schéma explicatif particulièrement clair sur l’agencement de ces trois piliers que nous reproduisons ci-après :



i. L'engagement de l'instance dirigeante

401. Formellement, la mise en place du programme de conformité de l'article 17, I de la loi Sapin 2, contrairement au plan de vigilance, repose sur « *Les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société* » qui atteint les seuils mis en place⁴²².

Néanmoins, dans ses recommandations, l'AFA utilise la notion d'instance dirigeante (une étrangeté juridique sans fondement textuel⁴²³) qu'elle définit comme les « *personnes placées à la tête de l'organisation et chargées de la gérer, en application de ses statuts et des normes en vigueur* »⁴²⁴.

Si la première partie de la définition peut surprendre en ce qu'elle fait référence aux personnes qui gèrent une société et laisser penser que les membres d'un comité exécutif seraient concernés, la référence aux statuts de ladite société permet de désigner les personnes qui disposent d'un mandat social.

402. Deux particularités pèsent sur les SA selon leur organisation. La première a trait, pour les SA à conseil d'administration, au président du conseil d'administration que l'AFA considère, dans sa fiche périmètre, être tenu au même titre que le directeur général⁴²⁵.

Pour autant, si le président du conseil d'administration est bien un dirigeant au regard du droit des sociétés, on considère depuis la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 dite « NRE » qu'il est un dirigeant non exécutif en ce sens qu'il n'exerce pas de fonctions de direction.

La deuxième concerne les SA dont les fonctions exécutives sont partagées entre les membres d'un directoire comme le prévoit l'article L. 225-57 du Code de commerce. La loi Sapin 2 dispose que l'obligation de mise en conformité anticorruption s'impose aux membres du directoire « *selon les attributions qu'ils exercent* »⁴²⁶.

⁴²² En utilisant « *Les présidents* », la loi vise les SAS, par les « *directeurs généraux* », elle vise les SA et par « *les gérants* », ce sont les SARL, SELARL, EURL et SCA qui sont désignées.

⁴²³ Précisons tout de même que l'article 14 de la loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle crée l'article L. 23-12-1 du code du travail considère « *comme instance dirigeante toute instance mise en place au sein de la société, par tout acte ou toute pratique sociétaire, aux fins d'assister régulièrement les organes chargés de la direction générale dans l'exercice de leurs missions.* ». Toutefois, cette définition récente est sans lien avec les objectifs de la loi Sapin 2.

⁴²⁴ Recommandations de l'AFA, §17, version du 4 décembre 2020.

⁴²⁵ AFA, Fiche « Périmètre des contrôles prévus par l'article 17 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », p. 6.

⁴²⁶ Article 17, I, 2° de la loi Sapin 2.

403. La notion d'attribution renvoi à l'article R. 225-39 du Code de commerce qui dispose que « Sauf clause contraire des statuts, les membres du directoire peuvent, avec l'autorisation du conseil de surveillance, répartir entre eux les tâches de la direction. Toutefois, cette répartition ne peut en aucun cas avoir pour effet de retirer au directoire son caractère d'organe assurant collégalement la direction de la société. ».

La lecture combinée de l'article 17, I, 2° de la loi Sapin 2 et de l'article R. 225-39 du Code de commerce laisse penser que seul le membre du directoire assumant les fonctions de mise en conformité anticorruption est la personne physique que l'AFA pourrait désigner comme responsable.

Toutefois, la fiche périmètre de l'AFA prévoit que les personnes physiques soumises à l'article 17, I de la loi Sapin 2 sont les « *membres du directoire en fonction de leurs attributions (selon la situation, la responsabilité de tous les membres du directoire pourrait être recherchée, ou uniquement celle du président du directoire)* ».

En conséquence, selon l'AFA, la seule personne au sein du directoire qui pourrait assumer la charge de la mise en conformité en serait le président et à défaut d'une répartition individuelle en ce sens, tous les membres du directoire seraient responsables.

Cette analyse nous semble trop éloignée du droit des sociétés qui ne reconnaît le directoire que comme un organe collégial.

404. Outre les problématiques organisationnelles des entreprises assujetties, l'impulsion du programme de conformité doit partir d'en haut, ce que l'expression anglaise « *the tone at the top* » traduit parfaitement.

Aussi, l'AFA fait de l'engagement de l'instance dirigeante l'un des éléments fondateurs du dispositif anticorruption en précisant que l'instance dirigeante doit initier la mise en œuvre du dispositif, valider sa conception, s'assurer de son déploiement et le contrôler.

Il ne s'agit donc pas d'une simple validation mais d'un véritable investissement qui est attendu de l'instance dirigeante qui doit ériger la prévention et la détection des faits de corruption à un niveau prioritaire.

Si l'instance dirigeante peut déléguer la mise en œuvre opérationnelle du dispositif anticorruption à un responsable de la conformité (qui doit disposer des moyens nécessaires pour mener à bien sa mission), il est attendu qu'elle porte le dispositif anticorruption par une

communication personnelle afin d'en marquer l'importance à l'égard des collaborateurs de l'entité.

De plus, l'instance dirigeante doit conserver la responsabilité du dispositif comme le prévoit l'article 17 et doit approuver le dispositif anticorruption.

En pratique, si son engagement devait être plus limité concernant les outils de prévention dont la mise en place pourrait naturellement revenir au responsable de la conformité, il est attendu de l'instance dirigeante une attention particulière quant à la cartographie des risques.

Si ces éléments apparaissaient déjà dans les premières recommandations de l'AFA, la version 2020 précise un certain nombre de points qui traduisent la volonté de l'AFA d'investir l'instance dirigeante dans le ruissellement des obligations anticorruption au sein des ressources humaines et de la politique commerciale.

Il est, notamment, attendu de l'instance dirigeante qu'elle s'assure que le recrutement ou la nomination des personnes les plus exposées prenne en compte une évaluation de leur intégrité ou encore qu'elle veille à ce que l'octroi des remises commerciales, rabais et ristournes n'engendre pas des cas de corruption⁴²⁷.

405. Par ailleurs, l'AFA semble procéder à une extension de la notion de l'instance dirigeante en souhaitant investir davantage les organes non exécutifs.

Pour le cas d'une SA à conseil d'administration, à l'exception du président du conseil d'administration, les membres du conseil ne sont pas strictement visés par la notion d'instance dirigeante développée par l'AFA.

Néanmoins, l'AFA recommande que les conseils d'administration s'assurent « *dans le cadre de leur mission de surveillance des activités de l'entreprise, de l'existence, de la pertinence et de l'efficacité des mesures prises par les dirigeants afin de se conformer à leurs obligations légales.* »⁴²⁸.

⁴²⁷ Concernant le premier pilier qu'est l'engagement de l'instance dirigeante, l'AFA livre tous les éléments nécessaires dans ses Recommandations p. 6 et p. 13 et s.

⁴²⁸ *Ibid.*, § 95. Cette recommandation vaut pour les conseils d'administration comme pour les membres du directoire d'une SA.

Aussi, l'AFA conseille que le dispositif anticorruption et ses actualisations leur soient périodiquement présentés afin qu'ils puissent s'assurer de la qualité dudit programme⁴²⁹.

ii. Le rôle central de la cartographie des risques

406. L'article 17 II, 3° de la loi Sapin 2 prévoit la mise en place d'« *Une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité* ».

Le champ d'application de cette cartographie s'étend aux infractions de corruption et de trafic d'influence et nécessite selon l'AFA une connaissance approfondie des activités de l'entreprise et de ses acteurs⁴³⁰.

Cartographier le risque de corruption pour une entreprise doit revenir à produire une analyse objective, structurée et documentée de son exposition au risque⁴³¹. Il faut garder à l'esprit qu'en cas de contrôle ce document sera le premier à être examiné par les enquêteurs, en tant que pierre angulaire de l'ensemble du dispositif.

C'est effectivement sur le fondement de la cartographie des risques que vont découler l'ensemble des mesures de gestion du risque (le troisième pilier).

Une cartographie doit donc être complète et couvrir toutes les sphères d'activités d'une entreprise (secteurs d'activité, zone géographique, etc.) ainsi que l'ensemble des risques qui pèsent non seulement sur la société mère mais également sur l'ensemble des sociétés contrôlées de droit ou de fait.

407. De manière pratique, la cartographie prend la forme d'une documentation écrite et structurée qui peut s'organiser autour des activités de l'entreprise ou par entité ou zone géographique.

⁴²⁹ *Ibid.*, voir également au §32 la possibilité ouverte par l'AFA dans ses Recommandations de validation de la cartographie des risques par les instances dirigeantes après qu'elle a été présentée aux organes non exécutifs.

⁴³⁰ *Ibid.*, § 119.

⁴³¹ *Ibid.*, §120.

Quel que soit l'angle choisi, l'entreprise doit décrire les méthodes retenues pour l'élaborer, les mesures prises afin de gérer le risque ainsi que les rôles des différentes personnes ayant participé à son établissement.

De plus, l'AFA prend le soin d'indiquer qu'établir une cartographie des risques ne constitue pas une finalité. Une fois la cartographie établie, l'entreprise doit la faire évoluer de manière régulière en réévaluant les risques, notamment à la faveur d'une évolution notable de l'entreprise (croissance externe, survenance d'une atteinte à la probité, etc.).

408. Outre des recommandations générales, l'AFA guide les entreprises dans les différentes étapes à respecter pour la mise en place de la cartographie.

Les six étapes suivantes sont nécessaires selon l'AFA et doivent être respectées si l'entreprise souhaite s'inscrire dans la méthodologie recommandée par l'instance de contrôle :

- Etape 1 : déterminer les rôles et responsabilités des parties prenantes à la cartographie

409. L'AFA livre ici sa vision de la répartition des rôles et responsabilités au sein de l'entreprise pour l'établissement de la cartographie des risques.

- Etape 2 : identifier des risques liés à l'activité de l'entreprise par l'établissement de scénarios

410. L'objectif est de dresser une typologie objective des risques au regard des activités de l'entreprise.

Les deux versions des recommandations vont dans le sens d'une analyse précise du risque par le biais d'un état des lieux pour chacune des activités de l'entreprise.

Il convient donc d'organiser des échanges, entretiens, envoi de questionnaires, etc. à des personnes issues de l'ensemble de l'entreprise, peu importe leur positionnement sur l'organigramme.

De la direction juridique (pour les entreprises assujetties qui disposent d'une direction centrale de ce type) aux achats en passant par les directions opérationnelles, les scénarios de risques peuvent se regrouper selon les directions, les filiales ou les zones géographiques d'activité de l'entreprise.

A titre de comparaison avec les recommandations de décembre 2017, celles de décembre 2020 donnent des indications sur l'établissement des scénarios de risques dont les critères sont plus denses. L'AFA souhaite, en effet, la prise en compte d'éléments tels que le pays, le secteur d'activité, la nature des opérations et des tiers, la pression concurrentielle et la rémunération des commerciaux, les conditions et moyens de paiements ou encore l'historique de l'entreprise⁴³².

- Étape 3 : évaluer le niveau des risques bruts

411. Sur la base de chaque scénario, un niveau de risque brut est attribué. Ce niveau de risque brut varie au regard de trois critères : l'impact sur l'entreprise, la fréquence éventuelle et les facteurs aggravants. Pour simplifier le vocabulaire de l'AFA, il s'agit d'évaluer la gravité du risque et son niveau de probabilité.

La gravité du risque s'évalue au regard des impacts réputationnels, financiers, économiques ou juridiques. La probabilité, au regard de l'historique des incidents.

⁴³² Recommandations de l'AFA, décembre 2020, p. 21.

412. La gravité, pourrait s'établir sur un barème de 1 à 4⁴³³, au regard des trois impacts suivants :

	Impact Financier	Impact social	Impact d'image
1	Inférieur à 4 millions d'euros	Impact social négligeable	Impact négligeable sur l'image
2	Entre 4 et 10 millions d'euros	Impact social identifié mais sans conséquences durables sur les ressources humaines	Impact sur image identifié mais sans conséquences durables sur l'entité
3	Entre 10 et 20 millions d'euros	Conséquences sociales affectant la continuité des affaires de l'entité ou impactant fortement l'efficacité de l'entité	Impact sur l'image de l'entité affectant principalement des parties prenantes locales ou des clients spécifiques générant une perte de confiance durable
4	Supérieur à 20 millions d'euros	Conséquences sociales pouvant mettre en danger la stratégie / l'intégrité de l'entité ou affecter de manière significative l'entité supérieure	Impact sur l'image avec des conséquences potentielles sur la stratégie / la continuité de l'entreprise ou affectant de manière significative l'entité supérieure

413. Pour la prise en compte d'un risque de corruption, c'est l'impact financier qui représente le principal critère du risque brut. Il peut s'estimer au regard du montant des commissions éventuelles versées qui détermineront ensuite le montant de l'amende. Selon que l'on prend en compte les méthodes de calcul du *DoJ* des Etats-Unis ou des autorités françaises, le risque financier pourra fortement différer.

⁴³³ 1 : faible ; 2 : moyen ; 3 : fort, 4 : critique.

414. Pour arriver à un résultat de 1 à 4 sur cette échelle de risque brut, l'entreprise peut utiliser l'outil de classification suivant intégrant la gravité et la probabilité :

Niveau de probabilité du risque				
Fréquent 4	2	3	4	4
Peu fréquent 3	1	3	4	4
Rare 2	1	2	3	4
Extrêmement rare 1	1	1	3	4
Gravité du risque :	Faible 1	Moyen 2	Fort 3	Critique 4

- Étape 4 : évaluer les risques nets

415. Une fois le niveau du risque brut évalué, il convient d'évaluer le risque dit « net » en appliquant au risque brut un niveau de maîtrise.

Selon les données, deux catégories de risque peuvent ressortir, le risque prioritaire (risque 2 dans le tableau ci-dessous) et le risque non prioritaire (risque 1 dans le tableau ci-dessous).

Il est bien évidemment possible de rentrer dans des analyses plus poussées et en conséquence de faire varier les mesures de gestion mises en place selon un prisme plus fin.

Nous établissons, ci-après, un exemple d'une grille d'évaluation du risque net :

Niveau du risque brut (Gravité et probabilité)				
Critique 4	2	2	2	2
Fort 3	1	1	2	2
Moyen 2	1	1	1	1
Faible 1	1	1	1	1
Niveau de maîtrise du risque	Suffisant 4	Moyen 3	Insuffisant 2	Nul 1

Plus le niveau de maîtrise du risque brut est élevé, plus le risque net sera faible. Néanmoins, pour les risques bruts les plus graves, le principe de précaution commande, peu importe le degré de maîtrise, une évaluation du risque en risque prioritaire.

- Etape 5 : hiérarchiser les risques nets et mettre en place un plan d'actions

416. Une fois les risques nets évalués, l'AFA recommande de procéder à un classement des scénarios de risque.

Avec une échelle composée de deux indices, la classification sera peu sensible. Aussi, l'AFA propose une hiérarchisation de ces risques de niveau identique au regard de critères objectifs comme le risque du pays où l'activité s'exerce, le chiffre d'affaires où le type de relations avec les tiers⁴³⁴.

Suite à cette hiérarchisation des risques nets, l'entreprise va pouvoir distinguer les risques pour lesquels le niveau de maîtrise est suffisant et mettre en place un plan d'actions pour maîtriser au mieux les risques les plus importants.

⁴³⁴ Recommandations de l'AFA, décembre 2020, §147.

Les mesures à mettre en œuvre sont prévues par la loi et l'entreprise va devoir adapter les différentes mesures selon le type de risque à maîtriser.

Ce plan d'actions doit comporter un calendrier et des modalités de mise en œuvre. Il doit être confié à des personnes précisément désignées.

Comme l'indique l'AFA, « *L'établissement, la formalisation et le suivi de ce plan d'actions constituent une condition de l'efficacité de la cartographie des risques* »⁴³⁵.

- Etape 6 : Formaliser, mettre à jour et archiver la cartographie des risques

417. L'entreprise doit être en mesure de formaliser une cartographie des risques intelligible et de fournir une annexe expliquant la méthode retenue pour identifier, évaluer et hiérarchiser les risques⁴³⁶.

La mise à jour de la cartographie des risques peut se faire chaque année afin d'en réviser la méthodologie, au besoin.

Des changements importants pour l'organisation telle qu'une acquisition ou la découverte d'un cas de corruption sont des motifs d'évolution.

En tout état de cause, l'entreprise doit garder en tête que son processus pourra être contrôlé par l'AFA et qu'elle devra en justifier toutes les étapes.

Aussi, l'AFA recommande de conserver les échanges avec les personnes impliquées dans l'établissement de la cartographie, les méthodes de calcul des risques bruts et nets, les processus d'identification et de classification des risques, les différentes cartographies selon leur évolution, les plans d'actions, etc.⁴³⁷.

D'une manière générale, tous les éléments attestant de la méthode suivie et de la qualité de la cartographie doivent pouvoir être produits à l'AFA, le cas échéant.

⁴³⁵ *Ibid.* §150.

⁴³⁶ *Ibid.* §151.

⁴³⁷ *Ibid.* §154.

iii. La mise en place des mesures de gestion du risque

418. L'ensemble des mesures mises en place par la loi Sapin 2 pour gérer le risque de corruption ont été décrites par la référence aux recommandations de l'AFA (voir *supra*, § n° 270 et s. et 290 et s.).

2. Des « guides » pédagogiques pour des thématiques spéciales

419. Outre ses recommandations pour la mise en place du programme de conformité, l'AFA a procédé à la publication de nombreux « guides » ayant une vocation explicative sur différentes thématiques.

Cette pédagogie témoigne une volonté de pragmatisme et d'accessibilité de l'AFA pour répondre aux besoins précis des entreprises.

Aussi, la mise en place de la fonction conformité, évolution indispensable, fait l'objet d'un guide pratique particulièrement détaillé pour aider les entreprises à mettre en place cette fonction transverse, en maîtriser la bonne gouvernance, recruter la bonne personne, lui attribuer les bonnes missions et définir son champ de responsabilités⁴³⁸.

420. Des guides pratiques ont également été développés pour les opérations à risques que les entreprises connaissent de manière régulière. En janvier 2020, l'AFA a publié un guide pratique sur les vérifications anticorruption dans le cadre des opérations de fusions-acquisitions.

L'AFA a profité de cette occasion pour faire le point sur les enjeux d'une bonne vérification anticorruption pour ces d'opérations. Des éléments d'analyse juridique sur les transferts de responsabilité civile, pénale et administrative sont livrés ainsi que des recommandations sur les procédures de vérification à mener le long des différentes étapes que constituent le *signing* (la signature des accords transactionnels) et le *closing* (la réalisation effective de l'opération)⁴³⁹.

421. Relevons également la publication d'un guide pratique afin d'aider les entreprises à mettre en place une politique de gestion des cadeaux et invitations.

⁴³⁸ Guide pratique AFA, La fonction conformité anticorruption dans l'entreprise, janvier 2019.

⁴³⁹ Guide pratique AFA, Les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions-acquisitions, 2021.

L'AFA souligne que si les cadeaux et invitations sont des éléments ordinaires de la vie des affaires ils comportent, de manière inhérente, un risque de nature pénale en ce qu'ils peuvent appeler une contrepartie et constituer la base d'un pacte de corruption.

La consigne donnée par l'AFA est qu'une offre de cadeau ou d'invitation ne peut être faite « *en vue de déterminer l'accomplissement ou le non accomplissement d'un acte entrant dans la fonction de la personne qui la reçoit* »⁴⁴⁰.

Ce guide s'emploie donc à donner des *guidelines* pour mettre en place une politique claire au sein des entreprises en termes d'offre et d'acceptation d'un cadeau ou d'une invitation au regard de leurs finalité, valeur et fréquence⁴⁴¹.

C. La possibilité de solliciter un appui de l'AFA

422. L'ensemble de la documentation précédemment étudiée (recommandations de l'AFA, guides pratiques, etc.) compose l'« appui générique » que l'AFA porte à l'attention de toutes les entités assujetties ou non à l'article 17 de la loi Sapin 2 afin de les guider dans la mise en place de leur programme anticorruption.

En plus de cet appui générique, que l'AFA dispense indépendamment de sa cible, des éclairages ou expertises sont prodigués à des groupes d'acteurs économiques qui partagent un positionnement sur le marché ou une fonction spécifique.

Ainsi, des fédérations professionnelles peuvent faire appel à l'AFA pour obtenir un appui (méthodologique ou juridique) spécifique à leur secteur d'activité.

L'idée principale est le public restreint de ces appuis spécifiques dont la thématique pourra se retrouver autour d'un secteur d'activité (les sociétés extractives), d'un métier (responsable de la conformité dans une société extractive) ou d'une thématique (la cartographie des risques d'une société extractive)⁴⁴².

⁴⁴⁰ Guide pratique AFA, La politique cadeaux et invitations dans les entreprises, les EPIC, les associations et les fondations, 2020, p. 7.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 7 et s.

⁴⁴² Charte de l'appui aux acteurs économiques, AFA, septembre 2018.

On retrouve ici l'idée de vases communicants (déjà employée par l'AFA pour faire évoluer les différentes mesures du programme anticorruption) dans la mesure où les retours d'expérience tirés des appuis spécifiques pourront enrichir l'offre d'appui générique⁴⁴³.

423. Enfin, l'AFA offre un appui individuel consistant à apporter un soutien à un acteur économique déterminé. Cet appui peut être plus ou moins marqué, qu'il s'agisse de la réponse à un courriel ou d'un véritable accompagnement individuel caractérisé par un suivi sur une certaine période.

Comme l'explique l'AFA, qui avance avec une certaine prudence sur ce terrain, le but est d'accompagner la réflexion et les démarches d'une entreprise sur tout ou partie du programme anticorruption. Il s'agit d'une aide à la décision en aidant les instances dirigeantes et les responsables de la conformité à correctement s'approprier les standards du programme anticorruption⁴⁴⁴.

Cette offre individuelle à vocation à s'accroître et à concerner toutes les entreprises sans distinction. Le plan national pluriannuel de lutte contre la corruption 2020-2022 de l'AFA prévoit, à cet effet, un troisième axe d'actions d'aide aux entreprises en dispensant des formations adaptées à leur taille, à leurs ressources et aux enjeux de leur secteur d'activités⁴⁴⁵.

Plus particulièrement, l'AFA souhaite renforcer son action auprès des PME et des ETI qui ont une sensibilité plus ténue du risque de corruption et des moyens réduits pour le prévenir et donc intégrer et déployer le référentiel anticorruption de l'AFA.

Effectivement, si dans un premier temps l'AFA a consacré des efforts importants à accompagner et contrôler les grandes entreprises, l'AFA a fait le choix en 2020 de renforcer et d'élargir sa mission de conseil aux entreprises de plus petite taille⁴⁴⁶.

Si, comme indiqué dans son rapport annuel 2020, l'AFA a vu ses ambitions freinées par la crise sanitaire du Covid 19, des actions ont d'ores et déjà été mises en place et devraient se poursuivre au-delà de 2022⁴⁴⁷.

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ Plan national pluriannuel de lutte contre la corruption de l'AFA, 2020-2022, Axe 3, p. 8.

⁴⁴⁶ Rapport annuel d'activité 2020, AFA, p. 34.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

Conclusion de Partie 1

424. L'analyse des mécanismes de prévention des risques mis en place par le titre I de la loi Sapin 2 et la loi relative au devoir de vigilance amène le constat de convergences très fortes entre les deux lois.

Une fracture tend toutefois à apparaître dès lors qu'un regard attentif est porté sur la mise en œuvre des programmes de conformité.

425. Le programme de conformité anticorruption de la loi Sapin 2 offre une image aboutie et complète. Les entreprises sont accompagnées et conseillées par un organe dédié instauré par la loi Sapin 2.

De son côté, la loi relative au devoir de vigilance laisse une impression d'imprécision et de flou. Le contenu du plan de vigilance est instable et, dans le silence de la loi, seule l'opposition contentieuse entre une entreprise et ses parties prenantes peut donner l'opportunité au juge de préciser le contenu attendu du plan.

Cet écart pourrait toutefois disparaître prochainement. La résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 sur le devoir de vigilance prônant l'adoption d'une directive par la Commission européenne ainsi que la proposition de ladite Commission européenne prévoient que le contrôle du devoir de vigilance est assuré par une autorité de contrôle indépendante, qui pourra notamment imposer des sanctions pécuniaires aux entreprises fautives⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ Voir l'article 12 de la Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises et les articles 17 et 18 de la proposition de directive de la Commission européenne du 23 février 2022.

Partie 2. Les mécanismes de contrôle et de responsabilité mis en place par la loi Sapin 2 et la loi relative au devoir de vigilance

426. A la prévention, succèdent le contrôle puis la sanction. L'une des innovations majeures du devoir de vigilance et du programme de conformité anticorruption de la loi Sapin 2 se situe dans les suites contentieuses qu'entraîne l'irrespect des dispositions législatives.

Le temps n'est plus à l'auto-régulation qui fut pendant longtemps la règle et consistait à laisser les entreprises évoluer vers des démarches volontaires, en réalité peu engageantes.

Les dimensions contentieuses portées par la loi Sapin 2 et la loi relative au devoir de vigilance portent une dichotomie claire et une ambition similaire : éviter la réalisation du risque par un décalage progressif du contentieux de la responsabilité en faveur du contentieux de la prévention. Autrement dit, prévenir au lieu de guérir.

427. En conséquence, la mise en place des programmes de conformité est contrôlée (Titre 1). Bien que des divergences très profondes existent entre le programme anticorruption et le devoir de vigilance, la volonté est similaire.

De façon identique, si le programme de conformité mis en place échoue à prévenir la réalisation d'un risque, les outils de sanction et/ou de réparation prévus par les deux lois prennent le relais (Titre 2).

Titre 1. Contrôler l'identification, la prévention et la gestion des risques par les entreprises

428. Que l'on se situe sur le terrain du contrôle du plan de vigilance ou du programme anticorruption, les deux situations créent un bouleversement pour les entreprises.

Dans le cas du contrôle du plan de vigilance, l'entreprise se trouve esseulée face à la rédaction d'un document aux contours imprécis dont la remise en question s'apprécie selon une vision large de l'intérêt à agir (Chapitre 1).

Dans le cas du programme anticorruption, l'entreprise doit mobiliser des ressources importantes pour déployer un ensemble de mesures précises et engageantes dont l'examen est laissé à une agence qui semble traverser une crise identitaire importante (Chapitre 2).

Si le contrôle du programme anticorruption présente l'avantage d'être particulièrement structuré, il offre l'inconvénient d'une fastidieuse et longue enquête. Il en résulte un effet de contraste avec le contrôle du plan de vigilance dont l'examen de la qualité par le tribunal est, à ce stade, empêtré dans des questions de compétence.

Chapitre 1. Le contrôle de la qualité du plan de vigilance ou la création d'une nouvelle dimension contentieuse

429. Le plan de vigilance porte une dichotomie profonde se situant dans la distinction que présente la mise en place des mesures de prévention et la publication du plan.

L'expression « plan de vigilance » recouvre l'une et/ou l'autre de ces situations : mettre en place un plan de vigilance comprenant les cinq mesures prescrites par la loi (voir *supra*, § n° 270 et s., 300 et s.) et publier un plan de vigilance que tout le monde doit pouvoir consulter.

Si les cinq mesures à mettre en place sont destinées à éviter la réalisation de risques pour les droits humains, l'environnement et la santé et la sécurité des personnes, le plan de vigilance tel qu'il est publié ne poursuit pas cet objectif.

La publication du plan trouve son fondement dans la volonté du législateur d'opter pour une vision libérale et ouverte du contrôle des obligations qu'il a édicté. Il permet à l'entreprise d'informer ses parties prenantes et le public des mesures mises en œuvre et ouvre la voie du contentieux de la prévention (Section 1).

Cette situation très ouverte quant au contrôle du plan de vigilance amène de nombreuses problématiques et possibilités de contentieux (Section 2).

C'est effectivement sur la base du plan de vigilance, tel que publié, qu'une personne ayant intérêt à agir pourra mettre en demeure l'entreprise de le faire évoluer et le cas échéant, agira par voie d'assignation (Section 3).

430. Pour autant, cette version publiée du plan de vigilance ne peut être une retranscription complète et fidèle du plan de vigilance effectif, mis en place au sein de l'entreprise et à même d'éviter la réalisation des risques identifiés par la loi.

Ces deux facettes du plan de vigilance n'ont pas le même objet. L'un est un outil préventif, l'autre est un outil de retranscription et de communication plus ou moins fidèle.

Si la jurisprudence est amenée à donner des lignes directrices aux entreprises concernant le degré de précision attendu du plan de vigilance publié, nous doutons toutefois que la position des Tribunaux se cristallise en faveur de la publication d'un plan de vigilance de centaines de pages tentant l'exhaustivité. Il serait d'ailleurs déplacé de solliciter d'une entreprise qu'elle communique sa réelle cartographie des risques.

Cette incertitude quant au contenu du plan de vigilance publié se retrouve également dans la mise en œuvre des mesures internes prescrites par la loi. Les entreprises sont, en effet, livrées à elles-mêmes et aspirent à un important besoin de sécurité juridique (Section 4).

Ce besoin est d'autant plus fort que notre droit interne, aussi imprécis qu'il soit, risque d'évoluer sous l'impulsion d'une directive de l'UE.

Section 1. L'intérêt d'enjoindre une entreprise de produire un plan de vigilance conforme

431. L'article L. 225-102-4, II du Code de commerce introduit par la loi relative au devoir de vigilance prévoit :

« Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter.

Le président du tribunal, statuant en référé, peut être saisi aux mêmes fins. ».

L'article est rédigé de telle manière que l'on se place du point de vue de la société défenderesse et non du point de vue du demandeur. Une fois de plus, la rédaction aurait pu être soignée pour gagner en lisibilité.

Nous comprenons que toute personne ayant un intérêt à agir peut mettre en demeure une société de produire un plan de vigilance qu'elle estime conforme aux dispositions de l'article L. 225-102-4, I du Code de commerce.

Si, à l'expiration d'un délai de trois mois, la réponse apportée à cette mise en demeure n'est pas considérée comme satisfaisante ou qu'aucune réponse n'a été apportée, il pourra être procédé à l'assignation de la société devant la juridiction compétente afin que cette dernière lui impose, sous astreinte, de faire évoluer son plan de vigilance.

Pour rappel, l'article 31 du Code de procédure civile prévoit que :

« L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé. ».

L'analyse classiquement faite de la notion d'intérêt à agir renvoie à l'intérêt que revêt une demande pour une personne en ce qu'elle va modifier, en l'améliorant, sa condition juridique⁴⁴⁹.

De manière plus spécifique, deux composantes se détachent de l'intérêt à agir : (i) une situation litigieuse doit causer un trouble et (ii) l'action doit justement avoir pour but de le faire cesser⁴⁵⁰.

Il peut s'agir d'une demande de réparation lorsque le dommage est réalisé ou d'une demande visant à prévenir la réalisation d'un dommage certain⁴⁵¹.

432. Aussi, dans le cadre d'une action visant à ce qu'une société produise ou améliore son plan de vigilance, que recouvre cette notion d'intérêt à agir ?

La réponse à cette question se trouve dans la revue des différentes parties prenantes d'une société et dans leur potentiel intérêt à saisir le tribunal pour que soit enjoint à la société de faire évoluer son plan de vigilance.

⁴⁴⁹ L. Cadiet, E. Jeuland, Droit judiciaire privé : LexisNexis, 10e éd., 2017, n° 357.

⁴⁵⁰ G. Cornu, J. Foyer, Procédure Civile, PUF, n° 78.

⁴⁵¹ Y. Desdevises, O. Staes, JurisClasseur Fasc. 500-75 : ACTION EN JUSTICE. – Recevabilité. – Conditions subjectives. – Intérêt.

Le fondement de cette action ne se trouve donc pas dans une logique de réparation mais dans une logique préventive qui peut s'exercer en protection d'un intérêt collectif (§1) ou en protection d'un intérêt individuel (§2).

Les actions en protection d'un intérêt collectif sont les plus représentées. Elles portent le risque d'une utilisation du devoir de vigilance en un important outil de nuisance.

En choisissant de déléguer la régulation des obligations juridiques d'un droit en construction à toute personne ayant intérêt à agir, la loi porte, effectivement, les conditions d'un affrontement qui peut s'avérer plus idéologique que juridique.

§1. L'action préventive en protection d'un intérêt collectif

433. Les entités que sont les associations (A) et les syndicats (B) ont rapidement été identifiées comme les principaux protagonistes du contrôle du plan de vigilance et occupent, à ce titre, une fonction importante dans l'élaboration du droit du devoir de vigilance.

De plus, si les collectivités territoriales (C) se sont initialement dirigées vers des recours administratifs contre l'Etat, le glissement progressif du contentieux climatique vers les entreprises privées en fait des protagonistes importants à l'utilisation d'un devoir de vigilance orienté vers les enjeux climatiques.

A. L'action d'une association

434. L'action d'une association à vocation à être la plus courante. En effet, les associations assument, de longue date, un rôle de « contre-pouvoir » et de parties prenantes à l'endroit des grandes entreprises désormais concernées par le devoir de vigilance.

Elles disposent de l'expérience et des connaissances juridiques nécessaires pour s'emparer de cette nouvelle loi et s'en faire les gardiens.

Certaines associations gagnent une importante visibilité en produisant du travail de documentation, d'analyse⁴⁵² et de critique des plans de vigilance proposés par les entreprises assujetties⁴⁵³.

Si cette mainmise associative peut s'avérer critiquable sous certains aspects, elle a le mérite de produire non seulement de la littérature mais aussi une contradiction qui permet l'évolution d'un droit neuf et imprécis⁴⁵⁴.

Elle est également un moyen pour les associations de rappeler aux entreprises dont elles sont les parties prenantes l'incitation de la loi de les inclure dans l'établissement du plan.

435. Si l'association est le protagoniste principal du contrôle de la qualité du plan de vigilance, ce statut ne doit pas occulter une jurisprudence fluctuante de la Cour de cassation concernant la notion d'intérêt à agir⁴⁵⁵.

A titre de principe, la haute juridiction considère qu'il est possible pour une association d'agir en justice, en défense d'un intérêt collectif, dès lors que ce dernier rentre dans l'objet social de ladite association⁴⁵⁶.

436. Dans le cadre de la médiatique affaire « Total Ouganda », Total a été mise en demeure puis assignée par plusieurs associations afin qu'elle produise un plan de vigilance conforme aux exigences légales (voir *infra*, § n° 491).

⁴⁵² Voir notamment le site du radar du devoir de vigilance établi par plusieurs associations : <https://plan-vigilance.org/recherche/>, ainsi que ce document très complet de l'association Sherpa sur le devoir de vigilance : <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2019/06/2018-VPRG-Fran%C3%A7ais.pdf>.

⁴⁵³ Ce document établi par plusieurs associations propose une première analyse après un an d'application de la loi et une critique documentée par secteur d'activité (extractif, armement, agroalimentaire, bancaire et habillement) : https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2019/02/2019-etude-interasso_devoir_de_vigilance-ilovepdf-compressed-3.pdf.

⁴⁵⁴ Outre les mises en demeure, notons la liste détaillée établie par l'association Notre Affaire à Tous d'une vingtaine d'entreprises avec l'attribution de notes suivant la qualité de leur plan de vigilance. Voir pour l'année 2020 : <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2020/03/Rapport-General-Multinationales-NAAT-2020.02.01.pdf> et pour l'année 2021 : <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2021/03/DP-Benchmark-Vigilance-Climatique-NAAT-2021-1.pdf>.

⁴⁵⁵ Voir N. Cuzacq, « Premier contentieux relatif à la loi « vigilance » du 27 mars 2017, une illustration de l'importance du droit judiciaire privé », Recueil Dalloz 2020, p. 970.

⁴⁵⁶ Civ. 2^{ème}, 27 mai 2004, n°02-15.700 ; voir également S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union Européenne, Précis Dalloz, § 160, 32^{ème} ed ; pour une illustration d'une association autorisée à agir en défense de l'environnement voir Civ. 3^{ème}, 26 septembre 2007, n° 04-20.636 ; pour une illustration d'une association dont l'intérêt à agir n'a pas été relevé en raison de son objet social trop général voir Civ. 3^{ème}, 24 mai 2018, n° 17-18.866.

Bien que la Cour d'appel de Versailles ne se soit pas prononcée sur le fond du litige, elle livre une appréciation classique de la notion d'intérêt à agir (voir *infra*, § n° 473 et s.)⁴⁵⁷.

Saisie par les demanderesses à l'action en vue d'infirmier une ordonnance rendue par le Tribunal judiciaire de Versailles se déclarant incompétent au profit de la juridiction consulaire, la Cour d'appel s'est prononcée sur l'intérêt à agir de plusieurs associations et d'un syndicat intervenants volontaires au soutien de la compétence du Tribunal judiciaire.

La Cour d'appel valide l'action des associations au regard de deux critères. D'une part, leurs statuts leur confèrent un droit d'ester en justice, d'autre part, ces actions sont en cohérence avec leur objet social. On pourrait toutefois objecter une dimension très générale de l'objet social de certaines associations⁴⁵⁸.

437. En choisissant de ne pas réserver à certaines associations la possibilité d'agir, comme ce fut par exemple le cas en matière d'action de groupe⁴⁵⁹ ou d'action en réparation du préjudice écologique⁴⁶⁰, le législateur a emprunté une voie délibérément libérale qui peut comporter des risques de dévoiement (voir *infra*, § n° 452).

B. L'action d'un syndicat

438. Le principe est posé par l'article L. 2132-3 du Code du travail qui dispose que :

« Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice.

Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. ».

⁴⁵⁷ CA Versailles, 10 décembre 2020, n°20/01692.

⁴⁵⁸ Pour CCFD-Terre Solidaire, il s'agit de « *la lutte constante (...) pour le respect des droits de l'homme et des peuples* », pour le collectif l'Éthique sur l'Étiquette, il s'agit de « *contribuer au respect des droits humains au travail dans le monde* » et pour ActionAide « *la construction collective d'un monde solidaire où les droits fondamentaux sont universellement respectés* ».

⁴⁵⁹ L'article 63 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, dite loi Hamon, prévoit que seules les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte peuvent exercer ces actions.

⁴⁶⁰ L'article 1248 du Code civil prévoit que « *L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'Etat, l'Office français de la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement.* ».

Appliqué à la thématique du devoir de vigilance, ce principe revêt une dimension particulière. Effectivement, le syndicat d'une entreprise en tant qu'instance représentative en est l'une des parties prenantes les plus impliquées.

La loi relative au devoir de vigilance prévoit d'ailleurs que le mécanisme d'alerte et de recueil des signalements doit être établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives de la société⁴⁶¹.

Cette disposition suffit d'ailleurs pour la Cour d'appel de Versailles, dans l'affaire « Total Ouganda » précédemment évoquée, à démontrer l'intérêt du syndicat CFDT à agir.

C. L'action d'une collectivité territoriale

439. L'action d'une collectivité territoriale sur le fondement du devoir de vigilance se trouve dans l'affaire « Total climat » où de nombreuses collectivités sont à l'origine de l'assignation (voir *infra*, § n° 478).

Toutefois, nous ne disposons pas, à ce stade de l'affaire, d'une décision qui puisse nous livrer des éléments précis sur la notion d'intérêt à agir de la collectivité territoriale sur ce fondement.

440. Nous raisonnerons donc par analogie avec une affaire juridiquement très proche : le désormais fameux contentieux climatique initiée par la commune de Grande Synthe (située sur le littoral de la mer du Nord, à côté de Dunkerque).

La commune de Grande-Synthe et son maire ont interpellé à la fin de l'année 2018 le Président de la République, le Premier Ministre ainsi que le Ministre de la Transition écologique et solidaire afin que des actions plus importantes soient prises afin de réduire les émissions de gaz à effet de serre et respecter les engagements internationaux pris par la France en vertu de l'Accord de Paris.

Après avoir implicitement essuyé un rejet, les personnes interpellées étant restées sans réaction, la commune de Grande-Synthe et son maire ont saisi le Conseil d'Etat d'un recours en excès de pouvoir destiné à annuler ladite décision de rejet⁴⁶².

⁴⁶¹ Article L. 225-102-4, I, 4° du Code de commerce.

⁴⁶² Décision du Conseil d'Etat du 19 novembre 2020, requête n°427301 ; Recueil Dalloz 2020 p. 2292 ; voir également C. Collin, « Contentieux climatique de Grande-Synthe : une décision plus prometteuse qu'historique », Dalloz actualités, 27 novembre 2020.

Ils ont, dans cette action, été soutenus par les interventions des communes de Paris et Grenoble ainsi que par les associations Oxfam France, Greenpeace France, Notre Affaire à Tous, et la Fondation pour la Nature et l'Homme⁴⁶³.

441. Le Conseil d'Etat a rendu une décision très attendue le 19 novembre 2020. La haute juridiction administrative commence par valider l'intérêt à agir des trois communes sur la base des données publiées par l'Observatoire national sur les effets du réchauffement climatique qui attestent de conséquences importantes pour chacune des collectivités à l'horizon 2030.

Du fait de sa proximité immédiate avec le littoral, la commune de Grande-Synthe a fait valoir son exposition à des risques accrus et élevés d'inondations, d'importants épisodes de sécheresses ayant pour incidence une dégradation de la ressource en eau douce et des dégâts sur les immeubles compte tenu des caractéristiques géologiques du sol.

Les villes de Paris et de Grenoble ont fait valoir une augmentation importante des pics de chaleur amenés à être plus intenses et plus longs ainsi qu'une augmentation significative des pluies hivernales renforçant le risque de crues et d'inondations.

442. L'apport de la décision du Conseil d'Etat en matière d'intérêt à agir s'étend également au caractère préventif qui caractérise l'action des collectivités en considérant que si les *« conséquences concrètes du changement climatique ne sont susceptibles de déployer tous leurs effets sur le territoire de la commune qu'à l'horizon 2030 ou 2040, leur caractère inéluctable, en l'absence de mesures efficaces prises rapidement pour en prévenir les causes et eu égard à l'horizon d'action des politiques publiques en la matière, est de nature à justifier la nécessité d'agir sans délai à cette fin. »*⁴⁶⁴.

Ainsi, bien que l'affaire de la commune de Grande-Synthe ne soit pas directement en lien avec le devoir de vigilance, les similitudes y sont très importantes et permettent une transposition sereine de cette solution (pour plus de détails sur cette affaire, voir *infra*, § n° 505).

⁴⁶³ Sur l'intérêt à agir des associations, le Conseil d'Etat relève sans surprise qu'elles *« ont notamment pour objet de lutter contre les atteintes anthropiques à l'environnement dont l'une des manifestations réside dans la contribution au phénomène du changement climatique »* et qu'elles justifient en conséquence d'un intérêt suffisant à intervenir au soutien de la demande d'annulation des décisions attaquées.

⁴⁶⁴ Voir § 3 de la décision du Conseil d'Etat précitée.

§2. L'action préventive en protection d'un intérêt personnel

443. Ces actions n'ont, à ce stade, pas rencontrées d'application en jurisprudence, les mises en demeure et demandes en justice étant classiquement exercées par les associations et syndicats.

Néanmoins, il nous semble qu'une personne physique pourrait développer un intérêt légitime à ce type d'actions (A) et que, dans certaines situations, les investisseurs d'une société ainsi que ses partenaires d'affaires (B) pourraient avoir recours au devoir de vigilance, d'une manière qu'il convient d'anticiper.

A. L'action d'une personne physique

444. Cette hypothèse ne devrait pas être la plus courante mais il convient de s'y attarder. L'intérêt à agir va fortement dépendre de la situation de la personne en ce qu'elle doit présenter un lien suffisamment fort avec l'activité.

Aussi, un riverain d'une installation nucléaire peut avoir intérêt à ce que la société exploitante de l'installation développe son plan de vigilance sur des aspects sécuritaires dans la mesure où il est directement concerné.

Néanmoins, cette logique rencontre des limites dans la mesure où l'ensemble des citoyens peuvent avoir intérêt à s'assurer de la vigilance d'une entreprise exploitant une installation nucléaire de base. La même logique se retrouve dans la défense de l'environnement.

De manière factuelle, il est peu probable qu'une personne physique se lance dans une action de ce type sans recourir au paratonnerre que constitue l'action associative.

Si cela devait être le cas, il est possible que l'entreprise mise en demeure par un individu isolé lui transmette la documentation précise à même d'assurer sa bonne information.

445. En dehors d'une action relative au devoir de vigilance, la thématique climatique nous a fourni une première décision dans le cadre de l'affaire dite Grande Synthe (voir *supra*, § n° 439).

Le Conseil d'Etat a considéré que l'action du maire de la commune, agissant en tant que requérant individuel et simple citoyen, n'était pas recevable pour défaut d'intérêt dans la mesure où il se bornait à faire valoir que sa résidence se situait dans une zone susceptible d'être soumise à des inondations à l'horizon 2040.

Le contentieux de la prévention reposant sur une atteinte éventuelle, il convient que les demanderessees soient en état de rapporter la preuve d'une atteinte dont la réalisation est sérieuse et d'un dommage précis.

446. A l'étranger, notons que la Cour d'appel de Hamm, en Allemagne, a considéré recevable en 2017, l'action d'un agriculteur et guide de haute montagne péruvien à Huaraz au nord du Pérou, M. Saul Luciano Lliuya, contre le conglomérat allemand RWE.

Le demandeur, qui chiffre à 0,47 % la part de RWE dans les émissions mondiales de gaz à effet de serre, entend obtenir la condamnation de RWE à financer une partie des travaux de sécurisation contre les risques d'inondation qui pèsent sur sa ville ainsi que le remboursement des travaux qu'il a engagé personnellement pour protéger sa maison des inondations⁴⁶⁵.

B. L'action de l'investisseur ou du partenaire d'affaires

447. Les personnes qui ont investi dans le capital d'une entreprise en sont les actionnaires et donc naturellement les parties prenantes.

Aussi, il nous semble que les actionnaires ont intérêt à ce que la société se dote d'un plan de vigilance conforme aux exigences de la loi dans la mesure où la réalisation d'un risque peut entraîner une baisse de la valeur de leurs actions, voire une baisse dans le versement des dividendes.

448. L'exemple le plus frappant pourrait se trouver dans la situation de la société japonaise Tokyo Electric Power (ci-après, « TEPCO ») qui exploitait la centrale nucléaire de Fukushima – Daiichi.

Les conséquences pour l'entreprise ont été très importantes à la suite à l'accident du 11 mars 2011 intervenu en raison d'un tremblement de terre et d'un tsunami.

En juin 2011, le titre de TEPCO, coté au *Tokyo Stock Exchange*, perdait près de 90 % de sa valeur⁴⁶⁶. Les pertes financières pour l'entreprise ont également été immenses. Au terme de

⁴⁶⁵ Pour une source médiatique, voir ici : <https://www.geo.fr/environnement/climat-1er-succes-devant-la-justice-allemande-pour-un-fermier-peruvien-181933>.

⁴⁶⁶ Pour un article de presse sur le sujet, voir ici : <https://www.lefigaro.fr/societes/2011/06/06/04015-20110606ARTFIG00518-fukushima-la-radioactivite-atteint-un-nouveau-pic.php>.

l'exercice d'avril 2010 à mars 2011, TEPCO affichait un déficit net de 1.247,35 milliards de yens (soit 10,9 milliards d'euros).

Si l'exemple illustre évidemment un scénario catastrophe, il met en lumière les conséquences de la réalisation d'un risque majeur non seulement en termes de santé et de sécurité des personnes et d'atteinte à l'environnement, mais également au regard des retombées financières pour les actionnaires de l'entreprise responsable.

449. Plus largement, tout évènement ayant un effet négatif sur la société impacte sa valeur. Dans l'hypothèse d'une société cotée, cet impact est immédiatement visible pour les actionnaires. Dans le cas d'une société non cotée, l'actionnaire pourra s'estimer lésé par une perte de valeur matérialisée lors de la vente de ses actions et ainsi la perte de chance de vendre à un meilleur prix.

Aussi, il nous semble qu'un tribunal pourrait recevoir l'action en justice d'un actionnaire afin d'enjoindre à la société, dont il détient des actions, de produire un plan de vigilance conforme. Cette action serait basée sur l'intérêt de l'actionnaire à voir préserver la valeur de ses titres, potentiellement impactés par la réalisation d'un risque qu'un plan de vigilance conforme doit justement permettre d'éviter.

450. On note que les actionnaires s'emparent de plus en plus souvent des thématiques liées à la RSE, non seulement depuis l'apparition du devoir de vigilance mais également de la loi PACTE (voir *infra*, § n° 792).

Aussi, pour la première fois, à l'assemblée générale du 29 mai 2020, 11 actionnaires de Total représentant ensemble 1,35 % du capital ont déposé un projet de résolution demandant au pétrolier de se conformer aux objectifs de l'Accord de Paris et de réduire drastiquement ses émissions de gaz à effet de serre⁴⁶⁷.

Le but était de modifier les statuts de l'entreprise afin de les aligner sur les objectifs de l'Accord de Paris et remodeler ainsi toute la stratégie du Groupe⁴⁶⁸. Il s'agissait notamment de cesser l'exploration et l'exploitation de toutes nouvelles réserves d'hydrocarbures, de s'engager dans une trajectoire chiffrée de réduction des émissions de gaz à effet de serre et, à ce titre, de prendre en compte l'ensemble des émissions liées à l'activité en cessant d'exclure les rejets liés à

⁴⁶⁷ Il s'agit du début du « *Say on Climate* » en France.

⁴⁶⁸ Voir ici, p. 65 : https://www.total.com/sites/g/files/nytnzq111/files/documents/2020-05/total-brochure-avis_convocation-2020.pdf.

l'utilisation des produits vendus que Total refuse traditionnellement de comptabiliser⁴⁶⁹. Cette résolution a été rejetée par l'assemblée générale de Total à 83,20 %⁴⁷⁰.

451. Au regard de cette tendance, l'appréhension de la loi relative au devoir de vigilance par les actionnaires nous semble être une suite logique.

Cette évolution porte, néanmoins, un risque de dévoiement en raison de la politique d'activisme actionnariale menée par certains fonds d'investissement souvent surnommés « fonds activistes » ou « fonds vautours ».

Ces fonds entrent au capital d'entreprises en prenant une participation généralement faible leur permettant toutefois de justifier de la qualité d'actionnaire et bénéficiaire ainsi des droits que leur offre ce statut. Si les thématiques du devoir de vigilance ne figurent traditionnellement pas parmi leurs préoccupations principales essentiellement centrées sur le profit à court terme⁴⁷¹, il est fort possible qu'ils exploitent la loi relative au devoir de vigilance en un moyen de pression efficace contre les entreprises françaises.

La thématique climatique apparaît d'ailleurs dans leurs revendications. A titre d'exemple, le fonds activiste Engine n°1, actionnaire du Groupe ExxonMobil, a adressé un courrier aux actionnaires en amont de l'assemblée générale du 26 mai 2021 émettant une sévère critique contre la politique de la major pétrolière texane qui ne prend pas en compte le réchauffement climatique dans sa stratégie⁴⁷².

Engine n°1 a étayé son propos d'une présentation de 80 pages expliquant en détail l'urgence pour ExxonMobil de changer de politique afin de s'adapter aux évolutions du marché de l'énergie⁴⁷³ et a sollicité des actionnaires la nomination de quatre nouveaux administrateurs à même de changer la stratégie du Groupe.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, voir également, <https://www.ecoco2.com/blog/une-resolution-climat-deposee-par-11-actionnaires-de-total-une-premiere/>, ainsi que : <https://www.greenpeace.fr/espace-presse/depot-dune-resolution-climat-par-des-actionnaires-de-total-une-premiere-en-france/>.

⁴⁷⁰ Voir, pour une source de gouvernance : https://www.total.com/sites/g/files/nytnzq111/files/documents/2020-06/ag-2020-resultat-des-votes_fr.pdf.

⁴⁷¹ On se souvient de la tentative de perturbation de la prise de contrôle d'Altran Technologies par Capgemini au cours de laquelle le fonds activiste Elliott, entré au capital d'Altran, avait tenté de persuader les actionnaires d'Altran de ne pas apporter leurs titres à l'offre publique d'achat de Capgemini afin d'en obtenir une meilleure.

⁴⁷² Voir ici : <https://www.novethic.fr/actualite/gouvernance-dentreprise/engagement-actionnarial/isr-rse/le-fonds-activiste-engine-n-1-met-la-pression-pour-renforcer-la-strategie-climat-d-exxonmobil-149766.html>.

⁴⁷³ Voir ici : <https://renergizexom.com/wp-content/uploads/2021/04/Engine-No.-1-Reenergize-ExxonMobil-Investor-Presentation.pdf>.

Notons, par ailleurs, que le dirigeant du fonds activiste anglais *The Children's investment fund* annonçait à la presse à la fin de l'année 2019 sa volonté de « punir » les entreprises et leurs administrateurs qui ne publient pas leurs émissions de Co2 et ne s'engagent pas à les réduire⁴⁷⁴.

Ainsi, dans l'hypothèse où ces fonds détiennent une fraction suffisante du capital d'une entreprise assujettie au devoir de vigilance, l'article L. 225-102-4 du Code de commerce nous semble constituer le texte le plus adéquat, avec les articles 1833 du Code civil et L. 225-35 du Code de commerce issus de la loi PACTE (voir *infra*, § n° 792 et s.) pour, le cas échéant, exercer une pression.

452. L'action d'un partenaire d'affaires doit également être envisagée. Dans une situation industrielle mêlant plusieurs entreprises avec la présence d'un accident du travail grave, l'une des entreprises pourrait mettre en demeure la société exploitante du chantier de produire un plan de vigilance mettant en exergue des solutions plus ambitieuses en matière de sécurité au travail.

Un grand nombre de situations pourrait s'imaginer où le devoir de vigilance serait un excellent « *leverage* »⁴⁷⁵ dans le cadre d'une relation contractuelle.

A ce titre, la loi du n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets introduit des dispositions relative au devoir de vigilance dans les relations d'affaires liées à la commande publique.

Aussi, l'article L. 2141-7-1 du Code de la commande publique prévoit que « *L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes soumises à l'article L. 225-102-4 du code de commerce qui ne satisfont pas à l'obligation d'établir un plan de vigilance comportant les mesures prévues au même article L. 225-102-4, pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou d'engagement de la consultation. Une telle prise en compte ne peut être de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation.* ».

Le nouvel article L. 3123-7-1 du Code de la commande publique prévoit des dispositions similaires pour les contrats de concession.

⁴⁷⁴ Voir ici : <https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/climat-le-tres-redoute-fonds-tci-met-la-pression-sur-les-entreprises-1152902> et ici : <https://www.lefigaro.fr/flash-eco/le-fonds-activiste-tci-presse-de-grands-groupes-d-en-faire-plus-pour-le-climat-20191202>.

⁴⁷⁵ Pour une traduction libre : effet de levier.

Section 2. Les risques de dévoiement d'une vision libérale de l'intérêt à agir

453. Au regard de l'imprécision des notions mises à la charge des sociétés assujetties au devoir de vigilance, le Conseil constitutionnel n'a pas jugé opportun la mise en place d'une amende civile (§1).

Néanmoins, dans un système où l'entreprise est responsable de la qualité de son plan de vigilance et peut faire l'objet d'une mise en demeure voire d'une action en justice de n'importe quelle personne ayant intérêt à agir, les possibilités d'une atteinte réputationnelle sont importantes (§2).

En réaction, les entreprises souvent malmenées par l'effet médiatique de ces actions pourraient être enclines à se tourner davantage vers des modes alternatifs et confidentiels, tel que le PCN de l'OCDE, afin de résoudre ces conflits (§3).

§1. Un texte jugé trop imprécis pour une amende civile par le Conseil constitutionnel

454. Il était initialement prévu par la loi relative au devoir de vigilance, telle qu'elle a été votée le 23 février 2017, une amende civile pouvant aller jusqu'à 10 millions d'euros pour une société qui ferait défaut à son obligation d'établir un plan de vigilance.

Ces dispositions ont finalement été censurées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 mars 2017 sur le fondement de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines⁴⁷⁶.

Le Conseil constitutionnel considère effectivement que « *S'il est loisible au législateur de soumettre les sociétés entrant dans le champ d'application du paragraphe I de l'article L. 225-102-4 du code de commerce à différentes obligations ayant pour but de concourir au respect, par ces sociétés et leurs partenaires économiques, de différents droits et libertés, il lui revenait toutefois, dès lors qu'il assortissait les obligations qu'il posait d'une sanction ayant le caractère d'une punition, de définir celles-ci en termes suffisamment clairs et précis* ».

⁴⁷⁶ Décision n°2017-750, § 5, le principe de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 prévoit que « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ». Il s'applique aux peines prononcées par les juridictions répressives ainsi qu'à toutes les sanctions revêtant un caractère punitif.

Du point de vue du Conseil constitutionnel, plusieurs éléments du texte de loi font défaut à cet impératif de clarté, notamment les notions de vigilance raisonnable, d'actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves et d'atteinte aux droits humains et libertés fondamentales.

Dès lors, trop d'imprécisions subsistent dans la loi pour qu'une sanction pouvant atteindre 10 millions d'euros soit prononcée sur la base de ce texte.

Or, si l'amende civile a été désactivée, la notion de sanction n'a pas disparue pour autant pour les entreprises.

§2. L'outil du « name and shame » et l'atteinte réputationnelle

455. Nous l'avons vu, il revient aux parties prenantes d'une entreprise de s'assurer du bon établissement du plan de vigilance. A ce titre, les associations occupent un rôle central et se retrouvent très impliquées dans des phases précontentieuses ou contentieuses.

Il est intéressant de noter que l'intérêt à agir de certaines associations, caractérisé par la défense d'un intérêt collectif en lien avec leur objet social, se confond avec d'autres intérêts créant des situations de conflits.

456. Si l'association Greenpeace devait mettre en demeure un acteur français du nucléaire de produire un plan de vigilance conforme aux exigences de la loi, la situation serait intrigante.

Effectivement, Greenpeace, dont l'objet social comprend notamment « *la lutte contre la menace nucléaire* » est un contre-pouvoir historique des sociétés du secteur nucléaire. Greenpeace milite ouvertement pour la sortie de nucléaire civile et indique sur son site internet : « *le nucléaire met en péril notre planète. Cette énergie est dangereuse, inutile et coûteuse. Il faut impérativement y renoncer.* »⁴⁷⁷.

Si l'opinion de l'association Greenpeace en matière de production d'électricité ne pose en elle-même aucune problématique, elle a néanmoins pour conséquence d'orienter très fortement son jugement sur la qualité du plan de vigilance d'une entreprise du secteur du nucléaire.

⁴⁷⁷ Voir ici : <https://www.greenpeace.fr/sortir-du-nucleaire/>.

Le risque de dévoiement est réel dans la mesure où l'intérêt de certaines associations peut se cristalliser dans l'utilisation du devoir de vigilance à des fins idéologiques oubliant toute forme de mesure dans la critique du plan de vigilance.

L'intérêt de l'association à l'origine de la mise en demeure s'éloigne alors de la prévention des risques pour s'orienter vers l'utilisation du devoir de vigilance en un outil de nuisance ou de « *name and shame* ».

457. Ainsi, l'intérêt à agir d'une association sur le terrain du devoir de vigilance peut se retrouver nettement perturbé par un fort parti pris sur des thématiques politiques ou sociétales⁴⁷⁸.

Les crispations entre l'association et l'entreprise mise en demeure sont alors d'autant plus importantes que les obligations de vigilance et le contenu attendu d'un plan de vigilance sont encore incertains. Plus largement, le droit du devoir de vigilance est instable et encore immature ce qui amène une importante source d'affrontement entre associations et entreprises sur la portée des obligations attendues.

A ce titre, l'association peut communiquer sur sa mise en demeure et ne laissant pour le public aucun doute subsister sur le caractère incomplet du plan de vigilance remis en question.

Ainsi, bien que l'amende civile ait été supprimée en raison de termes et notions trop imprécis portés par la loi, il reste une atteinte réputationnelle bien réelle sur la base d'un éventuel manquement à ces notions.

Au surplus, si le texte de loi porte l'ambition d'un plan de vigilance établi par l'entreprise en coordination avec ses parties prenantes, il semble pour certaines situations, notamment celle évoquée pour illustrer notre propos, délicat d'imaginer qu'un discours de confiance puisse se mettre en place.

Cet élément est identifié par le rapport d'évaluation de la loi qui relève que la posture conflictuelle des ONG peut bloquer le dialogue dans la mesure où certaines souhaitent être associées au processus du plan de vigilance sans pour autant être prêtes à dialoguer avec des entreprises dont elles contestent parfois jusqu'à l'existence⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Le rapport d'évaluation de la loi, sur ce point, explique que la mise en demeure s'apparente alors à un outil de mobilisation publique contre une entreprise plutôt qu'à une mesure permettant de faire progresser les pratiques de l'entreprise, voir ledit rapport, p. 37.

⁴⁷⁹ Rapport d'évaluation de la loi précité, p. 37.

Dans ces circonstances, les mises en demeure et assignations entraînent un écho médiatique conflictuel qui nuit à l'image des entreprises avant même qu'un tribunal n'ait pu se pencher sur le fond de l'obligation et un éventuel défaut dans l'établissement du plan.

Pour atténuer cette circonstance, les entreprises pourraient inciter leurs parties prenantes à recourir à des alternatives à la saisine du tribunal.

§3. L'OCDE et son point de contact national au renfort des entreprises

458. Face à des situations conflictuelles qu'une instance judiciaire ne permet pas d'atténuer, les entreprises pourraient proposer à leurs parties prenantes de s'orienter vers le PCN de l'OCDE en France pour résoudre un différend en lien avec leurs devoir de vigilance (A).

Le PCN de l'OCDE nous semble disposer d'une compétence et d'une légitimité naturelle pour la gestion de ces situations, en comparaison d'une institution classique de médiation et d'arbitrage, en raison de la similarité et du lien de filiation qui existe entre les instruments de l'OCDE et les instruments français (B).

Les dossiers que le PCN a d'ores et déjà eu à traiter confirment son utilité dans la gestion du contentieux lié au devoir de vigilance (C).

A. Organisation et missions

459. L'OCDE a mis en place un système de gestion des plaintes non judiciaire par l'intermédiaire des PCN présents dans tous les Etats adhérents à ses Principes directeurs.

On retrouve dans l'avant-propos des Principes directeurs la formule suivante :

« Les Principes directeurs sont étayés par un mécanisme de mise en œuvre unique en son genre, les Points de contact nationaux (PCN), qui sont les instances établies par les gouvernements adhérents pour promouvoir et mettre en œuvre les Principes directeurs. Les PCN aident les entreprises et leurs parties prenantes à prendre les mesures adéquates pour en renforcer encore l'application. Ils constituent également un pôle de médiation et de conciliation permettant de résoudre les problèmes pratiques susceptibles de se poser. »⁴⁸⁰.

⁴⁸⁰ Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales, édition 2011, avant-propos, p. 3.

Les PCN sont donc établis par les pays adhérents à la Déclaration de l'OCDE et ont pour mission d'aider à la mise en œuvre des Principes directeurs que ce soit par des activités de promotion et de renseignement ou en contribuant à la résolution des problèmes soulevés par leur mise en œuvre.

460. A ce titre, le PCN français explique sur son site internet qu'il « *peut être saisi pour examiner des cas d'allégation de non-respect de ces Principes directeurs. Il agit alors en tant qu'instance non-juridictionnelle de règlement des différends : il offre aux parties une plateforme de dialogue en vue de contribuer à résoudre leurs différends sur l'effectivité des Principes directeurs.* »⁴⁸¹.

Le PCN français est organisé en une instance tripartite rassemblant des représentants de syndicats, d'entreprises et des membres de l'administration⁴⁸². Plus largement, la Direction générale du Trésor assure la présidence et le secrétariat du PCN français.

Le dépôt d'une plainte, ou pour reprendre le vocable de l'OCDE d'une « circonstance spécifique », est ouvert à toute personne, organisation ou collectivité qui considère que les activités d'une entreprise ne sont pas en corrélation avec les Principes directeurs⁴⁸³.

Le PCN français peut être saisi soit sur la base des agissements d'une entreprise française ou d'une de ses relations d'affaires, que leurs activités soient situées en France ou dans un pays étranger, soit sur la base des activités d'entreprises multinationales opérant en France⁴⁸⁴.

De plus, les plaignants disposent d'une option et peuvent saisir le PCN du pays où les faits ont eu lieu ou du pays où l'entreprise multinationale a son siège⁴⁸⁵.

⁴⁸¹ Voir pour une description complète le propos de la Direction générale du Trésor : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/tresor-international/pcn-france>

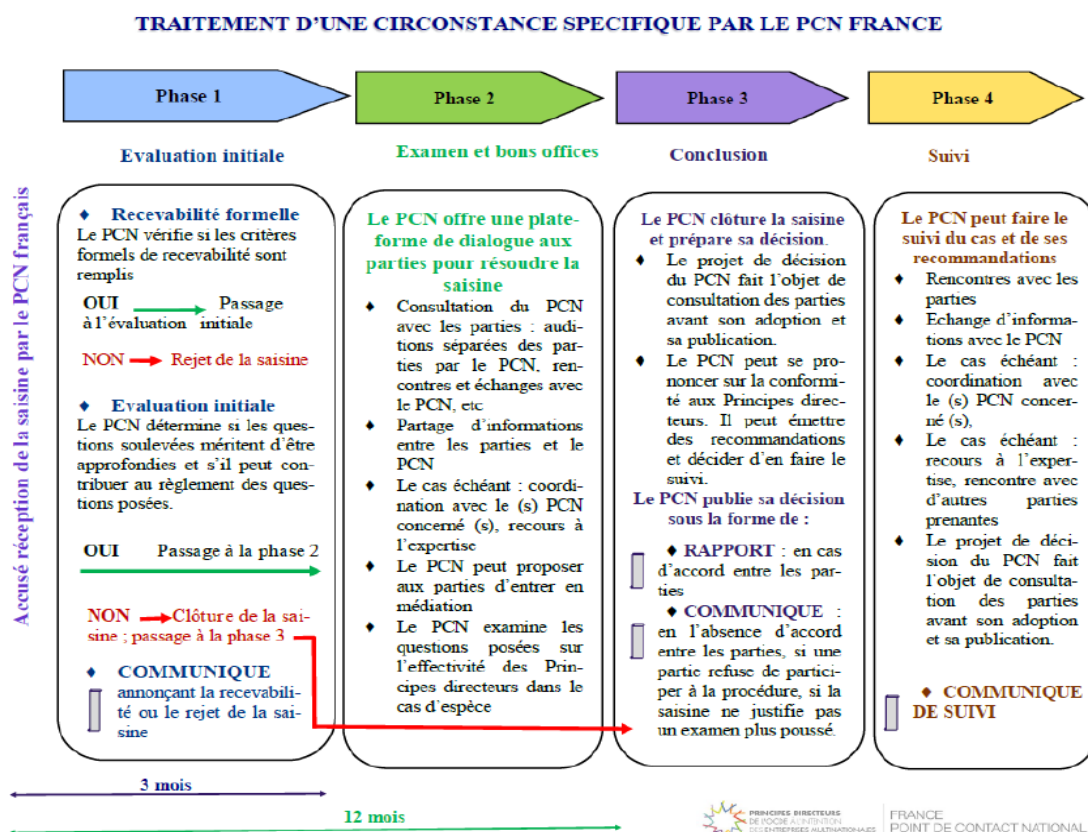
⁴⁸² Chaque organisation est représentée par un membre titulaire et un suppléant : (i) du côté des syndicats nous retrouvons la CFDT, CGT, FO, CFE-CGC, CFTC, UNSA ; (ii) pour les entreprises, le MEDEF et (iii) pour l'administration, des représentants du Ministère de l'économie et des finances, du Ministère des Affaires sociales et de la Santé, du Ministère du Travail, de l'Emploi et du Dialogue social, du Ministère des Affaires étrangères et du Développement international et du Ministère de la Transition écologique et solidaire.

⁴⁸³ Pour plus de précisions sur les critères de recevabilité, se référer au règlement intérieur et plus particulièrement à l'article 21 : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Institutionnel/Niveau3/Pages/c9f2b997-c9ba-4850-b776-4d366b593c38/files/0226c90b-8119-44c2-917c-86065232132a>.

⁴⁸⁴ <https://www.tresor.economie.gouv.fr/tresor-international/pcn-france/comment-saisir-le-pcn-francais>.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

461. Une fois la circonstance spécifique reçue et considérée recevable, la procédure suit ce schéma proposé par le PCN français à titre explicatif ⁴⁸⁶ :



Retenons que le PCN examine l'affaire et offre ses bons offices (dialogue avec les parties, échanges d'informations ou, au besoin, une médiation) dans le cadre d'une procédure confidentielle⁴⁸⁷.

Dans la mesure où le règlement intérieur du PCN ne prévoit pas de dispositions concernant d'éventuels frais à verser par les parties et que les Principes directeurs prévoient que « *Les pays adhérents doteront leurs Points de contact nationaux de ressources humaines et financières de manière à ce qu'ils puissent s'acquitter efficacement de leurs responsabilités, en tenant compte de leurs priorités et pratiques budgétaires internes.* », le PCN Français nous semble être une

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ Sur la confidentialité, se référer aux articles 38, 39 et 40 du règlement intérieur.

option gratuite pour les parties, l'Etat adhérent s'engageant à prendre à sa charge son fonctionnement⁴⁸⁸.

Enfin, à l'issue de cette procédure, dans la plupart des cas, le PCN publie un document récapitulatif. Le consensualisme qui entoure cette publication est important dans la mesure où elle fait toujours l'objet d'une consultation des parties avant d'être diffusée.

Si les parties sont parvenues à un accord, le PCN publie un rapport explicatif. Si aucun accord n'a été trouvé, le PCN communique une « décision » non contraignante qui prendra davantage la forme d'une recommandation. Effectivement, les PCN ne peuvent être assimilés à des instances judiciaires dans la mesure où les Principes directeurs de l'OCDE émettent des recommandations et ne sont pas juridiquement contraignants.

B. La similarité du devoir de vigilance français et des instruments développés et utilisés par l'OCDE

462. Les éléments d'analyse des circonstances spécifiques reçues et traitées par les PCN de l'OCDE montrent, outre de bons résultats, une grande similarité des thématiques traitées par les PCN et que le juge français peut rencontrer sur le terrain du devoir de vigilance.

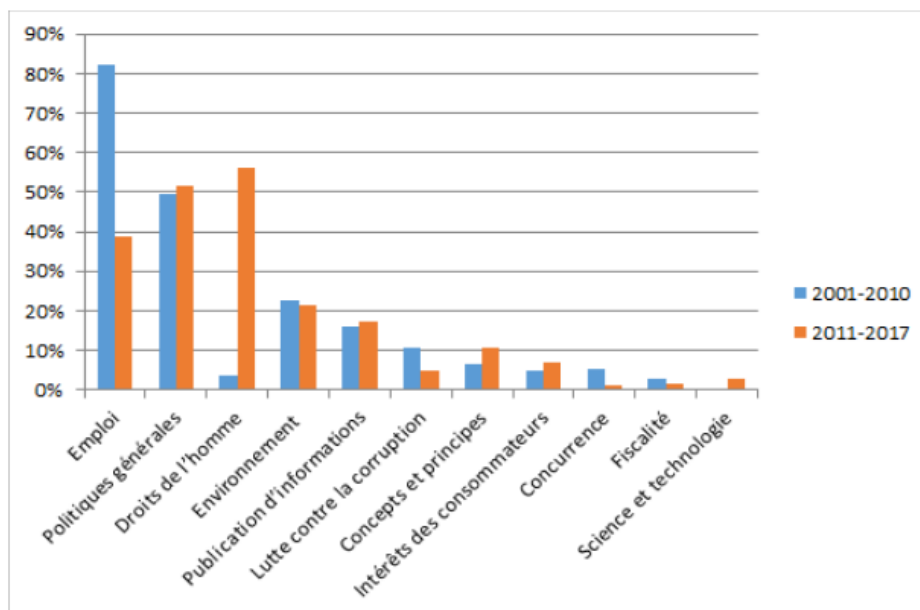
L'analyse produite par l'OCDE porte sur les circonstances spécifiques traitées entre 2000 et 2017 par l'ensemble des PCN et porte une distinction entre la période 2001-2010 et 2011-2017⁴⁸⁹.

Effectivement, la thématique des droits de l'homme a été ajoutée en 2011 aux Principes directeurs faisant bondir le nombre de circonstances spécifiques sur ce sujet, comme on peut l'observer ci-après :

⁴⁸⁸ Voir les Principes directeurs, Partie 2 « Procédures de mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », p. 83.

⁴⁸⁹ Pour la source de ces éléments chiffrés, voir cette présentation de l'OCDE dont nous reproduisons le graphique : <http://mneguidelines.oecd.org/Flyer-OECD-National-Contact-Points-French.pdf>.

Principaux sujets sur lesquels ont porté les circonstances spécifiques
(avant et après 2011)



Si la majorité des circonstances spécifiques portent sur des questions concernant les conditions de travail, les droits de l'homme et l'environnement sont ensuite les deux thématiques les plus traitées.

463. Les liens naturels qui existent entre les Principes directeurs de l'OCDE et le devoir de vigilance français s'expliquent par l'influence que les Principes directeurs ont eu sur le législateur français dans l'élaboration de la loi relative au devoir de vigilance.

Les thématiques du devoir de vigilance se retrouvent donc dans les Principes directeurs et plus largement dans les instruments de l'OCDE.

Les engagements concernant les droits de l'homme figurent en partie IV et la thématique environnementale qui figure en partie VI porte plus largement la recommandation pour les entreprises de « *protéger l'environnement, la santé et la sécurité publiques, et d'une manière générale, de conduire leurs activités d'une manière qui contribue à l'objectif plus large de développement durable* »⁴⁹⁰.

De plus, le Guide OCDE 2018 sur « le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises »⁴⁹¹ confère à l'OCDE une légitimité évidente et la capacité d'aborder toute la

⁴⁹⁰ Principes directeurs précités, chapitre IV, p. 52.

⁴⁹¹ Voir ici pour le Guide OCDE mentionnée : <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/Guide-OCDE-sur-le-devoir-de-diligence-pour-une-conduite-responsable-des-entreprises.pdf>.

complexité de l'enjeu pour les entreprises de maintenir un haut niveau de surveillance dans le cadre de leurs relations d'affaires et leurs chaînes d'approvisionnement.

A ce titre, précisons qu'à la suite du drame du Rana Plaza en avril 2013, le PCN français a été saisi par Madame Nicole Bricq, alors Ministre du commerce extérieur, pour l'établissement d'un rapport sur la mise en œuvre des Principes directeurs dans la filière du textile et de l'habillement.

Ce rapport, délivré en décembre 2013⁴⁹² a préconisé les mêmes outils que ceux ensuite mis en œuvre dans la loi relative au devoir de vigilance (cartographie des risques, éléments de gestion des risques, consultation des parties prenantes, etc.). Il a également abouti à l'adoption et la publication en 2017 du Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence applicable aux chaînes d'approvisionnement responsables dans le secteur de l'habillement et de la chaussure.

C. Le recours au PCN français pour résoudre des problématiques liées au devoir de vigilance

464. Que l'on se situe sur des problématiques de prévention et de qualité du plan de vigilance ou sur des problématiques de réparation, le PCN nous semble porter une alternative efficace.

A ce titre, dans le cadre d'une question écrite du sénateur Jean-Pierre Sueur au Ministre de l'économie et des finances⁴⁹³ le questionnant sur la difficile mise en œuvre de la loi relative au devoir de vigilance, le Ministère répond en mettant en exergue l'utilité du PCN français.

Le Ministère relève que l'activité du PCN français a augmenté avec l'entrée en vigueur de la loi et souligne que « *Ce mode de règlement des différends, fondé sur le dialogue pour obtenir des impacts concrets, s'inscrit dans la complémentarité avec la loi de 2017* »⁴⁹⁴.

Le Ministère souligne également l'accessibilité du mécanisme des PCN en soulignant qu'il est gratuit, rapide (maximum 12 mois), accepte les procédures en langue anglaise, ne nécessite pas d'avocats et adopte une vision très large de l'intérêt à agir.

⁴⁹² Voir ici : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Institutionnel/Niveau3/Pages/b5a6e1c0-4f22-487b-b761-de12f330268f/files/d38d5458-4dcc-44a5-bd52-ebf068240b56>.

⁴⁹³ Question n°11950 publiée au JO du Sénat du 08/08/2019, p. 4172, <http://www.senat.fr/questions/base/2019/qSEQ190811950.html>.

⁴⁹⁴ Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de la relance publiée dans le JO Sénat du 21/01/2021, p. 393, <http://www.senat.fr/questions/base/2019/qSEQ190811950.html>.

Aussi, les possibilités judiciaires, très médiatiques, de résolution d'un différend en lien avec le devoir de vigilance ne doivent pas éclipser la variété des outils mis à la disposition des parties prenantes en France pour faire progresser le respect des droits de l'homme et de l'environnement par les entreprises.

465. La mise en demeure de la société Téléperformance sur son plan de vigilance en juillet 2019 nous fournit une illustration.

Le syndicat international UNI Global Union et l'association Sherpa sont à l'origine de l'action et mettent en exergue un plan de vigilance lacunaire sans réels efforts pour cartographier et atténuer les risques pesant sur les droits humains et les libertés fondamentales⁴⁹⁵.

Or, nous relevons qu'à la suite de cette mise en demeure, UNI Global Union et Sherpa n'ont pas procédé à l'assignation en justice de Téléperformance.

En revanche, le PCN français a été saisi, le 17 avril 2020, d'une circonstance spécifique à l'endroit de la société française Téléperformance émise par UNI Global Union ainsi que quatre fédérations syndicales françaises (CFDT⁴⁹⁶ Fédération communication conseil culture, CGT-FAPT⁴⁹⁷, CGT Fédération des Sociétés d'Etudes et FO-FEC⁴⁹⁸).

Les syndicats reprochent à Téléperformance une mauvaise gestion de l'épidémie du Covid-19 dans plusieurs pays (Albanie, Colombie, États-Unis, France, Grèce, Inde, Mexique, Philippines, Portugal et Royaume-Uni) et pointent du doigt l'absence ou l'insuffisance des mesures de prévention (télétravail, organisation de l'espace de travail, mesures de protection sanitaire) mettant directement en danger les travailleurs.

Sont également mis en avant des allégations de pratiques antisyndicales, des licenciements abusifs et l'absence de dialogue social.

466. Le 6 juillet 2021, le PCN a diffusé son communiqué final indiquant que Téléperformance et UNI Global Union n'ont pu parvenir à un accord. Dès novembre 2020, face aux divergences

⁴⁹⁵ Voir la communication de Novethic, ici : <https://www.novethic.fr/actualite/gouvernance-dentreprise/entreprises-controversees/isr-rse/teleperformance-le-geant-francais-de-la-relation-clients-mis-en-demeure-sur-son-devoir-de-vigilance-147504.html> et celle de l'association Sherpa : <https://www.asso-sherpa.org/tribune-le-geant-francais-des-centres-dappel-mis-en-demeure-de-mieux-protger-ses-salaries>.

⁴⁹⁶ Confédération française démocratique du travail.

⁴⁹⁷ Confédération générale du travail des salariés des activités postales et de télécommunications.

⁴⁹⁸ Force ouvrière - fédération des employés et cadres.

des parties, le PCN a dû mettre un terme à ses bons offices aux fins de conciliation des parties mais a poursuivi une discussion séparément avec elles.

Aucun accord n'a été trouvé, toutefois, le PCN émet dans son communiqué final plusieurs recommandations à Téléperformance.

La première consiste en l'harmonisation par Téléperformance sur ses lieux d'implantation de ses procédures de gestion des congés payés, des congés maladie et de prise en charge des frais induits par le travail à domicile aux fins d'une meilleure prise en compte de l'incidence du Covid-19.

La deuxième tient à un meilleur suivi des mesures de diligence raisonnable mises en place aux Philippines en matière de droits de l'homme et de droits sociaux. Plus particulièrement, il est suggéré à Téléperformance d'éviter « *de recourir à l'hébergement des travailleurs sur les lieux de travail en période de pandémie* »⁴⁹⁹.

Dans la mesure où la mise en demeure n'a pas été suivie d'une assignation et au regard de la réponse, peu documentée et concise de Téléperformance⁵⁰⁰, la saisine du PCN semble avoir pris le relais du contentieux relatif au devoir de vigilance que la mise en demeure de juillet 2019 avait amorcé.

467. Un deuxième exemple de l'utilisation du PCN pour tenter de résoudre des problématiques en lien avec le devoir de vigilance se trouve dans l'affrontement entre EDF et des communautés autochtones mexicaines relatif à un projet éolien.

Le PCN français a été saisi en février 2018 d'une circonstance spécifique portée par l'ONG mexicaine ProDESC et deux défenseurs des droits représentant la sous-communauté agraire et autochtone de la ville d'Union Hidalgo au Mexique⁵⁰¹.

Les plaignants reprochaient à EDF et sa filiale EDF Renouvelables un projet de construction d'un parc éolien situé sur la commune d'Union Hidalgo mené sans une consultation suffisante

⁴⁹⁹ Voir le communiqué final du PCN français du 5 juillet 2021 concernant la circonstance spécifique Téléperformance, disponible ici, p. 9 : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/dd4bdb48-bac2-4e89-83a5-6f41be82247c/files/06b50867-0170-475a-82de-5d7af4cadafa>.

⁵⁰⁰ La réponse de Téléperformance du 29 juillet 2019 est disponible ici : https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/R%C3%A9ponse_de_Teleperformance-devoir_vigilance_2019.pdf.

⁵⁰¹ Voir les éléments communiqués par le Direction du Trésor : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/tresor-international/pcn-france/circonstance-specifique-edf-et-edf-en-au-mexique>.

des parties prenantes locales qui n'auraient pas été suffisamment informées et dont le consentement ne peut être, en conséquence, libre et éclairé.

Les bons offices du PCN français n'ont, à nouveau, pas portés leurs fruits. En juillet 2019, les plaignants annoncent quitter la procédure, faute d'être réellement considéré par EDF qui selon eux était déterminée à aller au bout du projet⁵⁰².

Est également dénoncé le manque d'implication du PCN et son parti pris en faveur des entreprises. Suite aux commentaires des plaignants sur la procédure instruite, le PCN a communiqué son désaccord sur cette description et a rappelé l'importance de la confidentialité et de la confiance entre les différentes parties pour arriver à une solution.

468. A la suite de l'échec de ce processus de médiation, EDF a été mise en demeure sur la base du devoir de vigilance de modifier son comportement à l'endroit des populations et parties prenantes locales relatif à son important projet éolien à Union Hidalgo⁵⁰³.

C'est bien l'absence de consentement et d'implication des parties prenantes et populations locales, en ce que ces problématiques se rattachent aux droits humains, qui fonde la mise en demeure d'EDF de se conformer à la loi relative au devoir de vigilance.

Cette mise en demeure n'a manifestement pas produit les effets escomptés. EDF a été assignée en justice en octobre 2020 devant le Tribunal judiciaire de Paris afin d'obtenir qu'il lui soit ordonné de respecter ses obligations en vertu de la loi relative au devoir de vigilance⁵⁰⁴.

469. Si le PCN français de l'OCDE n'a probablement pas vocation à absorber tout le contentieux du devoir de vigilance, il reste que l'agencement entre ce dispositif amiable du PCN et le dispositif contentieux de la loi relative au devoir de vigilance nous semble naturel et bienvenu.

⁵⁰² *Ibid*, pour plus de précisions, voir le communiqué final du PCN : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Institutionnel/Niveau3/Pages/8fd9ecb1-2cb5-4e35-95b7-587b6793f341/files/6d0afb3a-1a0e-4eb0-93cd-dbc602ad0908>.

⁵⁰³ Nous nous fondons sur cette communication de Novethic : <https://www.novethic.fr/actualite/gouvernance-dentreprise/entreprises-controversees/isr-rse/devoir-de-vigilance-edf-mis-en-demeure-pour-violation-des-droits-humains-147763.html>.

⁵⁰⁴ Voir la communication du Centre de Ressources sur les Entreprises et les Droits de l'Homme, ici : <https://www.business-humanrights.org/fr/derni%C3%A8res-actualit%C3%A9s/edf-assign%C3%A9-en-justice-pour-ses-activit%C3%A9s-au-mexique/>.

Que la mission du PCN puisse échouer ne lui enlève pas sa qualité d'alternative attractive pour les entreprises qui recherchent une instance de dialogue confidentielle et plus apaisée qu'un tribunal.

De la même manière, les parties prenantes nous semblent devoir être intéressées à une issue non contentieuse afin de mettre en place un dialogue de confiance avec l'entreprise et s'inscrire en corrélation avec ce que la loi relative au devoir de vigilance cherche à inciter : une véritable relation entre l'entreprise et ses parties prenantes pour produire un système de gestion du risque plus efficace.

En cette hypothèse, les chiffres avancés par l'OCDE entre 2011 et 2017 quant au succès de ses « bons offices » nous semblent encourageants : près de 50 % des circonstances spécifiques soumises à un examen approfondi auraient abouti à une forme d'accord entre les parties et 37 % des circonstances spécifiques auraient suscité un changement de politique au sein de l'entreprise.

Pour le reste, la multiplication des affaires devant le PCN devrait nous apporter une réponse quant à sa capacité à s'emparer de la thématique de la qualité d'un plan de vigilance et des instruments mis en place au regard de la loi relative au devoir de vigilance.

Section 3. La judiciarisation du devoir de vigilance

470. Judiciariser le devoir de vigilance marque un tournant important pour le demandeur qui rentre dans cette nouvelle catégorie qu'est le contentieux de la prévention.

Il ne s'agit pas ici d'aller chercher la responsabilité civile de l'entreprise mais d'engager avec elle un bras de fer afin de déterminer si son plan de vigilance répond, ou non, aux exigences de la loi.

Dans un environnement juridique instable aux obligations insuffisamment définies, il est indispensable que la jurisprudence donne des directives claires aux entreprises.

En l'état, les affaires récentes, notamment dirigées contre le Groupe Total, ont essentiellement permis de faire émerger des problématiques de compétence tout en fournissant des indications précieuses sur la définition juridique du plan de vigilance (§1).

Par ailleurs, cette nouvelle catégorie contentieuse que l'on peut qualifier de contentieux préventif recèle des approches variées pour enjoindre une société d'établir un plan de vigilance conforme (§2).

§1. Derrière la question du tribunal compétent, l'enjeu de la définition du plan de vigilance

471. Le fondement de l'action visant à enjoindre une société de faire évoluer son plan de vigilance pour respecter les dispositions de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce se trouve dans le danger que représente un plan incomplet en ce qu'il n'est pas à même de prévenir correctement une atteinte aux droits humains et libertés fondamentales, à la santé et la sécurité des personnes et à l'environnement.

Aussi, lorsqu'une partie prenante agit, le cas échéant, en saisissant le président du Tribunal par le biais d'une action en référé, il s'agit d'une action préventive pour faire cesser un comportement illicite présentant un danger.

Cette action qui caractérise le contentieux de la prévention du risque se distingue de l'action en réparation permise par la loi relative au devoir de vigilance à la suite de la réalisation d'un dommage que le plan de vigilance aurait dû permettre d'éviter.

472. Lorsqu'une partie prenante souhaite attirer l'attention d'une entreprise sur le caractère, selon elle, incomplet et/ou non conforme de son plan de vigilance elle commence par mettre en demeure l'entreprise.

Si, dans un délai de trois mois, aucune réponse ne lui a été apportée ou si la réponse apportée n'est pas considérée comme satisfaisante, la personne à l'origine de la mise en demeure peut saisir le tribunal.

473. Dans le cadre de la médiatique assignation de la société TotalEnergies par plusieurs associations (affaire « Total Ouganda »), il a pu sembler acquis que le seul tribunal compétent pour appréhender la conformité d'un plan de vigilance et, le cas échéant, enjoindre l'entreprise de respecter ses obligations était le Tribunal de commerce (A).

Les derniers développements jurisprudentiels nous ont toutefois orienté vers une option de compétence (B) avant que la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire (n° 2021-1729) ne mette un terme à cette saga (C).

Une fois la question de la compétence juridictionnelle purgée, une recrudescence des contentieux s'observe et doit être anticipée (D).

A. La compétence des tribunaux de commerce pour connaître d'un acte de gestion d'une société commerciale

474. Dans le cadre de l'affaire Total Ouganda (voir *infra*, § n° 491), Total a été assignée par plusieurs associations en octobre 2019, afin qu'elle fasse évoluer son plan de vigilance au regard d'un important projet pétrolier en Ouganda. Le président du Tribunal Judiciaire de Nanterre, statuant en référé, a rendu deux ordonnances aux termes desquelles il s'est déclaré incompetent au profit du Tribunal de commerce⁵⁰⁵.

Le président du Tribunal judiciaire de Nanterre a ainsi fait droit à l'exception d'incompétence invoquée par Total au profit de la juridiction consulaire.

La décision de renvoyer l'affaire devant le Tribunal de commerce se fonde sur l'article L. 721-3, 2° du Code de commerce qui prévoit que le Tribunal de commerce est compétent pour les contestations relatives aux sociétés commerciales.

Il est, en effet, de jurisprudence constante qu'une contestation relative à une société commerciale est celle qui a trait directement à la gestion de la société⁵⁰⁶.

Or, l'établissement du plan de vigilance, la mise en place des mesures au sein de l'entreprise ainsi que la rédaction du plan et du compte rendu de sa mise en œuvre sont des éléments qui font partie intégrante de la gestion d'une société⁵⁰⁷.

D'une part, le plan de vigilance doit être intégré au rapport de gestion de la société et présenté par le conseil d'administration à l'assemblée générale des actionnaires et, d'autre part, l'article 1833 alinéa 2 du Code civil prévoit que « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

⁵⁰⁵ Ordonnances, TJ Nanterre, 30 janvier 2020 n°19/02833, voir N.Cuzacq, « Premier contentieux relatif à la loi « vigilance » du 27 mars 2017, une illustration de l'importance du droit judiciaire privé », Recueil Dalloz 2020, p. 970.

⁵⁰⁶ Com. 27 octobre 2009, n°08-20.384 ; X. Delpech, « Compétence commerciale : faute de gestion d'une société commerciale », Recueil Dalloz 2009, p. 2679 ; B. Dondero, « Compétence du tribunal de commerce pour les fautes se rattachant par un lien direct à la gestion d'une société commerciale », Recueil Dalloz 2010, p.296 ; B. Saintourens, « La compétence des tribunaux de commerce pour juger d'une faute de gestion », Revue Dalloz des Sociétés 2010, p.30.

⁵⁰⁷ N.Cuzacq, « Premier contentieux relatif à la loi « vigilance » du 27 mars 2017, une illustration de l'importance du droit judiciaire privé », précité.

475. En ce sens, la décision du Tribunal Judiciaire de Nanterre est cohérente et a été confirmée par la Cour d'appel de Versailles⁵⁰⁸.

Cette dernière a été saisie par les demanderessees à l'action qui soutenaient qu'au regard des thématiques protégées, premièrement, le devoir de vigilance dépasse très largement la gestion d'une société commerciale, et deuxièmement que la protection des droits et libertés doit être confiée au juge civil en vertu de la constitution⁵⁰⁹.

Les demanderessees ont également fait valoir le droit d'option consacré par la jurisprudence pour les demandeurs non commerçants. Effectivement, il est de jurisprudence constante qu'en présence d'un litige entre deux parties dont l'une seulement est commerçante ou à propos d'un acte qui n'est commercial que pour l'une d'elle et qui revêt donc une nature mixte, la partie qui n'est pas commerçante ou qui n'a pas fait d'acte de commerce peut saisir la juridiction de son choix entre le Tribunal de commerce et le tribunal civil compétent⁵¹⁰.

476. Néanmoins, la Cour d'appel écarte ces éléments et confirme l'analyse du président du Tribunal judiciaire de Nanterre.

Bien que la loi relative au devoir de vigilance n'édicte aucune règle spéciale au profit du Tribunal de commerce permettant de déroger à la compétence de droit commun du Tribunal judiciaire, la mise en place du plan de vigilance permet de rattacher l'action contentieuse à l'article L. 721-3, 2° du Code de commerce.

Pour la Cour d'appel, *« est caractérisée, l'existence d'un lien direct entre le plan de vigilance, son établissement et sa mise en œuvre, et la gestion de la société commerciale dans son fonctionnement, critère nécessaire et suffisant pour que la compétence du juge consulaire puisse être retenue »*.

Ainsi c'est le plan de vigilance en tant qu'acte de gestion de la société commerciale, qui se rattachant à l'article L. 721-3, 2° du Code de commerce, justifie la compétence des juges consulaires.

⁵⁰⁸ CA Versailles, 10 décembre 2020, n° 20/01692 ; P. Métais et E. Valette, « Devoir de vigilance : quel tribunal compétent ? », Dalloz actualité, 11 janvier 2021.

⁵⁰⁹ Sur la référence à la constitution et à la compétence de l'ordre judiciaire pour protéger les thématiques du devoir de vigilance, voir l'article de N. Cuzacq précité, « Premier contentieux relatif à la loi « vigilance » du 27 mars 2017, une illustration de l'importance du droit judiciaire privé ». L'article 66 de la constitution est ciblé en ce qu'il identifie l'autorité judiciaire en gardienne de la liberté individuelle.

⁵¹⁰ Com. 20 juillet 1965, Recueil Dalloz 1965, p. 581.

A ce titre, la Cour ajoute que l'insertion des dispositions relatives au devoir de vigilance à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce⁵¹¹ est un indice pertinent pour qualifier cet acte de gestion d'une société commerciale, au même titre que la publication du plan de vigilance et du compte rendu de sa mise en œuvre au rapport de gestion prévu à l'article L. 225-102 du Code de commerce.

477. Lors de l'analyse de l'article L. 721-3, 3° du Code de commerce, soulevé par les demanderessees pour justifier d'un droit d'option de compétence, la Cour confirme que l'article qui dispose que « *Les Tribunaux de commerce connaissent des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes* » met bien en place une option de compétence entre le Tribunal judiciaire et le Tribunal de commerce pour la partie non commerçante qui initie un litige si l'acte litigieux peut être considéré comme « mixte » et revêt donc un caractère commercial uniquement pour l'une des deux parties, soit une double qualification : civile et commerciale.

Néanmoins, pour la Cour, le plan de vigilance est établi et mis en œuvre par la société Total et le simple fait que les parties prenantes puissent être associées à l'élaboration du plan et que les organisations syndicales soient concertées sur la mise en place du mécanisme de recueil des signalements ne saurait suffire à une qualification civile du plan de vigilance.

La qualification mixte de l'acte d'établissement du plan de vigilance est également écartée par la Cour sur la base de la qualification précédemment retenue d'un acte de gestion d'une société commerciale.

Le raisonnement nous semble tout à fait cohérent. Que pourrait être la mise en place d'un plan de vigilance dans une société commerciale si ce n'est un acte de gestion de ladite société ?

L'objectif du devoir de vigilance est de fixer des bornes, des limites à l'activité sociale en rendant obligatoires des mesures de prévention de certains risques graves (atteintes aux droits humains, à la santé et à la sécurité des personnes et à l'environnement)⁵¹². En ce sens, des mécanismes particulièrement importants doivent être développés au sein de la société : cartographie des risques, évaluation régulière des filiales, fournisseurs et sous-traitants, mise

⁵¹¹ Au sein du titre II portant sur les sociétés commerciales, du chapitre V portant les sociétés anonymes et de la section 3 relative aux assemblées d'actionnaires.

⁵¹² A. Lecourt, « Premières questions autour de la compétence juridictionnelle en matière de respect du devoir de vigilance des sociétés mères : primauté a priori au tribunal de commerce », RTD com. 2021, p. 135.

en place d'un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements, etc., de telle sorte que la mise en place d'un plan de vigilance influe, et c'est bien son objectif, sur l'orientation de la société.

478. Si, à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel, il nous semblait que la compétence du contentieux préventif du devoir de vigilance était acquise au Tribunal de commerce, c'était sans compter sur l'arrêt de la Cour de cassation « UberPop » qui livre des précisions importantes sur ledit droit d'option.

B. Les conséquences de l'arrêt « UberPop » en faveur de la désignation des tribunaux judiciaires

479. Consécutivement à la première action intentée contre elle en octobre 2019, la société Total a fait l'objet d'une deuxième action à l'encontre de son plan de vigilance, la plaçant à l'épicentre de la création juridique sur le sujet.

Il s'agit de l'affaire « Total climat ». Cette deuxième action a été intentée par cinq associations et 14 collectivités⁵¹³ et visait à ce que Total intègre à son plan de vigilance des actions en matière d'atténuation du risque climatique afin d'aligner sa trajectoire d'émissions de gaz à effet de serre avec les objectifs internationaux reconnus par l'Accord de Paris.

Naturellement, TotalEnergies, qui a été assignée devant le Tribunal judiciaire de Nanterre le 28 janvier 2020, a soulevé l'exception d'incompétence de ce dernier au profit du Tribunal de commerce. Au regard des premiers éléments de jurisprudence, les choses semblaient mal engagées pour les demanderesses.

Toutefois, la jurisprudence récente de la chambre commerciale de la Cour de cassation relative au droit d'option des demandeurs non commerçants amena le Tribunal judiciaire de Nanterre à rendre, le 11 février 2021, une ordonnance inattendue⁵¹⁴.

⁵¹³ Associations Les éco-Maires, Sherpa, Zea, France nature environnement, Notre Affaire à Tous, et les collectivités d'Arcueil, Bayonne, Bègles, Bize-Minervois, Centre-Val de Loire, Champneuville, Correns, établissement public territorial Est-ensemble, Grenoble, la Possession, Mouans-Sartoux, Nanterre, Sevrans-le-François.

⁵¹⁴ Ordonnance de mise en état, Tribunal judiciaire de Nanterre, 11 février 2021, n°20/00915 : P. Abadie, « Les enseignements de la procédure sur la nature de devoir de vigilance : entre contestation relative aux sociétés commerciales et contestation relative à la responsabilité sociale », Recueil Dalloz 2021, p. 614 ; S. Schiller, J.-M. Leprêtre et P. Bignebat, « Revirement de position sur la compétence juridictionnelle pour l'application de la loi sur le devoir de vigilance », La semaine Juridique, ed. Entreprises 2021, p. 1323.

480. Effectivement, dans un arrêt remarqué rendu le 18 novembre 2020, la haute juridiction s'est prononcée sur le droit d'option en matière de compétence commerciale concernant l'action en concurrence déloyale des taxis contre « UberPop »⁵¹⁵.

S'estimant victimes d'actes de concurrence déloyale, le syndicat des sociétés coopératives de chauffeurs de taxi de la région parisienne ainsi que 911 chauffeurs de taxi ont assigné UberPop et deux de ses salariés devant le Tribunal d'instance afin d'obtenir réparation.

Les défendeurs ont soulevé l'incompétence du Tribunal d'instance saisi, qui a fait droit à leur demande en s'estimant effectivement incompétent en raison de la compétence exclusive du Tribunal de commerce fondée sur l'article L. 721-3, 2° du même Code.

La décision est infirmée en appel et la Cour de cassation approuve la motivation de la Cour d'appel de Paris en statuant en ces termes :

« Après avoir rappelé que la compétence des juridictions consulaires peut être retenue lorsque les défendeurs sont des personnes qui n'ont ni la qualité de commerçant ni celle de dirigeant de droit d'une société commerciale dès lors que les faits qui leur sont reprochés sont en lien direct avec la gestion de cette société, c'est à bon droit que l'arrêt énonce que, toutefois, lorsque le demandeur est un non-commerçant, il dispose du choix de saisir le tribunal civil ou le tribunal de commerce et qu'ayant constaté que les demandeurs n'avaient pas la qualité de commerçant, il en déduit qu'ils disposaient d'une option de compétence leur permettant de saisir valablement le juge civil d'une action en concurrence déloyale dirigée contre une société commerciale et deux de ses salariés »⁵¹⁶.

Si la haute juridiction reconnaît le principe de la compétence du Tribunal de commerce sur la base d'un acte de gestion de la société (article L. 721-3, 2° du Code de commerce), elle fait primer le droit d'option du demandeur non commerçant qui pourra, s'il le souhaite, porter l'affaire devant le juge civil.

⁵¹⁵ Cass. com., 18 nov. 2020, n° 19-19463 ; voir Recueil Dalloz 2020, p. 2342 ; A. Reygrobellet, « L'option de compétence du demandeur non-commerçant », Revue Dalloz des sociétés 2021, p. 165.

⁵¹⁶ Nous reprenons ces éléments de la publication de l'arrêt sur le site de la Cour de cassation, voir ici : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publices_2986/chambre_commerciale_financiere_economique_3172/2020_9593/novembre_9935/740_18_46016.html.

481. Aussi, se basant sur cet arrêt rendu quelques mois plus tôt, le juge de la mise en état près le TJ de Nanterre saisi de l'affaire « Total climat » écarta l'exception d'incompétence soulevée par la société et se déclara compétent⁵¹⁷.

La qualité de la motivation et du raisonnement du juge de la mise en état mérite que l'on se penche sur son ordonnance en ce qu'elle livre des éléments importants, au-delà de l'application de l'arrêt « UberPop », précité.

482. Le principe posé par les articles L. 211-3 et L. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire est rappelé en ce que le Tribunal judiciaire connaît de toutes les affaires civiles et commerciales dès lors que la compétence n'est pas attribuée à une autre juridiction.

Le Tribunal judiciaire dispose donc d'une plénitude de juridiction qui en fait la juridiction de droit commun, se distinguant du Tribunal de commerce qui est la juridiction d'exception dont la compétence doit être prévue par la loi.

Cette compétence, au cas d'espèce, est prévue par l'application de l'article L. 721-3 du Code de commerce précité⁵¹⁸.

Bien que le juge note que Total « *consacre l'essentiel de son argumentation sur l'application du 2°* », il prend le soin de répondre sur l'allégation de la société concernant l'application de 3° en ce que le plan de vigilance serait un acte de commerce par la forme en raison de son lien avec le fonctionnement de la société.

Le juge écarte très clairement l'application de la notion d'acte de commerce au plan de vigilance pour le déterminer en un « *acte unilatéral légalement obligatoire et de nature civile* ».

Dès lors, seule l'application du chef de compétence de l'article L. 721-3 2° du Code de commerce est retenue⁵¹⁹ et le juge constate effectivement que « *l'élaboration et la mise en œuvre du plan de vigilance sont en lien direct avec la gestion de la société SE Total, critère qui fonde la compétence du Tribunal de commerce* ».

⁵¹⁷ TJ Nanterre, ordonnance JME, 11 février 2021, n°20/00915, précitée.

⁵¹⁸ L'article L. 721-3 du Code de commerce dispose : « *Les tribunaux de commerce connaissent : 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux ; 2° De celles relatives aux sociétés commerciales ; 3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.*

Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées. ».

⁵¹⁹ A l'instar de l'analyse de la Cour d'appel de Versailles dans les arrêts précédemment étudiés.

Néanmoins, si ce chef de compétence est retenu, le juge ajoute que dans le silence de la loi il ne peut être considéré comme exclusif.

483. En faisant l'analyse de l'arrêt « UberPop » de la Cour de cassation, le juge ajoute que l'option de compétence que permet la théorie de l'acte mixte n'a pu être utilisée dans ledit arrêt dans la mesure où elle ne vaut qu'en matière contractuelle pour les actes conclus entre commerçants et non commerçants.

Pour autant, cela n'a pas empêché la Cour de cassation de permettre ce droit d'option pour des faits de concurrence déloyale qui sont des faits juridiques.

Aussi, restreindre l'option de compétence, comme a tenté de le faire Total, aux actes de commerce n'est pas possible selon le juge. Il existerait un droit général d'option au bénéfice des demandeurs non commerçants.

484. En conclusion, le juge relève que si le plan de vigilance est bien en lien avec la gestion de la société, il « *excède très largement, par sa raison d'être et les risques dont il est destiné à prévenir la réalisation, le strict cadre de la gestion de la société commerciale* ».

Or, l'action des associations et collectivités territoriales demanderesses met en œuvre un intérêt qui dépasse la matière commerciale et recouvre une part d'intérêt général qui permet d'écarter une compétence exclusive de la juridiction consulaire et fonde le bénéfice d'un droit d'option entre le Tribunal judiciaire et le Tribunal de commerce.

Cette décision présente l'intérêt majeur d'apporter de précieux développements sur la nature du plan de vigilance en présentant, par le biais d'une motivation équilibrée et particulièrement fine, les deux facettes de l'obligation de vigilance : acte de gestion d'une société commerciale et mesures de protection d'intérêt général qui excède largement la dimension commerciale.

C. La résolution de la problématique de la compétence juridictionnelle

485. Face à ces rebondissements jurisprudentiels, la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Total Ouganda (concernant le tribunal compétent pour connaître de la qualité du plan de vigilance de TotalEnergies sur ses activités en Ouganda) était donc particulièrement attendue pour mettre un terme à ces décisions contradictoires. La haute juridiction a rendu sa décision le 15 décembre 2021⁵²⁰.

La haute juridiction commence par reprendre la solution développée par les juges du fond sur le fondement de l'article L. 721-3, 2°, du Code de commerce. La compétence des juridictions consulaires n'est donc nullement écartée dans la mesure où la Cour de cassation confirme la nature d'acte de gestion que revêt l'établissement du plan de vigilance. Toutefois, faisant écho à l'arrêt UberPop rendu plus d'un an auparavant, elle réaffirme le droit d'option au profit du demandeur non commerçant de saisir le tribunal de commerce ou le tribunal judiciaire.

Si cette solution aurait pu entraîner un « éclatement du contentieux » (nous reprenons la formule d'Arnaud Lecourt⁵²¹) entre deux juridictions différentes et une cacophonie inopportune, elle n'a toutefois pas tenu plus d'une semaine.

486. Le 22 décembre 2021, la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire (n° 2021-1729) prévoyait à son article 56 la création d'un nouvel article L. 211-21 au sein du Code de l'organisation judiciaire. Il dispose que « *le tribunal judiciaire de Paris connaît des actions relatives au devoir de vigilance fondées sur les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce* » et met un terme définitif au débat de la compétence.

Quelles conclusions tirer de cette attribution de compétence au profit du tribunal judiciaire de Paris ? Le dénouement est bienvenu en ce qu'il apporte enfin de la clarté. Toutefois, relevons que les tribunaux de commerce sont composés de juges non professionnels qui sont élus sur la base de leur connaissance technique, de leur expérience et de leur connaissance du fonctionnement d'une société commerciale.

⁵²⁰ Cass. com., 15 déc. 2021, n°21-11882 et n°21-11957 : B. Dondero, « Compétence à outrance du tribunal judiciaire ? », JCP E 2022, p. 1067 ; A. Casado, « De la juridiction compétente en matière d'actions corrélatives au devoir de vigilance », Bulletin Joly Travail janvier 2022 ; X. Delpech, « Devoir de vigilance des sociétés commerciales : action des associations », Juris Associations 2022, n° 652, p. 10 ; Q. Chatelier, « Le devoir de vigilance dans la main du tribunal judiciaire (de Paris) », Dalloz actualité, 17 janvier 2022.

⁵²¹ A. Lecourt, « Premières questions autour de la compétence juridictionnelle en matière de respect du devoir de vigilance des sociétés mères : primauté a priori au tribunal de commerce », précité.

En ce sens, l'article L. 211-21 du Code de l'organisation judiciaire prive les juges consulaires de la possibilité d'apporter une vision pragmatique et réaliste du plan de vigilance. Il aurait, effectivement, pu être utile de pondérer le caractère vague et imprécis de la loi par la vision pratique d'un juge capable d'appréhender les difficultés que rencontrent les entreprises dans la compréhension et la gestion des obligations de vigilance.

Toutefois, tant du côté de la gravité des enjeux que du côté de la complexité du contentieux lié au devoir de vigilance, la solution nous semble devoir être approuvée. Le rapport fait au nom de la commission des lois par les sénateurs Agnès Canayer et Philippe Bonnacarrère expliquait en ce sens que « *cette matière spécifique doit toutefois être traitée par une juridiction dotée des compétences requises en matière économique. La commission a donc renforcé la logique de spécialisation en attribuant ce contentieux à un seul tribunal judiciaire, qui sera probablement celui de Paris, et non plusieurs* »⁵²².

Par la clôture du débat sur la compétence, celui relatif au fond du litige devrait enfin pouvoir s'ouvrir. Les attentes sont importantes à la fois du côté des sociétés assujetties, à la recherche d'une sécurité juridique que la loi n'apporte pas, que du côté des demandresses (le plus souvent des associations) qui militent pour une meilleure prise en compte par les sociétés de leur devoir de vigilance.

D. Après le débat de la compétence, la reprise des assignations

487. Depuis 2017, seule quatre entreprises (Casino, Total, EDF et SUEZ) ont été assignées sur la base du devoir de vigilance⁵²³. D'autres entreprises ont simplement reçu une mise en demeure de procéder à la publication d'un plan de vigilance conforme aux exigences légales et de déployer en interne les outils prescrits par la loi sans que cette mise en demeure n'ait été convertie en une assignation.

Le débat sur la compétence nous semble avoir momentanément interrompu le processus contentieux pour de nombreuses entreprises. Effectivement, avant d'engager des frais d'assignation et de multiplier les contentieux, autant s'assurer de la saisine du bon tribunal.

⁵²² Sénat, rapport n°834, 15 sept. 2021, sur le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire, de Mme Canayer et M. Bonnacarrère.

⁵²³ Voir notamment l'article d'A. Pietrancosta, "Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering Recent French Reforms and EU Perspectives, European Corporate Governance Institute" Law Working Paper No. 639/2022, Avril 2022, p. 37 à 39.

Cette exigence nous semble d'autant plus importante que le *timing* revêt un rôle stratégique dans le cadre du contentieux lié à la qualité du plan publié.

Ce dernier ayant vocation à être remplacé tous les ans, il est dans l'intérêt des demanderessees d'éviter un allongement des instances judiciaires perturbées par des exceptions d'incompétence.

Une fois cette question réglée pour les présentes procédures auxquelles Total doit faire face, nous pouvons raisonnablement nous attendre à une reprise des mises en demeure et assignations dès la publication des nouveaux rapports de gestion ou rapports financiers annuels au printemps 2022.

488. Relevons que depuis le début de l'année 2022, on constate une densification et diversification des contentieux de vigilance :

- EDF et Orano ont été mise en demeure par Greenpeace de cesser leurs relations commerciales avec la Russie à la suite de la guerre en Ukraine⁵²⁴;
- le Groupe Rocher (cosmétique) vient également d'être mis en demeure à la suite du licenciement au sein d'une de ses filiales en Turquie de 130 salariés au motif supposé qu'ils seraient syndiqués⁵²⁵ ;
- plus récemment encore, c'est Mc Donalds qui a été mis en demeure à la fois sur la base de violations de droits humains mais également en raison d'une utilisation massive de pesticides par l'un de ses fournisseurs de café⁵²⁶.

Il nous semble qu'une fois la question de la compétence résolue, les demanderessees n'hésitent plus à donner au devoir de vigilance toute la place qu'un texte imprécis a contribué à créer.

⁵²⁴ Voir ici pour la communication de Greenpeace : <https://www.greenpeace.fr/espace-presse/greenpeace-france-demande-a-edf-et-orano-de-rompre-immEDIATEMENT-leurs-contrats-avec-lindustrie-nucleaire-russe/>.

⁵²⁵ L'action est introduite par Sherpa et ActionAid France, le syndicat turc Petrol-Is et 34 anciens salariés d'une filiale turque. Nous comprenons qu'une filiale du Groupe Rocher en Turquie a licencié 130 salariés, majoritairement des femmes au motif supposé d'une affiliation au syndicat turc Petrol-Is. Le fondement de l'action en France sur la base du devoir de vigilance serait donc les droits humains et plus particulièrement les droits des travailleurs et la liberté syndicale. Voir ici : <https://www.novethic.fr/actualite/social/droits-humains/isr-rse/le-groupe-rocher-attaque-en-justice-sur-son-devoir-de-vigilance-par-d-anciens-salaries-une-premiere-150677.html>.

⁵²⁶ Voir ici pour un article de Novethic : <https://www.novethic.fr/actualite/social/droits-humains/isr-rse/travail-force-harcelement-sexuel-abus-de-pesticides-mcdonald-s-attaque-en-france-sur-son-devoir-de-vigilance-150696.html> .

§2. Les différentes approches et leurs problématiques pour enjoindre une société à établir un plan de vigilance conforme

489. En matière de contentieux préventif exclusivement, le Rubicon que constitue l'assignation a été franchi deux fois à l'endroit de la même entreprise, TotalEnergies.

La première action, précise et complète en raison des problématiques soulevées concerne le caractère incomplet du plan de vigilance de Total sur deux projets développés en Ouganda (A). La deuxième action, plus évanescence, a trait aux lacunes du plan de vigilance du même groupe à prendre en compte les impacts de son activité sur le climat (B).

A. Les approches mixtes contre des activités industrielles

490. Outre l'assignation d'EDF (dont nous traitons la problématique et les faits dans le cadre de la conciliation qui a échoué sous l'égide du PCN, voir *supra*, § n° 466 et s.) et l'assignation de la société Casino (traitée dans le cadre de l'engagement de la responsabilité civile pour défaut de vigilance, voir *infra*, § n° 781), deux affaires se distinguent dans le paysage de la judiciarisation du devoir de vigilance.

L'assignation de la société Total dans le cadre de ses activités en Ouganda (1) ainsi que l'assignation de la société SUEZ dans le cadre de ses activités au Chili (2) affichent un caractère mixte qui tend à mélanger les deux thématiques contentieuses dégagées par la loi relative au devoir de vigilance : d'une part enjoindre à l'entreprise à modifier son plan de vigilance d'une part, obtenir la réparation d'un dommage pour défaut de vigilance.

Or, si le but affiché de ces deux assignations a trait à la modification du plan de vigilance de l'entreprise, il reste que des dommages ont d'ores et déjà été identifiés par les demanderessees et viennent alimenter l'action rendant ces affaires symptomatiques du caractère poreux de la distinction faite par la loi.

1. L'action contre Total et ses projets en Ouganda

491. En juin 2019, deux associations françaises (« les Amis de la Terre France » et « Survie ») et quatre associations ougandaises (AFIEGO, CRED, NAPE/Amis de la Terre Ouganda et NAVODA) ont mis en demeure Total de se conformer à la loi relative au devoir de vigilance.

Plus précisément, les entités demanderesse reprochent à Total sa gestion de deux importants projets en Ouganda :

- le projet Tilenga relatif à l'exploitation d'un gisement pétrolier en grande partie dans le parc national de Murchison Falls ; et
- le projet Eacop relatif à la construction d'un oléoduc.

D'après, les associations qui revendiquent de longs mois d'enquête de terrain, les projets impliquent :

- l'expropriation de plusieurs dizaines de milliers de personnes qui ont déjà perdu ou perdront leurs habitations, leurs terres agricoles, leurs cultures, avec en échange des compensations insuffisantes qu'elles sont contraintes d'accepter (souvent sous des pressions et des intimidations) ;
- des risques considérables pour la biodiversité et les ressources en eau car le projet est situé en partie au sein d'un parc naturel et prévoit un réseau d'oléoducs qui passera sous le Nil et traversera des zones sensibles écologiquement dans une région à haut risque sismique ; et
- un impact évident sur le climat, avec une production d'environ 200.000 barils par jour par le plus long oléoduc chauffé au monde pour faire transiter du pétrole visqueux sur 1.445 km jusqu'à un port de Tanzanie.

Or, le plan de vigilance actuel du Groupe Total ne comprend, selon ces six associations, aucune identification des risques ni mesure spécifique concernant ses activités en Ouganda malgré les atteintes et risques d'atteintes graves évoqués.

Le délai de trois mois mis en place par la loi et courant à compter de la mise en demeure n'a pas suffi à régler le désaccord entre les associations et Total qui a considéré que son plan de vigilance répondait aux exigences de la loi du 27 mars 2017 et a estimé ne pas avoir besoin de publier d'information spécifique sur les deux projets concernés.

492. Les associations ont donc assigné en référé devant le TJ de Nanterre la société Total en octobre 2019 afin de voir ordonner « à titre principal, des actions urgentes pour faire cesser le trouble manifestement illicite résultant de la méconnaissance par la société Total de ses obligations en matière de vigilance ».

A titre subsidiaire, les demanderesse ont demandé au juge des référés d'enjoindre, sous astreinte, à Total de modifier son plan de vigilance afin que soient mis en place et publiés les

éléments relatifs au plan de vigilance « *propres à prévenir les risques identifiés dans la cartographie des risques et prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* ».

Plus particulièrement, les demanderesse sollicitent la mise en place de ces mesures pour les activités de la société Total, de Total E&P Uganda (Tepu)⁵²⁷ et de leurs sous-traitants, notamment les sociétés Atacama⁵²⁸ et Newplan⁵²⁹ dans la conduite des projets Tilenga et Eacop.

493. Nous sommes donc en présence d'une action avec une approche très complète dans la mesure où (i) les risques identifiés par les demanderesse relèvent d'atteintes aux droits humains, à l'environnement et au climat de deux projets pétroliers et (ii) les reproches pèsent sur la société Total pour son activité ainsi que celles de deux sociétés sous-traitantes.

Néanmoins, l'agencement des demandes principales et subsidiaires des associations a de quoi surprendre.

Effectivement, on peut comprendre à la lecture de l'arrêt de la Cour d'appel que des atteintes sont en train de se réaliser et qu'elles constituent le trouble illicite sur la base duquel les demanderesse souhaitent que le juge des référés intervienne et ordonne à la société Total la mise en place de mesures urgentes.

Ce trouble illicite résulte, selon les demanderesse, de la violation des droits humains des populations déplacées pour les besoins du projet. Il s'agirait d'approximativement 100.000 personnes dont les droits à la santé, l'alimentation et l'éducation ne seraient pas respectés.

Il nous est difficile de discerner la raison pour laquelle les demanderesse ont concentré leurs demandes relatives à l'établissement, la publication et la mise en œuvre effective du plan de vigilance à titre subsidiaire.

N'aurait-il pas été possible de formuler ces demandes, à titre principal, concomitamment à la sollicitation de mesures urgentes destinées à mettre un terme au trouble illicite revendiqué ?

En tout état de cause, avec une assignation datant de la fin de l'année 2019 sur la base du plan de vigilance publié au rapport de gestion de l'année 2018, le débat est pour l'instant cristallisé autour de la compétence sans que le fond ne soit abordé.

⁵²⁷ Filiale détenue à 100 % ayant pour activité l'exploration et la production de pétrole.

⁵²⁸ Société sous-traitante de Tepu et opérateur du projet Tilenga.

⁵²⁹ Société sous-traitante de Tepu et opérateur du projet Eacop.

494. Bien que cette affaire présente l'inconvénient d'ouvrir la voie à de nouvelles problématiques juridiques et qu'un temps soit nécessaire pour purger les questions de compétence, elle met également en lumière le caractère obsolète de cette nouvelle catégorie de contentieux.

Prenons l'exemple d'une entreprise qui serait mise en demeure à la fin de l'année 2019 sur la base du plan de vigilance publié au rapport de gestion 2018. Cette mise en demeure interviendrait lorsque l'entreprise serait en train de rédiger la nouvelle version du plan de vigilance pour l'année 2019 supposée être publiée avec le rapport de gestion de la même année au printemps 2020.

Aussi, à l'expiration du délai de trois mois pour répondre, l'entreprise aura probablement déjà publié un nouveau plan de vigilance ou l'aura fait lors de l'assignation ou des premiers échanges.

495. Dans l'affaire « Total Ouganda », la Cour d'appel se prononce d'ailleurs sur le caractère urgent de la demande en référé des demanderesses et refuse d'évoquer le litige en relevant que *« l'urgence par rapport au plan daté du 6 mars 2018 n'est plus caractérisée, un second plan ayant été publié le 20 mars 2019 et un troisième le 20 mars 2020, sans avoir à sa connaissance, fait l'objet de la mise en demeure prévue (...) »*.

Il est donc stratégique pour les demanderesses à ce type d'action de mettre en demeure la société dès la publication du plan de vigilance afin de faire courir le plus rapidement possible le délai légal de trois mois requis avant de procéder à une assignation.

La Cour d'appel laisse effectivement penser qu'à partir du moment où l'entreprise aura procédé à la publication d'un nouveau plan de vigilance, la procédure doit être renouvelée sur la base du nouveau document.

Assigner en référé devient alors un outil important pour obtenir rapidement une décision, bien que provisoire. Néanmoins, face à un nouveau plan de vigilance présentant les mêmes « défauts » que le précédent et déjà pointés du doigt par les demanderesses, il nous semblerait cohérent de leur éviter la reprise d'une nouvelle procédure.

2. L'action contre SUEZ suite à l'incident industriel survenu à Osorno au Chili

496. Le 10 juillet 2019, dans la ville d'Osorno au Chili, près de 2.000 litres de pétrole se sont déversés dans l'usine d'eau potable d'ESSAL, entreprise chilienne exploitante du réseau sanitaire et filiale indirecte de la société française SUEZ.

Cette fuite d'hydrocarbures qui a contaminé le réseau d'eau potable de la ville (49.000 foyers) ainsi que les deux cours d'eau de la commune est décrite par les demanderessees comme le résultat de nombreuses négligences dans l'entretien et le contrôle de l'usine qui ont entraîné une importante crise sanitaire, environnementale et humaine (la majeure partie de la population d'Osorno a été privée d'accès à l'eau pendant plusieurs jours).

La société SUEZ est mise en demeure en juillet 2020 de modifier son plan de vigilance par la Fédération internationale pour les droits humains (ci-après, la « FIDH »), l'Observatorio ciudadano (une ONG chilienne), la Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo et la Ligue française des droits de l'homme.

497. En septembre 2020, SUEZ annonce, par le biais d'un communiqué de presse, avoir conclu un accord pour la cession de sa participation de 53,51 % dans ESSAL, au travers de sa filiale Aguas Andinas S.A., à la société canadienne Algonquin Power & Utilities Corp (« APUC »)⁵³⁰.

Néanmoins, en juin 2021, SUEZ est assignée par les associations et ONG visées ci-dessus, afin qu'elle établisse et publie un plan de vigilance conforme aux exigences de la loi. Cette demande postérieure à cette vente ne nous semble plus pouvoir s'appliquer à l'entreprise ESSAL qui n'appartient plus à SUEZ.

La condition de contrôle au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce ayant manifestement disparu à l'endroit d'ESSAL, SUEZ n'est plus dans l'obligation de maîtriser les risques liés à l'activité de cette entreprise.

Aussi, la publication particulièrement étayée et précise de la FIDH sur son action et le bienfondé de cette dernière⁵³¹ ne nous semble plus être en adéquation avec l'objectif poursuivi que nous comprenons être une modification du plan de vigilance de la société mère, SUEZ, concernant les activités d'ESSAL.

Effectivement, la FIDH indique que les demanderessees « *ont mis en demeure l'entreprise SUEZ, en tant que société mère, de se conformer à la loi sur le devoir de vigilance, en prenant les mesures nécessaires pour faire face aux défaillances et illégalités de leur prestation du service d'approvisionnement d'eau à Osorno, afin de prévenir qu'une autre crise sanitaire se*

⁵³⁰Voir ici pour la communication de SUEZ : <https://www.suez.com/fr/actualites/communiques-de-presse/suez-conclut-un-accord-pour-la-cession-de-sa-participation-de-53-51-pour-cent-dans-essal>

⁵³¹ Voir, ici pour la communication de la FIDH : <https://www.fidh.org/fr/themes/mondialisation-droits-humains/questions-reponses-suez-assignee-sur-le-fondement-de-la-loi-sur-le>.

reproduise dans la ville ou dans les autres filiales du Chili où opèrent ESSAL et d'autres sociétés contrôlées par le groupe français »⁵³².

En revanche, si l'assignation met en exergue des demandes de modifications du plan de vigilance de SUEZ concernant les activités, non plus d'ESSAL mais plus largement d'AGUAS ANDINAS, ces dernières seront recevables.

498. Toutefois, cette demande perd la force que pourrait revêtir une action visant à demander la modification d'un plan de vigilance lorsqu'une atteinte que ledit plan de vigilance est supposé prévenir s'est déjà réalisée.

De plus, SUEZ pourrait alléguer du fait que les activités les plus à risques provenaient d'ESSAL qu'elle ne contrôle plus et que le plan de vigilance 2021 permet pour le périmètre d'AGUAS ANDINAS l'exercice d'une vigilance raisonnable propre à identifier et prévenir les risques visés par la loi.

Il reste que les demanderesses à l'action pourraient tenter de faire valoir des demandes indemnitaires fondées sur la responsabilité civile de SUEZ qui, contrôlant ESSAL lors des faits, aurait dû établir un plan de vigilance permettant d'éviter la réalisation des dommages évoqués.

A ce titre, il semblerait qu'une action mixte fondée sur la modification globale du plan de vigilance de SUEZ, qui n'a pas présenté les garanties nécessaires à éviter un dommage, en sus d'une action en réparation présenterait les caractéristiques d'une affaire pionnière en la matière.

B. L'approche préventive et symbolique en matière de changement climatique

499. En France, le terrain du contentieux climatique en est encore à ses balbutiements à l'endroit des grandes entreprises par le biais du devoir de vigilance (3).

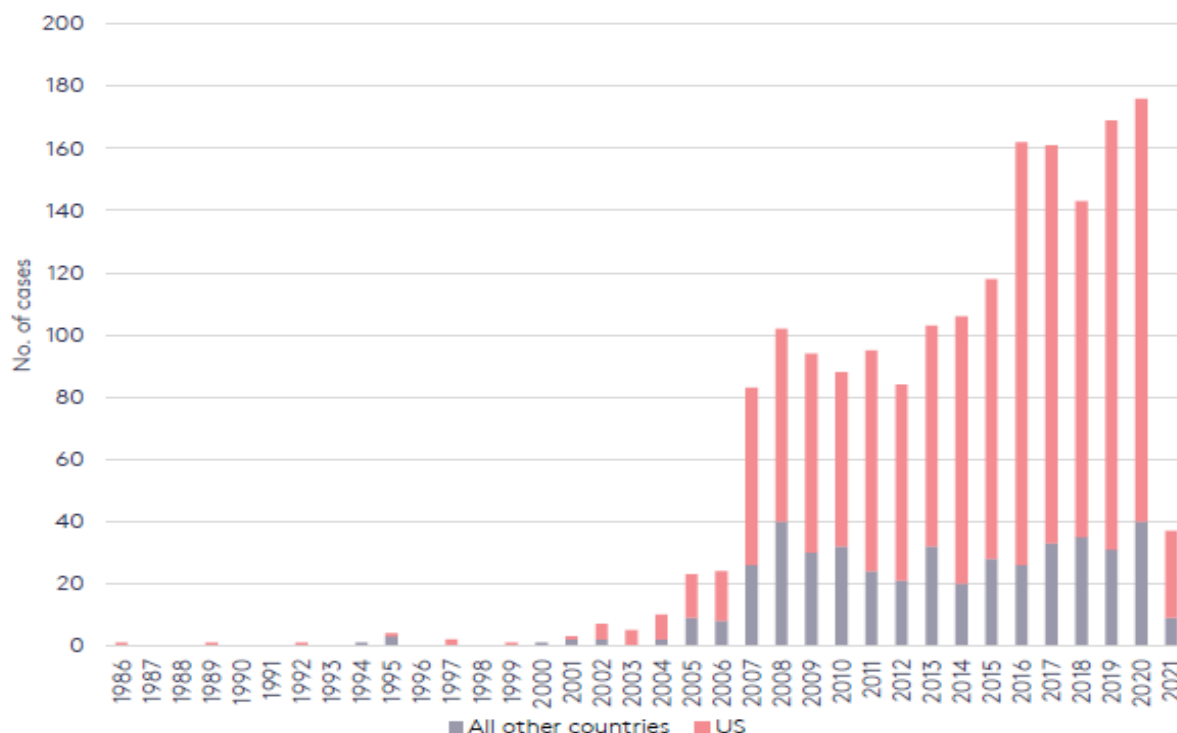
Toutefois, le contentieux administratif lié à la responsabilité de l'Etat sur la base de ses engagements pris en vertu de l'Accord de Paris a déjà pris une certaine ampleur avec des décisions conséquentes (2) qui ont permis aux protagonistes de ce type d'actions de s'orienter vers des acteurs privés.

Les actions introduites en France sont loin d'être des initiatives isolées. Le nombre d'actions en justice dites « climatiques » est effectivement en plein essor.

⁵³² *Ibid.*

500. Nous reproduisons, ci-après, un excellent graphique qui en illustre l'accroissement⁵³³ :

Figure 1.1. Total cases over time, US and non-US, to 31 May 2021



Au 31 mai 2021, près de 1.841 contentieux climatiques ont été recensés dans le monde⁵³⁴. Parmi ces affaires, certaines sont particulièrement retentissantes et devraient pouvoir entraîner le juge français à rendre des décisions novatrices (1).

1. A l'étranger, des décisions pionnières

501. Si les lois diffèrent d'un pays à l'autre, un engouement mondial se dessine pour les procès climatiques avec l'utilisation d'outils plus ou moins efficaces selon les législations.

⁵³³ Voir J. Setzer, C. Higham, « Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot », Policy report, juillet 2021, *Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science*.

⁵³⁴ *Ibid.*, pour le recensement de ces contentieux, l'étude a retenu le critère suivant pour le contentieux climatique : « cases must raise an issue of law or fact regarding the science of climate change and/or climate change mitigation and adaptation policies or efforts as a main or significant issue. ».

Le centre de recherche *Sabin center for climate change* de l'Université Columbia a établi une base de données recensant l'ensemble de ces actions dans le monde faisant état d'une constante évolution⁵³⁵.

Face à la déception qu'inspirent les différentes COP⁵³⁶ et le manque d'inspiration et de volonté des Etats, l'utilisation du droit se fait dorénavant de manière militante.

502. La décision du 20 décembre 2019 rendue par la Cour suprême néerlandaise dans l'affaire Urgenda a consacré, pour la première fois, l'obligation pour un Etat attaqué par une ONG de se conformer aux objectifs mondiaux de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

En 2012, l'ONG Urgenda a interpellé le Premier Ministre néerlandais en demandant des mesures plus fortes pour faire baisser les émissions de Co2 d'ici 2020. Face à une réponse insatisfaisante, l'ONG a saisi le Tribunal de première instance de La Haye.

Les juges de la Cour suprême néerlandaise ont conclu à la faiblesse des actions et objectifs du gouvernement néerlandais pour maîtriser les émissions de gaz à effet de serre et ont reconnu un lien entre le changement climatique et la protection des droits humains en retenant la violation des articles 2 (droit à la vie) et 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention EDH.

Ils ont ainsi consacré un devoir de protection général de l'Etat en matière de maîtrise de ses émissions de Co2.

Il s'agit d'une décision symbolique par sa nouveauté comprenant la reconnaissance d'un consensus scientifique sur le changement climatique. La portée en est toutefois limitée car aucune mesure n'a été imposée à l'Etat néerlandais par les juridictions néerlandaises.

503. Plus récemment encore, le 26 mai 2021, les Pays-Bas ont une nouvelle fois été le théâtre d'une retentissante décision en matière de contentieux climatique rendue par le juge de première instance du Tribunal de La Haye.

⁵³⁵ Voir ici, le lien vers le site du centre d'études de Columbia : <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/> ; voir également M. Hautereau-Boutonnet, « Les procès climatiques : quel avenir dans l'ordre juridique français ? », Recueil Dalloz 2019, p. 688.

⁵³⁶ L'acronyme « COP » désigne la conférence sur les changements climatiques des parties à la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

Cette fois-ci, ce n'est plus l'Etat néerlandais qui était visé mais la multinationale Royale Dutch Shell (ci-après « Shell ») dont le siège social est justement à La Haye et dont les principaux bureaux sont à Londres.

Le schéma selon lequel les actions étatiques ouvrent la voie à des actions contre des personnes privées s'écrit une fois de plus.

L'action prend sa source dans une action de groupe engagée par l'association *Milieudefensie* pour défendre les intérêts individuels de près de dix-huit milles citoyens néerlandais résidant dans la région de Wadden (une région côtière) ainsi que dans l'action de plusieurs autres associations et fondations afin d'obtenir du juge néerlandais qu'il enjoigne à l'entreprise Shell la réduction de ses émissions de gaz à effet de serre.

Le juge saisi du dossier reconnaît la responsabilité civile de Shell au regard de ses activités économiques en tant que major pétrolière qui participent au changement du climat mondial et présentent au niveau local des conséquences pour les plaignants.

Le fondement de cette décision repose sur les éléments néerlandais de responsabilité civile délictuelle, plus précisément l'article 162 du livre 6 du Code civil néerlandais qui prévoit (dans une traduction anglaise) :

« Article 6:162 Definition of a 'tortious act'

- 1. A person who commits a tortious act (unlawful act) against another person that can be attributed to him, must repair the damage that this other person has suffered as a result thereof.

- 2. As a tortious act is regarded a violation of someone else's right (entitlement) and an act or omission in violation of a duty imposed by law or of what according to unwritten law has to be regarded as proper social conduct, always as far as there was no justification for this behaviour.

- 3. A tortious act can be attributed to the tortfeasor [the person committing the tortious act] if it results from his fault or from a cause for which he is accountable by virtue of law or generally accepted principles (common opinion). ».

L'élément de droit ciblé par le juge se trouve dans la violation d'un devoir résultant d'une obligation non écrite (« *unwritten law* ») que le Tribunal de La Haye interprète au regard des faits et circonstances, mais également « *the best available science on dangerous climate change and how to manage it, and the widespread international consensus that human rights offer protection against the impacts of dangerous climate change and that companies must respect human rights.* »⁵³⁷.

Il alimente également son raisonnement d'un « *unwritten standard of care* » qui justifie l'attention particulière ou le soin que Shell doit témoigner à la société⁵³⁸ et a recours pour déterminer ce niveau de soin aux Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme⁵³⁹.

La pièce maitresse du raisonnement du juge réside donc dans les atteintes aux droits humains que Shell ne peut que contribuer à réaliser en contribuant aux effets néfastes du changement climatique par des émissions de gaz à effet de serre aussi importantes.

504. En conséquence, le Tribunal impose à Shell une réduction de 45 % d'ici 2030 de ses émissions de gaz à effet de serre liées à ses activités par rapport à 2019⁵⁴⁰. Les moyens de cette réduction sont laissés à l'appréciation de Shell, néanmoins le Tribunal précise qu'il s'agit d'une obligation de résultat concernant les activités du groupe Shell en lui-même. Les autres émissions de Shell ou émissions indirectes, telles que les relations d'affaires du groupe Shell et l'utilisation finale du produit, ne font pas l'objet d'une obligation de résultat mais doivent faire l'objet de « *best efforts* » du groupe⁵⁴¹.

Malgré l'utilisation d'un texte lié à la responsabilité civile, le juge néerlandais ne condamne pas Shell à indemniser les demandeurs. Il ne s'agit pas ici d'une action en réparation mais d'une

⁵³⁷ § 4.1.3 de la décision, voir ici : <https://www.actu-environnement.com/media/pdf/news-37597-jugement-shell-tribunal-la-haye.pdf> .

⁵³⁸ *Ibid.*, § 4.4.1.

⁵³⁹ *Ibid.*, § 4.4.11 et s.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, voir § 4.4.55 : « *RDS is obliged to reduce the CO2 emissions of the Shell group's activities by net 45% at end 2030 relative to 2019 through the Shell group's corporate policy* ».

⁵⁴¹ *Ibid.*, « *The reduction obligation is an obligation of result for the activities of the Shell group. This is a significant best-efforts obligation with respect to the business relations of the Shell group, including the end-users, in which context RDS may be expected to take the necessary steps to remove or prevent the serious risks ensuing from the CO2 emissions generated by them, and to use its influence to limit any lasting consequences as much as possible.* ».

action en cessation de l'illicite tout à fait comparable à l'action introduite par l'article L. 225-102-4 du Code de commerce.

505. S'il a pu être objecté que cette décision pourrait ouvrir la voie à des actions climatiques similaires en France utilisant l'article 1240 du Code civil, ce fondement général ne nous semble pas le plus adéquat.

Effectivement, l'article 1240 du Code civil n'a pas été pensé pour recueillir une action en cessation de l'illicite destinée non pas à réparer un dommage mais à le prévenir.

De son côté, l'article L. 225-102-4 du Code de commerce est justement prévu pour ce type d'actions, dès lors que le dommage dont on souhaite éviter la réalisation rentre dans le champ d'application du devoir de vigilance (atteintes aux droits humains et libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes et à l'environnement) et que le responsable identifié est une entreprise qui y est astreinte.

De surcroît, outre le devoir de vigilance, pour les actions ayant trait à la prévention d'une atteinte susceptible d'entraîner un préjudice écologique, l'article 1252 du Code civil ouvre la voie à une action spéciale en prévoyant qu'« *Indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage.* ».

Enfin, la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile déposée le 29 juillet 2020 prévoit la création d'un article 1268 au sein du Code civil, instaurant une action générale en cessation de l'illicite afin de prévenir un dommage. Il est rédigé comme suit :

« En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur. ».

Cet article viendrait utilement compléter l'actuel article 835 du Code de procédure civile destiné aux procédures de référés devant le tribunal judiciaire⁵⁴². Il pourrait également fournir un fondement aux actions de fond destinées à prévenir un dommage, que l'on demande au juge de

⁵⁴² L'article 835 alinéa 1 du Code de procédure civile dispose que « *Le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection dans les limites de sa compétence peuvent toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.* ».

la mise en état de prendre des mesures conservatoires, ou que l'on procède par voie de requête pour solliciter du tribunal l'autorisation d'assigner à jour fixe.

En tout état de cause, face à une entreprise assujettie au devoir de vigilance, l'utilisation de l'article 1240 du Code civil nous semble inadéquate pour prévenir la réalisation d'un dommage.

2. En France, les avancées du contentieux administratif

506. L'affaire Grande-Synthe (voir *supra*, § n° 439 et s.) qui constitue la première action à l'encontre de l'Etat pour inaction climatique, s'est traduite par une décision du Conseil d'Etat du 19 novembre 2020 que l'on peut qualifier de prometteuse⁵⁴³.

Pour mémoire, la commune de Grande-Synthe et son maire ont interpellé à la fin de l'année 2018 le Président de la République ainsi que le Premier Ministre et le Ministre de la transition écologique et solidaire afin que des actions plus importantes soient prises pour réduire les émissions en gaz à effet de serre et respecter les engagements internationaux pris par la France en vertu de l'Accord de Paris.

Après avoir implicitement essuyé un rejet (les personnes interpellées étant restées sans réaction), la commune de Grande-Synthe et son maire ont saisi le Conseil d'Etat d'un recours en excès de pouvoir destiné à annuler ladite décision de rejet.

Le Conseil d'Etat a saisi l'occasion pour se livrer, pour la première fois, à une analyse des engagements pris par la France pour lutter contre le réchauffement climatique au titre de la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992⁵⁴⁴ et de l'article 2 de l'accord de Paris du 12 décembre 2015⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Requête n°427301.

⁵⁴⁴L'article 2 de la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992 prévoit que « *L'objectif ultime de la présente Convention et de tous instruments juridiques connexes que la Conférence des Parties pourrait adopter est de stabiliser, conformément aux dispositions pertinentes de la Convention, les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique. (...).* ». Voir également le paragraphe 1 de l'article 3 de la convention qui prévoit qu'« *Il incombe aux Parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures, sur la base de l'équité et en fonction de leurs responsabilités communes mais différenciées et de leurs capacités respectives. Il appartient, en conséquence, aux pays développés parties d'être à l'avant-garde de la lutte contre les changements climatiques et leurs effets néfastes* ».

⁵⁴⁵L'article 2, I de l'accord de Paris du 12 décembre 2015 dispose « *Le présent Accord, en contribuant à la mise en œuvre de la Convention, notamment de son objectif, vise à renforcer la riposte mondiale à la menace des changements climatiques, dans le contexte du développement durable et de la lutte contre la pauvreté, notamment en :* / a) *Contenant l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2° C par rapport*

Suite à l'accord de Paris, le gouvernement français s'est engagé sur une trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre sur quatre périodes (2015-2018, 2019-2023, 2024-2028, 2029-2033), chacune d'elle comportant une limite en termes d'émissions (ou « budget carbone »)⁵⁴⁶.

507. Or, il apparaît que la France n'a pas respecté son budget carbone prévu pour la période 2015-2018 en ne baissant ses émissions que de 1 % contre les 2,2 % prévus.

Les objectifs ont donc été revus à la baisse par le gouvernement par un décret du 21 avril 2020⁵⁴⁷ qui prévoit la trajectoire suivante :

« I. - Les objectifs de réduction de la consommation d'énergie primaire fossile par rapport à 2012 sont les suivants :

- pour le gaz naturel : - 10 % en 2023 et - 22 % en 2028 ;

- pour le pétrole : - 19 % en 2023 et - 34 % en 2028 ;

- pour le charbon : - 66 % en 2023 et - 80 % en 2028.

II. - L'objectif de réduction de la consommation finale d'énergie par rapport à 2012 est de - 7,5 % en 2023 et de - 16,5 % en 2028. ».

Au regard de cette nouvelle ligne directrice que fixe le décret, le Conseil d'Etat considère ne pas avoir suffisamment d'éléments pour déterminer si ce nouveau décret est en cohérence avec les engagements pris par le gouvernement français.

Un délai de trois mois a donc été donné afin que le gouvernement fournisse des éléments à même de permettre au Conseil d'Etat de se prononcer sur le recours en excès de pouvoir intenté.

Si la décision rendue en novembre 2020 n'aborde pas le fond, le Conseil d'Etat relève néanmoins que le décret du 21 avril 2020 est contraint de revoir à la baisse les objectifs d'émissions jusque 2023 pour les décaler sur les tranches suivantes reportant donc les efforts prévus initialement.

aux niveaux préindustriels et en poursuivant l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5° C par rapport aux niveaux préindustriels, étant entendu que cela réduirait sensiblement les risques et les effets des changements climatiques; b) Renforçant les capacités d'adaptation aux effets néfastes des changements climatiques et en promouvant la résilience à ces changements et un développement à faible émission de gaz à effet de serre, d'une manière qui ne menace pas la production alimentaire ».

⁵⁴⁶ Ces éléments figurent à l'article L. 100-4 du Code de l'énergie.

⁵⁴⁷ Décret n° 2020-456 du 21 avril 2020 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie.

Au regard du rythme de réduction des émissions particulièrement ambitieux à atteindre après 2023 en raison de ce nouveau décret du 21 avril 2020, nous pouvions présager du fait que le Conseil d'état fasse droit à la requête de la commune et annule le refus de prendre des mesures supplémentaires permettant d'assurer un objectif de réduction de 40 % des émissions à l'horizon 2030 (tel que prévu par l'article L. 100-4 du Code de l'énergie).

508. La lecture de la décision rendue le 1^{er} juillet 2021 par le Conseil d'Etat (se prononçant sur ce deuxième temps du dossier après avoir pu recueillir les observations du gouvernement), nous conforte dans cette analyse⁵⁴⁸.

Sans surprise, les juges du Conseil d'Etat constatent la carence du gouvernement à prendre des mesures supplémentaires afin de limiter les émissions de gaz à effet de serre. En conséquence, la décision implicite de rejet (du fait de l'absence de réponse du Président de la République, du Premier Ministre et du Ministre de la transition écologique et solidaire) a été annulée car incompatible avec la carence de l'Etat.

Plus important encore que la demande en annulation de la commune de Grande-Synthe dont la réception ne surprend pas, le Conseil d'Etat prend acte du refus implicite de l'Etat prendre des mesures supplémentaires et « *enjoint au Premier Ministre de prendre toutes mesures utiles permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national afin d'assurer sa compatibilité avec les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre fixés à l'article L. 100-4 du code de l'énergie et à l'annexe I du règlement (UE)2018/842 du 30 mai 2018 avant le 31 mars 2022* ».

Le contentieux climatique introduit par la commune de Grande-Synthe ne s'éteint donc pas et va se poursuivre avec l'accueil de cette nouvelle injonction de prendre des mesures supplémentaires sous neuf mois.

Cette prolongation (heureuse) du contentieux Grande-Synthe consacre l'approche fondamentale que revêt la dimension préventive du contentieux climatique. Compte tenu de la nature des dommages, introduire une action en réparation se heurterait à des problématiques probatoires importantes.

⁵⁴⁸ Même numéro de requête, 427301, voir S. Hoynck « Le contentieux climatique devant le juge administratif », RFDA, Dalloz, 2021, p. 777 ; voir également B. Parance, J. Rochfeld, « Grande-Synthe 2 ou la confirmation d'un contrôle de conformité de la trajectoire de la politique climatique française », La semaine du droit LexisNexis, Edition générale, n°29, 19 juillet 2021 ; ainsi que F.-X. Fort, C. Ribot, « Commune de Grande-Synthe : tsunami juridique ou décision de circonstance ? », La semaine juridique, Edition administrations et collectivités territoriales, n°36, 6 septembre 2021.

509. Cantonner le contentieux climatique à cette approche préventive permet un recours systématique à l'examen des mesures mises en œuvre et consacre une volonté de « *briser la tragédie des horizons* » (voir *supra*, § n° 24 et s.).

Cette tragédie des horizons doit pouvoir se combattre en remettant au centre du débat l'idée selon laquelle il est vain d'attendre l'échéance 2030 afin de constater si l'Etat a effectivement pu tenir son objectif de réduction de 40 % de ses émissions.

510. Outre l'affaire Grande-Synthe, le monde associatif a été à l'origine d'une action inédite à l'encontre de l'Etat : la très fameuse « Affaire du siècle ».

Il s'agit d'ailleurs des mêmes associations que celles qui sont intervenues dans l'affaire Grande-Synthe, soit : Notre Affaire à Tous, Fondation pour la Nature et l'Homme, Greenpeace France et Oxfam France.

Quatre requêtes ont donc été introduites devant le Tribunal administratif de Paris pour faire reconnaître la carence de l'Etat dans la lutte contre le changement climatique et obtenir sa condamnation non seulement à réparer le préjudice moral pour les associations demandereses mais surtout le préjudice écologique sur la base des dispositions du Code civil.

Le 3 février 2021, le Tribunal administratif de Paris a rendu une décision majeure en reconnaissant la carence de l'Etat à respecter les objectifs qu'il s'est fixés en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre et a prononcé un jugement avant-dire droit prometteur⁵⁴⁹.

Le Tribunal a relevé que le préjudice écologique n'était pas contesté par l'Etat et se manifestait par l'augmentation constante de la température terrestre, d'ores et déjà de 1 degré par rapport à l'époque préindustrielle, emportant une modification de l'atmosphère et de ses fonctions écologiques.

Les juges ont ensuite caractérisé le lien de causalité entre ce préjudice écologique et les différents manquements reprochés à l'Etat dans la mesure où ce dernier n'a pas respecté ses engagements en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre.

S'agissant de la réparation du préjudice écologique, le Tribunal a rejeté les demandes de réparation pécuniaires rappelant que les dispositions de l'article 1249 du Code civil laissaient

⁵⁴⁹ Décision n°1904967 ; Recueil Dalloz 2021 p. 240 ; X. Delpech, « Condamnation symbolique de l'Etat pour inaction climatique », *Juris associations* 2021, n°634, p. 12.

la priorité à la réparation en nature du préjudice écologique. Les dommages et intérêts ne sont effectivement prononcés qu'en cas d'impossibilité ou d'insuffisance des mesures de réparation.

Le Tribunal a donc prononcé la réparation en nature du préjudice écologique causé par le non-respect des objectifs fixés par la France en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre et a prononcé un supplément d'instruction d'un délai de deux mois afin de permettre aux ministres compétents de présenter leurs observations.

511. Par un jugement du 14 octobre 2021, le Tribunal administratif de Paris a confirmé sa première décision et a, effectivement, enjoint à l'Etat de réparer les conséquences de sa carence en matière de lutte contre le changement climatique qui a occasionné un préjudice écologique.

Le tribunal administratif a donc ordonné que le dépassement du plafond des émissions de gaz à effet de serre fixé par le premier budget carbone pour la période 2015-2018 soit compensé au 31 décembre 2022, au plus tard.

Ces avancées importantes en matière administrative permettent aux associations de gagner en confiance, en maîtrise de ces outils ainsi qu'en notoriété pour leur permettre de s'orienter ensuite vers des actions plus ambitieuses sur la base du devoir de vigilance à l'endroit des personnes morales particulièrement émettrices en gaz à effet de serre (les pétroliers).

3. L'affaire Total « climat » ou la première utilisation judiciaire du devoir de vigilance sous le prisme climatique contre une entreprise française

512. Consécutivement à la première action intentée contre elle sur ses projets en Ouganda, Total a fait l'objet d'une deuxième assignation le 28 janvier 2020 à l'encontre de son plan de vigilance.

Cette deuxième action a été intentée par cinq associations et 14 collectivités (on retrouve l'association Notre Affaire à Tous et la commune de Grenoble) et vise à ce que Total, qui selon les demanderesses est à l'origine d'environ 1 % des émissions mondiales de gaz à effet de serre, intègre à son plan de vigilance des actions en matière d'atténuation du risque climatique afin d'aligner sa trajectoire d'émissions de gaz à effet de serre avec les objectifs internationaux reconnus par l'Accord de Paris.

513. Outre une stratégie de lutte contre le réchauffement climatique inexistante, il est reproché à Total de ne pas prendre en compte, dans le cadre de son engagement pour le climat, les

émissions indirectes ou dites de « *scope 3* » qui sont liées à la consommation de ses produits en l'occurrence des hydrocarbures⁵⁵⁰.

Total indique effectivement dans son plan de vigilance que « *le Groupe a structuré sa démarche afin d'intégrer les enjeux climatiques à sa stratégie et a défini des objectifs précis à différents horizons de temps, afin de maîtriser et réduire les émissions de GES résultant de ses Activités (Scopes 1 & 2).* »⁵⁵¹.

Dans un rapport distinct, très complet, l'association Notre Affaire à Tous cible cette lacune de Total et la remet en perspective, non pas avec le devoir de vigilance qui est muet sur la question, mais avec les exigences de la DPEF⁵⁵².

Aux termes de l'article R. 225-105, II, 2, d) du Code de commerce, la DPEF contient « *les postes significatifs d'émissions de gaz à effet de serre générés du fait de l'activité de la société, notamment par l'usage des biens et services qu'elle produit* ».

De surcroît, l'article L. 225-102-1 du Code de commerce modifié par l'article 138 de la loi dite « climat et résilience »⁵⁵³, précise que « *La déclaration comprend notamment des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit (...)* ».

Si Total intègre effectivement à sa DPEF des éléments relatifs à ses émissions de *scope 3*, il reste que la méthodologie retenue par Total pour les mesurer est critiquée par l'association Notre Affaire à Tous⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ La notion de *scope* d'émissions figure dans la DPEF par le biais de la prise en compte des émissions de gaz à effet de serre dites indirectes ou liées à l'utilisation du produit vendu. Plus largement la classification des émissions de *scope* 1, 2 ou 3 nous provient de l'ADEME, l'Agence de la transition écologique (établissement public sous la tutelle du Ministère de la Transition écologique et du Ministère de l'Enseignement supérieur, de la Recherche et de l'Innovation), voir ici : <https://www.bilans-ges.ademe.fr/fr/accueil/contenu/index/page/categorie/siGras/0>.

⁵⁵¹ Voir le plan de vigilance de Total, reproduit dans le document d'enregistrement unique 2020, disponible ici : <https://sustainable-performance.totalenergies.com/fr/reporting/plan-de-vigilance>, voir à « Actions d'atténuation des risques et de prévention des atteintes graves ».

⁵⁵² Rapport, Notre Affaire à Tous, « Benchmark de la vigilance climatique des multinationales », 2^{ème} rapport général, voir p. 46 pour l'analyse relative à Total.

⁵⁵³ Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 « portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets ».

⁵⁵⁴ L'association considère que « *dans la mesure où l'intensité carbone ne retient ni les émissions cumulées de GES ni les ventes effectives, cet indicateur ne peut pas refléter l'impact réel du groupe sur le système climatique, en particulier si ses ventes augmentent.* », voir le Rapport « Total – La stratégie du chaos climatique », établi par les associations, Notre Affaire à Tous, Les Amis de la Terre France, et 350, p.14, voir ici : https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2019/05/RapportTOTAL_2019.05.28_CMJN300dpi_compressed.pdf.

De surcroît, il convient de rappeler que la DPEF n'offre pas les mêmes possibilités contentieuses que le plan de vigilance. Aussi, face au caractère général des atteintes protégées par le devoir de vigilance, il faudrait une modification des articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce pour la mise en place d'une véritable « vigilance climatique » permettant l'introduction au plan de vigilance des mesures d'atténuation du risque climatique par le biais de la réduction de tous les *scopes* d'émissions.

514. Les demanderesses fondent leur action non seulement sur le devoir de vigilance et l'article L. 225-102-4 du Code de Commerce mais également sur l'article 1252 du Code civil qui prévoit qu'« *Indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage.* ».

La double approche préventive que revêt cette action est particulièrement intéressante et montre l'influence de l'Affaire du siècle où les dispositions du Code civil en matière de réparation du préjudice écologique avaient été utilisées contre l'Etat français.

Cette deuxième affaire Total montre qu'avec l'émergence des contentieux en lien avec le changement climatique, l'Etat français n'est pas la seule cible.

515. Il est d'ailleurs intéressant de relever que les poursuites contre Total ne se limitent pas aux juridictions françaises dans la mesure où cette dernière fait l'objet d'actions similaires devant les juridictions fédérales de Californie et du Delaware aux Etats-Unis intentées en 2017 et 2020⁵⁵⁵.

Ces actions en responsabilité civile ont, dans les deux cas, été intentées par des collectivités territoriales et ne sont pas uniquement dirigées contre Total mais contre un ensemble de grandes entreprises (pétrolières et minières extractives) : 35 en Californie et une vingtaine dans le Delaware.

Ces actions sont fondées sur un double reproche : d'une part, celui de ne pas avoir divulgué les risques liés au changement climatique en lien avec leurs activités et, d'autre part, de ne pas avoir développé la mise sur le marché de combustibles de substitution.

⁵⁵⁵ Nous tirons ces éléments de l'évènement de Paris Place de Droit « Contentieux & devoir de vigilance » du 14 avril 2021 et plus particulièrement de l'intervention de Thierry Reveau de Cyrières, Directeur Juridique en charge des grands contentieux au sein du Groupe Total.

Elles portent des demandes d'indemnisation non chiffrées ayant vocation à réparer le préjudice futur constitué par l'évolution du climat pour les collectivités publiques en demande.

Section 4. Le besoin de sécurité juridique des entreprises

516. Le droit du devoir de vigilance présente l'inconvénient d'être encore largement instable cinq ans après son entrée en vigueur.

A ce constat, il convient d'ajouter la volonté de l'UE de mettre en place un devoir de vigilance harmonisé au sein des Etats membres.

Cette initiative européenne peut s'appréhender en France soit en ce qu'elle va contribuer à l'incompréhension d'un droit d'ores et déjà difficile à lire, soit en ce qu'elle va au contraire apporter des précisions bienvenues en conservant les avancées réalisées en 2017.

517. En tout état de cause, le besoin de clarification des entreprises est particulièrement fort quant à la problématique du périmètre externe du devoir de vigilance qui cristallise de nombreuses oppositions (§1).

Si le droit a besoin d'être clarifié, les entreprises ont intérêt à voir émerger une entité qui les accompagne et les conseille comme le fait l'AFA sur le terrain de la loi Sapin 2 (§2).

§1. Apporter de la clarté quant au périmètre externe du devoir de vigilance

518. L'un des facteurs d'opposition que l'on retrouve de manière régulière porte sur le périmètre externe de vigilance qu'une société doit développer. L'imprécision du texte étant naturellement une source de conflits, il semble important d'apporter une solution claire à cette problématique qui cristallise l'ambition du législateur à la suite du drame du Rana Plaza (A).

L'équilibre pour la mise en place d'une solution à la fois efficace et réaliste est délicat à trouver. Il pourrait résider dans les travaux du Parlement européen et de la Commission européenne qui œuvrent pour une directive particulièrement complète (B).

A. L'imprécision, source de contentieux entre les entreprises et leurs parties prenantes

519. Nous l'avons vu, la loi relative au devoir de vigilance recèle de nombreuses imprécisions qui rendent tous les stades de sa mise en application difficiles (voir *supra*, § n° 330 et s.).

La thématique du périmètre externe du devoir de vigilance nous semble être la plus problématique et par conséquent nécessiter un besoin de sécurité juridique important des entreprises.

Plus particulièrement, c'est à la question « où doit s'arrêter la vigilance d'une entreprise ? » qu'il est fondamental d'apporter une réponse claire.

Car précisément, cette question est majeure dans la mise en place du texte et de ses outils ainsi que pour résoudre les problématiques contentieuses nées ou à naître.

Elle l'est d'autant plus que, dans son imprécision, la loi relative au devoir de vigilance porte une source importante de différends.

Les entreprises allèguent ne pas avoir les moyens de remonter toutes leurs chaînes d'approvisionnement et contrôler les milliers d'entreprises impliquées. Les demanderesse, souvent des associations, considèrent que l'esprit du devoir de vigilance est justement de ne pas se limiter aux premières relations contractuelles sans quoi le texte perd de son intérêt.

520. L'assignation de la société CASINO GUICHARD-PERRACHON (ci-après, « Casino ») sur la base des articles L. 225-102-4 II et L. 225-102-5 du Code de commerce est emblématique du problème.

Le 3 mars 2021, la société Casino a été assignée devant le Tribunal judiciaire de Saint Etienne par une coalition d'associations françaises (Sherpa, Envol Vert, Mighty Earth et Notre Affaire à Tous) et d'organisations représentatives de peuples autochtones de Colombie et du Brésil (OPIAC, COIAB, FEPIPA et FEPOIMT).

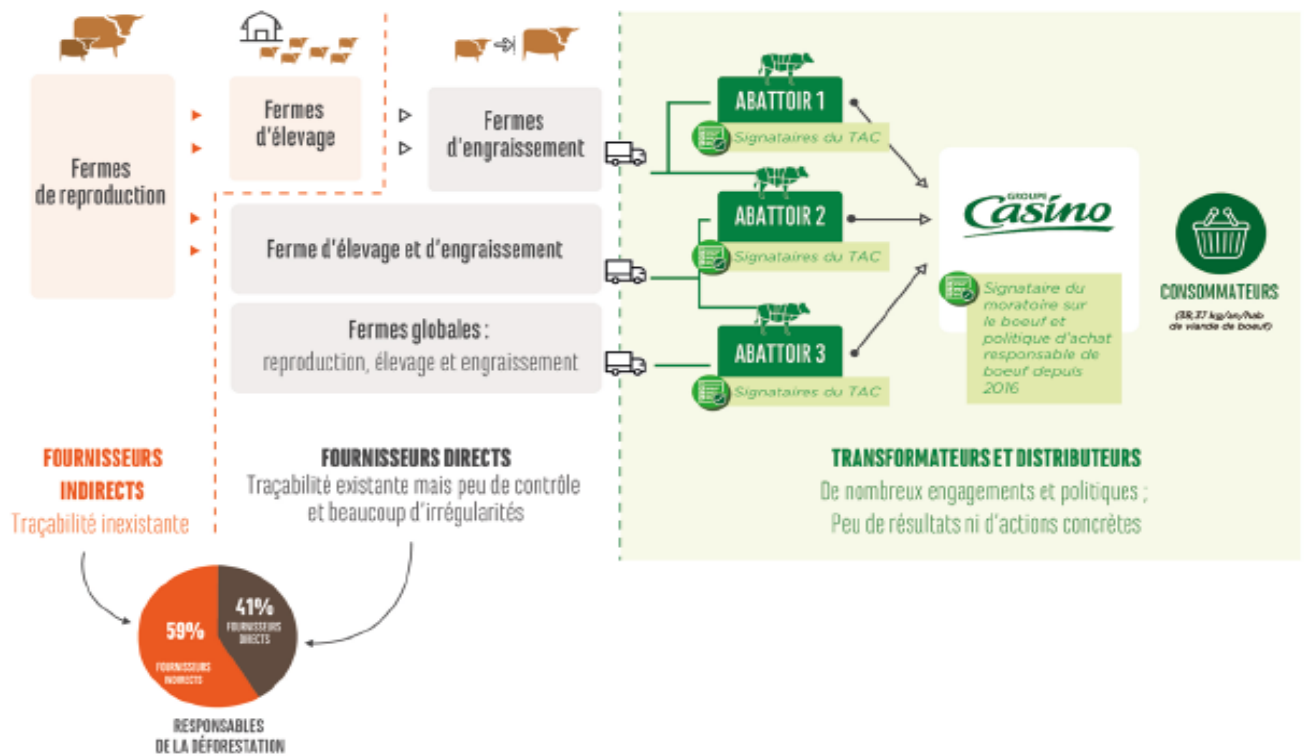
Consécutivement à l'envoi d'un courrier de mise en demeure le 15 juin 2020 au Groupe Casino, l'association Envol Vert a établi un rapport intitulé « Groupe Casino écoresponsable de la déforestation ».

Ce rapport allègue du lien entre Casino et des fermes responsables de déforestation et d'atteintes aux droits humains au Brésil et en Colombie (pour une analyse détaillée, voir *infra*, § n° 780 et s.).

Le rapport explique que Casino dispose d'une filiale brésilienne, la société GPA (GRUPO PAO DE ACUCAR), qui entretient des liens avec des abattoirs pour se fournir en viande.

Or, ces abattoirs exercent leurs activités sur des bovins en provenance de différentes fermes qui elle mêmes se fournissent auprès d'autres fermes. Ce sont ces fermes qui ne sont pas directement liées à une société du Groupe Casino que les associations considèrent responsables d'actes de déforestation.

Envol Vert produit dans le rapport précité (p. 17), l'infographie suivante pour illustrer son propos :



Infographie 2 : la complexité de la chaîne du bœuf
Source : Envol Vert

Si selon les demanderesse Casino porte une vigilance importante aux abattoirs avec lesquels elle est directement liée, cette vigilance se dégrade à mesure que l'on s'éloigne du Groupe. Les rangs deux et trois, constitués de ferme de reproduction, d'élevage et d'engraissement ne sont que très peu contrôlés et seraient responsables d'actes de déforestation pour les besoins de leurs activités.

La réponse du Groupe Casino atteste de la difficulté pour une grande entreprise de maîtriser les entités d'une chaîne d'approvisionnement avec lesquelles aucune relation contractuelle n'est directement entretenue :

« Par ailleurs, concernant les fermes indirectes, GPA soutient et est impliqué dans le projet VISIPEC que vous évoquez et soutenez afin de remonter la chaîne d'approvisionnement et de renforcer les processus de contrôle. Ce projet est, comme vous le savez, en phase d'expérimentation par le NWF et GPA est le premier distributeur impliqué dans ce pilote.

(...) Concernant les 4 fermes mises en cause dans votre rapport qui travaillent avec JBS, deuxième entreprise mondiale de l'alimentaire et Marfrig, un autre acteur majeur au Brésil, et compte tenu de la complexité et de la gravité des faits évoqués, je reste avec nos équipes locales à votre disposition pour partager les informations dont vous disposez en mobilisant les fournisseurs concernés afin d'apporter toute la clarté nécessaire sur la situation (...) ».

Si Casino met en exergue des actions, elle reconnaît à demi-mots qu'elles ne sont pas pleinement effectives et souhaite s'inscrire dans une démarche de partage d'informations.

Outre la question de la responsabilité du Groupe Casino, cette affaire témoigne de la difficulté pour les entreprises à s'adapter au nouvel espace juridique que la loi relative au devoir de vigilance aurait l'ambition de mettre en place au dire des parties prenantes.

B. L'équilibre à trouver entre un sacerdoce et un texte inefficace

521. Le périmètre externe de vigilance cristallise oppositions et incertitudes. Si le devoir de vigilance français peine à être clair sur ce point, l'obligation ne semble, textuellement, pas disproportionnée. Dès lors que la jurisprudence n'évolue pas vers une position audacieuse (voir *supra*, § n° 359 et s.), les entreprises semblent parvenir à une maîtrise du risque sans que l'on puisse qualifier cette activité de sacerdoce.

Les travaux de l'UE en vue de l'adoption d'une directive pour harmoniser un devoir de vigilance au sein des Etats membres sont donc suivis avec beaucoup d'attention et font l'objet de débats importants.

En ce sens, les développements de la résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 sur le devoir de vigilance ont été majeurs⁵⁵⁶ et en grande partie suivis par la Commission européenne qui, rappelons-le, n'était pas liée par cette proposition.

Effectivement, l'article 225 du TFUE a permis au Parlement européen d'user d'un droit d'initiative afin de demander à la Commission européenne de soumettre une proposition⁵⁵⁷.

En l'espèce, en demandant à la Commission européenne d'adopter une directive sur un devoir de vigilance au sein de l'Union, le Parlement a annexé à sa résolution du 10 mars 2021 des recommandations qui ont pris la forme d'une proposition de directive d'ores et déjà rédigée.

La proposition de la Commission européenne, adoptée le 23 février 2022 et élaborée sur la base du travail du Parlement européen, adopte un caractère particulièrement ambitieux et pourrait chambouler notre droit interne à bien des égards⁵⁵⁸.

A cet égard, elle sème le trouble avec la proposition de mise en place d'un périmètre externe très étendu (1).

Il reste que sur la base du constat d'une loi imprécise, plusieurs approches doivent être envisagées pour combler les lacunes du texte initial. La première s'oriente vers une approche raisonnable fondée sur le risque (2). La deuxième tend à ajouter une approche plus verticale et précise pour les secteurs d'activités les plus sensibles (3).

Bien qu'il soit sage de garder à l'esprit que les dispositions de la proposition de directive de la Commission européenne ne sont pas définitives et doivent être adoptées par le Parlement européen et le Conseil, ces deux approches nous semblent être les plus à même de répondre aux besoins des entreprises.

⁵⁵⁶ Voir M. Menjucq, « Résolution du Parlement européen sur le devoir de vigilance et la responsabilité des sociétés », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°42, p.32 ; P. Savin, « Le futur devoir de vigilance européen à la charge des entreprises dans la chaîne d'approvisionnement », L'Observatoire de Bruxelles, n°124, juin 2021.

⁵⁵⁷ L'article 225 du TFUE dispose : « *Le Parlement européen peut, à la majorité des membres qui le composent, demander à la Commission de soumettre toute proposition appropriée sur les questions qui lui paraissent nécessiter l'élaboration d'un acte de l'Union pour la mise en œuvre des traités. Si la Commission ne soumet pas de proposition, elle en communique les raisons au Parlement européen.* ».

⁵⁵⁸ Voir S. Bridier, « Devoir de vigilance européen : le contenu de la proposition de directive », Dalloz actualité, 28 février 2022 ; C. Michon, « Le futur du devoir de vigilance ? Regards sur le projet européen et l'évaluation de la loi française », Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires, n°2, avril 2022, comm. 87.

1. Une évolution majeure proposée par la Commission européenne

522. Nous établissons, ci-après, un tableau comparatif du périmètre de vigilance résultant de la loi française et de la proposition de la Commission européenne :

	Devoir de vigilance français	Devoir de vigilance de la Commission européenne
Périmètre de vigilance	<p>Le plan de vigilance porte sur :</p> <ul style="list-style-type: none">• les activités de la société assujettie au devoir de vigilance français ;• les activités de ses filiales contrôlées, directement ou indirectement, au sens de l'article L. 233-16, II du Code de commerce ; et• les activités des sous-traitants et fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie.	<p>L'obligation de vigilance couvre :</p> <ul style="list-style-type: none">• les opérations propres à l'entreprise assujettie à la proposition de directive ;• les opérations des filiales contrôlées ; et• lorsqu'elles sont liées à leurs chaînes de valeur, l'activité de leurs relations commerciales bien établies.

Précisons que dans la proposition de directive de la Commission européenne la « chaîne de valeur » est définie comme : « *les activités liées à la production de biens ou à la prestation de services par une entreprise, y compris le développement du produit ou du service et l'utilisation et l'élimination du produit, ainsi que les activités connexes des relations commerciales de l'entreprise établies en amont et en aval.* »⁵⁵⁹.

De son côté, la « relation commerciale bien établie » recouvre « *une relation commerciale, directe ou indirecte, qui est ou devrait être durable, compte tenu de son intensité ou de sa durée, et qui ne constitue pas une partie négligeable ou simplement accessoire de la chaîne de valeur* »⁵⁶⁰.

523. Cette analyse comparative appelle plusieurs commentaires. Premièrement, la proposition de directive prévoit l'application des obligations de vigilance à l'ensemble des relations commerciales bien établies, en ce compris les relations indirectes. Aussi, les rangs mêmes éloignés de fournisseurs et sous-traitants devraient être intégrés dans le périmètre de vigilance dès lors que la relation commerciale est bien établie.

⁵⁵⁹ Article 3, (h), de la proposition de directive de la Commission européenne.

⁵⁶⁰ Article 3, (g), de la proposition de directive de la Commission européenne.

Deuxièmement, cette vigilance concerne la chaîne de valeur et non uniquement la chaîne d’approvisionnement recouvrant les sous-traitants et fournisseurs. Dès lors, la définition de chaîne de valeur donnée par la proposition de directive peut s’entendre comme incluant les clients d’une entreprise.

Le périmètre du devoir de vigilance européen, si la proposition de la Commission européenne devait être adoptée en l’état, serait ainsi plus large que celui actuellement en vigueur en France (qui est limité aux activités du groupe consolidé et de ses sous-traitants et fournisseurs, voir *supra*, § n° 346 et s.). Il s’exercerait auprès de l’ensemble des relations commerciales directes et indirectes des entreprises concernées (en amont et en aval).

Gardons toutefois en tête que la proposition de la Commission européenne doit encore être adoptée par le Parlement européen et le Conseil.

2. Une vigilance raisonnable basée sur le risque

524. Le rapport d’évaluation de la loi relative au devoir de vigilance relève, à juste titre, que contrôler un fournisseur revient à mettre en place des plans d’audits, des évaluations par questionnaires, des formations et établir des comptes rendus réguliers⁵⁶¹.

Au regard du nombre de sous-traitants et fournisseurs avec lesquels un groupe de sociétés entretient une relation commerciale établie il est, en l’état, impossible d’exiger d’une entreprise une couverture complète de toute sa chaîne d’approvisionnement à moins de souhaiter faire du devoir de vigilance un véritable sacerdoce.

Les notions de « vigilance raisonnable » et d’« atteintes graves » mises en place par la loi relative au devoir de vigilance doivent ici prendre tous leurs sens et porter une logique de modération au regard de circonstances factuelles.

Le rapport d’évaluation de la loi porte d’ailleurs cette ambition en précisant que le devoir de vigilance « *n’est pas une obligation de résultat ni une exigence illimitée de moyens* ». Dans

⁵⁶¹ A. Duthilleul, M. de Jouvenel, rapport précité, p. 22. En ce sens, la Commission européenne précise bien dans sa proposition de directive adoptée le 23 février 2022 (considérant n°15) que « *les principales obligations figurant dans la présente directive devraient être des « obligations de moyens ». L’entreprise devrait prendre les mesures adéquates dont on peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elles aboutissent à la prévention ou à la réduction au minimum des incidences négatives dans les circonstances de l’espèce.* ».

cette optique, il indique qu'au regard du secteur d'activité et du pays l'entreprise peut déterminer où placer ses efforts prioritaires⁵⁶².

Au regard de la genèse du texte, il reste que les principaux risques identifiés par la loi ont davantage de chance de se concrétiser en dehors de l'Union Européenne, dans des pays où les législations sur les thématiques protégées sont plus souples ou inexistantes.

525. La résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 illustre une ambition similaire.

Le considérant n°29 de la résolution prévoit que « *Pour être efficaces, les obligations de vigilance des entreprises devraient couvrir l'ensemble de la chaîne de valeur, tout en adoptant une approche fondée sur les risques et en mettant en place une stratégie de hiérarchisation des priorités sur la base du principe 17 des principes directeurs des Nations unies.* ».

Outre son absence de valeur juridique, l'article 17 des principes directeurs de Nations Unies est pris en exemple en ce qu'il intègre pour les entreprises ayant des chaînes de valeurs importantes le fait qu'il « *peut être excessivement difficile d'exercer la diligence raisonnable pour les incidences défavorables sur les droits de l'homme de toutes ces entités* » et propose une analyse au regard des domaines « *où le risque d'incidences négatives sur les droits de l'homme est le plus important, que cela soit dû au cadre d'exploitation de certains fournisseurs ou clients, aux activités, produits ou services particuliers en jeu ou à d'autres considérations, et leur conférer un ordre de priorité* ».

Cette approche proportionnée se traduit par un § 2 inséré à l'article 4 « Stratégie de vigilance » de la résolution du Parlement européen qui prévoit :

« Les entreprises mettent constamment tout en œuvre, dans la limite de leurs moyens, pour identifier et évaluer la nature et le contexte de leurs activités, y compris du point de vue géographique, et déterminer si leurs activités et leurs relations d'affaires sont cause de toute incidence négative potentielle ou réelle sur les droits de l'homme, l'environnement ou la bonne gouvernance, ou y contribuent ou y sont directement liées, en utilisant à cet effet une méthode de surveillance fondée sur les risques, qui tient compte de la probabilité, de la gravité et de

⁵⁶² Ibid., p. 33.

L'urgence des incidences potentielles ou réelles sur les droits de l'homme, l'environnement ou la bonne gouvernance. »⁵⁶³.

526. En ne reprenant pas cet article 4, la proposition de la Commission européenne nous semble moins claire. Son article 4 intitulé « Devoir de vigilance » n'est lisible qu'avec des renvois à d'autres articles de la proposition.

Il est ainsi prévu que les États membres veillent à ce que les entreprises prennent des mesures appropriées pour recenser les incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme et les incidences négatives sur l'environnement découlant de leurs propres activités ou de celles de leurs filiales et, lorsqu'elles sont liées à leurs chaînes de valeur, de leurs relations commerciales bien établies⁵⁶⁴.

La « mesure appropriée » est définie par la Commission européenne comme « *une mesure capable d'atteindre les objectifs liés au devoir de vigilance, proportionnelle au degré de gravité et à la probabilité de l'incidence négative, et raisonnablement à la disposition de l'entreprise, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, y compris des caractéristiques du secteur économique et de la relation commerciale spécifique, de l'influence de l'entreprise, ainsi que de la nécessité d'établir des priorités d'action.* »⁵⁶⁵.

L'idée d'une approche raisonnable basée sur le risque se retrouve donc dans les deux projets. Dans la mesure où la proposition de la Commission européenne doit être adoptée par le Parlement européen et le Conseil, il convient à ce stade de ne pas éluder la résolution du Parlement Européen dont nous ne serions pas surpris de voir certains éléments revenir dans la version finale de la directive adoptée.

527. Quoiqu'il en soit, dans le respect d'une approche raisonnable, les entreprises qui opèrent dans des régions sensibles et sur des secteurs d'activité qui comportent des risques importants ont intérêt à mettre en place des chaînes de responsabilité afin d'opter pour l'approche la plus verticale possible.

La mise en place de relais avec les fournisseurs et sous-traitants de rang 1 pourrait être organisée afin qu'ils exercent une vigilance sur leurs propres partenaires d'affaires et en rendent compte,

⁵⁶³ Soulignement ajouté.

⁵⁶⁴ Article 6, al. 1 (§12) de la proposition de directive de la Commission européenne.

⁵⁶⁵ Article 3, (r), de la proposition de directive de la Commission européenne.

le cas échéant, à la société donneuse d'ordre (au besoin par le biais d'un mécanisme de recueil des signalements).

Le recours à l'instrument contractuel pour organiser cette chaîne de responsabilité aurait deux conséquences positives : un effet complétif et un effet coercitif ⁵⁶⁶.

Un effet complétif dans la mesure où les atteintes devront être précisément définies pour assurer une sécurité aux contractants. Dès lors, les atteintes « graves » à l'environnement, à la santé et à la sécurité des personnes et aux droits humains et libertés fondamentales seront précisées, notamment au regard des situations factuelles et des environnements dans lesquels les partenaires d'affaires évoluent.

Un effet coercitif sera rendu possible par des clauses contractuelles précises permettant une résiliation pour faute dans l'éventualité où un fournisseur ou sous-traitant de rang 1 n'aurait pas été suffisamment attentif à son propre écosystème.

528. Toujours selon cette même approche, pour les régions ou secteurs d'activités les plus sensibles, l'entreprise assujettie au devoir de vigilance vérifier la situation sur place, mettre en place des *due diligence*, diligenter des rapports d'audits, etc.

Le rapport d'évaluation de la mise en œuvre de la loi indique également le recours à des prestataires de services d'audit et d'évaluation des fournisseurs afin d'accompagner les entreprises dans leurs évaluations et leur donner accès à des bases de données de fournisseurs vérifiés⁵⁶⁷.

Sur la base du constat de l'impossibilité d'une vigilance totale, l'idée est de permettre aux entreprises d'être en situation, si un risque de réaliser, de pouvoir apporter la preuve d'une vigilance réelle sur les thématiques les plus sensibles de l'entreprise en impliquant ou en tentant d'impliquer l'ensemble de sa chaîne de valeur.

En ce sens, la mise en place d'un relais contractuel suivi de vérifications est indispensable et doit remplacer la rédaction de clauses générales et résolutoires qui dédouaneraient la société mère si, par extraordinaire une atteinte devait se produire.

⁵⁶⁶ M. Mekki, « Contrat et devoir de vigilance » *in*, Revue Lamy Droit des Affaires, 104, « Dossier spécial, Le Big Bang des devoirs de vigilance ESG : les nouveaux enjeux de RSE et de droits de l'homme ».

⁵⁶⁷ L'entreprise Ecovadis propose un service de ce type.

La résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 porte également cette ambition en précisant en son article 4, § 8 :

« Les entreprises veillent à ce que leurs relations d'affaires mettent en place et appliquent des politiques en matière de droits de l'homme, d'environnement et de bonne gouvernance qui sont conformes à leur stratégie de vigilance, notamment au moyen d'accords-cadres, de clauses contractuelles, de codes de conduite ou d'audits certifiés et indépendants. ».

529. La Commission européenne suit cette impulsion. Il est proposé que la société assujettie au devoir de vigilance s'efforce d'obtenir des garanties contractuelles de ses partenaires commerciaux directs comprenant non seulement un engagement de respecter le code de conduite de la société mais également un plan de prévention et d'atténuation des risques.

Aussi et surtout, la Commission européenne prévoit bien une « cascade contractuelle » dans la mesure où il est attendu que la société assujettie s'efforce « *d'obtenir les garanties contractuelles correspondantes de la part de ses partenaires, dans la mesure où leurs activités font partie de la chaîne de valeur de l'entreprise* »⁵⁶⁸.

Bien que ces dispositions soient très importantes, il est heureux qu'elles ne soient pas impératives (la traduction française n'étant pas toujours parfaite, précisons que la version anglaise parle de « *best efforts* »). Non seulement cela pourrait entraver les négociations précontractuelles mais cela pourrait également être difficile à mettre en place dès lors que le cocontractant est une petite ou moyenne entreprise qui ne dispose pas des moyens nécessaires.

En ce sens, la proposition de directive prévoit que « *Lorsque des garanties contractuelles sont obtenues d'une PME ou qu'un contrat est conclu avec celle-ci, les conditions utilisées doivent être équitables, raisonnables et non discriminatoires. Lorsque des mesures visant à vérifier le respect sont mises en œuvre vis-à-vis de PME, l'entreprise supporte les coûts de la vérification par un tiers indépendant.* »⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ Voir l'article 7, §17, b) de la proposition de directive de la Commission européenne. Ajoutons que l'article 12 de la proposition de directive de la Commission européenne prévoit l'adoption de clauses contractuelles types auxquelles les entreprises pourront se référer.

⁵⁶⁹ Article 7, § 19 de la proposition de directive de la Commission européenne.

Par ailleurs, la proposition de la Commission européenne prévoit que le ruissellement contractuel des obligations de vigilance ne suffit pas à dédouaner une entreprise assujettie au devoir de vigilance d'un éventuel dommage.

La société est protégée par le contrat si « *Les garanties contractuelles ou le contrat sont assortis des mesures appropriées permettant de vérifier le respect.* »⁵⁷⁰.

Il ne s'agit donc pas uniquement pour l'entreprise assujettie de justifier d'une clause habilement rédigée mais bien de montrer, le cas échéant, que des audits ont été réalisés, des questionnaires envoyés, des entretiens menés, etc. En ce sens, la Commission prévoit le recours à des tiers indépendants pour effectuer ces missions d'audit.

Précisons en outre qu'à partir du moment où des « *incidences potentielles ne peuvent pas être évitées, arrêtées ou atténuées de manière adéquate (...) la société doit s'abstenir de conclure un nouveau contrat ou d'étendre la relation contractuelle existante avec le partenaire concerné.* »⁵⁷¹.

La proposition de directive prévoit une suspension temporaire de la relation contractuelle et des « *efforts de prévention et d'atténuation s'ils peuvent raisonnablement aboutir à court terme* », voire la résolution de la relation contractuelle « *si l'incidence négative réelle ou potentielle est grave.* »⁵⁷².

530. Notons également que le Parlement européen incite la Commission européenne au développement d'outils technologiques afin d'aider les entreprises dans la maîtrise de leurs chaînes d'approvisionnement :

*« La Commission devrait évaluer et proposer des outils destinés à aider les entreprises à établir la traçabilité de leurs chaînes de valeur. Ceci pourrait passer par les technologies de l'information innovantes, par exemple les chaînes de blocs, qui permettent la traçabilité de toutes les données. Leur développement devrait être encouragé afin de réduire les coûts administratifs et d'éviter les redondances pour les entreprises appliquant leur devoir de vigilance »*⁵⁷³.

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ Article 7, § 20 de la proposition de directive de la Commission européenne.

⁵⁷² *Ibid.*

⁵⁷³ Considérant introductif n°29 de la résolution.

Au regard du caractère encore incertain de l'utilisation d'un système de *blockchain*, le contrat nous semble être, à ce jour, le vecteur le plus efficace au ruissellement des obligations de vigilance. D'ailleurs, la Commission européenne ne reprend pas cette idée dans sa proposition de directive.

Néanmoins, en étant une technologie de stockage et de transmission d'informations, transparente et sécurisée, une *blockchain* permet de constituer une base de données contenant l'historique de tous les échanges effectués entre ses utilisateurs depuis sa création⁵⁷⁴.

Appliquée au devoir de vigilance, les possibilités sont immenses pour sécuriser une chaîne d'approvisionnement en opérant une traçabilité complète de toutes les opérations qui surviennent pour la créer⁵⁷⁵.

Le recours à ces instruments, contractuels ou technologiques, nous semble également justifié par la démarche « raisonnable » introduite par la loi. Si une grande entreprise ne peut concentrer ses efforts sur ses très nombreuses chaînes contractuelles, elle doit pouvoir y être aidée par les différents maillons qui composent cette chaîne et, le cas échéant, par des technologies innovantes.

3. Une approche spéciale pour les secteurs d'activités sensibles

531. Avant de se fixer un objectif aussi ambitieux que celui d'un devoir de vigilance harmonisé au sein des pays membres, l'Union Européenne a adopté une approche sectorielle préférant, dans un premier temps, sécuriser certaines activités.

On retrouve une première initiative en 2010 avec le règlement UE n°995/2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché.

L'objectif du texte est de lutter contre les exploitations illégales des forêts et pour cela, le règlement met en place un système de « diligence raisonnée »⁵⁷⁶.

L'entreprise doit assurer l'accessibilité de l'information, en l'occurrence relative au type d'essence forestière, au pays et à la région de récolte, à la quantité importée, à l'identité du

⁵⁷⁴ Nous reprenons ces éléments de ce site internet : <https://blockchainfrance.net/decouvrir-la-blockchain/c-est-quoi-la-blockchain/>.

⁵⁷⁵ Voir cet article de Novethic : <https://www.novethic.fr/actualite/entreprise-responsable/isr-rse/devoir-de-vigilance-le-digital-au-secours-des-entreprises-144312.html>.

⁵⁷⁶ Article 6 du règlement UE n°995/2010.

fournisseur ainsi que tous les documents indiquant que le bois et/ou les produits dérivés sont conformes à la législation applicable.

L'opérateur doit également mettre en place des procédures d'évaluation du risque lui permettant d'évaluer le risque que du bois, issu d'une récolte illégale ou des produits dérivés provenant de ce bois soient mis sur le marché.

Précisons qu'une nouvelle proposition de règlement « relatif à la mise à disposition sur le marché de l'Union ainsi qu'à l'exportation à partir de l'Union de certains produits de base et produits associés à la déforestation et à la dégradation des forêts, et abrogeant le règlement (UE) n° 995/2010 » a été adopté par la Commission européenne le 17 novembre 2021⁵⁷⁷.

Cette proposition est nettement plus ambitieuse que le règlement n°995/2010 puisqu'elle vise les produits de la déforestation sous toutes ses formes (notamment le soja, la viande bovine, l'huile de palme, le bois, le cacao et le café ainsi que certains produits dérivés, tels que le cuir, le chocolat et les meubles). Elle ambitionne de garantir que seuls des produits qui respectent la législation du pays d'origine et qui ne résultent d'aucune opération de déforestation soient autorisés sur le marché de l'UE⁵⁷⁸.

532. Par la suite, le règlement UE n°2017/821 du 17 mai 2017 fixant des obligations de diligence pour les personnes qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, confirme une dynamique sectorielle en mettant en place un système complet de vigilance.

Les importateurs de l'UE assujettis au règlement doivent établir :

« (...) une chaîne de responsabilité ou un système de traçabilité de la chaîne d'approvisionnement permettant d'obtenir les informations suivantes, documents à l'appui :

- i) la description des minerais, y compris leur nom commercial et leur type ;*
- ii) le nom et l'adresse du fournisseur auquel s'est adressé l'importateur de l'Union ;*
- iii) le pays d'origine des minerais ;*

⁵⁷⁷ Voir ici : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/QANDA_21_5919 pour une vue d'ensemble.

⁵⁷⁸ *Ibid.*

iv) les quantités extraites et les dates d'extraction, le cas échéant, exprimées en volume ou en poids ;

v) lorsque les minerais proviennent de zones de conflit ou à haut risque, ou lorsque d'autres risques affectant la chaîne d'approvisionnement et énumérés dans le guide de l'OCDE sur le devoir de diligence ont été constatés par l'importateur de l'Union, d'autres informations conformément aux recommandations spécifiques pour les opérateurs économiques en amont du guide de l'OCDE sur le devoir de diligence, telles que la mine d'origine, les lieux où les minerais sont groupés, commercialisés ou transformés, ainsi que les impôts, droits et redevances versés »⁵⁷⁹.

Il ne s'agit pas d'un hasard si l'UE a souhaité légiférer sur l'importation de minerais de zone de guerre. L'enjeu exige la mise en place d'une vigilance verticale renforcée.

533. Aussi, en sus d'une approche générale fondée sur le risque, une approche par marché ou secteur d'activité générateur d'une menace importante pourrait s'envisager dès lors qu'il s'agit de biens traçables : minerais, viandes, textiles, bois, etc.

La mise en place d'un système à deux vitesses incluant (i) une vigilance classique au sens de la loi relative au devoir de vigilance telle que modifiée par un futur texte européen et (ii) une vigilance renforcée sur des thématiques très précises pourrait se dessiner sous l'impulsion de l'Union Européenne. Il s'agissait, d'ailleurs, de l'une des recommandations du rapport d'évaluation de la loi relative au devoir de vigilance qui promouvait le développement de ces initiatives afin d'harmoniser et de mutualiser les bonnes pratiques de vigilance sur des secteurs particuliers⁵⁸⁰.

534. Précisons que la Commission européenne pousse plus avant la réflexion. Sans remettre en question les règlements ayant vocation à régir certains secteurs, elle propose que l'entreprise se trouvant en deçà des seuils établis (500 salariés et chiffre d'affaires net mondial supérieur à 150 millions d'euros) mais qui emploie plus de 250 salariés et réalise un chiffre d'affaires net mondial de plus de 40 millions d'euros soit assujettie au devoir de vigilance dès lors que la moitié de son chiffre d'affaires se réalise dans un secteur à risque⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Article 3 du règlement UE 2017/821.

⁵⁸⁰ A. Duthilleul, M. de Jouvenel, rapport précité, recommandation n°4, p. 41.

⁵⁸¹ Article 2 de la proposition de directive de la Commission européenne.

Les secteurs considérés comme à risque sont :

- « *la fabrication de textiles, d'articles en cuir et de produits connexes (y compris de chaussures) et le commerce de gros de textiles, de vêtements et de chaussures* »⁵⁸² ;
- « *l'agriculture, la sylviculture, la pêche (incluant l'aquaculture), l'agroalimentaire et le commerce de gros de matières premières agricoles, d'animaux vivants, de bois, nourriture et boissons* »⁵⁸³; et
- « *l'extraction de ressources minérales indépendamment du pays d'extraction (dont l'or, le pétrole brut, le gaz naturel, le charbon, le lignite, les minerais métalliques, les métaux et les autres minerais non métalliques et produits extraits de carrières), la fabrication de produits métalliques de base, d'autres minéraux non-métalliques (à l'exception des machines et des équipements) et le commerce de gros de ressources minérales, de produits minéraux de base et intermédiaires (y compris les métaux et les minerais métalliques, les matériaux de construction, les combustibles, produits chimiques et autres produits intermédiaires).* »⁵⁸⁴.

Anticipons qu'il pourrait y avoir un risque de chevauchement entre cette proposition de directive et, pour ne prendre que cet exemple, le futur règlement contre la déforestation. Toutefois, en l'état, ledit règlement tel que proposé par la Commission européenne ne prévoit pas de seuils en deçà desquels la réglementation ne s'appliquerait pas.

Dès lors, il est possible d'entrevoir que les sociétés échappant aux seuils de la directive relative au devoir de vigilance seraient appréhendées par le règlement et que les sociétés qui devront être « vigilantes » appliqueront uniquement les dispositions spéciales règlementaires si ces dernières sont plus poussées et aboutissent à un niveau de protection supplémentaire.

535. L'article 273 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 « portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets », dite « loi climat » introduit cette idée de renforcement de la vigilance des secteurs sensibles⁵⁸⁵.

A compter du 1^{er} janvier 2024, l'article L. 225-102-4, I du Code de commerce qui institue le devoir de vigilance intégrera l'alinéa suivant : « *Pour les sociétés produisant ou*

⁵⁸² *Ibid.*, voir § (d), i).

⁵⁸³ *Ibid.*, voir § (d), ii).

⁵⁸⁴ *Ibid.*, voir § (d), iii).

⁵⁸⁵ Voir G. Leray, « La loi climat et l'entreprise », *Revue des sociétés*, Dalloz, 2021, p.682.

commercialisant des produits issus de l'exploitation agricole ou forestière, ce plan comporte en particulier des mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir la déforestation associée à la production et au transport vers la France de biens et de services importés. ».

Il est probable que ces dispositions visant à lutter contre la déforestation soient rejointes par d'autres mentions spéciales avec le temps.

§2. Penser une entité en charge d'accompagner les entreprises

536. L'un des grands décalages avec la loi Sapin 2 réside dans l'absence d'entité pour conseiller et, le cas échéant, contrôler les entreprises dans la mise en place du plan de vigilance.

Dans la mesure où les entreprises peinent à établir ce plan, une entité avec un objectif d'accompagnement serait une excellente option (A).

Néanmoins, de l'accompagnement peut rapidement se transformer en surveillance, la surveillance en des modalités de contrôle et les contrôles peuvent facilement appeler des sanctions (B).

Il convient donc d'être particulièrement attentif à certaines évolutions proposées par le Parlement européen et la Commission européenne en ce qu'elles opèrent un virage important dans le contrôle des obligations de vigilance.

A. Un accompagnement bienvenu pour les entreprises

537. Il s'agit là d'une des lacunes les plus profondes de la loi relative au devoir de vigilance. Les entreprises sont, pour ainsi dire, livrées à elles-mêmes dans l'établissement de leur plan de vigilance et ne peuvent compter que sur certaines de leurs parties prenantes pour le faire évoluer.

Certes, l'adversité et la contradiction permettent la remise en question et l'évolution, néanmoins disposer d'un service de l'administration ou d'une entité pour recueillir une aide décorrélée d'une approche contestataire pourrait s'avérer très utile pour les entreprises.

Une fois de plus, le rapport d'évaluation de la loi a pris conscience de la problématique et a recommandé de charger un service de l'administration centrale d'assurer la promotion du devoir de vigilance⁵⁸⁶.

Si ce dernier pouvait également apporter des lignes directrices aux entreprises dans l'établissement, la mise en œuvre et la publication du plan, le déséquilibre important qui existe avec la loi Sapin 2 s'en trouverait réduit.

538. La résolution du Parlement européen du 10 mars 2021⁵⁸⁷ prévoit ce qui suit aux deux premiers paragraphes de son article 12 :

« Chaque État membre désigne une ou plusieurs autorités nationales compétentes chargées de surveiller l'application de la présente directive, une fois transposée en droit national, et de diffuser les meilleures pratiques en matière de devoir de vigilance.

Les États membres s'assurent que les autorités nationales compétentes désignées conformément au paragraphe 1 sont indépendantes et disposent de ressources humaines, techniques et financières nécessaires, de locaux et d'une infrastructure, et de l'expertise permettant de s'acquitter efficacement de leurs obligations. ».

539. La Commission européenne emprunte une voie différente avec une rédaction (encore et toujours) plus difficile à suivre. L'article 17 de la proposition de la Commission prévoit que *« Chaque État membre désigne une ou plusieurs autorités de contrôle chargées de surveiller le respect des obligations prévues (...). ».*

Deux remarques sont nécessaires. D'une part, la Commission européenne envisage l'autorité à créer comme une autorité de contrôle et non comme une autorité de contrôle et de d'accompagnement contrairement au Parlement européen.

La Commission européenne envisage toutefois, avec une proposition d'article 13, d'émettre des lignes directrices pour venir au soutien des entreprises et autorités des États membres.

Aussi et surtout, la Commission européenne prévoit, avec une proposition d'article 14, des mesures d'accompagnement :

⁵⁸⁶ Recommandation n°2 du rapport précité, A. Duthilleul, M. de Jouvenel.

⁵⁸⁷ Résolution contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises.

« Afin de fournir des informations et un soutien aux entreprises et aux partenaires avec lesquels ces dernières ont des relations commerciales bien établies dans leurs chaînes de valeur, dans le cadre des efforts déployés pour s’acquitter des obligations découlant de la présente directive, les États membres mettent en place et exploitent, individuellement ou conjointement, des sites web, des plateformes ou des portails dédiés. Une attention particulière est accordée, à cet égard, aux PME qui sont présentes dans les chaînes de valeur des entreprises. »⁵⁸⁸.

Cette segmentation de l’activité de soutien et d’accompagnement ne nous semble pas heureuse. Elle augmente le risque d’un manque de lisibilité, d’incompréhension et d’informations contradictoires. Une information claire émanant d’une autorité clairement identifiée comme interlocutrice des entreprises au niveau national est nettement préférable.

D’autre part, la Commission européenne laisse les Etats libres de diviser l’activité de contrôle si des secteurs d’activités spéciaux le justifient. De notre point de vue, une seule autorité de contrôle centralisée est préférable pour éviter d’ajouter de la confusion à de l’incompréhension.

540. En tout état de cause, la mise en place d’une autorité nous semble tout à fait souhaitable pour accompagner les entreprises⁵⁸⁹. Un point à suivre pourrait se situer dans la surveillance que cette autorité aurait pour mission d’assurer.

B. Vers une entité en charge de contrôler, voire de sanctionner

541. L’autorité de contrôle pourra t’elle, elle-même, mettre en demeure les entreprises de s’acquitter de leurs obligations ou s’agirait-il d’une simple recommandation à l’endroit d’une entreprise de faire évoluer son plan pour (i) éviter qu’une partie prenante ne s’engage sur la voie du contentieux de la prévention et (ii) éviter la réalisation d’un dommage ? Par ailleurs, cette autorité pourra-t-elle être saisie par n’importe quelle personne ?

542. Concernant la saisine de l’autorité de contrôle, la Commission européenne prévoit que *« les personnes physiques et morales aient le droit de présenter des rapports étayés faisant état de préoccupations à toute autorité de contrôle lorsqu’elles ont des raisons de penser, sur la*

⁵⁸⁸ Soulignement ajouté.

⁵⁸⁹ La résolution prévoit d’ailleurs, en son article 14, que la Commission publie en concertation notamment avec les Etats membres et l’OCDE des lignes directrices non contraignantes à l’attention des entreprises.

base de circonstances objectives, qu'une entreprise ne se conforme pas aux dispositions nationales adoptées en vertu de la présente directive »⁵⁹⁰.

L'autorité de contrôle pourrait donc engager des poursuites de sa propre initiative ou sur la base de l'actuel travail que les associations et ONG mènent en assignant les entreprises pour les enjoindre à modifier leur plan de vigilance. Il semble effectivement important de ne pas « déposséder » le monde associatif de cette mission de contre-pouvoir.

543. Le pouvoir qui serait délégué à l'autorité de contrôle, que l'on examine la proposition du Parlement européen ou celle de la Commission européenne, ne peut qu'évoluer vers un durcissement du contrôle des obligations attendues.

Tel que proposé par le Parlement européen, l'article 13 prévoit que les autorités compétentes mises en place au sein des Etats membres auront « *le pouvoir de mener des enquêtes pour s'assurer que les entreprises respectent les obligations énoncées dans la présente directive* » et qu'elles seront « *autorisées à réaliser des contrôles et des entretiens dans les entreprises avec les parties prenantes affectées ou potentiellement affectées ou avec leurs représentants. Ces contrôles peuvent comprendre l'examen de la stratégie de vigilance de l'entreprise, du fonctionnement du mécanisme de traitement des plaintes, ainsi que des contrôles sur place.* ».

Dans l'éventualité où ces enquêtes feraient apparaître des violations, la proposition de directive prévoit que l'autorité compétente « *accorde à l'entreprise concernée un délai approprié pour prendre des mesures correctives, si ces mesures sont possibles.* ».

Nous comprenons que face à un plan de vigilance lacunaire (cartographie des risques incomplète, absence de contrôle des fournisseurs en sous-traitants, etc.), l'autorité compétente ne rentrerait pas dans un premier temps dans une logique de sanction. La priorité est donnée à la mise en conformité de l'entreprise.

Toutefois, des sanctions seraient mises en place à l'endroit des entreprises qui ne prendraient pas les mesures correctives dans le délai imparti⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ Article 19 de la proposition de directive, de la Commission européenne, §59.

⁵⁹¹ Article 13, 7 de la proposition de directive annexée à la résolution du Parlement européen du 10 mars 2021.

544. La Commission européenne reprend cette idée en prévoyant que l'autorité pourra avoir recours à des « inspections » et qu'en présence de l'irrespect des dispositions qui en France ont trait au plan de vigilance, « *elle accorde à l'entreprise en cause un délai approprié pour prendre des mesures correctives, si ces mesures sont possibles* ».

545. Il est, dans tous les cas, prévu que l'autorité puisse prononcer des sanctions. En ce sens, l'article 18 de la proposition de directive du Parlement européen prévoit la mise en place de sanctions en cas de manquement en prévoyant qu'elles soient « *effectives, proportionnées et dissuasives et tiennent compte de la gravité des infractions commises et du fait que l'infraction a ou non été commise de manière répétée* ». ».

La proposition du Parlement indique que les autorités nationales compétentes, amenées à être instaurées, pourraient « *infliger des amendes calculées sur la base du chiffre d'affaires d'une entreprise, exclure temporairement ou définitivement les entreprises des marchés publics, des aides d'État, des régimes d'aide publique, (...) et avoir recours à la saisie des marchandises et à d'autres sanctions administratives appropriées* ». ».

Si la Commission européenne reprend ce fonctionnement, deux éléments attirent notre attention. D'une part, elle s'attache à préciser que la sanction tiendra compte « *des efforts déployés par l'entreprise pour se conformer à toute mesure corrective que lui impose une autorité de contrôle* » et, d'autre part, elle élude les possibilités de sanctions qui iraient au-delà d'une sanction pécuniaire fondée sur le chiffre d'affaires⁵⁹².

546. Au regard de l'ensemble de ces éléments, les évolutions pour le droit français ne seraient pas négligeables. Rappelons que dans le cadre d'une réponse ministérielle à la question écrite d'un sénateur qui dénonçait le manque de précision et d'encadrement de la loi relative au devoir de vigilance, il avait été répondu qu'il n'appartenait pas aux pouvoirs publics de s'acquitter de la mise en demeure prévue par la loi⁵⁹³.

Un virage très important pourrait donc s'opérer sur le contrôle des obligations de vigilance changeant radicalement l'approche, que certaines associations ont pu considérer légère, de la part de nombreuses entreprises assujetties⁵⁹⁴.

⁵⁹² Article 20 de la proposition de directive de la Commission européenne.

⁵⁹³ Voir ici : [Application de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre - Sénat \(senat.fr\)](#).

⁵⁹⁴ Voir notamment ici : <https://www.business-humanrights.org/fr/derni%C3%A8res-actualit%C3%A9s/devoir-de-vigilance-les-entreprises-peuvent-mieux-faire/>.

547. Toutefois, la question de l'articulation entre le régime français et le système proposé par le Parlement européen et la Commission européenne pourrait s'avérer épineuse et mal perçue des parties prenantes qui disposent d'un intérêt naturel à agir sur la base de l'article L. 225-102-4, II du Code de commerce.

Se retrouvera-t-on dans un système mixte où les parties prenantes pourront non seulement émettre des plaintes (comme le prévoient l'article 9 de la proposition de directive du Parlement européen et l'article 19 de la proposition de directive de la Commission), mais également saisir le tribunal compétent afin de contraindre une entreprise à faire évoluer son plan de vigilance ?

Comment la liberté accordée aux parties prenantes, dans le système actuel, pourrait-elle se concilier avec une autorité administrative de contrôle, d'enquête et de sanction ?

Il est, en l'état, difficile de se prononcer mais il ne nous semble pas opportun de multiplier les gardes fous.

Les parties prenantes pourraient être dessaisies de leur action fondée sur le contrôle de la qualité du plan de vigilance au profit d'une autorité nationale compétente.

Toutefois et cela pourrait être en définitive une solution de rapprochement qui ferait écho à l'esprit de la loi française relative au devoir de vigilance : les parties prenantes pourraient adresser à l'entreprise des éléments à même de l'aider à mettre en place son plan de vigilance.

Effectivement, l'article 9 de la proposition de directive du Parlement européen prévoit :

« Les entreprises mettent en place un mécanisme de traitement des plaintes, à la fois comme mécanisme d'alerte précoce des risques et comme système de médiation, permettant à toute partie prenante d'exprimer des préoccupations raisonnables concernant l'existence d'une incidence négative potentielle ou réelle sur les droits de l'homme, l'environnement ou la bonne gouvernance. ».

Malheureusement, cette disposition n'a pas été reprise par la Commission européenne.

Quoiqu'il en soit, la saisine du tribunal par n'importe quelle personne ayant intérêt à agir aux fins de contrôle de la qualité du plan de vigilance tel que prévu par l'article L. 225-102-4, II du Code de commerce pourrait être supprimée afin de ne pas créer un « doublon » avec l'autorité qui pourrait être créée.

En revanche, l'article L. 225-102-5 du Code de commerce serait maintenu et la saisine du tribunal pourrait être réservée aux actions en réparation.

Chapitre 2. Le contrôle de la qualité du programme anticorruption par l'AFA

548. A travers la création de l'AFA, une agence dotée de prérogatives inédites, la loi Sapin 2 instaure une nouvelle dynamique anticorruption en France, celle de la prévention contrôlée.

Cette dynamique permet à la France de se mettre au niveau des standards internationaux les plus aboutis et marque le passage d'une répression pénale judiciaire de la corruption, peu efficace, à une prévention administrative assortie de sanctions.

549. La loi Sapin 2 ouvre son premier chapitre sur la création de l'AFA. La lecture combinée des deux premiers articles nous apprend que l'AFA est un service à compétence nationale, placé auprès du Ministre de la justice et du Ministre chargé du budget, et qu'elle est dirigée par un magistrat hors hiérarchie, de l'ordre judiciaire, nommé par décret du Président de la République pour une durée de six ans (non renouvelable).

Ce dernier, actuellement M. Charles Duchaine, ne reçoit ni ne sollicite d'instructions d'aucune autorité administrative ou gouvernementale dans l'exercice des missions de contrôle de l'AFA, pas plus que dans ses attributions tenant à la formulation d'avertissements ou à la saisine de la Commission des sanctions.

Si le législateur n'a pas conféré à l'AFA le statut d'AAI, il l'a au moins doté d'une grande indépendance dans l'exercice de ses missions.

550. La première mission, mise en avant à l'article 1 de la loi Sapin 2, consiste à aider les entités qui y sont confrontées « à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme ». Toutes les entreprises françaises peuvent bénéficier des conseils de l'AFA.

La deuxième mission de l'AFA prévue à l'article 3, 3° de la loi Sapin 2 tient en ce qu'elle « Contrôle, de sa propre initiative, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Elle contrôle également le respect des mesures mentionnées au II de l'article 17.⁵⁹⁵ ».

⁵⁹⁵ Soulignement ajouté. C'est dans cette partie de l'article que se trouve le fondement légal conférant à l'AFA la possibilité de contrôler les entreprises assujetties. En effet, l'article 17, II de la loi Sapin 2 fait référence aux mesures mises en place par les instances dirigeantes des entités que nous avons précédemment définies.

A la différence de la mission de conseil, le contrôle de l'AFA porte uniquement sur les sociétés légalement assujetties à l'obligation de mettre en place un programme de conformité anticorruption.

551. Le « contrôle AFA » est à l'initiative du directeur de l'AFA (bien que ce dernier puisse être saisi par différentes sources) et s'organise autour de plusieurs phases clairement définies (Section 1).

A l'issue du contrôle AFA, plusieurs options sont possibles selon la qualité du programme mis en place, son évaluation par l'agence et l'existence ou non de manquements (Section 2).

Si les premières années d'exercice de l'AFA permettent de dresser un bilan globalement positif, des axes d'évolution existent et devraient être mis en œuvre au regard des nombreux tâtonnements de l'agence et d'une évolution possible du statut de cette dernière (Section 3).

Section 1. Fondements et modalités du contrôle de l'AFA

552. Le contrôle de l'AFA prend son inspiration dans des mécanismes développés de longue date par le droit américain et que le droit français a appréhendé et réorienté suivant les différents axes d'évolution souhaités par le législateur.

Les sources du contrôle AFA sont multiples et laissent apparaître deux catégories de contrôle : le contrôle d'initiative et le contrôle d'exécution (§1).

Par ailleurs, le processus de contrôle répond à un schéma très construit afin de permettre à l'AFA d'évaluer la qualité et la pertinence du dispositif mis en place (§2).

§1. Les sources du contrôle de l'AFA

553. La mise en œuvre d'un contrôle AFA recouvre plusieurs situations. L'AFA procède selon une dichotomie consistant à différencier, d'une part, les contrôles d'exécution rendus obligatoire par une mesure, judiciaire ou administrative, imposant une mise en conformité anticorruption à l'entité et, d'autre part, les « contrôles d'initiative ».

554. Ces contrôles d'initiatives (pour reprendre le vocable de l'article 3, 3° de la loi Sapin 2) correspondent à la grande majorité des contrôles⁵⁹⁶ et recouvrent des situations variées.

Dans la situation la plus commune, il appartient à l'AFA de contrôler n'importe quelle entité assujettie à l'article 17 de la loi Sapin 2.

Néanmoins, l'article 3, 3° de la loi Sapin 2 ajoute que « *Ces contrôles peuvent également être effectués à la demande du président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, du Premier Ministre, des Ministres ou, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, du représentant de l'Etat. Ils peuvent faire suite à un signalement transmis à l'agence par une association agréée dans les conditions prévues à l'article 2-23 du code de procédure pénale.* ».

L'initiative de l'AFA est donc à tempérer. Bien que le directeur de l'AFA n'ait pas l'obligation de communiquer les raisons qui le poussent à entamer un contrôle, différentes sources peuvent être à l'origine de l'ouverture d'un contrôle.

En tout état de cause, la loi Sapin 2 insiste sur l'indépendance du magistrat qui dirige l'AFA dans la phase de contrôle en ce qu'il ne reçoit ni ne sollicite aucune instruction d'une autorité administrative ou gouvernementale⁵⁹⁷. Si l'initiative apparaît multiple, la phase de contrôle doit rester totalement indépendante.

Notons que le législateur a fait le choix d'aligner les signalements externes en provenance du monde associatif sur les associations agréées pour agir en qualité de partie civile dans des instances d'atteinte à la probité, tel que le prévoit l'article 2-23 du Code de procédure pénale.

555. Quant au contrôle d'exécution, très marginal, il correspond à l'exécution d'une peine de mise en conformité. Il peut s'agir d'une peine prononcée par la Commission des sanctions de l'AFA ou d'une peine ordonnée à titre complémentaire dans le cadre d'une instance judiciaire⁵⁹⁸ ou convenue dans le cadre d'une CJIP⁵⁹⁹ (voir *infra*, § n° 686 et s.). Cette peine de mise en conformité s'effectue sous le contrôle de l'AFA, pour une durée maximale de cinq ans.

⁵⁹⁶ En 2020, l'AFA a engagé 30 nouveaux contrôles dont 29 contrôles d'initiative et un contrôle d'exécution suite à la CJIP conclue par SE AIRBUS avec le PNF en janvier 2020. Plus largement en 2018, 4 contrôles d'exécution ont été mis en place par l'AFA et se sont poursuivis en 2019 pour 36 contrôles d'initiative ouverts en 2019. Voir le rapport annuel d'activité de l'AFA 2020, p. 17 ainsi que le rapport de l'année 2019, p. 7.

⁵⁹⁷ Article 2, al. 2 de la loi Sapin 2.

⁵⁹⁸ Voir l'article 131-39-2 du Code pénal créé par l'article 18 de la loi Sapin 2.

⁵⁹⁹ Voir l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, plus particulièrement le I, 2°.

Ce contrôle d'exécution fait très largement écho au système de *monitoring* américain que l'on retrouve suite à la conclusion d'un *deffered prosecution agreement* avec le *Department of Justice* des Etats-Unis.

556. La paternité des outils américains dans nos nouveaux systèmes de prévention du risque de corruption est très marquée. Il ne s'agit plus d'utiliser des mécanismes d'enquête et de jugement longs et coûteux mais d'amener les entreprises à s'autoévaluer et s'autoréguler dans un contexte général d'affaiblissement des Etats.

Ce nouveau paradigme de l'anticorruption débute avec le contrôle de l'AFA, une expérience nouvelle pour les entreprises qui vont devoir justifier de la pertinence et de la qualité de leurs dispositifs anticorruption.

§ 2. Le processus du contrôle de l'AFA

557. Le contrôle de l'AFA peut s'assimiler à un audit externe de l'entité contrôlée par une agence qui dispose de prérogatives légalement définies ayant trait à la vérification des mesures qui constituent le programme de conformité anticorruption.

L'AFA organise son contrôle selon un mode opératoire fixé par sa propre doctrine et disséminé dans divers documents qu'elle émet à l'attention des entités assujetties (A).

Pour mener à bien son contrôle, l'AFA dispose d'un droit de communication important. Si cette prérogative est nécessaire, elle soulève de nombreuses problématiques (B).

A. Le mode opératoire du contrôle de l'AFA

558. Lors d'un contrôle AFA, l'entité contrôlée est confrontée à différentes étapes structurantes qui permettent à l'AFA de s'assurer de la qualité du programme anticorruption mis en place tout en permettant des échanges contradictoires (1).

Outre un cadre de contrôle formel, l'AFA a fait preuve d'une certaine créativité au fil de ses contrôles et a élaboré une doctrine sur la base de ses recommandations. Si ces dernières sont, en principe, dépourvues de force obligatoire, le fait que l'entité contrôlée décide ou non de les suivre aura des impacts majeurs sur la conduite du contrôle (2).

1. Les différentes étapes du contrôle AFA

559. Le contrôle de l'AFA s'organise d'une manière formelle autour de différentes phases détaillées dans un tableau récapitulatif que nous reproduisons ci-après⁶⁰⁰ :

Un contrôle en 8 séquences



1	Ciblage de l'entreprise : décision du directeur de l'AFA	
2	Courrier de notification LRAR de l'AFA + questionnaire + liste de documents à fournir + charte des droits et devoirs de l'entreprise contrôlée	2 semaines
3	Contrôle sur pièces au sein de l'AFA : étude des documents remis	6-8 semaines
4	Envoi LRAR de l'avis de contrôle sur place : durée et liste des personnes à rencontrer	
5	Contrôle sur place : entretiens + réunions de fin de contrôle sur place	1 semaine
6	Elaboration du rapport de contrôle : rédaction, visa et envoi	8-10 semaines
7	Phase contradictoire : entretien avec l'AFA et transmission d'observations écrites	8 semaines
8	Remise à l'entreprise du rapport définitif de contrôle	

Lorsque le dirigeant de l'entité contrôlée reçoit l'avis de contrôle de l'AFA par LRAR ainsi que le questionnaire, il prend connaissance de l'ouverture du contrôle, de son objet et de son périmètre ainsi que de la composition de l'équipe qui sera chargée dudit contrôle au sein du département du contrôle des acteurs économiques de l'AFA.

Une personne doit être désignée en interne pour être l'interlocuteur de l'AFA. Il s'agira le plus souvent du responsable de la conformité si la fonction a été mise en place.

Le contrôle AFA va ensuite s'organiser autour des huit séquences, indiquées ci-dessus, dont la durée et l'agencement peut varier selon le type d'entreprise.

Effectivement, l'AFA peut choisir d'adapter les huit séquences en deux typologies. La première, la plus classique, consiste à commencer par un contrôle sur pièce et à entamer ensuite un contrôle sur place.

⁶⁰⁰ Documentation de l'AFA, travaux de commission avec l'Ordre des avocats de Paris, « Anticiper et réussir les contrôles de l'AFA », réunion du 8 octobre 2018.

Dans cette hypothèse, dans les 15 jours suivants l'envoi de la notification du contrôle, plusieurs réunions sont organisées entre l'équipe de contrôle et le ou les représentants de l'entité afin de présenter les objectifs du contrôle, les documents attendus, le calendrier et les modalités techniques du contrôle⁶⁰¹.

Lorsque le contrôle sur pièces débute, l'AFA peut se faire communiquer n'importe quel document ou information utile.

Les informations doivent être transmises de façon dématérialisée et sécurisée (une plateforme dédiée du Ministère de l'action et des comptes publics est utilisée) et l'AFA impose un délai à leur transmission⁶⁰².

Au regard de la fluidité de l'information échangée et de sa qualité, la durée du contrôle sur pièces variera pour aboutir au contrôle sur place.

Un nouvel avis de contrôle est alors envoyé par LRAR à l'entité. Il prévoit la date du premier rendez-vous dans les locaux de l'entité, la teneur et la durée du contrôle, les agents de l'AFA amenés à y participer et surtout la liste des personnes que l'AFA souhaite rencontrer⁶⁰³.

Dans certaines circonstances particulières qui justifient des entretiens dès le début de la phase de contrôle, l'AFA peut commencer par la phase de contrôle sur place⁶⁰⁴.

560. Au regard du nombre particulièrement important d'entités assujetties au programme anticorruption, il semble opportun de rappeler que l'AFA ne mènera pas ces huit séquences de la même manière, sur un temps aussi long et de façon aussi approfondie selon le profil de l'entité contrôlée.

Aussi, l'AFA précise que chaque entité applique ses recommandations suivant « *son profil de risques, qui varie en fonction de différents paramètres, notamment les types de biens ou services qu'elle produit ou fournit, sa structure de gouvernance, sa taille, son secteur d'activité, ses implantations géographiques et les différentes catégories de tiers avec lesquels elle interagit* »⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ Charte de l'AFA des droits et devoirs des parties prenantes aux contrôles, avril 2019.

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ On retrouve ce principe de proportionnalité au §14 des Recommandations de l'AFA de décembre 2020. Il était déjà présent dans la version de décembre 2017 des Recommandations de l'AFA, p. 4.

Cette approche proportionnée est fondamentale au regard du nombre important d'entreprises assujetties à la loi Sapin 2 et pouvant être ciblées par un contrôle d'initiative. Le champ d'application est d'autant plus vaste avec les potentiels contrôles d'exécution qui ne sont pas soumis à un filtre relatif à la taille de l'entreprise mais à une mesure judiciaire ou la conclusion d'une CJIP.

2. La charge de la preuve

561. La question de la charge de la preuve dans le cadre d'un contrôle AFA revient à poser la question de la valeur des recommandations que l'AFA émet.

Effectivement, dans le cadre de la mise en place des programmes anticorruption, l'AFA exerce, de manière principale, une mission de conseil dont l'aspect générique consiste, notamment, en la publication de recommandations qui détaillent la méthode à adopter pour se mettre en conformité (voir *supra*, § n° 396 et s.).

Aussi, la question de la valeur juridique des recommandations émises par une instance assumant à la fois une mission de conseil et une mission de contrôle est primordiale.

562. Dans le cadre des premières recommandations rendues publiques en décembre 2017, l'AFA s'en est tenue à préciser qu'elles étaient dépourvues de force obligatoire et ne pouvaient créer d'obligations juridiques⁶⁰⁶.

Les recommandations publiées en décembre 2020 ont annulé et remplacé ces dernières et ont marqué un tournant important.

Si l'AFA maintient sa position initiale en prévoyant que ces nouvelles recommandations ne créent pas d'obligations juridiques, elle ajoute également que, dans le cadre d'un contrôle, les recommandations qu'elle a émises lui sont opposables et qu'elle s'y réfèrera pour tous les contrôles ouverts à compter du sixième mois suivant leur entrée en vigueur, soit à compter de juin 2021⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ Recommandations de l'AFA, décembre 2017, p. 4.

⁶⁰⁷ Recommandations de l'AFA, décembre 2020, § 8 et s.

563. L’AFA ajoute néanmoins que les entités assujetties au programme anticorruption « *sont libres d’adopter d’autres méthodes, sous réserve que leur mise en œuvre permette de se conformer à la loi.* »⁶⁰⁸.

En conséquence, l’AFA reconnaît que d’autres méthodes que celle qu’elle promeut permettent d’arriver au même résultat sous réserve de cette démonstration.

La différence essentielle se situe sur la charge de la preuve, dans la mesure où une entité qui, lors d’un contrôle, indique à l’AFA suivre ses recommandations bénéficie d’une présomption simple de conformité.

L’AFA indique qu’elle pourra renverser cette présomption simple si elle apporte la démonstration « *d’une application non effective, incorrecte ou incomplète des recommandations.* »⁶⁰⁹.

Les critères indiqués étant alternatifs et non cumulatifs, l’AFA ne devrait pas rencontrer de grandes difficultés à renverser la charge de la preuve. A ce titre, on peut se demander comment l’AFA opère pour considérer que ses recommandations ne sont pas suivies et dès lors, changer radicalement l’esprit du contrôle.

À l’inverse, une entité qui décide de ne pas suivre les recommandations devra supporter la charge de la preuve et démontrer la pertinence, la qualité et l’effectivité des mesures et procédures qu’elle a mises en œuvre en justifiant de la validité de la méthode suivie dans l’éventualité où l’AFA la conteste⁶¹⁰.

Sur ce point, l’AFA reprend ici les règles dégagées par la Commission des sanctions dès sa première décision rendue en juillet 2019 concernant la société Sonepar⁶¹¹ (voir *infra*, § n° 594 et s.).

⁶⁰⁸ *Ibid.*

⁶⁰⁹ *Ibid.*, § 11.

⁶¹⁰ *Ibid.*, § 12.

⁶¹¹ Décision de la Commission des sanctions de l’AFA n°19-01, rendue le 4 juillet 2019, §18.

B. Les problématiques liées au droit de communication de l'AFA

564. La phase de contrôle de l'AFA est prévue à l'article 4 de la loi Sapin 2 qui prévoit que :

« Dans le cadre de ses missions définies aux 3° et 4° de l'article 3, les agents de l'Agence française anticorruption peuvent être habilités, par décret en Conseil d'Etat, à se faire communiquer par les représentants de l'entité contrôlée tout document professionnel, quel qu'en soit le support, ou toute information utile. Le cas échéant, ils peuvent en faire une copie.

Ils peuvent procéder sur place à toute vérification de l'exactitude des informations fournies. Ils peuvent s'entretenir, dans des conditions assurant la confidentialité de leurs échanges, avec toute personne dont le concours leur paraît nécessaire. ».

Un volume important d'informations peut donc être appréhendé par l'AFA. Ce volume est d'autant plus conséquent que la notion d'utilité qui est ici utilisée par la loi Sapin 2 a trait à la vérification du programme anticorruption. Cela amène l'AFA à solliciter la communication de plus de 500 documents en moyenne.

En matière de perquisition, le cadre légal est strict⁶¹² et contrôlé par un juge. L'enquête porte sur les infractions visées par la décision du juge qui autorise la mesure⁶¹³ et les enquêteurs vont chercher des éléments de preuve liés à la commission d'un crime ou d'un délit dans la mesure où les nécessités de l'enquête l'exigent⁶¹⁴.

Or, s'il semble évident que la capacité de l'AFA à appréhender des documents ne peut être qu'en lien avec sa mission, qui consiste à vérifier la qualité et la pertinence du programme de conformité anticorruption, il apparaît que la notion d'information utile est perçue par l'AFA d'une manière particulièrement large nourrissant de nombreuses inquiétudes quant à la volonté de l'agence d'appréhender des documents dont la teneur excède le cadre de sa mission.

Ces inquiétudes s'enracinent dans le champ d'application temporel du droit de communication dont dispose l'AFA (1), dans la qualité de certaines informations dont l'AFA pourrait souhaiter

⁶¹² Notons tout de même des problématiques relatives à l'appréhension de documents couverts par le secret professionnel de l'avocat qui sont récurrentes et dont nous avons personnellement eu connaissance.

⁶¹³ Voir l'article 76, al. 4 du Code de procédure pénale.

⁶¹⁴ L'article 76 du Code de procédure pénale relatif aux mesures de perquisition et de saisie dans le cadre d'une enquête préliminaire fait référence aux nécessités d'une enquête qui exigerait de recourir à cette mesure. L'article 94 du Code de procédure pénale fait quant à lui référence à l'enquête du juge d'instruction et à la nécessité de recourir à une mesure de perquisition pour découvrir des éléments utiles à la manifestation de la vérité.

la transmission (2) ainsi que dans l'obligation mise à la charge de l'AFA de communiquer au parquet tous les faits susceptibles de constituer un crime ou un délit (3).

1. Le cadre temporel du droit de communication de l'AFA

565. Dans le cadre de la décision « Sonepar », la commission des sanctions de l'AFA a eu l'occasion de tirer profit de la notion d'« information utile » présentée comme la condition *sine qua non* de la transmission d'une information à l'AFA.

Elle a considéré que pour « *apprécier pleinement la qualité du dispositif de prévention et de détection de la corruption mis en œuvre au sein des entités contrôlées comme le prévoit la loi, les contrôleurs de l'Agence peuvent, sans méconnaître de dispositions législatives, le principe de non-rétroactivité de la loi ou d'autres principes, solliciter des documents et renseignements se rapportant à une période antérieure à la date d'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 2016 dès lors que ces documents et renseignements sont « utiles », ainsi qu'il est dit à l'article 4 de cette loi, notamment par ce qu'ils sont de nature à permettre d'appréhender concrètement l'exposition de l'entité contrôlée aux risques de corruption et de trafic d'influence eu égard à la façon dont l'entité contrôlée a fait face dans le passé à l'exposition à ces risques.* »⁶¹⁵.

Aussi et alors même que les manquements susceptibles d'entraîner une sanction ne peuvent que résulter d'une situation existante à compter de l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2 et jusqu'à la date à laquelle la Commission des sanctions statue, les éléments appréhendés par les enquêteurs et permettant à ladite Commission des sanctions de se prononcer ne rencontrent eux pas la même limite temporelle⁶¹⁶.

La justification fournie par l'AFA, non limitative de par l'utilisation de l'adverbe notamment, se trouve dans la recherche de cas pratiques et d'une démarche empirique : l'entreprise a-t-elle déjà été confrontée au risque de corruption ? Le cas échéant, comment a-t-elle fait face à ce risque ?

Si cette démarche qui repose sur une approche très globale peut s'entendre, il reste que le volume d'informations que l'AFA peut appréhender est immense et apparaît disproportionné au regard de ses missions.

⁶¹⁵ Décision de la Commission des sanctions de l'AFA n°19-01, rendue le 4 juillet 2019, § 9.

⁶¹⁶ *Ibid.*

566. De surcroît, les garanties attachées à ce droit de communication apparaissent bien faibles. Seul l'article 4 de la loi Sapin 2 prévoit que « *Les agents habilités, les experts et les personnes ou autorités qualifiées auxquels ils ont recours et, de manière générale, toute personne qui concourt à l'accomplissement des missions mentionnées à l'article 3 sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont connaissance en raison de leurs fonctions, sous réserve des éléments nécessaires à l'établissement de leurs rapports.* ».

L'entité contrôlée se retrouve rapidement prise en tenaille avec un choix cornélien à faire : (i) communiquer ouvertement à l'AFA tous les documents demandés même s'ils semblent en dehors de sa mission, sans savoir l'utilisation qu'elle en fera et sans avoir de garantie de restitution ou (ii) adopter une approche plus directe et contentieuse et prendre le risque de s'opposer aux enquêteurs et de s'exposer à une application du délit d'entrave.

Effectivement, l'article 4, alinéa 5 de la loi Sapin 2 prévoit qu'« *Est puni de 30 000 € d'amende le fait de prendre toute mesure destinée à faire échec à l'exercice des fonctions dont les agents habilités mentionnés au présent article sont chargés.* ».

Outre une éventuelle sanction, s'opposer à la communication d'une pièce équivaldrait, selon M. Charles Duchaine, à faire naître une suspicion. Il faudrait donc faire fi du risque d'auto-incrimination et coopérer.

Cette orientation de l'AFA vaut également pour les documents couverts par le secret dont l'autorité de contrôle solliciterait la communication.

2. L'information protégée par le secret à l'épreuve du droit de communication de l'AFA

567. Dans la gestion de son rapport avec l'AFA, l'entité contrôlée devra prêter une attention particulière aux informations soumises au secret. L'AFA décrète, de manière décomplexée, que le secret professionnel (sans préciser lequel) ne saurait lui être opposé pour faire échec à une demande de communication de documents⁶¹⁷.

Pour autant, aucune information de ce type ne figure dans le titre I de la loi Sapin 2. En raisonnant par analogie avec le mécanisme de protection des lanceurs d'alerte, l'analyse inverse serait même possible.

⁶¹⁷ Charte AFA des droits et devoirs des parties prenantes aux contrôles, voir le point IV, 4 : les devoirs des entités contrôlées.

En effet, si l'article 7 de la loi Sapin 2 organise sous certaines conditions l'irresponsabilité pénale du lanceur d'alerte, l'article 6 alinéa 2 prévoit que « *Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre* ».

En hissant trois catégories de secret au rang de l'inviolabilité, sans exception possible pour le lanceur d'alerte, il nous semblerait incohérent que, de la même loi, leur violation par l'AFA puisse découler.

568. Toujours en raisonnant par analogie, lorsque l'AMF appréhende des éléments couverts par le secret professionnel (tel que le secret bancaire) et qu'elle décrète que ledit secret ne peut lui être opposé, sa position, contrairement à celle de l'AFA, rencontre une réalité juridique⁶¹⁸.

L'article L. 621-9-3 alinéa 1 du CMF prévoit effectivement que :

« Dans le cadre des contrôles et enquêtes mentionnés aux articles L. 621-9 et L. 621-9-1, le secret professionnel ne peut être opposé à l'Autorité des marchés financiers ni, le cas échéant, aux entreprises de marché ou aux chambres de compensation, corps de contrôle, personnes ou autorités mentionnés à l'article L. 621-9-2, lorsqu'ils assistent l'Autorité des marchés financiers, sauf par les auxiliaires de justice.⁶¹⁹ ».

L'opposabilité du secret professionnel des auxiliaires de justice est donc prévue par le CMF. La charte des enquêtes de l'AMF prévoit également que les enquêteurs pourront se voir opposer le secret professionnel des auxiliaires de justice⁶²⁰.

Du côté de l'AFA, on ne retrouve, outre ses propres éléments de communication sans valeur normative, aucun texte de loi lui conférant le même pouvoir. A croire que le silence de l'avis du Conseil d'Etat du 24 mars 2016⁶²¹, de la loi Sapin 2 elle-même⁶²² et du décret d'application

⁶¹⁸ Idem pour l'ACPR, l'article L. 511-33 du CMF prévoyant que le secret professionnel ne peut lui être opposé.

⁶¹⁹ Soulignement ajouté.

⁶²⁰ Charte de l'enquête AMF, version mise à jour le 17 octobre 2017, p. 15.

⁶²¹ Avis n°391.262 sur le projet de loi Sapin 2.

⁶²² Seules les dispositions de l'article 4 de la loi Sapin 2 portent sur le secret professionnel mais elles concernent le secret auquel sont tenus les agents de l'AFA et non celui que les entités peuvent leur opposer.

n°2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'AFA⁶²³ a justement vocation à permettre à l'AFA d'obtenir les moyens nécessaires à l'exercice de ses missions en se les arrojant *de facto*⁶²⁴.

En tout état de cause, il semblerait étonnant que l'AMF, dont la mission dépasse très nettement celle de la vérification de la bonne mise en place d'obligations préventives, puisse se voir opposer le secret professionnel de l'avocat et que l'AFA puisse l'écarter.

569. Outre le secret professionnel de l'avocat, des éléments couverts par le secret bancaire peuvent être appréhendés par l'AFA dès lors que l'établissement contrôlé est un établissement de crédit. L'AFA peut ainsi avoir accès à des fichiers de clients qui sont des tiers à l'entité contrôlée et n'ont pas de liens avec les missions de l'AFA.

Pour autant, la seule issue en cas d'opposition semble être le juge du délit d'entrave (voir *infra*, § n° 584) ce qui ne peut qu'entraîner une crispation des relations entre l'entité contrôlée et l'AFA.

Pour prévenir ces débordements, l'inspiration pourrait venir des dispositions de la loi du 23 octobre 2018. Cette dernière a apporté un cadre aux demandes de l'AMF auprès des opérateurs de télécommunication.

Ainsi, un contrôleur des demandes de données, qui est un magistrat administratif ou judiciaire, se prononce désormais sur l'accès aux informations demandées en délivrant une autorisation préalable⁶²⁵.

3. Une obligation spéciale d'information du parquet mise à la charge de l'AFA

570. L'article 3, 6° de la loi Sapin 2 prévoit que l'AFA « *Avisé le Procureur de la République compétent en application de l'article 43 du code de procédure pénale des faits dont elle a eu connaissance dans l'exercice de ses missions et qui sont susceptibles de constituer un crime ou un délit. Lorsque ces faits sont susceptibles de relever de la compétence du Procureur de la*

⁶²³ *Idem*, on ne trouve que des dispositions permettant d'éviter une audience publique si cette publicité devait porter atteinte à un secret protégé par la loi à l'article 5, II.

⁶²⁴ L. Balandine, M-A Nicolas, « Opposabilité du secret professionnel aux agents de l'AFA dans le cadre de leurs contrôles », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires* n°3, septembre 2018, étude 108.

⁶²⁵ Article L. 621-10-2 du Code monétaire et financier. Voir également, B. Quentin, « AFA - Du contrôle à l'enquête ? », *La semaine juridique*, édition générale, n°3, 20 janvier 2020.

République financier en application des 1° à 8° de l'article 705 ou de l'article 705-1 du même code, l'Agence française anticorruption en avise simultanément ce dernier ».

En comparaison l'article 40, alinéa 2 du Code de procédure pénale prévoit que « *Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au Procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.* ».

A première vue, l'article 3, 6° de la loi Sapin 2 est la traduction, pour l'AFA, de la règle générale de l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale. Il nous semble toutefois que l'obligation à la charge de l'AFA et plus particulièrement des membres des équipes de contrôle, est plus importante.

L'article 40, alinéa 2 vise la connaissance d'un crime ou d'un délit, ce qui implique de la part de l'officier public ou du fonctionnaire un certain degré de certitude et des éléments probants entourant la commission de l'infraction.

En comparaison, l'AFA est dans une situation où elle doit aviser le Procureur compétent dès lors qu'elle a simplement connaissance de faits susceptibles de constituer un crime ou un délit.

Aucune certitude n'est exigée, une simple présomption pourrait suffire pour que l'AFA transmette, parmi la masse considérable des informations qu'elle appréhende, n'importe quel document susceptible d'alimenter le parquet sur la commission de n'importe quel délit ou crime.

L'obligation semble, une fois de plus, disproportionnée au regard des prérogatives de l'AFA qui ne portent pas sur la recherche d'infractions mais sur la vérification de la mise en œuvre de procédures⁶²⁶.

Section 2. Les suites du contrôle AFA

571. Le contrôle AFA se clôture par une réunion entre les enquêteurs et l'entité contrôlée permettant de dresser une vision globale du contrôle, des éléments obtenus à l'occasion des opérations de contrôle sur pièces et sur place et des éventuels éléments toujours attendus par l'AFA.

⁶²⁶ B. Quentin, « AFA - Du contrôle à l'enquête ? », La semaine juridique, édition générale, n°3, 20 janvier 2020.

Après cette réunion, l'AFA ne prendra en compte que les pièces adressées par l'entité dans le cadre des échanges formels organisés à la suite du contrôle⁶²⁷. Il s'agit donc d'une dernière occasion pour transmettre aux enquêteurs des éléments demandés avant que l'AFA n'en tire des conséquences.

Effectivement, l'article 17, III alinéa 2 de la loi Sapin 2 prévoit que le contrôle « *donne lieu à l'établissement d'un rapport transmis à l'autorité qui a demandé le contrôle et aux représentants de la société contrôlée. Le rapport contient les observations de l'agence sur la qualité du dispositif de prévention et de détection de la corruption mis en place au sein de la société contrôlée ainsi que, le cas échéant, des recommandations en vue de l'amélioration des procédures existantes.* ».

De ce rapport, plusieurs situations peuvent naître. L'AFA peut conclure à la qualité du dispositif contrôlé ou adresser un avertissement qui ne constitue pas une sanction mais permet d'attirer l'attention de l'entité sur des dysfonctionnements observés (§1).

L'AFA peut également conclure qu'il existe des manquements caractérisés et saisir la Commission des sanctions afin que soit enjoint à l'entité contrôlée de modifier ses procédures internes et le cas échéant, qu'une sanction pécuniaire soit prononcée (§2).

Quelle que soit l'issue du contrôle, l'AFA dispose d'un délai de trois années pour entamer les démarches relatives à la saisine de la Commission des sanctions ou le cas échéant, pour adresser un avertissement, sans quoi son action sera atteinte par la prescription⁶²⁸.

§1. De l'absence de manquement à l'avertissement

572. Le rapport établi par l'AFA à la suite du contrôle et communiqué à l'entité peut conclure à la qualité du dispositif. Certaines recommandations peuvent être portées à la connaissance de l'entité pour améliorer encore son dispositif mais l'AFA peut considérer que ces éléments d'amélioration ne sont pas symptomatiques de manquements.

⁶²⁷ Charte de l'AFA des droits et devoirs des parties prenantes aux contrôles, avril 2019.

⁶²⁸ Article 17, VI de la loi Sapin 2.

Dans cette hypothèse, l'entité contrôlée peut adresser à l'AFA des observations en réponse au rapport de contrôle dans un délai de deux mois. Il est également possible au représentant de l'entité contrôlée de solliciter un entretien pour présenter oralement ses observations à l'AFA⁶²⁹.

A l'expiration de ce délai de deux mois, l'AFA adresse à l'entité contrôlée le rapport de contrôle définitif auquel sera annexé les éventuelles observations que l'entreprise aura préalablement adressées à l'AFA par écrit⁶³⁰.

573. Dans l'hypothèse où l'AFA constate un manquement, le mode opératoire varie en ce que la communication du rapport à l'entité contrôlée s'accompagne d'une mise en demeure de présenter ses observations écrites sous un délai de deux mois⁶³¹. Le contradictoire est donc de principe dès qu'un manquement est constaté par l'AFA.

C'est à l'expiration de ce délai et après avoir pris connaissance des observations de l'entité contrôlée que le directeur de l'AFA peut décider de délivrer un avertissement ou de saisir la Commission des sanctions.

Pour le cas de l'avertissement, la lettre d'avertissement, adressée aux représentants de l'entité contrôlée, invite ces derniers à tirer toutes les conséquences des recommandations formulées par l'AFA dans son rapport de contrôle définitif et porte un délai déterminé pour se mettre en conformité.

Autrement dit, l'AFA considère qu'avant de porter le dossier devant la Commission des sanctions un nouveau délai peut être accordé à l'entreprise pour se mettre en conformité.

A l'expiration de ce délai⁶³², l'AFA procédera à une nouvelle phase de contrôle sur pièces et sur place du dispositif anticorruption de l'entité dans les mêmes conditions qu'un contrôle d'initiative⁶³³.

Si à l'issue de ce deuxième contrôle des manquements sont à nouveau constatés, le directeur de l'AFA pourra saisir la Commission des sanctions à la fois des manquements constatés par cette

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ Article 5, I du décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence Française Anticorruption.

⁶³² Ce nouveau contrôle doit avoir lieu une fois le délai prévu par l'avertissement expiré et avant que ne soit atteint le délai triennal de prescription prévu pour l'action de l'AFA comme le précise l'article 17, VI de la loi Sapin 2.

⁶³³ Documentation AFA, Le suivi de l'avertissement adressé à l'issue d'un contrôle, avril 2019.

deuxième phase de contrôle mais également des premiers manquements relevés dès lors que la prescription triennale encadrant l'action de l'AFA n'est pas atteinte⁶³⁴.

§2. Le renvoi en Commission des sanctions

574. L'article 17, IV de la loi Sapin 2 prévoit les conséquences d'un éventuel manquement constaté par les enquêteurs de l'AFA.

Outre l'avertissement, étudié ci-dessus, le magistrat qui dirige l'AFA « *peut saisir la Commission des sanctions afin que soit enjoint à la société et à ses représentants d'adapter les procédures de conformité internes destinées à la prévention et à la détection des faits de corruption ou de trafic d'influence. Il peut également saisir la Commission des sanctions afin que soit infligée une sanction pécuniaire. Dans ce cas, il notifie les griefs à la personne physique mise en cause et, s'agissant d'une personne morale, à son représentant légal.* ».

La prérogative de la saisine de la Commission des sanctions revient donc au directeur de l'AFA⁶³⁵. Cette saisine est importante en ce qu'elle cristallise les griefs reprochés et les demandes de sanctions. Dans cette hypothèse, l'entité va devoir faire face à la Commission des sanctions dont le statut et le mode opératoire sont précisés par les textes (A).

A ce stade, seules deux entités ont été confrontées à l'expérience de la Commission des sanctions de l'AFA. Il s'agit des affaires Sonepar et Imerys qui ont été fondamentales pour clarifier les problématiques soulevées par les contrôles AFA et les aspects de procédure qui s'étendent de la phase de contrôle à l'audience en Commission des sanctions (B).

De plus, la Commission des sanctions a tenu un rôle de contrepouvoir attendu et salvateur, eu égard à l'AFA elle-même, dans son appréciation des manquements relevés par l'agence à l'endroit des sociétés Sonepar et Imerys (C).

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ Règlement intérieur de la Commission des sanctions de l'AFA, article 1^{er}.

A. La procédure de la Commission des sanctions

575. La procédure en Commission des sanctions de l'AFA suit un cheminement assez complexe tenant aux griefs formulés à l'entité et sur la base desquels la Commission est saisie par le directeur de l'AFA (1).

Eu égard à l'indépendance de la Commission des sanctions, le directeur de l'AFA ne peut en faire partie pour éviter une situation de conflit d'intérêts. A cette même fin, la composition de la Commission des sanctions est faite de manière à s'assurer qu'aucun conflit d'intérêts ne se présente (2).

L'organisation de la procédure en elle-même assure le respect du principe du contradictoire au même titre que la préservation de secrets professionnels allégués par l'entité (3).

1. La notification des griefs et la saisine de la Commission par le directeur de l'AFA

576. Lorsque le directeur de l'AFA demande à la Commission des sanctions de prononcer une sanction pécuniaire, il doit procéder à une notification des griefs retenus à l'issue de la phase de contrôle et d'établissement du rapport, à la personne physique mis en cause et au représentant légal de l'entité contrôlée par LRAR⁶³⁶.

Lorsque la personne physique mise en cause est également le représentant légal de la personne morale contrôlée, le directeur de l'AFA peut faire l'économie d'un courrier mais les griefs devront être distingués selon qu'ils pèsent sur la personne physique ou sur la personne morale⁶³⁷.

Les griefs que le directeur de l'AFA a porté à la connaissance de l'entité seront à l'origine de la saisine de la Commission des sanctions. Néanmoins, ces griefs se distinguent des manquements propres à la phase de contrôle.

Effectivement, suite à la phase contradictoire entourant les échanges liés au rapport de contrôle entre l'entité contrôlée et les enquêteurs, le directeur de l'AFA peut ne retenir qu'une partie des manquements en tant que griefs⁶³⁸.

⁶³⁶ Guide AFA, « Les sanctions prononcées par la Commission des sanctions de l'Agence Française Anticorruption et leur suivi », avril 2019.

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ *Ibid.*

577. La notification des griefs doit également faire état de la composition de la Commission des sanctions en ce que l'entité et/ou la personne physique renvoyée devant la Commission peut faire usage de son droit consistant à demander la récusation d'un membre (voir *infra*, § n° 579).

A la suite de cette notification, le directeur de l'AFA transmet à ladite Commission un dossier de saisine comprenant le rapport de contrôle et les observations que l'entité aura formulé en réponse, ainsi qu'un avis qu'il émet concernant les griefs qui ont été notifiés à l'entité. Le directeur de l'AFA transmet également la nature, et, le cas échéant, le quantum et les modalités, de la sanction qui lui semblent appropriées⁶³⁹.

578. Le directeur de l'AFA peut opter pour deux types de sanctions. Il peut demander à la Commission des sanctions d'enjoindre à l'entité contrôlée de modifier son programme anticorruption sur les éléments que l'enquête aura fait ressortir comme n'étant pas au niveau des standards de l'AFA et n'étant donc pas à même de prévenir, détecter et maîtriser correctement le risque de corruption.

Il peut également saisir la Commission des sanctions afin qu'une sanction pécuniaire soit infligée à la personne physique ou à la personne morale⁶⁴⁰.

Effectivement, bien que la loi Sapin 2 cible prioritairement les « *présidents, les directeurs généraux et les gérants* »⁶⁴¹ (voir *supra*, § n° 401) de sociétés comme responsables des obligations de mise en conformité anticorruption, la même loi prévoit qu'indépendamment de la responsabilité de ces personnes physiques, la personne morale est également responsable et peut se voir infliger une sanction pécuniaire⁶⁴².

2. La composition de la Commission et les garanties apportées à l'entité

579. Une fois saisie par le directeur de l'AFA, la Commission des sanctions est en charge de se prononcer sur les griefs notifiés à l'entité contrôlée.

⁶³⁹ Article 5, I, 2° du décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence Française Anticorruption, voir également le Guide AFA, Les sanctions prononcées par la Commission des sanctions de l'Agence Française Anticorruption et leur suivi, avril 2019.

⁶⁴⁰ *Ibid.*

⁶⁴¹ Article 17, I de la loi Sapin 2.

⁶⁴² Article 17, II, dernier alinéa de la loi Sapin 2.

A cette fin, la Commission des sanctions est composée de six membres, nommés par décret pour un mandat de cinq ans⁶⁴³. Le président de la Commission est désigné par décret et dispose d'une voix prépondérante en cas de partage égal des voix⁶⁴⁴.

Au sein de cette Commission, une personne est désignée pour occuper la fonction de rapporteur chargé d'instruire contradictoirement le dossier⁶⁴⁵.

580. La composition de la Commission des sanctions offre des garanties à l'entité qui y serait confrontée en matière de conflit d'intérêts.

Aussi, aucun membre de la Commission ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt que cet intérêt soit actuel où remonte à trois années avant la délibération⁶⁴⁶. Soit la personne membre de la Commission considère d'elle-même porter une cause de récusation et s'abstient, soit l'entité contrôlée formule une demande de récusation.

A peine d'irrecevabilité cette demande doit être motivée et justifiée de tous les éléments de preuve nécessaires et formulée dans un délai de huit jours à compter de la réception de la notification des griefs⁶⁴⁷.

Une fois la demande de récusation formulée, le secrétariat de la Commission la communique au membre de la Commission concerné. Ce dernier dispose d'un délai de huit jours pour communiquer sa réponse. S'il s'oppose à la demande de récusation, les autres membres de la Commission se prononceront sur cette demande de récusation⁶⁴⁸.

3. L'instruction, l'audience et le délibéré du dossier

581. La procédure devant la Commission des sanctions prévoit une phase d'instruction contradictoire du dossier.

⁶⁴³ L'article 2, al. 3 de la loi Sapin 2 prévoit que ces six membres sont composés de deux conseillers d'Etat désignés par le vice-président du Conseil d'Etat, deux conseillers à la Cour de cassation désignés par le premier président de la Cour de cassation et deux conseillers maîtres à la Cour des comptes désignés par le premier président de la Cour des comptes.

⁶⁴⁴ loi Sapin 2, article 2, al. 7.

⁶⁴⁵ Décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence Française Anticorruption, article 5, II.

⁶⁴⁶ Charte de l'AFA des droits et devoirs des parties prenantes aux contrôles, avril 2019.

⁶⁴⁷ *Ibid.*

⁶⁴⁸ *Ibid.*, voir pour plus de détails l'article 3 du Règlement intérieur de la Commission des sanctions de l'AFA.

Aussi, le président de la Commission des sanctions communique par LRAR à la personne mise en cause l'avis du directeur de l'AFA et l'invite à présenter ses observations sous un délai de deux mois et à se faire assister par le conseil de son choix⁶⁴⁹.

Toujours dans le but d'assurer une contradiction de qualité, si la Commission des sanctions souhaite entendre, lors de l'audience, un agent des services de l'AFA présent lors de la phase de contrôle, un expert ou n'importe quelle autre personne qualifiée, les personnes renvoyées devant la Commission en sont informées au préalable⁶⁵⁰.

582. A l'expiration du délai de deux mois, précité, le président de la Commission des sanctions convoque la personne mise en cause à une audience qui ne peut se tenir dans un délai inférieur à dix jours⁶⁵¹.

L'audience est, par principe, publique. Néanmoins, le président peut interdire au public l'accès de la salle pendant tout ou partie de l'audience, soit pour préserver l'ordre public, soit lorsque la personne mise en cause sollicite un huis clos par courrier au président de la Commission des sanctions⁶⁵².

Les hypothèses de huis-clos prévues par l'AFA ont trait à une atteinte du secret des affaires⁶⁵³ ou à tout autre secret protégé par la loi tels que le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret de la relation entre un avocat et son client⁶⁵⁴.

583. L'ouverture de l'audience est à la charge du président de la Commission des sanctions après qu'il ait vérifié la présence d'un *quorum* de quatre membres sans quoi l'audience ne peut avoir lieu.

⁶⁴⁹ Guide AFA, Les sanctions prononcées par la Commission des sanctions de l'Agence Française Anticorruption et leur suivi, avril 2019.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ Décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence Française Anticorruption, article 5, II.

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ L'AFA, dans son Guide relatif aux sanctions prononcées par la Commission des sanctions, définit les éléments protégés par le secret des affaires comme les informations relatives au potentiel scientifique et technique d'un organisme, à ses positions stratégiques, ses intérêts commerciaux et financiers ou la capacité concurrentiel du détenteur de l'information qui revêt une valeur économique.

⁶⁵⁴ *Ibid.*

Le président de la Commission de sanctions dirige également les débats, peut les suspendre ou les reporter. Il invite en début d'audience le rapporteur à présenter un résumé des positions du directeur de l'AFA et de la personne mise en cause⁶⁵⁵.

Le président donne ensuite la parole au directeur de l'AFA (ou à la personne qui le représente) puis à la personne mise en cause (ou à son mandataire) et à n'importe quelle personne dont l'intervention lui apparaît utile et/ou demandée par une des parties. En tout hypothèse, la personne mise en cause doit prendre la parole en dernier⁶⁵⁶.

A l'issue de l'audience, la Commission se retire pour libérer de manière secrète après que le président ait donné de manière indicative une date pour la publicité de la décision⁶⁵⁷.

Une fois la décision motivée adoptée, elle est notifiée à la personne mise en cause par LRAR⁶⁵⁸.

B. L'examen du fonctionnement de l'AFA par la Commission des sanctions

584. Le 4 juillet 2019 et le 7 février 2020, la Commission des sanctions de l'AFA a rendu deux décisions respectivement à l'encontre de la société Sonepar et de la société Imerys.

L'analyse par la Commission des sanctions du fonctionnement de l'AFA porte trois enseignements.

Le plus attendu était, sans nul doute, celui relatif aux reproches faits à l'AFA tenant à la violation des droits de la défense. Bien qu'en demi-teinte sur le droit de communication de l'AFA, la position de la Commission sonne comme un avertissement clair à l'attention de l'agence et de ses vellétés (1).

La Commission des sanctions a également eu l'occasion de clarifier des points de procédure liés aux éléments constitutifs de sa saisine (2) et a mis un terme au débat relatif à la présence du directeur de l'AFA lors de l'audience (3).

Plus largement, ces décisions très attendues à la fois par la doctrine, les praticiens et les entreprises sont riches d'informations et d'enseignements. Elles témoignent de l'équilibre

⁶⁵⁵ Règlement intérieur de la Commission des sanctions de l'AFA, article 9.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

⁶⁵⁷ *Ibid.*, article 10.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, article 11 et 12.

délicat que l'AFA a peiné à trouver dans les premiers temps de son exercice et au climat potentiellement conflictuel qui a pu s'installer entre les entités et le directeur de l'agence.

1. La régularité du contrôle à l'épreuve du respect des droits de la défense

585. De tous les reproches fait à l'AFA, le plus structurel tient au détournement de procédure. Sous couvert d'un contrôle AFA, il est reproché à cette dernière d'appréhender des éléments qui ne sont pas liés à sa mission.

Concernant l'affaire Sonepar, il était reproché aux enquêteurs de solliciter des documents et informations en lien avec la recherche d'indices de pratiques restrictives de concurrence et de fraude fiscale⁶⁵⁹.

Cette méconnaissance du champ d'application matériel du contrôle de l'AFA par les enquêteurs s'est accompagnée, selon Sonepar, de demandes et questions à des fins d'enquête pénale sans que les enquêteurs ne prennent en considération les droits de la défense que sont le droit de se taire afin de ne pas contribuer à sa propre incrimination ainsi que le droit d'être assisté par un avocat⁶⁶⁰.

Le conseil de la société Sonepar a effectivement eu l'occasion d'indiquer pendant l'audience (i) qu'il n'a jamais été indiqué aux personnes interrogées dans le cadre de la phase de contrôle qu'il leur était possible de se taire et (ii) qu'il avait été déconseillé à ces personnes d'être assisté par un avocat au cours des entretiens⁶⁶¹.

Le reproche est de taille et la position de la Commission des sanctions, particulièrement attendue sur ce point, est d'une nature déceptive.

Cette dernière « botte en touche » sur les demandes qui apparaissent excéder le champ d'application matériel du contrôle en laissant le juge du délit d'entrave considérer la licéité du refus de l'entité de produire les éléments demandés⁶⁶².

⁶⁵⁹ Décision de la Commission des sanctions de l'AFA, n°19-01, §7.

⁶⁶⁰ *Ibid.*

⁶⁶¹ M.-A. Nicolas, « Première audience de la Commission des sanctions de l'AFA – Dans quelle mesure la Commission des sanctions va-t-elle sanctionner la loi ? », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires*, n°4, août 2019.

⁶⁶² Décision de la Commission des sanctions de l'AFA, n°19-01, §8.

En conséquence, l'entité qui souhaiterait résister à une demande de communication lui apparaissant matériellement excessive ne pourra faire l'économie d'un passage devant le juge et risquer une application du délit d'entrave.

586. Il a également été reproché par Sonepar aux enquêteurs de ne pas dresser de procès-verbal des entretiens alors même que l'AFA se referait auxdits entretiens dans le rapport de contrôle rendant ainsi l'exercice de la contradiction délicat, en l'absence d'un procès-verbal auquel se fier (surtout si l'AFA ne recommandait pas la présence de l'avocat au cours de l'entretien et ne rappelait pas à la personne interrogée qu'elle dispose du droit de se taire)⁶⁶³.

Sur ce point, la Commission des sanctions considère que l'AFA n'est pas tenue de formaliser les entretiens avec les salariés ou les dirigeants de l'entité contrôlée par le biais du procès-verbal dans la mesure où aucune disposition ne l'impose⁶⁶⁴.

Il est regrettable que la Commission des sanctions n'ait pas encouragé l'AFA à établir un procès-verbal ou un compte rendu d'entretien. Toutefois, la Commission des sanctions que ce mode opératoire est de nature à affecter la preuve de non-respect des mesures du programme anticorruption.

Autrement dit, si la Commission des sanctions ne souhaite pas contraindre l'AFA à modifier ses méthodes, elle lui indique qu'à défaut de montrer de meilleures garanties des droits de la défense, elle fragilise sa position.

587. Si la société Sonepar a été particulièrement exposée en matière d'atteintes aux droits de la défense, la société Imerys a fait valoir une défaillance au stade de la notification des griefs.

Effectivement, selon cette dernière, les griefs qui lui ont été notifiés par le directeur de l'AFA n'ont pas été suffisamment précis.

La Commission des sanctions abonde dans le sens de l'imprécision de la notification des griefs car rédigés en des termes trop généraux pour permettre à Imerys d'appréhender avec précision les éléments de droit et de fait permettant au directeur de l'AFA de solliciter son renvoi devant la Commission.

⁶⁶³ M. Durand-Poincloux, D. Apelbaum, « Retenue ou flou artistique ? La décevante imprécision des premières décisions de la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption », Revue Droit Pénal, LexisNexis, n°7-8, juillet-août 2020.

⁶⁶⁴ Décision de la Commission des sanctions de l'AFA, n°19-01, §12.

Néanmoins, la Commission des sanctions considère qu'au regard des éléments produits et documentés par Imerys, il ne fait aucun doute que la société n'a pas été impactée par cette imprécision et a pu développer une défense efficace.

La Commission des sanctions rappelle toutefois l'AFA à l'ordre en indiquant que « *les griefs dont la Commission des sanctions est saisie doivent être énoncés de façon suffisamment claire pour ne laisser aucun doute sur leur contenu et leur portée. A défaut, il lui reviendrait de soulever, le cas échéant, d'office, la nullité de la procédure.* »⁶⁶⁵.

L'AFA est désormais avisée de la marge de manœuvre que lui laisse la Commission des sanctions. Cette dernière pourra, à l'avenir, faire preuve de plus de fermeté.

2. Les problématiques liées à la saisine de la Commission des sanctions

588. La saisine de la Commission des sanctions, en tant que prérogative du directeur de l'AFA, ne pose pas de difficultés.

En revanche, la multiplicité des éléments échangés que sont le rapport de contrôle, la notification des griefs et l'avis du directeur de l'AFA est génératrice de confusion quant aux manquements à l'origine de la saisine de la Commission.

Effectivement, la contradiction qui accompagne l'établissement du rapport de contrôle définitif par le directeur de l'AFA peut amener ce dernier à reconsidérer sa position sur les manquements initialement constatés.

Aussi, lorsque le directeur de l'AFA procède à la notification des griefs à la personne qu'il souhaite renvoyer devant la Commission des sanctions, tous les manquements qui sont apparus dans la phase de contrôle ne sont pas nécessairement retenus en tant que grief.

De la même manière, si le rapport de contrôle définitif est moins sensible à certains manquements, cela ne signifie pas que ces éléments ne seront pas retenus en tant que grief dans le courrier de notification.

Au même titre, le directeur de l'AFA n'est pas lié par sa notification des griefs lorsqu'il adresse au président de la Commission des sanctions son avis sur les suites à donner au dossier concernant le nature, le *quantum* et les modalités de la sanction qu'il considère approprié.

⁶⁶⁵ Décision de la Commission des sanctions de l'AFA, n°19-02, §11.

Aussi, lorsque l'entreprise prend connaissance de cet avis, notifié par le président de la Commission, il peut y avoir une confusion quant à la nature exacte des faits reprochés.

589. La décision Sonepar apporte ici une clarté bienvenue en indiquant que la Commission des sanctions « *n'est saisie que des manquements imputés à la personne mise en cause qui sont énoncés dans la lettre de saisine et qui sont ceux sur la constatation desquels le directeur de l'Agence formule l'avis concernant la nature et, le cas échéant, le quantum et les modalités de la sanction qui lui semble appropriée.* »⁶⁶⁶. La Commission des sanctions ajoute que « *C'est cet avis, et les griefs sur lequel il repose, que le président de la commission communique à la personne mise en cause en l'invitant à présenter ses observations.* »⁶⁶⁷.

En conséquence, les divergences dénoncées par Sonepar entre le rapport de contrôle, la notification des griefs et l'avis du directeur de l'agence dans la lettre de saisine de la Commission ne sauraient être constitutives de la nullité de la saisine de la Commission des sanctions⁶⁶⁸.

590. Cette saisine a été également été remise en question dans l'affaire Imerys. Cette dernière alléguait la nullité de la saisine de la Commission des sanctions au motif que l'avis du directeur de l'AFA présent dans la lettre de saisine laissait apparaître la volonté du directeur de voir prononcer une injonction de mise en conformité assortie d'une sanction pécuniaire en cas d'inexécution⁶⁶⁹.

Or, la loi Sapin 2 ne prévoyant pas la possibilité d'une sanction pécuniaire pour inexécution d'une injonction, la société Imerys a dénoncé une violation manifeste du principe de légalité des délits et des peines (moyen de défense qui n'avait pas été soulevé par Sonepar).

La Commission des sanctions considère, effectivement, que le directeur de l'AFA a méconnu le principe de légalité des délits et des peines en proposant une sanction ne reposant sur aucune base légale, la sanction financière étant indépendante de l'injonction de mise en conformité.

Toutefois, face la « *méconnaissance, si regrettable soit elle* »⁶⁷⁰ du principe de légalité des délits et des peines, la Commission des sanctions met en avant son impartialité face aux

⁶⁶⁶ Décision de la Commission des sanctions de l'AFA n°19-01, §2.

⁶⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁶⁸ *Ibid.*, §3, 4, voir également Yann Paclot, « Première décision de la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption », La semaine juridique, édition générale, n°42, 14 octobre 2019.

⁶⁶⁹ Décision de la Commission des sanctions de l'AFA n°19-02, §7.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, §8.

errements juridiques du directeur de l'AFA. Elle considère ne pas être tenue des mesures suggérées dans l'avis de ce dernier en ce sens que la saisine n'a que pour seul but de faire naître la procédure devant la Commission des sanctions⁶⁷¹.

3. La présence du directeur de l'AFA lors de l'audience

591. L'article 2 de la loi Sapin 2 prévoit que le magistrat qui dirige l'agence « *ne peut être membre de la Commission des sanctions ni assister à ses séances.* ».

Aussi, la société Sonepar a cru bon de contester, sur cette base, la présence de M. Charles Duchaine à l'audience de la Commission des sanctions.

Il est vrai que les textes ne sont pas particulièrement clairs sur ce point et peuvent donner lieu à différentes interprétations.

Le terme de « séance » peut effectivement se comprendre comme faisant référence aux séances de délibération. Le décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'AFA reprend le même terme de « séance » et indique que « *Les séances au cours desquelles la commission délibère sont secrètes* ».

Aussi, le directeur de l'AFA a allégué que s'il ne lui est, certes, pas possible d'assister aux séances de délibération, il lui est parfaitement possible d'assister à l'audience en elle-même.

592. Néanmoins, l'article 5, II, alinéa 4 du même décret prévoit que « *La personne mise en cause et la personne désignée par le directeur au sein de l'agence pour le représenter peuvent faire valoir leurs observations oralement.* », laissant sous-entendre que le directeur de l'agence ne peut être présent lui-même mais doit se faire représenter.

La Commission des sanctions a finalement tranché en faveur du directeur de l'AFA qui peut assister à l'audience et sera même invité à s'exprimer mais ne pourra pas, sans grande surprise et heureusement, participer aux délibérations⁶⁷².

⁶⁷¹ A. Dunoyer de Segonzac, C.-H. Boeringer, « Contrôles de l'Agence française anticorruption – Quels enseignements tirer de la deuxième décision de la Commission des sanctions de l'AFA ? », La semaine juridique, entreprise et affaires, n°27, 2 juillet 2020.

⁶⁷² Décision de la Commission des sanctions de l'AFA n°19-01, §15.

La Commission des sanctions a d'ailleurs pris soin d'indiquer que « *L'assistance du directeur de l'Agence à l'audience publique n'a porté atteinte ni à l'indépendance de la Commission des sanctions à l'égard de toutes les parties, ni à son impartialité, ni au caractère contradictoire de la procédure et aux droits de la défense* »⁶⁷³.

C. La responsabilité du fait du manquement

593. Les décisions rendues par la Commission des sanctions dans les affaires Sonepar et Imerys ont permis l'expression d'un contre-pouvoir important à l'AFA dans l'analyse de la notion de manquement et des sanctions à y apporter.

D'une manière générale, l'AFA essuie un revers dans sa perception du manquement et dans la logique « jusqu'au-boutiste » dont elle a pu faire preuve.

Le directeur de l'AFA avait recommandé que la Commission des sanctions prononce une injonction de mise en conformité à Sonepar et qu'en cas de non-respect de cette injonction, Sonepar soit condamnée à une sanction pécuniaire d'un million d'euros et que la présidente de la société soit condamnée à une sanction pécuniaire de 200.000 euros.

Concernant Imerys, le directeur de l'AFA a également proposé une injonction de mise en conformité et, en cas d'inexécution, une sanction pécuniaire d'un million d'euros à la charge de la personne morale et 100.000 euros à la charge de son dirigeant.

D'un point de vue procédural, nous l'avons vu, la société Imerys a justement fait valoir que la sanction proposée méconnaissait le principe de légalité des délits et des peines en ce que la loi Sapin 2 ne prévoit pas une sanction pécuniaire pour inexécution de l'injonction de mise en conformité (voir *supra*, § n° 589).

Outre cet aspect de procédure, la Commission des sanctions se livre à une analyse des manquements relevés par l'AFA (1) et réoriente la sanction à l'endroit de la société Imerys en optant pour une analyse pragmatique privilégiant la mise en conformité de l'entreprise sur la sanction en elle-même (2).

⁶⁷³ *Ibid.*

1. L'analyse par la Commission des sanctions des manquements relevés par l'AFA

594. L'un des principaux points de la décision Sonepar se trouve dans l'analyse de la méthode choisie par l'entité pour déployer son programme de conformité anticorruption. La Commission des sanctions adopte une approche qui témoigne de sa volonté d'accompagner les entreprises d'une manière constructive (i).

La décision rendue dans l'affaire Imerys confirme cette analyse et permet à la Commission des sanctions de poursuivre dans sa volonté de réorienter l'AFA dans son mode opératoire (ii).

i. La décision Sonepar ou la validation d'une méthode différente et progressive

595. L'audience en Commission des sanctions de la société Sonepar a été l'occasion pour l'AFA de rappeler que la cartographie des risques constitue le socle du programme de conformité (voir *supra*, § n°) et qu'une défaillance de cette cartographie ne pourrait qu'entraîner celle de l'ensemble du programme.

En conséquence, l'AFA oriente la plupart de ses griefs contre la cartographie des risques de Sonepar.

Les griefs développés par l'AFA à l'endroit du code de conduite, de la procédure d'évaluation des tiers, des procédures de contrôle comptable et du dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre ont également essentiellement servis à remettre en cause la méthodologie de la cartographie.

596. Concernant la cartographie des risques, l'expert cartographie de l'AFA a fait valoir, lors de l'audience, que la méthodologie de la cartographie doit reposer sur une combinaison de deux paramètres que sont le périmètre et la profondeur⁶⁷⁴.

Aussi, il a été reproché à Sonepar d'avoir développé sa cartographie sur la base d'une audience trop réduite (la première version de la cartographie n'aurait nécessité que l'audition de 30 personnes) et peu diversifiée (trois directions auraient été concernées).

⁶⁷⁴ M.-A. Nicolas, N. Tollet, « Première audience de la Commission des sanctions de l'AFA – Récit d'une passe d'armes sur ce qu'il convient d'attendre d'un programme de conformité anticorruption », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, n°4, août 2019.

De surcroît, Sonepar se serait limitée à la partie haute de son organigramme pour établir sa cartographie sans descendre en profondeur le long de l'échelle hiérarchique jusqu'aux opérationnels.

Enfin, les scénarios utilisés auraient été « génériques » et n'auraient pas traduit une volonté suffisamment forte de coller à la réalité de l'entreprise.

597. Sonepar s'est défendue en alléguant avoir fait appel, dès décembre 2016, à un prestataire pour l'aider à construire une cartographie des risques. Cette dernière s'est inscrite dans une démarche évolutive qui l'a amenée à retenir 17 risques spécifiques à la corruption au sein du Groupe pour sa cartographie mise à jour en 2018. Ces 17 risques ont été hiérarchisés en trois catégories de risques nets (acceptable/élevé/moyen) et ont été complétés par un classement des 44 pays où le groupe est présent selon leur niveau de risque.

Sonepar a également eu la bonne idée de reprocher à l'AFA de considérer la cartographie des risques comme un exercice scientifique reposant sur la seule méthode qu'elle recommande et plus largement, de s'inspirer des cartographies développées dans le secteur bancaire pour les appliquer au secteur industriel.

La Commission des sanctions a été sensible à ces arguments et a considéré :

« Au vu de des réalisations énumérées plus haut, notamment de celles qui sont intervenues depuis la fin du contrôle, durant l'année 2018 et du premier semestre de 2019 au cours d'un long processus d'amélioration progressive et de mise au point de sa cartographie des risques de corruption, S qui, comme il a été dit ci-dessus, n'était pas tenue de suivre la méthodologie préconisée dans les Recommandations éditées par l'Agence, au demeurant postérieurement au contrôle, doit être regardée comme justifiant de la pertinence, de la qualité et de l'effectivité au niveau du groupe S de la cartographie qu'il lui incombe de mettre en place. ».

598. Concernant le code de conduite, l'AFA a reproché à Sonepar de développer un code de conduite insuffisamment illustratif et dont les illustrations seraient sans lien avec les risques propres à l'entreprise dans la mesure où la cartographie serait incomplète.

La Commission des sanctions relève que, depuis décembre 2017, Sonepar développe, outre son code éthique, plusieurs documents notamment une charte de gouvernance et un guide de conformité.

Si ces documents ne sont pas formellement intégrés au code éthique, ils sont interdépendants et prescrivent les comportements visant à prohiber notamment la corruption, le trafic d'influence, l'octroi abusif de cadeaux ou d'avantages et les situations de conflits d'intérêts⁶⁷⁵.

Sonepar a d'ailleurs indiqué pendant l'audience qu'elle était encore en train de compléter son dispositif pour y intégrer des préconisations relatives à la cybersécurité, les questions d'embargo-pays et les règles à suivre en matière de cadeaux et d'avantages⁶⁷⁶.

En conséquence, au regard de l'effort de Sonepar pour déployer les préconisations comportementales attendues, il importe peu pour la Commission des sanctions que ces efforts ne soient pas strictement concentrés au travers du code éthique de Sonepar dont la qualité est validée par la Commission.

599. Concernant la procédure d'évaluation des tiers, l'AFA prend acte du fait que Sonepar a développé à la suite de son contrôle une procédure d'évaluation de tous ses tiers mais lui reproche un déploiement qui ne soit pas à 100 % effectif.

La Commission des sanctions relève que Sonepar dispose de 600.000 clients et 200.000 fournisseurs et qu'elle s'est dotée « *de procédures et d'outils différenciés concernant ses principaux clients ou fournisseurs à risque, de règles d'encadrement de ses relations avec les intermédiaires et a mis en place un dispositif (...) en cas d'acquisition de sociétés* »⁶⁷⁷.

La Commission des sanctions valide donc la démarche progressive de Sonepar au regard de la taille de l'entreprise et du fait que les situations les plus à risques sont couvertes.

600. Concernant les dispositifs de contrôle interne, l'AFA reproche à Sonepar des contrôles comptables incomplets car basés sur une cartographie des risques présentant le même défaut.

Néanmoins, la Commission des sanctions relève, une fois de plus, les efforts de Sonepar qui a actualisé son manuel de contrôle interne (dit MP50) pour y intégrer en 2018 et 2019 une vingtaine de nouvelles procédures spécifiques au risque de corruption⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ Décision de la Commission des sanctions de l'AFA n°19-01, §29.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, §30.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, §33.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, §36.

Enfin, concernant le dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre, la critique de l'AFA portait sur l'absence d'un dispositif spécialement prévu pour le programme de mise en conformité anticorruption.

Toutefois, la Commission des sanctions souligne que Sonepar dispose d'un contrôle de niveau 2 assuré par la direction de la conformité et la direction de l'audit en charge de vérifier la bonne application des procédures et du suivi des actions d'amélioration.

De surcroît, la Commission note que la direction de l'audit a été rattachée en janvier 2019 à la direction générale afin de lui apporter une plus grande indépendance.

601. En conclusion, la Commission des sanctions rappelle que son analyse de la qualité des procédures et mesures de l'article 17, II de la loi Sapin 2 s'exerce à la date à laquelle elle statue, de sorte qu'aucun des manquements invoqués par le directeur de l'AFA n'est constaté par la Commission qui rejette à la fois l'injonction et la sanction pécuniaire souhaitées par le directeur.

ii. La décision Imerys ou un double rappel à l'ordre

602. Concernant la cartographie des risques d'Imerys, l'AFA fonde une partie importante de ses reproches sur l'absence d'élaboration d'un plan d'actions ainsi que l'absence de périodicité prédéfinie de mise à jour.

La Commission des sanctions se permet un rappel à l'ordre à l'AFA quant à la charge de la preuve et aux éléments de démonstration à développer.

Aussi, la Commission ouvre son analyse de la cartographie des risques d'Imerys en rappelant que le directeur de l'AFA peut dans le cadre de la charge de la preuve qui pèse sur lui faire valoir une mise en œuvre incorrecte ou incomplète de ses Recommandations⁶⁷⁹. En revanche, la commission indique qu'il ne peut pas se baser sur la méconnaissance de prescriptions formelles et méthodologiques qui ne découlent pas de ses Recommandations mais d'une doctrine qu'il souhaite développer⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ Précisons que si le non-respect des Recommandations peut permettre au directeur de l'AFA de renverser la charge de la preuve en demandant à la personne de justifier de la qualité de la méthode suivie, il ne peut en lui-même justifier une sanction dès lors que le résultat atteint est satisfaisant.

⁶⁸⁰ Décision de la Commission des sanctions 19-02, §19.

En conséquence, une interprétation stricte de la loi amène la Commission des sanctions à écarter les critiques tenant à l'absence d'élaboration d'un plan d'actions propre à la cartographie des risques dans la mesure où la loi ne prévoit pas d'obligation en la matière⁶⁸¹.

La Commission écarte également tous les reproches liés à l'absence de périodicité de mise à jour de la cartographie des risques en suivant le même raisonnement⁶⁸².

603. Des précisions importantes sont également données sur la marge de manœuvre des entreprises dans le suivi de la méthodologie des Recommandations de l'AFA.

La Commission des sanctions indique que la phase d'identification des risques ne nécessite pas une représentation exhaustive de toutes les fonctions et métiers de l'entreprise ni de tous les sites où elle exerce ses activités⁶⁸³.

Les entreprises sont libres pour identifier leurs risques de retenir les fonctions, les métiers ou les sites qu'elles jugent les plus utiles pour établir des scénarios de risque propres à leurs activités sans que cette liberté ne s'assimile en un écart méthodologique vis-à-vis des Recommandations, ces dernières ne prévoyant pas un tel degré de précision⁶⁸⁴.

D'une manière générale, la Commission rappelle l'AFA à son juste statut et place une limite à ses velléités normatives tout en l'incitant à faire preuve de souplesse dans l'appréciation des choix méthodologiques des entreprises⁶⁸⁵.

604. Concernant le code de conduite d'Imerys, la Commission des sanctions relève que la société disposait d'un code éthique ne faisant qu'évoquer la lutte contre la corruption.

De son côté, Imerys faisait état d'un document spécifique : un programme de lutte contre la corruption précisant les droits et obligations des salariés, la politique interne du groupe et les obligations de remontée d'informations⁶⁸⁶.

⁶⁸¹ *Ibid.*, §34.

⁶⁸² *Ibid.*, §35.

⁶⁸³ *Ibid.*, §25.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, §25, 19.

⁶⁸⁵ A. Dunoyer de Segonzac, C.-H. Boeringer, « Contrôles de l'Agence française anticorruption – Quels enseignements tirer de la deuxième décision de la Commission des sanctions de l'AFA ? », précité, La semaine juridique, entreprise et affaires. De plus, le reproche tenant à une trop grande précision des recommandations de l'AFA ne laissant pas une marge de manœuvre suffisante aux entreprises a été porté par plusieurs entreprises dans le cadre du travail d'audition des députés Raphael Gauvain et Olivier Marleix pour l'établissement du rapport sur l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2.

⁶⁸⁶ Décision de la Commission des sanctions 19-02, §40.

Toutefois, Imerys n'indiquait pas avoir intégré ce programme dans les règlements intérieurs de ses entités et s'est limité lors de l'audience à indiquer qu'un lien hypertexte sera « très prochainement » intégré au code éthique vers ledit programme.

En conséquence, la Commission des sanctions considère qu'au jour de l'audience cette mesure ne satisfait pas à l'article 17, II, 1° de la loi Sapin 2⁶⁸⁷.

Selon la Commission des sanctions, le manquement est caractérisé par le caractère incomplet du code éthique, qui ne fait aucune référence à la loi Sapin 2 ou à des illustrations de comportements s'assimilant à des cas de corruption ou de trafic d'influence prohibés⁶⁸⁸.

605. Concernant ses procédures de contrôle comptable, Imerys a fait le choix de reconnaître les lacunes de ses procédures concernant leur capacité à appréhender le risque de corruption.

Imerys a mis en avant une réorganisation importante destinée à centraliser la fonction financière et unifier les outils de comptabilité censée s'achever en juin 2021⁶⁸⁹.

Dans le cadre de cette réorganisation, Imerys a entrepris la mise en place de contrôles comptables spécifiques à la prévention de la corruption.

Néanmoins, à la date à laquelle la Commission a statué, ces procédures n'étaient pas effectives et la Commission, qui n'a même pas examiné les griefs de l'AFA, se contente de constater le manquement en relevant la démarche ambitieuse d'Imerys dans sa réorganisation.

2. Les sanctions prononcées à l'endroit d'Imerys, une position pragmatique et émancipée de la Commission des sanctions vis-à-vis de l'AFA

606. Les alinéas 1 à 4 de l'article 17, V de la loi Sapin 2 prévoient que :

« La Commission des sanctions peut enjoindre à la société et à ses représentants d'adapter les procédures de conformité internes à la société destinées à la prévention et à la détection des faits de corruption ou de trafic d'influence, selon les recommandations qu'elle leur adresse à cette fin, dans un délai qu'elle fixe et qui ne peut excéder trois ans.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, §41.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, §42.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, §43.

La Commission des sanctions peut prononcer une sanction pécuniaire dont le montant ne peut excéder 200 000 € pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales.

Le montant de la sanction pécuniaire prononcée est proportionné à la gravité des manquements constatés et à la situation financière de la personne physique ou morale sanctionnée.

La Commission des sanctions peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de la décision d'injonction ou de sanction pécuniaire ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise. Les frais sont supportés par la personne physique ou morale sanctionnée. ».

Aussi, deux types de sanctions sont possibles. La première correspond à une injonction de mise en conformité. Cette obligation de faire est enfermée dans un délai (qui ne peut être supérieur à trois ans) permettant à l'AFA, à son expiration, de vérifier la qualité des mesures et procédures mises en place.

Cette injonction peut s'adresser à la fois à la personne morale et à son représentant. Effectivement, l'article 17, II de la loi Sapin 2 prévoit qu'« *Indépendamment de la responsabilité des personnes mentionnées au I du présent article [Les présidents, les directeurs généraux et les gérants], la société est également responsable en tant que personne morale en cas de manquement aux obligations prévues au présent II. ».*

Le principe reste donc la responsabilité du dirigeant immédiatement désigné par le premier alinéa de l'article 17 de la loi Sapin 2 comme le débiteur de l'obligation de mise en conformité anticorruption.

607. Outre l'injonction de mise en conformité, la Commission des sanctions peut prononcer des sanctions pécuniaires dont le montant est limité à 200.000 euros pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales.

Faire peser une sanction pécuniaire aussi forte sur les dirigeants d'entreprise est un redoutable gage d'efficacité du texte.

608. Dans le cadre de la décision Imerys, la Commission des sanctions s'en tient à deux injonctions.

La première concerne le code de conduite. Après avoir constaté le manquement, la Commission considère que la nature du manquement « *ne justifie pas, à ce stade de la procédure, le prononcé d'une sanction pécuniaire, ni d'une sanction complémentaire de publication de la présente décision* »⁶⁹⁰.

En conséquence, la Commission considère le manquement d'Imerys avec justesse au regard des circonstances de l'espèce et indique que, s'agissant de son premier passage devant la Commission, une sanction plus importante n'est pas justifiée.

Si à l'issue du délai que la commission a fixé au 1^{er} septembre 2020 (la décision étant rendue le 7 février 2020), Imerys n'avait pas suivi les recommandations formulées par la Commission, la question de l'application d'une sanction pécuniaire se serait posée.

609. La deuxième injonction a trait aux procédures de contrôle comptable. La Commission souligne l'importance des améliorations apportées ainsi que le bien-fondé de la réorganisation des fonctions financières et comptables d'Imerys.

La Commission fixe la date du 31 mars 2021 pour examiner la qualité des procédures comptables spécifiques à la lutte contre la corruption de premier, deuxième et troisième niveau d'Imerys.

Cette approche pondère les méthodes de contrôle de l'AFA dont la Commission n'a d'ailleurs pas suivi les recommandations concernant les délais d'injonction que l'agence fixe de manière systématique à six mois⁶⁹¹.

La Commission a fixé des délais en tenant compte de la maturité réelle de l'entreprise et de son état d'avancement pour les deux manquements constatés confirmant son souhait de s'inscrire dans une approche résolument pragmatique.

Section 3. Vers une évolution de l'AFA

610. En dépit d'un bilan positif après quatre ans, l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2 par la Commission des lois a permis de tirer les conséquences des dysfonctionnements qui ont

⁶⁹⁰ *Ibid.*, §47.

⁶⁹¹ A. Dunoyer de Segonzac, C.-H. Boeringer, « Contrôles de l'Agence française anticorruption – Quels enseignements tirer de la deuxième décision de la Commission des sanctions de l'AFA ? », La semaine juridique, entreprise et affaires, n°27, 2 juillet 2020.

affectés l'AFA dans l'exercice de sa mission de contrôle au détriment d'une mission plus large (§1).

Sur la base de ces constats, il semble opportun de repenser l'organisation institutionnelle de la lutte contre la corruption en France (§2).

§1. Après quatre ans, une remise en question du fonctionnement de l'AFA

611. Une impression de sanction se dégage à la lecture du rapport d'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2 dont la rédaction a été confiée aux députés Raphael Gauvain et Olivier Marleix.

On y retrouve les constats formulés par certaines entreprises quant au risque de détournement de procédure (A) ainsi que des réflexions sur le fonctionnement des contrôles de l'AFA que l'agence a surinvesti (B) au détriment d'autres prérogatives (C).

A. Des détournements de procédure remontés aux rapporteurs de la Commission des lois

612. Les premières sociétés visées par les contrôles de l'AFA ont malheureusement fait les frais de la quête identitaire de l'agence. S'il est possible que cette quête rencontre une fin prématurée (voir *infra*, § n° 623 et s.), il reste que dans un premier temps les méthodes de l'AFA ont été vivement critiquées.

Nous l'avons vu (voir *supra*, § n° 563), certaines entités contrôlées ont pu avoir le sentiment qu'outre sa mission d'audit et de vérification de la qualité du programme anticorruption, l'AFA souhaitait appréhender des éléments ayant trait à la commission d'autres infractions sans lien avec sa mission.

Or, l'AFA ne dispose d'aucun pouvoir d'enquête. Le Conseil d'Etat a été univoque quant à sa volonté de ne pas investir l'agence d'une mission de détection de la corruption afin d'éviter toute confusion avec la compétence des autorités judiciaires et avec les responsabilités des entités administratives ou économiques⁶⁹².

⁶⁹² Avis du Conseil d'Etat du 24 mars 2016, §8 a.

Souhaitant s'affranchir de son statut, l'AFA, qui est dirigée par un ancien juge d'instruction, n'a pas hésité à user de méthodes dignes d'un service d'enquête sans avoir à subir le cadre de la procédure pénale dédiée à l'enquête.

Dans le cadre de l'établissement du rapport d'information, des personnes auditionnées ont dénoncé le déroulement des contrôles de l'AFA, orientés vers la recherche de potentielles infractions⁶⁹³.

Rappelons que dans le cadre de l'audience en Commission des sanctions de l'entreprise Sonepar, cette dernière avait mis en avant qu'au regard de l'orientation des recherches de l'AFA⁶⁹⁴ il était probable que l'agence ait bénéficié d'un signalement qu'elle aurait souhaité approfondir par le biais du contrôle. Il a même été allégué que ce signalement aurait été déterminant du contrôle opéré par l'agence⁶⁹⁵.

613. De son côté, le directeur de l'AFA reconnaît des « postures maladroites adoptées pendant certains contrôles, comparables à celles observées dans les contrôles fiscaux ou les enquêtes judiciaires, qui ont pu brouiller la perception par certaines entreprises de la nature de contrôles de l'AFA »⁶⁹⁶.

Si le profil de certains agents est mis en avant pour expliquer cette situation ainsi que la volonté de bien faire, le directeur de l'AFA explique y avoir remédié en recrutant des profils plus adaptés tout en renforçant l'accompagnement méthodologique des agents⁶⁹⁷.

614. Les rapporteurs relèvent, toutefois, que le directeur de l'AFA entretient une ambiguïté peu souhaitable notamment en dénonçant des pouvoirs d'investigation trop faibles tout en regrettant que la mission de détection n'ait pas été conservée au profit de l'agence.

⁶⁹³ R. Gauvain, O. Marleix, Rapport d'information par la Commission des lois sur l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2, déposé le 7 juillet 2021, p. 60.

⁶⁹⁴ L'AFA a sollicité de Sonepar la communication des rapports d'audit interne liés aux risques de corruption et de trafic d'influence ainsi que ceux liés à tout autre type d'infraction.

⁶⁹⁵ M.-A., Nicolas, « Première audience de la Commission des sanctions de l'AFA - Dans quelle mesure la Commission des sanctions va-t-elle sanctionner la loi ? », Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires, n°4, août 2019.

⁶⁹⁶ R. Gauvain, O. Marleix, Rapport d'information par la Commission des lois sur l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2, déposé le 7 juillet 2021, p. 69.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 70.

Si l'agence indique avoir réalisé 14 signalements à l'autorité judiciaire en application de l'article 40 du Code de procédure pénale entre sa création et le 31 décembre 2020⁶⁹⁸, les rapporteurs prennent soin de rappeler que les contrôles AFA doivent uniquement porter sur la mise en œuvre du programme de conformité anticorruption et que lesdits signalements ne doivent aucunement constituer l'objectif à atteindre⁶⁹⁹.

B. Des contrôles surinvestis par l'AFA aux modalités lourdes et discutées

615. Le rapport d'information met en exergue les critiques quant au volume et à la nature des informations et documents réclamés par l'AFA (de 500 à 800 documents pour les plus grandes entreprises). Ces éléments demandés apparaîtraient régulièrement en dehors des missions de l'agence qui s'autoriserait une conception particulièrement large de son droit de communication⁷⁰⁰.

Sans surprise, les demandes de l'AFA quant à la transmission d'éléments couverts par le secret professionnel de l'avocat, le secret bancaire ou le secret des commissaires aux comptes sont visées.

Alors que la Commission des sanctions n'avait pas directement abordé le sujet, il est heureux qu'un avis extérieur (émanant ni d'un avocat ni d'une société contrôlée ni de l'AFA) vienne de la Commission des lois.

616. L'AFA défend sa position en mettant en avant que les documents demandés n'étaient pas couverts par le secret professionnel de l'avocat.

En ce sens, l'AFA allègue que conformément à la loi du 31 décembre 1971, il ne s'agissait pas d'éléments susceptibles de s'inscrire dans une stratégie de défense mais de documents professionnels qui auraient pu émaner d'un cabinet d'audit.

⁶⁹⁸ Sur 114 contrôles d'initiative, ce nombre ne nous semble pas démesuré. Néanmoins, sans un prisme d'étude plus fin ayant trait à la date de ces signalements et aux acteurs concernés, il est difficile de se prononcer.

⁶⁹⁹ R. Gauvain, O. Marleix, Rapport d'information par la Commission des lois sur l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2, déposé le 7 juillet 2021, p. 60, 61.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 62.

Or, l'AFA considère que ces documents lui permettent de comprendre comment l'entité a déployé son programme de conformité (comptes rendus d'entretiens, notes de méthodologie, etc.)⁷⁰¹.

Toutefois, l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 relevé par l'AFA (modifié par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011) prévoit « *en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention « officielle », les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* ».

D'une part, la loi vise expressément l'activité de conseil de l'avocat comme étant couverte par le secret et d'autre part, elle introduit une dérogation au principe de confidentialité au profit, uniquement, des documents portant la mention « officielle ».

617. Plutôt que de s'immiscer dans un débat long et complexe, le rapport émet un avis dans lequel transparait l'expérience du député Raphael Gauvain en matière d'enquêtes menées par des autorités étrangères sur la base de lois ayant une application extraterritoriale.

Effectivement, selon le principe du *subject matter waiver* applicable dans les pays de *common law*, dès lors qu'une personne transmet des informations couvertes par le secret à une autorité, il peut être considéré qu'elle renonce au secret attaché à ces informations⁷⁰².

Aussi, en laissant l'AFA appréhender des informations potentiellement couvertes par le secret, un risque important se crée pour les entreprises françaises en cas d'enquête d'une autorité étrangère⁷⁰³.

618. Au-delà de la question de la communication d'informations émanant d'avocats, qu'elles soient ou non couvertes par le secret, c'est la pertinence globale de la démarche de l'AFA qui est remise en question.

En surinvestissant sa mission de contrôle, l'AFA a occulté la dimension d'assistance et d'aide inhérente à sa mission. Elle a laissé ses méthodes dériver en confondant, par exemple, un

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 64.

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ *Ibid.*, p. 65.

entretien dans le cadre d'un contrôle sur place avec une audition dans le cadre d'une enquête préliminaire. Ces méthodes sont disproportionnées et surtout s'éloignent de sa mission.

A titre d'illustration, notons que certains contrôles se sont étalés jusqu'à 27 mois (quand la durée normale avoisine les 20 mois) et ont donné lieu à des rapports à la tonalité particulièrement négative de la part de l'AFA⁷⁰⁴.

La question que pose le rapport, d'une manière à peine sibylline, est : tous ces contrôles et ces dérives pour quels résultats ?

En effet, les deux entreprises renvoyées en Commission des sanctions ont vu leurs programmes de conformité soit intégralement approuvés, soit remis en question sans que l'appréciation de la Commission ne s'assimile en une sanction (voir *supra*, § n° 592 et s.).

C. Des résultats mitigés en Commission des sanctions : l'opportunité de rappeler l'AFA à une mission de conseil

619. Les rapporteurs Raphael Gauvain et Olivier Marleix constatent que dans l'affaire Sonepar, la société avait achevé sa mise en conformité entre le rapport d'enquête de l'AFA et la saisine de la Commission des sanctions.

En conséquence, les manquements relevés par le rapport de l'AFA avaient été corrigés lors de l'examen de ces derniers par la Commission des sanctions⁷⁰⁵.

Or, s'il est heureux que l'entreprise ait pu se mettre en conformité avant que la Commission ne statue, dans la mesure où le but premier reste la mise en conformité anticorruption, la saisine de la Commission des sanctions n'apparaît pas indispensable.

Non seulement la décision rendue a affecté la crédibilité de l'agence tant elle écarte les griefs développés par cette dernière, mais elle a surtout été l'aboutissement d'une procédure longue et médiatique qui a pu nuire à la réputation de l'entreprise⁷⁰⁶.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 61, 62 et 65.

⁷⁰⁵ *Ibid.* p. 67.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 67 et 68.

620. La proposition de solution avancée par les rapporteurs conduirait à l'évolution de la méthodologie de l'AFA et de sa capacité à solliciter une sanction. L'objectif est de réconcilier l'AFA avec sa finalité première qui est d'aider les entreprises à développer leurs programmes de lutte contre la corruption.

Ainsi, la proposition formulée consiste à faire obligatoirement précéder la saisine de la Commission des sanctions d'une injonction de mise en conformité.

En pratique, c'est le délai écoulé entre le rapport de l'AFA et la saisine de la Commission des sanctions qui a permis à Sonepar d'achever sa mise en conformité.

Le but est de formaliser cette période par une ultime injonction de mise en conformité, sous un délai de six mois avant la saisine de la Commission des sanctions. En ce sens, une priorité nette serait donnée à la mise en conformité sur la sanction.

Cette dernière serait réservée aux situations dans lesquelles les entreprises font manifestement preuve de mauvaise foi ou ont refusé de coopérer avec l'AFA durant la phase de contrôle⁷⁰⁷.

§2. Envisager la réorganisation institutionnelle de la lutte contre la corruption en France

621. En novembre 2020, le rapport du club des juristes « Pour un droit européen de la *compliance* », dont le groupe de travail a été mené par Bernard Cazeneuve avec pour rapporteur le Professeur Antoine Gaudemet, a été publié.

Ce rapport, très complet sur les thématiques du titre I de la loi Sapin 2, prévoit une évolution du statut de l'AFA comme premier pilier de l'amélioration du modèle français de mise en conformité anticorruption.

Les recommandations de ce rapport sont globalement reprises par les parlementaires à l'issue de l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2.

622. La première d'entre elles consiste à faire évoluer l'AFA vers un statut d'AAI lui permettant de résoudre ses problématiques de gestion de budget et d'accéder à un statut plus lisible en France et à l'étranger (A).

Toutefois, la présence de la HATVP rend plus difficile l'évolution de l'AFA vers un statut d'AAI.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, p. 68., proposition n°2 du rapport d'information.

Pour rappel, la HATVP est une AAI, créée après le scandale de l'affaire dite « Cahuzac », en charge de la promotion de la probité, de la transparence et de l'exemplarité des responsables publics et instaurée par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

A ce titre, la HATVP exerce plusieurs missions. La première a trait au contrôle des déclarations de patrimoine (immobilier, comptes bancaires, emprunts) des 10.000 plus haut responsables publics (ministres, parlementaires, élus locaux, hauts fonctionnaires, dirigeants d'entreprises publiques, conseillers ministériels) pour s'assurer de leur cohérence et détecter les enrichissements illicites.

Pour exercer ces contrôles et corroborer les déclarations de patrimoine effectuées, la HATVP peut disposer des informations de l'administration fiscale ou solliciter les établissements bancaires.

La HATVP est également en charge de la prévention des conflits d'intérêts en vérifiant les déclarations d'intérêts faites par les entreprises et en tenant un répertoire des représentants d'intérêts. La HATVP dispose, à cette fin, d'un pouvoir de contrôle afin de vérifier comment les entreprises exercent leur influence auprès du secteur public et la corrélation avec les déclarations faites.

Si la HATVP détecte un conflit d'intérêts, elle peut prononcer une injonction afin d'y mettre un terme. De plus, la HATVP rend public un répertoire numérique qui assure l'information des citoyens sur les relations entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics.

Enfin, la HATVP exerce une forte mission de conseil en matière de déontologie auprès des collectivités territoriales.

623. Au regard des prérogatives de la HATVP et des avantages qu'apporteraient la création d'une grande AAI en matière de probité, l'opportunité de transférer une partie des missions de l'AFA à la HATVP apparaît.

Cette évolution est appelée des vœux de Didier Migaud, président de la HATVP, qui ne laisse aucun doute sur son souhait d'absorber l'AFA. Il se dessine en conséquence un « bras de fer » engagé entre le président de la HATVP et le directeur de l'AFA qui souhaite garder son service et ses prérogatives.

Il semblerait que le rapport de force aille à l'avantage du président de la HATVP au regard de la proposition du rapport d'évaluation de transférer les missions de conseil et de contrôle de l'AFA afin de créer une AAI : la Haute Autorité pour la Probité (B).

L'AFA ne disparaîtrait pas pour autant mais serait en charge de supporter un comité interministériel de lutte contre la corruption dont la mission serait la conduite et la coordination de la politique nationale de lutte contre la corruption en France (C).

A. Faire évoluer l'AFA vers un statut d'AAI

624. En tant que service à compétence nationale, l'AFA ne dispose pas d'une autonomie budgétaire fonctionnelle contrairement à une AAI.

Aussi, l'AFA est contrainte de procéder à ses recrutements selon les règles applicables à la fonction publique et sous l'autorité du Ministre en charge du budget. Elle ne peut gérer librement les offres de rémunération des personnes qui la rejoignent et des agents qui évoluent en son sein⁷⁰⁸.

En conséquence, l'AFA peine à procéder au recrutement de personnes issues du secteur privé, notamment pour ses missions de conseil et de contrôle. Or, si des reproches importants ont été formulés quant au déroulement de certains contrôles, les méthodologies de certains agents, en provenance de services de police notamment, peuvent en expliquer une part importante.

D'ailleurs, le directeur de l'AFA lui-même a eu l'occasion d'indiquer que, s'agissant des premiers contrôles, certains agents arrivaient avec une culture qui n'était pas toujours adaptée aux missions de l'agence⁷⁰⁹.

Charles Duchaine a également eu l'occasion d'indiquer, dans le cadre de son audition par les députés Raphaël Gauvain et Olivier Marleix, que ses problèmes de budget entraînaient une perte importante d'agents lors du renouvellement des contrats car les offres de rémunération

⁷⁰⁸ Constat du rapport du Club des juristes, « Pour un droit européen de la compliance », novembre 2020, p. 26.

⁷⁰⁹ Audition de M. Charles Duchaine, directeur de l'AFA, par les députés R. Gauvain et O. Marleix, rapporteurs pour la Commission des lois, sur l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2, http://videos.assemblee-nationale.fr/video.10597957_60656dae755b9.lutte-contre-la-corruption-et-a-la-modernisation-de-la-vie-economique---m-charles-duchaine-direct-1-avril-2021, 1:18.

proposées étaient en dessous de ce que les agents pourraient obtenir dans une autre administration ou une entreprise⁷¹⁰.

A ce titre, le directeur de l'AFA reconnaît que le statut d'une AAI pourrait permettre plus de libertés dans la gestion de son budget. Il met toutefois en avant, à titre de contre argument, les contraintes liées aux activités de support de l'AFA qui sont rattachées au secrétariat général de Bercy pour les questions d'informatique et de sécurité⁷¹¹.

L'argument convainc assez peu. Il est probable que le directeur de l'AFA ait conscience, qu'eu égard aux objectifs de réduction des AAI, une fusion de l'AFA avec la HATVP est inévitable.

En tout état de cause, faire évoluer l'AFA vers un statut d'AAI lui permettrait, sur la base d'un budget alloué, de gérer ses dépenses de manière autonome et d'évoluer vers le recrutement de personnes dont le profil serait en adéquation avec ses missions.

625. Par ailleurs, le statut de l'AFA n'est pas toujours bien compris notamment à l'étranger.

Or, si l'un des buts premiers de la loi Sapin 2 est de permettre à la France de restaurer sa crédibilité internationale en matière de lutte contre la corruption, l'organisation actuelle de l'AFA ne permet pas d'arriver pleinement à cet objectif⁷¹².

B. Intégrer une partie des missions de l'AFA à la HATVP

626. Il ressort des débats parlementaires liés à l'adoption de la loi Sapin 2 que les raisons qui ont amenées le législateur à doter l'AFA d'un statut de service à compétence nationale et de ne pas en faire une AAI tiennent à la multiplicité de ses missions.

En tant que service à compétence nationale, l'AFA n'est pas indépendante et permet à l'Etat, par son biais, d'assumer une fonction de déploiement d'une stratégie nationale de lutte contre la corruption.

Effectivement, aux termes de l'article 3, 1° de la loi Sapin 2, l'AFA « *Participe à la coordination administrative, centralise et diffuse les informations permettant d'aider à prévenir*

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ *Ibid.*

⁷¹² Rapport du Club des juristes, « Pour un droit européen de la compliance », novembre 2020, p. 27.

et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. ».

627. Or, après quatre ans d'exercice, l'AFA n'est pas parvenue à assumer sa mission de coordination administrative.

Cette situation s'explique non seulement parce qu'elle a investi un temps considérable dans ses missions de conseil et de contrôle mais surtout parce qu'il ne semble pas raisonnable, au regard de ses moyens, d'attendre de cette agence qu'elle porte à elle seule la politique de la France en matière de lutte contre la corruption⁷¹³.

Dès lors, il est possible soit d'allouer plus de moyens à l'AFA, en sa forme actuelle, soit de prendre en compte les avantages du statut d'AAI et de la faire évoluer en ce sens.

628. Toutefois, le mouvement de réduction des AAI⁷¹⁴ oriente davantage vers une fusion de la HATVP et de l'AFA compte tenu des similarités qui existent entre ces deux entités.

Ces similarités sont thématiques et méthodologiques. Effectivement, l'infraction recherchée par l'activité de contrôle du patrimoine des responsables publics et de la représentation d'intérêt est le trafic d'influence.

Quant à la méthodologie de la HATVP, elle use également d'un pouvoir de contrôle dans le cadre de ses fonctions, bien qu'elle soit nettement moins amenée à l'utiliser que l'AFA.

De plus, un rapprochement entre la HATVP et l'AFA aurait le mérite de prévenir le risque de « doublons », en matière de conseil pour la prévention d'atteintes à la probité à l'endroit du secteur public, en permettant une meilleure optimisation des ressources de l'Etat⁷¹⁵.

En conséquence, le rapport formule une onzième proposition en vue de détacher de l'AFA ses missions de conseil des acteurs économiques et publics et de contrôle des dispositifs

⁷¹³ Constat des rapporteurs R. Gauvain et O. Marleix, Rapport d'information par la Commission des lois sur l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2, déposé le 7 juillet 2021, p. 85.

⁷¹⁴ L'article 24 de la loi du 20 janvier 2017 supprime le statut d'AAI à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, au Comité consultatif national d'éthique, à la Commission centrale permanente compétente en matière de bénéfices agricoles, à la Commission de la sécurité des consommateurs, à la Commission des infractions fiscales, à la Commission des participations et des transferts, à la Commission des sondages, à la Commission nationale d'aménagement cinématographique, à la Commission nationale d'aménagement commercial, à la Commission nationale de contrôle de la campagne électorale relative à l'élection du Président de la République, à la Commission paritaire des publications et des agences de presse, au Conseil supérieur de l'Agence France-Presse, ainsi qu'au Médiateur du cinéma.

⁷¹⁵ R. Gauvain et O. Marleix, Rapport d'information par la Commission des lois sur l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2, déposé le 7 juillet 2021, p. 89.

anticorruption pour les transférer à la HATVP en vue de créer « *une grande autorité administrative indépendante compétente en matière d'éthique publique et de prévention de la corruption, la Haute Autorité pour la Probité.* »⁷¹⁶.

Toutefois, le manque de recul lié au fait que ces deux entités sont encore très jeunes avait amené le rapport du Club des juristes à envisager ce rapprochement pour la prochaine législature⁷¹⁷.

629. Au-delà des raisons qui nous semblent valables pour justifier cette fusion, cette dernière revêt un caractère de sanction pour le directeur de l'AFA, particulièrement au regard des errements (qu'il reconnaît lui-même) constatés dans les premiers temps de l'agence.

Si le directeur de l'AFA allègue que l'agence a changé et a fait évoluer ses méthodes depuis, l'avenir proche dira si, oui ou non, le temps jouera en faveur de l'AFA comme il a joué en faveur de Sonepar et s'il convient d'appréhender les reproches faits à l'AFA pour ce qu'ils ont été ou pour ce qu'il en reste.

630. En tout état de cause, il serait intéressant d'intégrer à la réflexion d'une nouvelle AAI dotée de pouvoirs importants la création de l'autorité de contrôle en matière de vigilance qui vraisemblablement verra le jour dans la cadre d'une future directive européenne.

En effet, l'indépendance mise en avant tant par la proposition du Parlement européen que celle de la Commission européenne pourrait laisser penser à la création d'une éventuelle AAI. Néanmoins, l'objectif de réduction des dites AAI en France pourrait plutôt conduire à une concentration.

Cette dernière pourrait se justifier, non particulièrement au regard des thématiques protégées par le devoir de vigilance qui sont éloignées des atteintes à la probité, mais au regard de la méthodologie du plan de vigilance quasiment identique au programme anticorruption de la loi Sapin 2.

A ce titre, l'hypothèse devrait être étudiée afin de purger le débat.

⁷¹⁶ R. Gauvain et O. Marleix, Rapport d'information par la Commission des lois sur l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2, déposé le 7 juillet 2021, p. 87, 88.

⁷¹⁷ Rapport du Club des juristes, « Pour un droit européen de la compliance », novembre 2020, p. 30.

C. Créer un comité interministériel de lutte contre la corruption

631. Si les missions de conseil et de contrôle de l'AFA devaient être transférées à la HATVP, il reste que la mission de coordination administrative mise initialement à la charge de l'AFA doit être assumée par l'Etat et non une AAI.

Aussi, le rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2 propose la création d'un comité interministériel de lutte contre la corruption, présidé par le Premier Ministre, pour porter la politique anticorruption de la France.

Ce comité serait composé du Ministre de la Justice, du Ministre en charge du budget, du Ministre de l'Intérieur, du Ministre de l'Economie et du Ministre des Affaires étrangères. Il s'appuierait sur un comité technique présidé par le directeur de l'AFA.

L'AFA, dont on comprend qu'elle ne serait pas supprimée mais dont les missions seraient réagencées autour de la coordination administrative, serait en charge du secrétariat du comité interministériel, du soutien technique et des propositions à mettre en œuvre.

Titre 2. Sanctionner et réparer les atteintes protégées par les programmes de conformité

632. Les aspects préventifs de la loi Sapin 2 et de la loi relative au devoir de vigilance occupent une place prépondérante. Ces deux lois ont effectivement pour ambition d'éviter la réalisation du risque de corruption ou du risque d'atteinte grave envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi qu'à l'environnement.

Toutefois, la qualité des instruments préventifs mis en place par les entreprises dépend non seulement du contrôle qui en est fait mais également de la capacité des autorités d'enquête et de jugement à dégager des responsabilités et prononcer des sanctions si un risque se réalise.

En ce sens, la loi Sapin 2 s'illustre par un renouveau profond de la lutte contre la corruption du fait de l'adoption de nouveaux outils et mécanismes permettant notamment une meilleure appréhension et sanction des infractions de corruption internationale (Chapitre 1).

De son côté, la loi relative au devoir de vigilance instaure un mécanisme de responsabilité civile rattaché au régime général des articles 1240 et 1241 du Code civil comportant néanmoins quelques spécificités (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le renouveau de la lutte contre les atteintes à la probité

633. Comme l'a indiqué Mme Eliane Houlette (alors procureur de la République financier), la mondialisation de l'économie a décuplé le pouvoir des entreprises en même temps qu'elle a contribué à affaiblir la réaction des Etats aux infractions transnationales les plus complexes⁷¹⁸.

A ce constat d'affaiblissement doit être ajouté un certain laxisme ou une complaisance à l'endroit des atteintes à la probité, faisant de la France un mauvais exemple en matière de lutte contre la corruption internationale.

La loi Sapin 2 a été pensée pour rompre avec cet état de fait en portant un « nouvel espoir répressif » motivé par une volonté d'assainir la vie des affaires et de regagner une forme de souveraineté juridique.

⁷¹⁸E. Houlette, « Des dispositifs répressifs innovants : la convention judiciaire d'intérêt public, le *monitoring*, et la peine de programme de mise en conformité : propos introductifs », in « De la conformité à la justice négociée, actualité de la lutte anticorruption », colloque de l'ENM du 17 mai 2018, p. 41.

Cinq ans après sa promulgation, le bilan de la loi Sapin 2 semble positif. Le traitement pénal et la réponse judiciaire apportés aux infractions d'atteinte à la probité commises en France ou à l'étranger se sont considérablement renforcés (Section 1). De son côté, l'outil de la CJIP a permis de moderniser notre réponse pénale pour lui permettre de concurrencer celles des Etats les plus offensifs et les mieux armés dans la lutte contre la corruption (Section 2).

Section 1. Les poursuites judiciaires

634. L'impulsion créée par la loi Sapin 2 en matière d'accords transactionnels conclus avec le parquet ne doit pas occulter la réalité d'un arsenal législatif renouvelé en matière de poursuites judiciaires contre la délinquance économique et financière.

Aussi, la France a adopté une nouvelle structure de lutte par le biais du PNF et a mis en œuvre de nombreuses évolutions qui contribuent à renforcer l'action du parquet (§1).

De surcroît, à l'heure de la concurrence des systèmes juridiques, la France ne pouvait évoluer dans la répression des infractions internes sans s'affirmer également en matière de répression de la corruption internationale (§2).

L'ensemble de ces évolutions sont d'autant plus stratégiques pour la France que l'année 2021 a marqué l'examen par l'OCDE du nouvel arsenal français de lutte contre la corruption. Cet examen intervient dans le cadre de la quatrième phase d'évaluation de la mise en œuvre de la Convention OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers. Le rapport de phase 4 pour la France a été adopté le 9 décembre 2021.

§1. La nouvelle organisation répressive française pour lutter contre les atteintes à la probité

635. L'action du Ministère public tend à s'imposer dans le paysage de la lutte contre la grande délinquance économique et financière. En consacrant un parquet spécialisé, le PNF, autonome avec un champ de compétence étendu et des moyens importants, la France se dote de solutions pour instaurer une meilleure répression de la délinquance « en col blanc » (A).

L'action de ce nouveau PNF est « dopée » par de nombreuses évolutions législatives qui contribuent à renforcer ses possibilités de poursuite et de sanction (B).

A. La création du Parquet National Financier pour lutter contre la grande délinquance économique et financière

636. Le 6 décembre 2013, la loi n°2013-1117 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière ainsi que la loi organique n°2013-1115 relative au Procureur de la République financier ont été promulguées.

Ces deux textes, accompagnés du décret n°2013-960 portant la création de l'office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales (OCLCIFI), l'unité d'enquête du PNF, ont permis un renforcement considérable des moyens de lutte contre la grande délinquance économique et financière suite à « l'affaire Cahuzac ».

637. D'un point de vue strictement textuel, l'article 705 du Code de procédure pénale, créé par l'article 65 de la loi n° 2013-1117, établit une compétence concurrente entre le PNF, la juridiction d'instruction et les parquets territorialement compétents (le plus souvent celui du lieu de l'infraction) pour des faits relatifs aux atteintes (i) à la probité⁷¹⁹, (ii) à la confiance publique⁷²⁰, (iii) au bon déroulement des marchés financiers⁷²¹ ainsi que pour le blanchiment de ces infractions et pour les infractions qui seraient connexes.

En conséquence, le PNF et les autres parquets éventuellement compétents sont censés s'entendre sur la bonne répartition des dossiers. Le critère d'attribution du PNF étant la complexité de l'affaire⁷²².

638. A ce titre, le PNF est doté de moyens importants. Il est un parquet autonome, distinct du parquet de Paris, près le Tribunal judiciaire de Paris. Il dispose d'une compétence nationale et de sa propre unité d'enquête (l'OCLCIFI). De plus, la 32^{ème} chambre correctionnelle du Tribunal Judiciaire de Paris est dédiée aux jugements de ses affaires.

Plus particulièrement, le PNF a acquis un positionnement incontournable en matière de lutte contre les schémas de corruption et de trafic d'influence à caractère international.

⁷¹⁹ Il s'agit des infractions de corruption, trafic d'influence, favoritisme, détournement de fonds publics, prise illégale d'intérêt et concussion.

⁷²⁰ Il s'agit des infractions de fraude fiscale aggravée, de blanchiment et d'escroquerie à la TVA.

⁷²¹ Il s'agit des infractions de délit d'initié, de manipulation de cours ou d'indices et de diffusion d'informations fausses ou trompeuses.

⁷²² Communication du PNF, synthèse 2020, « Edito » de J.-F., Bonhert, disponible ici : https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/sites/default/files/2021-02/PNF-brochure_A5_2201.pdf ; voir également l'actualité du Club des juristes, « 3 questions à Didier Rebut sur les compétences du Parquet National Financier », disponible ici : <https://blog.leclubdesjuristes.com/3-questions-a-didier-rebut-competences-parquet-national-financier/>.

Le PNF est effectivement reconnu des organisations internationales et de ses homologues étrangers (*Department of Justice* aux Etats-Unis, *Serious Fraud Office* au Royaume-Uni, etc.).

639. Aussi, la circulaire de politique pénale en matière de lutte contre la corruption internationale du 2 juin 2020 entérine la position du PNF en un acteur incontournable de centralisation des affaires complexes, en matière de lutte contre les atteintes à la probité à caractère international, en indiquant :

« (...) le PNF a naturellement vocation à exercer sa compétence sur l'ensemble des dossiers de corruption internationale et à centraliser leur traitement. Il convient par conséquent, dès lors que des suspicions de corruption internationale crédibles sont portées à la connaissance d'un parquet, ou apparaissent dans le cadre d'une procédure, et dans la continuité des instructions antérieurement données en ce sens, que le PNF soit informé de manière systématique de ces affaires, sans distinction selon le stade de la procédure, le niveau de responsabilité des personnes impliquées ou la dimension financière du dossier. ».

Cette centralisation place le PNF au centre d'un vaste réseau d'informations, recueillies sur la base de l'article 40⁷²³ du Code de procédure pénale et de l'action des lanceurs d'alerte. Elle doit apporter plus de cohérence en consacrant un acteur unique de la réponse pénale à la corruption internationale.

B. Des évolutions législatives pour étendre les possibilités d'action du Ministère Public

640. Le PNF bénéficie de moyens importants et peut compter sur des évolutions législatives récentes contribuant à un renouveau de la lutte contre les atteintes à la probité en France.

Outre la réforme de la prescription pénale de 2017⁷²⁴ qui, en matière d'infractions économiques et financières, entérine une pratique déjà adoptée par les tribunaux (1), les parquets peuvent désormais se prévaloir de nombreuses dispositions pour sanctionner les atteintes à la probité du secteur public (2).

⁷²³ La circulaire du 2 juin 2020 vise plus particulièrement l'AFA, et toutes les administrations de l'Etat et AAI, les chambres régionales des comptes et commissaires aux comptes.

⁷²⁴ Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

De surcroît, la peine de mise en conformité introduite par la loi Sapin 2, à dimension préventive, vient s'ajouter à l'éventail des peines qui peuvent être prononcées (3).

1. La réforme de la prescription en matière pénale

641. La loi n°2017-242 du 27 février 2017 a réformé la prescription en matière pénale⁷²⁵.

Le nouvel article 7 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale double le délai de prescription de l'action publique pour les crimes. Il est désormais de vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise. De son côté, le nouvel article 8 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale prévoit que l'action publique des délits se prescrit par six années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise. Il supprime et remplace l'ancien délai qui était de trois années.

642. De plus, l'article 9-1 du Code de procédure pénale est modifié et prévoit désormais que *« le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise. »*.

En procédant à cette évolution, le législateur a consacré et généralisé une jurisprudence constante qui prévoyait, pour certains délits, le report du point de départ du délai de prescription de l'action publique au jour de leur découverte⁷²⁶.

Afin d'éviter des schémas d'imprescriptibilité, la loi fixe un délai butoir de douze années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.

643. L'article 9-1 du Code de procédure pénale détermine l'infraction dissimulée comme celle dont l'auteur accomplit délibérément des manœuvres afin d'empêcher sa découverte.

⁷²⁵ J.-B. Perrier, « L'essentiel et le détail de la réforme de la prescription en matière pénale », Recueil Dalloz 2017, p.713 ; A. Lepage et H. Matsopoulou, « La prescription de l'action publique entre pérennité et innovations – Présentation de la loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription pénale », Revue LexisNexis Droit pénal, mai 2017, dossier 2 ; voir également E. DAOUD, « La prescription des infractions occultes ou dissimulées en droit pénal des affaires : à la poursuite du temps perdu », *ibid.*, dossier 3.

⁷²⁶ Voir L. Griffon-Yarza, « Aspects pratiques de la réforme de la prescription pénale », Revue Droit pénal, LexisNexis, mai 2017.

La notion était déjà utilisée afin de poursuivre des infractions relevant d'atteintes à la probité et à la confiance publique. Il est désormais possible d'utiliser la notion de dissimulation pour n'importe quelle infraction⁷²⁷ bien que l'on suppose que son terrain privilégié restera identique. Quant à l'infraction occulte, probablement amenée à être moins utilisée, elle est définie comme celle qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire. En faisant écho à une clandestinité aussi importante, cette définition évoque l'atteinte à la vie privée ou le délit de substitution d'un enfant⁷²⁸.

2. L'ambition d'une plus grande probité du secteur public

644. La loi Sapin 2 opère une extension du champ d'application de l'infraction de favoritisme⁷²⁹. Cette infraction, souvent qualifiée d'octroi d'un avantage injustifié, se constitue par une atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

L'article 19 de la loi Sapin 2 ajoute à l'infraction de favoritisme les contrats de concession (délégations de simple services ou concessions de travaux publics) et lui permet d'appréhender tous les contrats de la commande publique⁷³⁰.

645. De surcroît, antérieurement à la loi Sapin 2, les atteintes à la probité propres au secteur public n'étaient pas concernées par la peine complémentaire d'affichage et de diffusion de la décision.

L'article 432-17 du Code pénal, modifié par l'article 19 de la loi Sapin 2, prévoit désormais la possibilité de prononcer cette peine complémentaire d'affichage et/ou de diffusion de la

⁷²⁷ Avis du conseil d'Etat n°390335 du 1^{er} octobre 2015, p. 6.

⁷²⁸ Voir, H. Matsopoulou, A. Lepage, « La prescription de l'action publique entre pérennité et innovations - Présentation de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale », Revue Droit pénal, LexisNexis, mai 2017.

⁷²⁹ Article 432-14 du Code pénal.

⁷³⁰ Circulaire relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi Sapin 2, 31 janvier 2018, p. 8.

décision pour les infractions de concussion⁷³¹, de prise illégale d'intérêt⁷³², de favoritisme⁷³³ et de détournement de fonds publics⁷³⁴.

646. Enfin, la loi Sapin 2 opère un renforcement de l'exigence de probité des candidats aux élections politiques en portant une extension de la peine d'inéligibilité⁷³⁵.

L'origine de cette peine se trouve dans l'interdiction des droits civiques, civils et de famille⁷³⁶ prescrite par l'article 131-26 du Code pénal qui peut aller jusqu'à cinq ans en cas de délit.

Cette peine, rarement prononcée à l'endroit des personnes censées incarner la moralité publique a été considérée comme insuffisante et a été portée à dix ans par la loi relative à la transparence de la vie publique pour les personnes membres du gouvernement ou titulaire d'un mandat électif public⁷³⁷.

Partant de cette évolution en 2013, la loi Sapin 2 n'intègre pas une augmentation de la durée de l'inéligibilité mais s'attaque au caractère facultatif de cette peine et renverse la tendance en faisant de l'inéligibilité le principe dans certaines situations.

Effectivement, suivant la proposition de la HATVP⁷³⁸, l'article 19 de la loi Sapin 2 intègre une peine d'inéligibilité obligatoire au dernier alinéa de l'article 432-17 du Code pénal pour l'ensemble des atteintes à la probité commis par des personnes exerçant une fonction publique ainsi que pour la corruption active et le trafic d'influence commis par des particuliers.

Un élément de pondération est mis en place en ce que « *la juridiction peut, par une décision spécialement motivée, décider de ne pas prononcer cette peine, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* ».

⁷³¹ Article 432-10 du Code pénal.

⁷³² Articles 432-12 et 432-13 du Code pénal.

⁷³³ Article 432-14 du Code pénal.

⁷³⁴ Articles 432-15 et 432-16 du Code pénal.

⁷³⁵ Voir l'article de J.-M. Brigand, « Les peines complémentaires dans la loi Sapin II : entre extension et innovation », Revue Lamy droit des affaires, n° 124, 1^{er} mars 2017.

⁷³⁶ Droit de vote, éligibilité, fonction juridictionnelle, droit de témoigner en justice ou encore d'être tuteur ou curateur.

⁷³⁷ Article 131-26-1 du Code pénal.

⁷³⁸ Rapport de la HATVP au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics, janvier 2015, proposition n°18, p. 143.

647. Notons qu'en septembre 2017, la loi n°2017-1339 pour la confiance dans la vie politique réorganise les peines d'inéligibilité obligatoires en intégrant au Code pénal l'article 131-26-2.

Outre les atteintes « classiques » à la probité, déjà visées par la loi Sapin 2, les peines d'inéligibilité obligatoires sont étendues à un grand nombre d'infractions, telle que la soustraction et le détournement de biens, les faux administratifs, les fraudes électorales et au financement des partis politiques, la fraude fiscale aggravée, le délit d'initié, l'escroquerie, l'agression sexuelle, le harcèlement moral ou sexuel, etc.

Si le juge ne souhaite pas prononcer cette peine, il doit le faire par une décision spécialement motivée et au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.

3. De la peine de mise en conformité au délit de non mise en conformité

648. L'article 18 de la loi Sapin 2 développe un outil étonnant : la peine de mise en conformité⁷³⁹. Une peine singulière qui fait écho à la dimension préventive de la loi.

Le législateur transforme le diptyque du jugement pénal qui consiste à sanctionner et, le cas échéant, à réparer en un triptyque consistant à sanctionner, réparer et s'assurer que les faits ne se reproduisent plus.

Cette peine de mise en conformité trouve sa source à l'article 131-39-2, I, du Code pénal qui indique que « *Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un délit peut être sanctionné par l'obligation de se soumettre, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, pour une durée maximale de cinq ans, à un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures définies au II.* ».

649. Cette nouvelle peine complémentaire est applicable à toutes les personnes morales publiques ou privées. Il n'est pas nécessaire que la société condamnée atteigne les seuils fixés par la loi Sapin 2 ou qu'elle soit de nationalité française⁷⁴⁰.

⁷³⁹ Voir pour un bref aperçu, H. Matsopoulou, Répertoire Dalloz des sociétés, « Responsabilité pénale des personnes morales – Sanctions applicables aux personnes morales », avril 2019, §176.

⁷⁴⁰ Circulaire DACG, relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi Sapin 2, 31 janvier 2018, p. 18.

La seule condition posée pour la personne morale est celle d'être reconnue coupable des infractions visées par les textes suivants :

- L'article 433-1 du Code pénal soit la corruption active d'un agent public français ;
- l'article 433-2 du Code pénal soit le trafic d'influence actif ;
- les articles 434-9 alinéa 3 et 434-9-1 alinéa 2 du Code pénal soit la corruption et le trafic d'influence actif visant à entraver le cours de la justice française ;
- l'article 435-3 du Code pénal soit la corruption active d'agent public étranger ou d'agent d'une organisation internationale publique ;
- l'article 435-4 du Code pénal soit le trafic d'influence actif en vue d'orienter l'action d'un agent d'une organisation internationale publique ;
- l'article 435-9 du Code pénal soit la corruption active visant à entraver le cours de la justice internationale ;
- l'article 435-10 du Code pénal soit le trafic d'influence actif en vue d'orienter la justice internationale ;
- les articles 445-1 et 445-1-1 du Code pénal soit la corruption active des personnes n'exerçant pas une fonction publique ; et
- les articles 445-2 et 445-2-1 du Code pénal soit la corruption passive des personnes n'exerçant pas une fonction publique.

650. La peine de mise en conformité correspond à la mise en place des mesures et procédures de l'article 17 de la loi Sapin 2 que nous avons d'ores et déjà détaillées (voir *supra*, § n° 647 et s.).

La différence se situe dans le contrôle que va exercer le Procureur de la République dans l'exécution de la peine et dans son suivi, confié à l'AFA.

L'article 764-44 du Code de procédure pénale prévoit que l'AFA informe au moins tous les ans le Procureur de la République de la mise en œuvre du programme et lui remonte toute difficulté qu'elle rencontrerait dans l'exercice de sa mission.

Ce droit d'information est également possible pour l'entreprise qui, sur la base d'une difficulté dans la mise en place du programme ou dans ses relations avec l'AFA, peut en informer le Procureur de la République.

651. Une autre différence se situe dans le coût de la mesure. Effectivement, prenant sa source dans le *monitoring* américain, il aurait été étonnant que la peine de mise en conformité prévoie que l'AFA exerce son rôle de contrôleur, à titre intégralement gratuit.

Néanmoins, l'article 131-39-2, III du Code pénal prévoit que « *les frais occasionnés par le recours par l'Agence française anticorruption à des experts ou à des personnes ou autorités qualifiées pour l'assister dans la réalisation d'analyses juridiques, financières, fiscales et comptables sont supportés par la personne morale condamnée, sans que le montant de ces frais ne puisse excéder le montant de l'amende encourue pour le délit au titre duquel cette peine est prononcée.* ».

Il ne s'agit donc pas de la mission de l'AFA, telle qu'elle l'internaliserait, qui peut être facturée à la société condamnée mais de toutes les prestations auxquelles l'AFA aurait recours pour être assisté dans sa mission.

Ces frais sont limités au montant de l'amende prévue par l'infraction pour laquelle la personne a été reconnue coupable.

652. En définitive, la peine de mise en conformité comprend une logique préventive qui élude son aspect punitif. Il s'agit d'une obligation de faire qui représente, certes, un coût mais qui est accompagnée par l'AFA. L'entreprise n'est pas livrée à elle-même.

En revanche, l'aspect punitif réapparaît dès lors que la peine de mise en conformité est inexécutée ou mal exécutée.

La loi Sapin 2 met en place le délit de l'article 434-43-1 du Code pénal visant à sanctionner de deux ans d'emprisonnement et de 50.000 € d'amende les « *organes ou représentants d'une personne morale condamnée à la peine prévue à l'article 131-39-2* » qui se seraient abstenus de prendre les mesures nécessaires ou se seraient opposés à la bonne exécution de leurs obligations. On retrouve la même idée qui gouverne l'article 17 de la loi Sapin 2 selon laquelle c'est au dirigeant que revient l'obligation de mettre en place le programme de conformité.

Cela n'empêche toutefois pas les personnes morales d'être sanctionnées. Au titre de l'article 434-43-1 du Code pénal, ces dernières peuvent être condamnées à une amende dont le montant peut être porté « *au montant de l'amende encourue au titre du délit pour lequel elles ont été condamnées et qui a donné lieu au prononcé de la peine prévue à l'article 131-39-2* ». Le même article ajoute que « *Les personnes morales déclarées responsables pénalement encourent*

également l'ensemble des autres peines encourues au titre du délit pour lequel elles ont été condamnées et qui a donné lieu au prononcé de cette peine. ».

653. Le respect de la peine de mise en conformité de l'entreprise est donc assuré par des sanctions dissuasives. Si l'entreprise ne respecte pas sa peine de mise en conformité, elle peut être condamnée à la même sanction financière que celle dont elle s'est déjà acquittée.

Si nous ne contestons pas la présence d'une amende au délit de l'article 434-43-1 du Code pénal, la référence à l'amende prévue par l'infraction initiale est critiquable en ce qu'elle revient à condamner une entreprise à une peine prévue par une infraction qui ne s'est pas matériellement renouvelée mais dont on considère que cela sera le cas si elle échoue à mettre en place le programme de conformité.

§2. L'appréhension par la loi française des faits de corruption et de trafic d'influence commis à l'étranger

654. Après de nombreuses années marquées par une incapacité à sanctionner les schémas de corruption internationaux, il était important que le droit français réagisse avec force en instaurant une idée de rupture.

En ce sens, la France a renforcé les moyens mis à la disposition de l'action publique (A). De plus, une ligne jurisprudentielle se dessine quant à la volonté de la Cour de cassation de sanctionner les infractions de corruption commises en partie en France (B).

A. Les évolutions répressives extraterritoriales portées par la loi Sapin 2

655. En matière de répression pénale, le principe de la compétence des juridictions françaises est lié à l'existence d'un lien de rattachement avec l'ordre juridique français. Précisons que le juge répressif français est toujours tenu d'appliquer la loi pénale française de telle sorte qu'il ne saurait être confronté à une situation de conflit de lois en droit pénal⁷⁴¹.

⁷⁴¹ M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, « Droit international privé », § 60, LGDJ, 3^{ème} ed. ; voir également T. Vignal, « Droit international privé », § 58 et 59, Sirey, 3^{ème} ed.

Aussi, le principe de territorialité prévu par l'article 113-2 du Code pénal recouvre nécessairement la compétence des juridictions françaises suite à la commission d'une infraction sur le territoire français : « *La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire.* ».

La jurisprudence française adopte une vision très ouverte de la notion du fait constitutif de l'infraction comme comprenant outre les éléments constitutifs proprement dits, les actes préparatoires de l'infraction mais également ses conséquences préjudiciables⁷⁴².

La haute juridiction a, ainsi, pu considérer les tribunaux français compétents pour connaître du délit de pollution d'un cours d'eau français résultant de substances déversées par une entreprise belge sur le territoire belge⁷⁴³.

Il semble effectivement logique, dès lors que le territoire français subit un dommage, de permettre aux juridictions françaises de sanctionner l'auteur des faits.

656. Le principe est similaire pour les cas où les infractions sont commises en dehors du territoire français. Dès lors qu'un lien de rattachement suffisamment fort existe avec l'ordre juridique français, la loi française est applicable.

Les articles 113-6 à 113-14 du Code pénal posent les règles en vigueur pour les infractions commises en dehors du territoire français et mettent donc en œuvre des situations de compétence extraterritoriale.

Les alinéas 1 et 2 de l'article 113-6 du Code pénal prévoient l'application de la loi pénale française dès lors qu'une personne de nationalité française est impliquée en tant qu'auteur :

« La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République. »

⁷⁴² A. Vitu, F. Stasiak, *JurisClasseur Pénal des affaires*, Fasc. 40 « Corruption. – Des atteintes à l'administration publique et à l'action de la justice des Communautés européennes, des États membres de l'Union Européenne, des autres États étrangers et des autres organisations internationales publiques », janvier 2019, § 16 ; voir également, F. Agostini, *Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale*, « Compétence – Aménagement des règles de compétence en matière pénale », § 100 ; voir également l'arrêt de principe rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 1^{er} octobre 1986, n°84-94.124, qui donne compétence aux juridictions françaises pour connaître d'un cas de recel d'objet commis en Italie par une personne de nationalité italienne qui avait commandé en France les objets par téléphone ; pour une application récente voir l'arrêt de la Cour de cassation rendue dans le premier volet de l'affaire Pétrole contre nourriture, Crim. 14 mars 2018, n°16-82.117.

⁷⁴³ Crim., 15 nov. 1977, n° 77-90.089.

Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis. ».

Ainsi, lorsque l'infraction qui est commise par un français dans un pays étranger est un crime, la loi pénale française est toujours applicable.

En revanche, en cas de délit, l'application de la loi pénale française est, par principe, subordonnée à la condition dite de la double incrimination⁷⁴⁴.

657. De son côté, l'article 113-7 du Code pénal prévoit que « *La loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction.* »⁷⁴⁵.

L'article 113-8 complète le dispositif en ajoutant une condition supplémentaire : « *Dans les cas prévus aux articles 113-6 et 113-7, la poursuite des délits ne peut être exercée qu'à la requête du Ministère Public. Elle doit être précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis. ».*

On constate donc que la répression des délits commis en dehors du territoire français est rendue difficile par la condition de la double incrimination et par le monopole du Ministère Public dans le déclenchement de l'action publique.

Face à cette situation, la loi Sapin 2 va opérer des changements radicaux en matière d'extraterritorialité de la loi française.

658. Premièrement, relevons que la loi Sapin 2 a procédé à la mise en place attendue des infractions de trafic d'influence actif et passif d'agents publics étrangers en modifiant les articles 435-2 et 435-4 du Code pénal.

Ces nouvelles infractions se définissent par la mise en place d'un schéma tripartite incluant la personne cherchant à obtenir « *des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable* » (le trafiquant d'influence « actif » tel que prévu par les articles 435-4 alinéa 1 et 2 du Code pénal), la personne qui va user de son influence pour les lui apporter contre n'importe quel avantage (le trafiquant d'influence « passif » tel que prévu par l'article 435-2 du Code pénal) et « *une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une*

⁷⁴⁴ Voir L. Desessard, Jurisclasseur Art. 113-1 à 113-12 - Fasc. 20 « Application de la loi pénale dans l'espace – Infractions commises ou réputées commises hors le territoire de la République ».

⁷⁴⁵ Soulignement ajouté.

mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique » qui va effectivement, grâce à l'action de la personne qui use de son influence, rendre ledit service attendu.

Rappelons que la différence entre la corruption et le trafic d'influence réside dans l'action attendue en contrepartie. Si elle rentre directement dans les prérogatives du « passif », il s'agit d'un cas de corruption. Si, à l'inverse, ce dernier doit user de son influence pour qu'un autre décideur prenne une décision, il s'agira d'un cas de trafic d'influence⁷⁴⁶. Précisons également que le délit passif du trafic d'influence peut être commis par une personne exerçant une fonction publique ou par n'importe quel agent privé qui se prévaut d'une influence réelle ou supposée⁷⁴⁷.

Le droit français a longtemps été réticent à réprimer le trafic d'influence auprès d'agents publics étrangers en raison de l'absence d'une telle incrimination dans de nombreux pays. Il fallait éviter de créer des distorsions de concurrence qui pénaliseraient les entreprises françaises.

659. Notons toutefois que la loi Sapin 2 n'est pas complète dans son évolution. Concernant les atteintes à l'action de la justice, les infractions de trafic d'influence des articles 435-8 et 435-10 du Code pénal ne visent que les personnes qui exercent leurs fonctions juridictionnelles au sein ou auprès d'une Cour internationale ou lorsqu'elles sont nommées par une telle Cour.

Les personnes qui exercent des fonctions juridictionnelles au sein d'un état étranger ne sont pas visées par ces nouvelles infractions de trafic d'influence⁷⁴⁸.

660. Deuxièmement, l'article 435-6-2 est inséré au Code pénal et dispose :

« Dans le cas où les infractions prévues aux articles 435-1 à 435-4 [corruption et trafic d'influence actif et passif d'un agent public étranger] sont commises à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement ou exerçant tout ou partie de son activité économique sur le territoire français, la loi

⁷⁴⁶ Sur la distinction entre la corruption et le trafic d'influence, voir le Lamy 2017, Droit pénal des affaires, § 831 et s. : il y est expliqué qu'en matière de corruption, le corrompu « *monnaye l'accomplissement d'un acte de sa fonction ou facilité par elle* » alors qu'en matière de trafic d'influence la personne sa place en dehors de sa fonction et « *use ou abuse du crédit qu'elle possède, ou qu'elle croit posséder, du fait de sa position, dans la société ou l'administration (...)* ».

⁷⁴⁷ *Ibid.*

⁷⁴⁸ E. Dreyer, JurisClasseur Pénal, Art. 435-1 à 435-15 - Fasc. 20 « Atteintes à l'administration publique et à l'action de la justice des communautés européennes, des États membres de l'Union Européenne, des autres États étrangers et des autres organisations internationales publiques », janvier 2018, § 51 à 57.

française est applicable en toutes circonstances, par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6, et l'article 113-8 n'est pas applicable.

Pour la poursuite de la personne qui s'est rendue coupable sur le territoire français, comme complice, d'une infraction prévue aux articles 435-1 à 435-4 commise à l'étranger, la condition de constatation de l'infraction par une décision définitive de la juridiction étrangère prévue à l'article 113-5 n'est pas applicable. ».

661. La loi pénale française est donc toujours applicable à une personne française qui se livre à des actes de corruption et de trafic d'influence d'un agent public étranger.

De plus, outre les personnes physiques ou morales françaises, l'article 435-6-2 du Code pénal vise les personnes qui exercent une activité économique sur le territoire français.

Ce faisant, la loi Sapin 2 aménage la possibilité de poursuivre des entreprises de droit étranger qui opèrent en France par le biais d'une filiale, d'une succursale ou d'un établissement ou qui ont conclu des contrats entraînant l'exercice d'une activité économique en France⁷⁴⁹.

On identifie également, à la lecture de l'article, les personnes physiques de nationalité étrangère qui agiraient comme des intermédiaires dans la négociation d'un contrat, qui soit résident habituellement en France soit y exercent leur activité économique sans être structuré sous la forme d'une société⁷⁵⁰.

662. Pour porter au plus haut ce nouvel article 435-6-2 du Code pénal, les deux conditions procédurales nécessaires à l'application du droit français pour les délits commis à l'étranger sont écartées. Il s'agit (i) de la réciprocité de l'incrimination des faits dans le pays étranger où ils se sont déroulés et (ii) du monopole du Ministère Public dans le déclenchement de l'action publique⁷⁵¹.

⁷⁴⁹ Circulaire DACG, du 31 janvier 2018, précitée, p. 9.

⁷⁵⁰ T.Allain, D.Boucet, « La poursuite en France de faits de corruption et de trafic d'influence commis à l'étranger après la loi Sapin 2 – Volet II : la poursuite des auteurs », Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n°3, octobre 2017, comm.63.

⁷⁵¹ Pour une illustration plus ancienne, la France s'est déjà dotée d'instruments extra territoriaux dans les années 90 pour poursuivre, devant ses propres tribunaux, ses ressortissants auteurs d'abus sexuels commis à l'étranger contre des mineurs et ce, sans que la victime porte plainte, que l'Etat dans lequel ces faits ont été commis fasse une dénonciation officielle ou que le délit ou crime soit puni de la même façon dans les deux pays.

663. Enfin, l'article 435-6-2 alinéa 2 du Code pénal tel que résultant de la loi Sapin 2 aménage la répression des cas de complicité commis en France pour les infractions de corruption et de trafic d'influence commises à l'étranger. La loi pénale française devient applicable sans attendre la constatation de l'infraction par une décision de justice étrangère devenue définitive.

664. Ces évolutions permettent l'appréhension par la justice française des infractions les plus complexes.

Effectivement, l'infraction de corruption ne permet pas d'appréhender les schémas illicites dans leur entièreté. La consécration de l'infraction de trafic d'influence d'un agent public étranger permet de poursuivre, avec un élément légal précis, l'intervention frauduleuse d'un intermédiaire à la demande d'une entreprise, en vue d'obtenir un avantage d'une entité publique étrangère.

Le plus souvent, cette infraction de trafic d'influence est suivie, sur place, d'une infraction de corruption. Or, le droit français se retrouvait dans la difficulté, faute de lien de rattachement, pour sanctionner le pacte de corruption dès lors que les personnes impliquées étaient de nationalité étrangère et que tous les faits constitutifs de la corruption étaient situés à l'étranger.

Dans cette hypothèse, l'article 113-6 du Code pénal n'est pas plus utilisable que l'article 113-2 du Code pénal.

665. Prenons le cas suivant aux fins d'illustration de notre propos : un intermédiaire de nationalité étrangère, se livre à une infraction de trafic d'influence passive d'un agent public étranger avec une personne de nationalité française (l'actif). Seulement, cet intermédiaire se livre à un acte de corruption active de l'agent public étranger pour obtenir l'avantage recherché au trafiquant d'influence actif.

D'une manière plus factuelle, cette situation pourrait se traduire par un contrat d'intermédiation conclu par une société française avec une personne en vue de l'aider à s'implanter à l'étranger. Le pacte de corruption conclu sur place serait motivé par une rémunération variable calculée selon l'apport d'affaires.

Dans cette hypothèse, la société française pourrait être poursuivie sur la base du trafic d'influence actif d'un agent public étranger. De son côté, l'intermédiaire pourrait être poursuivi pour trafic d'influence passif d'un agent public étranger ainsi que pour corruption active d'un agent public étranger dès lors que l'on peut rattacher sa résidence habituelle en France ou ne serait-ce qu'une partie de son activité économique.

B. La réaction jurisprudentielle française aux transactions conclues à l'étranger

666. La position de la jurisprudence française face à des entreprises ayant conclu des transactions pénales ou « deals de justice »⁷⁵² n'est pas homogène.

Elle se partage entre une position progressiste des juridictions du fond et une volonté de conservatisme de la Cour de cassation qui essaie, tant bien que mal, de faire coïncider souveraineté judiciaire et protection des droits de la défense.

Un numéro d'équilibriste qui passe par une certaine vision du principe du *non bis in idem* (1) et qui s'est illustré dans le cadre d'affaires médiatiques (2).

Fort heureusement, les évolutions portées par la loi Sapin 2 permettent de résoudre une partie du problème en ayant recours à des moyens modernes de répression, d'ores et déjà utilisés par les régulateurs étrangers.

1. Rappel du principe du *non bis in idem*

667. L'article 6 alinéa 1 du Code de procédure pénale indique que « *L'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée.* ».

La chose jugée est donc une cause d'extinction de l'action publique. Le principe prévu par la règle du *non bis in idem* prévoit qu'une personne qui a été jugée ne peut être poursuivie, à nouveau pour les mêmes faits, dès lors que la décision rendue est devenue définitive, qu'elle ait donné lieu à une décision de condamnation, un acquittement ou une relaxe.

Aussi, en matière de crime, l'article 368 Code de procédure pénale prévoit qu'« *Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente.* ».

668. Ce principe est bien connu du droit français mais est également protégé par des instruments européens et internationaux notamment l'article 4 du Protocole n°7 à la Convention EDH, le Pacte international des Droits civils et politiques de 1966, l'article 50 de la Charte des

⁷⁵² Nous faisons ici référence à l'expression employée par A. Garapon et P. Servan-Schreiber dans leur ouvrage « Deals de justice - Le marché américain de l'obéissance mondialisée » précité et qui vise principalement le *deferred prosecution agreement*.

droits fondamentaux de l'Union Européenne ou encore l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen.

Des différences existent cependant selon les textes. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoit en son article 14.7 que « *Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays.* ».

En faisant référence à une infraction et donc à une qualification pénale et non aux faits qui ont été jugés, l'article 14.7 introduit l'idée que seules de nouvelles poursuites fondées sur la même infraction sont interdites. Il ne serait, en conséquence, pas impossible d'introduire de nouvelles poursuites sur le fondement d'une qualification différente contrairement aux dispositions introduites par l'article 368 du Code de procédure pénale *a minima* applicables pour les crimes⁷⁵³.

Toutefois, outre les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la jurisprudence française⁷⁵⁴ et de la CEDH⁷⁵⁵ se sont orientées vers l'application d'une identité des faits poursuivis pour en déduire l'impossibilité de nouvelles poursuites.

669. En conséquence, l'article 113-9 du Code pénal prévoit que pour tous les cas de compétence personnelle active (un français commet une infraction) ou passive (un français est victime d'une infraction) visés par les articles 113-6⁷⁵⁶ et 113-7⁷⁵⁷ du Code pénal « *aucune poursuite ne peut être exercée contre une personne justifiant qu'elle a été jugée définitivement*

⁷⁵³ S. Fucini, « Principe non bis in idem et cumul de poursuites administratives et pénales pour les mêmes faits » in « Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles », PUAM, 2014, p. 157.

⁷⁵⁴ Par exemple, Crim, 20 mai 2015 n°13-83.489, ainsi que les deux décisions du 18 mars 2015 du Conseil constitutionnel, QPC n°2014-453/454 et 2015-462, qui prohibent le cumul des poursuites administratives et pénales en matière boursière. Dans cette affaire, dite EADS, le Conseil constitutionnel considère non conforme le cumul des poursuites administratives et pénale. Le principe du *non bis in idem* fait obstacle à ce que des poursuites soit engagées ou maintenues au pénal, si les mêmes auteurs sont déjà poursuivis pour les mêmes faits devant la Commission des sanctions de l'AMF.

⁷⁵⁵ Voir les arrêts de la CEDH, Zolotoukhine c/ Russie, 10 févr. 2009, n° 14939/03, Ruotsalainen c/ Finlande 16 juin 2009, n° 13079/05 ; Grande Stevens et autres c/ Italie, 4 mars 2014, n° 18640/18.

⁷⁵⁶ La loi pénale française est applicable si un français commet un crime à l'étranger où un délit sous la condition de la réciprocité de l'incrimination avec les exceptions qu'elle comporte.

⁷⁵⁷ La loi pénale française est applicable si un français est victime à l'étranger d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement, peu importe la personnalité de l'auteur.

à l'étranger pour les mêmes faits et, en cas de condamnation, que la peine a été subie ou prescrite. »⁷⁵⁸.

Toutefois, les cas visés par les articles 113-6 et 113-7 recouvrent les situations où la loi française est compétente extra territorialement, soit lorsqu'un français commet une infraction à l'étranger, soit lorsqu'il est victime d'une infraction à l'étranger.

En dehors de ces hypothèses, si la loi française est compétente territorialement, au titre de l'article 113-2⁷⁵⁹, la règle du *non bis in idem* ne peut s'appliquer sur la base de l'article 113-9 du Code pénal.

Or, la complexité des faits de corruption internationale implique des localisations multiples de l'infraction et de nombreux acteurs situés dans différents pays.

En conséquence, de nombreux Etats peuvent se déclarer compétents pour un même schéma de corruption internationale.

Or, lorsque différents Etats sont compétents et qu'ils n'ont pas recours aux mêmes outils pour sanctionner les faits, notamment en ce qu'ils utilisent des « deals de justice », l'utilisation du principe du *non bis in idem* est particulièrement complexe.

⁷⁵⁸ La même disposition se retrouve à l'article 692 du Code de procédure pénale. Précisons que les conditions d'application de ces deux articles sont interprétées de manière restrictive, la jurisprudence exigeant que les faits poursuivis soient identiques, qu'un jugement définitif a été rendu excluant donc une décision de classement sans suite ou son équivalent.

⁷⁵⁹ L'article 113-2 du Code pénal prévoit que « *La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République.*

L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire. ».

2. L'application du principe à des poursuites étrangères pour des faits de corruption internationale

670. L'affaire de référence est l'affaire « Pétrole contre nourriture ». Le programme pétrole contre nourriture a été mis en place de 1996 à 2003 par l'ONU afin de satisfaire les besoins humanitaires du peuple irakien alors que de lourdes sanctions économiques ont été mises en place contre l'Irak après l'invasion du Koweït en 1990.

Le programme devait permettre, sous la supervision de l'ONU, à l'Irak de vendre son pétrole en contrepartie de l'achat de biens de première nécessité (nourriture, médicaments etc.) dans un contexte d'embargo après la guerre du golfe.

Il s'est avéré que le régime irakien de Saddam Hussein prélevait en toute illégalité une taxe de 10% supplémentaire sur la valeur du baril de pétrole fixé par l'ONU. De nombreuses entreprises ont accepté de payer cette surtaxe par des biais occultes (valises d'argent déposées dans des ambassades irakiennes, virements bancaires à l'endroit de sociétés écrans...) pour profiter des hydrocarbures.

Lorsque le scandale éclate, Kofi Annan, alors secrétaire général de l'ONU mandate une commission d'enquête dirigée par Paul Volcker afin d'enquêter sur les manquements présumés. La commission rendra ses conclusions en octobre 2005 mettant en lumière plus d'un milliard de dollars perçus de manière illicite par le régime irakien notamment en provenance d'entreprises russes ou françaises⁷⁶⁰.

Les retombées juridiques de cette affaire de corruption internationale ont été immenses avec plus de 2.000 sociétés impliquées dont près de 180 françaises.

La France a engagé des poursuites contre les entreprises et particuliers impliqués, sur la base de l'infraction de corruption active d'agent public étranger.

671. L'affaire « Pétrole contre nourriture » débute en France avec le renvoi devant le Tribunal correctionnel de Paris de deux personnes morales, l'entreprise pétrolière française Total SA et l'entreprise pétrolière Suisse Vitol SA et 15 personnes physiques dont l'ancien Ministre de l'intérieur, Charles Pasqua, principalement pour des faits de corruption d'un agent public étranger et de trafic d'influence.

⁷⁶⁰ Pour plus de précisions sur cette affaire, la lecture de l'article du Monde, « Pétrole contre nourriture, un scandale mondial » publié en août 2011 est instructive.

Une décision de relaxe générale a été prononcée par le Tribunal correctionnel de Paris le 8 juillet 2013.

Les raisons de cette relaxe se trouvent, selon le tribunal, dans le fait que les agents publics irakiens qui avaient perçu les surcharges financières n'agissaient pas à titre personnel mais exécutaient une décision arrêtée par les plus hauts dirigeants irakiens.

Les agents en cause ne s'étaient donc pas enrichis personnellement et avaient agi comme leur hiérarchie l'avait convenu, en violation des règles fixées par l'ONU⁷⁶¹.

672. De surcroît, concernant la société pétrolière suisse Vitol, la Tribunal a fait valoir l'extinction de l'action publique par l'effet de la chose jugée, comme le prévoit l'article 6, alinéa 1 du Code de procédure pénale.

Effectivement la société s'est acquittée en 2007, dans le cadre d'une transaction avec le *DoJ*, d'une amende de 135 millions de dollars pour les mêmes faits de corruption.

C'est donc bien la règle du *non bis in idem* qui a été utilisée, au moins partiellement, pour justifier la relaxe de la société Vitol.

La décision était critiquable sous plusieurs aspects relevés par la Cour d'appel de Paris qui, saisie par le Ministère Public, n'a pas suivi le Tribunal correctionnel dans l'ensemble de son analyse.

Les entreprises Total et Vitol ont respectivement été condamnées le 26 février 2016⁷⁶² par la Cour d'appel de Paris à s'acquitter d'une amende de 750.000 euros et 300.000 euros.

673. Pour écarter l'argument tenant à l'application du principe du *non bis in idem* mis en avant par la société Vitol, la Cour d'appel de Paris a dû faire preuve d'inventivité.

La Cour commence par relever l'application de la règle du *non bis in idem*.

Toutefois, dans la mesure où les dispositions des articles 113-9 du Code pénal et 692 du Code de procédure pénale ne sont pas applicables (les juridictions françaises sont, pour le cas

⁷⁶¹ Voir pour une analyse poussée, l'article de J. Lelieur, « L'affaire Pétrole contre nourriture devant la justice française - Libres propos sur le jugement du tribunal correctionnel de Paris du 8 juillet 2013 », La Revue du Grasco, n°8, janvier 2014, p. 103 ; Voir également, F. Rome, « Or noir et blanches colombes... », Recueil Dalloz 2013, p. 1737.

⁷⁶² Décision n°13/09208.

d'espèce, territorialement compétentes⁷⁶³, voir *supra*, § n° 668), la Cour d'appel a dû chercher un nouveau fondement.

C'est dans l'article 14-7 du Pacte international sur les droits civils et politiques que la Cour trouve le moyen de motiver sa décision, en conférant à cet article une portée internationale inattendue.

Effectivement, l'article qui prévoit que « *Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays.* » n'a pas été pensé pour une application internationale mais pour donner un cadre légal aux Etats signataires.

674. Or, la Cour considère, sur ce fondement, une application internationale du *non bis in idem* et justifie son propos en expliquant que « *pour autant que le risque de procédures multiples s'accroît, il est légitime que la protection des justiciables s'insère dans la même logique* ».

Or, en faisant référence à l'article 14-7 du Pacte international sur les droits civils et politiques, la Cour utilise l'infraction pour qualifier la notion d'« *idem* » et non les faits qui peuvent recevoir plusieurs qualifications.

Cela permet à la Cour de considérer que :

« la décision américaine vise des faits de « vol aggravé » ; il s'en déduit que ce faisant le juge américain sanctionne la violation de l'embargo sous le seul angle d'une violation économique.

L'infraction de corruption active introduite en droit français poursuit un objectif radicalement distinct, énoncé dès la rédaction de la convention OCDE, à savoir la garantie de l'intégrité des opérateurs économiques dans un contexte mondial très concurrentiel, ce afin de préserver la loyauté des échanges, d'assainir les marchés.

C'est dans ce cadre qu'il y a lieu de considérer que l'État français, contrairement à ce que soutient la Vitol LTD dans le cadre des accords internationaux signés par la France, État souverain comme le souligne le Ministère Public, conserve le droit de juger les agents économiques qui transgressent les règles ci-dessus rappelées et notamment celle de la probité dans le cadre des échanges internationaux. »

⁷⁶³ En l'espèce, l'infraction de corruption a été décidée et préparée en France, c'est également en France que les commissions ont été versées.

675. La Cour de cassation casse la décision de la Cour d'appel quant à l'application de la règle du *non bis in idem*⁷⁶⁴.

La haute juridiction commence par rappeler la compétence territoriale des juridictions françaises sur le fondement de l'article 113-2 du Code pénal. Elle indique également le caractère inapplicable des dispositions des articles 692 du code de procédure pénale et 113-9 du code pénal dans la mesure où l'infraction s'était déroulée sur le territoire français.

Par une formule lapidaire, elle considère que les dispositions des articles 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme et 14-7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui font obstacle à des doubles poursuites pour des faits uniques « *ne trouvent à s'appliquer que dans le cas où les deux procédures ont été engagées sur le territoire du même Etat* ».

Ce faisant, la haute juridiction réduit la portée du *non bis in idem* que la Cour d'appel avait tenté d'internationaliser et réaffirme une position traditionnelle.

676. Dans la mesure où aucun texte ne permet l'application du principe *non bis in idem* à des décisions rendues en dehors de l'Union Européenne pour des situations où la loi française est territorialement compétente, il n'y a pas de fondement pour son application.

La Cour de cassation ne prend donc pas la peine de rentrer dans un débat qui consiste à savoir si les poursuites peuvent se cumuler au regard d'une identité factuelle ou au regard des critères dégagés par le Conseil constitutionnel, ces règles étant édictées en matière interne.

La Cour de cassation adopte donc une approche souveraine concernant la répression des délits qu'elle considère commis en France justifiant l'application de la loi pénale française.

677. Dans une autre affaire, la haute juridiction confirme la même approche stricte du principe *non bis in idem*.

⁷⁶⁴ Crim. 14 mars 2018, n° 16-82.117, voir le commentaire de J. Gallois, « Pétrole contre nourriture : précisions en matière de corruption d'agents publics étrangers et d'abus de biens sociaux », Dalloz actualité, 4 avril 2018 ; voir également A. d'Ornano, « Des conditions du non-cumul des poursuites et des peines en matière internationale », Revue critique de droit internationale privé, Dalloz, 2018, n°3, p. 643.

La Cour de cassation rend deux arrêts : le premier, le 17 janvier 2018⁷⁶⁵, à la suite d'un premier pourvoi et le deuxième, le 1^{er} avril 2020⁷⁶⁶ à la suite d'un deuxième pourvoi formulé sur l'arrêt de la Cour d'appel de renvoi.

Les faits se situent au Nigéria en 1994. Un appel d'offre a été lancé en vue de la construction de deux trains de liquéfaction de gaz naturel à Bonny Island. L'appel d'offre a été octroyé à un ensemble de sociétés de différentes nationalités, notamment nigérianes, françaises, italiennes, américaines et japonaises assemblées sous la forme d'une JV.

Cette JV a confié à une société dénommée Tristar, basée à Gibraltar et plus particulièrement à son dirigeant, un avocat britannique, la réalisation de prestations de *lobbying* auprès des autorités nigérianes.

Ces prestations ont été contractualisées par le biais de cinq contrats différents, dont trois se sont conclus dans des hôtels à Paris en 1999, 2001 et 2002.

Or, le dirigeant de la société Tristar a été accusé d'avoir versé de l'argent à des hommes politiques nigériens pour obtenir divers avantages.

678. En conséquence, les juridictions françaises se sont déclarées compétentes pour poursuivre le dirigeant de la société Tristar pour corruption d'agents publics étrangers sur la base de l'article 113-2 du Code pénal.

Toutefois, la justice américaine a devancé les autorités françaises et a conclu en 2011 un *plea agreement* avec le dirigeant de la société Tristar. Du fait de cet accord avec la justice américaine, le prévenu se retrouvait dans une situation délicate vis-à-vis des juridictions françaises dans la mesure où il s'était engagé à ne pas contester sa culpabilité.

679. Les juridictions du fond ont fait preuve de compréhension et ont rattaché l'application du principe du *non bis in idem* à l'article 6 alinéa 1 du Code de procédure pénale afin de constater l'extinction de l'action publique⁷⁶⁷.

Confirmant le jugement rendu le 24 juin 2014 par le Tribunal correctionnel de Paris, la Cour d'appel de Paris rend son arrêt le 21 septembre 2016 et constate « *que la transaction intervenue entre ce dernier et les autorités judiciaires américaines ne résultant pas d'un choix délibéré et*

⁷⁶⁵ Pourvoi n°16-86.491.

⁷⁶⁶ Pourvoi n°19-83.969.

⁷⁶⁷ L'article 6 alinéa 1 du Code de procédure pénale prévoit que « *L'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée.* ».

personnel du prévenu, citoyen britannique, et les faits ayant été commis pour l'essentiel à l'étranger, à l'exception de deux réunions organisées à Paris, il y a lieu de faire application de la règle non bis in idem ».

La Cour procède donc à une atténuation de la compétence territoriale des juridictions françaises et met en exergue les mécanismes du *plea agreement* qui empêchent le prévenu d'exercer correctement ses droits de la défense à la suite de sa conclusion.

680. Un pourvoi en cassation est formé par le Ministère Public et donne l'occasion à la haute juridiction de réaffirmer, dans un arrêt rendu le 17 janvier 2018⁷⁶⁸, une position stricte dans son analyse du principe du *non bis in idem*.

Outre la réaffirmation attendue de la compétence des juridictions françaises, elle considère que « *le prévenu, dont la comparution devant la juridiction française n'est pas régie par les dispositions de l'accord qu'il a conclu le 11 mars 2011 avec la direction des affaires criminelles du Ministère de la Justice des Etats-Unis, est libre de ne pas s'auto-incriminer et d'exercer l'ensemble des droits de la défense* ».

681. Si les juridictions du fond ont été sensibles à l'argument relatif aux droits de la défense, la Cour de cassation s'en tient à une analyse pragmatique se contentant d'invoquer ce que l'on pourrait appeler l'effet relatif de l'accord conclu avec le *DoJ*.

L'analyse est frustrante à la lecture. Si le prévenu est effectivement libre d'organiser sa défense et son argumentation, elle n'a qu'une portée limitée s'il a déjà reconnu les faits dans une précédente procédure. Le *plea agreement* est d'ailleurs librement accessible sur le site du *DoJ*⁷⁶⁹.

Qu'il s'agisse de l'affaire « Pétrole contre nourriture » ou de cette nouvelle affaire, la Cour de cassation refuse de rentrer dans le débat que les juridictions de fond ouvrent sur la valeur juridique des accords conclus avec le *DoJ* et sur la possibilité de les considérer comme des jugements définitifs.

682. Le message semble avoir été reçu par les juridictions du fond parisiennes. Le 21 décembre 2018, le Tribunal correctionnel de Paris s'est rangé à l'argumentation de la Haute juridiction en matière de compétence territoriale des juridictions françaises et a condamné la société Total à

⁷⁶⁸ N°16-86.491 ; voir K. Haeri, V. Munoz-Pons, « Application stricte du principe du ne bis in idem en matière de droit pénal international », Recueil Dalloz 2018, p. 1243.

⁷⁶⁹ Voir ici : https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2011/11/30/tesler_plea_agmt.pdf .

une amende 500.000 euros, pour des faits de corruption, qui se sont déroulés en vue de la conclusion d'un important contrat gazier en Iran en 1997⁷⁷⁰.

Près de 60 millions d'euros ont été versés par Total entre 2000 et 2004 permettant à la major pétrolière française d'obtenir l'exploitation du gisement gazier de South Pars, dans le Golfe Persique, en dépit de la mise sous embargo de l'Iran par les Etats-Unis.

Or, Total a conclu pour ces mêmes faits un *Deferred prosecution agreement* avec le *DoJ* et la *SEC* en mai 2013 pour des montants respectifs de 245,2 millions et 153 millions de dollars.

683. La rigidité de cette position peut être pondérée par l'application d'un principe de proportionnalité.

Ce principe a été reconnu par le Conseil constitutionnel qui, saisi pour trancher la constitutionnalité de la loi de 1989 instituant la COB⁷⁷¹ et la dotant d'un pouvoir de sanction impliquant un risque de cumul et de violation du principe *non bis in idem*, a indiqué que :

« (...) si l'éventualité d'une double procédure peut ainsi conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »⁷⁷².

684. Dans la mesure où l'amende prévue par l'article 435-3 du Code pénal est fixée à un million d'euros dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, il semble que le Tribunal correctionnel a effectivement usé d'une approche mesurée en condamnant Total à une amende de 500.000 euros.

685. En définitive, au regard de la démesure des montants payés aux Etats-Unis, en comparaison des amendes prononcées en France, la position de la justice française semble reposer sur une volonté de principe de sauvegarder sa souveraineté et d'aller au bout d'affaires dont les enquêtes ont été longues et coûteuses.

De surcroît, en gardant à l'esprit que le droit français a évolué avec la loi Sapin 2, il est permis de pondérer les conséquences du refus d'application du principe du *non bis in idem*.

⁷⁷⁰ TGI Paris, 11e ch. corr., 21 déc. 2018, n° 060170092027.

⁷⁷¹ La Commission des opérations de bourse, ancienne AMF.

⁷⁷² Décision du Conseil constitutionnel du 29 juillet 1989, n°89-260, §22.

La mise en place de la CJIP doit éviter des enquêtes longues et fastidieuses dont les résultats interviennent souvent de nombreuses années après la conclusion d'un accord avec les autorités américaines.

En ajoutant à cet outil efficace une coordination de sa mise en œuvre avec les autorités américaines, il est possible d'éviter des situations préjudiciables pour les droits de la défense.

Section 2. L'issue transactionnelle

686. En s'inspirant du *DPA* américain, le législateur français a conçu un nouvel outil, la CJIP, qui permet d'adapter la réponse pénale pour les atteintes à la probité ou les atteintes de nature fiscale ou environnementale.

La CJIP présente des éléments constitutifs innovants au regard des outils préexistants, alternatifs à la réponse pénale judiciaire (§1).

De surcroît, la CJIP marque une évolution profonde de notre droit vers un système transactionnel empreint de lucidité et d'efficacité (§2).

§1. Les éléments constitutifs d'une transaction pragmatique et efficace

687. Introduite par l'article 22 de la loi Sapin 2, la CJIP constitue une alternative aux poursuites pénales par la mise en place d'un accord entre la personne morale et le Ministère Public. Cet accord peut intervenir soit au cours de l'enquête préliminaire du Ministère Public soit durant la phase d'information judiciaire.

La CJIP offre un champ d'application large qui, depuis 2016, s'est étendu au-delà des atteintes à la probité (A). Elle porte des obligations à la charge de la personne morale mise en cause qui, si elles sont respectées, lui offrent l'occasion de purger une situation pénalisante (B) tout en permettant une indemnisation de la victime si cette dernière est connue lors de la conclusion de la convention (C).

Toutefois, à l'instar de la CRPC, quel que soit l'accord convenu entre le parquet et la personne morale mise en cause, la CJIP ne sera effective qu'une fois qu'un juge l'aura validée (D).

A. Champ d'application et mise en œuvre

688. Le nouvel article 41-1-2 du Code de procédure pénale prévoit que tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, le Procureur de la République peut proposer à la personne morale mise en cause la conclusion d'une CJIP.

La limite temporelle se trouve donc dans l'ordonnance prise par le Procureur de la République de faire convoquer devant le Tribunal correctionnel la personne morale, auteur présumée des faits.

La loi Sapin 2 ne prévoit le recours à la CJIP que pour les personnes morales mises en cause pour l'ensemble des délits de corruption et de trafic d'influence, pour le blanchiment de fraude fiscale ainsi que pour des infractions connexes⁷⁷³.

Par la suite, la loi du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude fiscale a modifié l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale de telle sorte que le mécanisme de la CJIP s'est étendu à l'ensemble des infractions de fraude fiscale des articles 1741 et 1743 du Code général des impôts.

689. De surcroît, la loi du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée met en place une CJIP dédiée à la matière environnementale.

Un nouvel article 41-1-3 est introduit au Code de procédure pénale et prévoit que tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, le Procureur de la République peut proposer une CJIP à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits prévus par le Code de l'environnement ainsi que pour des infractions connexes⁷⁷⁴.

⁷⁷³ Plus précisément, il s'agit des délits de corruption active d'agent public français commis par des particuliers, de trafic d'influence actif commis par des particuliers, de corruption et trafic d'influence actifs visant à entraver le cours de la justice française, de corruption active d'agent public étranger ou d'agent d'une organisation internationale publique, de trafic d'influence actif en vue d'orienter l'action d'un agent d'une organisation internationale publique, de corruption active visant à entraver le cours de la justice internationale, de trafic d'influence actif en vue d'orienter la justice internationale, de corruption active des personnes n'exerçant pas une fonction publique, de corruption passive des personnes n'exerçant pas une fonction publique, de blanchiment des infractions prévues aux articles 1741 et 1743 du Code général des impôts, ainsi que pour des infractions connexes, à l'exclusion de celles prévues aux mêmes articles 1741 et 1743.

⁷⁷⁴ La limite à cette CJIP environnementale se trouve dans sa possibilité de comprendre les délits et crimes contre les personnes visées par le livre II du Code pénal.

Que les infractions couvertes par la CJIP résultent d'une atteinte à la probité, d'une infraction fiscale ou environnementale, l'opportunité d'une CJIP ne s'apprécie pas uniquement dans le cadre d'une enquête préliminaire.

690. Les articles 180-2 et 180-3 du Code de procédure pénale rendent possible la conclusion d'une CJIP alors même que l'action publique a été mise en mouvement du fait de l'ouverture d'une information judiciaire en prévoyant que le juge d'instruction « *peut, à la demande ou avec l'accord du Procureur de la République, prononcer, par ordonnance, la transmission de la procédure au Procureur de la République aux fins de mise en œuvre de la procédure prévue au même article 41-1-2.* ».

Cette hypothèse ne devrait, à l'avenir, pas être la plus fréquente. Effectivement, si l'ouverture d'une information judiciaire est obligatoire en matière criminelle, elle n'est que facultative pour les délits et ne concerne que les délits les plus complexes⁷⁷⁵.

Or, en prenant en compte la création du PNF dont le rôle consiste justement à mener les enquêtes préliminaires sur des faits de grande délinquance économique et financière, il nous semble que le Ministère Public tend à occuper une place prépondérante pour ce type d'affaires.

691. En tout état de cause, le choix de recourir à une CJIP appartient au Ministère Public. La circulaire du 31 janvier 2018 indique que trois critères rentrent en jeu pour évaluer l'opportunité d'une CJIP : (i) les antécédents de la personne morale, (ii) le caractère volontaire de la révélation des faits et (iii) le degré de coopération dont la personne morale fait preuve avec l'autorité judiciaire.

Si la circulaire n'indique pas le degré de complexité des faits comme étant un critère, il nous semble au contraire majeur. Le manque de coopération des sociétés HSBC et Poujaud ne les ont, en effet, pas empêchées de se voir proposer une CJIP et la question des antécédents des entreprises ne semble pas avoir été prise en compte par le Ministère Public⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ Fiche d'orientation Dalloz, « Action publique », juin 2020.

⁷⁷⁶ M.-A. Nicolas, « Les lignes directrices du PNF et de l'AFA sur la mise en œuvre de la CJIP », La Semaine Juridique entreprise et affaires, n°31-35, 1^{er} août 2019.

B. Les engagements et intérêts de la personne morale mise en cause

692. Les raisons qui amènent une entreprise à conclure une CJIP sont multiples et consistent en une mise en balance de ses engagements, principalement verser une amende (1) et s’astreindre à la mise en place d’un programme de conformité sous *monotoring* de l’AFA (2), au regard des avantages qu’elle peut retirer de cette alternative aux poursuites judiciaires (3).

1. Une amende d’intérêt public à verser au Trésor public

693. La contrepartie la plus classique reste le paiement d’une somme d’argent au Trésor public. S’il s’agit ici d’éteindre l’action publique pour qu’elle ne soit justement pas engagée par le Ministère Public, l’amende d’intérêt public est bien une sanction.

La personne morale, partie à la CJIP, s’engage à verser une amende d’intérêt public au Trésor public dans les conditions de l’article 41-1-2, I, 1° du Code procédure pénale qui prévoit que « *Le montant de cette amende est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d’affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d’affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements.* ».

L’article ajoute que le « *versement peut être échelonné, selon un échéancier fixé par le Procureur de la République, sur une période qui ne peut être supérieure à un an et qui est précisée par la convention* ».

Tout l’enjeu pour le législateur était de s’inspirer du modèle du *DoJ* américain tout en évitant la mise en place d’amendes aussi fortes et peu compréhensibles⁷⁷⁷ qui, en France, auraient nui à l’attractivité du mécanisme.

694. A cette fin, la circulaire du 31 janvier 2018 livre des précisions sur la méthode de calcul de l’amende ainsi que sur la détermination du plafond⁷⁷⁸.

La pierre angulaire du calcul de l’amende se situe dans la détermination des avantages financiers retirés par l’entreprise du fait de l’infraction. En fixant ce cap on comprend que la

⁷⁷⁷ Voir A. Garapon, « Une justice très économique », *in, Deals de justice*, Le marché américain de l’obéissance mondialisée, A. Garapon, P. Servan-Schreiber, p.117, puf.

⁷⁷⁸ Circulaire du 31 janvier 2018 relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, p.10 et s.

CJIP n'est pas faite pour les infractions de corruption qui n'ont pas trouvé de contrepartie mais pour les pactes illicites formés et réalisés dans le temps.

Aussi, pour la réalisation d'un schéma de corruption, la circulaire indique que la donnée de base réside dans le profit qu'il soit direct ou indirect retiré du marché obtenu de manière frauduleuse. *Idem*, le profit d'une infraction de trafic d'influence active réside dans l'avantage retiré de l'influence exercée abusivement par son « cocontractant ».

695. La conclusion d'une CJIP n'est possible que sur la base de faits de corruption et de trafic d'influence réalisés de manière active, soit dans l'hypothèse où le produit de l'infraction ne tient pas en une forme de rémunération mais en l'octroi d'une situation juridique conférant un avantage tel que celui de maître d'œuvre ou de titulaire d'un marché public.

Car c'est bien cette situation qui donne du sens au calcul de l'amende par la référence à l'ensemble du profit retiré de l'infraction.

De fait, la majorité des CJIP conclues pour des atteintes à la probité concernent des faits de corruption active essentiellement commis à l'étranger, à l'endroit d'un agent public⁷⁷⁹.

696. A cet avantage, ce profit, dont il est indiqué que la détermination pourra se faire en utilisant un ouvrage dédié à la quantification des profits de la corruption établi par l'OCDE et la Banque Mondiale⁷⁸⁰, le Ministère Public applique un coefficient multiplicateur. C'est dans l'application de ce coefficient que l'amende d'intérêt public se dessine. En effet, si l'entreprise devait rembourser le simple profit réalisé du fait de l'infraction, la dimension punitive serait inexistante.

Il faut donc que l'amende d'intérêt public coûte davantage à l'entreprise que le schéma de corruption ne lui a rapporté dans son ensemble⁷⁸¹. A cette fin, déterminer avec précision toutes les sources de profit directes et indirectes issues du pacte illicite est fondamentale.

⁷⁷⁹ En dehors des CJIP conclues par les sociétés Set Environnement, Kaeffer Wanner et Poujaud qui concernent des faits de corruption privé, en France.

⁷⁸⁰ Ouvrage OCDE et La Banque Mondiale, « Identification et quantification des profits de la corruption : Une analyse OCDE-StAR », Éditions OCDE, 2011 ; l'ouvrage isole cinq catégories de profit pour une infraction de corruption active : les produits provenant de marchés, contrats remportés au moyen de la corruption, les autorisations d'exercice, permis ou licences d'exploitation, les dépenses économisées et les pertes évitées, l'accélération des délais et les gains provenant de l'utilisation de dispositifs de contrôles internes lacunaires ou peu rigoureux ou de livres de comptes et documents comptables incomplets.

⁷⁸¹ Circulaire DACG du 31 janvier 2018 précitée, p. 17.

Aussi, la circulaire indique que le coefficient multiplicateur doit, de manière générale, être égal à deux et prendre en compte des circonstances telles que la gravité des faits, la durée des manquements ainsi que les éventuels antécédents de la personne morale⁷⁸².

Des éléments atténuants peuvent également être pris en compte tel que l'ancienneté des faits ou la coopération de l'entreprise.

En définitive, l'amende d'intérêt public de nature transactionnelle sera dans la plupart des cas plus importante dans son quantum que l'amende prononcée par une juridiction de jugement.

697. Une exception notable se trouve dans l'affaire concernant la banque suisse UBS mise en cause pour des faits d'évasion fiscale.

Le Tribunal correctionnel de Paris a condamné la banque, le 20 février 2019, à une amende de 3,7 milliards d'euros en suivant les réquisitions du parquet⁷⁸³.

Or, il apparaît qu'UBS a refusé la conclusion d'une CJIP avec le Ministère Public portant une amende d'intérêt public de près d'un milliard d'euros⁷⁸⁴.

Le parquet qui n'a donc pas réussi à s'imposer dans le cadre de la négociation d'une CJIP avec UBS a probablement souhaité attirer l'attention des entreprises candidates au mécanisme de la CJIP sur l'avantage financier inattendu qu'elles pourraient y trouver et sur la dureté de la réponse judiciaire.

698. Dans les hypothèses plus classiques, l'amende importante prévue par la CJIP, surtout concernant les atteintes à la probité, est acceptée par la personne morale en ce qu'elle constitue la contrepartie de l'extinction de l'action publique, de l'absence de déclaration de culpabilité et d'inscription au casier judiciaire.

699. Enfin, outre les règles liées au calcul du produit de l'infraction et à l'établissement d'un coefficient multiplicateur, l'amende ne peut excéder un plafond fixé à « *30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements.* ».

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ TGI Paris, 32^e chambre correctionnelle, 20 févr. 2019, n° 11055092033.

⁷⁸⁴ G. Poissonnier, J.-C. Duhamel, « Convention judiciaire d'intérêt public : le 23 février 2018 fera date ! », *Recueil Dalloz*, 2018, p. 898.

La circulaire précise que la date de constat des manquements s'assimile à la date à laquelle le Ministère Public propose la CJIP.

Cette analyse nous semble cohérente en ce qu'elle colle à la situation économique actuelle et donc réelle de l'entreprise et non à une situation antérieure qui a pu évoluer. Si l'entreprise se trouve dans une situation financière délicate au moment de la proposition de la CJIP, le plafond sera fixé au regard de cette situation et non au regard d'une situation florissante consumée⁷⁸⁵.

700. Toutefois, un détail intrigue à la lecture des CJIP : le montant du plafond est annoncé avant le montant de l'amende laissant penser que cette limite sera atteinte ou qu'il pourrait y avoir une corrélation entre le montant du plafond et les éléments factuels qui amènent la détermination de l'amende.

Or les deux montants répondant à des logiques totalement étrangères, il nous semble inopportun de les corrélés. Il semblerait plus cohérent lors de la rédaction des CJIP de partir de la détermination de l'amende et de la confronter pour, le cas échéant, la rapporter au montant maximum prévu par la loi.

701. La première CJIP conclue avec HSBC, le 30 octobre 2017, trahi d'ailleurs l'état d'esprit du Ministère Public de s'arrêter au montant maximum de l'amende⁷⁸⁶.

Le montant maximum de l'amende est fixé à 157.975.422 euros pour des faits de démarchage bancaire et financier illicite et de blanchiment de fraude fiscale.

Le profit réalisé par HSBC du fait des manquements a été fixé à 86.400.000 euros et constitue la première partie de l'amende. Effectivement, au regard de la gravité exceptionnelle des faits, de leur caractère habituel et de la coopération minimale apportée par HSBC pendant l'enquête, le Ministère Public applique une pénalité supplémentaire et considère qu'il est « *justifié de fixer à 71.575.422 euros le montant de la pénalité complémentaire de sorte que le montant total de l'amende mise à la charge de PBRs soit égal au maximum du montant de l'amende tel qu'encouru au regard de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale* ».

⁷⁸⁵ De surcroît, le chiffre d'affaires pris en compte est bien celui de la seule entité partie à la CJIP et non celui du Groupe, si la société qui conclut la CJIP appartient à un groupe de sociétés.

⁷⁸⁶ A. Gaudemet, A. Dill, « Convention judiciaire d'intérêt public : une première particulière », La Semaine Juridique édition générale, n°51, 18 décembre 2017, p. 1331, voir également M. Segonds, « Convention judiciaire d'intérêt public - De l'art de l'ombre à l'art du clair-obscur », Revue Droit pénal, LexisNexis, n° 1, Janvier 2018, comm. 14.

Il aurait été préférable que le calcul de l'amende résulte d'un coefficient multiplicateur permettant d'arriver à un montant similaire plutôt que d'ajouter à la somme équivalente au profit de l'infraction une peine complémentaire qui permette d'atteindre le plafond.

702. Le Ministère Public met en exergue une forte volonté punitive là où un calcul de l'amende par l'apposition d'un coefficient multiplicateur, justifié par les mêmes raisons que celles mises en exergue dans la CJIP (gravité des faits, caractère habituel, absence de coopération), aurait pu permettre d'arriver à un montant tout aussi important.

Les méthodes de calcul des amendes et plus particulièrement les coefficients appliqués, peuvent d'ailleurs rapidement dériver : si le *Department of justice* américain documente très précisément la méthode de calcul de son amende dans la conclusion d'un *DPA*, il n'en reste pas moins que le montant affiché échappe à la raison.

2. Se soumettre à une peine de mise en conformité sous le contrôle de l'AFA

703. L'amende d'intérêt public ayant vocation à réprimer des actes passés, il faut s'assurer par le biais de la peine de mise en conformité que les faits ne se reproduiront plus.

Dans cette optique, l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale prévoit l'obligation pour l'entreprise qui conclut une CJIP de « *Se soumettre, pour une durée maximale de trois ans et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, à un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures énumérées au II de l'article 131-39-2 du code pénal.* » (voir *supra*, § n° 647 et s. pour le détail de la peine de mise en conformité).

La durée maximum de la peine de mise en conformité découlant de la CJIP est donc de trois ans au lieu de cinq ans lorsque la peine de mise en conformité découle d'une décision judiciaire.

Néanmoins, la mission d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2 recommande d'aligner les durées maximales de mise en conformité à cinq ans et d'assouplir le mécanisme de suivi de manière à pouvoir prolonger le *monitoring* de la société avec son accord⁷⁸⁷.

Si le même rapport indique une durée moyenne de contrôle AFA pour les personnes morales de droit privé de 22 mois⁷⁸⁸, même en supposant que la société qui conclut une CJIP parte de

⁷⁸⁷ Propositions n°16 et n°17, p. 111 du rapport d'information.

⁷⁸⁸ Rapport d'information précité, p. 62.

loin pour mettre en place son programme de conformité anticorruption, ce qui est peu probable en pratique, une durée de cinq ans nous semble excessivement longue et pourrait compromettre l'attractivité du mécanisme.

704. Même dans l'hypothèse où l'entreprise ne dispose pas d'un programme anticorruption car elle n'est pas assujettie à la mise en place du programme de conformité de la loi Sapin 2, une peine de conformité de cinq ans pourrait s'avérer pénalisante économiquement.

Fort heureusement, la CJIP prévoit un plafond financier au montant que la personne morale doit supporter, lié *a minima* au recours par l'AFA « à des experts ou à des personnes ou autorités qualifiées, pour l'assister dans la réalisation d'analyses juridiques » et *a maxima*, à l'externalisation par l'AFA de l'ensemble de sa mission.

A ce stade, toutes les entreprises qui ont conclu des CJIP pour des faits de corruption ont dû s'engager à la mise en place d'un programme de conformité ou à la vérification de celui existant (pour les CJIP Kaeffer Wanner et Airbus) sous le contrôle de l'AFA, à l'exception des sociétés LVMH et EGIS AVIA.

Cette dernière a conclu une CJIP en décembre 2019 pour des faits de corruption d'agent public étranger remontant à la période 2008/2010 et depuis a déployé un programme de conformité anticorruption, sous l'impact de la loi Sapin 2, qui a été considéré satisfaisant.

Concernant LVMH, l'absence d'une peine de mise en conformité nous semble directement liée à l'imprécision des faits visés par la CJIP. En définitive, l'infraction de trafic d'influence qui a permis au Ministère public de proposer la conclusion de cette CJIP n'apparaît pas comme l'infraction prépondérante de la convention (voir *infra*, § n° 712 et s.).

3. Une contrepartie résidant dans l'extinction de l'action publique et de lourdes sanctions évitées

705. L'attractivité du mécanisme de la CJIP est garantie par le fait que l'entreprise y trouve un intérêt et que l'issue de la convention lui sera plus favorable qu'une issue judiciaire, même si celle-ci se réalise sur un temps plus long.

Le Ministère Public a donc intérêt à agiter le drapeau des éventuelles lourdes sanctions qui attendent l'entreprise si elle opte pour une issue judiciaire sans rentrer dans le rapport de force tel que celui instauré par le *DoJ*.

Du fait de la conclusion de la CJIP, la contrepartie recherchée par l'entreprise réside en l'extinction de l'action publique et donc l'abandon des poursuites.

Avec l'abandon des poursuites, l'entreprise échappe à des peines complémentaires qui peuvent être prononcées par le Tribunal mais qui ne peuvent pas être prévues par la CJIP.

Il s'agit, notamment, de l'interdiction d'exercer certaines activités, la fermeture d'un établissement, l'exclusion des marchés publics voire l'interdiction de faire admettre des titres financiers aux négociations sur un marché réglementé⁷⁸⁹.

706. En évitant une peine d'exclusion des marchés publics nationaux⁷⁹⁰ tout en évitant de se retrouver handicapé pour répondre à des appels d'offres pour des marchés publics internationaux du fait d'une condamnation⁷⁹¹, la personne morale assure la poursuite de son activité.

De surcroît, le recours à la CJIP permet aux entreprises d'« évacuer » d'une manière assez rapide un risque et d'éviter des procédures longues et incertaines autant que de récurrentes questions des commissaires aux comptes sur un éventuel montant à provisionner.

En purgeant une situation délicate, nul doute que la société s'assainit et repart sur de bonnes bases avec la mise en place d'un programme de conformité.

707. Si les lignes directrices sur la mise en œuvre de la CJIP établies par le Procureur de la République financier et le directeur de l'AFA mettent en exergue le caractère atténué de l'atteinte portée à la réputation de l'entreprise, cet avantage nous semble plus discutable.

Certes, la CJIP se déroule selon une procédure plus rapide qu'une instance judiciaire pouvant susciter de nombreux rebondissements et autant de possibilités d'articles de presse.

⁷⁸⁹ Voir les lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public établies par le Procureur de la République financier et le directeur de l'AFA, 26 juin 2019.

⁷⁹⁰ L'article L. 2141-1 du Code de la commande publique prévoit que les personnes morales qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour des faits d'atteinte à la probité (parmi de nombreuses autres infractions telles que le trafic de stupéfiants ou la traite d'êtres humains) sont exclues des procédures d'appel d'offres pour un marché public. On retrouve à l'article L. 3123-1 du même code des dispositions similaires pour l'exclusion des procédures de passation des concessions. Il n'est donc pas nécessaire que le juge pénal ait prononcé cette peine d'exclusion de manière complémentaire (sur la base de l'article 131-39, 5° du Code pénal) pour qu'elle s'applique. Précisons enfin que le Conseil constitutionnel a considéré dans la décision 2021-966 du 28 janvier 2022 qu'il n'était pas possible de contrôler la constitutionnalité des articles L. 2141-1 et L. 3123-1 du Code de la commande publique dans la mesure où il s'agit de dispositions issues de l'UE.

⁷⁹¹ La directive européenne 2014/24 du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics indique en son article 57 que le recours à cette sanction est possible pour les entreprises condamnées définitivement pour des faits de corruption.

De plus, la loi n°2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée a permis une avancée notable. Elle supprime la condition de la reconnaissance des faits pour les CJIP conclues suite à l'ouverture d'une information judiciaire et aligne le régime de cette CJIP sur celui de l'enquête préliminaire.

Avant cette évolution, le juge d'instruction ne renvoyait le dossier au parquet pour la conclusion d'une CJIP qu'une fois que la personne mise en examen reconnaissait les faits et en acceptait la qualification pénale⁷⁹².

708. Toutefois, les CJIP conclues notamment par les sociétés Set Environnement, Kaeffler Wanner, Poujaud, EGIS AVIA et Bolloré SE ont prévu que ces sociétés reconnaissent les faits et acceptent leur qualification pénale. L'atteinte réputationnelle ne semble donc pas avoir constitué un frein majeur.

Aussi, dès lors que cette barrière a été levée, il reste que les CJIP prévoient un exposé des faits, qui n'engage certes pas l'entreprise dans la mesure où la CJIP ne met pas en œuvre une interdiction de les contredire comme c'est le cas pour un *deferred prosecution agreement* conclu avec le DoJ, mais qui est assorti d'une qualification pénale éventuelle comme on peut l'observer dans les CJIP conclues par la Société générale, Carmignac Gestion ou encore Google. Si, pour le juriste, la différence peut être de taille n'importe quel lecteur pourra assimiler l'exposé des faits et leurs qualifications éventuelles comme acquise. D'autant que si une personne morale accepte de conclure une CJIP, c'est qu'elle ne contredit pas les faits qui y sont exposés.

709. De surcroît, il n'y a que peu de doutes sur le fait qu'une société qui accepte de conclure une CJIP le fait parce qu'elle sait que l'information judiciaire ou l'enquête préliminaire pourra, si elle se poursuit, mettre en exergue suffisamment d'éléments pour que sa condamnation soit probable⁷⁹³.

⁷⁹² Voir notamment, E. Russo, « CJIP : ajustements apportés par la loi du 24 décembre 2020 et autres sujets de réflexion pour l'avenir », AJ pénal 2021 p. 68.

⁷⁹³ Comme l'explique J.-Y. Marechal *in* « Propos hétérodoxes sur la convention judiciaire d'intérêt public », Revue Droit Pénal LexisNexis, n°6, juin 2020, pour des raisons qui tiennent au bon sens, le mécanisme de la CJIP ne peut reposer que sur la responsabilité de la personne morale, sans quoi elle n'accepterait pas de s'acquitter d'une amende aussi importante. Si l'on ajoute à cette responsabilité pénale implicite, le fait que la conclusion de la CJIP amène à l'extinction de l'action publique, cette convention a bien pour objet la répression d'une infraction.

710. La pondération de l'atteinte réputationnelle semble donc essentiellement se trouver dans un relais médiatique moins important dès lors que les faits ne sont pas d'une envergure comparable aux CJIP conclues par la Société générale ou Airbus.

C. L'indemnisation de la victime

711. La réparation du préjudice de la victime dans le cadre d'une CJIP recouvre plusieurs situations. Elle peut intervenir dans le cadre de la CJIP, à la discrétion du Ministère Public et est assujettie à la validation du Tribunal (1). Elle peut également avoir lieu à la suite de la CJIP dans le cadre de l'action civile de la victime qui, soit est insatisfaite de sa réparation, soit était inconnue lors de la conclusion de la CJIP (2).

1. Un accessoire de la CJIP, un embarras pour le Ministère Public

712. Le projet de loi Sapin 2 soumis au Conseil d'Etat en février 2016 ne prévoyait aucune disposition relative à l'indemnisation de la victime à laquelle on laissait la possibilité de saisir les juridictions civiles pour voir son préjudice indemnisé.

Le Conseil d'Etat relève ce manque et juge le dispositif insatisfaisant⁷⁹⁴. En conséquence, le texte de la loi Sapin 2, s'il n'érige pas la réparation de la victime en une condition *sine qua non* de la CJIP, l'introduit comme un élément possible de son champ d'application.

Aussi, les alinéas 3 et 4 de l'article 41-1-2, 2° du Code de procédure pénale disposent :

« Lorsque la victime est identifiée, et sauf si la personne morale mise en cause justifie de la réparation de son préjudice, la convention prévoit également le montant et les modalités de la réparation des dommages causés par l'infraction dans un délai qui ne peut être supérieur à un an.

La victime est informée de la décision du Procureur de la République de proposer la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public à la personne morale mise en cause. Elle transmet au Procureur de la République tout élément permettant d'établir la réalité et l'étendue de son préjudice. ».

⁷⁹⁴ Avis du Conseil d'Etat du 24 mars 2016, n°391.362, §13.

713. Aussi, dès lors que la victime est connue, la CJIP doit pouvoir prendre en compte le montant et les modalités de sa réparation.

Comme l'indique la circulaire du 31 janvier 2018, le nouvel article R. 15-33-60-1 du Code de procédure pénale⁷⁹⁵ prévoit que la victime est informée par le Procureur de la République avant qu'il n'adresse la proposition de convention aux représentants de la personne morale mise en cause.

Si la victime détient la primauté de l'information sur l'offre faite officiellement à la personne morale, la circulaire insiste sur la confidentialité de cette information.

La victime n'intervient donc pas dans les négociations entre le Ministère Public et la personne morale. Elle ne peut ni provoquer la conclusion d'une CJIP, ni s'y opposer ou remettre en question le montant que le Ministère Public évalue pour indemniser son préjudice.

A cet égard, soulignons que dans le cadre de la CJIP conclue par LVMH en décembre 2021, M. François Ruffin et l'association FAKIR, constitués parties civiles dans le cadre de l'information judiciaire, se sont opposés sans succès à la conclusion de la CJIP estimant le recours à l'instrument mal fondé⁷⁹⁶. L'ordonnance de validation ne reprend pas les arguments desdites parties civiles et ne fait pas état d'une motivation écartant ladite opposition. Cette dernière apparaît totalement accessoire.

714. Aussi et surtout, il n'est pas prévu que les éléments que la victime porte à la connaissance du Procureur de la République, pour l'indemnisation de son préjudice, puissent faire l'objet d'un débat contradictoire entre la victime et la personne morale qui conclut la CJIP.

Tout au plus, la victime pourra être présente lors de l'audience de validation de la CJIP et faire valoir des observations.

Il n'est pas donc pas étonnant que la circulaire anticipe que le montant octroyé à la victime puisse être différent de celui qu'elle sollicite⁷⁹⁷. Si elle ne peut débattre contradictoirement des

⁷⁹⁵ Circulaire DACG du 31 janvier 2018, précitée, p. 12, l'article dispose que « *Le Procureur de la République informe par tout moyen la victime, lorsqu'elle est identifiée, de sa décision de proposer la conclusion d'une convention d'intérêt judiciaire d'intérêt public à la personne morale mise en cause. Il fixe alors le délai dans lequel elle peut lui transmettre tout élément de nature à établir la réalité et l'étendue de son préjudice.* ».

⁷⁹⁶ La CJIP conclue par LVMH le 15 décembre 2021 porte sur des faits de trafic d'influence, de recel et sur des infractions connexes, voir *infra* § n° 753 pour plus de détail. Voir également P. Dufourq, « Les enseignements de la CJIP LVMH », Dalloz actualité, 12 janvier 2022.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 12.

éléments qui fondent son préjudice, la victime a de grandes chances d'être insatisfaite de la réparation qui lui est accordée.

715. Plus largement, l'impression qui se dégage du mécanisme de réparation de la victime dans le cadre de la CJIP est que le Ministère Public s'en serait probablement passé.

Effectivement, pris dans une négociation que l'on imagine âpre afin de fixer le montant de l'amende d'intérêt public, la réparation de la victime n'apparaît pas comme la principale préoccupation du Ministère Public.

Elle pourrait même le placer dans l'embarras si des demandes indemnitaires trop importantes étaient formulées. Effectivement, une personne morale qui négocie une CJIP aborde les négociations avec un montant maximum en tête permettant de rendre la conclusion de la CJIP avantageuse. Aussi, introduire dans les négociations un montant supplémentaire alourdissant la « facture » pour l'entreprise n'est pas de l'intérêt du Ministère Public dont le rôle classique n'est pas d'assurer la réparation de la victime⁷⁹⁸.

716. En tout état de cause, le Ministère Public doit se pencher sur les éléments portés à sa connaissance par la victime si cette dernière est connue⁷⁹⁹. Dans cette optique, les infractions de corruption ou de fraude fiscale⁸⁰⁰ présentent au moins l'avantage de limiter les possibilités de victime.

Le principe posé par l'article 2 du Code de procédure pénale est que « *L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* ».

L'action civile pour être recevable doit donc venir réparer un préjudice personnel, direct et certain.

⁷⁹⁸ Voir sur ce sujet, B. Quentin, F. Voiron, « La victime dans la procédure de CJIP : entre strapontin et siège éjectable ? », AJ pénal 2021, p. 15.

⁷⁹⁹ Lorsqu'une information judiciaire est ouverte, une personne se considérant comme victime peut d'ores et déjà être constituée partie civile, ce qui aura le mérite de simplifier les choses.

⁸⁰⁰ Concernant les faits de fraude fiscale des CJIP Bank of China et HSBC, l'Etat français a vu son préjudice réparé respectivement à hauteur de 900.000 d'euros et 142 millions d'euros.

L'application de ces critères à la réparation d'une victime d'un cas de corruption a amené la jurisprudence à désigner le plus souvent la personne morale qui emploie le corrompu et ignore les faits, comme la victime de l'infraction⁸⁰¹.

717. Les CJIP Kaefer wanner, Poujaud et Set Environnement conclues en février et mai 2018 illustrent cette situation. Ces trois sociétés ont versé des commissions à une personne du service des achats d'EDF afin d'obtenir des marchés. Or, opportunément, ces trois sociétés qui n'allaient pas garder la charge financière des commissions occultes versées les ont refacturées à EDF lorsqu'elles ont obtenu le marché⁸⁰².

Le préjudice d'EDF a été évalué à 30.000 euros pour chacune des trois CJIP sans que la nature du préjudice réparé ne soit précisée⁸⁰³.

Sans surprise, l'évaluation du Ministère Public n'a pas été considérée comme suffisante (voir *infra*, § n° 720 et s.).

Bien que l'intérêt premier de la CJIP ne se situe pas dans la réparation de la victime, l'organisation d'une négociation pour la réparation de son préjudice, sans sa participation, interroge sur l'efficacité du mécanisme qui de manière idéale devrait permettre de faire « d'une pierre deux coups » en éteignant l'action publique et l'action civile.

Le rapport sur l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2 des députés Raphael Gauvain et Olivier Marleix n'aborde néanmoins pas cette thématique lorsqu'il s'agit de faire évoluer le mécanisme de la CJIP.

718. Une piste d'évolution pourrait venir de l'inspiration de la CRPC. Dans le cadre de la CRPC, l'intervention de la victime se fait lors de l'homologation de l'accord par le juge, donc une fois que l'auteur des faits les a reconnus et que la peine proposée par le parquet a été acceptée.

⁸⁰¹ Voir, C. Cutajar, « Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaidoyer pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption », Recueil Dalloz 2008 p. 1081.

⁸⁰² Plus largement, le salarié d'EDF subordonnait l'octroi de marchés au versement de dessous-de-table par neuf entreprises. Seules 3 ont conclu une CJIP.

⁸⁰³ Plusieurs fondements pourraient s'envisager tel que le préjudice moral ou la perte de chance de conclure un contrat plus avantageux avec une société mieux-disante, fournissant une prestation de meilleure qualité ou encore l'indemnisation du préjudice constitué des commissions qu'elle a octroyé à son salarié, basées sur l'évolution du chiffre d'affaires de la société que le salarié a contribué à augmenter du fait de ses actes de corruption. Concernant une société concurrente qui n'obtient pas le marché du fait de l'attribution à la société qui s'est livrée à un acte de corruption, elle pourrait tenter d'obtenir réparation sur la base de la perte de chance si elle était particulièrement bien placée pour être sélectionnée.

La victime formule ses prétentions indemnitaires devant le juge de l'homologation (juge du siège et non magistrat du parquet) et à l'occasion d'un débat contradictoire. Dès lors que le juge homologue la CRPC, il rend sur l'action civile de la victime une décision ayant autorité de la chose jugée. Si la victime est insatisfaite, elle peut saisir la juridiction d'appel.

Comme l'indique un auteur, cette option présente l'inconvénient de ne pas permettre à l'entreprise de prévoir, en amont, le montant global à provisionner⁸⁰⁴.

719. Il nous semble néanmoins plus important de garantir à la CJIP un espace clos pour que les négociations entre le Ministère Public et la personne morale aboutissent.

Cette solution nous semble d'autant plus importante que si les victimes d'un pacte de corruption sont limitées, il en va différemment des atteintes environnementales (voir *infra*, § n° 742 et s.).

Aussi, permettre à des associations, des personnes physiques, des collectivités territoriales d'être indemnisées, en même temps que le Ministère Public négocie le montant de l'amende d'intérêt public, pourrait grandement complexifier l'aboutissement d'un accord, voire court-circuiter l'ensemble.

720. Gardons à l'esprit qu'à la difficulté de contenter une multitude de victimes, s'ajoute celle du respect du délai fixé pour trouver un accord. Effectivement, lorsqu'une information judiciaire a été ouverte, la durée des négociations est enfermée dans un délai de trois mois, à compter de la transmission du dossier au parquet, pour qu'un accord soit trouvé en vue de la conclusion de la CJIP⁸⁰⁵.

2. L'indemnisation de la victime par le juge

721. Dans l'attente d'une évolution du statut de la victime dans le cadre de la CJIP, la meilleure solution pour la victime est de s'adresser à son juge ordinaire, le juge civil, pour obtenir pleine et entière satisfaction dans le cadre d'un débat contradictoire.

C'est ce que fit EDF, constituée partie civile au procès pénal mettant en cause le salarié d'EDF poursuivi pour corruption passive ainsi que trois entreprises poursuivies pour corruption active.

Effectivement, outre les trois CJIP conclues, le schéma de corruption mis en place par le salarié d'EDF comprenait neuf entreprises. Si trois d'entre elles ont été liquidées, trois entreprises ont

⁸⁰⁴ B. Quentin, F. Voiron, « La victime dans la procédure de CJIP : entre strapontin et siège éjectable ? », précité.

⁸⁰⁵ Voir l'article 180-2, alinéa 5 du Code de procédure pénale.

été renvoyées devant le Tribunal correctionnel de Nanterre qui rendit sa décision le 18 septembre 2019.

La constitution de partie civile d'EDF fut déclarée recevable contre les trois entreprises renvoyées devant le Tribunal et contre les trois entreprises qui avaient conclu une CJIP et procédé à une première indemnisation d'EDF.

Il n'y a donc pas d'autorité de la chose jugée de la CJIP sur l'action civile du fait de l'absence d'un débat contradictoire et de voies de recours pour la victime.

722. EDF a obtenu l'indemnisation de deux chefs de préjudice. D'une part, un préjudice financier égal au montant des commissions illicites, car intégrées dans le prix de vente payé par EDF, d'autre part un préjudice moral réparé à hauteur de 20.000 euros. En revanche, la demande de réparation d'EDF fondée sur un préjudice résultant de l'atteinte au libre jeu de la concurrence entraînant une augmentation des prix de vente a été rejetée⁸⁰⁶.

Outre le cas de la victime insatisfaite, il reste l'hypothèse de la victime inconnue lors de la conclusion de la CJIP.

Si l'hypothèse semble peu probable pour un cas de corruption, ou un délit de fraude fiscale, cela peut être plus courant en cas de CJIP environnementale où les dommages sont multiples et difficiles à appréhender.

La victime qui n'a pas participé à la conclusion d'une CJIP garde le droit d'agir en justice contre la personne morale devant les juridictions civiles dès lors que son droit à réparation n'est pas atteint par la prescription⁸⁰⁷.

D. La validation de la convention

723. Une fois que la proposition de CJIP a été acceptée par la personne morale, l'article 41-1-2, II du Code de procédure pénale prévoit que « *le Procureur de la République saisit par requête le président du tribunal judiciaire aux fins de validation.* ».

En ce sens, « *Le président du tribunal procède à l'audition, en audience publique, de la personne morale mise en cause et de la victime assistées, le cas échéant, de leur avocat. A*

⁸⁰⁶ G. Poissonnier, « Procès au fond et convention judiciaire d'intérêt public : quelle coexistence possible ? », Recueil Dalloz 2019, p. 2137.

⁸⁰⁷ *Ibid.*

l'issue de cette audition, le président du tribunal prend la décision de valider ou non la proposition de convention, en vérifiant le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende aux limites prévues au 1° du I du présent article et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements. La décision du président du tribunal, qui est notifiée à la personne morale mise en cause et, le cas échéant, à la victime, n'est pas susceptible de recours. ».

Le juge du siège exerce donc un contrôle, loin d'être cosmétique sur la CJIP envisagée et se pose en garant de la légalité de la procédure et de son bienfondé.

724. Rappelons que dans une décision du Conseil constitutionnel du 2 février 1995, les sages avaient censuré le mécanisme de l'injonction pénale en ce qu'elle était de nature à porter atteinte à la liberté individuelle et constituait une sanction sans qu'un juge du siège ne puisse s'immiscer dans l'action du parquet.

Aussi « *même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie* », le Conseil constitutionnel avait considéré que ces mesures « *ne peuvent, s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement* »⁸⁰⁸.

725. Aussi, lorsque le Conseil d'Etat rendit son avis en février 2016 sur le projet de loi Sapin 2, il relève que la présence d'une audience publique « *est certes prévue, mais elle n'intervient que pour homologuer la convention définitive* ». Le Conseil d'Etat poursuit en indiquant qu' « *En l'absence de contradiction et de débat public, l'intervention de la justice perd sa valeur d'exemplarité et la recherche de la vérité s'en trouve affectée. En outre, la victime se trouve privée d'une participation personnelle au procès pénal et son intervention est cantonnée à une demande d'indemnisation devant une juridiction civile.* ».

726. L'audience d'homologation fut donc transformée en audience de validation dont le but est non seulement d'examiner la cohérence et la légalité de l'ensemble du mécanisme mais également de permettre à la victime, plutôt malmenée dans le cadre de la CJIP de s'exprimer⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ Décision n° 95-360 du 2 février 1995.

⁸⁰⁹ Nous reprenons la formule du regretté Frederic Stasiak, *in* « La privatisation de la lutte contre la corruption », Revue Droit Pénal LexisNexis, juin 2019, n°6, §23.

Le juge n'a, en revanche, pas le pouvoir de s'immiscer dans le contenu de la CJIP, son analyse l'amenant uniquement à valider ou à refuser la CJIP sans que sa décision ne soit susceptible d'un recours par la victime, le parquet ou la personne morale mise en cause⁸¹⁰.

727. S'ouvre alors, en cas de validation de la CJIP par le juge et à compter du jour où l'ordonnance est rendue, un délai de dix jours qui permet à la personne morale d'exercer si elle le souhaite un droit de rétractation. S'il est exercé, il rend caduque la proposition et permet au Procureur de la République de mettre en mouvement l'action publique.

§ 2. L'avènement d'une justice négociée lucide, efficace et évolutive

728. Les outils traditionnels ont montré leurs limites concernant la répression de certaines infractions.

La CJIP présente des avantages pour la personne morale candidate à la CJIP et pour le Ministère Public. Ces avantages ont vocation à faire de la CJIP la référence en matière d'alternative à l'action publique pour son champ d'application (A).

De surcroît, en harmonisant nos moyens de lutte avec des puissances étatiques qui usent d'outils extraterritoriaux, nous trouvons une voie de sortie honorable à une perte de souveraineté judiciaire (B).

Toutefois, l'entrain suscité par l'application de la CJIP a probablement contribué à une mise en œuvre rapide du mécanisme à la thématique environnementale (C) dont la réception circonspecte doit amener une certaine prudence pour les développements ultérieurs du mécanisme (D).

⁸¹⁰ Malgré le fait que l'ordonnance de validation soit insusceptible de recours, il est heureux de constater que certaines ordonnances de validation sont particulièrement détaillées. Dès lors, l'exigence de motivation des ordonnances de validation répond moins aux intérêts des personnes directement liées à la CJIP qu'à l'exigence de vérification du bienfondé du recours à la CJIP par le juge.

A. Un intérêt commun à éviter le recours à l'action publique

729. Les avantages pour les personnes morales qui concluent une CJIP sont indéniables. Comme l'indique l'article 41-1-2, II du Code de procédure pénale, « *L'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation. La convention judiciaire d'intérêt public n'est pas inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire.* ».

En évitant des sanctions bien plus lourdes qu'une amende assortie, le cas échéant, d'une peine de mise en conformité, la personne morale appréhende la sanction selon une logique qui lui est propre⁸¹¹.

Elle provisionne le montant de l'amende d'intérêt public et le montant de la mise en conformité prévue par la CJIP, elle explique la situation aux commissaires aux comptes et gère la publicité de la CJIP aux moyens d'une bonne communication⁸¹². Rien d'insurmontable en comparaison de l'impossibilité de se présenter à des marchés publics.

730. L'étude de la CJIP met toutefois en exergue une nature hybride fondée sur une responsabilité pénale implicite.

Comme l'indique un auteur, le mécanisme de la CJIP ne peut reposer que sur la responsabilité de la personne morale, sans quoi elle n'accepterait pas de s'acquitter d'une amende importante, de se soumettre, le cas échéant, à une peine de mise en conformité et dans certains cas de reconnaître les faits et d'accepter leurs qualifications pénales⁸¹³.

Cette responsabilité est confirmée par le fait que la conclusion de la CJIP amène à l'extinction de l'action publique du fait des mesures répressives ou des « engagements » à la charge de la personne morale prévus par la CJIP⁸¹⁴.

⁸¹¹ J.-P. Looten, « La convention judiciaire d'intérêt public : plus qu'une réplique aux stratégies extraterritoriales », *Les Nouvelles Fiscales (Lamyline)*, n°1297, 1^{er} novembre 2021.

⁸¹² Sur ce dernier point, les CJIP sont, depuis la loi du 24 décembre 2020, publiées non plus sur le site internet de l'AFA mais sur celui du Ministère de la Justice et du Ministère chargé du budget afin d'en assurer une meilleure publicité (le site de l'AFA et l'AFA elle-même ayant pu être considérées comme trop confidentielles pour assurer une publicité optimale des CJIP). Néanmoins, l'AFA relaie toujours les publications sur son site internet pour les CJIP traitant de faits d'atteinte à la probité.

⁸¹³ J.-Y. Marechal, « Propos hétérodoxes sur la convention judiciaire d'intérêt public », *Revue Droit Pénal LexisNexis*, n°6, juin 2020. La reconnaissance des faits ainsi que l'acceptation de la qualification pénale concernent les CJIP conclues avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 2020 dans le cadre d'une information judiciaire.

⁸¹⁴ *Ibid.*

Opportunément, cette répression s'affranchit des difficultés de l'article 121-2 du Code pénal qui prévoit que les personnes morales sont pénalement responsables « *des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.* ». Le terrain d'entente mis en place par la CJIP est donc avantageux pour toutes les parties.

731. Outre le fait qu'elle déleste les autorités d'enquête et de poursuite de la charge de la preuve de l'article 121-2 du Code pénal, la CJIP présente un avantage important dans le paiement de l'amende d'intérêt public (voir *supra*, § n° 692 et s.).

De la première CJIP conclue avec HSBC en novembre 2017 à celles conclues en 2022, le mécanisme aura rapporté plus de trois milliards d'euros au Trésor public⁸¹⁵.

732. A ces montants importants s'ajoute une voie de sortie d'une grande célérité en comparaison d'une issue judiciaire⁸¹⁶. Les enquêtes permettant la conclusion d'une CJIP n'ont pas besoin de mettre en exergue des éléments aussi aboutis que ceux permettant de justifier la saisine d'un tribunal aux fins de jugement.

Le Ministère Public et les cabinets d'instruction évitent d'engager des frais d'investigation et des moyens humains loin d'être négligeables pour des enquêtes complexes qui durent des années.

Ce bénéfice est d'autant plus important à l'heure d'une paupérisation croissante de la justice dont les principaux acteurs dénoncent depuis longtemps des moyens trop faibles pour mener à bien leurs missions.

733. Il suffit pour s'en convaincre d'observer certaines dates d'ouverture des informations judiciaires ou des enquêtes préliminaires et de les comparer aux dates de CJIP⁸¹⁷.

A cet égard, la CJIP conclue avec LVMH ainsi que l'ordonnance de validation font toutes les deux états de l'ancienneté des investigations et des faits. L'information judiciaire a été ouverte en février 2011 et les faits objets de la CJIP se sont déroulés entre 2008 et 2016.

⁸¹⁵ Les montants acquittés affichent de forts contrastes allant de 480.000 euros pour Poujaud à plus de deux milliards d'euros pour Airbus.

⁸¹⁶ A ce titre, les lignes directrices de l'AFA et du Procureur de la République financier sur la mise en œuvre de la CJIP louent la célérité de la procédure qui réduit les délais d'enquête et évite des procédures de plusieurs années aux résultats incertains pour les entreprises. Voir p. 5 et 6.

⁸¹⁷ Pour des éléments de contexte, voir J. Goldszlagier, « Durée maximale des enquêtes préliminaires : de la lenteur à l'arrêt ? », Dalloz Actualité, 27 mai 2021.

La CJIP « Bolloré » a été conclue en 2021 après une enquête ouverte en 2013, idem pour la CJIP « Bank Of China » qui s'est conclue en 2020. De son côté Egis Avia a conclu sa CJIP en 2019, soit six ans après l'ouverture de l'enquête.

Certains délais sont plus raisonnables et mettent en exergue des durées d'enquête de trois à quatre années.

734. En définitive, la CJIP apparait comme une voie de sortie honorable à des enquêtes déjà avancées qui ne présentent pas la matière suffisante pour saisir le tribunal ou, le cas échéant, présentent un risque important de relaxe.

La CJIP ne nous semble pas applicable sur un « bluff » du Ministère Public ou en l'absence d'éléments probants avec de simples indices relevant, par exemple, d'une dénonciation.

D'une part, la personne morale devrait rapidement s'en rendre compte dans le cadre des négociations avec le parquet, d'autre part, un garde-fou a été mis en place à l'article R. 15-33-60-2 du Code de procédure pénale. Par renvoi à l'article 77-2 du Code de procédure pénale, il prévoit qu'« à tout moment de la procédure (...) le Procureur de la République peut communiquer tout ou partie de la procédure à la personne mise en cause ou à la victime pour recueillir ses éventuelles observations ou celles de leur avocat »⁸¹⁸.

735. La CJIP est donc un recours pour des procédures sérieuses mais laborieuses qui ne peut être comparé au rapport de force instauré par le *DoJ* dans ses négociations qui sur la base d'éléments, souvent bien faibles, parvient à déclencher des accords.

B. Un outil de coordination et de coopération internationale au renfort d'une application stricte du *non bis in idem*

736. La mise en œuvre d'un jugement pénal en France pour des faits ayant antérieurement entraîné la conclusion d'un accord transactionnel aux Etats-Unis suscite des questions liées à l'application du principe du *non bis in idem*.

Les juridictions françaises refusent, en effet, l'application de ce principe dès lors que l'infraction s'est déroulée en France (voir *supra*, § n° 666 et s.).

⁸¹⁸ Notons que l'article 6 de la proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption prévoit une modification de la CJIP avec la mise en place d'une phase intermédiaire qui permet à la personne morale d'avoir accès au dossier de la procédure.

737. La réponse à cette situation problématique n'est donc pas venue du juge mais du législateur. En créant un outil très largement inspiré du *DPA*⁸¹⁹, la France peut désormais jouer à armes égales avec des autorités ayant des velléités de poursuites extraterritoriales.

Il lui est donc possible de rentrer dans une démarche de coordination et de coopération en mettant en avant le PNF comme l'interlocuteur de référence en France vis-à-vis du *DoJ* américain.

Cette coordination en matière de « deals de justice » s'est illustrée dans les CJIP conclues avec les sociétés Airbus et Société Générale et permet la résurrection de l'esprit de concertation véhiculé par l'article 4 de la convention OCDE sur la corruption d'agents publics étrangers.

738. En juin 2018, le PNF a conclu une CJIP avec la Société Générale, en collaboration avec le *DoJ* américain, pour des faits de corruption d'agents publics libyens entre 2007 et 2009 afin d'obtenir des marchés auprès du fonds souverain *Libyan Investment Authority*.

La CJIP indique que « *Le DOJ et le PNF ont partagé leurs éléments de preuve et se sont entendus pour parvenir à une résolution coordonnée de leurs enquêtes respectives. Il résulte de l'accord conclu entre le PNF et le DOJ, porté à la connaissance de la SOCIETE GENERALE que les autorités de poursuite ont décidé de partager par moitié le montant des pénalités que SOCIETE GENERALE accepte de verser (...).* ».

La Société Générale s'est donc acquittée d'une amende totale de 500.301.511 euros, soit 250.150.755 euros à l'endroit du PNF et 292.776.444 dollars US au *DoJ*.

739. En janvier 2020, le PNF va encore plus loin en concluant une CJIP avec Airbus (société européenne dont le siège social est aux Pays-Bas et le siège opérationnel en France) pour des faits de corruption d'agent public étranger et de corruption privée commis entre 2004 et 2016 pour la vente d'avions civils et de satellites.

Outre une amende record de 2.083.137.455 euros, cette CJIP concrétise non plus seulement une coordination dans la sanction mais également dans la phase d'enquête⁸²⁰.

Effectivement, un accord d'enquête commune a été signé avec le *SFO* britannique permettant la mise en place d'une stratégie coordonnée ainsi que le partage des éléments obtenus par Airbus dans le cadre de son enquête interne.

⁸¹⁹ Le mécanisme du *Deferred prosecution agreement* américain.

⁸²⁰ E. Daoud, H. Partouche, « Etude comparative des CJIP : bilan et perspectives », Dalloz Actualité, 27 avril 2020.

Certains éléments d'enquête ont été partagés avec les autorités américaines qui se sont également déclarées compétentes et ont ouvert une enquête pour les mêmes faits.

740. Aussi, le PNF, le *SFO* et les autorités judiciaires américaines ont coordonné leurs actions afin de parvenir à la signature simultanée d'une CJIP et de deux *DPA* avec Airbus.

Ces deux *DPA* ont prévu le paiement par Airbus d'une amende de 983.974.311 euros aux autorités britanniques et d'une amende de 525.655.000 euros au Trésor des Etats-Unis.

La partie la plus importante de l'amende revient donc aux autorités françaises (58 % du montant total de l'amende) qui sont également les seules en charge du contrôle de la peine de mise en conformité d'Airbus.

741. Ce faisant, le PNF se pose en un interlocuteur crédible au regard du *DoJ* américain ou du *SFO* britannique⁸²¹. Le Procureur de la République financier, Jean-François Bohnert, a eu l'occasion d'indiquer « *Nous sommes désormais en capacité de travailler à armes égales avec les autorités judiciaires anglo-saxonnes* » tout en soulignant l'application de la loi de blocage de 1968 par les autorités françaises⁸²².

Effectivement, aucun document n'a été directement transmis par Airbus aux autorités étrangères. En supervisant l'ensemble de l'enquête, le PNF a été en mesure d'opérer un filtre tel que le prévoit la loi de blocage et l'article 694-4 du Code de procédure pénale⁸²³.

742. Soulignons également que l'émancipation du PNF l'amène à être en mesure de proposer des CJIP à des sociétés étrangères, ce fut notamment le cas avec HSBC, Google ou Bank of China.

En août 2021, le PNF conclut une CJIP avec la banque d'affaires américaine JP Morgan Chase pour des faits de fraude fiscale.

Bien que le montant de l'amende d'intérêt public de 25 millions d'euros soit sans commune mesure avec les montants versés par les entreprises françaises aux autorités américaines (voir *supra*, § n° 312), le PNF démontre sa capacité à intervenir à l'encontre des entreprises de droit américain mettant un peu plus en avant sa capacité à jouer à « armes égales » avec le *DoJ*.

⁸²¹ Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2, précité, p. 108.

⁸²² Dalloz actualité, interview de J.-F. Bohnert, 18 mars 2020.

⁸²³ Voir la CJIP conclue par la société Airbus le 29 janvier 2020, §45 et 46.

C. Les réserves de l'application environnementale

743. La loi n°2020-1672 du 24 décembre 2020 « relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée » instaure une CJIP environnementale à l'article 41-1-3 du Code de procédure pénale.

Le mécanisme est similaire à la CJIP classique. Son champ d'application concerne « *un ou plusieurs délits prévus par le code de l'environnement ainsi que pour des infractions connexes, à l'exclusion des crimes et délits contre les personnes prévus au livre II du code pénal (...)* ».

Les contreparties à la conclusion d'une CJIP environnementale sont également une amende d'intérêt public, la régularisation de la situation de la personne morale « *au regard de la loi ou des règlements dans le cadre d'un programme de mise en conformité d'une durée maximale de trois ans, sous le contrôle des services compétents du Ministère chargé de l'environnement* », ainsi que la réparation du préjudice écologique sous le contrôle desdits services compétents dans un délai maximal de trois ans⁸²⁴.

S'ajoute à ces éléments constitutifs, la réparation de la victime dans un délai maximum d'un an si elle est identifiée.

Cet élargissement du périmètre de la CJIP a pour but de réprimer d'une manière plus efficace et rapide les infractions environnementales les plus graves⁸²⁵.

744. Outre la CJIP environnementale, la loi du 24 décembre 2020 ambitionne de relancer la lutte contre les atteintes à l'environnement par le biais d'une réforme en profondeur. Une meilleure réponse judiciaire est donc prévue avec une plus grande spécialisation des juridictions.

⁸²⁴ Outre l'article 41-1-3 du Code de procédure pénale, voir la circulaire CRIM 2021-02/G3, du 11 mai 2021 ; voir également sur la réparation du préjudice écologique les articles 1246 à 1252 du Code civil et notamment, K. Haeri, V. Munoz-Pons, « Spécialisation de la justice pénale environnementale : retour sur la loi du 24 décembre 2020 », Dalloz actualité, 13 janvier 2021.

⁸²⁵ Rapport du sénateur P. Bonnacarrère pour la commission des lois du Sénat sur le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée, p. 52 ; voir également P. Dufourq, « Nouvelles précisions pratiques relatives à la convention judiciaire d'intérêt public », Dalloz actualités, 13 septembre 2021.

Ainsi, les juridictions du littoral spécialisées, créées par la loi du 3 mai 2001 relative à la répression des rejets polluants de navires⁸²⁶, disposent désormais d'un champ d'application infractionnel plus vaste et d'une compétence territoriale étendue⁸²⁷.

De surcroît, les pôles interrégionaux spécialisés en matière d'atteintes à l'environnement et à la santé publique pourront se faire assister par des professionnels recrutés parmi les fonctionnaires des Ministères de l'Environnement et de l'Agriculture⁸²⁸.

Enfin, la loi prévoit la création d'un pôle régional spécialisé en matière d'atteinte à l'environnement au sein d'un Tribunal Judiciaire par Cour d'appel⁸²⁹.

Avec une nouvelle organisation et de nouveaux moyens répressifs, la loi du 24 décembre 2020 entend faire de la CJIP environnementale une alternative intéressante pour les entreprises.

L'initiative doit être saluée dans son ensemble en ce qu'elle apporte plus de moyens pour la justice environnementale et la fait entrer dans la modernité avec le mécanisme de la CJIP.

745. Certains éléments appellent toutefois des réserves. Soulignons que la réforme ajoute encore un degré de complexité à un droit environnemental peu lisible, que cela soit pour les justiciables ou les magistrats⁸³⁰.

A ce désordre législatif, s'ajoute une CJIP environnementale qui peine à convaincre.

L'attractivité de la CJIP nous semble reposer sur les avantages que chacune des parties trouvent dans la conclusion de cette convention.

⁸²⁶ Les juridictions du littoral spécialisées (souvent appelées JULIS) ont été mises en place à la suite du naufrage de l'Erika et ont permis d'apporter une première réponse judiciaire nécessaire à la répression des infractions écologiques. Voir ici pour une communication du Ministère de la Justice : <http://www.justice.gouv.fr/le-garde-des-sceaux-10016/les-juridictions-du-littoral-specialisees-fetent-leurs-20-ans-34133.html>.

⁸²⁷ Voir J. Lagoutte, « Joyeux Noël ? Regard sur le chapitre V de la loi du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée », Revue Droit Pénal, LexisNexis, n°2, février 2021 : Désormais les juridictions du littoral spécialisées sont compétentes pour connaître d'infractions qui dépassent les rejets polluants, notamment les opérations d'exploration ou d'exploitation du fond de la mer ou de son sous-sol (article L. 218-34 du Code de l'environnement), d'immersion et d'incinération en mer (article L. 218-48 et L. 218-64 du Code de l'environnement), ou les actes de pollution des eaux salées (article L. 218-73 du Code de l'environnement).

⁸²⁸ Voir l'article 706-2, II du Code de procédure pénale, voir également, J. Lagoutte « Joyeux Noël ? Regard sur le chapitre V de la loi du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée », précité.

⁸²⁹ Voir l'article 706-2-3 du Code de procédure pénale.

⁸³⁰ Le magistrat Jean Philippe Rivaud avec qui nous avons eu la chance d'échanger mettait en avant ce problème de lisibilité du droit environnemental pour les magistrats qui sont insuffisamment formés à la matière.

Dès lors que concomitamment à la mise en place du mécanisme de la CJIP environnementale, la répression pénale environnementale reste très faible, le rapport de force sur lequel repose la CJIP n'est pas en faveur du Ministère public.

En 2020, le contentieux environnemental ne représentait que 1 % des condamnations pénales et 0,5 % des condamnations civiles⁸³¹.

Or, il convient de ne pas se féliciter de chiffres aussi bas en ce que les atteintes à l'environnement le seraient tout autant. Ces chiffres nous semblent, bien au contraire, décorrélés des atteintes réelles.

Quel intérêt aurait donc une personne morale à accepter la conclusion d'une CJIP environnementale dès lors que cette dernière a conscience (i) de la difficulté pour les enquêteurs de réunir un dossier suffisamment solide pour entraîner un renvoi devant le Tribunal correctionnel concernant des atteintes particulièrement complexes à établir, (ii) de la probabilité élevée que l'affaire soit classée sans suite, (iii) du temps judiciaire, particulièrement long qui ne peut que jouer en sa faveur et enfin (vi) que les autorités américaines n'interviennent pas auprès d'entreprises étrangères pour la répression d'atteintes à l'environnement en proposant des transactions comme elles le font en matière d'atteinte à la probité sur la base du *FCPA*⁸³²?

746. A cet égard, la première CJIP environnementale conclue en novembre 2021 interroge sur l'adéquation du mécanisme avec le cas d'espèce.

Il était question d'un déversement de Permanganate de Potassium dans un ruisseau de la commune de Monistrol-sur-Loire par une usine de traitement d'eau potable exploitée par le Syndicat Mixte de Production et d'Adduction d'eau (ci-après, le « SYMPAE »).

La CJIP explique que le produit déversé est toxique pour les organismes aquatiques et que la pollution s'est répandue sur un kilomètre de cours d'eau.

Au regard de cette infraction prévue par l'article L. 216-6 du Code de l'environnement⁸³³, une amende d'intérêt public d'un montant de 5.000 euros est proposée au SYMPAE.

⁸³¹ Voir le rapport « relatif au parquet européen et à la justice pénale spécialisée » fait au nom de la Commission des lois par la députée N. Moutchou, p. 155.

⁸³² *Foreign Corrupt Practices Act* adopté en 1977.

⁸³³ L'article L. 216-6 du Code de l'environnement prévoit notamment que « *Le fait de jeter, déverser ou laisser s'écouler dans les eaux superficielles, souterraines ou les eaux de la mer dans la limite des eaux territoriales, directement ou indirectement, une ou des substances quelconques dont l'action ou les réactions entraînent, même*

Afin de réparer le préjudice écologique, il est prévu que le SYMPAE s'acquitte du versement de la somme de 2.159 euros à la Fédération Départementale de la Pêche de la Haute-Loire.

Quant à la régularisation de la situation du SYMPAE dans le cadre d'un programme de mise en conformité, visé par le nouvel article 41-1-3 du Code de procédure pénale, on comprend à la lecture de la CJIP que le SYMPAE a une période de 30 mois pour se mettre en conformité sous le contrôle des services compétents du Ministère de l'environnement.

Toutefois, la CJIP prévoit que cette mise en conformité aura « *comme seul charge la pose dans un délai de 6 mois d'un portillon d'accès à la vanne du bassin de décantation permettant l'intervention à toutes les heures des services de secours* »⁸³⁴.

Aussi, la teneur du programme de conformité ne semble pas très claire. Le Ministère Public aurait-il eu besoin, pour que sa proposition de CJIP soit acceptée, d'assurer à l'avance au SYMPAE que la seule obligation qui en résulterait serait la pose d'un portillon, outre le paiement d'une amende (très modeste) ?

En tout état de cause, cette CJIP est un mélange à la fois surprenant et prévisible.

Surprenant dans la mesure où la faible gravité des faits aurait permis l'application de l'article L. 173-12 du Code de l'environnement qui prévoit une transaction avec l'administration :

« L'autorité administrative peut, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, transiger avec les personnes physiques et les personnes morales sur la poursuite des contraventions et délits prévus et réprimés par le présent code, à l'exception des délits punis de plus de deux ans d'emprisonnement.

La transaction proposée par l'administration et acceptée par l'auteur de l'infraction doit être homologuée par le procureur de la République. ».

Dès lors, les faits visés par la CJIP, réprimés par l'article L. 216-6 du Code de l'environnement, auraient pu être traités par le biais de la transaction administrative susvisée. Cette dernière procédure nous aurait même semblé plus cohérente au regard de l'esprit de la CJIP.

provisoirement, des effets nuisibles sur la santé ou des dommages à la flore ou à la faune, à l'exception des dommages visés aux articles L. 218-73 et L. 432-2, ou des modifications significatives du régime normal d'alimentation en eau ou des limitations d'usage des zones de baignade, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. ».

⁸³⁴ Soulignement ajouté.

En effet, si pour certains commentateurs, cette CJIP illustre le caractère protéiforme d'un instrument pouvant être utilisé autant sur des dossiers d'envergure que sur des affaires d'une plus grande simplicité⁸³⁵, il nous semble que les éléments des débats parlementaires mettent surtout en exergue l'opportunité avec cette nouvelle CJIP de réprimer les infractions environnementales les plus graves⁸³⁶.

L'avis rendu par le Conseil d'Etat, le 23 janvier 2020, sur le projet de loi corrobore ce positionnement de la CJIP et « *estime approprié le renforcement des procédures alternatives aux poursuites (...) lorsque les dommages, par nature plus importants, sont causés par des entreprises.* »⁸³⁷.

L'étude d'impact sur le projet de loi, rendue le 27 janvier 2020, considère également qu'il y a lieu de mettre en place un partage selon la gravité de l'atteinte à l'environnement entre la procédure de l'article L. 173-12 du Code de l'environnement et la CJIP :

*« La transaction prévue à l'article L. 173-12 dans le code de l'environnement n'est adaptée que pour les infractions de faible gravité. En effet, elle ne peut être mise en œuvre que pour les infractions punies au plus de deux ans d'emprisonnement et ne peut donner lieu qu'au paiement d'une amende transactionnelle plafonnée au tiers de l'amende encourue. Elle est mise en œuvre à l'initiative de l'autorité administrative, après homologation du procureur de la République. En revanche, la convention judiciaire d'intérêt public pourra porter sur des délits ayant causé des préjudices importants à l'environnement, après homologation par un magistrat du siège et sans limite relative au quantum de la peine encourue. »*⁸³⁸.

Il nous semble donc que cette première CJIP conclue avec le SYMPAE est d'une nature assez déceptive au regard des ambitions du législateur.

Cette déception était toutefois prévisible. Dans la mesure où le Ministère Public n'a pu imposer une CJIP d'envergure pour des atteintes environnementales importantes, pendant deux ans, il

⁸³⁵ P. Dufourq, « Droit pénal de l'environnement : les enseignements de la première CJIP environnementale », Dalloz actualité, 31 janvier 2022.

⁸³⁶ Rapport du sénateur P. Bonnacarrère pour la commission des lois du Sénat sur le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée, p. 52.

⁸³⁷ Avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi relatif au parquet européen et à la justice pénale spécialisée, séance du 23 janvier 2020, § 29.

⁸³⁸ Etude d'impact sur le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée, p.156 et 157.

devenait essentiel d'utiliser le mécanisme même si les faits justifiaient la proposition de CJIP n'étaient pas totalement adaptés.

747. La deuxième CJIP environnementale conclue en janvier 2022 avec le Groupement Agricole d'Exploitation En Commun (ci-après, « GAEC ») des Beaudor appelle les mêmes remarques.

Les faits ne sont pas d'une particulière gravité, l'infraction visée n'excluait pas l'application de la transaction prévue par l'article L. 173-12 du Code de l'environnement et l'amende d'intérêt public a été fixée à 1.000 euros⁸³⁹. Notons toutefois, une réparation importante du préjudice environnementale⁸⁴⁰.

748. Peut-être aurait-il fallu laisser cette nouvelle justice environnementale, qui nous semble effectivement gagner en moyens, prononcer des décisions à l'endroit de personnes morales et s'affirmer dans le champ pénal répressif, afin que les entreprises identifient la CJIP comme une alternative ?

749. A cet égard, la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 « portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets » comprend un fort volet pénal⁸⁴¹.

Le nouvel article L. 231-1 du Code de l'environnement prévoit un délit général de pollution des eaux et de l'air :

« Le fait, en violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, d'émettre dans l'air, de jeter, de déverser ou de laisser s'écouler dans les eaux (...) directement ou indirectement, une ou plusieurs substances dont l'action ou les réactions entraînent des effets nuisibles graves et durables sur la santé, la flore, la faune (...) ou des modifications graves du régime normal d'alimentation en eau est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'un million d'euros d'amende, ce montant pouvant être porté jusqu'au quintuple de l'avantage tiré de la commission de l'infraction. ».

⁸³⁹ Il était question d'une pollution liée au déversement de lisier dans le cours d'eau de la Serigoule entraînant la mortalité de la population piscicole et de la macrofaune du cours d'eau.

⁸⁴⁰ La CJIP prévoit le versement de la somme de 23.688 euros à la Fédération départementale de la Pêche de la Haute-Loire et la somme de 18.337 euros à l'Association agréée de pêche et de protection du milieu aquatique.

⁸⁴¹ Pour une vue d'ensemble : G. Leray, « La loi climat et l'entreprise », Revue des sociétés, Dalloz, 2021, p.682 ; voir également concernant les développements en droit pénal minier : G. Beaussonie, « Sauver l'environnement par le droit pénal ? », Revue de Science Criminelle, Dalloz, 2021, p.873.

De son côté, le nouvel article L. 231-2 du Code de l'environnement puni de trois ans d'emprisonnement et de 150.000 euros d'amende « *Le fait d'abandonner, de déposer ou de faire déposer des déchets (...) lorsqu'ils provoquent une dégradation substantielle de la faune et de la flore ou de la qualité de l'air, du sol ou de l'eau* ».

La plus emblématique évolution est bien évidemment la nouvelle qualification pénale d'écocide⁸⁴². L'infraction d'écocide prévue par l'article L. 231-3 du Code de l'environnement se réalise dès lors que les faits prévus par l'article L. 231-1 du même code sont réalisés de manière intentionnelle et que les faits de l'article L. 231-2 du Code de l'environnement sont non seulement réalisés de manière intentionnelle mais également qu'ils « *entraînent des atteintes graves et durables à la santé, à la flore, à la faune ou à la qualité de l'air, du sol ou de l'eau* ».

L'infraction d'écocide est donc une version aggravée des deux délits visés avec la mise en place de sanctions particulièrement lourdes, soit 10 ans d'emprisonnement et 4,5 millions d'euros d'amende, ce montant pouvant être porté au décuple de l'avantage tiré de la commission de l'infraction.

Les débats, très vifs, sur la qualification d'écocide pourraient faire ressortir une déception des partisans de la notion. Cette dernière n'est d'ailleurs pas nouvelle⁸⁴³ mais a connu un fort regain d'intérêt dès lors qu'elle a été reprise par la Convention citoyenne pour le climat. Il était initialement prévu que l'écocide soit formulé comme suit : « *constitue un crime, toute action ayant causé un dommage grave en participant au dépassement manifeste et non négligeable des limites planétaires, commise en connaissance des conséquences qui allaient en résulter et qui ne pouvaient être ignorées* »⁸⁴⁴.

Trop imprécise et présentant une insécurité juridique forte, la loi préfère finalement à cette proposition de crime, le délit décrit⁸⁴⁵. Les avancées caractérisées par les articles L. 231-1,

⁸⁴² Sur ce sujet, voir C. Dubois, « L'écocide consacré... mais l'écocide contesté », Recueil Dalloz, 2021, p.1712 ; G. Beaussonie, « Sauver l'environnement par le droit pénal ? », précité ; A. Van Lang, « Le droit de la transition écologique en devenir », AJDA 2022, p.133.

⁸⁴³ Pour une présentation juridique de la notion d'écocide, voir L. Neyret (dir.), « Des écocrimes à l'écocide, Le droit pénal au secours de l'environnement », Bruylant, 2015 ; L. Neyret, « Pour la reconnaissance du crime d'écocide », Revue juridique de l'environnement, Lavoisier, 2014/HS01 Volume 39, p. 177 à 193.

⁸⁴⁴ Proposition de la Convention citoyenne sur le climat, voir ici : <https://propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr/objectif/legiferer-sur-le-crime-decocide/>.

⁸⁴⁵ J.-M. Pastor, « Les sénateurs suppriment le délit d'écocide dans le projet de loi Climat et résilience », Dalloz Actualité, 30 juin 2021.

L. 231-2 et L. 231-3 du Code de l'environnement nous semblent toutefois de nature à inverser le rapport de force en matière de répression environnementale pour éviter que le droit répressif de l'environnement ne reste « *un appendice inconsistant, ne remplissant pas sa fonction sanctionnatrice et par conséquent pas davantage sa mission dissuasive* »⁸⁴⁶.

Il faudra encore patienter avant de voir la « CJIP verte » en mesure d'être proposée à des infractions environnementales majeures au même titre que le Ministère Public a été en mesure de proposer des CJIP dans des affaires de corruption internationale de très grande envergure.

750. Enfin, de nombreuses interrogations persistent quant à la structure de ces nouvelles CJIP.

Premièrement, l'exécution du programme de conformité environnementale n'est pas à la charge de l'AFA mais confiée aux services du Ministère de l'Environnement sans que l'on connaisse l'organisation, le fonctionnement desdits services ou encore les modalités de la mise en conformité. A cet égard, les deux CJIP conclues n'apportent pas d'élément de clarification.

Deuxièmement, l'article 41-1-3 du Code de procédure pénale prévoit que « *Lorsque la victime est identifiée, sauf si la personne morale mise en cause justifie de la réparation de son préjudice, la convention prévoit également le montant et les modalités de la réparation des dommages causés par l'infraction dans un délai qui ne peut être supérieur à un an.* ».

Or, le fonctionnement de la CJIP est non seulement sujet à son attractivité mais également à la rapidité et la qualité des négociations mises en œuvre.

Même si la CJIP environnementale devait se développer sur des atteintes d'envergure, il nous semble que c'est le mécanisme de la CJIP lui-même qui n'est pas adapté à la gestion de très nombreuses victimes (voir en ce sens notre propos sur la difficulté de faire naître une CJIP avec un nombre conséquent de victimes, *supra*, § n° 711 et s.).

D. Les voies de développement de la CJIP

751. L'expérience de la CJIP amène un constat global positif sur ce mécanisme. Néanmoins, deux principaux axes d'évolution se dessinent. Le premier concerne l'extension du champ d'application infractionnel de la CJIP (1).

⁸⁴⁶ Nous reprenons la formule explicite du Professeur Agathe Van Lang dans l'article « Le droit de la transition écologique en devenir », précité.

Le deuxième a trait à une meilleure appréhension des personnes physiques, mises en cause dans une affaire pour laquelle la personne morale, dont ils sont les représentants, a conclu une CJIP (2).

1. L'extension du champ d'application infractionnel

752. Les députés Raphael Gauvain et Olivier Marleix formulent dans leur rapport d'information une proposition afin d'étendre à l'infraction de favoritisme le mécanisme de la CJIP⁸⁴⁷.

Cette infraction a, elle-même, fait l'objet d'une extension de son champ d'application du fait de la loi Sapin 2 qui souhaitait une plus grande probité dans le secteur de la commande publique (voir *supra*, § n° 643). Cette évolution, proposée par les députés devrait, selon nous, être accueillie positivement.

753. Toutefois, en ouvrant d'une manière trop importante le champ de la CJIP, cette dernière pourrait tomber soit dans « l'écueil de la prématurité » comme cela nous semble être le cas pour l'application environnementale, soit donner l'impression qu'elle est un mécanisme « fourre-tout ».

C'est d'ailleurs déjà l'impression que laisse certaines CJIP qui appréhendent les infractions connexes aux infractions principales qui fondent l'utilisation du dispositif. C'est particulièrement le cas de la CJIP conclue par LVMH en décembre 2021⁸⁴⁸.

754. S'il était initialement question de faits de trafic d'influence d'un ancien directeur des renseignements français au profit de LVMH qui cherchait à obtenir des informations classifiées et couvertes par un secret protégé, la CJIP appréhende globalement de nombreuses infractions connexes qui auraient été réalisées, entre 2008 et 2016, telle que « *la complicité, par instigation, de collecte frauduleuse de données à caractère personnel, d'exercice illégal de professions réglementées relevant des activités de sécurité privée, d'exercice illégal d'agent de recherches privées et d'atteintes à la vie privée* »⁸⁴⁹. Cet ensemble contribue à une première CJIP pour des

⁸⁴⁷ Proposition n°15 du rapport d'information précité, p. 104.

⁸⁴⁸ CJIP conclue le 15 décembre 2021 entre le ministère public et LVMH Moët Hennessy – Louis Vuitton.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 4.

faits de trafic d'influence imprécise⁸⁵⁰ et donne le sentiment que ces éléments connexes prennent en définitive plus de place que l'infraction de trafic d'influence initiale.

Ce fut d'ailleurs l'un des arguments d'une des parties civiles devant le juge de la validation. Dénonçant un déni de justice, cette dernière ne souhaitait pas l'extinction de l'action publique pour des faits qui la concernaient et qui étaient connexes aux infractions permettant la conclusion de la CJIP⁸⁵¹.

755. De son côté, la CJIP conclue avec la société française Atalian, spécialiste du service aux entreprises, met en exergue la capacité du Ministère public à « tordre » la qualification juridique des faits⁸⁵². La société Atalian a accepté de s'acquitter d'une amende d'intérêt public de 15 millions d'euros pour éviter un procès pour avoir mis en place des fausses factures permettant de gonfler artificiellement l'état de la trésorerie et ainsi augmenter le prix de cession de deux de ses filiales en 2014 et 2015⁸⁵³.

La qualification pénale principale retenue par le Ministère public qui ouvre le recours à la CJIP est celle du blanchiment de fraude fiscale soit un blanchiment de l'infraction prévue au 1° de l'article 1743 du Code général des impôts⁸⁵⁴. Le recours à cet élément légal est donc justifié par le fait qu'une fausse facturation s'assimile à des écritures comptables inexactes ou fictives.

⁸⁵⁰ Sur la largesse des faits objets de cette CJIP, voir G. Poissonnier, « Trafic d'influence - Première Convention judiciaire d'intérêt public », Revue Droit pénal, LexisNexis, n° 4, Avril 2022, comm. 72. Concernant le caractère imprécis et large de cette CJIP, notons que la détermination de l'amende d'intérêt public s'en ressent. Après avoir rappelé la règle de l'article 41-1-2, I, 1° du Code de procédure pénale, selon laquelle « *Le montant de cette amende est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires* », la CJIP précise que « *les avantages que LVMH a retirés de ces manquements sont très difficiles à évaluer sur une base comptable ou objectivée par des bénéfices de sorte que doit prévaloir l'accord des parties* » ; voir M. Segonds, « Les progrès possibles de la justice négociée, illustrés par l'ordonnance de validation de la CJIP LVMH », Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 1, Février 2022, comm. 47.

⁸⁵¹ L'ordonnance de validation de la CJIP du 17 décembre 2021 met en lumière cette opposition. Pour le détail nous avons eu la chance de nous entretenir avec le conseil des victimes en question (M. François Ruffin et l'association Fakir).

⁸⁵² Voir L. Saenko, « CJIP Atalian ou l'avènement de la CJIP de droit commun ? », Gazette du Palais n°11, 5 avril 2022, p.54.

⁸⁵³ Pour un résumé de la CJIP, voir P. Dufourq, « Justice négociée : La financière Atalian a conclu une convention judiciaire d'intérêt public pour un montant de 15 millions d'euros dans une affaire concernant la cession de filiales », Dalloz actualité, 10 mars 2022.

⁸⁵⁴ L'article prévoit qu'est puni des peines visées à l'article 1741 du Code général des impôts « *Quiconque a sciemment omis de passer ou de faire passer des écritures ou a passé ou fait passer des écritures inexactes ou fictives (...)* ».

La CJIP retient également les délits connexes d'escroquerie et de tentative d'escroquerie commis en bande organisée « *ces fausses factures ayant eu pour objet de déterminer les acquéreurs potentiels et réels à payer un prix surévalué pour ces acquisitions.* ».

Pour autant, comme l'indique très justement un auteur, établir des fausses factures afin de « duper » son cocontractant et l'amener à acquérir une société pour un prix artificiellement plus important semble nettement plus relever d'une tromperie et du délit d'escroquerie ainsi que du délit de faux et usage de faux que du blanchiment du délit comptable visé à l'article 1743, 1° du Code général des impôts.

Le champ d'application matériel de la CJIP étant strictement limité (voir *supra*, § n° 687), le Ministère public prend certaines libertés qui ne peuvent que laisser l'impression d'un détournement de qualification.

756. *De facto*, le Ministère public n'adopte pas une interprétation stricte de l'article 41-1-2 comme l'illustrent les CJIP LVMH et Atalian. Toutefois, dès lors que la personne morale accepte la proposition de CJIP et que le juge de la validation ne s'oppose pas à la qualification des faits et valide la CJIP, cette dernière ne peut qu'être remise en cause par la personne morale dans l'exercice de son droit de rétractation.

Faut-il pour autant élargir le champ d'application de la CJIP pour plus de cohérence ?

Cette solution devra uniquement s'évaluer sur un temps long afin que la CJIP ne perde pas en crédibilité du fait d'un recours excessif. La conclusion d'une CJIP doit être perçue par les personnes morales mises en cause comme une opportunité proposée par un droit moderne et à jour des contraintes liées à la compétitivité des systèmes juridiques et non comme le recours systématique d'une justice qui manque de moyens.

En conséquence, la proposition portée par le rapport du Club des juristes d'étendre la CJIP à l'ensemble des infractions relevant de la délinquance économique et financière ne peut se concevoir que sur le long terme⁸⁵⁵.

Une première évolution pourrait être, si la haute autorité pour la probité voit le jour, de lui confier la mise en œuvre d'une peine de mise en conformité destinée au volet fiscal des CJIP. Cela permettrait de conserver l'idée d'éviter la reproduction des faits reprochés et de créer un équilibre entre les différentes CJIP.

⁸⁵⁵ Rapport du Club des juristes « Pour un droit européen de la compliance », précité, §258 et 264.

2. Une meilleure prise en compte des personnes physiques

757. La loi Sapin 2 n'ouvre le bénéfice de la CJIP qu'aux personnes morales. Il ressort des débats parlementaires que la pondération de la contractualisation de la justice, par le biais de la CJIP, se situe dans le fait qu'elle ne dégage en rien la responsabilité des dirigeants et personnes physiques impliquées⁸⁵⁶.

Le rapport établi par le sénateur François Pillet pour la Commission des lois indique à ce titre :

*« Compte tenu de la gravité des délits de corruption, il ne serait pas admissible que les personnes physiques qui en sont l'auteur échappent aux poursuites pénales, quand bien même les personnes morales qu'elles dirigent pourraient bénéficier d'une transaction, sans reconnaissance de culpabilité. »*⁸⁵⁷.

Si le rapport du Club des juristes relève qu'une évolution de la CJIP à l'endroit des personnes physiques n'est pas souhaitable à brève échéance en ce sens qu'une « *extension prématurée aux personnes physiques risquerait de ne pas être comprise de l'opinion publique* », il n'exclut pas cette éventualité sur le long terme⁸⁵⁸.

L'idée serait donc qu'avec le temps, les justiciables se seraient familiarisés avec la justice transactionnelle et qu'une CJIP pour les personnes physiques en deviendrait plus acceptable.

758. Pour autant, le succès indéniable de la CJIP réside dans le fait que le mécanisme est parfaitement adapté aux personnes morales qui ne peuvent se voir appliquer des peines privatives de libertés.

La personne morale dégage un chiffre d'affaires que le pacte de corruption ou la fraude fiscale aura permis d'alimenter, il est donc cohérent qu'elle s'acquitte du paiement d'une amende.

La personne morale exerce une activité (d'une nature commerciale, industrielle, etc.) il est donc souhaitable et parfaitement cohérent qu'elle mette en place un programme de conformité, sous *monitoring* de l'AFA, pour éviter la répétition des faits reprochés.

⁸⁵⁶ Rapport du député S. Denaja fait au nom de la Commission des lois, 26 mai 2016, p. 147, 148, 156.

⁸⁵⁷ Rapport du sénateur F. Pillet, fait au nom de la Commission des lois, 22 juin 2016. p. 88.

⁸⁵⁸ Rapport du Club des juristes « Pour un droit européen de la compliance », précité, §255.

Dupliquer ce système à l'endroit d'une personne physique semble donc inadéquat. Plus largement, le fait qu'une personne physique puisse s'acquitter d'une d'amende pour éviter une peine de prison pourrait contribuer à faire ressortir des inégalités sociales importantes.

759. Par ailleurs, le plus fort élément de dissuasion pour une personne physique dans la commission d'une infraction réside dans la possibilité d'une peine de prison, soit la privation de libertés.

Sans reprendre l'exemple de Frederic Pierucci, cadre d'Alstom, et de son expérience du milieu carcéral américain en ce qu'elle nous semble être le fruit d'une guerre économique, la menace d'une incarcération constitue un élément fondamental de la justice répressive.

Désolidariser la commission d'une infraction pénale de cette éventualité nous semble inopportun dans un contexte de lutte contre la corruption. Bien que l'accent soit mis sur la prévention, il nous semble que la mise en place d'un système complet et cohérent de lutte contre la corruption ne doit pas passer par une diminution de la réponse pénale, fusse t'elle faible ou qu'elle aboutisse à des aménagements.

De plus, organiser un système de règlement global et unique des affaires avec une CJIP englobant les personnes physiques et morales pourrait amener une insécurité supplémentaire. Dès lors que l'un des éléments ne remplirait pas les conditions de validation, ce serait l'accord dans son ensemble qui tomberait.

760. De son côté, le rapport d'information des députés Raphael Gauvain et Olivier Marleix ferme la porte à l'éventualité d'une CJIP pour les personnes physiques et relève, justement, que l'option de la CRPC reste la plus adéquate pour les personnes physiques en complément de la CJIP de la personne morale.

Certes, la CRPC emporte une reconnaissance de culpabilité et l'inscription au casier judiciaire de la personne, mais elle assure, le cas échéant, une peine d'emprisonnement plus faible que celle prononcée par un Tribunal et permet la mise en place d'aménagements⁸⁵⁹. De surcroît, si une peine d'amende est proposée, elle ne peut être supérieure à celle de l'amende encourue⁸⁶⁰.

⁸⁵⁹ Comme le prévoit l'article 495-7 du Code de procédure pénale, à l'exception de certains délits (atteintes à l'intégrité des personnes et agressions sexuelles), la CRPC peut être proposée pour les délits qui sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans. L'article 495-8 al. 2 du même Code ajoute « *Lorsqu'est proposée une peine d'emprisonnement, sa durée ne peut être supérieure à trois ans ni excéder la moitié de la peine d'emprisonnement encourue. Le Procureur peut proposer qu'elle soit assortie en tout ou partie du sursis. Il peut également proposer qu'elle fasse l'objet d'une des mesures d'aménagement énumérées par l'article 712-6.* ».

⁸⁶⁰ Voir l'article 495-8 al. 3 du Code pénal.

761. Du reste, si le dossier se prête à une CJIP ainsi qu'à une mesure de CRPC⁸⁶¹ cette dernière doit, en cas d'acceptation, être homologuée par le Tribunal.

En effet, concernant la CRPC, l'article 495-11-1 du Code de procédure pénale prévoit :

« (...) le président peut refuser l'homologation s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire ou lorsque les déclarations de la victime entendue en application de l'article 495-13 apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur. ».

Il n'est donc pas possible pour le juge de modifier la CRPC, cette dernière est soit acceptée soit refusée. De plus, dans l'éventualité d'un refus d'homologation, la personne physique ne dispose d'aucun recours (outre le pourvoi en cassation pour excès de pouvoir du juge).

Effectivement, l'ordonnance de refus d'homologation de la CRPC entraîne le Procureur de la République à saisir le Tribunal correctionnel ou à requérir l'ouverture d'une information judiciaire⁸⁶².

A l'inverse, dans une décision rendue le 19 juin 2021, le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, indique que lorsque le juge *« décide d'homologuer cette peine, l'ordonnance d'homologation a les effets d'un jugement de condamnation et la personne condamnée peut en interjeter appel. »*⁸⁶³.

Le Conseil constitutionnel ajoute que *« l'absence de voie de recours permettant de remettre en cause la décision de refus d'homologation ne méconnaît pas le droit à un recours juridictionnel effectif »*⁸⁶⁴.

⁸⁶¹ Tous les dossiers de CJIP ne justifient pas le recours à la CRPC : soit la mesure ne se prête pas au dossier soit l'enquête est toujours en cours ou n'a pas permis d'identifier et de caractériser des responsabilités pénales individuelles. Comme l'indique le rapport d'information des députés Raphael Gauvain et Olivier Marleix, p. 120 et 121, l'ancien directeur d'HSBC a bénéficié d'une CRPC, en revanche, toutes les personnes physiques impliquées dans les CJIP Set Environnement, Kaeffler Wanner et Poujaud ont été renvoyées devant le Tribunal correctionnel, tandis que les enquêtes sont toujours en cours pour les dossiers Carmignac, Aegis Avia et Airbus.

⁸⁶² Article 495-12 du Code de procédure pénale.

⁸⁶³ Décision n°2021-918, §5.

⁸⁶⁴ Décision précitée, §8.

762. Un autre élément doit être pris en considération lorsqu'une CJIP et une CRPC se mêlent sur une même affaire et que la CJIP de la personne morale a antérieurement été validée par le Tribunal. Il s'agit d'une éventuelle distorsion dans le traitement des deux mécanismes.

Le 9 février 2021, les sociétés Bolloré SE et Financière de l'Odet SE ont conclu une CJIP portant une amende d'intérêt public d'un montant de 12 millions d'euros et une peine de mise en conformité de deux ans pour un montant plafonné à quatre millions d'euros. Le 13 juillet 2021, cette CJIP a été validée par le Président du TJ de Paris.

Or, le 26 février 2021, la première vice-présidente du TJ de Paris a refusé l'homologation de la CRPC de plusieurs personnes physiques impliquées dans l'affaire.

Les faits datés des années 2009 à 2011 ont consisté en des actes de corruption d'un agent public togolais, en l'occurrence le Président de la République alors en exercice Faure Gnassingbé. Ce dernier a bénéficié de prestations pour un prix sous-évalué dans le cadre de sa campagne électorale pour sa réélection en mars 2010 ainsi que de l'octroi, pour son demi-frère, d'un poste de Directeur général chez HAVAS MEDIA TOGO, société du groupe Bolloré.

En contrepartie, les sociétés du groupe Bolloré ont obtenu de nombreux avantages, tels que l'extension de la durée de la concession pour l'exploitation du port de Lomé ainsi que des avantages fiscaux pour la construction d'un troisième quai dans le port.

763. Aussi, la juge près le Tribunal correctionnel de Paris en charge de l'affaire a refusé d'homologuer la peine consistant en une amende de 375.000 euros et une dispense d'inscription au bulletin numéro 2 du casier judiciaire en jugeant que « *les faits considérés portent gravement atteinte à l'ordre public économique en ce que leur commission a préjudicié à la souveraineté de l'état togolais en altérant le fonctionnement régulier de ses institutions. Elle a également méconnu le principe fondamental d'égalité de traitement des candidats à la conclusion d'un contrat de marché public ou de délégation de service public et celui de loyauté devant imprégner toute relation conventionnelle.* »⁸⁶⁵.

Cette motivation est en corrélation avec les dispositions de l'article 495-11-1 du Code de procédure pénale précitées.

⁸⁶⁵ TJ Paris, 26 févr. 2021, n° 12111072209, voir E. Brunelle, M. Lachassagne, S. Brihi, A. Bousquet, « L'affaire Bolloré ou les limites d'une justice pénale négociée », Dalloz Actualité, 23 mars 2021.

Cette motivation est également en corrélation avec la décision du Conseil constitutionnel qui avait été saisi lors de l'adoption de la loi qui a instauré la CRPC. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a invité le juge de l'homologation à exercer « *la plénitude du pouvoir d'appréciation qui incombe au juge du fond* »⁸⁶⁶.

Si la motivation de la décision du Juge de l'homologation ne fait pas défaut, les conséquences de ce refus d'homologations peuvent être problématiques.

En effet, le renvoi de plusieurs personnes physiques devant le Tribunal correctionnel dans un dossier où les personnes morales impliquées ont d'ores et déjà reconnu les faits et accepté leurs qualifications, questionne au regard de l'application de la présomption d'innocence et de l'égalité des armes.

Outre cette situation, la question de l'utilisation des informations échangées avec le parquet dans le cadre de la négociation de la CRPC peut s'avérer problématique.

A ce titre, l'article 495-14 alinéa 2 du Code de procédure pénale pose la garantie qu'en cas d'échec de la CRPC, « *le procès-verbal [de la procédure de CRPC] ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement, et ni le Ministère Public ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure.* ». Néanmoins, ce pare feu apparaît bien théorique.

764. Face à cette situation, la proposition du rapport d'information des députés Raphaël Gauvain et Olivier Marleix consiste en la création d'une nouvelle catégorie de CRPC, spécifique à des faits de corruption⁸⁶⁷.

Cette nouvelle CRPC aurait vocation à ne s'appliquer qu'en cas de révélation spontanée des faits par les dirigeants et dans l'éventualité d'une totale coopération de ces derniers avec le parquet.

Ajoutons à cette attitude de bonne foi préalable, des peines « *adaptées à la gravité des faits de corruption* » que l'on comprend comme étant plus importantes que celles mise en place par l'actuelle CRPC et l'article 495-8 du Code de procédure pénale.

⁸⁶⁶ Voir la décision n° 2004-492 du 2 mars 2004 et son communiqué de presse : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquedecision-n-2004-492-dc-du-2-mars-2004-communiquedepresse>.

⁸⁶⁷ Proposition n°26 du rapport d'information des députés Raphaël Gauvain et Olivier Marleix, précité, p. 125.

Les amendes pourraient donc être plus importantes que celles visées par les textes et la peine d'emprisonnement non plafonnée à trois ans.

La contrepartie se situerait dans une diminution de la marge de manœuvre du juge qui serait cantonné à examiner la qualification juridique des faits, la spontanéité de la révélation et l'ampleur de la coopération de la personne physique afin de « *limiter le risque de refus* ».

Cette proposition nous semble en contrariété avec la vision que le Conseil constitutionnel avait livrée du juge de l'homologation⁸⁶⁸. Elle nous semble également problématique en ce qu'elle limite le contre-pouvoir apporté par le Tribunal aux négociations du parquet.

L'équilibre du système actuel pourrait venir de la mise en place de peines plus importantes dans le cadre d'une CRPC ainsi que de garanties plus fortes quant à la réutilisation des informations et documents transmis au parquet en cas d'échec de la CRPC sans qu'il soit besoin de limiter le rôle du juge.

⁸⁶⁸ Décision n° 2004-492 du 2 mars 2004, § 107 et 108.

Chapitre 2. L'action en responsabilité fondée sur le défaut de vigilance

765. L'article L. 225-102-5 du Code de commerce identifie les articles 1240 et 1241 du Code civil comme le fondement de l'action en responsabilité civile. Cette action est rendue possible à la suite de la réalisation d'un dommage que le devoir de vigilance d'une entreprise n'a pu éviter (Section 1).

Toutefois, parallèlement à la loi relative au devoir de vigilance, des fondements ont émergé et doivent s'envisager en ce qu'ils constituent soit des corolaires à l'action de l'article L. 225-102-5 du Code de commerce, soit des fondements spéciaux de réparation de certains dommages (Section 2).

Section 1. Le régime de responsabilité civile extracontractuelle lié au défaut de vigilance

766. L'article L. 225-102-5 du Code de commerce dispose :

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

L'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin.

La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte. ».

Le régime mis en place est un régime de responsabilité extracontractuelle pour faute personnelle tranchant avec les nombreuses propositions que les travaux parlementaires ont pu faire naître.

Ont, notamment, été envisagées la mise en place d'une présomption de faute à l'endroit de la société débitrice de l'obligation de vigilance ainsi que la décriée mise en place d'une responsabilité du fait d'autrui. L'opposition des représentants des intérêts des entreprises (souvenons-nous du communiqué de presse du Medef annonçant l'inefficacité du texte et le

menace qu'elle constituerait pour notre économie⁸⁶⁹) a donc eu raison de ces propositions laissant un système classique de responsabilité s'installer.

Classique « *with a twist* », car la responsabilité civile de la loi relative au devoir de vigilance présente de nombreuses particularités (§1).

Elles peuvent expliquer qu'il n'y ait eu, entre 2017 et 2021, qu'une seule réelle action en responsabilité civile portant une ambition d'indemnisation d'un dommage causé par un défaut de vigilance (§2).

§1. Un nouveau triptyque de faute, dommage et lien de causalité

767. N'importe quelle faute ne peut entraîner la responsabilité de la société mère débitrice des obligations de vigilance, au même titre que n'importe quel dommage n'est pas réparable sur ce fondement.

La faute se caractérise par un défaut de vigilance ayant entraîné une atteinte grave (A). Le lien de causalité entre cette faute et cette atteinte est particulièrement difficile à établir (B).

A. Une faute spéciale pour un dommage spécial

768. L'exigence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux est une constante en responsabilité civile délictuelle. Elle trouve pour le devoir de vigilance une application ambitieuse.

Nous l'avons vu, l'état d'esprit de la loi relative au devoir de vigilance consiste à responsabiliser les groupes de sociétés. En effet, lorsque ces derniers sont répartis en milliers de filiales dans le monde et font appel à autant de sous-traitants et fournisseurs, ils semblent irresponsables des dommages causés du fait de leurs activités.

Il aura fallu attendre une catastrophe pour qu'une prise de conscience se fasse sur le terrain de la vigilance des entreprises. Il s'agit de l'effondrement le 24 avril 2014, du Rana Plaza à Dacca, capitale du Bangladesh, qui fit plus de 1.000 morts.

⁸⁶⁹Voir ici : <https://www.medef.com/fr/communiquede-presse/article/devoir-de-vigilance-une-loi-inefficace-qui-menace-notre-economie>.

Les outils classiques de responsabilité auraient amené le juriste à rechercher la faute des entreprises hébergeant les travailleurs dans cet immeuble ou la responsabilité du maître d'ouvrage pour la présence de malfaçons, etc.

769. Or, du fait d'un droit local insuffisamment développé et considérant que les employés du textile qui travaillaient dans l'immeuble fournissaient bon nombre de marques occidentales, l'idée d'un nouveau système de responsabilité va naître.

La loi relative au devoir de vigilance introduit l'idée que la distance, qu'elle soit géographique ou juridique, entre le donneur d'ordre et ses sous-traitants ou fournisseurs ne suffit plus pour qu'une entreprise se dédouane d'atteintes à la sécurité des personnes, aux droits humains et à l'environnement que ledit sous-traitant ou fournisseur aurait causée ou subie.

Il s'agit d'une idée forte qui amène à repenser la notion de faute. Effectivement, pour aller chercher la responsabilité de la société mère, que de nombreuses filiales et sous-traitants séparent du dommage effectivement subi, la responsabilité de l'article 1240 du Code civil ne suffit pas.

770. L'article L. 225-102-5 du Code de commerce prévoit que « *le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter.* ».

C'est donc un plan de vigilance lacunaire, imparfait, qui rend son auteur responsable dès lors que la mise en place des « *mesures de vigilance raisonnable* » aurait permis d'éviter la réalisation du dommage.

Il y a donc le « bon père de famille » et le bon plan de vigilance. L'analyse de la faute se fait au regard de cette référence, cette abstraction qu'est le plan de vigilance raisonnable d'une entreprise assujettie.

Pour rappel, un plan de vigilance comporte une cartographie des risques, des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, ainsi qu'un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

771. Si toutes ces mesures donnent de la cohérence au plan et contribuent à son effectivité, trois mesures nous semblent devoir particulièrement retenir notre attention face à la réalisation d'un dommage.

Il s'agit premièrement de la cartographie des risques qui, à l'instar de la cartographie des risques anticorruption, constitue le centre névralgique du plan de vigilance et doit permettre de rétablir utilement les moyens de prévention (voir *supra*, § n° 271).

Sans une cartographie cohérente des risques identifiés par la loi relative au devoir de vigilance, l'entreprise risque de tomber dans l'écueil de cantonner le plan à sa dimension écrite. Autrement dit, de valoriser le plan de vigilance publié comme un outil de communication attractif et d'en oublier qu'il s'agit, à titre principal, d'un ensemble de mesures à déployer afin d'éviter la réalisation des risques majeurs.

La deuxième mesure phare consiste en l'évaluation des tiers, mesure symptomatique de l'ambition de la loi relative au devoir de vigilance et du caractère anxiogène du texte pour les grandes entreprises (voir *supra*, § n° 519 et *infra*, § n° 781 et s. pour le cas Casino).

Enfin, la question d'un éventuel signalement antérieur à la réalisation du risque permet d'orienter l'analyse du juge sur le fonctionnement des mécanismes de recueil des signalements et sur la réaction de l'entreprise.

772. Prenons, pour illustrer notre propos, le cas SUEZ au Chili (voir *supra*, § n° 323 et s., 496).

Si l'affaire devait donner lieu à une action en responsabilité civile⁸⁷⁰, sur le terrain du devoir de vigilance, les plaignants ne seraient pas limités à une action locale longue et fastidieuse qui amènerait la démonstration d'une négligence de la part d'un sous-traitant de l'entreprise ESSAL ou de l'entreprise ESSAL elle-même.

En effet, la faute se délocalise et s'enracine au sein de la société mère assujettie au devoir de vigilance des milliers de kilomètres plus loin. Aussi, la preuve de la faute à rapporter ne réside plus dans celle directement liée au dommage mais dans la vigilance raisonnable de la société mère.

Le législateur a donc créé un « pont juridique » entre la victime et l'entreprise qui, *in fine*, bénéficie économiquement de la prestation effectuée qui a occasionné le dommage.

⁸⁷⁰ Cela semble toutefois peu probable. Philippe Andrau, Directeur juridique groupe de Suez nous indiquait que les dommages « locaux » ont d'ores et déjà été réparés. Toutefois, conservons le cas Suez pour les besoins de l'exemple.

En décorrélant la notion de faute de sa réalité et en la raccrochant à la qualité d'un plan de vigilance, le législateur ouvre la voie à des actions en réparation facilitées car dépourvues de nombreuses problématiques factuelles.

773. Plusieurs questions se posent alors. SUEZ avait-elle identifié dans sa cartographie des risques des atteintes à la santé et la sécurité des personnes ou des atteintes à l'environnement des problématiques liées à l'entretien et au contrôle de l'usine d'Osorno ?

Une plus grande diligence dans le choix des éventuels sous-traitants et/ou fournisseurs impliqués dans l'entretien et le contrôle de l'usine aurait-elle permis d'éviter la réalisation du dommage ?

Des signalements ont-ils été lancés au sein du groupe SUEZ ou de ses partenaires d'affaires pour alerter sur la dangerosité de la situation ? Le cas échéant, comment ces signalements ont-ils été traités ?

774. Les réponses à ces questions participent à la caractérisation de la faute, de la négligence ou de l'imprudence de la société mère⁸⁷¹. Elles permettent également de creuser l'écart entre le plan de vigilance effectivement mis en place et le plan de vigilance qu'il aurait fallu mettre en place.

De surcroît, les réponses à ces questions donnent l'occasion au juge de réorienter l'entreprise, et par là même toutes les entreprises assujetties au devoir de vigilance, sur le contenu réellement attendu d'un plan de vigilance et la portée des mesures raisonnables propres à éviter la réalisation des risques identifiés par la loi.

775. A une faute spécifique s'adjoint un dommage spécifique car le dommage causé doit être d'une certaine gravité dans la mesure où « *Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves (...)* ».

Tous les dommages ne sont donc pas indemnisables sur la base d'un manquement d'une entreprise assujettie au devoir de vigilance.

⁸⁷¹ L'article L. 225-102-5 du Code de commerce renvoie à l'article 1240 mais également 1241 du Code civil.

B. Une causalité artificielle nécessaire

776. Le Conseil constitutionnel a été parfaitement clair quant à la mise en place d'un lien de causalité direct en précisant qu' « *En renvoyant aux articles 1240 et 1241 du Code civil dans le nouvel article L. 225-102-5 du code de commerce, le législateur a seulement entendu rappeler que la responsabilité de la société à raison des manquements aux obligations fixées par le plan de vigilance est engagée dans les conditions du droit commun français, c'est-à-dire si un lien de causalité direct est établi entre ces manquements et le dommage. Les dispositions contestées n'instaurent donc pas un régime de responsabilité du fait d'autrui, ainsi que cela ressort, au demeurant, des travaux parlementaires.* ».

Dès lors, comment caractériser le lien de causalité direct exigé ?

Comme l'ont précisé des autrices, le lien entre le devoir de vigilance d'une société mère et des dommages survenus dans une usine, à l'étranger, appartenant à une filiale et dans laquelle travaille des sous-traitants, liés à ladite filiale, peut sembler bien lâche⁸⁷².

Aussi, si l'on doit retenir la théorie de l'équivalence des conditions, on trouvera parmi les causes non seulement le défaut de vigilance de la société mère mais également et surtout la négligence du sous-traitant ou donneur d'ordre, des erreurs humaines, etc. La théorie de la causalité adéquate favorisera la ou les causes réelles du dommage en hiérarchisant les différentes causes et en isolant la ou les causes prépondérantes⁸⁷³.

777. Aussi, il nous semble que la cause la plus proche et la plus cohérente pour expliquer le dommage résultera difficilement d'un défaut de vigilance, eu égard au caractère distendu du lien entre le plan de vigilance de la société mère et le dommage.

D'autant que le manquement dans l'établissement de la vigilance de la société mère devrait dans la majorité des cas se constituer par une omission ou une abstention fautive.

En revanche, il nous semble que dans l'hypothèse d'un signalement étouffé par la société mère qui (i) n'ignorait pas la dangerosité d'une situation et (ii) aurait pu agir pour empêcher la réalisation du dommage, les juridictions retiendront plus facilement le lien de causalité direct entre cette faute et le dommage.

⁸⁷² A. Danis-Fatôme, G. Viney, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », Recueil Dalloz 2017, p. 1610.

⁸⁷³ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, « Droit civil - Les Obligations », Précis Dalloz, 12ème ed., §1089 et s.

778. En dehors de cette dernière hypothèse, deux possibilités s'offrent aux juridictions.

La première possibilité consiste en la mise en application du régime classique laissant au demandeur la charge de la preuve comme le prévoit l'article 9 du Code de procédure civile.

Toutefois, au regard des difficultés que procure la preuve du lien de causalité, entre le dommage et le défaut de vigilance, rapporter la preuve qu'un devoir de vigilance plus complet aurait permis d'éviter le dommage présente l'inconvénient d'une excellente connaissance du plan de vigilance de la société dont l'élément publié ne peut être le reflet exact.

La preuve est donc difficile et à moins qu'une faute particulièrement grave et évidente apparaisse de la part de la société mère, telle qu'un signalement étouffé, les demandeurs pourront vite se retrouver dans l'impasse.

En définitive, le caractère artificiel du lien de causalité porté par le devoir de vigilance amène davantage la responsabilité d'une entreprise à se déduire de la gravité de sa faute et des lacunes profondes de son plan de vigilance que d'un lien direct entre cette faute et le dommage.

779. En conséquence, une deuxième possibilité se dessine. Elle est proposée par plusieurs auteurs et nous y souscrivons. Il s'agit de mettre en place une présomption de causalité entre le défaut de vigilance et le dommage, qu'il reviendrait à l'entreprise de renverser⁸⁷⁴.

Aussi, face à un dommage d'une gravité suffisante et si la partie demanderesse allègue des fautes dans l'établissement du devoir de vigilance de la société mère assujettie, il nous semblerait plus efficace que cette dernière rapporte la preuve qu'elle a bien déployé les mécanismes de vigilance raisonnable prescrits par la loi et que malgré la présence de ces garde-fous ledit dommage s'est réalisé, plutôt que le demandeur ne s'enlise dans la preuve malaisée d'un lien de causalité.

La résolution du Parlement européen du 10 mars 2021, portant une proposition de directive à l'attention de la Commission européenne pour un devoir de vigilance au sein de l'UE, proposait cette évolution.

⁸⁷⁴ A. Danis-Fatôme, G. Viney, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », précité ; voir également, C. Hannoun, « Vers un devoir de vigilance des sociétés mères », Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 4, Décembre 2014, commentaire 105.

L'article 19, 3 prévoyait :

« Les États membres veillent à ce que leur régime de responsabilité visé au paragraphe 2 soit tel que les entreprises qui prouvent qu'elles ont pris toutes les mesures de précaution requises en vertu de la présente directive pour éviter le préjudice en question, ou que le préjudice se serait produit même si toutes les précautions nécessaires avaient été prises, ne soient pas tenues pour responsables de ce préjudice. »⁸⁷⁵.

780. Des éléments de justification de la mise en place de cette présomption pourraient se trouver dans les théories du profit et du risque développées pour justifier la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés. Les conclusions de M. l'avocat général Kessous dans le très fameux arrêt Costedoat nous donnent une bonne vision de ces notions⁸⁷⁶.

Aussi, la théorie du profit, souvent mise en avant, fonde la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés dans l'avantage que le commettant tire de l'activité de son préposé. A cette notion, de dimension économique, s'ajoute la théorie du risque. L'avocat général Kessous fait alors référence à une phrase du Professeur Marcel Planiol que nous ne pouvons que reproduire :

« Quiconque entreprend un travail pour en tirer un profit pécuniaire accepte nécessairement comme contrepartie inévitable, le risque des dommages injustes que ce travail peut causer à autrui ... ce principe qu'on pourrait appeler la loi de connexité entre le profit et le risque ... c'est lui qui est la base unique de la véritable responsabilité du fait d'autrui ».

⁸⁷⁵ La résolution du 10 mars 2021 visée est disponible ici : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.html. Soulignons que la Commission européenne adopte, selon une formule différente, une idée dont le résultat pourrait être équivalent. L'article 22 de la proposition de la Commission européenne évoque ce qui semble, selon nous, être une cause d'exonération concernant son périmètre de vigilance externe et indirect. Dès lors que l'entreprise a correctement mis en place ses obligations de vigilance, elle ne serait pas responsable des « dommages causés par une incidence négative résultant des activités d'un partenaire indirect avec lequel elle entretient une relation commerciale bien établie, à moins qu'il n'ait été déraisonnable, compte tenu des circonstances de l'espèce, de s'attendre à ce que les mesures effectivement prises, y compris en ce qui concerne la vérification du respect, soient suffisantes pour prévenir, atténuer, supprimer ou réduire au minimum l'incidence négative ».

⁸⁷⁶ Cass., AP, 25 février 2000, n°97-17.378 et 97-20.152 ; P. Brun, Recueil Dalloz, septembre 2000, n°32, p.673 ; M. Billiau, la Semaine juridique ed. G, avril 2000, p.748 ; J.-P. Dorly, « La responsabilité du préposé à l'occasion des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions », Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires mai 2000, p.395 ; F. Rinaldi, Gazette du Palais aout 2000, n°236, p.36 ; J.-F. Barbieri, « Irresponsabilité du préposé, comme du dirigeant social, dans l'exécution de leurs missions : tous fonctionnaires ? », Bulletin Joly Sociétés, juin 2000, p. 645. Voir également les conclusions de l'avocat général Dorwling-Carter dans l'arrêt cass., AP, 19 mai 1988, n°87-82.654.

S'il n'est pas question de mettre en place pour le devoir de vigilance un principe de responsabilité sans faute, du fait d'autrui, l'idée selon laquelle une entreprise qui tire un profit d'une activité économique doit supporter les risques inhérents à cette activité nous semble devoir être entendue⁸⁷⁷.

Plus récemment, la Professeure Geneviève Viney expliquait :

*« pour construire un régime adapté aux besoins des sociétés contemporaines, il convient de considérer la responsabilité du commettant comme un moyen d'imputer à l'entreprise la charge des risques qu'elle crée par son activité. Vue de cette façon, la règle de l'article 1384 alinéa 5 ne vise donc pas le commettant en tant qu'individu. Elle le désigne à l'action des victimes parce qu'il représente l'unité économique qu'il dirige. »*⁸⁷⁸.

A l'instar du propos de la Professeure Geneviève Viney, face à l'assignation d'une société débitrice de l'obligation de vigilance, en réparation de dommages graves subis et réalisés dans sa sphère de vigilance, la mise en place d'une présomption simple de lien de causalité entre le défaut de vigilance et le dommage pourrait permettre d'appréhender, au mieux, la réalité des groupes de sociétés présents mondialement et la délocalisation des risques liés à leurs activités.

Il nous semble que cette présomption simple pourrait ouvrir la voie à une juste réparation des victimes souvent bloquées par les lacunes du droit local et l'absence de fondement pour agir directement à l'endroit des sociétés mères⁸⁷⁹.

§2. Une première mise en application avec l'assignation de Casino en mars 2021

781. A titre liminaire, notons que la compétence du TJ pour traiter non plus de l'action en cessation de l'illicite mais de la responsabilité civile nous semble acquise en ce que le TJ est la

⁸⁷⁷ Il est intéressant de relever que dans le cadre de l'affaire SUEZ, la FIDH allègue : « Alors que SUEZ a tiré profit des 159 millions d'euros du résultat opérationnel de sa filiale Aguas Andinas, par laquelle elle contrôle ESSAL et d'autres filiales au Chili, la multinationale n'a pas répondu des conséquences catastrophiques des coupures d'eau récurrentes et irrégularités dans la prestation des services d'approvisionnement en eau. », voir ici : <https://www.fidh.org/fr/themes/mondialisation-droits-humains/questions-reponses-suez-mise-en-demeure-de-modifier-son-plan-de> .

⁸⁷⁸ Dalloz-Sirey 1994. 10ème cahier - jurisprudence p. 128 note G. Viney, extrait des conclusions de l'avocat général Kessous, précitées.

⁸⁷⁹ Dans l'article précité de A. Danis-Fatôme, G. Viney, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », les autrices proposent justement la mise en place de cette présomption de causalité pour faciliter la preuve des demandeurs.

juridiction de droit commun qui « *connait de toutes les affaires civiles et commerciales dès lors que la compétence n'est pas attribuée à une autre juridiction* »⁸⁸⁰.

Néanmoins, il nous semble que les problématiques de compétence soulevées par les actions en cessation de l'illicite ont contribué à créer une certaine confusion dans l'esprit des demandeurs potentiels. Cette confusion et la crise du Covid-19, peuvent expliquer le fait qu'il n'y ait eu qu'une seule action en responsabilité fondée sur l'article L. 225-102-5 du Code de commerce qui ait été intentée en 2021.

Il s'agit de l'assignation de la société Casino, le 3 mars 2021, devant le TJ de Saint Etienne par une coalition d'associations françaises (Sherpa, Envol Vert, Canopée, France Nature Environnement et Notre Affaire à Tous), une association américaine (Mighty Earth) et des associations représentatives de peuples autochtones de Colombie et du Brésil (CPT, OPIAC, COIAB, FEPIPA et FEPOIMT⁸⁸¹).

Notons que consécutivement à l'envoi d'un courrier de mise en demeure le 15 juin 2020 au Groupe Casino, l'association Envol Vert a diffusé un rapport intitulé « Groupe casino écoresponsable de la déforestation ».

782. Ce rapport, très détaillé, force le respect du lecteur par le travail d'investigation et de documentation qu'il développe. Il montre une grande préparation des demanderesses en amont de l'envoi de la mise en demeure à Casino (voir *supra* § n° 520).

Le rapport nourrit l'assignation et permet aux demanderesses d'alléguer de nombreuses fautes constituées par des défauts de vigilance de Casino, notamment au stade de la cartographie des risques, de l'évaluation de la situation des fournisseurs et des actions adaptées de prévention des atteintes graves et d'atténuation des risques.

Les dommages seraient le fait de quatre fermes impliquées dans des actes de déforestation au Brésil, en Amazonie et dans la région du Cerrado. Plus particulièrement, 65.622 hectares de bois auraient été coupés ou brûlés afin de laisser la place à des bovins, soit l'équivalent comme l'indiquent les demanderesses de huit fois la superficie de la ville de Saint-Etienne et 13 fois celle de Lyon.

⁸⁸⁰ Voir les articles L. 211-3 et s. du Code de l'organisation judiciaire.

⁸⁸¹ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA, ORGANIZACION NACIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA AMAZONIA COLOMBIANA, COORDENAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INDÍGENAS DA AMAZONIA BRASILEIRA, FEDERAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO PARÁ, FEDERAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES E POVOS INDÍGENAS DO MATO GROSSO.

Or, les quatre fermes identifiées comme responsables de ces pratiques approvisionnent le Groupe Casino au Brésil. Envol Vert soutient la présence de viande issue de ces fermes au travers de 54 produits vendus en rayon de 10 magasins Casino et dans les étals de boucherie de deux magasins Casino.

Outre les atteintes environnementales issues d'actes de déforestation, les demanderesses mettent en exergue le fait que l'une des fermes a déforesté une partie de la réserve autochtone d'Apyterewa et s'est appropriée ces terres, pour y installer du bétail, ce qui porterait atteinte aux droits humains et libertés fondamentales des populations autochtones.

783. Le raisonnement des demanderesses concernant le lien de causalité illustre bien les difficultés de son établissement. Au regard de la théorie de la causalité adéquate, la cause du dommage de déforestation est directement liée à cette activité illégale des fermes locales et le défaut de vigilance de la société mère semble bien lointain parmi les causes du dommage.

Au cas d'espèce, la mise en place d'une présomption de causalité nous semble utile. Elle permettrait de rebasculer la charge de la preuve sur Casino afin qu'elle justifie de la qualité de son plan de vigilance et tente de rapporter la preuve, soit de son absence de faute, soit de l'absence de causalité en ce qu'un plan de vigilance conforme n'aurait, en tout état de cause, pu empêcher la réalisation du dommage.

784. Les demanderesses allèguent également la mise en place d'une présomption mais la fondent sur le nouvel article 1382 du Code civil qui prévoit que « *Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen.* ».

Si le nouvel article 1382 du Code civil (ou 1353 ancien) permet effectivement au juge de retenir des présomptions de causalité, il est surtout employé en présence d'un lien de causalité vraisemblable mais difficile à établir avec un fait générateur isolé⁸⁸².

Aussi, l'ancien article 1353 a été utilisé pour la mise en place d'une présomption jurisprudentielle de causalité au profit des personnes transfusées qui ont été contaminées par le

⁸⁸² V. Bouquet, E. Fouassier, « Le lien de causalité dans le contentieux relatif au Distilbène », Recueil Dalloz 2019, p. 2028 ; I. Gallmeister, « Contamination post-transfusionnelle et causalité », note sous Civ. 1re, 3 avril 2007, Dalloz actualité, 19 avril 2007.

virus de l'hépatite B⁸⁸³. Il était en effet, particulièrement difficile pour les victimes de rapporter la preuve du lien de causalité entre la transfusion et la contamination. La charge de la preuve a donc été assouplie en présumant le lien de causalité, en l'absence d'une autre cause possible de contamination. C'est donc l'absence d'une autre cause plausible à la contamination qui amène les juges à retenir la transfusion comme étant la cause du dommage.

785. La situation du lien de causalité entre le défaut de vigilance et le dommage est tout à fait différente. De nombreuses autres causes du dommage pourraient être identifiées mais n'amènent pas à la responsabilité de la société mère.

786. Enfin, pour la réparation des préjudices subis par les peuples autochtones, les associations se fondent sur la perte de chance de ces peuples de jouir d'un environnement préservé du fait des fautes de vigilance. Les associations sollicitent une réparation calculée sur un montant de 1.573 euros par hectare de végétation enlevée.

Le source de ce calcul n'est que peu développée et fait référence à une note technique de l'IBAMA⁸⁸⁴ dont nous anticipons qu'elle sera largement débattue.

Idem pour le calcul des étendues dont la déforestation est mise à la charge des fournisseurs de Casino. L'assignation manque de rigueur et d'explications sur ce point.

Les demanderessees ne retiennent pas les 65.622 hectares de forêts détruits par les fermes qui approvisionnent GPA, filiale de Casino, mais partent d'une évaluation pour 2020 de 1.100.000 hectares déforestés en Amazonie.

Ensuite les demanderessees se basent sur un rapport de Greenpeace datant de 2016 mettant en exergue une part de 65 % de déforestation issue de l'élevage de bovins ce qui leur permet de déduire qu'en 2020 a minima 65 % de ces 1.100.000 hectares ont été déforestés en raison de l'expansion de l'élevage, soit 715.000 hectares.

A ce chiffre, les demanderessees appliquent le coefficient de 0,2 % correspondant au montant de la viande achetée par GPA parmi la viande produite au Brésil et commercialisée au Brésil.

⁸⁸³ L. Neyret, « Vaccination contre l'hépatite B : fin du débat judiciaire ? », Recueil Dalloz 2003 p.2579 ; J. Peigné, Revue Dalloz Droit Sanitaire et Social « Lien de causalité entre la sclérose en plaques et le vaccin contre l'hépatite B », 2008, p. 578 ; J. Peigné, Revue Dalloz Droit Sanitaire et Social 2009, p.367 ; Recueil Dalloz 2012, p.2853 « Produits défectueux : sclérose en plaques et vaccin contre l'hépatite B » note sous Civ. 1^{ère} 26 septembre 2012.

⁸⁸⁴ Il s'agit de *L'Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis* ou, en français, : Institut brésilien de l'environnement et des ressources naturelles renouvelables qui est une autorité fédérale brésilienne dépendante du Ministère de l'Environnement ; voir p. 76 de l'assignation Casino.

Les demanderesse arrivent à un montant de 1.430 hectares pour l'année 2020, ce qui multiplié par une réparation à l'hectare de 1.573 euros donnerait un montant de 2.249.390 euros pour les indemniser.

787. Le raisonnement n'est pas très clair. N'aurait-il pas été possible de partir des 65.622 hectares déforestés par les fermes qui approvisionnent GPA et qui font l'objet d'une documentation précise et tenter de percevoir quelle est la part de marché que GPA représente pour ces fermes ?

Espérons que les juges sauront démêler ces demandes indemnitaires pour, le cas échéant, faire apparaître une réparation cohérente.

§3. Une problématique de couverture assurantielle à anticiper

788. Le contrat d'assurance est un contrat dit « aléatoire » tel que l'entend l'article 1108 du Code civil : « *Il [le contrat] est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain.* ».

Toutes les grandes entreprises disposent de police d'assurance en responsabilité civile afin de couvrir les dommages qui, éventuellement, résulteraient de leur activité. L'aléa est donc inhérent au contrat d'assurance⁸⁸⁵.

Dès lors, l'article L. 113-1 du Code des assurances prévoit :

« Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police.

Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré. ».

⁸⁸⁵ Pour un rappel récent du principe, voir Civ. 2^{ème}, 6 mai 2021, n° 19-25.395 ; D. Noguero, X. Leducq, « Sanction de l'absence d'aléa lors de l'adhésion pour l'un des risques couverts », Chronique de jurisprudence de droit des assurances, Gazette du palais, 16 novembre 2021, n°40 ; A. Pimbert, « Sanction du défaut d'aléa : il ne faut jurer de rien ! », Revue Générale du Droit des Assurances, n°6, juin 2021.

Dans cette dernière hypothèse, l'aléa disparaît du fait d'une faute intentionnelle ou dolosive⁸⁸⁶ et l'assuré perd donc le bénéfice de son assurance⁸⁸⁷. Cette règle est d'ordre public et ne peut donc être aménagée contractuellement⁸⁸⁸.

789. Les notions de faute intentionnelle et dolosive ne sont pas définies par la loi. La jurisprudence est donc venue pallier ce manque⁸⁸⁹.

La faute intentionnelle se définit comme celle qui suppose la volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu et non de seulement créer le risque de sa réalisation⁸⁹⁰.

La faute dolosive se détache de la faute intentionnelle en ce qu'elle ne nécessite pas la volonté de causer le dommage tel qu'il s'est réalisé mais une méconnaissance volontaire par l'assuré de ses obligations et la conscience du caractère inéluctable des conséquences dommageables⁸⁹¹.

Dès lors que l'assurance refuse la couverture du dommage au motif de la réalisation d'une faute dolosive, elle doit donc rapporter la preuve que l'assuré (i) a manqué à ses obligations et (ii) qu'il avait conscience que ce manquement allait inéluctablement créer le dommage⁸⁹².

⁸⁸⁶ C'est plus précisément l'absence de hasard qui enlève à la faute son caractère assurable en ce sens que le sinistre est entièrement imputable à la volonté de l'assuré. Les auteurs M. Picard et A. Besson parlaient d'une « éventualité purement potestative », voir leur Traité de droit des assurances, LGDJ, 1945, § n°24.

⁸⁸⁷ Les fautes lourdes et inexcusables de l'assuré (la faute inexcusable de l'employeur en droit des accidents du travail par exemple) sont donc couvertes. Une seule exception existe en assurances maritimes, l'article L. 172-13, al. 2 du Code des assurances excluant la couverture de la faute inexcusable.

⁸⁸⁸ Comme l'indiquait déjà un ouvrage ancien, la solution contraire reviendrait à inciter « *les individus à commettre impunément des atteintes aux droits de leurs semblables, on favoriserait le développement des haines et des vengeances* », voir M. Picard, A. Besson, Traité de droit des assurances, LGDJ, 1945, § n°66.

⁸⁸⁹ Voir S. Bertolaso, JurisClasseur Assurances, fascicule 5-2 : Assurances terrestres, Contrat d'assurance – Le risque, objet du contrat, août 2017 ; L. Mayaux, A. Pimbert, Répertoire de droit civil, Dalloz, « Contrat d'assurance », juillet 2021.

⁸⁹⁰ Voir en ce sens : Civ. 1^{ère}, 10 juin 1997, n°95-18.611, comm. J. Kullmann, Revue Générale du Droit des Assurances, 1997, p.742 ; ou plus récemment à propos de deux incendiaires qui ont mis le feu à un local mais n'avaient pas la volonté de créer le dommage tel que survenu, en l'occurrence la destruction de plusieurs immeubles : Civ. 2^{ème}, 8 mars 2018, n°17-15.143, Revue Responsabilité civile et assurances, LexisNexis, juillet 2018, comm. 208.

⁸⁹¹ S. Bertolaso, JurisClasseur, précité, § n°65 et s.

⁸⁹² Pour deux illustrations récentes, nous retenons Civ. 2^{ème}, 25 octobre 2018, n°16-23.103, à propos d'une personne qui commet une faute dolosive en refusant d'entretenir la toiture de son immeuble et manifestant donc le choix délibéré d'attendre son effondrement, note H. Groutel, Revue Responsabilité civile et assurances, LexisNexis, 2019, comm. 32 ; voir également Civ. 2^{ème}, 20 mai 2020, n°19-11.538, note D. Bakouche, Revue Responsabilité civile et assurances, LexisNexis, 2020, comm. 178, à propos d'une personne qui décida de se suicider en faisant exploser plusieurs bouteilles de gaz créant inéluctablement un incendie, ne pouvant être ignoré par l'assuré. Pour une illustration plus ancienne d'une faute dolosive à propos d'une société qui « *s'était volontairement abstenue d'exécuter les travaux conformément aux prévisions contractuelles et avait délibérément violé par dissimulation ou par fraude ses obligations contractuelles, sans ignorer que des désordres allaient apparaître très rapidement* », voir Civ. 3^{ème}, 7 octobre 2008, 07-17.969, comm. L. Karila, Revue de droit immobilier Dalloz, 2008, p.561.

Ce dernier élément est fondamental car il permet d'établir la disparition de l'aléa dans la réalisation du sinistre⁸⁹³.

Qu'il s'agisse d'une faute intentionnelle ou dolosive, dès lors que l'assuré est une personne morale, la faute doit être appréciée en la personne des dirigeants, de droit ou de fait⁸⁹⁴.

Cette solution répond au principe posé par l'article L. 121-2 du Code des assurances qui prévoit :

« L'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1242 du code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes. ».

Il s'agit donc d'une déclinaison du principe de la responsabilité du fait d'autrui, particulièrement pour les situations qui nous intéressent, de la responsabilité des commettants du fait de leur préposés. La garantie est due dès lors que la faute intentionnelle ou dolosive émane d'un préposé⁸⁹⁵. Aucun aménagement conventionnel n'est, par ailleurs, possible cette disposition étant d'ordre public⁸⁹⁶.

En revanche, dès lors que l'assureur parvient à démontrer une faute intentionnelle ou dolosive d'un dirigeant de droit ou de fait ou d'un délégataire de pouvoir de la société assurée, il peut faire valoir une exclusion de garantie⁸⁹⁷.

790. Au regard de ces développements, il nous semble important d'anticiper la qualification de la faute d'une société assujettie au devoir de vigilance. Cette faute pourrait-elle être considérée par l'assureur comme intentionnelle ou dolosive au sens de l'article L. 113-1, al. 2 du Code des assurances et être exclue de la garantie ?

Cette situation quoique peu probable, nous semble devoir être envisagée. Effectivement, la condition relative au manquement à une obligation résulterait d'un plan de vigilance présentant de graves lacunes, voir même d'un plan de vigilance inexistant⁸⁹⁸.

⁸⁹³ L. Mayaux, A. Pimbert, Répertoire de droit civil, précité, § n°195.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, § n°188.

⁸⁹⁵ S. Bertolaso, JurisClasseur Assurances, fascicule 5-2, précité, §68.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, § n°71.

⁸⁹⁷ Pour une illustration, voir Civ. 1^{ère}, 6 avril 2004, n°01-03.494 ; Recueil Dalloz 2004, p.1425.

⁸⁹⁸ Bien que cette information soit à prendre avec mesure, Sherpa et CFDT Terre solidaire ont publié un rapport sur le site du « radar du devoir de vigilance » intitulé « Identifier les entreprises soumises à la loi » qui indique

Il est toutefois plus délicat d'envisager que la violation de l'obligation prévue à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce par un dirigeant de droit, de fait ou d'un délégataire de pouvoir soit de nature à établir que ce dernier avait conscience que le défaut de vigilance allait inéluctablement créer le dommage.

Le premier obstacle nous semble être lié à la circulation de l'information⁸⁹⁹. Il est acquis (et compréhensible) que les plus grandes entreprises rencontrent des difficultés dans l'exercice de leur devoir de vigilance sur l'ensemble de leur chaîne d'activité. Il faudrait être en présence d'une information très précise sur la réalisation d'un dommage imminent, d'une remontée de cette information à la société mère qui soit particulièrement efficace et d'une volonté manifeste d'un dirigeant de droit ou de fait de ne pas prendre en compte cette information en violation du devoir de vigilance pesant sur la société et sachant que cette action, ou plutôt cette omission, entraînera inéluctablement le dommage.

La réunion de l'ensemble de ces conditions nous semble délicate. La faute d'imprudence ou de négligence nous semble plus à même de s'imposer en matière de défaut de vigilance que la faute intentionnelle ou dolosive. Au regard, de la gravité des dommages potentiellement couverts par le devoir de vigilance, nous espérons ne pas nous tromper⁹⁰⁰.

791. Notons que dans l'affaire Erika c'est bien la faute d'imprudence et de négligence de la société Total qui a été retenue dans la mesure où le service de « vetting » de Total, chargé de vérifier l'affrètement au regard de la qualité globale des navires, a accepté le navire Erika pour le transport des hydrocarbures.

S'il ne s'agissait pas à l'époque du devoir de vigilance au sens de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, il est intéressant de relever qu'en marge de la procédure pénale ayant abouti à l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 25 septembre 2012, un litige est

que sur une liste non exhaustive de 237 sociétés identifiées comme assujetties au devoir de vigilance, 59 d'entre elles n'ont pas publié de plan en juin 2019 : <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2019/06/2019-06-26-Radar-DDV-16-pages-Web.pdf>.

⁸⁹⁹ C'est une différence qui sépare une faute dolosive résultant d'un manquement au devoir de vigilance par une grande entreprise de l'espèce de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, le 7 octobre 2008, n°07-17.969, précité.

⁹⁰⁰ Pour reprendre le propos de Stéphane Brabant, avocat spécialisé en matière de droits humains et associé du cabinet Trinity International LLP, avec qui nous avons pu échanger dans le cadre d'une table ronde, « Aucun dirigeant ne se réveille un matin avec l'envie de violer les droits humains ».

né entre Total et son assureur Gan Assurances et a été tranché par la Cour d'appel de Versailles, le 8 janvier 2009⁹⁰¹.

Dans cette espèce, l'assureur refusait la prise en charge du sinistre au motif que « *les conditions de la garantie ne sont pas réunies, les atteintes à l'environnement causées par le naufrage de l'ERIKA n'étant pas " consécutives à des cas fortuits (imprévus) "* »⁹⁰².

La Cour d'appel prend le soin de rappeler que « *contrairement aux prétentions des assureurs, la police vise, en limitant son application aux pollutions consécutives à des " faits fortuits " (termes employés dans le contrat et non « cas fortuits », comme indiqué dans les conclusions des assureurs), la pollution accidentelle, couverte par l'assurance, par opposition au rejet volontaire d'hydrocarbures (nettoyage des cuves en mer) qui, lui, n'est pas couvert* »⁹⁰³.

La Cour conclut que le naufrage de l'Erika est bien une pollution consécutive à un fait fortuit et n'est pas un rejet volontaire d'hydrocarbures.

Non seulement la faute intentionnelle de Total ne peut être retenue pour exclure la garantie de l'assurance mais la faute d'imprudence et de négligence n'est pas de nature à supprimer l'aléa du contrat d'assurance.

Quelles conclusions tirer de cet arrêt ? Il nous semble qu'il faut s'attendre, face à la réalisation de dommages importants, à ce que les assureurs fassent jouer les dispositions du Code des assurances à leur avantage.

Dès lors, la notion de faute dolosive qui s'est récemment émancipée de la notion de faute intentionnelle⁹⁰⁴ nous semble être le fondement le plus adéquat pour qu'un assureur tente d'échapper à la garantie des dommages en cas de faute de vigilance de la société mère.

En tout état de cause, anticipons qu'avec le développement du contentieux de vigilance, les assureurs renforceront les clauses relatives à la prise en compte des dommages liés à un défaut de vigilance, au besoin en contractualisant un nouveau type de faute excluant la garantie ou rendant la garantie de ce type de faute particulièrement onéreuse.

⁹⁰¹ CA Versailles, 8 janvier 2009, n°07/02442.

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ *Ibid.*

⁹⁰⁴ Dans les années 2000, la Cour de cassation a posé les bases de cette dissociation en retenant l'autonomie de la faute dolosive sur les critères que nous avons développés *supra*, § 789, voir S. Bertolaso, *JurisClasseur Assurances*, fascicule 5-2, précité, § 65.

Section 2. L'émergence de nouveaux fondements pour responsabiliser et réparer les atteintes sociales et environnementales

792. Si le devoir de vigilance fait office de fondement prépondérant pour des actions en justice relatives à des atteintes protégées par la loi du 27 mars 2017, d'autres possibilités sont ouvertes au demandeur, selon les cas.

La première consiste à utiliser les leviers de la loi PACTE qui, si elle ne porte pas la promesse d'actions en responsabilité, peut toutefois permettre d'étoffer les fondements d'une action. Ce pouvoir de nuisance est d'autant plus important si le demandeur peut exploiter une raison d'être manifestement contraire à l'atteinte survenue (§1).

La deuxième possibilité revient à faire vivre une nouvelle dimension de réparation, celle du préjudice écologique. Encore peu utilisées, les dispositions des articles 1246 à 1252 du Code civil peuvent porter la promesse de réparations importantes aux préjudices écologiques subis dès lors que les tribunaux adoptent la rigueur scientifique requise par ce type d'affaires (§2).

§1. La loi PACTE pour un intérêt social élargi et une éventuelle raison d'être

793. La loi PACTE a apporté des modifications au Code de commerce qui vont dans le sens d'une prise en compte plus importante par les entreprises de leurs impacts sociaux et environnementaux.

L'article 1833 du Code civil se voit ajouté un deuxième alinéa et dispose désormais :

« Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.

La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. ».

L'alinéa 2 consacre la notion d'intérêt social de l'entreprise⁹⁰⁵, essentiellement connue en jurisprudence sous le prisme de l'infraction d'abus de bien social. En intégrant les enjeux sociaux et environnementaux de l'entreprise à son intérêt social, l'article 1833 indique qu'il n'y

⁹⁰⁵ La notion n'est pas définie par la loi et est d'origine jurisprudentielle.

a pas, d'un côté, l'intérêt social supérieur et de l'autre, les enjeux sociaux et environnementaux d'un aspect mineur.

L'intérêt social de l'entreprise consiste donc à prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité sans qu'ils ne s'opposent à l'intérêt particulier des personnes physiques, actionnaires ou associés⁹⁰⁶.

Ce nouvel intérêt social est donc porteur d'une promesse relative à la mise en place de bornes, de limites, à ce que l'on pourrait qualifier de but premier assigné à la société : celui de réaliser des bénéfices comme l'indique l'article 1832 alinéa 1 du Code civil.

Dès lors, la réalisation de ces bénéfices ne doit pas rentrer en contrariété avec l'intérêt social de l'entreprise, déterminé au regard des enjeux sociaux et environnementaux de son activité.

794. L'article L. 225-35 alinéa 1 du Code de commerce portant les dispositions propres aux conseils d'administration des SA est modifié en conséquence et prévoit :

*« Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. Il prend également en considération, s'il y a lieu, la raison d'être de la société définie en application de l'article 1835 du code civil. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent. »*⁹⁰⁷.

Cette impulsion marquée par la loi PACTE doit être accueillie positivement mais ne doit pas amener le constat d'un nouveau fondement contentieux.

⁹⁰⁶ P.-H., Conac, « L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise », *Revue Dalloz des sociétés*, 2019, p. 570.

⁹⁰⁷ La même disposition se retrouve en miroir à l'article L. 225-64 du Code de commerce pour les SA à directoire : « *Le directoire est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il les exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par la loi au conseil de surveillance et aux assemblées d'actionnaires. Il détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. Il prend également en considération, s'il y a lieu, la raison d'être de la société définie en application de l'article 1835 du code civil.* ».

L'exposé des motifs du projet de loi PACTE indique d'ailleurs :

« La mention des enjeux sociaux et environnementaux permet de préciser que tout dirigeant devrait s'interroger sur ces enjeux et les considérer avec attention, dans l'intérêt de la société, à l'occasion de ses décisions de gestion. Si l'intérêt social correspond ainsi à l'horizon de gestion d'un dirigeant, la considération de ces enjeux apparaît comme des moyens lui permettant d'estimer les conséquences sociales et environnementales de ses décisions. Par conséquent, un éventuel dommage social ou environnemental ne pourra pas prouver à lui seul l'inobservation de cette obligation. »⁹⁰⁸.

795. En conséquence, comment l'article 1833 du Code civil pourrait-il s'articuler à la dimension contentieuse du devoir de vigilance portée par l'article L. 225-102-5 du Code de commerce ?

Il nous semble qu'au regard de la dimension contentieuse portée par le devoir de vigilance, ce dernier fondement s'imposera naturellement dans le cas d'une action en responsabilité à la suite de la réalisation d'un dommage social ou environnemental.

L'article 1833 du Code civil se contente de prescrire un mode de gestion diligent et raisonnable de la société *« prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »* sans qu'une absence de prise en considération de ces enjeux ne fasse expressément l'objet d'une sanction ou d'une action en responsabilité civile comme l'a souhaité le législateur pour le devoir de vigilance au travers des articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce.

L'article 1833 arbore donc une vocation générale sans la création d'une sanction spéciale ou d'un nouveau régime de responsabilité civile. Les entorses à cette gestion diligente et raisonnable de la société seront sanctionnées par les mécanismes classiques de responsabilité civile⁹⁰⁹.

D'ailleurs, si l'ambition de la loi PACTE eut été la création d'une sanction particulière, le caractère général et imprécis des termes employés auraient été un obstacle à son maintien, eu

⁹⁰⁸ Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 19 juin 2018, p. 58 et 59.

⁹⁰⁹ Voir la mention explicite du Conseil d'Etat dans son avis du 19 juin 2018 sur le projet de la loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, §103.

égard aux exigences de l'article 8 de la DDHC⁹¹⁰. Ce dernier article a d'ailleurs servi de fondement au Conseil constitutionnel pour l'annulation de l'amende civile initialement prévue par la loi relative au devoir de vigilance.

796. Toutefois, anticipons que l'article 1833 du Code civil pourra fournir aux juges du fond une motivation supplémentaire pour fonder des arrêts sanctionnant des atteintes sociales ou environnementales. Cela nous semble tout particulièrement vrai à l'endroit des sociétés non assujetties au devoir de vigilance dans la mesure où la modification de l'article 1833 du Code civil concerne toutes les entreprises, civiles ou commerciales, qu'elle que soit la forme sociale⁹¹¹.

A tout le moins, notons que les entreprises qui feraient le choix d'adopter une raison d'être, telle que prévue par l'article 1835 du Code civil⁹¹², en lien avec des préoccupations environnementales ou écologiques, seraient en cas de dommage de ce type la cible privilégiée pour des actions de « *name and shame* ».

797. Là où l'application de l'article 1833 du Code civil nous semble devoir, le plus, retenir notre attention c'est dans son utilisation contre les personnes physiques, particulièrement contre les mandataires sociaux de la société.

Dans l'hypothèse où les mandataires sociaux prendraient des décisions de gestion contraires aux enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société, quelles seraient les possibilités d'actions à leur endroit ?

Une première action pourrait être intentée par les actionnaires ou associés de la société contre le dirigeant.

Effectivement, si du fait d'une faute du dirigeant écartant les aspects environnementaux dans la mise en place d'un projet industriel, un dommage environnemental se matérialise et cause

⁹¹⁰ L'article 8 de la DDHC prévoit que « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.* ».

⁹¹¹ Voir le Rapport sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale, Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, 19 juin 2020, § 122.

⁹¹² L'article 1835 du Code civil prévoit « *Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement. Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité.* ».

une atteinte réputationnelle forte à la société, les associés pourraient recourir à une action *ut singuli* contre le dirigeant⁹¹³.

En ce sens, l'article L. 225-251 alinéa 1 du Code de commerce prévoit que « *Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.* ».

798. A ce titre, la responsabilité des mandataires sociaux pourrait également être recherchée en matière sociale et environnementale sur la base d'une violation des statuts et plus particulièrement de la raison d'être de l'entreprise.

En effet, l'article 1835 du Code civil modifié par la loi PACTE, prévoit que « *Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité.* ».

L'article 1835 du Code civil revêt sur ce point une simple portée incitative. Le rapport Rocher relève d'ailleurs que parmi les sociétés du SBF 120, seulement 10 sociétés ont introduit une raison d'être à leurs statuts⁹¹⁴.

En revanche, 55 sociétés se sont dotées d'une raison d'être extrastatutaire ce qui constitue un bon moyen de communication tout en limitant les engagements⁹¹⁵.

En tout état de cause, même si une société devait se doter d'une raison d'être statutaire, la lecture de ces raisons d'être nous laisse dubitatif quant aux possibilités de contentieux qu'elles offrent :

- Michelin : « Offrir une meilleure façon d'avancer » ;
- SNCF : « Apporter à chacun la liberté de se déplacer facilement en préservant la planète » ;

⁹¹³ Notons la récente communication de l'ONG ClientEarth sur l'action en justice envisagée par à l'encontre des administrateurs de la société Royal Dutch Shell. L'ONG envisage de demander en justice la reconnaissance d'une responsabilité personnelle des administrateurs en alléguant devant les tribunaux britanniques d'une mauvaise gestion du risque climatique. Voir ici : <https://www.clientearth.org/redirecting-shell/>.

⁹¹⁴ B. Rocher, « Rapport Rocher - Repenser la place des entreprises dans la société : bilan et perspectives deux ans après la loi Pacte », remis le 19 octobre 2021 à Bruno Le Maire, Ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance, p.19.

⁹¹⁵ Voir, I. Grossi, « L'intérêt social élargi, quel(s) intérêt(s) ? », Journal des Sociétés, Dossier loi Pacte et droit des sociétés, n°172, avril 2019.

- Orange : « Être l'acteur de confiance qui donne à chacune et à chacun les clés d'un monde numérique responsable ».

799. Enfin, la responsabilité des administrateurs sur le fondement de l'article L. 225- 35 alinéa 1 du Code de commerce doit être abordée.

Le projet de loi PACTE avait fait l'objet de deux amendements portant la volonté d'une transposition législative de la solution posée par l'arrêt dit « Crédit Martiniquais », rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 30 mars 2010.

Pour rappel, la Cour de cassation avait considéré que « *commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision (...)* »⁹¹⁶.

Aussi, un administrateur est présumé avoir participé à la prise d'une décision fautive à moins qu'il n'allègue, non pas son abstention, mais son opposition à la décision notamment en refusant de voter la résolution⁹¹⁷.

800. En conséquence, les amendements n°1259 et n°1985 proposaient une réécriture de l'article L. 225-251 du Code de commerce par l'ajout d'un troisième alinéa disposant :

« Lorsque l'action ou l'abstention d'un ou plusieurs administrateurs a entraîné l'adoption d'une décision reconnue fautive du conseil d'administration, la faute individuelle est présumée. Les administrateurs dont la responsabilité est mise en cause peuvent apporter, par tout moyen et en respectant, le cas échéant, l'obligation de discrétion prévue au cinquième alinéa de l'article L. 225-37 du code de commerce, la preuve de leur prudence et de leur diligence lors de la prise de décision. ».

Après examen des deux amendements, le 1259 a été retiré et le 1985 n'a pas été soutenu, de sorte que l'article L. 225-251 du Code de commerce n'a fait l'objet d'aucune modification.

⁹¹⁶ Com. 30 mars 2010, n° 08-17.841.

⁹¹⁷ Voir l'article de B. Dondero « Responsabilité des dirigeants et loi PACTE : rejet de l'amendement « Crédit martiniquais »... pour le moment » sur son blog (<https://brunodondero.com/2018/09/20/responsabilite-des-dirigeants-et-loi-pacte-rejet-de-lamendement-credit-martiniquais-pour-le-moment/>), 20 septembre 2018.

801. En l'état, pour rechercher la responsabilité civile des administrateurs, seule la règle jurisprudentielle posée par l'arrêt Crédit Martiniquais pourra donc être invoquée par une partie demanderesse à la réparation d'un préjudice découlant d'une décision adoptée par le conseil d'administration d'une société, contraire à l'article L. 225-35 alinéa 1 du Code de commerce.

En conséquence, l'ajout relatif à la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux n'a pas été couplé d'un renforcement de l'engagement de la responsabilité des administrateurs.

La responsabilité des administrateurs pourra donc être recherchée par les actionnaires et/ou la société elle-même, en réparation d'un préjudice subi suite à ladite décision du conseil d'administration.

De leurs côtés, les tiers devront rapporter la preuve que les administrateurs ont commis une faute séparable de leurs fonctions. Toutefois, une telle faute qu'elle découle des administrateurs ou des dirigeants nous semble peu probable dans la mesure où la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux est avant tout une règle de gestion pour ces deux catégories de protagonistes⁹¹⁸.

802. Enfin, notons que la proposition de directive sur le devoir de vigilance de la Commission européenne prévoit en un article 25 intitulé « Devoir de sollicitude des administrateurs »⁹¹⁹ :

« Les États membres veillent à ce que, lorsqu'ils s'acquittent de leur obligation d'agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise, les administrateurs des entreprises visées à l'article 2, paragraphe 1, tiennent compte des conséquences de leurs décisions sur les questions de durabilité, y compris, le cas échéant, sur les droits de l'homme, le changement climatique et l'environnement, y compris à court, moyen et long terme. ».

⁹¹⁸ La seule exception pourrait se trouver dans la commission d'une infraction pénale ; voir sur la notion de faute séparable, B. Dondero, « Définition de la faute séparable des fonctions du dirigeant social », Recueil Dalloz 2003, p. 2623 ; voir également l'article de M. Roussille « Projet de la loi PACTE : quel impact ? Réflexions sur la consécration de l'intérêt social et de la raison d'être de la société », Revue LexisNexis Droit des sociétés, 2018, étude 10.

⁹¹⁹ Précisons que la traduction française de la proposition de directive utilise le terme « administrateur » pour désigner (i) tout membre d'un organe d'administration, de gestion et de surveillance d'une entreprise ; (ii) le directeur général et le directeur général délégué lorsqu'ils ne font pas partis de ces organes et (iii) toute autre personne qui exerce des fonctions similaires à celles exercées par les personnes visées ci-dessus. Aussi, le terme « mandataire social » serait plus pertinent en l'espèce.

Il s'agirait donc de responsabiliser les mandataires sociaux non seulement au regard des dispositions de la loi PACTE mais également par le biais des futures dispositions du devoir de vigilance. Mais est-ce possible ? Le deuxième alinéa de l'article 25 précité indique :

« Les États membres veillent à ce que leurs dispositions législatives, réglementaires et administratives en cas de manquement aux devoirs des administrateurs s'appliquent également aux dispositions du présent article. ».

Si l'on comprend cet article comme imposant aux législations européennes d'intégrer, à leur réglementation préexistante, une dimension ayant trait aux droits de l'homme, au changement climatique et à l'environnement sans créer un nouveau fondement, le droit français n'aurait pas besoin d'évoluer sur ce point. Les dispositions de la loi PACTE nous semblent d'ores et déjà appréhender ces éléments.

En ce sens, comme évoqué ci-dessus, il semble délicat de rechercher la responsabilité des mandataires sociaux sur ce fondement dans la mesure où la faute devra nécessairement être séparable des fonctions pour que les tiers puissent agir.

Dès lors, on pourrait, comme l'indique le Professeur Pietrancosta, se poser la question de savoir si le législateur ne va pas, pour donner une réelle efficacité au texte, désactiver sur cette thématique la théorie de la faute détachable pour les actions en responsabilité civile intentées par des tiers⁹²⁰.

§2. La reconnaissance du préjudice écologique pour un renouveau de la lutte contre les atteintes à l'environnement

803. La loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 « pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages » a permis la création des articles 1246 à 1252 du Code civil relatifs à la réparation du préjudice écologique.

Antérieurement à l'insertion de ces articles au Code civil, la notion de préjudice écologique a été instaurée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans l'affaire Erika, le 25 septembre 2012 : « *le préjudice écologique se conçoit comme une atteinte aux actifs environnementaux non marchands, il est objectif, autonome, et s'entend de toute atteinte non*

⁹²⁰ A. Pietrancosta, "Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering Recent French Reforms and EU Perspectives, European Corporate Governance Institute" Law Working Paper No. 639/2022, Avril 2022.

négligeable à l'environnement naturel qui est sans répercussions sur un intérêt humain particulier mais affecte un intérêt collectif légitime »⁹²¹.

La loi du 8 août 2016 officialise un régime de réparation en commençant par lui donner une portée générale avec l'article 1246 du Code civil qui prévoit que « *Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer.* ».

Puis, l'article 1247 porte une définition du préjudice écologique se caractérisant par « *une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement.* ».

Si le caractère non négligeable de l'atteinte, tirée de la jurisprudence Erika, a été conservé, l'atteinte en elle-même est définie en ce qu'elle heurte soit l'écosystème soit les bénéfices retirés par l'homme de l'environnement.

804. L'aspect non négligeable de l'atteinte souhaitée par le législateur introduit l'idée que toutes les atteintes à l'environnement ne sont pas dommageables. Une position dénoncée par plusieurs associations qui, dans le cadre d'un contentieux les opposant à EDF, ont saisi le Conseil constitutionnel d'une QPC alléguant de l'inconstitutionnalité de l'article 1247 du Code civil.

Selon les demanderesse, l'article 1247 du Code civil serait contraire aux articles 3 et 4 de la Charte de l'environnement de 2004⁹²² ainsi qu'au principe de responsabilité résultant de l'article 4 de la DDH⁹²³, en ce qu'il ne prévoit aucune réparation des atteintes à l'environnement considérées comme négligeables.

Le Conseil constitutionnel conforte la position du législateur et considère que l'article 1247 du Code civil n'a pas « *pour effet de limiter la réparation qui peut être accordée aux personnes*

⁹²¹ Crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938 ; L. Neyret, Recueil Dalloz 2012, p. 2673 ; voir B. Parance « Quand la Cour de cassation vient donner ses lettres de noblesse au préjudice écologique, tout en restant très prudente sur sa définition » Gazette du Palais, septembre-octobre 2012, p. 2757 ; ainsi que K. Le Couviour « Erika : l'arrêt salvateur de la Cour de cassation », La Semaine Juridique Edition Générale n°47, 19 novembre 2012, 1243.

⁹²² Les articles 3 et 4 de la Charte de l'environnement prévoient respectivement « *Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.* » ; « *Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.* ».

⁹²³ L'article 4 de la DDHC dispose : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* ».

qui subissent un préjudice du fait d'une atteinte à l'environnement », dans la mesure où elles pourront agir en réparation d'un préjudice personnel⁹²⁴.

805. En ce sens, le Conseil constitutionnel cible l'aspect dérogatoire au droit commun que porte l'action en réparation du préjudice écologique dans la mesure où elle ne nécessite pas un intérêt personnel du demandeur.

Ce dernier agit en tant que porte-parole ou en tant que représentant des intérêts de l'environnement lésé, dans une optique de réparation.

A cette fin, l'article 1248 du Code civil prévoit que « *L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'Etat, l'Office français de la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement.* ».

L'action en réparation d'un préjudice écologique n'est donc pas totalement ouverte. La loi réserve à des personnes compétentes le privilège de cette action. Cette position nous semble cohérente au regard d'une preuve à caractère scientifique attendue par les juridictions⁹²⁵.

806. Ajoutons que la réparation du préjudice écologique prévue par l'article 1249 du Code civil s'effectue par priorité en nature.

Néanmoins, « *En cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation, le juge condamne le responsable à verser des dommages et intérêts, affectés à la réparation de l'environnement, au demandeur ou, si celui-ci ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, à l'Etat.* ».

807. Dans une décision rendue le 6 mars 2020, le Tribunal judiciaire de Marseille se livre à une analyse d'une grande valeur en ce qu'elle permet une démonstration de l'application des articles 1246 et suivants du Code civil⁹²⁶.

⁹²⁴ Décision du Conseil constitutionnel n°2020-881 du 5 février 2021.

⁹²⁵ Voir M. Hautereau-Boutonnet, Répertoire Dalloz de droit civil, Responsabilité civile environnementale, novembre 2019.

⁹²⁶ TJ Marseille, 6 mars 2020, n°16253000274 ; voir le commentaire de B. Parance, « Décision majeure sur la réparation du préjudice écologique », La Semaine Juridique Edition Générale, n°27, 6 juillet 2020, 825. Notons également une décision plus récente mais d'une importance plus modérée de la Cour d'appel de Douai rendue le

A l'origine du préjudice écologique se trouvaient quatre personnes physiques qui s'étaient rendus coupables dans le Parc national des calanques de pêches illégales ou actes de braconnage répétés sur quatre années.

Des peines de prison avec sursis ont été prononcées et le Parc national des calanques sollicitait la réparation du préjudice écologique ainsi que la réparation du préjudice subi du fait de l'atteinte à sa réputation.

La qualité et l'intérêt pour agir du Parc national des calanques n'a pas fait débat du fait de son statut d'établissement public national à caractère administratif et de sa mission consistant à protéger le patrimoine naturel des calanques.

Concernant la réparation du préjudice écologique, n'était pas visée l'atteinte causée aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de son environnement mais la réparation de l'atteinte portée à l'environnement du fait des pêches illégales.

808. Le caractère négligeable des atteintes était avancé par les défendeurs et a été écarté par le tribunal en ce que justement le milieu des calanques est un milieu menacé et fragile et que les *« prévenus se sont précisément attaqués, en priorité, aux espèces et zones qui, du fait même de leurs fragilités et de leurs intérêts pour l'ensemble de l'écosystème des calanques avaient rendu nécessaires les mesures de protection bafouées »*.

L'estimation des quantités de poisson braconnés a été rendue possible par les écoutes réalisées du fait de l'enquête pénale. La réparation du préjudice écologique découle donc ici directement des apports de l'enquête pénale sans laquelle la difficulté probatoire n'aurait que difficilement pu être surmontée.

809. L'évaluation du préjudice par le tribunal suit le raisonnement proposé par le Parc national des calanques qui s'illustre par sa rigueur scientifique. Plutôt que de partir d'une évaluation des profits indument réalisés par la vente qui revient à appliquer un coefficient « au poids », le Tribunal retient une évaluation du préjudice écologique au regard de l'importance des espèces braconnées dans l'écosystème des calanques.

Aussi, en partant des montants de prises illégales pour chaque espèce, le tribunal applique un coefficient permettant de rendre compte de l'importance de ladite espèce. En conséquence, le

31 aout 2021, n° 20/01893, à propos de travaux illégaux d'agrandissement d'un étang portant atteinte à l'écosystème d'un marais du fait de la destruction d'habitats et de tourbières. La réparation en nature du préjudice écologique étant impossible, les prévenus ont été condamnés à verser au Syndicat Mixte du Parc Naturel régional des Caps et Marais d'Opale, partie civile, la somme de 5.000 euros au titre de la réparation du préjudice écologique.

calcul du préjudice écologique lié à la pêche illégale d'un mérrou ou d'un loup est plus important que celui occasionné par le braconnage d'un poulpe ou d'un oursin.

810. Le tribunal retient donc des montants de biomasse impactée par les actes illégaux. Il est ainsi rapidement écarté le fait d'ordonner aux responsables la réparation en nature des dommages réalisés sur cette biomasse : d'une part, parce qu'ils ne disposent pas des compétences scientifiques requises, d'autre part, parce que l'intervention sur un milieu naturel présente des risques de perturbation importants.

En conséquence, le Tribunal a opté pour une réparation par dommages-intérêts afin de permettre au Parc national des calanques de prendre des actions de régénération de la biomasse indument prélevée.

Les défendeurs sont condamnés solidairement à s'acquitter d'un montant de 350.060 euros au titre du préjudice écologique subi. La décision est d'importance non seulement au regard de la méthode retenue mais également au regard du montant de la condamnation.

811. Cette émancipation jurisprudentielle, si elle se confirme, permettrait d'évoluer vers des condamnations similaires plus nombreuses surtout si elles sont menées conjointement à une action en responsabilité civile fondée sur l'article L. 225-102-5 du Code de commerce.

A ce titre, l'action en réparation menée sur le terrain du devoir de vigilance à l'endroit de la société Casino est le fruit d'une coalition d'associations.

Dès lors que des associations disposent d'un objet social en lien avec la protection de la nature et l'environnement et de cinq années d'expérience, elles pourraient agir conjointement à l'action d'autres associations qui, suite à un dommage environnemental, agiraient pour la réparation des préjudices matériels subis par les populations locales, par exemple.

Il nous semble que si le caractère étendu des éléments protégés par le devoir de vigilance est une source d'anxiété pour les entreprises assujetties, il offre des possibilités de réparation transverses importantes et pourrait donner lieu à des actions d'ampleur.

812. A ce titre, la thématique environnementale apparaît particulièrement propice à une imbrication de la loi Sapin 2 et de la loi relative au devoir de vigilance. Une atteinte environnementale d'ampleur pourrait survenir après qu'une entreprise ait été mise en demeure de modifier son plan de vigilance jugé incomplet par ses parties prenantes. Elle pourrait également avoir ignoré des alertes internes sur une situation à risques.

Du fait d'un comportement négligent ou délibérément fautif de la part de cette entreprise, une pollution pourrait survenir.

Cet évènement pourrait non seulement entraîner des actions en responsabilité civile aux fins de réparation mais pourrait également donner lieu à l'ouverture d'une enquête pénale susceptible de se conclure par une CJIP.

Conclusion générale

813. Les deux lois de conformité que sont la loi relative au devoir de vigilance et la loi Sapin 2 ont profondément modifié le rapport des entreprises à certains risques.

Elles apparaissent, cinq ans après leur promulgation, comme indispensables pour assainir la vie des affaires et contribuer à ce que les entreprises prennent conscience des risques liés à leurs activités et les maîtrisent.

Le temps de la « rentabilité économique avant tout » est en voie d’effacement du fait de la mise en place des programmes de conformité.

Ces mécanismes obligatoires sont solides et structurants. Les entreprises n’ont désormais pas d’autre choix que de les adopter sous peine de sanctions.

814. Il nous semble, à ce titre, fondamental que les entités assujetties ne regardent pas ces programmes comme un ensemble de contraintes et de freins à leur développement.

Au contraire, la conformité doit être accueillie et considérée comme une démarche naturelle en ce qu’elle tend à devenir un principe général de régulation de la vie des affaires.

Ainsi, une entreprise réfractaire s’inscrirait dans une démarche à rebours que ses parties prenantes (la société civile, les actionnaires, les salariés, etc.) ne pourraient accepter.

815. Si la conformité a pu être décriée pour son coût et sa lourdeur, l’adage anglais suivant nous semble être emblématique de cette nouvelle dynamique : « *If you think compliance is expensive, try non-compliance* »⁹²⁷.

Les entreprises doivent, en effet, assimiler qu’elles ont plus à perdre à refuser ce nouveau standard obligatoire qu’à y adhérer.

Les sanctions auxquelles elles s’exposent en France ou à l’étranger nous semblent dissuasives.

Toutefois, la peur d’être sanctionné ne peut être le seul moteur. Les entreprises gagnent à être vertueuses en ce que cette vertu entretient et alimente leur rentabilité.

Pour remporter un appel d’offre, un fournisseur doit apporter au donneur d’ordre des garanties suffisantes en matière d’éthique.

⁹²⁷ Pour une traduction libre : « Si la mise en conformité vous semble onéreuse, essayez la non-conformité ».

Dans le cadre d'un processus de vente d'une société, l'acquéreur procède à un audit de la cible de telle sorte que si elle ne respecte pas la réglementation applicable en matière de conformité, le vendeur devra consentir des garanties importantes.

S'agissant d'une société cotée, une implication dans une catastrophe environnementale ou dans une affaire de corruption impactera la confiance des investisseurs et en conséquence son cours de bourse.

En définitive, l'objectif de la conformité et de la rentabilité se rejoignent.

816. Cette dynamique de mise en conformité initiée en France s'inscrit dans un élan mondial.

Au niveau de l'UE, une impulsion est donnée pour harmoniser les législations des Etats membres en faveur d'entreprises plus responsables.

Le lanceur d'alerte, le devoir de vigilance, ou encore la lutte contre la corruption avec la mise en place d'un parquet européen ont été récemment ou sont encore au centre des discussions au sein des instances européennes.

Cet élan n'est pas seulement éthique. Il doit également permettre d'éviter des distorsions au sein du marché intérieur et de protéger les entreprises européennes contre l'extraterritorialité du droit américain.

A une échelle mondiale, la 26^{ème} Conférence des Etats signataires de la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques s'est tenue à Glasgow en novembre 2021.

Elle pourrait amener un sursaut contribuant à pousser les juridictions au développement d'une vigilance climatique qui tend à émerger.

817. Il est encore trop tôt pour affirmer que la loi Sapin 2 et la loi relative au devoir de vigilance ont entraîné une prise de conscience de la part des acteurs économiques quant aux conséquences négatives d'une démarche de rentabilité sans limite.

Il nous semble toutefois que la démarche de mise en conformité est la plus à même de répondre à un impératif de réconciliation de l'entreprise avec des intérêts supérieurs.

Annexe 1

Texte	Objet de l'alerte	Public identifié comme « lanceur d'alerte »	Statut <i>post</i> Sapin 2	Commentaires	
Art. L. 1161-1 Code du travail / L. n° 2007-1598 du 13 novembre 2007	Corruption	Salariés du secteur privé		Dispositions supprimées et intégrées au régime général de la loi Sapin 2.	
Art. L. 5312-4-2 Code de la santé publique / Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011	Sécurité sanitaire des produits mentionnés à l'article L. 5311-1 (médicaments au sens large)	Toute personne dans l'exercice de ses fonctions			Abrogé par la loi Sapin 2
Art. 25 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013	Conflit d'intérêts	Toute personne dans l'exercice de ses fonctions			
Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 : Article L. 1351-1 du Code de la santé publique	Risque grave pour la santé publique et l'environnement	Toute personne – pas de contexte professionnel visé	Abrogé par la loi Sapin 2	Disposition supprimée car intégrée au régime général de la loi Sapin 2.	

Texte	Objet de l'alerte	Public identifié comme « lanceur d'alerte »	Statut <i>post Sapin 2</i>	Commentaires
Art. L. 1132-3-3 du Code du Travail / loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013	Crime et délit puis avec la loi Sapin 2, référence à l'article 6 de ladite loi	Salariés du secteur privé		<p>L'article L. 1132-3-3 du Code du travail devient l'article siège du nouveau régime général de protection du lanceur d'alerte salarié.</p> <p>Il conserve son ancienne référence à la commission de crime et de délit en son premier alinéa tandis que le deuxième alinéa fait référence aux articles 6 à 8 de la loi Sapin 2.</p>
Art. 6 ter A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ajouté par l'article 35 de la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013		Fonctionnaires	En vigueur, modifié par l'article 10 de la loi Sapin 2	<p><i>Idem</i> pour l'article 6 ter A de la loi 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui devient l'article siège du nouveau régime général de protection du lanceur d'alerte fonctionnaire.</p> <p>Il conserve son ancienne référence à la notion de crime, de délit ou de conflit d'intérêt en un premier alinéa tandis que le deuxième alinéa fait référence aux articles 6 à 8 de la loi Sapin 2.</p>

Texte	Objet de l'alerte	Public identifié comme « lanceur d'alerte »	Statut <i>post Sapin 2</i>	Commentaires
Art. L. 4122-4 Code de la défense / loi n° 2016-483 du 20 avril 2016	Crimes, délits et conflit d'intérêts	Militaires	En vigueur, modifié par l'article 15 de la loi Sapin 2	<p>Cette disposition spéciale est mise à jour par la loi Sapin 2.</p> <p>L'article L. 4122-4 du Code de la défense fait toujours référence à la divulgation d'un délit, d'un crime ou d'une situation de conflit d'intérêt, directement aux autorités administratives ou judiciaires mais la protection est accordée à condition que les articles 6, 7 et 8, I de la loi Sapin 2 soient respectés.</p> <p>La référence expresse au seul I de l'article 8 se comprend en ce que la procédure d'urgence ne semble pas ouverte aux militaires.</p>
Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013	Risque grave pour la santé publique et l'environnement	Toute personne – pas de contexte professionnel visé		Si l'article L. 1351-1 du Code de la Santé Publique est abrogé, la procédure d'alerte à la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement est maintenue avec des ajustements. Il s'agit d'une procédure spéciale.
Art. L. 1132-3 et L. 1152-2 du Code du travail	Discrimination et harcèlement moral au travail	Salariés du secteur privé	En vigueur, non modifié par la loi Sapin 2	Ces dispositions spéciales sont maintenues et non modifiées par la loi Sapin 2.

Texte	Objet de l'alerte	Public identifié comme « lanceur d'alerte »	Statut <i>post Sapin 2</i>	Commentaires
Art. L. 313-24 du Code de l'action sociale et des familles	Mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie dans un établissement social ou médico-social visé par la liste de l'article L. 312-1 du Code l'action sociale et des familles.	Salariés ou agents des institutions sociales et médico-sociales médecins et agents publics des administrations de contrôle de ces établissements.		<p>La définition du lanceur d'alerte prévue à l'article 6 de la loi Sapin 2 s'impose à ces procédures.</p> <p>En revanche, si l'application de la procédure de l'article 8 de la loi Sapin 2 ne semble pas s'imposer, il semble naturel d'exiger d'une personne qui souhaite mettre un terme à une situation de harcèlement dans une entreprise ou de mauvais traitement sur une personne dans un établissement social ou médico-social qu'elle commence par alerter en interne de la situation et avertisse sa hiérarchie.</p>
Art. L. 4133-1 du Code du travail	Risque grave pour la santé publique et l'environnement	Le « travailleur » au sens du Code du travail.		Pour l'article 4131-1 du Code du travail, il s'agit pour le travailleur d'une obligation d'alerter l'employeur sur un danger grave et imminent qui pèse sur sa vie ou sur une défectuosité dans un système de protection et qui lui permet d'exercer son droit de retrait.
Art. L. 4131-1 du Code du travail	Danger grave et imminent qui pèse sur la vie ou sur la santé du travailleur ou défectuosité dans un système de protection.			<p>Il s'agit donc d'une alerte personnelle ayant vocation à produire des effets en droit du travail, le droit de retrait étant encadré et pouvant donner lieu à un conflit entre le salarié et l'employeur.</p> <p>Pour l'article 4133-1, il s'agit (également) d'une obligation d'alerter l'employeur dans l'hypothèse où les produits ou</p>

Texte	Objet de l'alerte	Public identifié comme « lanceur d'alerte »	Statut <i>post Sapin 2</i>	Commentaires
				<p>procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement.</p> <p>La procédure ne prévoit pas d'alerte en dehors de l'entreprise.</p>
<p>Art. L. 861-3 Code de la Sécurité Intérieure. Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015</p>	<p>Renseignement et Protection du secret de la défense nationale</p>	<p>Agents des services de renseignement</p>		<p>Il s'agit ici d'une procédure particulière distincte de l'article 8 de la loi Sapin 2 qui s'applique aux agents des services de renseignement pour remonter certains faits.</p>
<p>Art. L. 234-1 et s. du Code de commerce</p>	<p>Faits de nature à compromettre la poursuite de l'exploitation de la société</p>	<p>Commissaires aux comptes</p>		<p>Il s'agit ici d'une procédure particulière distincte de l'article 8 de la loi Sapin 2 qui s'applique aux commissaires aux comptes et qui lui permet d'alerter directement le président du conseil d'administration ou du directoire.</p>
<p>Art. 16 de la loi Sapin 2 qui crée les articles L634-1 à L634-4 au Code monétaire et financier</p>	<p>Manquements au Code monétaire et financier ainsi qu'au Règlement Général de l'AMF</p>	<p>Salariés du secteur Banques/ assurances</p>	<p>Créé par la loi Sapin 2</p>	<p>Nouveau dispositif d'alerte sectoriel créé par la loi Sapin 2</p>

Texte	Objet de l'alerte	Public identifié comme « lanceur d'alerte »	Statut <i>post Sapin 2</i>	Commentaires
Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance	Atteintes graves envers les droits humains, les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes et l'environnement	Pas de précisions : toute personne.	N/A, la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 est postérieure	La définition du lanceur d'alerte mise en place par la loi Sapin 2 est valable pour les alertes émises sous l'empire de cette loi.

Bibliographie

MANUELS, OUVRAGES ET THÈSES

K. ARROW, *Choix collectifs et préférences individuelles*, Edition Diderot, collection Pergame, 1998.

L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 10^e éd., 2017.

F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, Dalloz, Connaissance du droit, première ed., 2018.

G. CORNU, J. FOYER, *Procédure Civile*, PUF.

A. COURET, B. DONDERO, *Loi PACTE et droit des affaires*, Dossier pratique, éditions Francis Lefebvre.

M. DOUCHY-OUDOT, Répertoire Dalloz de procédure civile, Compétence, décembre 2014.

A. GARAPON et P. SERVAN-SCHREIBER, *Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée*.

S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union Européenne*, Précis Dalloz.

J. ICARD, *Alerte éthique dans la relation de travail* in *Les lanceurs d'alerte* sous la direction de D. POLLET PANOUSSIS et M. DISANT, LGDJ.

P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des Sociétés*, Précis Domat, LGDJ, 7^e ed., 2018.

J. LELIEUR-FISCHER, *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*, Thèse, Université Paris 1, Panthéon Sorbonne, sous la direction du Professeur M. DELMAS-MARTY, 2005.

O. FRAYSSE et N. CHAMPROUX, *Entreprises et entrepreneurs*, ed. Presses Sorbonne Nouvelle, 2005.

O. LECLERC, *Protéger les lanceurs d'alerte : La démocratie technique à l'épreuve de la loi*, LJDG, 2017.

M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, coll. Université, 7e éd., 2017.

C. MALECKI, *Corporate Social Responsibility. Perspectives for Sustainable Corporate Governance*, Edward Edgard, mars 2018. H. MINTZBERG, *Pouvoir et gouvernement d'entreprise*, Editions d'Organisation, 2004.

P. MONTIGNY, *L'entreprise face à la corruption internationale*, Ellipses Edition.

L. NEYRET (dir.), *Des écocrimes à l'écocide, Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant, 2015.

M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 3eme ed.

M. PICARD, A. BESSON, *Traité de droit des assurances*, LGDJ, 1945.

O. PETITJEAN, *Devoir de vigilance : Une victoire contre l'impunité des multinationales*, Mayer Charles Leopold Eds, 2019.

A. PIETRANCOSTA (dir.), *La loi « Sapin II » prise aux mots : transparence – anticorruption – modernisation*, Fauves, 2017.

D. POLLET PANOUSSIS, M. DISANT, *Les lanceurs d'alerte : Quelles protection juridique ? Quelles limites ?*, LGDJ, 2017.

S. SCHILLER, *Le devoir de vigilance*, Centre de Recherche Droit Dauphine, LexisNexis, 2019.

S. SUSEC, *Le secteur bancaire et financier français face à la corruption : un système d'intégrité en construction*, Thèse, Université de Cergy-Pontoise, 2015.

F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil - Les Obligations*, Précis Dalloz, 10^{ème} ed.

F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil - Les Obligations*, Précis Dalloz, 12^{ème} ed.

P. VERNIMMEN, P. QUIRY, Y. LE FUR, *Finance d'entreprise*, Dalloz, 2020, 18^{ème} ed.

T. VIGNAL, *Droit international privé*, Sirey, 3^{ème} ed.

G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4ed, Lextenso éditions.

Comptabilité générale, Mementos, Gualino Eds, 21^e ed, 2021/2022.

Dalloz, *Anticorruption, la loi Sapin 2 en application*, 2018.

Editions Francis Lefebvre, *Memento Comptable 2021*.

Editions Francis Lefebvre, *Memento Sociétés Commerciales 2022*.

Lamy 2017, *Droit pénal des affaires*.

Ouvrage OCDE et La Banque Mondiale, *Identification et quantification des profits de la corruption*, Une analyse OCDE-StAR, Éditions OCDE, 2011.

RÉPERTOIRES ET JURISCLASSEURS

F. AGOSTINI, *Compétence – Aménagement des règles de compétence en matière pénale*, Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale.

Coralie AMBROISE-CASTÉROT, *Action civile – Conditions de recevabilité de l'action civile*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juin 2017.

S. BERTOLASO, *Assurances, fascicule 5-2 : Assurances terrestres, Contrat d'assurance – Le risque, objet du contrat*, JurisClasseur, août 2017.

E. BONIS, *Plainte et dénonciation*, Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale janvier 2018.

A. DEJEAN DE LA BATIE, *Lanceurs d'alerte*, JurisClasseur Communication, Fasc. 18-50, septembre 2021.

Y. DESDEVISES, O. STAES, *Action en justice. – Recevabilité. – Conditions subjectives. – Intérêt*, JurisClasseur Fasc. 500-75.

L. DESESSARD, *Application de la loi pénale dans l'espace – Infractions commises ou réputées commises hors le territoire de la République*, Jurisclasseur Art. 113-1 à 113-12 - Fasc. 20.

E. DREYER, *Atteintes à l'administration publique et à l'action de la justice des communautés européennes, des États membres de l'Union Européenne, des autres États étrangers et des autres organisations internationales publiques*, JurisClasseur Pénal, Art. 435-1 à 435-15 - Fasc. 20, janvier 2018.

M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Responsabilité civile environnementale*, Répertoire Dalloz de droit civil, novembre 2019.

A. HUET, *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux*, JurisClasseur Procédure civile, Fasc. 2000-05.

C-A MAETZ, *Rupture brutale de relations commerciales établies*, JurisClasseur Concurrence – Consommation, Fasc. 300, 30 septembre 2019.

H. MATSOPOULOU, *Responsabilité pénale des personnes morales – Sanctions applicables aux personnes morales*, Répertoire Dalloz des sociétés, avril 2019.

L. MAYAUX, A. PIMBERT, *Contrat d'assurance*, Répertoire de droit civil, Dalloz, juillet 2021.

F. MOLINS, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale - Action publique – Mise en mouvement et exercice de l'action publique*, novembre 2017.

P-L. PERRIN, H. PASCAL, E. MURE, *Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre – Loi n°399 du 27 mars 2017 (C. com., art. L. 225-102-4 et L. 225-102-5)*, JurisClasseur Sociétés Traité, 27 janvier 2022.

J-B. PERRIER, *Faits justificatifs. – Lanceur d'alerte*, JurisClasseur Pénal, article 122-9, Fasc. 20, 30 septembre 2019.

A. VITU, F. STASIAK, *Corruption. – Des atteintes à l'administration publique et à l'action de la justice des Communautés européennes, des États membres de l'Union Européenne, des autres États étrangers et des autres organisations internationales publiques*, JurisClasseur Pénal des affaires, Fasc. 40, janvier 2019.

ARTICLES DE DOCTRINE ET NOTES DE JURISPRUDENCE

P. ABADIE, *Les enseignements de la procédure sur la nature de devoir de vigilance : entre contestation relative aux sociétés commerciales et contestation relative à la responsabilité sociale*, Recueil Dalloz 2021.

P. ADAM, *Mon traître, ce héros*, Revue Dalloz de droit du travail 2016.

J. ALIBERT et J-P FOEGLE, *Première victoire d'un lanceur d'alerte en référé sous l'empire de la loi Sapin II*, La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés, 2019.

- T. ALLAIN, D. BOUCET, *La poursuite en France de faits de corruption et de trafic d'influence commis à l'étranger après la loi Sapin 2 – Volet II : la poursuite des auteurs*, Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires n°3, octobre 2017.
- E. ALT, *De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte – À propos de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016*, La Semaine Juridique Edition Générale, n°4, 23 janvier 2017, p. 90.
- D. BAKOUCHE, *Revue Responsabilité civile et assurances*, LexisNexis, 2020.
- L. BALANDINE, M-A NICOLAS, *Opposabilité du secret professionnel aux agents de l'AFA dans le cadre de leurs contrôles*, Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires n°3, septembre 2018, étude 108.
- J.-F. BARBIERI, *Irresponsabilité du préposé, comme du dirigeant social, dans l'exécution de leurs missions : tous fonctionnaires ?*, Bulletin Joly Sociétés, juin 2000.
- T. BEAU DE LOMÉNIE et S. CROSSART, *Parties prenantes et devoir de vigilance*, Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires - Supplément à la Semaine Juridique entreprise et affaires n°50, 14 décembre 2017.
- V. DE BEAUFORT, *Responsabilité du conseil d'administration : quelles évolutions ou bouleversements potentiels ?*, Journal Spécial des Sociétés, n°12, 23 mars 2022.
- G. BEAUSSONIE, *Sauver l'environnement par le droit pénal ?*, Revue de Science Criminelle, Dalloz, 2021.
- C. BLANQUART, *Les lanceurs d'alerte et la protection des informations confidentielles au sein de l'entreprise*, La Semaine Juridique Social n° 37, 18 septembre 2018, 1292.
- O. BOSKOVIC, *Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé*, Recueil Dalloz 2016.
- X. BOUCOBZA, Y-M. SERINET, *Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance*, Recueil Dalloz 2017, p. 1619.
- D. BOULMIER, *Les lanceurs d'alerte après la loi n°2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : fausse alerte ?*, Lexbase Hebdo Social, 2017.
- V. BOUQUET, E. FOUASSIER, *Le lien de causalité dans le contentieux relatif au Distilbène*, Recueil Dalloz 2019, p. 2028.
- M.-E. BOURSIER, *Qu'est-ce que la compliance ? Essai de définition*, Recueil Dalloz 2020.

S. BRABANT, E. SAVOUREY, C. MICHON, *Le plan de vigilance - Clé de voute de la loi relative au devoir de vigilance*, Revue Internationale de la Compliance et de l’Ethique des Affaires - Supplément à la Semaine Juridique entreprise et affaires n°50, 14 décembre 2017.

G. BRANELLEC, I. 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*, 12^e Congrès du RIODD, octobre 2017.

S. BRIDIER, *Devoir de vigilance européen : le contenu de la proposition de directive*, Dalloz actualité, 28 février 2022.

J.-M. BRIGAND, *Les peines complémentaires dans la loi Sapin II : entre extension et innovation*, Revue Lamy droit des affaires, n° 124, 1^{er} mars 2017.

J.-M. BRIGANT, *Protection pénale du lanceur d’alerte : application rétroactive de l’article 122-9 du Code pénal*, La Semaine Juridique Edition Générale n° 47, 19 novembre 2018, p. 1208.

J.-M. BRIGANT, *Protection des lanceurs d’alerte – Les principales dispositions pénales de la loi du 21 mars 2022*, La Semaine Juridique Edition Générale, n°507, 2022.

E. BRUNELLE, M. LACHASSAGNE, S. BRIHI, A. BOUSQUET, *L’affaire Bolloré ou les limites d’une justice pénale négociée*, Dalloz Actualité, 23 mars 2021.

I. BUFFLIER, *Lanceurs d’alerte : une meilleure protection après l’adoption de deux nouvelles lois*, Revue Internationale de la Compliance et de l’Ethique des Affaires, n°50, avril 2022.

O. BUISINE, *Devoir de vigilance : avancées et perspectives*, Bulletin Joly Sociétés, avril 2022.

M.-C. CAILLET, *Du devoir de vigilance aux plans de vigilance ; quelle mise en œuvre ?*, Dalloz Social 2017.

J. CAMY, *Loi sur le devoir de vigilance et loi Spain II : quelles obligations des entreprises ?*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°11, 18 mars 2021.

A. CASADO, *De la juridiction compétente en matière d’actions corrélatives au devoir de vigilance*, Bulletin Joly travail, janvier 2022.

Q. CHATELIER, *Le devoir de vigilance dans la main du tribunal judiciaire (de Paris)*, Dalloz actualité, 17 janvier 2022.

L. COHEN-TANUGI, E. BREEN, *Le Deferred prosecution agreement américain – Un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale*, La Semaine Juridique Edition générale, n°38, 16 septembre 2013.

C. COLLIN, *Contentieux climatique de Grande-Synthe : une décision plus prometteuse qu'historique*, Dalloz actualités, 27 novembre 2020.

P.-H. CONAC, *L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise*, Revue Dalloz des sociétés, 2019.

C. CUTAJAR, *Le droit à réparation des victimes de la corruption ; plaider pour la reconnaissance d'un statut des victimes de la corruption*, Recueil Dalloz 2008.

N. CUZACQ, *Quelle place peut-on octroyer aux parties prenantes dans le puzzle de la gouvernance des sociétés*, R. Dalloz 2017.

N. CUZACQ, *Premier contentieux relatif à la loi vigilance du 27 mars 2017, une illustration de l'importance du droit judiciaire privé*, Recueil Dalloz 2020, p. 970.

L. D'AVOUT, S. BOLLEE, *Droit du commerce international août 2016 - juillet 2017*, Recueil Dalloz Sirey, n°35, p. 2054-2072.

A. D'ORNANO, *Des conditions du non-cumul des poursuites et des peines en matière internationale*, Revue critique de droit internationale privé, Dalloz, n°3, 2018.

A. DANIS-FATÔME, G. VINEY, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Recueil Dalloz 2017.

E. DAOUD, *La prescription des infractions occultes ou dissimulées en droit pénal des affaires : à la poursuite du temps perdu*, Revue LexisNexis Droit pénal, mai 2017, dossier 3.

E. DAOUD, H. PARTOUCHE, *Étude comparative des CJIP : bilan et perspectives*, Dalloz Actualité, 27 avril 2020.

X. DELPECH, *Compétence commerciale : faute de gestion d'une société commerciale*, Recueil Dalloz 2009.

X. DELPECH, *Condamnation symbolique de l'État pour inaction climatique*, Juris associations 2021, n°634.

X. DELPECH, *Devoir de vigilance des sociétés commerciales : action des associations*, Juris associations 2022, n° 652, p. 10.

B. DONDERO, *Définition de la faute séparable des fonctions du dirigeant social*, Recueil Dalloz 2003.

B. DONDERO, *Compétence du tribunal de commerce pour les fautes se rattachant par un lien direct à la gestion d'une société commerciale*, Recueil Dalloz 2010.

B. DONDERO, *Responsabilité des dirigeants et loi PACTE : rejet de l'amendement Crédit martiniquais... pour le moment sur son blog* (<https://brunodondero.com/2018/09/20/responsabilite-des-dirigeants-et-loi-pacte-rejet-de-lamendement-credit-martiniquais-pour-le-moment/>), 20 septembre 2018.

B. DONDERO, *Compétence à outrance du tribunal judiciaire ?*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 2022, p. 1067.

B. DONDERO, *La compliance imposée à toutes les sociétés par la Cour de Cassation ?*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°17-18, 28 avril 2022.

J.-P. DORLY, *La responsabilité du préposé à l'occasion des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions*, Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, mai 2000.

C. DUBOIS, *L'écocide consacré... mais l'écocide contesté*, Recueil Dalloz, 2021.

P. DUFOURQ, *Nouvelles précisions pratiques relatives à la convention judiciaire d'intérêt public*, Dalloz actualités, 13 septembre 2021.

P. DUFOURQ, *Les enseignements de la CJIP LVMH*, Dalloz actualité, 12 janvier 2022.

P. DUFOURQ, *Droit pénal de l'environnement : les enseignements de la première CJIP environnementale*, Dalloz actualité, 31 janvier 2022.

P. DUFOURQ, *Justice négociée : La financière Atalian a conclu une convention judiciaire d'intérêt public pour un montant de 15 millions d'euros dans une affaire concernant la cession de filiales*, Dalloz actualité, 10 mars 2022.

P. DUFOURQ, *Protection des lanceurs d'alerte et rôle du défenseur des droits : les enseignements des lois du 21 mars 2022*, Dalloz actualité, 6 avril 2022.

A. DUNOYER DE SEGONZAC, C.-H. BOERINGER, *Contrôles de l'Agence française anticorruption – Quels enseignements tirer de la deuxième décision de la Commission des sanctions de l'AFA ?*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°27, 2 juillet 2020.

M. DURAND-POINCLoux, D. APELBAUM, *Retenue ou flou artistique ? La décevante imprécision des premières décisions de la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption*, Revue Droit Pénal, LexisNexis, n°7-8, juillet-août 2020.

S. DYENS, *Le lanceur d'alerte dans la loi Sapin 2 : un renforcement en trompe-l'œil*, AJ Collectivité territoriales 2017.

A-S EPSTEIN, *La portée extraterritoriale du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Cahiers de droit de l'entreprise n°4, juillet 2018, dossier 30.

B. FAGES, RTD civ. 2011.

R. FAMILY, *La valeur de la loyauté...*, Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires, n°6, décembre 2019, 167.

R. FAMILY, *Responsabilité sociétale des entreprises – A qui la décision ? A qui la responsabilité ?*, Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires n°2, avril 2022.

A. FELIX, I-A. MARTINET, *Le comité des parties prenantes : la gouvernance hors les murs*, Bulletin Joly Sociétés, n°11, novembre 2021, p. 41.

J.-P. FOEGLE et S. PRINGAULT, *Les lanceurs d'alerte dans la fonction publique*, AJDA, 2014.

F.-X. FORT, C. RIBOT, *Commune de Grande-Synthe : tsunami juridique ou décision de circonstance ?*, La semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales, n°36, 6 septembre 2021.

S. FUCINI, *Principe non bis in idem et cumul de poursuites administratives et pénales pour les mêmes faits in Les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles*, PUAM, 2014.

I. GALLMEISTER, *Contamination post-transfusionnelle et causalité*, note sous Civ. 1^{ère}, 3 avril 2007, Dalloz actualité, 19 avril 2007.

I. GALLMEISTER, *Produits défectueux : sclérose en plaques et vaccin contre l'hépatite B*, note sous Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2012, Recueil Dalloz 2012, p. 2853.

J. GALLOIS, *Pétrole contre nourriture : précisions en matière de corruption d'agents publics étrangers et d'abus de biens sociaux*, Dalloz actualité, 4 avril 2018.

A. GAUDEMET, A. DILL, *Convention judiciaire d'intérêt public : une première particulière*, La Semaine Juridique Edition Générale, n°51, 18 décembre 2017.

J. GOLDSZLAGIER, *Durée maximale des enquêtes préliminaires : de la lenteur à l'arrêt ?*, Dalloz Actualité, 27 mai 2021.

- D. GOETZ *Première relaxe d'un lanceur d'alerte poursuivi du chef de diffamation*, Dalloz Actualité, 29 novembre 2017.
- L. GRIFFON-YARZA, *Aspects pratiques de la réforme de la prescription pénale*, Revue Droit pénal, LexisNexis, mai 2017.
- I. GROSSI, *L'intérêt social élargi, quel(s) intérêt(s) ?*, Journal des Sociétés, Dossier loi Pacte et droit des sociétés, n°172, avril 2019.
- H. GROUTEL, Revue Responsabilité civile et assurances, LexisNexis, 2019.
- K. HAERI, V. MUNOZ-PONS, *Application stricte du principe du ne bis in idem en matière de droit pénal international*, Recueil Dalloz 2018.
- K. HAERI, V. MUNOZ-PONS, *Spécialisation de la justice pénale environnementale : retour sur la loi du 24 décembre 2020*, Dalloz actualité, 13 janvier 2021.
- C. HANNOUN, *Vers un devoir de vigilance des sociétés mères*, Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 4, Décembre 2014.
- C. HANNOUN, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017*, Revue Dalloz Droit social 2017.
- M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Les procès climatiques : quel avenir dans l'ordre juridique français ?*, Recueil Dalloz 2019.
- E. HOULETTE, *Des dispositifs répressifs innovants : la convention judiciaire d'intérêt public, le monitoring, et la peine de programme de mise en conformité : propos introductifs*, in *De la conformité à la justice négociée, actualité de la lutte anticorruption*, colloque de l'ENM du 17 mai 2018.
- S. HOYNCK *Le contentieux climatique devant le juge administratif*, RFDA, Dalloz, 2021.
- L. KARILA, Revue de droit immobilier Dalloz, 2008.
- F. KAUFF-GAZIN, *L'arrêt Bosphorus de la Cour EDH : quand le juge de Strasbourg décerne au système communautaire un label de protection satisfaisante des droits fondamentaux*, Petites affiches, 24 novembre 2005, n°234.
- J. KULLMANN, note sur Civ. 1^{ère}, 10 juin 1997, n°95-18.611, Revue Générale du Droit des Assurances, 1997.
- E. LAFUMA, *Charge de travail et représentants du personnel*, Dalloz revue Droit social 2011.

J. LAGOUTTE, *Joyeux Noël ? Regard sur le chapitre V de la loi du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée*, Revue Droit Pénal, LexisNexis, n°2, février 2021.

E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Dossiers sur les droits de l'homme n°19, Editions du Conseil de l'Europe.

M. LASSALLE, *La protection des lanceurs d'alerte*, Recueil Dalloz 2022, p. 696.

K. LE COUVIOUR Erika : *l'arrêt salvateur de la Cour de cassation*, La Semaine Juridique Edition Générale n°47, 19 novembre 2012, 1243.

A. LECOURT, *Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 »*, RTD Com. 2017, p. 101.

A. LECOURT, *Premières questions autour de la compétence juridictionnelle en matière de respect du devoir de vigilance des sociétés mères : primauté a priori au tribunal de commerce*, RTD Com. 2021, p. 135.

B. LECOURT, *Pour un texte européen sur le devoir de vigilance des sociétés*, Revue Dalloz des sociétés 2020.

J. LELIEUR, *L'affaire Pétrole contre nourriture devant la justice française - Libres propos sur le jugement du tribunal correctionnel de Paris du 8 juillet 2013*, La Revue du Grasco, n°8, janvier 2014.

J. LELIEUR, *Première condamnation française de personnes morales pour corruption transnationale*, Recueil Dalloz 2016.

N. LENOIR, *La loi sur le devoir de vigilance ou les incertitudes de la transformation du droit souple en règles impératives*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°26, juin 2020, p. 2-32.

G. LERAY, *La loi climat et l'entreprise*, Revue des sociétés 2021.

J.-P. LOOTEN, *La convention judiciaire d'intérêt public : plus qu'une réplique aux stratégies extraterritoriales*, Les Nouvelles Fiscales (Lamyline), n°1297, 1^{er} novembre 2021.

V. MAGNIER, Y. PACLOT, S. SCHILLER, G. GAEDE, P. PORTIER, S. DETRAZ, J. DEVALLEE (coor.), *L'alerte éthique en France : panorama et effectivité*, Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n°167, Septembre 2019, dossier 16.

C. MALECKI, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ?*, Bulletin Joly Sociétés, mai 2017, p. 298.

C. MALECKI, *Transposition de la directive RSE : un nouveau cadre de publication extra-financières pour les grandes entreprises*, Bulletin Joly Sociétés, octobre 2017, p. 632-640.

J.-Y. MARECHAL, *Propos hétérodoxes sur la convention judiciaire d'intérêt public*, Revue Droit Pénal LexisNexis, n°6, juin 2020.

H. MATSOPOULOU, A. LEPAGE, *La prescription de l'action publique entre pérennité et innovations - Présentation de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale*, Revue Droit pénal, LexisNexis, mai 2017.

E. MAUPIN, *Vers une meilleure protection des lanceurs d'alerte*, AJDA 2022, p. 257.

M. MEKKI, *Contrat et devoir de vigilance* in, Revue Lamy Droit des Affaires, 104, Dossier spécial, *Le Big Bang des devoirs de vigilance ESG : les nouveaux enjeux de RSE et de droits de l'homme*.

M. MENJUCQ, *Résolution du Parlement européen sur le devoir de vigilance et la responsabilité des sociétés*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°42, octobre 2021, p.32.

P. MÉTAIS, E. VALETTE, *Devoir de vigilance : quel tribunal compétent ?*, Dalloz actualité, 11 janvier 2021.

N.-M. MEYER, *Alerte éthique et fonction publique : la fin d'un malentendu français*, Revue des Juristes de Science Po, n°9, juin 2014, p. 105.

N.-M. MEYER, *Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débat dans le monde*, AJDA 2014.

A. MIGNON COLOMBET, F. BUTHIAU, *Le deferred prosecution agreement américain, une forme inédite de justice négociée – Punir, surveiller, prévenir ?*, La Semaine Juridique Edition Générale, n°13, 25 mars 2013, doct. 359.

C. MICHON, *Le futur du devoir de vigilance ? Regards sur le projet européen et l'évaluation de la loi française*, Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires, n°2, avril 2022, comm. 87.

S. MUSSO, *Dispositifs de recueil des alertes : la nouvelle directive européenne va faire évoluer le modèle français*, Revue Internationale de la Compliance et de l’Ethique des Affaires, n°6, décembre 2019.

L. NEYRET, *Vaccination contre l'hépatite B : fin du débat judiciaire ?*, Recueil Dalloz 2003, p. 2579.

L. NEYRET, note sur Crim., 25 septembre 2012, n° 10-82.938, Recueil Dalloz 2012.

L. NEYRET, *Pour la reconnaissance du crime d’écocide*, Revue juridique de l’environnement, Lavoisier, 2014/HS01 Volume 39.

M.-A. NICOLAS, *Première audience de la Commission des sanctions de l’AFA – Dans quelle mesure la Commission des sanctions va-t-elle sanctionner la loi ?*, Revue Internationale de la Compliance et de l’Ethique des Affaires, n°4, août 2019.

M.-A. NICOLAS, *Les lignes directrices du PNF et de l’AFA sur la mise en œuvre de la CJIP*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°31-35, 1^{er} août 2019.

M.-A. NICOLAS, N. TOLLET, *Première audience de la Commission des sanctions de l’AFA – Récit d’une passe d’armes sur ce qu’il convient d’attendre d’un programme de conformité anticorruption*, Revue Internationale de la Compliance et de l’Ethique des Affaires, n°4, août 2019.

D. NOGUERO, X. LEDUCQ, *Sanction de l’absence d’aléa lors de l’adhésion pour l’un des risques couverts*, Chronique de jurisprudence de droit des assurances, Gazette du palais, n°40, 16 novembre 2021.

C. NOIVILLE, E. SUPIOT, *Lanceurs d’alerte – Vers la fin d’un chemin de croix ?*, La Semaine Juridique Edition Générale, n°506, 2022.

Yann PACLOT, *Première décision de la Commission des sanctions de l’Agence française anticorruption (AFA)*, La Semaine Juridique Edition Générale, n°42, 14 octobre 2019.

Y. PAGNERRE, *Harcèlement, alerte et diffamation : enfin l’harmonie ?*, Recueil Dalloz 2016.

G. PAILLER, *La protection des lanceurs d’alerte est renforcée*, AJ Collectivités Territoriales 2022.

B. PARANCE *Quand la Cour de cassation vient donner ses lettres de noblesse au préjudice écologique, tout en restant très prudente sur sa définition* Gazette du Palais, septembre-octobre 2012.

B. PARANCE, *La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Gazette du Palais, n°15, 18 avril 2017.

B. PARANCE, *La déclaration de performance extra-financière, nouvelle ambition du reporting extra-financier*, Semaine Juridique Editions Générale, n°44, octobre 2017, p. 1976-1979.

B. PARANCE, *Décision majeure sur la réparation du préjudice écologique*, La Semaine Juridique Edition Générale, n°27, 6 juillet 2020.

B. PARANCE, J. ROCHFELD, *Grande-Synthe 2 ou la confirmation d'un contrôle de conformité de la trajectoire de la politique climatique française*, La semaine du droit LexisNexis, Edition générale, n°29, 19 juillet 2021.

J.-M. PASTOR, *Les sénateurs suppriment le délit d'écocide dans le projet de loi Climat et résilience*, Dalloz Actualité, 30 juin 2021.

E. PATAUT, *Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé*, Revue Dalloz Droit social 2017.

J. PEIGNÉ, *Lien de causalité entre la sclérose en plaques et le vaccin contre l'hépatite B*, Revue Dalloz Droit Sanitaire et Social 2008, p. 578.

J.-B. PERRIER, *L'essentiel et le détail de la réforme de la prescription en matière pénale*, Recueil Dalloz 2017.

A. PIETRANCOSTA, *Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering Recent French Reforms and EU Perspectives*, European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 639/2022, avril 2022.

A. PIMBERT, *Sanction du défaut d'aléa : il ne faut jurer de rien !*, Revue Générale du Droit des Assurances, n°6, juin 2021.

G. POISSONNIER, *Procès au fond et convention judiciaire d'intérêt public : quelle coexistence possible ?*, Recueil Dalloz 2019.

G. POISSONNIER, *Trafic d'influence - Première Convention judiciaire d'intérêt public*, Revue Droit pénal, LexisNexis, n° 4, avril 2022.

G. POISSONNIER, J.-C. DUHAMEL, *Convention judiciaire d'intérêt public : le 23 février 2018 fera date !*, Recueil Dalloz 2018.

- D. PORACCHIA (dir.), *Le droit des sociétés dans la loi Sapin 2*, Bulletin Joly Sociétés, janvier 2017.
- Y. QUEINNEC, F. FEUNTEUN, *La preuve de vigilance, un challenge d'interprétation*, Revue Lamy Droit des Affaires, mai 2018, n°137, p. 23-29.
- B. QUENTIN, *AFA - Du contrôle à l'enquête ?*, La Semaine Juridique Edition Générale, n°3, 20 janvier 2020.
- B. QUENTIN, F. VOIRON, *La victime dans la procédure de CJIP : entre strapontin et siège éjectable ?*, AJ Pénal 2021.
- A. REYGROBELLET, *Devoir de vigilance ou risque d'insomnies ?*, Revue Lamy droit des affaires, n°128, 1^{er} juillet 2017.
- A. REYGROBELLET, *L'option de compétence du demandeur non-commerçant*, Revue des Sociétés 2021, p. 165.
- F. RINALDI, Gazette du Palais, n°236, août 2000/
- C. ROLLAND, *Création de l'Agence française anticorruption par la loi « Sapin 2 » : quels moyens pour quelle action ?*, AJ Collectivités Territoriales 2017, p. 124.
- F. ROME, *Or noir et blanches colombes...*, Recueil Dalloz 2013.
- N. RONTCHEVSKY, *L'onde de chocs des scandales financiers américains atteint l'Europe : l'effet extraterritorial du sarbanes oxley*, RTD Com. 2002.
- M. ROUSSILLE, *Projet de la loi PACTE : quel impact ? Réflexions sur la consécration de l'intérêt social et de la raison d'être de la société*, Revue LexisNexis Droit des sociétés, 2018, étude 10.
- E. RUSSO, *CJIP : ajustements apportés par la loi du 24 décembre 2020 et autres sujets de réflexion pour l'avenir*, AJ Pénal 2021.
- L. SAENKO, *CJIP Atalian ou l'avènement de la CJIP de droit commun ?*, Gazette du Palais n°11, 5 avril 2022.
- B. SAINTOURENS, *La compétence des tribunaux de commerce pour juger d'une faute de gestion*, Revue Dalloz des Sociétés 2010.

B. SAINTOURENS, P. EMY, *La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* (« Sapin 2 »), *Revue des sociétés* 2017, p. 131.

P. SAVIN, *Le futur devoir de vigilance européen à la charge des entreprises dans la chaîne d'approvisionnement*, *L'Observatoire de Bruxelles*, n°124, juin 2021.

S. SCHILLER, *Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre*, *La Semaine Juridique Edition Générale* n°22, 2017, doct. 622.

S. SCHILLER, P-L. PERIN, B. PARANCE, J-Y. TROCHON., P. LE GOFF, D. KADAR, S. FOUGOU, C. DUCHAINE, N. BONUCCI, M. SOUQUE, *Compliance et transparence en 2018 : Nouvelles obligations de vigilance, d'anti-corruption et d'information extra-financière*, *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire*, n°157, 2018, p. 3-61.

S. SCHILLER, *Refus d'introduire la faute détachable devant les juridictions pénales*, *Journal des Sociétés*, n°171, 2019, p. 55-63.

S. SCHILLER S., J.M. LEPRETRE, *Regards croisés sur la compétence juridictionnelle en matière de plan de vigilance*, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n°24, 2020, p. 1101-1105.

S. SCHILLER, J.M. LEPRETRE, P. BIGNEBAT, *Revirement de position sur la compétence juridictionnelle pour l'application de la loi sur le devoir de vigilance*, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n°25, 2021, p. 1323.

S. SCHILLER, M. STORCK (dir.), *La raison d'être*, *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire* n°180, novembre 2021, dossier 6.

M. SEGONDS, *À propos d'une diversion juridique : l'absence d'enrichissement personnel*, *Recueil Dalloz* 2003.

M. SEGONDS, *Convention judiciaire d'intérêt public - De l'art de l'ombre à l'art du clair-obscur*, *Revue Droit pénal*, LexisNexis, n° 1, janvier 2018.

M. SEGONDS, *L'innovation constituée par les programmes de conformité anticorruption obligatoires*, in *De la conformité à la justice négociée, actualité de la lutte anticorruption*, colloque de l'ENM du 17 mai 2018.

M. SEGONDS, *Les progrès possibles de la justice négociée, illustrés par l'ordonnance de validation de la CJIP LVMH*, *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires* n° 1, février 2022.

D. SIMON, *Des influences réciproques entre CJCE et Cour EDH : Je t'aime, moi non plus ?*, revue Pouvoirs, 2001/1, n°96.

F. STASIAK, *Sac de « noeuds » bis in idem : cumul de sanctions pénales et disciplinaires en droit français (bis)*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n°2, avril 2018, p. 522-524.

F. STASIAK, *La privatisation de la lutte contre la corruption*, Revue Droit Pénal LexisNexis, juin 2019, n°6.

F. STASIAK, *CJIP et fraude fiscale : la première fois n'est pas nécessairement la meilleure*, Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires, n°5, octobre 2019, p. 20-21.

F. STASIAK, *CJIP : Airbus donne des ailes à l'amende d'intérêt public*, Lexbase Pénal, n°25, 19 mars 2020.

F. STASIAK, *La production en justice par le salarié de documents appartenant à l'employeur*, La Semaine Juridique Edition sociale, n°8, 23 février 2021, p. 15-19.

B. TEYSSIE, *Les sociétés à mission*, La Semaine Juridique Edition Générale, n°17, p. 828-836.

F-G. TREBULLE, *Stakeholders Theory et droit des sociétés*, Bulletin Joly Sociétés, 2006, p. 1337.

D. TRUCHET, *La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit*, LEGICOM 2017, n°58, (Actes du Forum Legipresse du jeudi 6 octobre 2016 : Liberté d'information, liberté de création et intérêt général).

A. VAN LANG, *Le droit de la transition écologique en devenir*, AJDA 2022.

S. ZOUAG, *Signalement – Lanceurs d'alerte – Une protection accrue*, Juris associations 2022, n°657.

Champ d'application de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : les SAS sont-elles tenues de mettre en place un tel plan de vigilance ?, n°17-028, Comité Juridique de l'ANSA, 3 mai 2017.

Procédure d'alerte interne (art. 17 loi Sapin 2), procédure de recueil de signalements dans le cadre du statut du lanceur d'alerte (art. 8 de la loi Sapin 2) et recueil des signalements dans le

cadre de la loi devoir de vigilance : articulation des régimes ?, n°18-015, Comité Juridique de l'ANSA, 4 avril 2018.

Champ d'application de la déclaration de performance extra-financière, Bulletin de l'ANSA, 2018-III, p. 1-5.

La loi « Sapin II » à hauteur des enjeux ?, AJ Pénal 2017, p. 61.

La protection des lanceurs d'alerte, Cahiers de droit de l'entreprise n°2, mars 2022, entretien S. WASERMAN, D. DEDIEU, C. DUCHATELLE, W. FEUGERE, L. GOUTARD-CHAMOIX.

Lanceur d'alerte : rétroactivité in mitius de l'article 122-9 du code pénal, AJ Pénal 2018.

Revue Responsabilité civile et assurances, LexisNexis, juillet 2018, comm. 208.

RAPPORTS ET DIVERS

A. ANZIANI et V. KLÈS, *Rapport fait au nom de la Commission des lois du Sénat sur le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, n° 738, 10 juillet 2013.

K. BERGER et P. LELLOUCHE, *Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine*, déposé le 5 octobre 2016.

J.-F. BONHERT, *Edito*, Communication du PNF, synthèse 2020, disponible ici : https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/sites/default/files/2021-02/PNF-brochure_A5_2201.pdf

P. BONNECARRÈRE, *Rapport pour la commission des lois du Sénat sur le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée*, n°335, déposé le 19 février 2020.

A. CANAYER, P. BONNECARRERE, *Rapport fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi organique pour la confiance dans l'institution judiciaire*, n°834, déposé le 15 septembre 2021.

E. D'ACHON, C. TROTTMANN, *Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale*, Inspection Générale des Finances, rapport n°2016-M-051, juin 2016.

S. DENAJA, *Rapport fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et sur la proposition de loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour la protection des lanceurs d'alerte*, n°3785 et 3786, 26 mai 2016.

C. DUBOST, D. POTIER, *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, déposé le 24 février 2022.

A. DUTHILLEUL, M. de JOUVENEL, *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, janvier 2020.

Y. GALUT, *Rapport fait au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et le projet de loi organique relatif au procureur de la République financier*, n° 1130 et 1131, 12 juin 2013.

R. GAUVAIN, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, juin 2019.

R. GAUVAIN, O. MARLEIX, *Rapport d'information par la Commission des lois sur l'évaluation de l'impact de la loi Sapin 2*, déposé le 7 juillet 2021.

M.-T. HERMANGE, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur Mediator : évaluation et contrôle des médicaments*, 28 juin 2021.

N. MOUTCHOU, *Rapport relatif au parquet européen et à la justice pénale spécialisée fait au nom de la Commission des lois*, n°2731, 24 novembre 2020.

J.- L. NADAL, *Renouer avec la confiance publique*, rapport remis au président de la République en janvier 2015.

N. NOTAT, J-D. SENARD, *Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des Finances, du Travail, L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, 9 mars 2018.

F. PILLET, *Rapport fait au nom de la Commission des lois relatif au projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, n°712, 22 juin 2016.

C. PIRES BEAUNE, *Rapport d'information par la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les aviseurs fiscaux*, n°1991, 5 juin 2019.

D. POTIER, *Rapport nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, n°2628, 11 mars 2015.

B. ROCHER, *Repenser la place des entreprises dans la société : bilan et perspectives deux ans après la loi Pacte*, 19 octobre 2021.

J. SETZER, C. HIGHAM, *Global trends in climate change litigation: 2021 snapshot*, Policy report, juillet 2021, *Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science*.

S. TRÉBUCQ, *Réaliser une cartographie stratégique à partir des indicateurs GRI : Indicateurs et tableaux de bord*, Édition AFNOR, 2009.

S. WASERMAN, *Avis du Conseil d'Etat n°40-4000 sur la proposition de loi organique visant à renforcer le rôle du Défenseur des droits en matière de signalement d'alerte*, séance du 4 novembre 2021

M. M. ZAKI, *Après Enron, inventaire des pièges comptables à éviter*, Le Temps, 25 mars 2002.

C. ZUMELLO, *Enron : une entreprise américaine en question*, in *Entreprises et entrepreneurs. Dans leur environnement en Grande-Bretagne et aux États-Unis* sous la direction de
Avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi relatif au parquet européen et à la justice pénale spécialisée, séance du 23 janvier 2020

Charte de l'enquête AMF, version mise à jour le 17 octobre 2017.

Charte de l'appui aux acteurs économiques, AFA, septembre 2018.

Circulaire du 31 janvier 2018 du DACG relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

Circulaire CRIM 2021-02/G3, du 11 mai 2021 relative à la CJIP environnementale.

Club des juristes, *3 questions à Didier Rebut sur les compétences du Parquet National Financier*, 7 février 2017, disponible ici : <https://blog.leclubdesjuristes.com/3-questions-a-didier-rebut-competences-parquet-national-financier/>.

Colloque de l'ENM, *De la conformité à la justice négociée, actualité de la lutte anticorruption*, 17 mai 2018.

Documentation de l'AFA, travaux de commission avec l'Ordre des avocats de Paris, *Anticiper et réussir les contrôles de l'AFA*, réunion du 8 octobre 2018.

Documentation AFA, *Le suivi de l'avertissement adressé à l'issue d'un contrôle*, avril 2019.

Étude d'impact sur le projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée, 29 janvier 2020.

Étude annuelle édition 2017 de la Cour de cassation *Le juge et la mondialisation*, partie 2, titre 1, chapitre 1 : le maintien de la compétence du juge français.

Étude conduite par Ecovadis en partenariat avec Affectio Mutandi *Le contrat et les clauses RSE, leviers incontournables de vigilance*, avril 2018, disponible ici : <https://resources.ecovadis.com/fr/etudes-livres-blancs/le-contrat-et-les-clauses-rse-leviers-incontournables-de-vigilance>.

Fiche AFA, *Périmètre des contrôles prévus par l'article 17 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, avril 2019.

Guide pratique AFA, *La fonction conformité anticorruption dans l'entreprise*, janvier 2019.

Guide AFA, *Les sanctions prononcées par la Commission des sanctions de l'Agence Française Anticorruption et leur suivi*, avril 2019.

Guide pratique AFA, *La politique cadeaux et invitations dans les entreprises, les EPIC, les associations et les fondations*, 2020.

Guide pratique AFA, *Les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions-acquisitions*, 2021.

Guide pratique AFA, *Les mesures anticorruption à destination des PME et des petites ETI*, décembre 2021.

Guide interprétatif du Haut-commissariat aux droits de l'homme, *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme*, question n°13, relative au principe n°14, 2012.

Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public établies par le Procureur de la République financier et le directeur de l'AFA, 26 juin 2019.

Plan national pluriannuel de lutte contre la corruption de l'AFA, 2020-2022, Axe 3.

Principes directeurs, Partie 2 *Procédures de mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, édition 2011.

Rapport de l'AMF sur *la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées* publié le 29 novembre 2019.

Rapport du Club des juristes, *Pour un droit européen de la compliance*, novembre 2020.

Rapport du Club des juristes, *Pour un droit au service des mutations économiques et sociales fondamentales de notre société - Propositions pour la campagne présidentielle*, février 2022.

Rapport Sherpa, CFDT, Terre solidaire, *Identifier les entreprises soumises à la loi*, site du « radar du devoir de vigilance », édition 2021.

Rapport de la HATVP au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics, janvier 2015, proposition n°18.

Rapport de l'Institut Messine, *Le lanceur d'alerte dans tous ses états : Guide pratique et théorique*, novembre 2018.

Rapport sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale, Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, 19 juin 2020.

Rapport annuel d'activité 2020, AFA.

Rapport d'activité IAM, 2020, <https://www.iam.cl/~media/Files/I/Iam-Corp/reports-and-presentations/iam-memoria-anual-2020-v1.pdf>.

Rapport, Notre Affaire à Tous, *Benchmark de la vigilance climatique des multinationales*, 2^{ème} rapport général, 2021.

Recommandations de l'AFA, décembre 2017.

Recommandations de l'AFA, décembre 2020.

Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger. adoptée par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État le 25 février 2016, La documentation Française, 2016.

OCDE, France : rapport de suivi écrit de Phase 3 et recommandations, décembre 2014.

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Abus sexuel 74, 191

AAI 622 et s.

Acte de gestion 474 et s.

Action civile 711 et s.

AFA :

Appui 422 et s.

Avertissement 572 et s.

Contrôle 548 et s.

Droit de communication 564

Evolution 610 et s.

Recommandations 398 et s.

Affaire :

Bolloré (CJIP, CRPC) 27 et s., 762 et s.

Casino 520 et s., 781 et s.

du siècle 510 et s.

Erika 791, 803

Grande-Synthe 440 et s., 506 et s.

Pétrole contre nourriture 670 et s.

Shell 503 et s.

Suez 323 et s., 496 et s.

Total climat 479 et s.

Total Ouganda 491 et s.

UberPop 479 et s.

Agent de renseignement 85, 146

Amende civile 21, 47, 154, 197, 332, 454

Article 40 al. 2 du Code de procédure pénale 83, 89, 141, 172, 570

Assurance 788 et s.

Atteinte grave 768 et s.

Autorité de la chose jugée 718, 721

Aviseur fiscal 12, 224 et s., 229 et s.

B

Blockchain 530

C

Cartographie des risques 271 et s., 392, 406 et s., 595 et s.

CEDH :

Arrêt Guja c/ Moldavie 36, 100 et s., 202 et s.

Arrêt Heinisch c/ Allemagne 109 et s., 205

Chaînes d'approvisionnement

Loi Sapin 2 276 et s.

Loi relative au devoir de vigilance 353 et s.

Changement climatique 4, 24, 442, 499 et s., 512 et s., 802

Charge de la preuve 192, 561 et s., 602, 731, 778, 783 et s.

CHSCT 60, 79, 80

CJIP :

Amende d'intérêt public 693 et s., 731 et s., 746 et s.

Engagement 692 et s.

Environnementale 743 et s.

Evolution 741 et s.

Indemnisation de la victime 721, 722

Validation 723 et s.

Code de conduite 291 et s. 598, 604
Contrôle comptable 296 et s., 605
Conseil constitutionnel 47, 132, 225, 321, 339, 345, 724, 761 et s., 776
Conseil de l'Europe
Assemblée Parlementaire 114 et s.
Comités de ministres 113
Comité interministérielle de lutte contre la corruption 631
Commission des sanctions de l'AFA :
Imerys (décision) 602 et s.
Sonepar (décision) 595 et s.
Compétence :
Compétence des juridictions françaises 321 et s.
Tribunal compétent en matière de contentieux de vigilance 471 et s.
Conflit d'intérêt 81, 456, 580
CRPC 27, 718, 760 et s.
CSE 64 et s.

D

Danger grave et imminent 60 et s., 164 et s.
Déforestation 520, 531 et s., 782, 783
Dispositif de formation 294, 295
Dommage lié à un défaut de vigilance 766 et s.
DPA 14, 312, 702, 740
DPEF 373 et s., 513
Droit de la défense 585 et s., 666 et s.

E

Entrave 197, 566, 585
Extraterritorialité :
Droit américain 13, 67 et s., 248 et s.

Loi Sapin 2 307 et s.
Loi relative au devoir de vigilance 316 et s.

F

Favoritisme (délict) 42, 644, 752
Faute :
Vigilance (de) 768 et s.
Dolosive 788 et s.
Imprudence (d') 774, 791
Lourde 179, 181
Négligence (de) 494, 791

H

Harcèlement 72, 73, 186
HATVP 89, 622, 626 et s.
Haute autorité pour la probité 628

I

Instances dirigeantes 401 et s.
Intérêt à agir 431 et s., 455 et s.

J

Juridiction du littoral spécialisée 744

L

Lanceur d'alerte :
Bonne foi 36, 107 et s., 137 et s., 212
Désintérêt 101 et s., 140 et s.
Evolution 198 et s.
Irresponsabilité pénale 193 et s.
Nouveau régime (directive UE 2019/1937 et loi Wasserman) 212 et s., 252 et s.

Procédure 156 et s.

Protection 175 et s.

Rétribution 241 et s.

Soutien 239, 240

Liberté d'expression 97 et s.

Lien de causalité 776 et s.

Loi climat 535

Loi PACTE 793 et s.

N

Name and shame 455 et s.

Non bis in idem 667 et s., 736 et s.

P

Parties prenantes 362 et s., 519 et s.

PCN de l'OCDE 19, 458 et s.

Peine de mise en conformité 648 et s.

Plan de vigilance :

Forme 373

Publication 372

Préjudice écologique 510 et s., 743, 803 et s.

Prescription pénale 641, 642

Présomption 192, 563, 766, 780, 784

Probité du secteur public 644 et s.

Proposition de directive UE sur le devoir de vigilance (Commission européenne et Parlement européen) 46 et s., 521 et s.

R

Raison d'être 793 et s.

Rana Piazza 18, 25, 318, 463

Relation commerciale (bien) établie 353 et s., 522, 524

Responsabilité des mandataires sociaux 757, 789, 794 et s.

Risque :

Brut 411 et s.

Net 415

S

SFO 739, 740, 741

Société à mission 368

SOX (loi) 11, 68, 69

Secret :

Affaires (des) 153 et s., 193

Bancaire 568, 569

Professionnel 152, 193, 573 et s.

T

Tragédie des horizons 3, 4, 5, 24 et s.

V

Vigilance climatique 513, 816

Vigilance raisonnable 331, 524 et s., 772, 775, 779

Table des matières

Introduction générale.....	18
Section 1. Des lois d’ampleur pour faire face à des constats d’échec.....	21
§1. L’inéluctable évolution de la prévention des risques et de la transaction judiciaire	21
A. Une évolution de la lutte contre la corruption sous haute influence	22
B. Une révolution en matière de vigilance après le drame du Rana Plaza.....	27
§2. L’objectif de lutte contre une « tragédie des horizons »	31
§3. L’avènement de la mise en conformité	36
Section 2. Des lois évolutives et porteuses de notions instables.....	38
§1. La loi Sapin 2 : un travail inachevé.....	38
A. Un nouveau régime du lanceur d’alerte avec la directive UE 2019/1937 et la loi Wasserman .	39
B. Après cinq ans, une nouvelle évolution du dispositif anticorruption français	41
§2. Le devoir de vigilance français en mutation	43
Partie 1. Les mécanismes de prévention des risques rendus obligatoires par la loi Sapin 2	48
et la loi relative au devoir de vigilance	48
Titre 1. Libérer la parole au sein des entreprises et inciter des sources d’information à devenir	49
des lanceurs d’alerte	49
Chapitre 1. La longue évolution du lanceur d’alerte en droit français avant la loi Sapin 2.....	49
Section 1. Les premières apparitions législatives de la notion d’alerte en matière de santé et de sécurité	
au travail	50
§1. Le développement de l’alerte individuelle du travailleur face à une situation grave	50
§2. L’alerte du CSE face à une situation grave	52
Section 2. La généralisation des dispositifs d’alerte dans les années 2000.....	54
§1. Les grandes entreprises françaises contraintes par des lois extraterritoriales américaines.....	54
A. La loi <i>Sarbanes-Oxley</i> en 2002.....	54
B. Le <i>Dodd-Franck Act</i> en 2010	56
§2. En France, une alerte protéiforme et sectorielle	56
A. De premières évolutions en matière de discrimination et de harcèlement moral au travail .	57
B. Dans le cadre de la lutte contre la maltraitance et les abus sexuels envers les adultes et les	
enfants vulnérables en 2002	58
C. En matière de lutte contre la corruption en 2007	59
D. En matière de risque sanitaire des médicaments et produits de santé en 2011	61

E.	En matière de risques graves pour la santé publique et l'environnement en 2013	62
F.	En matière de conflit d'intérêts en 2013	63
G.	Une première loi à portée générale contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière en 2013.....	64
H.	En matière de renseignement et afin de protéger les agents de renseignement en 2015	66
I.	Au sein de la fonction publique avec la loi du 20 avril 2016.....	66
Section 3.	Un ensemble de dispositifs qui manque de cohérence et de précision.....	67
§1.	Des dispositifs peu pratiqués par les agents publics et par les salariés du secteur privé.....	68
§2.	Des dispositifs qui couvrent un large périmètre mais qui restent peu lisibles	69
§3.	L'amélioration de ces dispositifs par la mise en place d'un socle commun.....	70
 Chapitre 2. La protection accordée aux lanceurs d'alerte par les autorités internationales et supranationales : des sources d'inspiration et d'évolution du droit français		
Section 1. Le lanceur d'alerte et le Conseil de l'Europe.....		71
§1.	Le lanceur d'alerte et la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.....	71
A.	La liberté d'expression protégée par la CEDH	72
B.	De la protection de la liberté d'expression aux critères de définition du lanceur d'alerte ...	74
1.	Le lanceur d'alerte doit préalablement lancer l'alerte en interne ou auprès d'une autorité compétente.....	75
2.	L'information divulguée doit servir l'intérêt général.....	76
3.	L'information divulguée doit être authentique.....	77
4.	Le préjudice lié à la divulgation de l'information doit être proportionné à la nature de l'information.....	77
5.	Le lanceur d'alerte doit être de bonne foi	78
C.	La réparation du préjudice subi par le lanceur d'alerte.....	81
§ 2.	Le lanceur d'alerte et les résolutions de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe	82
A.	La résolution n°1507 (2006) sur les « Allégations de détentions secrètes et de transferts interétatiques illégaux de détenus concernant des États membres du Conseil de l'Europe ».....	83
B.	La résolution n°1729 (2010) relative à la protection des « donneurs d'alerte »	84
C.	La résolution 1838 (2011) sur les « recours abusifs au secret d'état et à la sécurité nationale par certains Etats membres afin de faire obstacle au contrôle parlementaire et judiciaire des violations des droits de l'homme ».....	86
§3.	Le lanceur d'alerte et les conventions sur la corruption du Conseil de l'Europe	86
Section 2. Le lanceur d'alerte et le droit de l'Union Européenne		87
§1.	Des influences réciproques entre la Cour de justice et la CEDH en matière de droits fondamentaux	88
§2.	Les actions entreprises au sein de l'UE pour protéger les lanceurs d'alerte avant la directive UE 2019/1937	90

Chapitre 3. Les régimes de protection du lanceur d’alerte à la suite de la loi Sapin 2	92
Section 1. Une première définition du lanceur d’alerte, transverse et impérative	92
§1. La connaissance personnelle des faits signalés	93
§2. Bonne foi et désintérêt du lanceur d’alerte.....	94
A. La notion de bonne foi du lanceur d’alerte	95
B. La notion de désintérêt du lanceur d’alerte.....	96
Section 2. L’objet et le processus du régime général du lanceur d’alerte	98
§1. Les faits à l’origine d’une alerte.....	99
A. Les faits pouvant donner lieu à une alerte	99
B. Les faits soumis au secret exclus du régime de la loi Sapin 2	100
C. Les autorisations soumises à conditions	100
§2. Les procédures à respecter par le lanceur d’alerte	103
A. La procédure graduée « standard »	104
B. La procédure dérogatoire en cas de « danger grave et imminent » et d’un « risque de dommages irréversibles ».....	107
§3. Facultés et obligations en matière d’alerte	109
A. Un régime général gouverné par la notion de choix mais assorti de responsabilités	110
B. Les cas particuliers prévus par le Code pénal et le Code de procédure pénale	111
Section 3. La protection accordée au lanceur d’alerte	112
§1. Avant la protection du lanceur d’alerte, la protection de la liberté d’expression du travailleur .	112
A. La protection du salarié contre les représailles de l’employeur	113
B. La protection de l’auteur du signalement contre les actions pénales des personnes mises en cause	117
§2. Avec la loi Sapin 2, une protection réaffirmée et innovante du lanceur d’alerte	120
A. La nullité des actes pris en représailles par l’employeur	120
B. En cas de litige, un renversement de la charge de la preuve au profit du salarié	122
C. Le bénéfice de l’article 122-9 du Code pénal	123
D. La confidentialité de l’identité de l’auteur du signalement.....	125
E. De nouveaux mécanismes de protection à portée dissuasive	126
Chapitre 4. Vers un nouveau droit fondamental du lanceur d’alerte	127
Section 1. L’évolution de la notion de lanceur d’alerte pour plus d’accessibilité.....	128
§1. Le désintérêt du lanceur d’alerte ou l’incohérence d’un critère de définition	128
A. L’étude du Conseil d’Etat du 25 février 2016 : un décalage entre le désintérêt du lanceur d’alerte et la jurisprudence de la CEDH.....	129
B. L’ambiguïté du désintérêt du lanceur d’alerte relevée par les parlementaires	131
§2. La directive UE 2019/1937 et la loi Wasserman pour un assouplissement du statut de lanceur d’alerte	134

Section 2. L'évolution du dispositif du lanceur d'alerte pour une meilleure attractivité	138
§1. Des différences de traitement en droit européen et en droit interne parmi les personnes dénonçant des actes illicites	139
A. A l'échelle européenne, un droit commun et un droit spécial du lanceur d'alerte	139
B. En droit interne, l'incohérence d'un lanceur d'alerte non soutenu financièrement et d'un aviseur fiscal rétribué	140
1. Pour le lanceur d'alerte, un soutien financier inexistant et un mécanisme d'indemnisation à développer	141
2. Au royaume du signalement, l'aviseur fiscal est roi	143
§ 2. Organiser un soutien financier et penser une rétribution du lanceur d'alerte	149
A. La provision pour les frais d'instance et le secours financier de la loi Wasserman	149
B. Le débat nécessaire sur l'opportunité et les risques d'une rétribution du lanceur d'alerte	151
§3. Vers plus de protection et de liberté dans l'action du lanceur d'alerte sous l'influence de la directive UE 2019/1937 et de la loi Wasserman	156
A. L'extension de la protection	156
B. La contraction des paliers de signalement	159
Titre 2. Responsabiliser les entreprises par la mise en place de procédures permettant l'identification et la prévention des risques	164
Chapitre 1. Deux programmes de compliance, une méthode et une ambition commune	164
Section 1. Des outils d'identification et de gestion du risque largement similaires	165
§1. Les mesures communes au programme de conformité de la loi Sapin 2 et au plan de vigilance	165
A. Cartographier les risques	166
B. Evaluer ses relations d'affaires et ses chaînes d'approvisionnement	168
C. Mettre en place un mécanisme de recueil des signalements	169
D. Contrôler les mesures mises en œuvre et évaluer leur efficacité	171
§2. Des mesures spécifiques pour chacun des deux programmes	173
A. Les mesures spécifiques à la loi Sapin 2 et à l'anticorruption	174
1. La mise en place d'un code de conduite anticorruption et d'un régime disciplinaire ...	174
2. Le dispositif de formation des cadres et personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence	175
3. Les contrôles comptables anticorruption	176
B. Une mesure propre au plan de vigilance : mettre en place des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves	178
Section 2. Des outils d'appréhension du risque à vocation extraterritoriale	179
§1. Un objectif affirmé de la loi Sapin 2 et plus largement de la lutte contre la corruption	180

A.	Les apports de la loi Sapin 2 dans la prévention des cas de corruption et de trafic d'influence commis à l'étranger.....	180
B.	Au-delà de la loi Sapin 2, la volonté de la France de changer de paradigme.....	180
§2.	Un objectif implicite de la loi relative au devoir de vigilance	187
A.	Derrière un champ d'application personnel restreint, une sphère d'effectivité très étendue	188
B.	L'enjeu de la compétence des juridictions françaises	189
Chapitre 2. La mise en application ou les limites du parallélisme.....		194
Section 1. Les difficultés liées au champ d'application et au périmètre du devoir de vigilance		194
§1.	Le champ d'application matériel du devoir de vigilance	194
A.	Des atteintes aux contours flous	195
B.	Des atteintes graves	197
§2.	Le champ d'application personnel du devoir de vigilance	198
A.	La société a-t-elle son siège social sur le territoire français ?.....	198
B.	Sous quelle forme la société française est-elle immatriculée ?.....	199
C.	Combien de salariés la société emploie-t-elle ?.....	201
§3.	Le périmètre du devoir de vigilance pour les sociétés assujetties	202
A.	Le périmètre interne du devoir de vigilance ou le périmètre de consolidation de la société mère	203
B.	Le périmètre externe du devoir de vigilance ou le périmètre de vigilance de l'entreprise donneuse d'ordre.....	208
1.	Les fournisseurs et sous-traitants en relation commerciale établie avec la société donneuse d'ordre	208
2.	L'appréhension des chaînes d'approvisionnement	211
Section 2. Les difficultés liées à l'établissement du plan de vigilance		213
§1.	Le rôle des parties prenantes dans l'établissement du plan de vigilance.....	213
A.	Un objet juridique mal identifié.....	214
B.	Un dialogue souvent difficile avec les parties prenantes externes	215
§2.	Les problématiques liées à la publication et à la forme du plan de vigilance	218
A.	La publication du plan de vigilance	219
B.	La forme du plan de vigilance	220
Section 3. Une mise en œuvre plus aisée du programme de conformité de la loi Sapin 2.....		223
§1.	Un champ d'application peu sujet à discussion.....	223
A.	Un champ d'application matériel se référant à des infractions légalement définies	224
B.	Un champ d'application personnel et un périmètre de surveillance simplifiés.....	225
1.	Des seuils fixés au regard du chiffre d'affaires et de la masse salariale	225
2.	Des problématiques à l'échelle des groupes de sociétés résolues par l'AFA.....	227

3.	Un périmètre de surveillance externe précis	229
§2.	Un programme de conformité non public et un lien privilégié avec l'instance de contrôle	230
A.	Un programme de conformité non public	230
B.	Un programme de conformité établi sur la base des recommandations et de la documentation de l'AFA	231
1.	Les recommandations de l'AFA et la démarche explicative d'un programme qui repose sur trois piliers	232
2.	Des « guides » pédagogiques pour des thématiques spéciales	244
C.	La possibilité de solliciter un appui de l'AFA	245
Partie 2. Les mécanismes de contrôle et de responsabilité mis en place par la loi Sapin 2 et la loi relative au devoir de vigilance		248
Titre 1. Contrôler l'identification, la prévention et la gestion des risques par les entreprises		249
.....		
Chapitre 1. Le contrôle de la qualité du plan de vigilance ou la création d'une nouvelle dimension contentieuse		249
Section 1. L'intérêt d'enjoindre une entreprise de produire un plan de vigilance conforme		250
§1. L'action préventive en protection d'un intérêt collectif		252
A.	L'action d'une association	252
B.	L'action d'un syndicat	254
C.	L'action d'une collectivité territoriale	255
§2. L'action préventive en protection d'un intérêt personnel		257
A.	L'action d'une personne physique	257
B.	L'action de l'investisseur ou du partenaire d'affaires	258
Section 2. Les risques de dévoiement d'une vision libérale de l'intérêt à agir		262
§1. Un texte jugé trop imprécis pour une amende civile par le Conseil constitutionnel		262
§2. L'outil du « name and shame » et l'atteinte réputationnelle		263
§3. L'OCDE et son point de contact national au renfort des entreprises		265
A.	Organisation et missions	265
B.	La similarité du devoir de vigilance français et des instruments développés et utilisés par l'OCDE	268
C.	Le recours au PCN français pour résoudre des problématiques liées au devoir de vigilance ..	270
Section 3. La judiciarisation du devoir de vigilance		274
§1. Derrière la question du tribunal compétent, l'enjeu de la définition du plan de vigilance		275
A.	La compétence des tribunaux de commerce pour connaître d'un acte de gestion d'une société commerciale	276

B.	Les conséquences de l'arrêt « UberPop » en faveur de la désignation des tribunaux judiciaires	279
C.	La résolution de la problématique de la compétence juridictionnelle.....	283
D.	Après le débat de la compétence, la reprise des assignations	284
§2.	Les différentes approches et leurs problématiques pour enjoindre une société à établir un plan de vigilance conforme.....	286
A.	Les approches mixtes contre des activités industrielles	286
1.	L'action contre Total et ses projets en Ouganda	286
2.	L'action contre SUEZ suite à l'incident industriel survenu à Osorno au Chili	289
B.	L'approche préventive et symbolique en matière de changement climatique	291
1.	A l'étranger, des décisions pionnières	292
2.	En France, les avancées du contentieux administratif.....	297
3.	L'affaire Total « climat » ou la première utilisation judiciaire du devoir de vigilance sous le prisme climatique contre une entreprise française.....	301
Section 4.	Le besoin de sécurité juridique des entreprises	304
§1.	Apporter de la clarté quant au périmètre externe du devoir de vigilance	304
A.	L'imprécision, source de contentieux entre les entreprises et leurs parties prenantes	305
B.	L'équilibre à trouver entre un sacerdoce et un texte inefficace	307
1.	Une évolution majeure proposée par la Commission européenne	309
2.	Une vigilance raisonnable basée sur le risque.....	310
3.	Une approche spéciale pour les secteurs d'activités sensibles	316
§2.	Penser une entité en charge d'accompagner les entreprises	320
A.	Un accompagnement bienvenu pour les entreprises	320
B.	Vers une entité en charge de contrôler, voire de sanctionner.....	322
Chapitre 2.	Le contrôle de la qualité du programme anticorruption par l'AFA	326
Section 1.	Fondements et modalités du contrôle de l'AFA	327
§1.	Les sources du contrôle de l'AFA	327
§ 2.	Le processus du contrôle de l'AFA.....	329
A.	Le mode opératoire du contrôle de l'AFA	329
1.	Les différentes étapes du contrôle AFA.....	330
2.	La charge de la preuve	332
B.	Les problématiques liées au droit de communication de l'AFA.....	334
1.	Le cadre temporel du droit de communication de l'AFA	335

2.	L'information protégée par le secret à l'épreuve du droit de communication de l'AFA	336
3.	Une obligation spéciale d'information du parquet mise à la charge de l'AFA	338
Section 2.	Les suites du contrôle AFA.....	339
§1.	De l'absence de manquement à l'avertissement.....	340
§2.	Le renvoi en Commission des sanctions	342
A.	La procédure de la Commission des sanctions	343
1.	La notification des griefs et la saisine de la Commission par le directeur de l'AFA	343
2.	La composition de la Commission et les garanties apportées à l'entité	344
3.	L'instruction, l'audience et le délibéré du dossier	345
B.	L'examen du fonctionnement de l'AFA par la Commission des sanctions	347
1.	La régularité du contrôle à l'épreuve du respect des droits de la défense	348
2.	Les problématiques liées à la saisine de la Commission des sanctions.....	350
3.	La présence du directeur de l'AFA lors de l'audience	352
C.	La responsabilité du fait du manquement	353
1.	L'analyse par la Commission des sanctions des manquements relevés par l'AFA.....	354
2.	Les sanctions prononcées à l'endroit d'Imerys, une position pragmatique et émancipée de la Commission des sanctions vis-à-vis de l'AFA	359
Section 3.	Vers une évolution de l'AFA	361
§1.	Après quatre ans, une remise en question du fonctionnement de l'AFA	362
A.	Des détournements de procédure remontés aux rapporteurs de la Commission des lois ...	362
B.	Des contrôles surinvestis par l'AFA aux modalités lourdes et discutées.....	364
C.	Des résultats mitigés en Commission des sanctions : l'opportunité de rappeler l'AFA à une mission de conseil	366
§2.	Envisager la réorganisation institutionnelle de la lutte contre la corruption en France.....	367
A.	Faire évoluer l'AFA vers un statut d'AAI	369
B.	Intégrer une partie des missions de l'AFA à la HATVP	370
C.	Créer un comité interministériel de lutte contre la corruption	373
Titre 2. Sanctionner et réparer les atteintes protégées par les programmes de conformité ..		374
Chapitre 1.	Le renouveau de la lutte contre les atteintes à la probité	374
Section 1.	Les poursuites judiciaires.....	375
§1.	La nouvelle organisation répressive française pour lutter contre les atteintes à la probité.....	375
A.	La création du Parquet National Financier pour lutter contre la grande délinquance économique et financière	376
B.	Des évolutions législatives pour étendre les possibilités d'action du Ministère Public	377

1.	La réforme de la prescription en matière pénale	378
2.	L'ambition d'une plus grande probité du secteur public.....	379
3.	De la peine de mise en conformité au délit de non mise en conformité.....	381
§2.	L'appréhension par la loi française des faits de corruption et de trafic d'influence commis à l'étranger.....	384
A.	Les évolutions répressives extraterritoriales portées par la loi Sapin 2	384
B.	La réaction jurisprudentielle française aux transactions conclues à l'étranger	390
1.	Rappel du principe du <i>non bis in idem</i>	390
2.	L'application du principe à des poursuites étrangères pour des faits de corruption internationale	393
Section 2.	L'issue transactionnelle	400
§1.	Les éléments constitutifs d'une transaction pragmatique et efficace	400
A.	Champ d'application et mise en œuvre.....	401
B.	Les engagements et intérêts de la personne morale mise en cause	403
1.	Une amende d'intérêt public à verser au Trésor public.....	403
2.	Se soumettre à une peine de mise en conformité sous le contrôle de l'AFA	407
3.	Une contrepartie résidant dans l'extinction de l'action publique et de lourdes sanctions évitées.....	408
C.	L'indemnisation de la victime	411
1.	Un accessoire de la CJIP, un embarras pour le Ministère Public.....	411
2.	L'indemnisation de la victime par le juge.....	415
D.	La validation de la convention.....	416
§ 2.	L'avènement d'une justice négociée lucide, efficace et évolutive	418
A.	Un intérêt commun à éviter le recours à l'action publique	419
B.	Un outil de coordination et de coopération internationale au renfort d'une application stricte du <i>non bis in idem</i>	421
C.	Les réserves de l'application environnementale	424
D.	Les voies de développement de la CJIP.....	431
1.	L'extension du champ d'application infractionnel.....	432
2.	Une meilleure prise en compte des personnes physiques.....	435
Chapitre 2.	L'action en responsabilité fondée sur le défaut de vigilance	441
Section 1.	Le régime de responsabilité civile extracontractuelle lié au défaut de vigilance	441
§1.	Un nouveau triptyque de faute, dommage et lien de causalité	442
A.	Une faute spéciale pour un dommage spécial.....	442

B. Une causalité artificielle nécessaire	446
§2. Une première mise en application avec l’assignation de Casino en mars 2021	449
§3. Une problématique de couverture assurantielle à anticiper	453
Section 2. L’émergence de nouveaux fondements pour responsabiliser et réparer les atteintes sociales et environnementales	458
§1. La loi PACTE pour un intérêt social élargi et une éventuelle raison d’être	458
§2. La reconnaissance du préjudice écologique pour un renouveau de la lutte contre les atteintes à l’environnement	465
Conclusion générale	471