

2 Regards croisés sur le devoir de vigilance et le *duty of care*

Béatrice Parance

*professeur agrégée, UPL, université Paris 8 Vincennes – Saint – Denis,
directrice du Centre de recherche en droit privé et droit de la santé (EA n° 1581),
membre de la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de
santé publique et d'environnement*

Elise Groulx

*avocate à la Cour (Paris, Québec), Associate Tenant Doughty Street Chambers
(Londres, RU), directrice du cabinet de consultants BI for Business Integrity &
Partners, (Washington, District de Columbia, USA), Senior Fellow Georgetown
Law, coordonnatrice de l'Advisory Board du Projet Business & Human Rights du
Centre des droits de l'homme de l'American Bar Association.*

Avec

la collaboration de Victoire Chatelin

*LL.M. Georgetown Law (Washington, DC, USA),
avocate aux Barreaux de New-York et de Paris*

Résumé

L'adoption de la loi française relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre le 27 mars 2017 invite à replacer cette évolution majeure de la responsabilité des entreprises multinationales dans une perspective mondiale, à l'heure où le phénomène de globalisation les conduit à exercer leurs activités dans l'ensemble du globe. Or, l'analyse met en évidence une montée en puissance de leur responsabilité qui prend des visages variés, formant une sorte de galaxie en expansion : normes internationales de droit souple incitant à adopter une démarche de diligence raisonnable tels les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ou les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, législations nationales contraignantes relatives à la lutte contre la corruption ou le travail forcé, et aussi jurisprudences de common law relatives au duty of care et à la portée extraterritoriale de cette norme de comportement touchant à la responsabilité des entreprises.

L'analyse comparée du devoir de vigilance à la française et du duty of care, doctrine de common law, dont les principales caractéristiques sont envisagées, fait jour de lignes de force convergentes mais aussi de questions en suspens. L'affirmation française d'une obligation de vigilance à la charge des entreprises afin de prévenir et réparer les atteintes aux droits de l'homme, à l'environnement et à la santé des personnes trouve écho dans l'expansion progressive du duty of care dans les jurisprudences anglaise et canadienne ; tous deux participent du durcissement de la responsabilité des entreprises multinationales tout au long de leur chaîne de valeur. De même, il apparaît que l'obligation légale de rendre compte des politiques développées par l'entreprise pour anticiper et gérer ces

risques, dénommé souvent reporting extra-financier se généralise dans l'ensemble des législations particulières et les normes internationales de droit souple, et contribue fortement à inciter les entreprises à instaurer de véritables politiques RSE puisqu'elles sont tenues d'en rendre compte.

En revanche, il demeure encore des incertitudes sur le champ d'application du devoir de vigilance, sur l'intensité des mesures attendues des entreprises et sur son application extra-territoriale. Sur ces questions en suspens, il est souhaitable que le devoir de vigilance et le duty of care évoluent en parallèle, dans le sens d'une progression continue, afin que les entreprises développent des politiques communes dans l'ensemble des pays où elles interviennent.

Ainsi, face au phénomène économique de la globalisation, il est à souhaiter que s'instaure par un effet miroir un phénomène juridique de mondialisation qui reposerait sur le renforcement progressif de la responsabilité des entreprises multinationales. Le devoir de vigilance à la française et le duty of care y contribuent fortement, et doivent donc progresser de manière parallèle, dans le même mouvement des principes internationaux de droit souple.

Summary

The adoption, on 27 March 2017, of the new French law on Duty of vigilance (Devoir de vigilance) for parent corporations, principal contractors and purchasers prompts us to examine this major evolution in the liability of multinational enterprises in a broad global perspective that reflects the powerful role played by these firms in the process of globalization.

Our analysis draws attention to a marked increase in corporate liability and soft law responsibility that takes a variety of forms, which we visualize as a sort of expanding galaxy: soft law and international norms, such as the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, and the OECD Guiding Principles on MNEs, combined with binding national legislation in several countries to combat corruption and forced labour, as well as jurisprudence on the “duty of care” as a corporate standard of behaviour often with extraterritorial reach. All these “solar systems” of norms push corporation to adopt due diligence frameworks designed to ensure responsible business conduct and respect for human rights.

A comparative analysis of the French legislation imposing a duty of vigilance (Devoir de vigilance) and the duty of care imposed by the courts in common law shows converging tendencies but also leaves certain questions unanswered. The establishment in France of a duty of vigilance requiring large corporations to prevent and remediate human rights, environmental, health and safety risks has a strong resonance with the progressive expansion of the duty of care in court cases from the UK and Canada. Both bodies of law show a tendency to “harden” the legal liabilities of multinational corporations throughout their global supply chains. At the same time, and in parallel, there is an expansion of legal obligations for corporations to report publicly on policies they adopt to prevent and manage those risks. These non-financial reporting obligations are becoming the norm in national legislation and also in international soft law. This creates powerful incentives for corporations to adopt and implement the corporate social responsibility programs that are show cased in their sustainability and CSR reports.

There remain uncertainties concerning several issues, including: the scope of the duty of vigilance (devoir de vigilance); the measures corporations are required to put in place; the extraterritorial application of the duty of vigilance. With these questions up in the air, we suggest that it is desirable for the French duty of vigilance and the common law duty of care to evolve in parallel, and continuously, so that corporations develop compatible

policies and measures that apply consistently to all the territories and countries where they operate.

To answer the rising challenges of economic globalisation, we suggest that the world will benefit from a matching process of legal globalisation that will encourage the development of an international body of law that reinforces progressively a regime of corporate liability. The French duty of vigilance and the duty of care can both contribute greatly to this process and need to evolve in the same direction, mirroring trends in international soft law.

1 – Phénomène de la globalisation et ses conséquences sur les droits humains, les droits sociaux et la protection de l’environnement. – La globalisation économique et commerciale des trois dernières décennies a entraîné une lame de fond puissante responsable d’une croissance marquée et d’un accroissement général de la richesse. Pourtant, les bénéficiaires de ce mouvement sont loin de suivre une courbe uniforme : s’ils ont certes conduit à réduire la pauvreté pour certaines catégories de personnes, c’est au prix d’une hausse notoire des inégalités qui s’est caractérisée autant dans les pays du Nord que dans les pays du Sud. Ces phénomènes se sont aussi accompagnés d’impacts significatifs sur l’environnement, sur de nombreuses populations, dont en particulier les communautés locales dont certains groupes ont été victimes de déplacement forcé, de pollutions sérieuses, d’atteintes graves à leurs droits humains et sanitaires¹. La société civile et toutes les ONG qui l’animent font de plus en plus état de ces impacts et les mettent à nu dans les médias (y compris les médias sociaux) tout en s’activant à donner une voix aux victimes.

Or, les entreprises multinationales sont pointées du doigt du fait de leur participation majeure au phénomène de globalisation en ce qu’elles exercent leurs activités en s’émancipant de toutes les frontières, allant s’approvisionner ou faire fabriquer leurs marchandises dans les pays où elles obtiendront les meilleures conditions de retour d’investissements, sans pour autant suffisamment répondre aux besoins des populations locales et sans toujours offrir des conditions de travail et des salaires décentes. En outre, usant à souhait de la technique du voile de la personnalité morale des filiales, elles sont parvenues à dissocier leur pouvoir économique exercé au sein du groupe de sociétés de leur responsabilité juridique incombant de manière autonome à chaque société en faisant partie².

Face à ce phénomène de globalisation, il est apparu nécessaire de développer des mécanismes de régulation avec l’objectif de prévenir les atteintes graves aux droits humains et à l’environnement tout en ouvrant des voies d’accès à la réparation pour les victimes. En balancier du mouvement de globalisation, s’est

1. Certains pays connaissent même des hausses inquiétantes d’assassinats des défenseurs de l’environnement et des droits humains, comme le dénonce le rapport de juillet 2017 de l’ONG Global Witness qui rend compte de 200 assassinats pour l’année 2016, V. *Le Monde*, 14 juill. 2017.
2. R. Bismuth, *La responsabilité (limitée) de l’entreprise multinationale et son organisation juridique interne, quelques réflexions autour d’un accident de l’histoire*, in *L’entreprise multinationale et le droit international*, colloque SFDI, L. Dubin (dir.) : éd. Pédone, 2017, p. 429. – P. Abadie et G. Goffaux Callebaut, *La responsabilité fondée sur l’existence d’un risque particulier*, in dossier *La responsabilité dans les groupes de sociétés : Actes prat. ing. sociétaire 2017*, p. 16.