



La Tribune
de l'assurance

DROIT & TECHNIQUE

ABONNÉS

RESPONSABILITÉ DES MANDATAIRES SOCIAUX

Le devoir de vigilance et son impact sur l'assurance RCMS : la fin sans les moyens

Publié le 9 mai 2023 à 10h00

Eleonora Sorribes et Marie Hassan Temps de lecture 16 minutes

Imposant une série d'obligations sans pour autant définir nettement les outils permettant de s'y conformer, le devoir de vigilance, inscrit dans le droit français à la faveur de la loi n°2017-399, est devenu progressivement l'arme des ONG pour attirer en justice les grands groupes. C'est dans ce contexte que sont intervenues le 28 février 2023 les premières décisions relatives au devoir de vigilance dans le cadre de l'affaire TotalEnergies, lesquelles s'inscrivent dans un mouvement de responsabilisation des entreprises et de leurs dirigeants notamment au niveau européen qui impacteront de manière quasi certaine les polices d'assurance « responsabilité des mandataires sociaux » ou RCMS.

Eleonora Sorribes, avocate associée, et Marie Hassan, avocate collaboratrice chez HMN & Partners

Depuis la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance codifiée aux articles L.225-102-4 et 5 du Code de commerce, le législateur français a pris le parti de responsabiliser les sociétés françaises ayant des activités à l'international en ce qui concerne l'identification et la prévention des « *atteintes graves envers les droits humains, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* » qui pourraient résulter des

activités non seulement de la société mère mais également de ses filiales, sous-traitants ou encore fournisseurs.

Le législateur est ainsi venu édicter un devoir de vigilance et imposer à ces sociétés d'établir un plan de vigilance ⁽¹⁾ comprenant cinq catégories de mesures listées à l'article L.225-102-4 du Code de commerce. À défaut, le manquement aux obligations prévues aux dispositions suscitées engage la responsabilité de son auteur dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du Code civil et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ⁽²⁾.

Imposant une série d'obligations sans pour autant définir nettement les outils permettant de s'y conformer, le devoir de vigilance est devenu progressivement l'arme des ONG pour attirer en justice les grands groupes tels que : Casino, assigné en mars 2021 pour sa participation alléguée à la déforestation et à la violation de droits humains à travers sa chaîne d'approvisionnement, Yves Rocher poursuivi en mars 2022 pour des manquements en matière de liberté syndicale et de droits fondamentaux des travailleurs au sein sa filiale turque, ou plus récemment encore Danone visé par une action en janvier 2023 pour ne pas avoir déployé de stratégie de « déplastification ».

C'est dans ce contexte que sont intervenues le 28 février 2023 les premières décisions (tant attendues) relatives au devoir de vigilance issu de la loi n°2017-399 dans le cadre de l'affaire TotalEnergies (I), lesquelles s'inscrivent dans un mouvement de responsabilisation des entreprises et de leurs dirigeants notamment au niveau européen (II) qui impacteront de manière quasi certaine les polices d'assurance « responsabilité des mandataires sociaux » ou RCMS dans un futur proche (III).

I- Retour sur les décisions TotalEnergies du 28 février 2023 rendues sur le devoir de vigilance

Le 24 juin 2019, six associations ont mis en demeure la société TotalEnergies « *de satisfaire à ses obligations en matière de vigilance eu égard tant aux insuffisances de son plan que de sa mise en œuvre effective ainsi que de sa publication* » s'agissant des projets Tilenga et EACOP menés en Ouganda et en Tanzanie. Insatisfaites des réponses apportées par TotalEnergies, les six associations ont assigné le 29 octobre 2019 la société devant le président du tribunal judiciaire de Nanterre statuant en référé, aux fins de l'enjoindre à exécuter ses obligations en matière de vigilance.

C'est dans ce contexte que le 28 février 2023, le magistrat des référés du tribunal judiciaire de Paris – ayant compétence exclusive pour connaître des actions relatives au devoir de vigilance – a fait une première application jurisprudentielle particulièrement motivée des dispositions de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 et déclaré irrecevables les demandes des ONG à l'encontre de TotalEnergies par le biais de deux décisions ⁽³⁾.

1- Le juge des référés se déclare incompétent tout en pointant du doigt les faiblesses de la loi

Compte tenu de la complexité de l'affaire, la juridiction des référés a fait appel à une prérogative offerte au juge mais rarement mise en place en pratique : la consultation de professeurs (en l'espèce de droit et d'économie) en qualité d'*amici curiae* pour l'éclairer sur la notion même de devoir de vigilance. Dressant un portrait peu flatteur de la loi relative au devoir de vigilance, le tribunal qualifie la notion de mesures de vigilance d'imprécise, floue ou encore souple ⁽⁴⁾ et regrette que le décret prévu par le texte ⁽⁵⁾ dans le but d'apporter des précisions sur le contenu de ces mesures de vigilance ne soit pas paru à ce jour.

S'agissant des premières décisions en la matière, le tribunal judiciaire de Paris tente pour l'occasion de donner une définition de la responsabilité sociale des entreprises qui « *désigne un concept selon lequel les entreprises intègrent les préoccupations sociales, environnementales et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec les parties prenantes, initialement à partir d'une démarche volontaire progressivement complétée par un cadre légal et réglementaire visant à mieux encadrer les mesures déployées et à l'évaluation de leur efficacité* » ⁽⁶⁾.

Bien que cette définition reste vague et théorique, elle a le mérite d'achever le travail du législateur en tentant d'éclairer les entreprises sur une nouvelle forme de responsabilité leur incombant. Allant encore plus loin, le tribunal souligne que la loi pose un principe général de devoir de vigilance mais ne se réfère à aucun principe directeur ou norme internationale préétablie, et ne comporte pas de nomenclature ou de classification des devoirs de vigilance à la charge des entreprises concernées ⁽⁷⁾.

À cet égard, il est en effet regrettable que des lignes directrices n'aient pas été prises pour synthétiser les mesures à adopter et aiguiller les entreprises à se conformer à leurs nouvelles obligations en matière de vigilance alors même que la loi assigne « *des buts monumentaux de protection des droits humains et de l'environnement à certaines catégories d'entreprise* » ⁽⁸⁾. S'agissant de ces mesures de vigilance, l'article L.225-10-4 du Code de commerce précise qu'elles doivent être « *raisonnables* ». Cependant, la loi ne prévoit aucun organisme de contrôle indépendant ⁽⁹⁾ compétent pour analyser l'existence et la conformité du plan de vigilance, à l'instar de l'Agence française anticorruption (AFA) spécialement habilitée à contrôler le respect par les sociétés de la loi Sapin 2 en matière de corruption.

Ainsi, le contrôle est dévolu au juge qui devra seul analyser « *le caractère raisonnable des mesures de vigilance* » ⁽¹⁰⁾. Or, si le juge des référés est compétent pour enjoindre une société à établir, publier, ou mettre en œuvre un plan de vigilance, il reste que ce dernier n'a pas compétence pour se prononcer sur le caractère « raisonnable » ou non des mesures adoptées dans le plan de vigilance dès lors que cette appréciation nécessite un examen en profondeur des éléments de la cause relevant du pouvoir du seul juge du fond ⁽¹¹⁾. Pour cette raison, le magistrat des référés s'est déclaré incompétent pour statuer en l'espèce.

2- Le rappel de la mise en demeure préalable obligatoire

Sur le *modus operandi*, le juge rappelle que le plan de vigilance a vocation à être élaboré « en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives de pluripartisme au sein de filières ou à l'échelle territoriale »⁽¹²⁾, se concrétisant par le mécanisme de la mise en demeure préalable à la saisine du juge et à la délivrance d'une injonction par lui⁽¹³⁾, imposant *a fortiori* un dialogue entre les parties prenantes de l'entreprise et l'entreprise elle-même⁽¹⁴⁾. Le défaut de mise en demeure préalable ne peut ainsi qu'entraîner l'irrecevabilité de la demande d'injonction formée auprès du juge⁽¹⁵⁾.

C'est dans ces conditions qu'après avoir constaté que les mises en demeure adressées par les six ONG portaient sur le plan de vigilance établi par TotalEnergies pour l'année 2018, alors que cette dernière avait établi d'autres plans de vigilance pour les années 2019, 2020 et 2021, que la juridiction des référés note que les demandes formulées par les associations relatives au plan de vigilance pour l'année 2021 n'avaient pas été précédées d'une mise en demeure préalable en violation de l'article L.225-102-4 du Code de commerce et déclare dès lors irrecevables les demandes des associations⁽¹⁶⁾.

3- Une notion aux contours non limités

Dans ses décisions du 28 février 2023, la juridiction des référés du tribunal judiciaire de Paris tente de prendre à bras-le-corps le débat sur le devoir de vigilance imposé par la loi de 2017 sans y apporter pour autant des réponses claires et précises pour les entreprises, renvoyant sur ce point au juge du fond dont la décision sera fortement attendue. Il reviendra ainsi à ce dernier de se prononcer sur le point de savoir si les griefs reprochés à la société TotalEnergies sont caractérisés ou si cette dernière apporte la preuve du respect de son devoir de vigilance au regard des éléments contenus dans le plan de vigilance de la société TotalEnergies pour l'année 2021⁽¹⁷⁾.

Dans l'attente et à défaut de « *modus operandi, de schéma directeur, d'indicateurs de suivi, d'instruments de mesure* »⁽¹⁸⁾, même les plus diligentes des entreprises risqueraient en effet de faire face à des procédures judiciaires (voire réglementaires si des autorités régulatrices étaient saisies de la question) toujours plus nombreuses sans véritablement pouvoir appréhender pleinement l'étendue de leurs obligations.

II- La volonté européenne d'élargir le champ du devoir de vigilance

Là où la loi française ne précise pas les risques à identifier par ces mesures de vigilance, la proposition de directive européenne Corporate Sustainability Due Diligence (CSDD) du 23 février 2022 impose – aux entreprises entrant dans son champ d'application⁽¹⁹⁾ – un devoir de vigilance afin d'identifier et, le cas échéant, prévenir, arrêter ou atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme et l'environnement de leurs activités mais également de celles de leurs filiales ou de leurs chaînes de valeur (approvisionnement, distribution, ou encore transport).

La proposition de directive CSDD va encore plus loin en mettant une obligation à la charge des dirigeants de ces entreprises de « *mettre en place et de superviser les mesures de vigilance* »⁽²⁰⁾ et plus généralement de tenir 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* »⁽²¹⁾. En cas de non-respect, les Etats membres devront appliquer les sanctions prévues par leurs dispositions législatives, réglementaires et administratives en cas de manquement aux devoirs des administrateurs⁽²²⁾.

S'agissant du contrôle, la Commission européenne a pour sa part pris le soin d'imposer aux États membres de désigner une ou plusieurs autorités chargées de contrôler le respect par les entreprises de leur devoir de vigilance et, disposant à cette fin du pouvoir de mener des enquêtes, d'imposer une sanction⁽²³⁾.

Malgré le fait qu'aucun calendrier n'ait été arrêté pour la finalisation de la directive ou pour sa transposition par les États membres, cette dernière aura probablement (et à juste titre) vocation à renforcer et clarifier le droit étatique en vigueur, notamment s'agissant des autorités de contrôle à désigner et de la répartition des obligations en matière de vigilance mises à la charge des entreprises et de leurs dirigeants.

III- Le devoir de vigilance et son impact sur les polices d'assurances RCMS

Il faut rappeler pour les besoins de l'exercice que les polices RCMS ont vocation à couvrir les frais de défense et les conséquences pécuniaires résultant d'une réclamation formulée à l'encontre d'un dirigeant en raison d'une faute engageant sa responsabilité en cette qualité.

Au vu de ce qui précède, on comprend aisément que la proposition de directive européenne CSDD du 23 février 2022 ouvre expressément la possibilité aux tiers (et surtout aux associations) de mener des actions directement à l'encontre des dirigeants qui n'auraient pas mis en place ou supervisé les mesures de vigilance. Plus subtilement, le droit français prévoit que le manquement aux obligations prévu à l'article L.225-102-4 du Code de commerce engage la responsabilité de son auteur dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du Code civil et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter⁽²⁴⁾, ce qui n'exclut pas une mise en cause des dirigeants impliqués dans la prise (ou l'absence) de décision. L'article L.225-102-5 du Code de commerce prévoit que cette action en responsabilité est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt à agir.

Analysé sous l'angle de la responsabilité d'un dirigeant, le défaut de mise en place d'un plan de vigilance ou l'adoption d'un plan vigilance inadapté pourrait être considéré comme une faute de gestion commise par ce dirigeant et engageant sa responsabilité en cette qualité. En cas de manquement au devoir de vigilance de l'entreprise due à une faute commise par le dirigeant, il pourrait ainsi être envisagé de rechercher la responsabilité de ce dirigeant tant sur le fondement de la violation des statuts que de la faute de gestion, à condition toutefois que le tiers apporte la preuve de l'existence d'un lien de causalité entre le manquement du dirigeant et le préjudice allégué.

À ce jour, il n'existe aucune action en France visant directement un dirigeant pour absence ou inadéquation d'un plan de vigilance. Néanmoins, si l'on observe la situation outre-Manche, de telles actions ne devraient pas tarder à intervenir devant les juridictions françaises. En effet, le 8 février 2023, une association de défense de l'environnement ClientEarth a déposé plainte devant la Haute Cour de Londres, alléguant que les onze administrateurs de Shell avaient manqué à leur obligation de développer une stratégie climatique suffisante pour atteindre les objectifs climatiques et préparer la société à une transition zéro carbone. En l'espèce, il est reproché aux administrateurs d'avoir manqué à leur devoir de promouvoir le succès de la société ainsi qu'à leur devoir d'agir avec soin, compétence et diligence raisonnables imposés par le droit des sociétés britannique et plus généralement par le devoir général de diligence (ou « *duty of care* » au sens du Companies Act de 2006). Cet exemple pourrait ainsi trouver un écho en France, les dirigeants ayant des obligations analogues envers la société.

S'agissant du secteur d'activité, les sociétés commerciales (et notamment celles intervenant dans le secteur pétrolier) ne sont pas les seules à être inquiétées dans ce type d'affaires, les institutions financières sont également concernées comme en atteste le premier au monde et récent (février 2023) contentieux climatique visant une banque commerciale, en l'occurrence BNP Paribas, en ce qu'elle apporterait son soutien financier à de nouveaux projets de développement des énergies fossiles.

Cet intérêt accru autour du devoir de vigilance et la détermination des associations à multiplier les actions pour obtenir des décisions contraignantes en la matière, conduiront certainement les assureurs à adapter leurs polices RCMS à cette nouvelle problématique du devoir de vigilance tant pour les sociétés commerciales que pour les institutions financières. À terme, la couverture RCMS pourra par exemple être expressément étendue s'agissant des assurés au responsable RSE, bien que dans les polices actuelles, celui-ci pourrait déjà bénéficier d'une couverture en tant que titulaire de pouvoirs de direction et de supervision ou s'il est mis en cause aux côtés de dirigeants de droit.

À l'instar des polices d'assurance portant sur les risques climatiques, il pourrait également être envisagé par les assureurs de prévoir des clauses dans les contrats RCMS octroyant une garantie supplémentaire pour la prise en charge des frais de défense engagés en raison d'une réclamation alléguée ou réelle et liée à un manquement du dirigeant personne physique au devoir de vigilance ou encore pour les frais de réputation engagés par ce dirigeant qui pourraient être colossaux au vu des retombées médiatiques considérables entourant ces affaires.

Également sur les frais de défense, rappelons que dans l'hypothèse d'une réclamation formulée conjointement à l'encontre d'un dirigeant personne physique et de la société, la police RCMS pourrait également avoir vocation à couvrir les frais de défense de cette dernière, d'autant que la réclamation est caractérisée au sens des polices RCMS dès la mise en demeure dont le caractère obligatoire est rappelé par le tribunal judiciaire de Paris dans ses décisions du 28 février 2023 ⁽²⁵⁾.

En France, ce devoir de vigilance – couplé aux actions de groupe faisant l’objet d’un projet de loi du 8 mars 2023 visant à élargir leur champ – constitue donc un socle dangereux tant pour les sociétés et les dirigeants assurés que pour les assureurs qui devront veiller à bien apprécier les risques liés au devoir de vigilance lors de la souscription (ou du renouvellement) des polices RCMS, et ce éventuellement en se basant sur les critères d’évaluation RSE récemment développés par certains courtiers.

(1) Article L.225-102-4 du Code de commerce

(2) Article L.225-102-5 du Code de commerce

(3) Jugements du 28 février 2023 rendus en état de référé par le tribunal judiciaire de Paris n°RG 22/53942 et n°22/53943

(4) Page 18 du jugement, RG n°22/53942

(5) Article L.225-102-4 du Code de commerce

(6) Page 15 du jugement, RG n°22/53942

(7) Page 18 du jugement, RG n°22/53942

(8) Page 18 du jugement, RG n°22/53942

(9) Page 18 du jugement, RG n°22/53942

(10) Page 18 du jugement, RG n°22/53942

(11) Page 21 du jugement, RG n°22/53942

(12) Article L.225-102-4 du Code de commerce

(13) Page 19 du jugement, RG n°22/53942

(14) Page 18 du jugement, RG n°22/53942

(15) Page 19 du jugement, RG n°22/53942

(16) Page 23 du jugement, RG n°22/53942

(17) Page 23 du jugement, RG n°22/53942

(18) Page 18 du jugement, RG n°22/53942

(19) Article 2 de la proposition de directive UE n°2019/1937

(20) Article 26 de la proposition de directive UE n°2019/1937

⁽²¹⁾ Article 25 de la proposition de directive UE n°2019/1937

⁽²²⁾ Article 25 de la proposition de directive UE n°2019/1937

⁽²³⁾ Articles 17 et 18 de la proposition de directive UE n°2019/1937

⁽²⁴⁾ Article L.225-102-5 du Code de commerce

[25] Pages 18 et 19 du jugement, RG n°22/53942