

## ASSURANCE

# PREMIERE DECISION DU TRIBUNAL JUDICIAIRE DE PARIS SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE DES SOCIETES MERES : QUELS ENSEIGNEMENTS POUR LES ASSUREURS ?

*Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, RG n°22/53942*

En application des articles L. 225-102-4 et suivants du Code de commerce issus de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017, les sociétés employant directement ou par l'intermédiaire de leurs filiales plus de 5 000 salariés en France ou plus 10 000 salariés dans le monde ont l'obligation de mettre en œuvre un plan de vigilance<sup>1</sup>.

A défaut, elles peuvent s'y voir contraindre sous astreinte ou voir leur responsabilité engagée au titre du manquement à leur devoir de vigilance par toute personne justifiant d'un intérêt à agir<sup>2</sup>.

Sur le fondement de ces dispositions, six associations ont mis en demeure la société TotalEnergies de pallier les carences de son plan de vigilance de 2018 au regard d'un projet pétrolier en Tanzanie et en Ouganda. Insatisfaites des réponses apportées par TotalEnergies, trois d'entre elles ont, le 29 octobre 2019, saisi le Juge des référés aux fins de la voir condamner sous astreinte à mettre en conformité son plan de vigilance et à suspendre les travaux.

Après trois ans de débats sur la compétence<sup>3</sup> et l'audition (inhabituelle) de trois Professeurs en qualité d'*amici curiae*, la décision du Tribunal judiciaire de Paris était particulièrement attendue.

Si le jugement du 28 février 2023 déboute les associations pour des considérations procédurales **(1)** elle laisse toutefois en suspens de nombreuses questions quant au contenu du devoir de vigilance **(2)**, risque nouveau qui pourrait avoir un impact majeur sur les programmes d'assurance RC **(3)**.

## 1. Les associations déboutées sur des fondements procéduraux

### 1.1 Le non-respect de l'obligation de mise en demeure préalable

Le Tribunal rappelle que la loi du 27 mars 2017 s'insère dans le champ de la responsabilité sociale des entreprises et poursuit des "buts monumentaux"<sup>4</sup>, dont l'objectif est de prévenir "*des atteintes graves aux droits humains, à l'environnement à la santé et à la sécurité des personnes afin d'éviter la survenance de dommages s'y rapportant*" par l'instauration d'un devoir de vigilance des sociétés-mères.

Ce devoir de vigilance s'incarne notamment dans l'établissement et la mise en œuvre d'un plan de vigilance dont les grandes catégories sont énoncées à l'article L. 225-102-4 C. Com<sup>5</sup>. A défaut de respecter cette obligation, la partie concernée peut être mise en demeure d'avoir à s'y conformer dans un délai de 3 mois, à l'expiration duquel toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut saisir le Juge des référés afin de l'y contraindre sous astreinte<sup>6</sup>.

La loi du 27 mars 2017 repose donc sur une logique de "*co-construction*" entre les parties prenantes dont le dialogue doit être "*de nature à assurer une meilleure définition du périmètre de vigilance et à réduire les risques de contentieux mettant en cause la pertinence du plan*".

L'obligation de mise en demeure préalable assure ainsi à l'entreprise la possibilité de répondre aux critiques formulées à l'encontre de son plan de vigilance, ou de se mettre au besoin en conformité. Cette mise en demeure

<sup>1</sup> Instauré par la loi du 27 mars 2017, l'article L.225-102-4 du Code de commerce impose, en substance, aux sociétés employant, directement ou par l'intermédiaire de leurs filiales plus de 5 000 salariés en France ou plus 10 000 salariés dans le monde, l'obligation de mettre en place et de rendre public un plan de vigilance comportant des mesures 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 du groupe et de celles des fournisseurs et sous-traitants, en France comme à l'étranger.

<sup>2</sup> Au titre de l'article L.225-102-5 du Code de commerce, la responsabilité civile de la société assujettie à l'obligation d'établissement d'un plan de vigilance peut être engagée pour manquement à ce devoir dans les conditions du droit commun selon les modalités des articles 1240 et 1241 du Code civil.

<sup>3</sup> Depuis la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021, le Tribunal judiciaire de Paris dispose désormais d'une compétence exclusive pour connaître des actions introduites sur le fondement de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 (art. L. 211-21 COJ).

<sup>4</sup> Consacrant l'expression doctrinale du Professeur Frison-Roche (M-A. Frison-Roche, *Les buts monumentaux de la compliance*, Dalloz, 2022)

<sup>5</sup> Article L.225-102-4 C. Com

<sup>6</sup> Article L.225-102-4 II C. Com

doit donc être "suffisamment ferme et précise pour permettre d'identifier les manquements imputés au plan et permettre une phase de négociation amiable préalable à la saisine du juge" et constitue une "condition nécessaire et préalable à la délivrance d'une injonction par le juge".

En l'espèce, le Tribunal constate que les griefs des associations relatifs au plan de vigilance de 2018 avaient substantiellement changé (en se fondant notamment sur plus de 200 nouvelles pièces non jointes à la mise en demeure initiale), et que ceux concernant les plans de vigilance de 2019, 2020 et 2021 n'avaient fait l'objet d'aucune mise en demeure préalable.

Le non-respect de l'obligation de mise en demeure préalable conduit donc le Tribunal à juger irrecevables les demandes des associations.

## 1.2 Les limites du pouvoir du juge des référés

La loi du 27 mars 2017 a laissé le choix au demandeur d'assigner la société dont il souhaite engager la responsabilité pour manquement à son devoir de vigilance devant le juge des référés ou le juge du fond<sup>7</sup>.

Classiquement, le Tribunal rappelle que le juge des référés est "chargé d'apporter une réponse urgente à un litige en prononçant des mesures d'attente, afin de préserver les droits des parties avant leur appréciation par le juge du fond". En vertu des articles 834 et 835 CPC, il ne peut ordonner de mesures qu'en cas d'urgence, de dommage imminent, de trouble manifestement illicite ou encore si l'obligation du débiteur n'est pas sérieusement contestable. En dehors de ces cas, les demandes excèdent son pouvoir et doivent alors être portées devant le juge du fond.

Suivant cette ligne de démarcation, le Tribunal estime que le juge des référés pourrait délivrer une injonction en application de l'article L. 225-102-4 C. Com en cas d'inexistence du plan de vigilance, de son éventuel caractère sommaire si ses rubriques confinent à une inexistance du plan, ou lorsqu'une illicéité manifeste est caractérisée. En revanche, le Tribunal considère qu'il ne revient pas au juge des référés d'apprécier le caractère raisonnable des mesures adoptées dans le plan car un tel examen, qui exige une analyse en profondeur, relève du pouvoir du juge du fond.

En l'espèce, le Tribunal déclare les demandes des associations irrecevables après avoir constaté que (i) TotalEnergies a établi un plan de vigilance reprenant les 5 items prévus par la loi et suffisamment détaillé pour ne pas être regardé comme sommaire ; (ii) de nombreuses pièces ont été versées aux débats concernant une opération d'une grande complexité ; (iii) il n'existe aucun standard d'une entreprise normalement vigilante de sorte que l'examen des griefs et manquements reprochés excède les pouvoirs du juge des référés ; (iv) aucune illicéité n'est caractérisée avec l'évidence requise en référé.

## 2. Les contours, toujours incertains, du régime de responsabilité en matière de violation du devoir de vigilance

En dehors des questions procédurales, de nombreuses incertitudes demeurent quant au régime de responsabilité applicable, et ce, alors même que l'article L. 225-102-5 C. Com prévoit que la responsabilité de l'entreprise pour défaut de vigilance devra être recherchée sur le terrain de la responsabilité délictuelle pour faute personnelle (art. 1240 et 1241 C. civ)<sup>8</sup>.

Cette responsabilité suppose donc que le demandeur rapporte la preuve d'une faute, d'un dommage, et d'un lien de causalité.

Or, chacun de ces éléments est source de difficultés.

### 2.1 La faute : l'absence de standard de la "vigilance raisonnable"

L'article L. 225-102-4 C. Com exige du débiteur qu'il établisse un plan comportant des "mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement".

La faute sera donc aisément identifiable en cas d'inexistence ou d'absence de mise en œuvre du plan de vigilance. En revanche, il reviendra à la jurisprudence de déterminer les modalités d'appréciation du "caractère raisonnable" des mesures du plan (contrôle formel ou substantiel, contrôle *in abstracto* ou *in concreto* au regard de la personne du débiteur et de son secteur d'activité).

---

<sup>7</sup> Article L.225-102-4 II C. Com

<sup>8</sup> 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, *D.* 2017, p.1660 ; J. Camy, C. Oberkampf, Devoir de vigilance des banques : quel constat à l'aune des premiers plans ?, *Dr. Soc.* 2020, p. 239 ; B. Parance, La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *Gaz. Pal.* 18 avril 2017, p. 17.

Aucune précision n'est apportée sur ce point.

Le Tribunal relève d'ailleurs que "*la loi ne vise directement aucun principe directeur ni aucune autre norme internationale préétablie ni ne comporte de nomenclature ou de classification des devoirs de vigilance s'imposant aux entreprises concernées*" et qu'"*il n'est pas davantage prévu de *modus operandi*, de schéma directeur, d'indicateurs de suivi, d'instruments de mesure, devant présider à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation par l'entreprise de mesures générales de vigilance pesant sur elle*".

Ainsi, si la loi poursuit des "buts monumentaux" de protection des droits humains et de l'environnement, elle laisse au juge la charge du contrôle d'apprécier le "caractère raisonnable" des mesures prises par l'entreprise, standard que le Tribunal qualifie lui-même de "*notion imprécise, floue et souple*".

## 2.2 Le dommage : l'absence de standard de la "gravité" des atteintes

Concernant le dommage, sont visées les "atteintes graves" aux droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, alors même que l'article 1240 C. civ ne conditionne aucunement le caractère réparable du dommage à sa gravité. Sont également englobés les risques de telles atteintes de sorte que la société mère pourrait voir sa responsabilité engagée en cas de risque avéré de dommages futurs.

Quant à la réparation du dommage, elle devrait, classiquement, pouvoir être en nature ou par équivalent, mais le débiteur ne devra toutefois que "*réparer le préjudice que l'exécution de [ses] obligations aurait permis d'éviter*", c'est-à-dire une perte de chance et non l'entier dommage<sup>9</sup>. Elle pourrait également, en l'absence de précision, inclure la réparation de préjudices purement moraux, notamment des associations à l'initiative des recours<sup>10</sup>.

Il conviendra également de rester attentif à l'usage que les juges feront de la faculté d'ordonner la publication des décisions aux frais des personnes condamnées, qui pourrait avoir un impact plus important que les condamnations pécuniaires, même assorties d'astreintes (art. L. 225-102-5 C. com).

## 2.3 Le lien de causalité : vers la création d'une présomption ?

Enfin, s'agissant du lien de causalité, sa preuve constituera vraisemblablement l'obstacle le plus important pour les demandeurs.

Afin d'évincer cette difficulté, certains auteurs préconisent l'instauration d'une présomption de causalité en raison de la fonction préventive de la responsabilité en matière de devoir de vigilance<sup>11</sup>.

## 2.4 Les difficultés liées au partage des responsabilités entre la société-mère et l'entité locale

A ces difficultés pourraient s'en ajouter d'autres, tout aussi épineuses, notamment lorsque les demandeurs tenteront d'attraire, en France, la société-mère et l'entité locale coauteur du dommage (filiale, sous-filiale, fournisseur, prestataire) quand le dommage est survenu à l'étranger. De tels contentieux soulèveront, à n'en pas douter, des questions complexes en matière de compétence internationale et de loi applicable<sup>12</sup>.

Et même dans un cadre purement interne, des questions pourront se poser sur la coexistence de demandes fondées à l'encontre de la société-mère, d'une part sur le terrain du devoir de vigilance, et d'autre part sur les autres mécanismes d'extension de la responsabilité de la filiale à la société-mère (immixtion, apparence, unité d'entreprise)<sup>13</sup>.

S'il n'est pas exclu que les victimes puissent obtenir la condamnation *in solidum* de la société-mère et de l'entité dont les fautes ont concouru à l'entier dommage, restera encore à trancher la question de la contribution à la dette entre celles-ci, et à déterminer la part contributive de leurs fautes respectives. Or, ce point pourrait être d'importance, notamment si la société-mère voit sa responsabilité engagée *in solidum* avec une entité ne disposant pas de la qualité d'assuré additionnel au titre de son programme d'assurance, ce qui sera source d'éventuels recours subrogatoires.

<sup>9</sup> Ph. Métais, E. Valette, Le devoir de vigilance et les enjeux en matière de responsabilité civile, *Lamy droit des affaires*, 2019, n°153 ; C. Hannoun, Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017, *D.* 2017, p. 806

<sup>10</sup> B. Parance, *art. préc.*

<sup>11</sup> A. Danis-Fatôme, G. Viney, *art. préc.* ; Ph. Métais, E. Valette, *art. préc.* ; C. Hannoun, *art. préc.*

<sup>12</sup> B. Parance, *art. préc.*

<sup>13</sup> C. Hannoun, *art. préc.*

### 3. L'impact du devoir de vigilance sur les programmes d'assurance RC

#### 3.1 Quelle appétence pour ce risque ?

Face aux incertitudes liées à l'absence de définition de certaines notions de la loi, des auteurs ont suggéré de voir ce risque couvert par les compagnies d'assurance, en proposant l'instauration d'un régime d'assurance obligatoire ou un regroupement de capacités à l'instar d'Assurpol en matière environnementale<sup>14</sup>.

Selon eux, outre la garantie pour les victimes d'être indemnisées<sup>15</sup>, recourir "à l'expertise des assureurs aurait été opportun dans la mesure où ces derniers sont les spécialistes, par excellence, de l'identification des risques"<sup>16</sup>. L'implication des assureurs interviendrait ainsi dans l'établissement d'études de risques permettant de cibler les mesures devant être spécifiquement visées et mises en œuvre par l'assuré dans son plan de vigilance.

Pour séduisante qu'elle soit, cette proposition pourrait toutefois soulever des difficultés tenant à l'assurabilité du risque pour des raisons d'ordre technique, juridique ou éthique (notamment en cas de violation des droits humains), ou encore l'appétence éventuellement limitée des assureurs compte tenu des conséquences potentiellement majeures aux plans financier et réputationnel, d'autant que les assurés pourraient, en matière environnementale, avoir à se défendre dans le cadre d'actions de groupe (art. L. 142-3-1 C. envir)<sup>17</sup>.

L'évaluation du risque sera également particulièrement complexe puisque la société-mère souscriptrice pourra voir sa responsabilité recherchée en raison des atteintes 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".

Or, si l'assureur peut, avant la souscription, avoir connaissance des structures composant un groupe de sociétés, il lui sera particulièrement difficile de connaître l'ensemble des entités contrôlées ou encore l'identité de tous les sous-traitants et fournisseurs ayant une relation commerciale établie avec chacune de ses entités<sup>18</sup>.

#### 3.2 Quel impact sur les programmes RC et D&O ?

La responsabilité pour manquement au devoir de vigilance pose également la question de son éventuelle prise en charge au titre des programmes RC existants.

Dans l'hypothèse où ce risque n'aurait pas été spécifiquement envisagé lors de la souscription, il n'est pas exclu que les conséquences de l'engagement de la responsabilité de l'assuré puissent, en tout ou partie, être supportées par les assureurs RC. Un tel cas de *silent cover* est d'autant plus envisageable que la responsabilité de l'assuré serait fondée sur l'article 1240 du Code civil (appliqué par renvoi de l'article L. 222-102-5 C. Com), usuellement couverte par les programmes RC.

Par effet de ricochet, le devoir de vigilance devrait également impacter les polices D&O puisque les administrateurs pourraient voir leur responsabilité personnelle recherchée en cas d'inexistence ou d'inadaptation du plan de vigilance<sup>19</sup>, ou encore en cas de décision contraire à l'intérêt social de la société qui ne prendrait pas en considération les enjeux sociaux et environnementaux (art. 1833 al. 2 C. civ)<sup>20</sup>.

La doctrine a d'ailleurs pu s'inquiéter du fait qu'une "décision d'approbation inadaptée [du plan de vigilance] serait susceptible de constituer une faute, non seulement imputable à la société, mais susceptible d'entraîner la responsabilité solidaire des administrateurs, sauf pour chaque membre à exprimer sa désapprobation à l'égard de la décision prise"<sup>21</sup>.

On ne saurait donc qu'inviter les assureurs à la plus grande prudence dans l'appréhension de ce risque.

La question de la couverture du devoir de vigilance par les programmes RC est d'ailleurs vouée à se poser avec d'autant plus d'acuité que de nombreuses entreprises feraient l'objet de réclamations à ce titre (Casino, Suez, Yves Rocher, BNP, EDF, La poste, Téléperformance, Danone), dont TotalEnergie, à qui il serait reproché, dans le

---

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> A. Danis-Fatôme, G. Viney, *art. préc.*

<sup>16</sup> C. Hannoun, *art. préc.*

<sup>17</sup> B. Parance, *art. préc.*

<sup>18</sup> Sur l'absence de pertinence de la référence à la notion de "relation commerciale établie" v. B. Parance, *art. préc.*

<sup>19</sup> Notamment sur le fondement de l'article L225-25] C. Com aux termes duquel : "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. Si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage."

<sup>20</sup> Ph. Métais, E. Valette, *art. préc.*

<sup>21</sup> Y. Queinnec, A. Constantin, *Devoir de vigilance – les organes de gouvernance des entreprises en première ligne*, Lamy droit des affaires, 2015, n°104 ; G. Jazottes, *La promotion de la RSA par le conseil d'administration*, Lamy droit des affaires, 2016, n°117

cadre d'un second recours, d'avoir, dans son plan de vigilance, "sous-estim[é] les risques d'atteintes graves au système climatique"<sup>22</sup>.

Pour de plus amples informations veuillez contacter :



**PIERRE FENG**

Senior Associate, Assurance  
Paris

**T** +33 (0) 1 44 94 31 37

**E** pierre.feng@hfw.com

---

<sup>22</sup> <https://www.letemps.ch/sciences/environnement/justice-francaise-deboute-opposants-megaprojet-totalenergies-ouganda>

**hfw.com**

© 2023 Holman Fenwick Willan LLP. All rights reserved. Ref: 004833

Whilst every care has been taken to ensure the accuracy of this information at the time of publication, the information is intended as guidance only. It should not be considered as legal advice. Holman Fenwick Willan LLP is the Data Controller for any data that it holds about you. To correct your personal details or change your mailing preferences please email [hfwenquiries@hfw.com](mailto:hfwenquiries@hfw.com)

Americas | Europe | Middle East | Asia Pacific