

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

LA VIGILANCE EN DROIT SOCIAL : UNE LAME DE FOND INFINIE ?

ISABELLE DESBARATS

Référence de publication :

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA VIGILANCE EN DROIT SOCIAL : UNE LAME DE FOND INFINIE ?

Alors que la protection des droits des entreprises sous-traitantes est une préoccupation ancienne bien que toujours actuelle, celle des salariés de ces entreprises constitue une problématique nouvelle et croissante dans un contexte marqué par une concurrence effrénée. Les causes de cette situation sont bien connues, qui tiennent notamment au pouvoir économique et social qu'exercent certaines entreprises, puissances internationales s'exerçant bien au-delà des pays où se situent leurs sièges sociaux ; des entreprises et groupes qui – souvent organisés non plus de façon pyramidale mais en réseau – sont devenus les acteurs d'un fort mouvement de dérégulation. En revanche, les moyens pour y remédier ne vont pas de soi, comme en attestent les carences inhérentes au droit tant international que national. En effet - si les entreprises sont assujetties au droit du pays où elles sont implantées - elles ne sont pas en principe soumises aux obligations issues du droit international, lequel n'a que pour seuls destinataires les États : il en ressort qu'en matière de droits de l'homme notamment, les instruments internationaux ne peuvent imposer aux entreprises que des responsabilités indirectes, i.e. issues du droit national mis en conformité avec les obligations internationales des États. En outre, on sait également la faiblesse dont certains États font preuve dans le contrôle des entreprises implantées sur leur sol, certaines multinationales pouvant, de surcroît, souhaiter obtenir d'eux la création de zones franches, caractérisées par un statut dérogatoire à la législation locale.

Certes, on ne saurait alors nier l'intérêt présenté par les codes et autres chartes éthiques adoptés au nom d'une démarche RSE, dès lors que ceux-ci peuvent servir de relais de l'action publique. Effectivement, leur mise en œuvre peut d'abord permettre d'étendre le bénéfice de certains droits sociaux à des salariés qui, a priori, ne pourraient s'en prévaloir en raison d'une législation nationale insuffisamment protectrice : à cet égard, les codes de conduite peuvent atténuer les inconvénients inhérents au principe de territorialité des législations nationales et, notamment, l'impact des pratiques d'entreprises dites de « shopping social », aujourd'hui critiquées par de multiples parties prenantes. En outre, ces mêmes codes et chartes peuvent permettre de combler les faiblesses du système international de normes sociales en responsabilisant les entreprises dans l'application de celles-ci alors, on l'a dit, que les normes de droit international visent, en principe, les seules entités étatiques.

Pour autant, le fait est là : de telles démarches volontaires s'avèrent trop souvent insuffisantes pour garantir une réelle protection des droits de l'homme au travail, comme l'a

par exemple illustré le drame du Rana Plaza, immeuble s'étant effondré, entraînant la mort de 1 138 travailleurs, alors qu'il abritait plusieurs usines textiles produisant pour des marques occidentales ... qui se disaient sans doute « éthiques ».

Voilà pourquoi, prenant acte du caractère imparfait de ces démarches, le législateur français - faisant, pour certains à tort, « cavalier seul » dans l'espace international - a décidé de prendre le relais. En témoigne l'instauration d'une obligation de vigilance de certaines multinationales, analysée comme « un premier pas historique » vers une prise en compte des droits humains par (celles-ci) (1), mais dont l'adoption s'est révélée difficile : une nouvelle obligation enrichissant la kyrielle d'obligations de ce type existant déjà en droit social, celui-ci étant partisan de leur recours, au nom de la lutte contre la fraude.

A priori désormais incontournable, la vigilance peut-elle cependant se déployer sans limites ? La réponse est incertaine. En effet, alors qu'il semble déjà bousculer le principe de l'autonomie juridique des personnes morales, le concept de vigilance conduit également à se réinterroger sur ces « vieilles notions neuves » que sont, en matière sociale, « l'employeur » et « l'entreprise ».

I/Prémices – De l'essor des obligations de vigilance en matière de lutte contre la fraude sociale

1. Historiquement, c'est en matière de lutte contre le travail dissimulé que l'obligation de vigilance s'est déployée, celui-ci recouvrant deux situations de fraude spécifiques (dissimulation totale ou partielle d'activité et dissimulation totale ou partielle d'emploi salarié) mais englobant plus largement, d'une part, toutes les formes de publicité tendant à favoriser, en connaissance de cause, le travail dissimulé, et, d'autre part, le fait de recourir directement ou par personne interposée, aux services d'une personne qui exerce celui-ci.

Contrôle du respect des obligations en matière sociale.

Ainsi, tout donneur d'ordre est tenu de vérifier, pour tout contrat d'un montant minimum de 5 000 euros HT, lors de sa conclusion, puis tous les 6 mois jusqu'à la fin de son exécution, que son sous-traitant respecte toutes les formalités dont la violation caractérise le travail dis-

simulé et doit lui demander, à ce titre, la transmission de certains documents(2) , notamment l'attestation dite « de vigilance» prévue à l'article L. 243-15 du code de la sécurité sociale, attestant de la fourniture des déclarations sociales et du paiement des cotisations et contributions de sécurité sociale, émanant de l'organisme de protection sociale chargé du recouvrement des cotisations et des contributions du sous-traitant (cette attestation devant également mentionner le nombre de salariés et le total des rémunérations que le sous-traitant a déclaré lors de sa dernière échéance(3)). En outre, « lorsque l'immatriculation du cocontractant au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers est obligatoire ou lorsqu'il s'agit d'une profession réglementée », le donneur d'ordre doit également se faire remettre par son cocontractant certains documents, tels que extrait K ou KBis, carte d'identification justifiant de l'inscription au répertoire des métiers (4). Les sanctions en cas de manquement sont alors très lourdes puisque le donneur d'ordre peut être condamné solidairement avec son sous-traitant si celui-ci a fait l'objet d'un procès-verbal pour délit de travail dissimulé (paiement, notamment, des impôts, taxes et cotisations obligatoires ainsi que des pénalités et majorations dus par celui-ci au Trésor ou aux organismes de protection sociale, éventuellement, remboursement d'aides publiques : C. trav., art. L. 8222-2) (5).

2. Au-delà de ces solutions traditionnelles, c'est dans l'hypothèse d'entreprises étrangères intervenant en France par l'intermédiaire de travailleurs détachés que les obligations de contrôle et de vigilance ont connu leur plus spectaculaire expansion, dans un objectif de lutte contre les fraudes au détachement. Dernière étape franchie : c'est la loi El Khomri du 8 août 2016 qui, dans le sillage de la loi Savary du 10 juillet 2014 et de la loi Macron du 6 août 2015, a renforcé l'encadrement des détachements de travailleurs en France, via une série de mesures parmi lesquelles le durcissement de l'obligation de vigilance des maîtres de l'ouvrage occupe une place notable, du fait de son élargissement à l'ensemble de la chaîne de sous-traitance.

De la loi Savary à la loi Macron

Rappelons d'abord que les textes qui se sont jusque-là succédés dans l'esprit communautaire ont imposé aux donneurs d'ordres et maîtres de l'ouvrage les différentes obligations suivantes pour mieux lutter contre la fraude au détachement.

Contrôle en matière de respect du salaire minimum - Devant s'assurer du respect du salaire minimum légal ou conventionnel dû au salarié de son cocontractant, d'un sous-traitant direct ou indirect ou d'un cocontractant d'un sous-traitant, tout maître d'ouvrage ou donneur d'ordre est tenu d'une obligation d'injonction (demande de régularisation sans délai de la situation) et d'information des agents de contrôle, à défaut de réponse écrite du sous-traitant ou du cocontractant concerné (6). Ici encore, la sanction est lourde puisque, pour tout manquement à ses obligations d'injonction et d'information, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre est tenu solidairement avec l'employeur du salarié au paiement des rémunérations, indemnités et charges dues.

Contrôle en matière d'hébergement collectif des salariés - Informé par un agent de contrôle que des salariés de son cocontractant ou d'une entreprise sous-traitante directe ou indirecte sont soumis à des conditions d'hébergement collectif incompatibles avec la dignité humaine, tout maître d'ouvrage ou tout donneur d'ordre doit immédiatement l'enjoindre, par écrit, de faire cesser sans délai cette situation. À défaut de régularisation de la situation signalée, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre est tenu de prendre à sa charge l'hébergement collectif des salariés (7).

Contrôle en matière de respect de la législation du travail - Plus généralement, informé par un agent de contrôle d'une infraction aux dispositions légales ou conventionnelles applicables au salarié d'un sous-traitant direct ou indirect dans l'une des matières visées par l'article L. 8281-1 du code du travail, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre doit enjoindre aussitôt, par écrit, à ce sous-traitant de faire cesser sans délai cette situation. La sanction du manquement du maître de l'ouvrage ou du donneur d'ordre à ces obligations d'injonction et d'information est alors celle visée par l'article R. 8282-1 du code du travail, soit l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe.

Loi El Khomri

C'est un pas supplémentaire que le législateur a cependant franchi en décidant d'étendre à toute la chaîne de sous-traitance l'obligation - faite aux donneurs d'ordre et maîtres de l'ouvrage et que la loi Macron avait déjà renforcée en leur imposant de procéder à une déclaration dite subsidiaire (8) - de vérification du respect de son obligation déclarative par une entreprise étrangère, visée par l'article L. 1262-2-1, I du code du travail. Désormais en effet, l'article L. 1262-4-1, II du code du travail prévoit que toute entreprise faisant réaliser une

prestation de travail par des salariés étrangers détachés doit systématiquement vérifier que ceux-ci sont bien déclarés, même si cette entreprise n'est pas contractuellement liée à celle qui emploie ces travailleurs. Ainsi « tout maître d'ouvrage est-il dorénavant tenu de vérifier, avant le début du détachement, que se sont acquittés de l'obligation déclarative pour les salariés qu'ils détachent auprès de lui : chacun des sous-traitants directs de ses cocontractants (ceux qui exécutent tout ou partie du contrat) ; chacun des sous-traitants indirects de ses cocontractants (les sous-traitants des sous-traitants) ; chacune des entreprises exerçant une activité de travail temporaire avec laquelle un de ces sous-traitants (directs ou indirects) ou un de ces cocontractants a contracté »(9), la violation, par le maître d'ouvrage, de cette obligation étant sanctionnée par une amende administrative d'un montant de 2 000 euros maximum par salarié détaché, le montant étant plafonné à 500 000 euros(10).

Conséquence ? C'est bien une obligation de vigilance renforcée qui est ainsi imposée aux seuls maîtres de l'ouvrage, l'objectif poursuivi transparaissant clairement au travers de ce nouveau dispositif axé sur une mise sous contrôle des chaînes de sous-traitance : celui de « mettre un terme aux montages juridiques frauduleux pratiqués par certaines entreprises, (celles-ci) créant des sociétés «écran» entre le prestataire et le maître d'ouvrage (...)»(11) ; un devoir de vigilance dont la portée vient de connaître un nouvel élargissement au nom de la protection des droits de l'homme au travail.

II/ Enracinement – La vigilance : arme suprême de protection des droits de l'homme au travail ?

L'objectif est connu, le chemin pour l'atteindre fût ardu : c'est un devoir de vigilance des sociétés françaises de grande taille à l'égard des conséquences de leur activité économique, conçue au sens très large puisqu'englobant celle de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs avec lesquels elles entretiennent une relation commerciale établie, que le législateur a souhaité instaurer pour que ne se reproduise plus un nouveau drame tel celui du Rana Plaza : un devoir de vigilance devant s'inscrire dans un plan adopté par les sociétés concernées et visant les risques en matière de droits de l'homme, de libertés fondamentales, de dommages corporels, environnementaux ou sanitaires, ainsi qu'en matière de corruption.

Certes, les aspects les plus controversés de la proposition de loi initiale ont été gommés et notamment l'idée selon laquelle serait instauré un cas de responsabilité du fait des

agissements dommageables d'autrui : une option qui eût été juridiquement fragile, si l'on en croit le message délivré par le Conseil constitutionnel selon lequel la responsabilité d'un maître d'ouvrage ou d'un donneur d'ordre pour les faits d'autrui ne saurait être validée qu'avec réserves et conditions (12).

Le fait est que les premières versions du texte ont été passées au tamis des commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat au motif, notamment, des risques de perte de compétitivité des entreprises françaises et d'incompatibilité avec le droit commun de la responsabilité. En tirant les conséquences, le texte adopté en lecture définitive par l'Assemblée nationale(13) prévoit que les entreprises concernées pourront être sanctionnées à un double titre : d'une part, dans l'hypothèse où elles n'auraient pas établi de plan de vigilance, auquel cas elles pourront y être contraintes et être condamnées au paiement d'une amende civile pouvant atteindre 10 millions d'euros(14) ; d'autre part, en cas de dommage survenu dans l'une des entités visées dans le plan (société filiale ou sous-traitante de l'entreprise concernée), la responsabilité de droit commun, pour faute, fondée sur les articles 1240 ou 1241 du code civil, des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre pouvant alors être engagée(15).

Pour autant, loin s'en faut que cette clarification du fondement juridique de la sanction encourue en cas de violation du devoir de vigilance nouvellement instauré suffise à éradiquer toute forme d'interrogations du point de vue social : celles-ci sont au contraire légion, les unes concernant les conditions - techniques - d'engagement de cette nouvelle responsabilité des sociétés concernées ; les autres en lien avec certaines évolutions dont la fondamentalité s'avère confirmée par l'émergence de ce nouveau devoir de vigilance.

C'est ainsi qu'au titre des premières, de nombreuses questions émergent, comme celle soulevée par la preuve d'un « lien de causalité » entre un « dommage » survenu à l'extrémité d'une chaîne d'approvisionnement et la commission d'une « faute » dont, pour l'heure, on peine à tracer les contours (en raison du recours à la notion imprécise de mesures « raisonnables » et de l'absence concomitante d'indications relatives aux normes à respecter dans le champ des droits humains, des libertés fondamentales ou des risques sanitaires(16)). À noter également des difficultés concernant la juridiction compétente et la loi applicable aux actions engagées alors même que, dans ce type de situations, l'une des difficultés majeures est « d'établir la compétence des juges des pays sources, et notamment du juge français » (17).

Quant aux autres questions suscitées par le nouveau devoir de vigilance imposé aux sociétés mères et donneurs d'ordres, elles sont tout sauf anodines puisque confortant l'actualité de deux évolutions majeures. La première est celle d'un durcissement croissant du droit de la RSE, que le nouveau texte renforce, tout en alliant de façon originale normes publiques et

autorégulation. La seconde est relative à l'identification de « l'employeur » en droit du travail, tant il apparaît que se questionner sur la responsabilité des sociétés mères et donneurs d'ordre – via un élargissement de leurs obligations de vigilance – ne fait que rendre plus aigüe la nécessité de moderniser cette notion. En effet, continuer à définir celle-ci à la seule aune du lien de subordination juridique ne saurait suffire à l'heure des groupes et réseaux de sociétés, caractérisés « par une multitude de lieux de pouvoirs et une dilution du pouvoir » (18). S'impose plus largement une réflexion sur les rapports entre « relation d'emploi » et « relation sociétaire » (19), à laquelle l'expansion des devoirs de vigilance contribue, même si elle ne l'épuise pas (20).

Notes de bas de page

(1) <<http://ccfd-terresolidaire.org/infos/rse/deux-ans-depuis-le-5015>>.

(2) C. trav., art. L. 8222-1, R. 8222-1 et D. 8222-5.

(3) CSS, art. D. 243-15.

(4) C. trav., art. D. 8222-5.

(5) Cons. const., 31 juill. 2015, n° 2015-479 QPC.

(6) C. trav., art. L. 3245-2.

(7) C. trav., art. L. 4231-1 et R. 4231-1.

(8) C. trav., art. L. 1262-4-1, I, al. 2, R. 1263-13 et R. 1263-14.

(9) Liaisons Sociales Quotidien, n° 177/2016, 3 oct. 2016, Loi Travail : le contrôle du travail illégal.

(10) C. trav., art. L. 1264-2, II et L. 1264-3.

(11) Liaisons sociales Quotidien, préc.

(12) Cons. const., 22 janv. 2016, n° 2015-517 QPC.

(13) Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre adoptée définitivement en lecture définitive par l'Assemblée nationale le 21 février 2017, TA n° 924.

(14) C. com., art. L. 225-102-4, II.

(15) C. com., art. L. 225-102-5.

(16) P.-L. Périn, Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint, RTD com. 2015, p. 215.

(17) O. Boskovic, Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé, D. 2016, p. 385.

(18) E. Peskine, De la solidarité à la vigilance en droit du travail : À propos de la responsabilité dans les réseaux et groupes de sociétés, (en ligne : <<http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/seminar-2016-03-22-10h45.htm>>).

(19) E. Peskine, préc.

(20) Sur l'ensemble, voir « La responsabilité solidaire », (<http://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/p19616678477756748_content.htm>