

Le devoir de vigilance - Aspects de droit international privé

Etienne Pataut

▶ **To cite this version:**

Etienne Pataut. Le devoir de vigilance - Aspects de droit international privé. Droit Social, 2017, 10, pp.833. halshs-02200261

HAL Id: halshs-02200261
https://shs.hal.science/halshs-02200261

Submitted on 14 Aug 2019

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.

Le devoir de vigilance
- Aspects de droit international privé -

Etienne Pataut
Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)
IRJS

VERSION DE TRAVAIL

Le nouveau devoir de vigilance ne se comprend guère s'il est fait abstraction de l'environnement international dans lequel se meuvent les sociétés aujourd'hui. Voilà beau temps en effet qu'est dénoncé l'effet délétère du double cloisonnement des entreprises : celui des personnalités morales et celui des ordres juridiques[1]. L'ouverture progressive des frontières à la libre circulation des biens, des services et des capitaux, et les progrès de l'autonomie de la volonté qui l'ont accompagnée ont en effet permis la multiplication de comportements opportunistes de la part des entreprises. Il est aujourd'hui à la fois possible et aisé de s'abriter derrière l'autonomie des sociétés et l'indépendance des ordres juridiques étatiques pour organiser une manière d'irresponsabilité des véritables donneurs d'ordres et consacrer ainsi une séparation nette entre le pouvoir de décider et la responsabilité découlant des décisions prises.

Une telle situation est socialement difficilement acceptable. En témoignent avec force quelques exemples particulièrement choquants, au premier rang desquels l'effondrement du Rana Plaza en 2013 ou le naufrage de l'Erika en 1999**,** illustrations caricaturales d'impunité organisée et puissants aiguillons pour l'adoption de règles plus contraignantes.

La volonté de sortir du double cloisonnement des personnes morales et des ordres juridiques est de ce fait aujourd'hui tout à fait explicite dans nombre de domaines, tant en droit interne qu'en droit international.

Ce puissant mouvement en faveur de la responsabilité sociale des entreprises a conduit à essayer de créer des obligations relatives à une entreprise multinationale en tenant compte non seulement des sociétés qui la composent, mais encore d'autres acteurs, notamment les sous-traitants, qui composent la chaine de valeur économique de la production. Aussi de nombreux textes, relevant pour l'essentiel du *soft law*, tendent-ils aujourd'hui à imposer aux entreprises d'importantes obligations en la matière[2]. L'Union européenne n'est pas en reste, notamment depuis l'adoption de l'importante directive 2014/95[3], qui pose des règles particulières de révélation d'informations non-financières

[1] Sur ce point, v. récemment, parmi une littérature pléthorique, l'important ouvrage de JP Robé, *Le Temps du monde de l'entreprise : globalisation et mutation du système juridique*, Dalloz 2016 ; *adde* : L. Dubin et al. (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, 2017

[2] Pour une synthèse récente en langue française, v. K. Martin-Chenut et R. de Quénaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit*, Paris, Pedone, 2016.

[3] Directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 *modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes*, *JOUE* L 333 du 15 novembre 2014, p. 1.

applicables à toutes les sociétés et à tous les groupes de sociétés qui relèvent du territoire des Etats membres. Le droit interne, enfin, ajoute lui aussi sa pierre à cette construction, par l'accumulation de textes particuliers, de droit fiscal, de droit du travail, de droit pénal ou de droit des sociétés, visant eux aussi à tenir compte de l'environnement économique de l'entreprise . A cet égard, la loi française du 27 mars 2017 intervient à la suite de nombreux autres textes tentant, avec plus ou moins de bonheur, d'imposer des obligations aux sociétés dépassant leur seule personnalité morale.

Mais, aussi importantes soient-elles, ces règles nouvelles ne font pas disparaître les difficultés de droit international privé[4]. D'une part les règles de *soft law* supposent d'inventer de nouvelles formes d'applicabilité internationale du droit, encore inconnues aujourd'hui ; d'autre part, qu'elles soient nationales ou européennes, les règles de *hard law* ne peuvent s'appliquer qu'aux sociétés qui relèvent d'une façon ou d'une autre de la loi d'un Etat. La question de l'applicabilité des règles en cause ne disparaît donc nullement par la seule grâce de l'intervention législative, fût-elle européenne. La herse de fer qui sépare les ordres juridiques les uns des autres reste baissée et la règle de conflit de lois reste encore la technique principale de rattachement, avec ses qualités mais aussi ses défauts, dont le principal – ne permettre le rattachement qu'à un seul ordre juridique – reste indépassable.

La loi française du 27 mars 2017 en témoigne, qui pose d'importantes difficultés de droit international privé. Celui, tout d'abord, sur lequel on passera rapidement, de la compétence juridictionnelle (1). Ceux, beaucoup plus aigus, de conflit de lois, tant l'articulation avec la loi de la société, d'une part (2) et la loi du délit, d'autre part (3) recèle de chausse-trappes. Ce sont ces difficultés qui convainquent qu'il faudrait sans doute aujourd'hui réfléchir à une catégorie particulière de conflit de lois, englobant *soft* et *hard law* et spécifique à la responsabilité sociale des entreprises. Le chemin, pourtant, sera long et semé d'embûches.

1. L'action : Compétence juridictionnelle

La loi du 27 mars 2017 ne comporte aucune disposition particulière visant à modifier la compétence internationale. Dès lors, en cas de violation des dispositions de celle-ci, ce sont bien les règles habituelles qui trouveront à s'appliquer[5].

S'il faut néanmoins en dire un mot, c'est simplement pour souligner combien les dispositions substantielles de la loi pourront servir d'argument à un fort mouvement de décloisonnement aujourd'hui à l'œuvre en matière de compétence internationale. Plusieurs exemples montrent en effet qu'une évolution est en cours en matière procédurale, permettant de recréer une unité judiciaire qui calquerait l'unité économique de l'entreprise.

Dans l'Union européenne, une telle compétence passe nécessairement par le canal du règlement 1215/2012, dit Bruxelles 1 [6] qui unifie les règles de compétence

[4] Pour une première analyse, v. déjà : O. Boskovic, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D*. 2016. 385.

[5] Sur l'ensemble de la question, v. part. RC. Drouin, « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ? », *Dr. Soc*. 2016. 246.

internationale en matières civile et commerciale. Ce règlement permet l'attraction sur le territoire d'un Etat membre des éventuels litiges concernant les activités d'une société. A cet égard, il faut souligner le rôle particulièrement important de la règle fondamentale du règlement, celle de l'article 4 posant le principe de la compétence du tribunal du domicile du défendeur.

Cette disposition est aujourd'hui si universellement admise en Europe que l'on oublie qu'elle peut encore jouer un rôle fondamental en matière de responsabilité sociale des entreprises[7]. L'un des enjeux en la matière est en effet d'attraire devant les Etats du Nord les sociétés mères qui laissent perdurer, par le biais de leur filiale, des pratiques susceptibles de violer les « droits humains et les libertés fondamentales » au sens de la loi du 27 mars[8]. A cet égard, la simplicité et le caractère mécanique de l'article 4 permettent de garantir qu'un tribunal européen pourra connaître du litige.

La compétence du domicile du défendeur est d'autant plus importante qu'elle est susceptible d'être étendue aux autres codéfendeurs, et notamment aux filiales de la société française visées par la loi française, que ceux-ci soient domiciliés en Europe (article 8§1 du règlement Bruxelles 1) ou hors d'Europe (par extension à l'ordre international de l'article 42 al. 2 du Code de procédure civile).

En liant dans son champ d'application même la société mère et ses filiales, la loi française sur le devoir de vigilance incite fortement à donner toute son ampleur à la compétence des codéfendeurs et donc, à attraire devant le for français l'ensemble des acteurs de l'obligation de vigilance désormais imposée par le droit français. On connaît la difficulté posée par l'établissement du lien de causalité entre l'absence de plan de vigilance et la responsabilité[9]. Il ne fait guère de doute que la possibilité d'attraire l'ensemble des acteurs devant le même tribunal est un important facteur de simplification et donc d'efficacité du contentieux [10].

2. L'acteur : Devoir de vigilance et loi de la société

Le nouvel article L. 225-102-4 C. Com impose une série d'obligation à la 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 ».

La *ratio legis* est claire. Il s'agit de faire peser sur les groupes de sociétés, nationaux et internationaux, une nouvelle obligation, au-delà de la séparation en personnes morales distinctes. En ce sens, la loi française participe bien de ce mouvement d'ensemble visant à tenir compte de la réalité économique du groupe, sans s'arrêter aux frontières des

---

[6] Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE* L 351, du 20 décembre 2012, p. 1.

[7] O. de Schutter, « Le contrôle du respect des droits de l'homme par les sociétés transnationales : le rôle de l'Etat d'origine », *in* M.-A. Moreau et al. (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail : du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Paris, Dalloz, 2010, p. 107 ; « La responsabilité des Etats dans le contrôle des sociétés transnationales : vers une Convention internationale sur la lutte contre les atteintes aux droits de l'homme commises par les sociétés transnationales », *in* : I. Daugareilh (dir.) *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 707-777.

[8] Sur ces notions, v. part. D. Roman, « 'Droits humains et libertés fondamentales', des notions 'intelligibles' mais 'imprécises' ? A propos du devoir de vigilance des sociétés multinationales », *RDT*. 2017. 391.

[9] V. par exemple A. Danis-Fatôme et G. Viney, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D*. 2017. 1610, spéc. p. 1615.

[10] En ce sens, v. O. Boskovic, *article précité*, n° 3.

personnalités juridiques. L'objectif est d'autant plus louable que la volonté est ici clairement de ne pas non plus s'arrêter aux frontières de l'Etat puisque les groupes internationaux dont les filiales sont situées à l'étranger sont directement visés.

Mais si l'objectif est clair, la rédaction, elle, est d'une ambiguïté qui ouvre la voie à de nombreuses et complexes discussions de droit international privé, qui ne portent pas tant sur la localisation des filiales que sur celle de la société mère.

a. Localiser la société mère : le siège social

Qu'en est-il, en effet, des sociétés mères ? La disposition française nouvelle ne dit rien de celle-ci et les commentateurs, gouvernés par l'expérience et le bon sens, en déduisent généralement qu'il s'agit bien de sociétés françaises. L'affirmation, pourtant, n'est peut-être pas aussi évidente qu'il y paraît. Sans même recourir à la notion toujours discutée de nationalité des sociétés[11], on peut penser qu'il s'agit effectivement de la société ayant son siège social en France. Tel est bien en effet le critère d'application de la loi française en matière de sociétés[12] et il est *prima facie* de bonne méthode de penser que les obligations posées par la loi française ne s'imposent qu'à la condition que celle-ci soit applicable. Le devoir de vigilance ne s'imposerait donc qu'aux sociétés soumises à la loi française, celles, donc, dont le siège social est en France.

Cette affirmation, toutefois, laisse ouverte deux interrogations. La première est la plus classique et concerne la nature du siège social en cause. Il s'agit là d'un débat très ancien du droit international privé des sociétés, sur lequel il est sans doute inutile de revenir, sinon pour noter qu'il n'est toujours pas définitivement tranché. Si l'hésitation entre siège social réel, d'un côté et siège social statutaire, de l'autre, est en effet une hésitation traditionnelle, elle est depuis plusieurs années profondément renouvelée par le droit de l'Union européenne. Classiquement, il est en effet affirmé que le droit français est favorable au critère du siège réel, traduisant l'existence d'un lien entre la société et l'Etat dont la loi est applicable[13]. Il n'en reste pas moins qu'un puissant mouvement en faveur du critère du siège statutaire est aujourd'hui à l'œuvre. Ce mouvement, d'abord doctrinal, prend de l'ampleur sous l'influence déterminante du droit de l'Union et de l'abondante jurisprudence de la Cour de justice[14]. Les projets de codification européenne en la matière tendent désormais plutôt vers l'adoption du critère du siège statutaire, comme en témoigne par exemple la récente proposition du Groupe européen de droit international privé[15], qui prend clairement parti pour l'application de la loi de l'incorporation (article 3). De la même façon, le récent rapport remis à la Commission européenne préconise lui aussi d'adopter le critère de l'incorporation[16]. Une telle solution permettrait donc d'envisager la situation où une société dont le siège statutaire

---

[11] Sur ce débat, v. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, LGDJ, 3e éd., 2011, n° 12 et s.

[12] M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 2e éd., n° 53 et s. La solution est imposée par les articles 1837 du code civil et L. 210-3 du Code de commerce.

[13] V. par ex. M. Audit et al., *ibid*. Les auteurs remarquent toutefois que la solution du droit français en cas de dissociation entre siège réel et siège statutaire « n'est pas d'une parfaite clarté » (n° 58), avant de détailler les solutions du droit de l'Union (n° 85 et s).

[14] Sur laquelle v. M. Menjucq, *op. cit.* pp. 123 et s.

[15] « Draft Rules on the law applicable to companies and other bodies », adopté à la session de Milan en septembre 2016, disponible sur : http://www.gedip-egpil.eu/ (dernière visite septembre 2017). Sur ce projet, v. F. Garcimartin Alferez, « GEDIP's proposal on the law applicable to companies », *Riv. Di Dir. Int. Priv. e Proc.* 2016, 949, spéc. p. 968.

[16] C. Gerner-Beurle, F. Mucciarelli, EP Schuster et M. Siems, Study on the law applicable to companies, Juin 2016, disponible sur : https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/259a1dae-1a8c-11e7-808e-01aa75ed71a1/language-en (dernière visite septembre 2017).

serait fixé à l'étranger mais dont le siège réel se trouverait en France échapperait à ses obligations en matière de vigilance.

Une telle conclusion, pourtant, n'a rien d'évident. Au-delà de la discussion sur le critère du siège se pose en effet la seconde question, beaucoup plus délicate, de savoir si le devoir de vigilance entre de façon si incontestable dans le champ d'application de la *lex societatis*.

b. Quel champ d'application pour la loi de la société ?

Une telle affirmation, en effet, est peut-être moins naturelle qu'il n'y paraît. L'un des enjeux de la responsabilité sociale des entreprises, on l'a vu, est précisément d'essayer de tenir compte de la réalité des chaînes de production interne à l'entreprise et de faire coïncider celles-ci avec une forme de responsabilité. Dès lors, soumettre sans plus de discussion les obligations qui relèvent de ces mécanismes de responsabilité sociale à la loi de la société, c'est précisément aller à l'encontre de cet objectif fondamental de décloisonnement, à plus forte raison si le critère de détermination de la loi de la société est le siège statutaire. Celui-ci, en effet, est librement déterminé par les associés. Dès lors, soumettre la société à la loi de son siège statutaire, c'est bien ouvrir aux associés le libre choix de la loi applicable à leur société. Tel est bien, de la façon la plus explicite, l'objectif des promoteurs de cette solution[17].

Une telle solution n'est toutefois acceptable que si, par ailleurs, d'autres mécanismes permettent d'imposer à la société en question certaines règles, jugées d'une nécessité sociale particulièrement pressante. Ces règles devraient dès lors pouvoir être imposées à la société, même si celle-ci est régie par une loi différente. Pour ce faire, le mécanisme traditionnel du droit international privé est celui des lois de police. Ce mécanisme, qui figure aujourd'hui dans la grammaire de base du droit international privé[18], y compris européen[19], permet d'imposer l'application de la loi du for lorsque la loi normalement applicable n'atteint pas le but, d'une importance particulière, que vise celle-ci. Il est donc possible, en matière de sociétés, d'imposer l'application de la loi française à des sociétés qui, quoique n'en relevant pas, présentent avec l'ordre juridique français un lien suffisamment étroit pour justifier que la politique législative française soit suivie[20]. Tel serait bien le cas si une société immatriculée à l'étranger possédait un siège réel sur le territoire français.

La voie des lois de police, toutefois, est périlleuse et a été partiellement occultée par la jurisprudence de la Cour de justice. Dans une affaire *Inspire Art*, en effet, la Cour avait considéré qu'imposer par le biais des lois de police une série d'exigences à des sociétés incorporées à l'étranger mais réalisant l'intégralité de leur activité économique sur le territoire du for portait une atteinte disproportionnée aux exigences de la liberté d'établissement garantie par le traité[21]. Dès lors, le risque est réel que la loi française puisse être contournée par une pratique, bien connue en matière fiscale, sociale ou environnementale, de choix opportun d'un siège social dans un Etat moins regardant.

---

[17] P. ex. F. Garcimartin Alferez, *op. cit.* p. 958, qui affirme de la façon la plus claire que « Party autonomy is thus the underpinning principle ».

[18] v. par exemple D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit International Privé*, PUF, 3e éd., 2014, pp. 648 et s.

[19] La possibilité d'appliquer des lois de police figure dans la plupart des règlements européenes en matière de droit international privé. Une éventuelle codification des conflit de lois en matière de société ne devrait pas échapper à la règle, comme en témoigne l'article 10 du projet GEDIP.

[20] Sur ces justifications, v. P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. Crit. DIP*. 2011. 207.

[21] CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art*.

C'est précisément contre une telle pratique, en général pudiquement qualifiée d'optimisation, que se mettent en place des règles légales visant à englober le groupe dans sa dimension internationale.

C'est pour cette raison qu'une autre voie peut-être préférée : celle de la détermination d'un champ d'application propre aux exigences de la RSE en général, et du devoir de vigilance en particulier. Cette solution est aujourd'hui encore balbutiante mais il n'est pas exclu qu'elle représente l'avenir du droit international privé des sociétés. A nouveau, si la liberté de choix la plus grande peut être acceptée en matière de détermination de la loi applicable aux sociétés, cela ne peut être qu'à la condition que cette liberté ne conduise pas à sacrifier les intérêts essentiels défendus par les ordres juridiques. De nombreux outils sont aujourd'hui théorisés pour lutter contre les résultats désastreux de la concurrence normative à laquelle se livrent les Etats[22] et dont profitent les sociétés sous couvert de l'extension de leurs facultés de choix[23]. L'une d'entre elles, certainement pas la plus ambitieuse mais immédiatement opératoire, consiste à déterminer avec plus de rigueur le champ d'application matériel de la loi de la société. C'est déjà le cas, par exemple, en matière fiscale. On sait en effet que règles fiscales et règles de droit des sociétés ont chacune un champ d'application qui leur est propre, passant par le truchement de règles d'applicabilité différentes. *Idem* en matière sociale : il est aujourd'hui fermement acquis que la loi applicable aux rapports individuels de travail n'est pas nécessairement la loi de la société. Une telle solution pourrait aisément être transposée en matière de responsabilité sociale des entreprises : rien n'impose que la loi française faisant peser une obligation de vigilance ne s'applique qu'aux sociétés immatriculées en France.

Telle est bien, par exemple, la solution proposée par le Groupe européen de Droit International Privé, dont le projet affirme à son article 1er par. 3 :

« This Regulation does not prejudice the fulfilment of the obligations deriving from social responsibility of companies (corporate social responsibility) as defined by national, European or international norms ».

La volonté est bien ici de donner un champ d'application propre et indépendant de la loi de la société aux normes de RSE. Ce champ d'application, bien entendu, reste à construire. A cet égard, plusieurs critères peuvent être envisagés, qui peuvent tourner ou bien autour de l'organisation de la société (siège réel, présence d'établissement d'une certaine importance) ou bien autour de son activité (activité économique significative sur le territoire français, réseaux de distribution…). Les solutions sont donc ouvertes. Il reste que cette analyse montre que l'application de la loi de la société à la question est peut-être moins évidente qu'une lecture sommaire du nouvel article L. 225-102-4 pourrait le laisser penser.

Il y là, en réalité, les prémisses d'une réflexion sur une éventuelle nouvelle catégorie du conflit de lois. Il n'est nullement acquis, en effet, que la RSE ne doive pas faire l'objet d'une catégorie particulière, qui permettrait non seulement d'échapper à l'application de la loi de la société, mais qui pourrait aussi englober la sanction de la violation des

[22] Sur l'ensemble, v. en langue française : R. Sefton-Green et L. Usunier, La concurrence normative, mythes et réalités, Société de Legislation comparée, 2013 et tout particulièrement : A. Sotirooulou, « Concurrence normative et jurisrudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la mobilité des sociétés », p.

[23] Sur ce débat fondamental, v. part. H. Muir Watt, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI*, t. 307, 2004, pp. 25-383, et, plus récemment, J. Basedow, « The law of open societies – Private ordering and public regulation of international relations », *RCADI*, t. 360, 2013, pp. 9-516.

obligations posées par la norme en cause. C'est ce que confirme l'étude de l'articulation entre devoir de vigilance et loi du délit.

3. La sanction : Devoir de vigilance et loi du délit

L'objet même de la loi française sur le devoir de vigilance est d'imposer une série d'obligations dont le non respect est sanctionné par la mise en œuvre de la responsabilité la plus classique, la responsabilité pour faute, au sens des articles 1240 et 1241 du Code civil.

On a souligné déjà, et c'est en effet une innovation importante de la loi, que le devoir de vigilance dépassait les frontières. On vient de le voir, le champ d'application de la loi introduit des éléments d'extranéité, par référence aux filiales étrangères. Mais surtout, le plan de vigilance dont la réalisation est désormais obligatoire inclus non seulement la société mère, mais encore les sociétés filiales, les sociétés contrôlées, les sous-traitants et les fournisseurs. Tout un ensemble d'acteurs, donc, dont le siège peut être en France comme à l'étranger puisque l'objectif est précisément de mettre en place un mécanisme juridique reflétant la réalité du pouvoir de l'entreprise et non son organisation juridique[24]. L'on ne peut que se féliciter d'une telle approche, même si — surtout après la censure du Conseil constitutionnel — le caractère finalement un peu timoré des sanctions mises en place n'a pas manqué d'être regretté[25].

Il reste qu'une telle ambition risque de se heurter à la réalité du cloisonnement des ordres juridiques et de la répartition des compétences législatives. A cet égard, on ne peut être qu'étonné de l'absence totale de toute disposition relative aux conflits de lois en la matière[26]. Il est tout de même intrigant et regrettable que le législateur, qui entend manifestement faire œuvre moderne et se préoccupe à juste titre des effets délétères du fractionnement des ordres juridiques, ne s'interroge pas plus précisément sur l'efficacité internationale de la norme qu'il élabore. L'efficacité de la norme française suppose en effet que celle-ci soit applicable, et l'applicabilité de celle-ci n'a rien d'évident. A cet égard, on ne peut donc que regretter l'occasion manquée de réfléchir sérieusement à l'articulation entre la norme substantielle française et les règles de conflit de lois qui gouvernent la matière.

a. Quelle règle de conflit de lois pour la sanction d'une obligation de vigilance ?

En l'absence de toute règle de champ d'application international, et en raison de l'incontestable nature délictuelle de la sanction, la loi applicable devra être recherchée dans le texte général qui gouverne la matière : le règlement Rome II[27]. Or, celui-ci propose une palette de solutions qui vont faire varier l'applicabilité de la loi française en fonction de la nature du délit en cause.

---

[24] Sur l'impact de cette approche sur la gouvernance des groupes, v. part. T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT*. 2017. 380

[25] A. Danis-Fatôme et G. Viney, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D*. 2017. 1610. D'autres analyses, bien évidemment, sont beaucoup plus critiques et contestent l'opportunité même d'une telle législation. V. p. ex. D. de Sainte-Affrique, « De l'opportunité de légiférer sur le devoir de vigilance : choix compassionnel pertinent ou adapté ? », *JCP*. E. 2017. 1064.

[26] V. déjà O. Boskovic, *art. précité*, n° 5.

[27] Règlement 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *JOUE* n° L. 199 du 31 juillet 2007, p. 40.

La règle générale en la matière est celle contenue dans l'article 4 du règlement, selon lequel la loi applicable par principe est la loi du dommage. Tout a déjà été dit sur le choix de ce critère de rattachement, qui favorise l'application des normes du lieu où le dommage est effectivement subi[28]. Ce choix, s'il favorise l'application uniforme de normes de comportement sur un territoire étatique donné, a le défaut de permettre aux auteurs potentiels de dommage de placer certaines activités risquées sur le territoire d'Etats dont les règles de responsabilité civile ne sont pas excessivement sévères. L'optimisation juridique se rencontre bien dans tous les domaines…

Tel est précisément le cas en matière de RSE. Les commentateurs ont souligné à l'envi la difficulté d'isoler le dommage et, plus encore, le lien de causalité entre le dommage et le fait générateur (l'absence de plan de vigilance)[29]. Comme on le voit, cette difficulté substantielle se double d'une autre encore plus grande et préliminaire : si le dommage est situé à l'étranger, la loi française ne sera pas, par principe, applicable.

Cette solution est particulièrement mal adaptée en matière de responsabilité sociale des entreprises et, partant, en matière d'obligation de vigilance. L'objectif étant de responsabiliser les sociétés mères et les sociétés donneuses d'ordre, la recherche de responsabilité est par nature centrée sur le comportement des auteurs. L'applicabilité de la loi du fait générateur serait donc, pour des délits de cette nature, particulièrement indiquée. La loi s'adressant aux sociétés ayant leur siège en France, on n'y revient pas, l'obligation d'établir un plan de vigilance et, partant, le fait générateur du dommage se localise sur le territoire français. L'applicabilité de principe de la loi française supposerait donc l'application de la loi du fait générateur et non celle du dommage, comme le prévoit le règlement.

Une exception, il est vrai, existe pour les atteintes à l'environnement. En la matière, la volonté de se départir de la traditionnelle neutralité de la règle de conflit de lois a conduit à adopter une disposition dont l'objectif clairement substantiel est à la fois de protéger la victime et, au-delà de celle-ci, l'environnement dans son ensemble[30]. Pour ce faire, l'article 7 du règlement choisit de laisser le choix à la victime entre loi du dommage et loi du fait générateur. Lorsque l'absence de plan de vigilance aura conduit à la réalisation d'un dommage environnemental, il sera donc possible de mettre en cause la responsabilité de la société mère ou de la société donneuse d'ordre en France en application de la loi française.

Mais rien de tel en dehors du champ particulier du droit de l'environnement. Si, donc, les dommages causés relèvent d'autres domaines, l'application de la loi française sera exclue dès lors qu'il se localisera à l'étranger. S'agissant d'un texte dont l'innovation principale est précisément d'avoir pris en compte l'intégralité du comportement du groupe et de ses partenaires, y compris à l'étranger, on conviendra qu'il y a là matière à quelques regrets.

Mais deux détours techniques sont envisageables pour permettre de revenir à l'application de la loi française.

b. Ordre public et lois de police

---

[28] D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, T. II., n° 1003 et s.

[29] v. p. ex. A. Danis-Fatôme et G. Viney, *article précité*, p. 1615.

[30] Sur ce point, v. not. H. Muir Watt, « Rome II et les 'intérêts gouvernementaux' : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », in S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome II sur le loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, p. 129.

Le premier, le plus évident, est celui du recours aux mécanismes d'exception permettant l'éviction de la loi étrangère au profit de la loi française.

Le premier d'entre eux, l'ordre public, nous semble devoir être rapidement écarté. La possibilité, certes, n'est pas exclue par le règlement qui, à l'instar de tous les règlements de droit international privé, accepte que la loi applicable soit évincée si son application est « manifestement incompatible avec l'ordre public du for » (article 26). L'utilisation de l'ordre public, pourtant, est très improbable en la matière. D'une part, les jurisprudences française et désormais européenne[31] ont une conception restrictive de l'ordre public international en matière délictuelle qui tendent à n'accepter la contrariété à l'ordre public que dans des cas très rares. D'autre part et surtout, l'ordre public sert à évincer une loi étrangère dont le contenu et l'application seraient particulièrement choquants. Or, il est très improbable qu'une telle situation se présente en matière de devoir de vigilance. Que la loi française prévoie une telle obligation nouvelle est une chose ; que les autres ne le fassent pas n'est nullement choquant, en tout cas pas au point d'en refuser systématiquement l'application. L'exception d'ordre public, dès lors, semble bien incertaine.

La voie des lois de police pourrait être préférée. Le règlement Rome 2 en effet malgré l'utilisation de la périphrase « dispositions impératives dérogatoires » (article 16) accepte l'application des lois de police du for[32] et la formulation même de l'exposé des motifs de la loi française, justement soulignée par Mme Boskovic[33], incite à voir dans les règles nouvelles une loi de police dont les termes pourraient s'imposer malgré l'application de principe d'une loi étrangère. Cette solution est techniquement la plus simple, en ce qu'elle utilise un mécanisme explicitement prévu par le règlement

La solution, toutefois, présente d'importantes zones d'incertitudes. Tout d'abord, malgré le foisonnement des lois de police en droit international privé contemporain, cette qualification ne sera acquise, dans le silence du législateur, qu'après une intervention judiciaire. La même incertitude est encore plus flagrante, ensuite, quant aux rattachements qui pourraient conduire à l'application impérative de la loi française. Il est probable que le siège en France de la société mère serait suffisant. Mais est-ce le seul critère ? L'existence de filiales françaises, par exemple, pourrait-elle suffire ? Ou une activité commerciale soutenue sur le territoire français ? Peu de solution évidentes, là encore.

Cette incertitude est certes traditionnelle en matière de lois de police[34]. Il reste qu'en matière d'obligation de vigilance, elle incite à une certaine circonspection. D'autant que, comme on l'a vu, la question en réalité ne tient pas tant au caractère incontestablement impératif de la loi française qu'à l'inadéquation du rattachement de principe du règlement Rome 2. Il est vrai que l'utilisation des lois de police est courante dans ce cas, et que, fréquemment, le recours à cette technique a précédé la modification de la règle

[31] V. not. J. Basedow, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz 2005, p. 55.
[32] L'expression « lois de police » se retrouve, cette fois explicitement, au considérant n° 32 du règlement. Sur le sujet, v.
[33] *article précité*, n° 6.
[34] Pour une approche récente sur le sujet, v. part. L. d'Avout, « Les lois de police », in : T. Azzi et O. Boskovic, *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Bruylant, 2015, pp. 91 et s.

de conflit de lois elle-même[35]. Si la difficulté, pourtant, réside dans le rattachement alors peut-être faudrait-il préférer intervenir directement sur celui-ci.

Une telle possibilité existe dans le règlement : c'est la clause d'exception.

c. Mise en œuvre systématique de la clause d'exception ?

L'autre détour, peut-être le plus prometteur, touche au rattachement lui-même. Il s'agit de la clause d'exception qui permet, dans des circonstances exceptionnelles, l'application d'une autre loi que la loi du dommage.

Il en est ainsi, affirme l'article 4§3 :

« S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question. »

L'ampleur exacte à donner à cette règle reste encore à déterminer. La Cour de justice, tout particulièrement, viendra préciser les conditions exactes à mettre en œuvre pour écarter la loi normalement applicable au profit d'une autre loi, comme elle le fait progressivement en matière de contrat[36].

Il faut toutefois souligner que la particularité de la formulation de l'article 4§3 — qui a parfois été regrettée comme exagérément restrictive[37] — pourrait ici servir les objectifs de la loi française sur le devoir de vigilance. La précision faite par le texte vise bien évidemment au premier chef l'existence éventuelle d'une relation contractuelle entre l'auteur et la victime[38]. Rien n'empêche, pourtant, de tenir compte d'autres types de relations entre différentes parties impliquées dans la recherche de la responsabilité.

La précision qu'une « relation préexistante » entre les parties peut inciter à changer la loi applicable paraît ainsi correspondre à la vision de la responsabilité défendue par le texte français. Le devoir de vigilance vise précisément à anticiper sur les risques résultant des activités non seulement de la société mère, mais encore de tous les acteurs de la chaîne — filiales, sous traitants, fournisseurs — et à faire peser l'absence d'anticipation sur la société mère en priorité. C'est donc bien d'une part le comportement de la société mère qui est seul en cause, et, d'autre part, s'il est en cause, c'est bien parce qu'il existe une « relation préexistante » entre elle-même et l'éventuelle autre personne impliquée dans la réalisation du dommage. Il est donc parfaitement possible d'argumenter en faveur d'une application systématique ou, en tout cas, large, de la clause d'exception en matière de RSE en général et d'obligation de vigilance en particulier.

Une telle analyse, toutefois, reste d'une mise en œuvre incertaine. On le voit, la structure même de ce délit nouveau est une incitation forte à une application de la loi du fait générateur. L'utilisation de la clause d'exception viendrait donc pallier un rattachement

---

[35] Sur cette discussion, v. P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. Crit. DIP*. 2011. 207, spéc. n° 41 et s ; adde : L. d'Avout, *op. cit.*, p. 101.

[36] V. notamment D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, T. I, n° 521 et s.

[37] Sur l'ensemble, v. notamment C. Nourissat et E. Treppoz, « Quelques observations sur l'avant proet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles Rome 2 », *JDI*. 2003. 7.

[38] sur les liens entre les deux ordres de responsabilité, v. S. Bollée, « La responsabilité extracontractuelle du cocontractant en droit international privé », *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 119.

fondamentalement défaillant, ce qui n'est en principe pas son rôle[39]. Il est de ce fait loin d'être certain que la Cour de justice se ralliera aisément à une telle approche de la clause d'exception, permettant de recourir de façon sinon systématique en tout cas large au critère du fait générateur, expressément exclu par la règle de principe[40].

De telles incertitudes, sous l'angle des lois de police comme sous celui de la clause d'exception achèvent de convaincre de l'inadaptation fondamentale du rattachement de principe du règlement Rome 2 en matière de RSE. La modification de celui-ci ne pourrait toutefois passer que par l'insertion dans le règlement d'une règle particulière qui viendrait s'ajouter aux règles prévues pour certains délits spéciaux. La voie n'est pas exclue, mais elle est loin d'être acquise.

* *
*

C'est là sans doute la conclusion principale de ce bref tour d'horizon des questions de droit international privé posées par le devoir de vigilance : la nécessité de réinventer le conflit de lois.

Les catégories nouvelles de la responsabilité sociale des entreprises montrent que celle-ci est à l'étroit dans le conflit de lois classique. Confronté à la loi de la société, on a vu qu'une solution pourrait consister à sortir le devoir de vigilance du champ d'application de la *lex societatis*. Confronté au délit, on se rend compte que le rattachement de principe a le défaut de permettre à l'auteur principal d'échapper à la loi française et, partant, à ses sanctions.

Une solution technique à ces difficultés pourrait consister en l'élaboration progressive d'une catégorie spécifique du conflit de lois. C'est l'une des principales missions du droit international privé que de réfléchir à des catégories et si, historiquement, celles-ci se sont progressivement affinées, c'est précisément pour accueillir des questions nouvelles qui appelaient des rattachements nouveaux. La RSE pourrait dès lors faire l'objet d'une catégorie nouvelle, qui permettrait d'isoler des normes spécifiques, auxquelles on donnerait un champ d'application spécifique, centré sur l'entreprise donneuse d'ordre. Cette catégorie engloberait donc à la fois la détermination des acteurs de la responsabilité sociale et de la responsabilité qui en découle.

Une telle solution serait un incontestable progrès. Elle ne répondrait pas pourtant aux objections fondamentales auxquels se heurte le principe même du conflit de lois. Malgré tous ses avantages, la technique du conflit de lois présente en effet un défaut rédhibitoire en matière de responsabilité sociale des entreprises : ne permettre le rattachement qu'à la loi d'un seul ordre juridique étatique. Droit public, normes privées et normes de *soft law* sont exclues du raisonnement conflictuel, au profit de normes

[39] Sur le sujet, v. not. P. Rémy Corlay, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. Crit. DIP*. 2003. 37.
[40] En matière contractuelle, la Cour de justice de l'Union a clairement pris partie en faveur d'une utilisation exceptionnelle et neutre de la clause d'exception. V. not. CJUE, 12 septembre 2013, *Anton Schleker*, aff. C-64/12.

étatiques de droit privé dont l'importance certes grandissante ne doit pas faire oublier qu'elles ne sont pas les véhicules principaux de la responsabilité sociale des entreprises.

Il nous semble qu'il y a là suffisamment de matière pour inciter à une réflexion d'envergure sur les mécanismes d'applicabilité internationale du devoir de vigilance et, au-delà, des normes de RSE, *soft law* ou *hard law*. Dans sa diversité, celle-ci pose des problèmes nouveaux d'opposabilité internationale déjà bien identifiés en doctrine[41]. Dans ce cadre, la technique du conflit de lois est bien trop pauvre et sans doute le droit international privé devra-t-il se réinventer en profondeur pour saisir dans toute sa complexité normative le phénomène de la responsabilité sociale des entreprises[42]. Le chantier est d'importance, on le voit, mais c'est incontestablement à une réflexion de cette envergure qu'incite l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le devoir de vigilance.

[41] I. Daugareilh, « La responsabilité sociale des entreprises en quête d'opposabilité », in : A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF 2015, p. 183 et, sur l'ensemble, K. Martin-Chenut et R. de Quénaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit*, Paris, Pedone, 2016.

[42] Et au-delà, d'ailleurs, des nouveaux phénomènes normatifs dans leur ensemble. Sur ce point, v. les importantes réflexions d'ensemble dans H. Muir Watt et D. Fernandez Arroyo (dir.), *Private international law and Global Governance*, Oxford University Press, 2014.