

Membre de l'université Paris Lumières

Juliette CAMY

LA DILIGENCE DES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX

*Étude de droit français et de droit anglais (devoir de
vigilance et duty of care)*

Thèse présentée et soutenue publiquement le 25/06/2022

en vue de l'obtention du doctorat de Droit privé et sciences criminelles de

l'Université Paris Nanterre

sous la direction de Monsieur le Professeur Emmanuel Dockès

(Université Paris Nanterre)

Jury :

Rapporteuse :	Madame Irina PARACHKÉVOVA-RACINE	Professeur, Université Côte d'Azur
Rapporteur :	Monsieur Fabrice ROSA	Professeur, Université de Reims Champagne-Ardenne
Membre du jury :	Madame Muriel FABRE MAGNAN	Professeur, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Membre du jury :	Madame Anne DANIS- FATÔME	Professeur, Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Monsieur Nicola COUNTOURIS	Professeur, University College London
Directeur de thèse :	Monsieur Emmanuel DOCKÈS	Professeur, Université Lyon 2

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PARTIE I. LA PRÉVENTION DES ATTEINTES

Titre I. Les obligations de prévention

Chapitre 1. L'identification des obligations

Chapitre 2. Les voies de réforme des obligations

Titre II. Les acteurs de la prévention

Chapitre 1. Les acteurs de la prévention dans les relations intersociétaires

Chapitre 2. Le rôle résiduel des parties prenantes de la société

PARTIE II. LA SANCTION DE LA NÉGLIGENCE

Titre I. La détermination de la juridiction compétente et la désignation de la loi applicable

Chapitre 1. L'application des règles de compétence juridictionnelle et de conflit de lois

Chapitre 2. L'harmonisation supranationale des règles de compétence juridictionnelle et de conflit de lois

Titre II. Les conditions de la responsabilité

Chapitre 1. Les conditions de recevabilité de l'action en responsabilité

Chapitre 2. Les conditions de fond de l'action en responsabilité

CONCLUSION GÉNÉRALE

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier mon directeur de thèse, le Professeur Emmanuel Dockès. Ses conseils avisés, son exigence et sa bienveillance m'ont permis de mener à bien ce travail.

Mes remerciements vont également au Centre d'études juridiques européennes et comparées (CEJEC) de l'Université Paris Nanterre, à l'Association nationale de la recherche et de la technologie (ANRT) et au cabinet d'avocats Endrös-Baum Associés pour leur soutien. Je remercie tout particulièrement Maître Florian Endrös et Maître Muriel Mazaud pour leur confiance.

En outre, les conseils et les encouragements de Mesdames les Professeurs Anne Danis-Fatôme, Muriel Fabre-Magnan et de Madame Sandhya Drew durant la rédaction de cette thèse ont été précieux.

Durant ces années de thèse, j'ai eu la chance de travailler aux côtés de Mesdames Marie Alice Chardeaux, Aude-Solveig Epstein, Marie Nioche et de Messieurs les Professeurs Gilles J. Martin et Grégoire Leray. Je les remercie sincèrement pour leur confiance et pour avoir développé chez moi le goût de la recherche et du partage des connaissances.

Je remercie également Maître Catherine Barbaud pour son indéfectible soutien et ses conseils toujours avisés.

Enfin, je remercie très affectueusement mes proches pour leur soutien. Merci à mon compagnon, William, et à nos familles. Merci à Abigael, Amandine, Margot, Mathilde et Lily, et à tous mes amis.

Résumé

Devoir de vigilance, diligence raisonnable, *duty of care*... la diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux se décline aujourd'hui dans les droits nationaux et supranationaux.

Les deux standards de diligence étudiés, le devoir de vigilance en droit français et le *duty of care* en droit anglais, procèdent d'une logique commune et préfigurent une même direction d'avenir. Ils ouvrent la voie aux projets de traité international sur les entreprises et les droits de l'Homme et de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.

Normes de comportement au contenu variable et déterminé par les circonstances de droit ou de fait, ils supposent l'extension du périmètre de la protection des droits fondamentaux jusqu'aux limites du pouvoir de la société transnationale. Ainsi concourent-ils à l'encadrement juridique des activités des sociétés en appréhendant, par le droit, d'une part la construction réticulaire des chaînes de valeur transnationales, et d'autre part la prolifération des normes d'autorégulation et de droit souple à l'échelle mondiale.

Combinant obligations de prévention et responsabilité juridique en cas de manquement, l'effectivité de la protection des droits fondamentaux est recherchée selon des procédés aux nombreux traits communs. La loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre prévoit l'élaboration et la mise en œuvre effective d'un plan de vigilance rendu public par les grandes sociétés françaises. En cas de manquement à ces obligations, elle ouvre la possibilité de demander au juge d'enjoindre la société à agir. Elle permet aussi de poursuivre la société sur le fondement de la responsabilité

civile afin de réparer les dommages résultant de la faute de vigilance. La *common law* anglaise ouvre depuis peu la possibilité de poursuivre une société transnationale sur le fondement du délit de négligence pour manquement à son *duty of care*. Une action en responsabilité civile est rendue possible. La responsabilité de la société pourra être engagée pour une faute (*breach of duty*) ayant entraîné un dommage.

Dès lors, l'étude du devoir de vigilance et du *duty of care* s'articule autour de deux axes : le rôle de la diligence des sociétés transnationales dans la prévention aux atteintes aux droits fondamentaux, et l'action en justice mise en œuvre pour sanctionner la faute de diligence des sociétés transnationales.

Mots clés : diligence, directive, standard, devoir de vigilance, *duty of care*, négligence, droit transnational, droit international, droits de l'Homme, droits fondamentaux, droit comparé, gouvernance, partie prenante, prévention, raisonnable, responsabilité, Union européenne

Summary

Duty of vigilance, due diligence, duty of care... the human rights due diligence of transnational corporations is now reflected in national and supranational laws.

The two standards of diligence studied, the duty of vigilance in French law and the duty of care in English law, prefigure the same direction for the future. They pave the way for the international treaty on business and human rights and for the European directive on corporate sustainability due diligence.

Combining prevention obligations and liability in the event of a breach, the effectiveness of the protection of fundamental rights by transnational corporations is sought according to procedures with many common features. The French law of March 27, 2017, on the duty of vigilance of parent companies and instructing undertakings provides for the development and effective implementation of a vigilance plan made public by large French companies. In the event of a breach of these obligations, it opens the possibility of seeking an injunction against the company. It also allows the company to be sued based on civil liability to repair the damage resulting from the lack of vigilance. English common law has recently opened the possibility of suing a transnational corporation based on the tort of negligence for breach of its duty of care. A civil liability action is also made possible. The liability of the company may be engaged for a breach of duty having caused damage.

Keywords: accountability, business law, corporate governance, directive, European Union, human rights due diligence, fundamental rights, labour law, liability, private international law, responsibility, stakeholders, transnational law

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

100 p 100	Cent pour cent
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AFNOR	Association française de normalisation
<i>AJ Contrat</i>	Actualité juridique Contrat
<i>AJ Pénal</i>	Actualité juridique Droit pénal
<i>AJCT</i>	Actualité juridique Collectivités territoriales
<i>AJDA</i>	Actualité juridique Droit administratif
Art.	Article
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BIICL	<i>British Institute of International and Comparative Law</i>
BIT	Bureau international du travail
BSI	<i>British Standards Institution</i>
<i>Bull. actualités Lamy dr. éco.,</i>	Bulletin d'actualité Lamy droit économique
<i>Bull. Crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Bull. Joly sté.</i>	Bulletin Joly Société
<i>Bus. Ethics. Q.</i>	<i>Business Ethics Quarterly</i>
c.	Contre
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. env.	Code de l'environnement
C. pr. civ.	Code de procédure civile
C. séc. soc.	Code de la sécurité sociale
C. trav.	Code du travail
CAE	Centre d'analyse économique
<i>Cardozo Law Rev.</i>	<i>Cardozo Law Review</i>
CAT	<i>Competition Appeal Tribunal</i>
CCC	Revue Contrats Concurrence Consommation
CDACI	Chaire de droit des affaires et du commerce international, Université de Montréal
<i>CDE</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEN	Comité européen de normalisation
CENELEC	Comité européen de normalisation en électronique et en électrotechnique
Charte de l'env.	Charte de l'environnement
Chron.	Chronique
Cir.	<i>Circuit (United States Court of Appeals 2nd Circuit)</i>
CJL	<i>The Cambridge Law Journal</i>
CNCD-11.11.11	Centre national de coopération au développement
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme

CNGTC	Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>Constit.</i>	Revue française de droit constitutionnel
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
COP 21	21 ^{ème} Conférence des parties à la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1992
CORE	<i>Corporate Responsibility Coalition Ltd.</i>
CREDECO	Centre de recherche en droit économique de l'Université Côte d'Azur (désormais intégré au Groupe de recherche en droit, économie, gestion (GREDEG))
CSE	Comité social et économique
CSO	<i>Civil society organisation</i> (organisation de la société civile)
CURAPP	Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
Dir.	Directeur de l'ouvrage
<i>Dr. ouvrier</i>	Revue Droit ouvrier
<i>Dr. soc.</i>	Revue Droit social
ECCHR	<i>European Center for Constitutional and Human Rights</i>
ECCJ	<i>European Coalition for Corporate Justice</i>
Éd.	Édition
<i>EJIL</i>	<i>The European Journal of International Law</i>
EMN	Entreprises multinationales
ETSI	<i>European Telecommunications Standards Institute</i>
GREDEG	Groupe de recherche en droit, économie, gestion (Université Côte d'Azur)
GTIG	Groupe de travail intergouvernemental
HCDH	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme
HCJP	Haut comité juridique de la place financière de Paris
HM	<i>Her Majesty</i>
IDE	Investissement direct à l'étranger
<i>Ind. JGLS</i>	<i>Indiana Journal of Global Legal Studies</i>
ISO	Organisation internationale de normalisation
<i>J. Bus. Ethics</i>	<i>Journal of Business Ethics</i>
<i>J. Law & Soc.</i>	<i>Journal of Law and Society</i>
<i>JCP E</i>	Semaine juridique - entreprise et affaires
<i>JCP G</i>	Semaine juridique - édition générale
<i>JCP S</i>	Semaine juridique - social
<i>JDI</i>	Journal de droit international (Clunet)
JO	Journal officiel de la République française

JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
<i>JS Lamy</i>	Jurisprudence sociale Lamy
JURI	Commission des affaires juridiques du Parlement européen
<i>Just. & cass.</i>	Justice et Cassation
<i>Law & Contemp. Probs.</i>	<i>Law and Contemporary Problems</i>
LG	<i>Landgericht</i> (tribunal régional allemand)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i>	Petites affiches
LSE	<i>London School of Economics and Political Science</i>
MAE	Ministère français des affaires étrangères et européennes
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
N°	Numéro
<i>NLS Business Law Review</i>	<i>National Law School of India University Business Law Review</i>
Obs.	Observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEIGWG	<i>UN Open-Ended Intergovernmental Working Group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights</i>
OIM	Organisation internationale pour les migrations
OIT	Organisation internationale du travail
ONU	Organisation des Nations unies
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage cité)
<i>Oper Manag Res.</i>	<i>Operations Management Research</i>
PCN	Points de contact nationaux
PE	Parlement européen
PIIE	<i>Peter G. Peterson Institute for International Economics</i>
PUF	Presses universitaires de France
<i>RCA</i>	Revue responsabilité civile et assurances
<i>RDA</i>	Revue de droit d'Assas
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDH</i>	Revue des droits de l'Homme
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>RDT</i>	Revue de droit du travail
Rééd.	Réédition
Rép. min.	Réponse ministérielle
Req.	Requête (CEDH)
<i>Rev. crit.</i>	Revue critique de législation et de jurisprudence
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. Lamy dr. aff.</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés

<i>RICEA</i>	Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RMG</i>	<i>Readymade Garment</i>
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>RSC</i>	<i>RMG [Readymade Garment] Sustainability Council</i>
<i>RSE</i>	Responsabilité sociale des entreprises
<i>RTD Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD Com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>SSL</i>	Semaine sociale Lamy
<i>TLCP</i>	<i>Transnational Law & Contemporary Problems</i>
<i>UK</i>	<i>United Kingdom</i> (Royaume-Uni)
<i>UN</i>	<i>United Nations</i> (Nations unies)
<i>UNICEF</i>	Fonds des Nations unies pour l'enfance
<i>V.</i>	Voir
<i>Vol.</i>	Volume
<i>ZFE</i>	Zone franche d'exportation

Droits d'auteur : Droits d'auteur réservés. Toute reproduction sans accord exprès de l'auteur à des fins autres que strictement personnelles est prohibée.

INTRODUCTION

1. La société transnationale est le moteur d'échanges économiques mondialisés impliquant une multitude d'opérateurs. L'expression brutale de son pouvoir est une réalité que le droit appréhende avec timidité et retard. La croyance en un marché autorégulateur a pu justifier une position en retrait de la part des pouvoirs publics. Le manque de volonté politique d'encadrer juridiquement les activités des sociétés, sans parler de la défiance des acteurs économiques eux-mêmes face aux interventions étatiques, contribuent à un encadrement insuffisant des activités des sociétés transnationales. Ces obstacles ne sont pas encore levés. Cependant, face à l'ampleur des violations des droits fondamentaux survenues dans le cadre des activités des sociétés transnationales ou de celles de leurs relations commerciales, la nécessité d'une réponse juridique se fait toujours plus prégnante. Celle-ci consiste aujourd'hui principalement dans le développement du standard juridique de diligence. Le potentiel de la diligence s'analyse ici à l'aune des problématiques spécifiques soulevées par les chaînes de valeurs des sociétés transnationales. Or, un tel contexte économique et social est complexe et il n'est pas aisé d'en acquérir une compréhension juridique.

2. Dès lors, l'étude juridique de la diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux nécessite d'analyser les données du problème que la diligence a à résoudre (I). Elle suppose également de préciser les notions juridiques sur lesquelles se bâtit la diligence (II). Enfin, il s'agira de clarifier l'approche méthodologique (III) et l'approche de droit comparé choisies (IV) pour étudier les deux principaux standards de diligence émergents à l'intention des sociétés transnationales : le devoir de vigilance en droit français et le *duty of care* en droit anglais (V).

I. LES DONNÉES DU PROBLÈME

3. Étranger au vocabulaire juridique, le concept de chaîne de valeur transnationale peut être défini à l'aune du **déploiement structuré des activités économiques d'une société (A)**. Sa définition est associée à un constat ancien et partagé, celui des violations des droits fondamentaux qui peuvent survenir en son sein **(B)**.

A. La chaîne de valeur transnationale

4. La chaîne de valeur est un concept englobant. Il vise à appréhender la variété des activités mises en œuvre « pour offrir un produit ou un service au consommateur final, de sa conception jusqu'à son élimination après usage, en passant par les phases intermédiaires de production et de distribution »¹. La récente proposition de la Commission européenne de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité définit la chaîne de valeur en des termes proches. Dans ce texte, la chaîne de valeur désigne les « activités liées à la production de biens ou à la fourniture de services par une entreprise, y compris le développement du produit ou du service et l'utilisation et l'élimination du produit ainsi que les activités connexes des entreprises établies en amont et en aval relations de l'entreprise »².

¹ N. Nutz et M. Sievers, *Guide sommaire pour le développement des chaînes de valeur*, Organisation internationale du travail (OIT), 2017, p. 2 ; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---ifp_seed/documents/instructionalmaterial/wcms_546103.pdf (consulté le 06/05/2022).

² Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, COM(2022) 71 final, 2022/0051 (COD), 23/02/2022, art. 3 (g) ; https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_183885_prop_dir_susta_en.pdf (consulté le 06/05/2022).

5. L'angle d'analyse diffère entre chaîne de valeur et chaîne d'approvisionnement. Alors que les chaînes d'approvisionnement : « se concentrent souvent sur la logistique d'un système d'approvisionnement »³ du point de vue d'un acheteur principal, le concept de chaîne de valeur offre un aperçu plus général de activités et « englobe la productivité, la croissance et la création d'emplois dans le système de marché »⁴. Il renvoie à « des structures organisationnelles complexes, dont la nature est dynamique et évolutive »⁵. Filiales, sous-contractants ou encore fournisseurs s'insèrent au sein de ces chaînes. Elles sont chapeautées par une société mère, pour ce qui est du développement du groupe de sociétés, ou par une entreprise donneuse d'ordre, dans des relations contractuelles de sous-traitance ou de fourniture de marchandises ou de services.

6. Ces diverses relations intersociétaires sont initiées par un choix de gestion. Michael Porter a élaboré le concept de chaîne de valeur précisément pour donner au dirigeant un aperçu de la production de marchandises ou de la fourniture d'un service à l'aune de sa rentabilité, et ainsi l'orienter dans sa gestion. La valeur sert d'indicateur pour distinguer quelles étapes représentent un avantage concurrentiel⁶ : « les gestionnaires sont invités à distinguer dans l'entreprise les fonctions et les étapes d'activité selon qu'elles ont une valeur stratégique pour l'entreprise ou qu'elles sont des activités de soutien externalisables, ou encore des activités banalisées soumises à la concurrence en prix »⁷.

³ N. Nutz et M. Sievers, *Guide sommaire pour le développement des chaînes de valeur*, op. cit., p. 4.

⁴ *Ibid.*

⁵ Bureau international du travail (BIT), *Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, Rapport IV, Conférence internationale du Travail, 105^{ème} session, 2016 ; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_468095.pdf (consulté le 06/05/2022).

⁶ M. E. Porter, *The Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*, Free Press, New York, 1985, spéc. p. 33 et s.

⁷ A. Bienaymé, « Entreprise - Les relations interentreprises », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], (consulté le 06/05/2022).

7. Dès lors, l'internationalisation des chaînes de valeur⁸ est mise en œuvre, suivant la valeur stratégique des activités, par des investissements directs à l'étranger (IDE) ou par l'externalisation des activités par des contrats avec des sociétés étrangères. S'agissant du modèle des IDE, il crée un lien direct entre les sociétés. Par ses investissements, la société mère obtient un pourcentage du capital social des sociétés filiales. Elle peut opter pour une simple prise de participation, majoritaire ou minoritaire, le rachat ou encore le *greenfield*, c'est-à-dire la « création de toute pièce à l'étranger d'une usine possédée à 100 p 100 par la maison mère »⁹. Les IDE permettront notamment à la société mère de renforcer sa production, en la dupliquant ou en spécialisant une filiale¹⁰. Au-delà des stratégies économiques en lien avec la production, il existe aussi d'autres stratégies, notamment fiscales, qui peuvent motiver la répartition des activités au sein des chaînes de valeur transnationales.

8. S'agissant des contrats de sous-traitance et de fourniture, les liens entre sociétés peuvent être plus lâches. L'entreprise principale contracte avec des sociétés étrangères en vue d'externaliser la production. Elle a recours à des fournisseurs ou des sous-traitants avec lesquels les contacts sont souvent limités au-delà du premier rang. Ces externalisations, domestiques ou

⁸ Dès sa naissance dans les années 1980-1990, le concept de chaîne de valeur ou de « chaîne de commodité » (« *commodity chain* ») a permis au chercheur américain en sociologie économique Gary Gereffi d'appréhender la mondialisation des échanges et la diversité des activités et des acteurs impliqués. V. notamment G. Gereffi, M. Korzeniewicz, *Commodity Chains and Global Capitalism*, Praeger, Westport, 1994 ; et G. Gereffi, « *Global production system and the third World development* », in B. Stallings (dir.), *Global Change, Regional Response: The new international context of development*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

⁹ J.-L. Mucchielli, « Multinationales – Entreprises », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], (consulté le 06/05/2022).

¹⁰ Dans le cadre de son analyse des investissements à l'étranger, Richard Caves a développé une distinction entre duplication de la production à l'étranger par rapport à ce qui est produit dans le pays d'origine de la société (investissements directs dits « horizontaux ») d'une part, et spécialisation des investissements à l'étranger en vue de produire une matière première ou un intrant dans la production menée dans le pays d'origine (investissements directs dits « verticaux »). V. R. Caves, « *International Corporations: the Industrial Economics of Foreign Investment* », *Economica*, vol. 38, n° 149, 1971, p. 1.

internationales, sont désignées en anglais par le terme d'*outsourcing*.

9. Le déploiement international des chaînes de valeur est marqué par les mouvements de délocalisation, à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Désignées par le terme anglais d'*offshoring*, ces mouvements internationaux se réalisent sans changement nécessaire dans la propriété de la société¹¹. S'agissant des secteurs à forte intensité de main d'œuvre, ils s'organisent en direction des pays du Sud et se réalisent principalement par le biais de la sous-traitance¹². Les pays du Sud, à bas salaires, sont les lieux privilégiés de la localisation de la production. Diverses raisons peuvent aussi expliquer le développement de la sous-traitance dans ces pays. Des conditions d'infrastructures et de compétences peuvent permettre à la société de ne plus avoir à importer des équipements et savoir-faire dans les pays où l'activité est délocalisée. La recherche de flexibilité peut motiver ce choix : il est plus aisé de rompre un contrat de sous-traitance que de se désinvestir. Néanmoins, la réduction des coûts salariaux demeure la motivation principale¹³.

10. Les conséquences sociales des délocalisations s'avèrent délétères. Dans les pays du Nord, elles accompagnent le mouvement de désindustrialisation¹⁴ et entraînent des destructions de postes pour les travailleurs non-qualifiés. La relocalisation de la production dans les pays du Nord demeure un phénomène marginal, quoiqu'encouragé par les politiques publiques ces

¹¹ J. F. Kirkegaard, *Offshoring, Outsourcing, and Production Relocation—Labor-Market Effects in the OECD Countries and Developing Asia*, Working Paper Series, Peter G. Peterson Institute for International Economics (PIIE), 2007, p. 3 ; <https://www.piie.com/sites/default/files/publications/wp/wp07-2.pdf> (consulté le 06/05/2022).

¹² V. E. M. Mouhoud, « Les délocalisations à la recherche de faibles coûts salariaux : l'industrie et aussi... les services », in E. M. Mouhoud (dir.), *Mondialisation et délocalisation des entreprises*, La Découverte, « Repères », Paris, 2017, p. 35 et s., spéc. p. 36.

¹³ V. N. Bottini, C. Ernst, M. Luebker, « *Globalization, wage arbitrage and firms' offshoring decisions* », in *Offshoring and the labour market : what are the issues?*, OIT, 2007, pp. 5-7 ; https://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_elm/---analysis/documents/publication/wcms_113922.pdf (consulté le 06/05/2022).

¹⁴ V. L. Fontagné et J.-H. Lorenzi, *Désindustrialisation, délocalisations*, Centre d'analyse économique (CAE), 2005, p. 384.

dernières années, notamment dans une optique de réindustrialisation¹⁵. Dans les pays du Sud, le maintien de coûts faibles de production et la recherche de flexibilité ne s'accordent pas avec le respect des normes sociales et le développement d'une protection sociale des travailleurs. Les bénéfices sociaux du développement économique peuvent être d'autant plus limités que le progrès social n'est pas visé en tant que tel. On observe un phénomène de « phagocytage du social par l'économique »¹⁶.

11. Avancées économiques et avancées sur le terrain du respect des droits fondamentaux ne sont pas corrélées. La « recherche d'un lien entre performance économique et sociale »¹⁷ introduit une vision tronquée de la protection des droits fondamentaux. Elle implique « une forme d'instrumentation utilitariste et calculatrice »¹⁸ de la protection de ces droits. L'expansion des chaînes de valeur est certes synonyme d'avancées économiques dans de nombreux pays, devenus lieux d'implantation des activités. Cependant, le progrès social et le respect des droits fondamentaux sur place dépend de nombreuses variables. Il peut ne concerner qu'un secteur d'activité ou l'ensemble des travailleurs d'une région ou d'une filière¹⁹. En outre, des zones franches d'exportation ont été organisées dans les pays en voie d'industrialisation, pour accueillir les investisseurs étrangers dans des conditions favorables.

¹⁵ À ce sujet, v. notamment E. M. Mouhoud, « Théories et réalités des relocalisations dans l'industrie et les services », in W. Andreff (dir.), *La mondialisation, stade suprême du capitalisme ? En hommage à Charles-Albert Michalet*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2013, p. 333 et s., spéc. p. 346 ; J. V. Gray, K. Skowronski, G. Esenduran et M. J. Rungtusanatham, « *The Reshoring Phenomenon: What Supply Chain Academics Ought to know and Should Do* », *Journal of Supply Chain Management*, vol. 49, n° 2, 2013, p. 27 et s. ; et, s'agissant plus particulièrement du rôle de la relocalisation pour améliorer la soutenabilité de la chaîne de valeur, v. : A. Ashby, « *From global to local: reshoring for sustainability* », *Oper Manag Res.*, vol. 9, n° 3, 2016, p. 75 et s.

¹⁶ P. Reis, « Les normes sociales privées : de l'engagement volontaire à la contrainte ? », in *Critique(s) du droit : Hommage au Professeur Robert Charvin*, Publisud, Paris, 2011, p. 392.

¹⁷ P. Pailot, « L'ingérence socialement responsable dans les relations interorganisationnelles », *Relations Industrielles*, vol. 62, n° 2, 2007, p. 343.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ BIT, *Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, op. cit., p. 36.

Dans ces zones, les sociétés se sont vu exempter du respect de nombreuses règles. Elles sont des lieux de dérégulation sociale et environnementale. Ce constat conduit à appeler à un encadrement renouvelé des activités économiques au niveau mondial, le marché n'étant pas, à lui seul en mesure de garantir le respect des droits fondamentaux sur la chaîne de valeur²⁰.

B. Les droits fondamentaux dans les chaînes de valeur transnationales

12. L'impératif de respect des droits fondamentaux peine à s'accorder avec le développement des chaînes de valeur mondiales. Au préalable, il faut préciser que les atteintes aux droits fondamentaux dans ces chaînes ne sont, bien entendu, pas exclusives des violations survenues dans les chaînes de valeur nationales. Mais, ces dernières sont rarement indépendantes du déploiement des activités des sociétés transnationales. Selon une estimation livrée dans le cadre du Pacte mondial des Nations Unies, environ 80 pour cent du commerce mondial transite ainsi par des chaînes de valeur mondiales, faisant de celles-ci « l'un des leviers les plus importants permettant aux entreprises de créer un impact positif dans le monde »²¹.

13. Le travail forcé, dont le nombre de victimes dans le secteur privé était estimé par le Bureau international du travail (BIT) à 16 millions en 2016²², est présent dans les chaînes de

²⁰ La recherche d'un développement économique soutenable et encadré juridiquement rassemble un nombre croissant de pays. Nous en voulons pour preuve les Objectifs de développement durable adoptés en 2015 par les États Membres de l'Organisation des Nations unies dans le cadre du Programme de développement durable à l'horizon 2030. V. Nations Unies, Assemblée générale, *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, résolution, n° A/RES/70/1, 25/11/2015, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/90/PDF/N1529190.pdf?OpenElement> (consulté le 06/05/2022).

²¹ C. Sisco, B. Chorn, P. M. Pruzan-Jorgensen *et al.*, *Supply Chain Sustainability - A Practical Guide for Continuous Improvement*, Bureau du Pacte Mondial des Nations Unies, 2^{ème} éd., 2015, p. 3 ; https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2Fsupply_chain%2FSupplyChainRep_spread.pdf (consulté le 06/05/2022).

²² BIT, Walk Free Foundation (en partenariat avec l'Organisation internationale pour les migrations (OIM)), *Estimations mondiales de l'esclavage moderne : travail forcé et mariage forcé*, 2017, p. 11 ;

valeurs mondiales²³. Il est particulièrement répandu dans des secteurs susceptibles de s'intégrer aux chaînes de valeur mondiales, tels que la construction (18 pour cent des victimes) ou encore l'industrie manufacturière (15 pour cent)²⁴. Par conséquent, des stratégies globales initiées par les organisations internationales s'adressent aux États et aux sociétés transnationales pour appréhender les enjeux du travail forcé et, plus généralement, promouvoir le respect des droits sociaux fondamentaux à cette échelle. Parmi ces initiatives, on peut citer le rapport du BIT intitulé *Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, paru en 2016²⁵, ou encore le rapport *Mettre fin au travail des enfants, au travail forcé et à la traite des êtres humains dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, publié en 2019 par l'Organisation internationale du Travail (OIT), l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) et le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF)²⁶. Ce dernier rapport vise à concrétiser les Objectifs de développement durable (ODD), adoptés par les Nations Unies le 25 septembre 2015²⁷, et plus particulièrement l'ODD numéro 8 : « [p]romouvoir une croissance économique soutenue,

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_651912.pdf (consulté le 06/05/2022).

²³ Les appels de la part de la société civile à contrôler les importations au sein de l'Union européenne de produits issus du travail forcé sont régulièrement portés à l'attention des institutions et gouvernements européens. V. notamment European Coalition for Corporate Justice (ECCJ) *et al.*, *Key considerations for an EU instrument to control the importation of forced labour products into the EU*, 2021 ; https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2021/07/Import_controls_NGO_Paper_Final_Design.pdf (consulté le 06/05/2022).

²⁴ BIT, Walk Free Foundation (en partenariat avec l'Organisation internationale pour les migrations (OIM)), *Estimations mondiales de l'esclavage moderne : travail forcé et mariage forcé*, *op. cit.*, p. 11.

²⁵ BIT, *Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, *op. cit.*

²⁶ OIT, OCDE, OIM, UNICEF, *Mettre fin au travail des enfants, au travail forcé et à la traite des êtres humains dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, 2019 ; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipcc/documents/publication/wcms_716931.pdf (consulté le 06/05/2022).

²⁷ V. Nations Unies, Assemblée générale, *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, précité.

partagée et durable, le plein emploi productif et un travail décent pour tous »²⁸.

14. Le constat des manquements aux droits fondamentaux dans les chaînes de valeur transnationales recouvre également un versant environnemental. Si la fragmentation des chaînes de valeur n'a pas nécessairement un impact environnemental négatif en elle-même²⁹, le déploiement d'activités dans des pays où les normes environnementales sont peu présentes, voire absentes, génère pollutions et dégâts environnementaux. Des atteintes aux droits fondamentaux pourront être liées aux activités des filiales, des sous-traitants ou des fournisseurs de la société transnationale. En outre, les atteintes induites par le changement climatique, auquel contribuent les activités déployées dans les chaînes de valeur transnationales, ont été identifiées par les Nations Unies comme relevant de la responsabilité sociale des sociétés³⁰. À ce titre, il revient à celle-ci de faire preuve de diligence pour identifier et prévenir les risques³¹. Plus généralement, le déploiement global des standards de diligence en matière de droits fondamentaux dans le champ du droit international, mais également dans les droits nationaux, implique de préciser les notions juridiques à l'œuvre.

²⁸ V. la page du site des Nations Unies dédié aux ODD : <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/economic-growth/> (consulté le 06/05/2022) ; et le *Rapport sur les objectifs de développement durable*, 2019, spéc. p. 55 ; https://digitallibrary.un.org/record/3812145/files/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2019_French.pdf (consulté le 06/05/2022).

²⁹ Différentes données doivent être prises en compte. L'impact environnemental va, par exemple, varier selon le mode de transport ou le lieu de production. De plus, le commerce international permet de générer des économies d'échelle, et, par suite, moins d'émissions de CO₂. À ce sujet, v. I. Méjean, « Fragmentation des chaînes de valeur dans un contexte de préservation de l'environnement », *Melchior* ; <https://www.melchior.fr/synthese/isabelle-mejean-fragmentation-des-chaines-de-valeur-dans-un-contexte-de-preservation-de-l> (consulté le 06/05/2022).

³⁰ Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH), *Human Rights, Climate Change and Business - Key Messages*, 2021, p. 4 ; <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/materials/KMBusiness.pdf> (consulté le 06/05/2022).

³¹ *Ibid.*

II. LES NOTIONS JURIDIQUES A L'ŒUVRE

15. Différentes réflexions doctrinales ont tenté d'appréhender les formes, manifestations et potentialités de l'entreprise en droit. Les théoriciens du droit de l'entreprise et de la doctrine de l'entreprise proposent ainsi de saisir l'entreprise par-delà les différentes branches du droit. Selon Michel Despax, « lorsque c'est l'entreprise qui est concernée, il n'y a plus, entre les diverses branches du droit, de cloisons étanches, mais des barrières mobiles que le législateur déplace en fonction de considérations d'opportunité et d'ordre politique »³². Ainsi, il devient possible de déployer les potentialités d'une régulation véritablement adaptée aux activités économiques³³. Le droit économique rejoint ces préoccupations pour une large part. École fondée à Nice par Gérard Farjat, ce « droit qui s'attache aux phénomènes de pouvoir par-delà l'autonomie formelle attribuée aux sujets »³⁴, propose un encadrement juridique des manifestations du pouvoir de fait, et principalement du pouvoir des entreprises³⁵. Du point de vue de la méthode, le droit économique procède de « l'analyse substantielle, dont la vocation est de "déconstruire" les catégories juridiques formelles existantes lorsqu'elles s'avèrent en

³² M. Despax, « L'évolution du droit de l'entreprise », in P. Couvrat (dir.), *Les orientations sociales du droit contemporain, écrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 184. V. également M. Despax, *L'entreprise et le droit*, th. Université de Toulouse, LGDJ, Paris, 1956 ; et J. Paillusseau, *La Société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey/Dalloz, Paris, 1967.

³³ Sur le lien entre développement de la régulation comme nouvelle modalité de l'encadrement par le droit des activités des entreprises, notamment sous l'influence de la doctrine de l'entreprise, v. notamment C. Champaud, « Régulation et droit économique », *RIDE*, t. XVI, n° 1, 2002, p. 23 et s. ; et C. Champaud, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise*, Larcier, « Droit, management et stratégies », Bruxelles, 2011.

³⁴ G. J. Martin et J.-B. Racine, « Gérard Farjat et la doctrine », *RIDE*, t. XXVII, n° 4, 2013, p. 409.

³⁵ V. G. Farjat, *Droit économique*, (1971), 2nd éd., PUF, « Thémis », 1982 ; et G. Farjat, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, n° 0, 1986, p. 9 et s. Pour un aperçu historique, v. également J.-B. Racine et F. Siirainen, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, t. XXI, n° 3, 2007, p. 259 et s.

inadéquation avec les faits pour en faire émerger de nouvelles, plus proches de la réalité des rapports sociaux et économiques et donc plus pertinentes »³⁶, allant jusqu'à l'intégration, plus récente, des considérations environnementales³⁷. S'agissant des questions sociales, la doctrine en droit du travail a participé aux réflexions sur l'entreprise en partant notamment d'une analyse de l'entreprise comme institution sociale dans la théorie institutionnelle³⁸. Ces propositions ont

³⁶ C. Jourdain-Fortier, « Hommage à l'école niçoise du droit économique », *RIDE*, t. XXVII, n° 4, 2013, p. 407.

³⁷ L'étude croisée des dimensions économiques et environnementales a été initiée par les travaux de Gilles J. Martin. V. G. J. Martin, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, Th. Université de Nice, 1976. V. aussi : *Pour un droit économique de l'environnement – Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, éd. Frison-Roche, 2013 ; CREDECO (Centre de recherche en droit économique de l'Université Côte d'Azur) ; G. J. Martin, « Le droit économique aujourd'hui », *D.*, 2010, p. 1436 et s. V. également les travaux d'Aude-Solveig Epstein, et notamment *Information environnementale et entreprise - Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, th. Université Nice-Sophia Antipolis, Institut Universitaire Varenne, « Collection des Thèses », Paris, 2015.

³⁸ La définition de l'entreprise comme institution sociale emprunte à la sociologie. V. notamment E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 1895, rééd., Flammarion, « Champs classiques », Paris, 2019 ; C. Didry, « Institution », in A. Bevod, A. Jobert, M. Lallement, A. Mias (dir.), *Dictionnaire du travail*, PUF, « Quadrige », Paris, 2012, p. 413 et s. ; et F. Bourricaud, « Institutions », *Encyclopaedia Universalis* [en ligne], (consulté le 06/05/2022). En droit, le concept d'institution a d'abord pénétré la sphère du droit public grâce aux travaux de Maurice Hauriou. Par cet auteur, v. *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929 ; *Principes de droit public*, (1910), rééd., Dalloz, « La Bibliothèque Dalloz », Paris, 2010. V. également E. Millard, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, n° 30-31, 1995, p. 381 et s. En droit privé, et notamment en droit du travail, l'entreprise a pu être définie comme une institution, v. M. Despax, *L'entreprise et le droit*, op. cit. ; P. Durand et R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, t. I, Dalloz, Paris, 1947 ; P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, t. II, Dalloz, Paris, 1950 ; P. Durand et A. Vitu, *Traité de droit du travail*, t. III, Dalloz, Paris, 1956. Cette approche a été sujette à controverses. V. notamment G. Lyon-Caen, « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. phil. dr.*, t. 13, 1968, p. 59. Elle a finalement été rejetée par la jurisprudence sociale. Une analyse contractuelle du pouvoir de l'employeur a ainsi été consacrée dans trois arrêts majeurs : les arrêts *Raquin* (Cass. soc., 08/10/1987 ; *Bull. civ.* V, n° 541), *Le Berre* (Cass. soc., 10/07/1996, n° 93-40.966 et n° 93-41.137 ; *Bull. civ.* V, n° 278) et *Hôtel le Berry* (Cass. soc., 16/06/ 1998, n° 95-45.033 ; *Bull. civ.* n° 320). À ce sujet, v. notamment G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, « Précis », Paris, 2020, n° 654 et s.). Pour une analyse récente de la théorie de l'institution et des controverses qu'elle a engendrées en droit du travail, v. C. Giraudet, *Théorie de l'institution et droit du travail*, th. Université Paris-Nanterre, 2014. Enfin, le lien entre théorie de l'institution et autorégulation et corégulation des sociétés en matière de respect des droits fondamentaux a été également étudié, v. aussi C. Giraudet, « La théorie institutionnelle de l'entreprise : un outil pour comprendre la RSE ? », in E. Mazuyer (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, La Documentation française, Paris, 2010, p. 61 et s. ; et J. G. Ruggie, « *Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy* »,

influencé le droit positif sans pour autant que l'entreprise ne devienne une notion juridique à part entière. Sa définition demeure liée à celle de la société.

16. Il conviendra de préciser les notions de société et d'entreprise (A), afin de clarifier le cadre du respect attendu des droits fondamentaux (B) par le biais des standards de diligence (C).

A. Les notions de société et d'entreprise

17. La société est une notion juridique dont les contours sont juridiquement déterminés. L'entreprise apparaît dans le droit sans bénéficier d'une définition unique. Dès lors, il est parfois tentant de lui prêter les traits de la société. S'il convient de distinguer la définition de la société et les multiples définitions de l'entreprise (1), il faut également reconnaître que de nombreux liens se tissent entre les deux notions, ce qui peut parfois nourrir la confusion (2). Une clarification des points communs et différences entre ces deux notions doit permettre de préciser les définitions retenues et le cadre d'analyse de la diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux (C).

1. La distinction entre la société et l'entreprise

18. Juridiquement, les notions de société et d'entreprise ne se confondent pas. La société est une personne juridiquement identifiée et fait l'objet d'une définition légale en droit français et en droit anglais. L'immatriculation, ou *incorporation* en anglais, de la société est le moment de

Regulation & Governance, vol. 12, n° 3, 2018, p. 317 et s. .

son éclosion à la vie juridique en tant que personne morale à part entière³⁹. En droit français, l'article 1832 du Code civil⁴⁰ prévoit que la société se forme par la conclusion d'un contrat de société entre les associés et la mise en commun d'apports. Il emporte intéressement aux bénéfices et contribution aux pertes. En droit anglais, la décision *Salomon c. Salomon*⁴¹ affirme l'existence d'une personne morale sociétaire distincte de ses membres. Comme en droit français, les associés de la société voient en principe leur responsabilité limitée à hauteur de leur apport⁴².

19. L'entreprise est une figure qui n'est pas à proprement parler juridique. En droit, elle ne fait pas l'objet d'une définition à part entière. Néanmoins, son appréhension juridique fait apparaître plusieurs traits communs. Le premier est la généralité de son emploi. L'entreprise ne renvoie pas à une catégorie juridique précise. En droit des sociétés, elle peut désigner « l'ensemble des formes juridiques d'exploitation d'une activité économique »⁴³. Parmi ces formes, on inclut la société, « entreprise exploitée par une personne morale »⁴⁴. Le second trait commun est la reconnaissance de sa dimension essentiellement économique⁴⁵. L'entreprise

³⁹ À ce sujet, v. notamment l'étude comparative des procédures d'immatriculation des entreprises, réalisée par le Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce (CNGTC) en partenariat avec le Cabinet Athénora, dans les 28 États membres de l'Union européenne (UE) alors que le Royaume-Uni était toujours membre de l'Union : CNGTC et Cabinet Athénora, *Panorama de l'immatriculation des entreprises dans l'Union Européenne*, 2016 ; https://www.cngtc.fr/pdf/telechargement/80-Brochure_Immat_Europe.pdf (consulté le 06/05/2022). En droit français, v. C. com., art. L. 123-1 et s. et R.123-1 et s. ; et, en droit anglais, v. *Companies Act 2006*, part. 2 (« *Company formation* »).

⁴⁰ C. civ., art. 1832.

⁴¹ *Salomon c. Salomon & Co Ltd*, [1896] UKHL 1.

⁴² *Companies Act 2006*, s. 3. V. également : *Companies Act 2006*, part. 38 (« *Companies: interpretation* »).

⁴³ P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 9^{ème} éd., LGDJ, « Précis Domat », Paris, 2022, n° 55.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Paul le Cannu et Bruno Dondero relèvent la « polysémie » de la notion d'entreprise, dont la signification est avant tout économique (*ibid.*). En ce sens, et comme le soulignent Olivier Favereau et Antoine Lyon-Caen, l'entreprise est une « organisation économique, sans contenu juridique direct et aux contours fondamentalement indéterminés » (O. Favereau, A. Lyon-Caen, « Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés », *RDT*, 2017, p. 447). V. également : A. Lyon-Caen, « Le droit sans l'entreprise », in B. Segrestin, B. Roger, S. Vernac, *L'entreprise. Point aveugle du savoir*, Éditions

parcourt le *corpus* juridique à de multiples endroits, en particulier dans les matières qui organisent et encadrent l'activité économique. Ainsi, en droit de la concurrence, la définition de l'entreprise est principalement centrée sur son activité économique. L'entreprise y est généralement définie comme « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »⁴⁶. Enfin, dépourvue de personnalité juridique distincte, l'entreprise n'est, en principe, pas un sujet de droit à part entière. Elle demeure amarrée à la personnalité juridique de l'entrepreneur individuel ou de la société commerciale. Cela est le cas s'agissant, par exemple, du droit des entreprises en difficulté, réglé par le livre VI du Code de commerce français et par les *Insolvency (England and Wales) Rules* de 2016. Les procédures prévues identifient la situation de l'entreprise à celle du débiteur et tendent à ménager sa capacité à payer ses créanciers⁴⁷. Plus généralement, et selon une approche utilitaire⁴⁸, l'entreprise se confond avec la figure de l'employeur en droit du travail, ou avec celle de la société commerciale en droit des sociétés. Cette identification trouve une justification dans les liens qu'entretiennent la société et l'entreprise.

2. Les liens entre la société et l'entreprise

Sciences Humaines, « Essais », Auxerre, 2014, p. 21 et s.

⁴⁶ La CJCE a adopté cette définition dans un arrêt *Höfner* (CJCE, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, 23/04/1991 ; *Rec. I.*, p. 1979, n° 21). Elle a par la suite été reprise dans diverses décisions de la Cour, parmi lesquelles : CJCE, *Poucet et Pistre c. AGF et Cancava*, aff. C-159/91 et C-160/91, 17/02/1993 ; *Rec. I.*, p. 637, CJCE, *Fenin*, aff. C-205/03 P, 11/07/2006 ; *Rec. I.*, p. 6295 ; CJUE, *AG2R Prévoyance*, aff. C-437/09, 03/03/2011 ; *Rec. I.*, p. 973 ; CJUE, *SOA Nazionale Costruttori*, aff. C-327/12, 12/12/2013 ; *Rec. I.*, p. 827.

⁴⁷ D. Robine, M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^{ème} éd., Dalloz, « Précis », Paris, 2020, n° 300.

⁴⁸ François Gaudu évoque le recours à un « synonyme utilitaire » comme la société ou l'employeur (F. Gaudu, « L'entreprise définie par ses responsabilités ? », in B. Baudry (dir.), *Analyses et transformations de la firme. Une approche pluridisciplinaire*, La Découverte, « Recherches », Paris, 2009, p. 319).

20. Les liens entre la société et l'entreprise sont multiples. Ils éclairent certains des enjeux importants de la diligence. D'une part, l'analyse de l'entreprise commune de la société permet d'interroger la portée de son action, notamment en termes de protection des droits fondamentaux (a). D'autre part, la reconnaissance de l'entreprise en droit peut recouvrir un enjeu d'imputation des obligations : les obligations peuvent être imputées à la société ou à l'entreprise (b).

a. L'entreprise commune

21. L'entreprise apparaît en filigrane à l'occasion des évolutions du droit français comme du droit anglais, lorsqu'il revient à la société de s'interroger sur le sens et l'impact de son action. La société se forme autour d'un intérêt commun, l'intérêt social. S'il n'est pas juridiquement défini⁴⁹, l'intérêt social se matérialise par une entreprise commune. Elle est ainsi entendue comme le sens ou la direction de l'activité sociétaire. Elle s'identifie également aux moyens

⁴⁹ Ces considérations ont été portées récemment par Blanche Segrestin dans son article « Intérêt social et objet social, ou comment renouveler une convention d'entreprise », in P. Batifoulier, F. Bessis, A. Ghirardello, G. de Larquier, D. Remillon (dir.), *Dictionnaire des conventions. Autour des travaux d'Olivier Favereau*, Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2016, p. 174 et s. Les différentes notions d'intérêt social, d'entreprise commune et d'objet social ont pu faire l'objet de raffinements jurisprudentiels et de discussions doctrinales, sans pour autant être clairement distinguées. Tout de même, le juge affirme la distinction entre l'intérêt social et l'intérêt des associés. En droit français, v. CA Paris, 22/05/1965 ; *JCP G*, 1965, II, concl. R. Neveu ; *D.*, 1968, jurispr., p. 147, note R. Contin. En droit anglais, v. *Salomon c. Salomon & Co Ltd*, [1897] AC 22 ; et *Lee c. Lee's Air Farming Ltd*, [1961] AC 12. Dans cette dernière décision, la cour néo-zélandaise (le *Judicial Committee of the Privy Council*) réaffirme les principes dégagés par la Chambre des lords dans *Salomon* à propos de la définition d'un intérêt social distinct de celui des associés. À ce sujet v. : S. Rousseau et I. Tchotourian, « L'"intérêt social" en droit des sociétés : Regards transatlantiques », Chaire de droit des affaires et du commerce international (CDACI), Université de Montréal, 2009, p. 1 et s., spéc. pp. 18-19 ; <http://hdl.handle.net/1866/3072> (consulté le 06/05/2022). L'intérêt social tend désormais à inclure les intérêts d'une variété d'acteurs : les parties prenantes de la société. Sur ce point, v. notamment S. Deakin, D. Gindis, G. M. Hodgson, K. Huang, K. Pistor, « *Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law* », *Journal of Comparative Economics*, vol. 45, n° 1, 2017, pp. 188-200 ; et les développements sur le rôle des parties prenantes, *infra*, n° 236 et s.

d'action servant les finalités de la société. Selon cette acception, l'entreprise est l'organisation permettant la « réunion, sous l'autorité de l'employeur ou de ses préposés, de travailleurs salariés poursuivant sous une forme juridique variable une activité commune »⁵⁰.

22. Le premier alinéa de l'article 1833 du Code civil prévoit que la société est constituée dans l'intérêt commun des associés, ceux qui l'ont créée⁵¹. L'intérêt commun suppose que les associés s'attachent à maximiser les bénéfices, et à développer des activités génératrices de profits⁵². Il suppose aussi, en théorie, une égalité entre associés, d'où le développement des théories de l'abus de majorité ou de minorité. Or cette vision de l'intérêt commun centrée sur les associés est aujourd'hui remise en question. Les dispositions des articles 1832 et 1833 du Code civil ont été perçues comme trop réductrices au vu de la variété des sociétés et des aspirations qui s'y expriment. Ces critiques ont pris la forme d'une réflexion sur le sens de l'entreprise, entendue comme la finalité de la société. Pour en tenir compte, les articles du Code civil relatifs à la société ont récemment été modifiés par la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi « Pacte »⁵³. L'ambition du législateur était de modifier le Code civil afin de servir trois objectifs distincts : introduire la notion d'intérêt social dans le droit commun des sociétés, reconnaître la possibilité aux sociétés qui le souhaitent de se doter d'une raison d'être dans leurs statuts, et permettre la création d'un statut d'entreprise à mission⁵⁴.

23. Le droit anglais n'a pas opéré une réforme comparable à la loi Pacte. Dans les pays de

⁵⁰ G. Cornu, « Entreprise », *Vocabulaire juridique*, PUF, « Quadrige Dicos Poche », Paris, 2021.

⁵¹ C. civ. art. 1833, al. 1 : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ».

⁵² D. Schmidt, « La société et l'entreprise », *D.*, 2017, p. 2380.

⁵³ Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite loi « Pacte »), JORF n° 0119, 23/05/2019.

⁵⁴ V. le commentaire de l'article 61, *in* Ass. nat., Projet de loi n° 1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 2018, « Exposé des motifs ».

common law, la notion d'entreprise commune émerge peu. Le droit des sociétés ne s'intéresse que de façon marginale aux rapports avec les salariés, et, plus généralement avec les parties prenantes en dehors des actionnaires⁵⁵. Il faut néanmoins souligner que la loi relative aux sociétés commerciales (le *Companies Act 2006*) les encourage à engager une réflexion sur le sens et les impacts de leurs activités commerciales. Elle intègre à la définition des missions stratégiques de l'entreprise les questions relatives au respect des droits fondamentaux et à l'environnement. Cette intégration se manifeste par l'établissement d'un rapport stratégique par les sociétés cotées sur ces risques, dits extra-financiers⁵⁶. Le rapport est un exercice de bonne gouvernance de la part des dirigeants. Il est destiné aux actionnaires. Il comprend des informations générales sur le développement, la performance et le positionnement de la société et intègre des informations extra-financières sur les risques relatifs aux droits fondamentaux et à l'environnement. Cette obligation de rapportage est purement déclarative et la loi ne prévoit pas que des mesures concrètes doivent y être associées. On touche ici aux limites de ce type d'obligation : le renforcement de la transparence n'implique pas l'effectivité de la protection contre les atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement. Des voies ont été recherchées pour imputer des obligations plus contraignantes.

b. L'imputation des obligations

24. Le principe de la séparation des personnes morales et la conception unitaire de

⁵⁵ À ce sujet, v. S. Deakin, D. Gindis, G. M. Hodgson, K. Huang, K. Pistor, « *Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law* », *op. cit.*, p. 98. V. également *infra* n° 257-262.

⁵⁶ Le droit commercial anglais est le fruit de la transposition de la directive 2013/34/UE, amendée par : PE et Conseil, Directive n° 2014/95/UE du 22 octobre 2014 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 330/1, 15/11/2014. V. *Companies Act 2006*, part 15, chap. 4A, s. 414 C.

l'employeur sont les boussoles de l'analyse des rapports sociétaires et des rapports de travail. Ces boussoles sont présentes tant en droit français qu'en droit anglais⁵⁷. Cependant, les deux droits, comme la plupart des droits européens, prévoient la possibilité pour le juge d'y faire exception en cas d'immixtion fautive par une société dans la gestion d'une autre. Il s'agit ainsi d'identifier la personne à qui imputer des obligations de prévention, pour y assortir une sanction en cas de manquement⁵⁸. Or, la sanction de l'absence d'autonomie des sociétés suppose la reconnaissance de l'unité économique de l'entreprise.

25. En droit français, la reconnaissance du coemploi par le juge opère selon un tel procédé. Elle n'intervient néanmoins que dans des situations exceptionnelles⁵⁹. Par une série d'arrêts des 2 et 8 juillet 2014⁶⁰, le domaine d'application du coemploi a été largement limité. Dans ces arrêts, la Cour de cassation pose une série de critères applicables pour la reconnaissance d'une situation de coemploi. D'une part, l'immixtion doit être constatée dans un double domaine, celui de la gestion économique et sociale. D'autre part, la notion d'immixtion fait l'objet d'une double limitation : toute ingérence dans la gestion n'est pas une immixtion, et toute immixtion n'est pas susceptible de constituer une situation de coemploi. L'immixtion pour permettre une

⁵⁷ J. Prassl, « L'emploi multilatéral en droit anglais. A la recherche du patron perdu », *RDT*, 2014, p. 238 et s.

⁵⁸ L'imputation normative, distinguée par Hans Kelsen du principe de causalité scientifique, met en avant les dimensions contraignante et sanctionnatrice du droit. Hans Kelsen explique cette distinction de la façon suivante : « lorsqu'un acte transgressant le droit est commis, il doit s'ensuivre une conséquence, une sanction. Celle-ci n'est toutefois pas causée par le non-respect du droit de la même manière que la dilatation du métal par la source de chaleur ; au contraire, elle est imputée à la violation du droit » (H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », 1953, rééd., *Droit et société*, n° 22, 1992, p. 553).

⁵⁹ V. notamment P. Bailly, « Le coemploi : une situation exceptionnelle », *JCP S*, 2013, p. 1141 et s.

⁶⁰ Cass. soc., 02/07/2014, n° 13-15.208 à 13-21.153 ; *D.*, 2014, p. 1502 ; *ibid.*, p. 2147, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas ; *ibid.*, 2015, p. 829, obs. J. Porta et P. Lokiec ; *Rev. soc.*, 2014, p. 709, note A. Couret et M.-P. Schramm ; *RDT*, 2014, p. 625, obs. M. Kocher ; *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 594, note F. Jault-Seseke ; *JCP S*, 2014, p. 1311, note G. Loiseau ; Soc. 08/07/2014, n° 13-15.573 et 13-15.470, *RDT*, 2014, p. 672, note A. Fabre.

bonne coordination des actions économiques n'est pas fautive⁶¹. Hors de l'existence d'un lien de subordination, elle doit aller « au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer »⁶². Par un arrêt du 25 novembre 2020⁶³, la Cour de cassation a tenu à préciser les critères applicables en matière de coemploi non subordonné : seule une immixtion « permanente »⁶⁴ d'une société dans la gestion économique et sociale de la société employeur, qui conduirait à la « perte totale d'autonomie d'action »⁶⁵, sera susceptible d'être sanctionnée. Le critère de la triple confusion d'intérêts, d'activité et de direction est abandonné⁶⁶. Quoiqu'exceptionnellement prononcée, le coemploi demeure néanmoins une sanction utilisée par le juge en cas d'immixtion anormale de la société mère dans les affaires de sa filiale dans le groupe en droit français.

26. En droit anglais, la reconnaissance du *common employer*, ou *general employer*, est comparable au coemploi. Comme cela est le cas en France, la décision judiciaire de reconnaître un seul et unique employeur n'intervient que rarement, et dans les situations les plus

⁶¹ V. également, dans le même sens : Cass. soc., 06/07/2016, n° 14-27.266 à 14-27.946 ; Cass. soc., 06/07/2016, n° 15-15.481 à 15-15.545 ; Cass. soc., 06/07/2016, n° 14-26.541. La Cour précise que « le fait que la politique du groupe déterminée par la société mère ait une incidence sur l'activité économique et sociale de sa filiale, et que la société mère ait pris dans le cadre de cette politique des décisions affectant le devenir de sa filiale et se soit engagée à garantir l'exécution des obligations de sa filiale liées à la fermeture du site et à la suppression des emplois ne pouvaient suffire à caractériser une situation de coemploi ». À propos de ces arrêts, v. notamment S. Vernac, « L'avenir sauvegardé du coemploi », *RDT*, 2016, p. 560 et s.

⁶² Cass. soc., 02/07/2014, n° 13-15.208 à 13-21.153, précités.

⁶³ Cass. soc., 25/11/2020, n° 18-13.769 ; *Sem. soc. Lamy*, n° 1936, 2021, note G. Auzero ; *JCP S*, 2021, p. 1019, note Y. Pagnerre ; *RDT*, 2020, p. 749, note M. Kocher et S. Vernac ; *Dr. soc.*, 2021, p. 367, obs. D. Baugard.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Ce critère avait été clairement affirmé par la Cour de cassation à partir de 2011 (V. Cass. soc., 18/01/2011, n° 09-69.199 ; *Bull. civ. V*, n° 23 ; *Rev. sociétés*, 2011, p. 154, note A. Couret ; *RDT*, 2011, p. 168, étude F. Géa ; *ibid.*, p. 285, controverse L. Draï et C. Pares ; *JCP S*, 2011, p. 33, obs. P. Morvan).

pathologiques⁶⁷. Dans les deux droits, ces mécanismes appréhendent « le contrôle de la société mère sur la structure de sa filiale »⁶⁸, pour mieux sanctionner l’immixtion anormale d’une société dans la gestion d’une autre société. La sanction signifie la levée du voile sociétaire pour faire apparaître la réalité de la confusion des personnalités juridiques⁶⁹.

27. La diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux se distingue des sanctions de l’immixtion anormale. **Il s’agit de prendre acte de la situation de pouvoir et de dépendance entre sociétés pour qu’elle constitue un levier de la prévention dans l’entreprise.** Les obligations de prévention de la société diligente reposent certes sur l’immixtion dans la gestion d’une autre société. Elles ont vocation à s’appliquer au sein du périmètre de l’entreprise. Cependant, en cas de manquement, la séparation des personnes morales n’est pas remise en cause. L’engagement de la responsabilité civile de la société transnationale pour faute de diligence ne sanctionne pas l’immixtion anormale, mais le défaut d’intervention en vue de prévenir la violation des droits fondamentaux. **La nouvelle loi sur le devoir de vigilance et le développement du contentieux relatif au *duty of care* traduisent la dynamique dont bénéficie la responsabilité civile extracontractuelle au détriment des**

⁶⁷ En ce sens, v. L. Ratti, « Réseaux d’entreprises et coemploi, perspectives comparatives », *RDT*, 2015, p. 72 et s. ; et Y. Pagnerre, « Le co-emploi à l’épreuve du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 69, n° 2, 2017, p. 383 et s., spéc. pp. 387-388.

⁶⁸ E. Peskine, S. Vernac, « Pouvoir et responsabilités dans les organisations pluri-sociétaires », in G. Borenfreund et E. Peskine (dir.), *Licenciements économiques et restructurations, vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2015, p. 130.

⁶⁹ Sheldon Leader décrit l’évolution de la jurisprudence anglaise. La sanction de la confusion entre sociétés et de l’absence de liberté décisionnelle de la filiale justifiait l’engagement de « la responsabilité découlant du contrôle exercé par la mère sur sa filiale ». Puis, le *duty of care* de la société mère vis à vis de sa filiale a été reconnu, sans levée du voile de sociétaire, par la décision *Chandler c. Cape* ([2012] EWCA Civ 525). V. S. Leader, « Responsabilité civile et responsabilité sociétale des sociétés mères : une innovation au Royaume-Uni », in A. Ghenim, C. Hannoun, P. Henriot, E. Peskine, F. Rilov et S. Vernac (dir.), *Groupes de société et droit du travail*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2019, p. 113 et s., spéc. p. 114).

logiques de co-responsabilité⁷⁰.

28. En droit français, la loi sur le devoir de vigilance allie obligations de prévention et engagement de la responsabilité de la société en cas de manquement à ses obligations. Les obligations sont attribuées à une société commerciale. Sa responsabilité pourra naître si sa faute a causé un dommage survenu dans le cadre de ses activités ou de celles d'une autre société.

29. Le droit anglais est porteur de potentialités similaires. Il existe en *common law* une souplesse permettant d'adopter une vision fonctionnelle de l'employeur et de sortir d'une vision statique et inadaptée aux évolutions actuelles⁷¹. Cees van Dam distingue notamment les techniques du *piercing the veil* et du *duty of care*⁷². La première fait tomber les frontières entre sociétés pour sanctionner l'immixtion fautive. La seconde implique des mesures de prévention, prises par la société tête de groupe ou le donneur d'ordre, et une sanction en cas de manquement (*breach of duty*) par l'engagement de la responsabilité de cette société. Ainsi, la diligence « ouvre la voie, non pas à une solidarité des sociétés, mais à une distribution des obligations entre [sociétés] et une répartition de leur responsabilité »⁷³. Afin de comprendre et d'interroger cette répartition des rôles et des responsabilités, il s'agit dès lors de distinguer les notions de société et d'entreprise.

⁷⁰ En ce sens, v. notamment M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 2, PUF, « Thémis », Paris, 2021, n° 495. V. également *infra* n° 372.

⁷¹ J. Prassl, « L'emploi multilatéral en droit anglais. A la recherche du patron perdu », *op. cit.*

⁷² C. van Dam, « *Human Rights Obligations of Transnational Corporations in Domestic Tort Law* », in J. L. Černič et T. Van Ho (dir.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2015, p. 493.

⁷³ E. Peskine, « Le coemploi dans l'angle mort » in J.-F. Cesaro, E. Peskine, « Le coemploi sur la sellette ? », *RDT*, 2014, p. 663.

3. La société et l'entreprise : définitions retenues

30. La diligence a vocation à être mise en œuvre par la société, sur l'ensemble de sa chaîne de valeur, à des fins de prévention des atteintes aux droits fondamentaux. Un défaut de prévention pourrait conduire à ce qu'une atteinte aux droits fondamentaux se matérialise au sein de cette même chaîne et cause des dommages aux tiers. Cependant, si le concept de chaîne de valeur permet d'appréhender le périmètre des mesures de prévention prises par la société, il ne suffit pas à penser ensemble le rôle respectif de la société débitrice des obligations et des sociétés qui se situent dans le champ d'application des mesures prises en application de ces obligations. **Or, la compréhension des relations intersociétaires, et des rapports de pouvoir qui s'y nouent, est déterminante pour la définition des rôles de chacun.** Elle suppose d'enrichir le concept de chaîne de valeur d'une distinction entre société et entreprise.

31. Les définitions retenues de la société et de l'entreprise s'attachent à clarifier le fonctionnement de la diligence. Elles renvoient à l'attribution des obligations de prévention et aux personnes susceptibles de voir leur responsabilité engagée. **La société est définie à l'aune de sa qualité de débitrice des obligations (a).** Elle noue des relations avec d'autres sociétés dans le cadre du développement de ses activités, le cas échéant à l'échelle transnationale, à l'occasion desquelles elle devra se montrer suffisamment diligente en matière de droit fondamentaux. **L'entreprise regroupe les sociétés parties à ces relations intersociétaires. Elle se distingue par sa fonction heuristique (b).**

a. La société, débitrice des obligations de diligence

32. Le pouvoir de la société transnationale a été identifié par les rédacteurs de la proposition

de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre⁷⁴ comme le levier central des actions de prévention en matière de droits fondamentaux. Ils considèrent ainsi que « les sociétés transnationales jouent aujourd'hui un rôle majeur dans la gouvernance économique mondiale et dans le jeu des échanges internationaux »⁷⁵.

33. **L'étude sera centrée sur les sociétés dites transnationales.** Ces sociétés se distinguent, non pas par leur taille, mais par la « nature de leur marché »⁷⁶. Elles développent leurs activités à l'échelle transnationale et sont, à ce titre, « insérées dans des filières mondiales de production »⁷⁷. L'analyse de la diligence des sociétés transnationales permet de comprendre et de commencer à appréhender ce mouvement global. La diligence est certes cantonnée à la reconnaissance d'obligations de prévention et de la responsabilité des sociétés mères et des donneurs d'ordre en cas de manquement. Seules ces sociétés, et non l'entreprise tout entière, sont visées. Mais la portée de la diligence est plus vaste. Elle ne se limite pas aux frontières de la société débitrice des obligations. Elle a vocation à se traduire par des mesures prises au sein de l'entreprise au sens large.

b. La fonction heuristique de l'entreprise

34. La fonction heuristique de l'entreprise signifie qu'elle agit comme la révélatrice de l'existence d'un ensemble de sociétés⁷⁸, faisant fi des distinctions et limitations juridiques pour

⁷⁴ Le terme d'« entreprise » est ici entendu comme synonyme de la société et dotée de la personnalité morale.

⁷⁵ Ass. Nat., « Exposé des motifs », Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n°1519, 2013, p. 2.

⁷⁶ P. Calame, *Métamorphoses de la responsabilité et contrat social*, Éditions Charles Léopold Mayer, Paris, 2020, p. 214.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ L'heuristique est un terme relevant de la méthodologie scientifique qui renvoie à « tous les outils intellectuels, tous les procédés et plus généralement toutes les démarches favorisant la découverte (...) »

rendre compte de la réalité des relations de pouvoir en son sein. **Sa définition suppose la remise en cause de la théorie de la séparation des personnes morales, dans la mesure où la diligence étend la portée des décisions de gestion internes à la société à l'entreprise au sens large**⁷⁹. En ce sens, elle constitue un prolongement des réflexions sur les pratiques déjà existantes. En effet, elle permet d'approfondir les initiatives volontaires de coopération entre sociétés en vue de limiter l'impact social et environnemental de la société. Les démarches de responsabilité sociale des entreprises (RSE)⁸⁰ s'appliquent d'ores et déjà au-delà des frontières des sociétés pour accompagner le développement des activités commerciales à l'échelle transnationale⁸¹. Philippe Pailot fait ainsi remarquer que : « la RSE est moins construite autour de la personnalité morale de l'entreprise (...) qu'en référence à ses relations, ses engagements

ou l'invention dans les sciences », et, plus généralement, à une « théorie de l'élaboration de la science » (J.-P. Chrétien-Goni, « Heuristique », *Encyclopædia Universalis*, [en ligne] (consulté le 06/05/2022)). Ces définitions sont ici adaptées au contexte de l'étude juridique de la diligence. Relever la fonction heuristique du recours à la notion d'entreprise permet de mettre en lumière les relations intersociétaires qui sous-tendent l'application de la diligence.

⁷⁹ La diligence vise ainsi à « prendre en compte les principes de la conduite responsable des entreprises dans le cadre des politiques et systèmes de gestion de l'entreprise » (OCDE, *Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises*, 2018, p. 24 ; <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/Guide-OCDE-sur-le-devoir-de-diligence-pour-une-conduite-responsable-des-entreprises.pdf> (consulté le 06/05/2022)).

⁸⁰ Dès 2001, la Commission européenne définit la RSE dans un rapport officiel. Cette définition insiste sur le caractère non-contraignant. La RSE consiste en « l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ». Elle implique « non seulement [de] satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi [d']aller au-delà et [d']investir "davantage" dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes » (Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Livre vert, 366 (final), 2001, pts. 20 et 21). Cette définition évolue en 2011. Il s'agit toujours d'une démarche essentiellement volontaire. Mais la nouvelle définition vise également à prendre en compte, non seulement les effets positifs, mais aussi les effets négatifs des entreprises. Ainsi, « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société » suppose, non seulement d'« optimiser la création d'une communauté de valeurs », mais également de « recenser, prévenir et atténuer les effets négatifs potentiels que les entreprises peuvent exercer » (Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, 681 (final), 2011, § 3.1).

⁸¹ C. Hannoun, S. Vernac, « La RSE ou l'essor de l'Entreprise-providence », in *À droit ouvert – Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 2018, p. 426 et s., spéc. p. 436.

ou ses contrats »⁸². En tant que forme d'« instrumentation socialement responsable des pratiques de coopération »⁸³, elle a pour effet de « repositionne[r] les transactions économiques dans les champs institutionnels qui les encadrent et influe sur les niveaux des coûts de transaction »⁸⁴. Elle s'analyserait, dès lors, comme le prolongement, en matière de soutenabilité, de la théorie de la firme et des réflexions de Ronald Coase sur les coûts de transaction⁸⁵. Mais, au sein d'une « organisation complexe »⁸⁶, souvent construite en réseaux⁸⁷, les nouvelles règles juridiques ont pour spécificité de dépasser la dimension volontaire de la RSE. Elles tendent à fixer les conditions de l'imputation des obligations de diligence et de la responsabilité juridique en cas de dommage.

35. L'analyse des rapports de pouvoir entre sociétés est appelée à devenir le point de départ de la construction d'un régime juridique propre, avec pour fondement doctrinal le concept d'entreprise. Potentiellement, **l'entreprise peut être le véhicule d'une émancipation du droit au-delà d'une vision cantonnée aux frontières de la société personne morale**⁸⁸. Cette émancipation ne peut se réaliser par une définition statique de l'entreprise⁸⁹, mais par

⁸² P. Pailot, « L'ingérence socialement responsable dans les relations interorganisationnelles », *op. cit.*, p. 340.

⁸³ *Ibid.*, p. 358.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ V. notamment R. H. Coase, « *The nature of the firm* », *Economica*, n° 4, 1937, p. 386 et s. ; R. H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988 ; et C. N. Pitelis et D. J. Teece, « *The (new) nature and essence of the firm* », *European Management Review*, n° 6, 2009, p. 5 et s.

⁸⁶ E. Peskine, S. Vernac, « Pouvoir et responsabilités dans les organisations pluri-sociétaires », *op. cit.*, p. 121.

⁸⁷ À ce sujet, v. E. Peskine, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, th. Université Paris Nanterre, LGDJ, « Bibliothèque d'ouvrages de droit social », Paris, 2008.

⁸⁸ O. Favereau et B. Roger (dir.), *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales. Programme de recherches interdisciplinaires*, et *Entreprise : propriété, création collective, monde commun*, programmes de recherches interdisciplinaires, Collège des Bernardins, 2009-2012 et 2012-2014.

⁸⁹ Selon E. Peskine, « [l]a rupture avec une conception statique de l'organisation et de ses acteurs est rendue nécessaire par le caractère fuyant des relations de pouvoir qui donnent corps à l'organisation et qui unissent différentes entités, société-mère ou grand-mère, société donneuse d'ordre, bailleur de fonds,

l'exploration de son potentiel d'adaptation aux évolutions des modèles de production, des relations sociétaires et, par extension, des relations de travail, au travers d'une vision fonctionnelle de l'entreprise. **Dès lors, l'entreprise s'analyse comme le véhicule de la compréhension des relations complexes entre sociétés commerciales, de leurs manifestations et conséquences.** Pour cela, il faut « dépasser les frontières de la personne morale pour reconstruire des lieux, des espaces organisationnels »⁹⁰. L'entreprise est ainsi comprise comme un « grand ensemble »⁹¹ qui intègre la société et potentiellement l'ensemble de sa chaîne de valeur au sein de laquelle s'applique la prévention en matière de droits fondamentaux.

B. Les droits fondamentaux

36. **L'expression de « droits fondamentaux » sera employée dans le cadre de cette étude.** Les droits fondamentaux sont souvent synonymes des droits de l'Homme⁹². Ici, son emploi ne vise pas à déterminer, parmi les droits de l'Homme, ceux qui seraient dits « fondamentaux »⁹³. Cependant, il peut être reconnu une dimension spécifique aux droits fondamentaux : leur dimension essentiellement judiciaire les distinguerait des droits de

banque ou fonds d'investissement » (E. Peskine, « À la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *RDT*, 2019, p. 23).

⁹⁰ *Ibid.*, p. 21.

⁹¹ O. Favereau, A. Lyon-Caen, « Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés », *op. cit.*, p. 447.

⁹² Comme le relève Claude Lefort, les droits de l'Homme, ou droits fondamentaux, se rejoignent en ce que, « s'ils sont constitutifs d'un débat public, ne sauraient se résumer à une définition, telle que l'on puisse s'accorder universellement sur ce qui leur est ou non conforme, soit dans la lettre, soit dans l'esprit » (Cl. Lefort, « Les droits de l'homme en question », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 13, n° 2, 1984, pt. 55).

⁹³ Cl. Lefort, « Les droits de l'homme en question », *ibid.*, pt. 75.

l'Homme. Cette distinction a pu être critiquée comme un « excès du conceptualisme »⁹⁴ juridique. Il nous apparaît néanmoins que ce lien tissé entre contentieux et droits fondamentaux sied particulièrement à l'analyse des standards de diligence. Il permet de mettre en évidence le rôle joué par le juge, auquel ces standards sont pour partie destinés, afin de lui offrir la marge d'appréciation nécessaire à l'adaptation des règles de la responsabilité au respect par les sociétés transnationales des droits fondamentaux⁹⁵. De plus, les droits fondamentaux renvoient à des référentiels de droit international et de droit européen qui appréhendent les sociétés transnationales à l'aune des dommages qu'elles causent, dans le cadre des relations de travail et, plus largement, de la société et des écosystèmes.

37. L'étude de la diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux n'est pas une étude détaillée des droits fondamentaux. Cependant, il convient d'identifier les principaux droits et libertés auxquels les sociétés transnationales peuvent porter atteinte, parmi lesquels on distingue les droits sociaux fondamentaux (1) et les droits fondamentaux en matière environnementale (2).

1. Les droits sociaux fondamentaux

38. Dans le champ des relations de travail, les droits sociaux fondamentaux sont une catégorie qui appartient à la fois aux droits de l'Homme et au droit du travail⁹⁶. Le mouvement

⁹⁴ R. Legendre, *Droits fondamentaux et droit international privé – Réflexion en matière personnelle et familiale*, th. Université Paris 2 Panthéon-Assas, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Paris, 2020, p. 33, note n° 161.

⁹⁵ Sur le rôle des standards juridiques, v. *infra* n° 51-53.

⁹⁶ À ce sujet, v. notamment J.-M. Bonvin, « Droits sociaux fondamentaux », in A. Bevod, A. Jobert, M. Lallement et A. Mias (dir.), *Dictionnaire du travail, op. cit.*, 2005 ; C. La Hovary, *Les droits fondamentaux au travail – Origines, statut et impact en droit international*, PUF, Paris, 2009 ; A. Lyon-Caen et P. Lokiec, *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2005 ; M.-A. Moreau, H. Muir-Watt et P. Rodière, *Justice et mondialisation en droit du travail*, Dalloz,

de fondamentalisation du droit du travail se manifeste, notamment, dans les évolutions des travaux de l'OIT. La Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, adoptée en 1998 identifie ainsi quatre séries de droits dits « fondamentaux » : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants et l'élimination des discriminations en matière d'emploi et de profession⁹⁷. Une définition du travail décent, élaborée à partir de l'article 23 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH)⁹⁸, complète cette liste de droits en insistant sur la sécurité et la santé au travail⁹⁹.

39. La fondamentalisation du droit du travail a pu être critiquée car elle serait porteuse d'un appauvrissement du droit du travail¹⁰⁰. Elle impliquerait un renoncement à un idéal de progrès

« Thèmes et commentaires », Paris, 2010 ; et P.-Y. Verkindt, « Droits fondamentaux », in N. Postel et R. Sobel (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2013, p. 134 et s. Parmi les rapports à ce sujet, v. notamment BIT, *Les règles du jeu : une brève introduction aux normes internationales du travail*, 2009 ; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_318125.pdf (consulté le 06/05/2022).

⁹⁷ K. Ewing, O. Tudor, D. Blackburn, *Evidence to the Joint Committee on Human Rights on Brexit and labour human rights*, Parlement Britannique, 2016, p. 3 ; <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/human-rights-committee/human-rights-and-business/oral/37802.html> (consulté le 06/05/2022).

⁹⁸ L'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) dispose que : « 1. Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage.

2. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal.

3. Quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine et complétée, s'il y a lieu, par tous autres moyens de protection sociale.

4. Toute personne a le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts. ».

⁹⁹ OIT, « Santé et sécurité au travail », thème, actualisé en 2022 ; <https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang--fr/index.htm> (consulté le 06/05/2022).

¹⁰⁰ À ce sujet, v. notamment I. Meyrat, *Droits fondamentaux et droit du travail*, th. Université Paris Nanterre, 1998. L'auteur considère que le développement des droits fondamentaux, s'il a pu enrichir le

social. L'ensemble est, en outre, pour le moins disparate et certainement assez flou quant à ses traductions concrètes. S'agissant de la Déclaration de l'OIT, face aux difficultés à faire adhérer les États à ses conventions¹⁰¹, la définition de droits fondamentaux tend utilement à recentrer l'action de cette organisation sur ses défis principaux. L'ambition est de créer un consensus autour de certaines normes et d'en défendre la mise en œuvre la plus généralisée possible. Une telle ambition est louable, quoique non encore accomplie, notamment parce que des sociétés transnationales fondent leur modèle de développement sur l'absence de respect des droits des travailleurs et de protection sociale dans de nombreux pays¹⁰².

40. La raison du respect inégal et insuffisant des droits sociaux fondamentaux dans les chaînes de valeur des sociétés transnationales est principalement lié à l'absence de contrainte et d'obligations sanctionnées en droit international du travail. Le non-respect des conventions de l'OIT résulte en particulier du nombre restreint de moyens destinés à assurer le respect de ces conventions, qui se limitent à la supervision de l'application des conventions que les États ratifient¹⁰³ et au maniement des seuls enjeux réputationnels¹⁰⁴. Ces problèmes concernent les

panel des normes sociales, a également agi comme un subterfuge pour masquer le recul des protections garanties par le droit du travail.

¹⁰¹ Sur cette question, v. notamment les interrogations de Pierre Rodière sur le thème de l'« extension des droits fondamentaux/ déconstruction du droit social » et son analyse de la dimension universelle des droits sociaux fondamentaux : P. Rodière, « Le juge, les droits fondamentaux et l'enchevêtrement normatif : extension des droits fondamentaux / déconstruction du droit social ? », in M.-A. Moreau, H. Muir Watt et P. Rodière (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail*, op. cit., p. 15 et s.

¹⁰² Saskia Sassen étudie la façon dont certaines de ces sociétés « ont cherché à se libérer des contraintes, notamment celle de l'intérêt public qui interfère avec la recherche du profit maximum » par le déploiement transnational de leurs activités (S. Sassen, *Expulsions – Brutalité et complexité dans l'économie globale*, trad. P. Guglielmina, Gallimard, « NRF Essais », Paris, 2014, p. 283).

¹⁰³ OIT, « *ILO supervisory system/mechanism* » ; <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/ilo-supervisory-system-mechanism/lang--en/index.htm> (consulté le 06/05/2022).

¹⁰⁴ Les droits sociaux fondamentaux ont fait l'objet d'un développement moins important et soutenu au niveau international que le droit international du commerce et des investissements. Selon Isabelle Daugareilh, « [l'] asymétrie est claire : pour l'économie, des accords multilatéraux sur le commerce international, des accords bilatéraux sur le commerce international, des accords bilatéraux sur l'investissement direct étranger, un organe de règlement des différends international à l'OMS et un système d'arbitrage international très efficace ; pour le social ou l'environnement, aucune juridiction

États ayant ratifié les conventions, mais aussi les sociétés commerciales. Leur engagement à respecter les droits sociaux fondamentaux dans leur chaîne de valeur est déterminant.

41. Face à l'enjeu du respect des droits sociaux fondamentaux par les sociétés, **une extension du périmètre des droits sociaux fondamentaux se produit au travers d'instruments qui recourent principalement à des catégories de droit des sociétés.** Cette extension procède d'une ambition commune aux origines du droit du travail et du droit des sociétés : saisir les contours de la personne morale sociétaire¹⁰⁵. Mais, un glissement terminologique du droit du travail vers le droit des sociétés est observable. Ainsi, dans le rapport du BIT intitulé *Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*¹⁰⁶, les rapporteurs ne s'interrogent pas sur les devoirs de l'employeur, traditionnellement mis en avant s'agissant des relations de travail, mais sur ceux des sociétés. Plus précisément, le rapport se penche sur le rôle des entreprises donneuses d'ordre et sur l'influence de ces entreprises sur les conditions de travail dans les chaînes de valeur¹⁰⁷.

42. La loi française sur le devoir de vigilance est également un exemple marquant de cette évolution. Insérées dans le Code de commerce¹⁰⁸, les nouvelles dispositions relatives à la vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre inscrivent la prévention et la sanction des atteintes aux droits fondamentaux parmi les prévisions du droit des sociétés français. Or, cette articulation ne se réalise pas sans heurts. Le juge a dû se prononcer sur la compétence du juge commercial ou civil, en clarifiant la vocation principale du devoir de

sociale (ou environnementale) internationale, aucune clause sociale conventionnelle et des normes de *soft law* ou procédurales » (I. Daugareilh, « Introduction », in I. Daugareilh (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. XIII).

¹⁰⁵ G. Auzero, « La nécessaire prise en compte des techniques du droit des sociétés », *Dr. soc.*, 2019, p. 486.

¹⁰⁶ BIT, *Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, *op. cit.*

¹⁰⁷ *Ibid.*, spéc. p. 43 et s.

¹⁰⁸ C. com., art. L. 225-102-4 et L. 225-102-5.

vigilance. L'enjeu était de trancher entre deux conceptions du devoir de vigilance : technique du droit des sociétés et outil de gestion ; ou démarche spécifique, centrée sur la protection des droits fondamentaux. Ces hésitations renvoient à certaines critiques relatives au développement des droits fondamentaux. Il s'agirait d'un facteur d'incertitude quant aux finalités du droit des sociétés et d'affaiblissement du cadre juridique des activités des sociétés. Les liens avec l'expansion de l'autorégulation des sociétés en matière de RSE sont soulignés¹⁰⁹. L'inscription dans le droit dur du standard de vigilance permet d'initier une réponse à ces critiques, qui, nous le verrons, demeure peu ambitieuse. Il faut relever néanmoins que les droits fondamentaux, et parmi eux les droits fondamentaux en matière environnementale, demeurent fortement ancrés dans le droit souple.

2. Les droits fondamentaux en matière environnementale

43. En matière environnementale, la reconnaissance de droits fondamentaux est progressive. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne reconnaît pas un droit à l'environnement¹¹⁰. Cependant, elle précise dans le préambule que « [l]a jouissance de ces droits entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures »¹¹¹. Elle prévoit, en son l'article 37, que la protection de l'environnement doit être intégrée dans les politiques de l'Union. A la différence de la Charte, et malgré le fait que la Convention européenne des droits de l'Homme ne

¹⁰⁹ V. Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH), *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme*, La Documentation française, Paris, 2009 ; et P.-Y. Verkindt, « Droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 134.

¹¹⁰ V. notamment G. Braibant, « L'environnement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers du conseil constitutionnel*, 2004, n° 15.

¹¹¹ UE, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOUE C 364/1, 18/12/2000, « Préambule ».

reconnaisse pas un droit à l'environnement à part entière, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu le droit à un environnement sain¹¹² en se fondant principalement sur le droit à la vie¹¹³, le droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile¹¹⁴ et la protection de la propriété¹¹⁵. De plus, divers textes du droit international reconnaissent les implications du respect de l'environnement et de la lutte contre le changement climatique sur les droits de l'Homme¹¹⁶. Le droit à environnement sain, propre et durable a été reconnu parmi les droits de l'Homme par le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies, le 8 octobre 2021¹¹⁷.

44. La diligence des sociétés transnationales vise le respect des droits fondamentaux, y compris en matière environnementale. Son développement illustre une évolution de la protection des droits et de la justiciabilité. Comme l'explique Richard Meeran – l'avocat de plusieurs parties dans des contentieux majeurs en matière environnementale contre des sociétés transnationales devant le juge anglais –, le recours au standard de diligence constitue désormais une voie ouverte aux demandeurs et mobilisé pour la réparation des dommages subis sur le

¹¹² V. dernièrement la thèse de doctorat de Paul Baumann, *Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme*, th. Université de Nantes, LGDJ, Paris, 2021.

¹¹³ Conv. EDH, art. 2.

¹¹⁴ Conv. EDH, art. 8.

¹¹⁵ Protocole n° 1 à la Conv. EDH, art. 1.

¹¹⁶ V. notamment Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies (CDH), *Les droits de l'homme et l'environnement*, Résolution, n° 34/20, A/HRC/RES/34/20, 24/03/2017 ; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/086/02/PDF/G1708602.pdf?OpenElement> (consulté le 06/05/2022) ; CDH, *Droits de l'homme et changements climatiques*, Résolution, n° 35/20, A/HRC/RES/35/20, 22/06/2017 ; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/184/53/PDF/G1718453.pdf?OpenElement> (consulté le 06/05/2022) ; et Nations Unies, Accord de Paris, adopté par 196 Parties lors de la Conférence des parties (COP) 21, 12/12/2015 ; https://unfccc.int/sites/default/files/french_paris_agreement.pdf (consulté le 06/05/2022).

¹¹⁷ CDH, *Droit à un environnement propre, sain et durable*, Résolution, n° 48/13, A/HRC/RES/48/13, 8/10/2021 ; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/51/PDF/G2128951.pdf?OpenElement> (consulté le 06/05/2022).

fondement, balisé devant les juges nationaux, de la responsabilité extracontractuelle¹¹⁸.

C. Les différents types de standards de diligence

45. Il existe une pluralité de standards de diligence. Les principaux sont les standards techniques de diligence (1), le standard de diligence dans les relations d'affaires (2) et enfin le standard juridique de diligence (3).

1. Les standards techniques de diligence

46. Les standards techniques de diligence sont des normes privées. Les sociétés commerciales peuvent choisir de s'y conformer, mais elles ne sont pas juridiquement obligées de le faire. Ces standards reflètent la diversification des producteurs de normes. Les États sont rejoints par des acteurs non-étatiques. L'Organisation internationale de normalisation (ISO)¹¹⁹ et les organisations européennes de standardisation (CEN, CENELEC et ETSI)¹²⁰ regroupent les organismes nationaux de standardisation, telles que l'Association française de normalisation (AFNOR)¹²¹ pour la France et l'Organisme de normalisation national britannique (*British*

¹¹⁸ R. Meeran, « *Multinational Human Rights Litigation in the UK: A Retrospective* », *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, n° 2, 2021, p. 268.

¹¹⁹ L'acronyme ISO fait référence au nom anglais de cette organisation, *l'International Organization for Standardization*. V. ISO, « A propos de l'ISO » ; <https://www.iso.org/fr/about-us.html> (consulté le 06/05/2022).

¹²⁰ V. Commission européenne, « *Key players in European Standardisation* », https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/key-players-european-standardisation_en (consulté le 06/05/2022).

¹²¹ V. Association française de normalisation (AFNOR), « Qui sommes-nous ? » ; <https://www.afnor.org/le-groupe/qui-sommes-nous/> (consulté le 06/05/2022).

Standards Institution – BSI)¹²² pour le Royaume-Uni. Ces organisations publient des standards techniques qui allient bons usages et conseils pour agir dans un domaine.

47. La norme ISO 26000 est le standard technique principal de certification en matière de responsabilité sociale des entreprises. Elle vise la concrétisation, dans la gouvernance de la société, des principes directeurs et de nouvelles obligations juridiques de prévention des atteintes aux droits fondamentaux par les sociétés¹²³. À ce titre, elle définit la vigilance pour préciser les actions attendues. Selon cette définition, la vigilance est « une démarche globale, proactive d'identification, visant à éviter et atténuer les impacts négatifs sociaux, environnementaux et économiques, réels et potentiels, qui résultent des décisions et activités d'une organisation sur tout le cycle de vie d'un de ses projets ou activités »¹²⁴. Il convient, dès lors, de distinguer cette démarche de l'application, plus classique, de la diligence dans les relations d'affaires.

2. Le standard de diligence dans les relations d'affaires

48. La diligence apparaît dans la vie de la société commerciale à l'occasion de sa transformation ou de son déploiement. Désignée la plupart du temps par le terme anglais, la *due diligence* est une procédure stratégique d'audit des risques¹²⁵. Elle consiste à analyser la bonne

¹²² V. Organisme britannique de normalisation national (*British Standards Institution* - BSI) « A propos » ; <https://www.bsigroup.com> (consulté le 06/05/2022).

¹²³ V. CNCDH, Entreprises et droits de l'homme : avis sur les enjeux de l'application par la France des Principes directeurs des Nations unies, JORF n° 0266, 16/11/2013, p. 8 et s. ; https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=4mJh2LNT_Xqs4YGI1BwSWJOztP5gCXMNFUG5VvtB7GA= (consulté le 06/05/2022).

¹²⁴ ISO, *Norme ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, éditée en français par AFNOR, 2010, art. 2.4.

¹²⁵ La *due diligence* est particulièrement développée dans les milieux d'affaires anglo-saxons. À ce sujet, v. notamment A. J. Sherman, A. Milledge Hart, *Mergers & Acquisitions from A to Z*, 4^{ème} éd., American Management Association, New-York, 2018, spéc. pp. 63-85 ; et V. Bhagwan, S. Grobbelaar, W. Bam,

santé économique d'une société qu'une autre société projette d'acquérir, ou avec laquelle des relations commerciales pourraient se nouer. Plus généralement, la diligence renvoie au processus de décision du gestionnaire de la société. La gestion des risques se traduit par des mesures de diligence contractualisées et relevant du droit des affaires¹²⁶.

49. Il existe un lien entre la diligence dans les relations d'affaires et la diligence en matière de droits fondamentaux¹²⁷. Pour encourager son développement en matière de droits fondamentaux, la diligence est souvent présentée comme une norme de gestion¹²⁸. L'accent est placé sur sa dimension transactionnelle. Une telle présentation permettrait d'aider les sociétés à s'en emparer en mobilisant des démarches connues et déjà pratiquées. Elle renforcerait ainsi son acceptabilité. Or, un tel rapprochement est porteur de confusions. La diligence en matière de droit fondamentaux n'est pas une démarche volontaire. Il s'agit d'un standard juridique qui se décline par des obligations juridiques de prévention et une sanction prononcée par le juge. Ici, le lien essentiel avec la responsabilité doit être souligné.

« *A systematic review of the due diligence stage of mergers and acquisitions: Towards a conceptual framework* », *South African Journal of Industrial Engineering*, vol. 29, n° 3, 2018, p. 217 et s.

¹²⁶ Selon Samantha Besson, « [c]e standard de droit des affaires qu'on appelle, en bon "français des affaires", la *due diligence* désigne en effet les procédures (purement fiduciaires) d'examen minutieux et d'évaluation d'une entreprise par un éventuel acquéreur » (S. Besson, *La due diligence en droit international*, vol. 409, Brill, « Collected Courses of the Hague Academy of International Law », Leyde, pt. 5).

¹²⁷ J. Bonnitcha et R. McCorquodale, « *The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights* », *EJIL*, vol. 28, n° 3, 2017, p. 899 et s., spéc. p. 901 ; et M. Doucin (dir.), « Analyse des notions de "*due diligence*" et de "sphère d'influence" dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises : enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE », Ministère français des affaires étrangères et européennes (MAE), 2010, spéc. p. 6 ;

https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/1_2PESP_1_Etude_sphere_dinfluence_verseus_due_diligence_cle874ee9.pdf (consulté le 06/05/2022).

¹²⁸ A. Hatchuel et B. Segrestin, « Devoir de vigilance : la norme de gestion comme source de droit ? », *Droit et société*, n° 106, 2020, p. 667 et s.

3. Le standard juridique de diligence

50. La diligence compte parmi les standards juridiques principaux (a). Originaire du droit romain, ce standard juridique est aujourd'hui en pleine expansion en matière de droits fondamentaux(b). À cet égard, et afin d'éclairer l'étude de ces développements, il convient de préciser la définition de la diligence retenue (c).

a. Le standard juridique

51. La diligence, le bon père de famille, le raisonnable... les standards parcourent le droit, tout en n'ayant été que récemment définis¹²⁹. Une première approche, proposée par Ronald Dworkin, ne reconnaît d'ailleurs pas le standard comme une catégorie juridique à part entière. Il s'agirait d'un terme générique retenu pour désigner des instruments juridiques. Les règles et principes juridiques seraient « un ensemble de standards »¹³⁰. Ainsi désignés, les standards juridiques visent généralement à régler la vie en société, sans imposer un comportement déterminé¹³¹.

52. Tout en reconnaissant la dimension essentiellement indéterminée du standard juridique, d'autres définitions ont néanmoins pu lui reconnaître la qualité de notion juridique à part entière. Le standard renvoie ici à des instruments juridiques définis à partir de caractéristiques communes. Ainsi conçu, le standard est d'abord un objet de réflexion pour la doctrine anglo-

¹²⁹ Le standard est déjà employé en droit romain sans être qualifié ainsi. V. E. Giannozzi, « L'emploi des standards en droit romain », *Fundamina. A journal of legal history*, vol. 22, n° 2, 2016, p. 205 et s., spéc. pp. 205-206.

¹³⁰ R. M. Dworkin, « *The Model of Rules* », *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, n°1, 1967, p. 23.

¹³¹ *Ibid.*, p. 20.

saxonne, avant de pénétrer la doctrine francophone. Dès 1919, le juriste américain Roscoe Pound proposait de distinguer quatre formes d'instruments juridiques : les règles, les principes, les concepts et les standards¹³². Il définit le standard comme « une mesure moyenne de conduite sociale correcte »¹³³. Le juriste Abd el-Razzâq Al-Sanhoury reprend en français la définition formulée par Roscoe Pound¹³⁴. Il ajoute que le standard est « susceptible de s'adapter aux particularités de chaque hypothèse déterminée »¹³⁵ et est, à ce titre, le garant de l'individualisation et de l'adaptabilité de la règle. Chaïm Perelman définit également le standard juridique par sa faculté à s'appliquer en référence à une règle de droit et à faire varier son contenu selon les circonstances¹³⁶. De nombreux juristes ont par la suite défini le standard à partir des traits principaux déterminés par Roscoe Pound et Abd el-Razzâq Al-Sanhoury. La définition proposée par Stéphane Rials compte parmi les plus remarquables¹³⁷. Elle précise à la fois la nature du standard, « technique de formulation de la règle du droit »¹³⁸ porteuse d'une « certaine indétermination »¹³⁹ ; son origine, essentiellement jurisprudentielle¹⁴⁰ ; et son objectif : « permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité »¹⁴¹.

¹³² R. Pound, « *The Administrative Application of Legal Standard* », *Reports of American Bar Association*, vol. 44, 1919, p. 445 et s.

¹³³ *Ibid.*, p. 445. Sur la définition établie par Roscoe Pound, v. A. Tunc « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC*, vol. 22, n° 2, 1970, p. 247 et s., spéc. p. 248.

¹³⁴ A.-A. Al-Sanhoury, « Le Standard Juridique », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Recueil Sirey, Paris, 1934, p. 146.

¹³⁵ *Ibid.*, pp. 146-147.

¹³⁶ Selon Chaïm Perlman, le standard juridique permet une souplesse dans l'application des notions à contenu variable (C. Perelman, « Les notions à contenu variable en droit », in *Éthique et droit*, recueil de textes, 2^{ème} éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, « UBlire », Bruxelles, 2011, p. 794 et s.). V. également : C. Perelman et R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, « Travaux du Centre national de recherches de logique », Bruxelles, 1984.

¹³⁷ S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Paris, 1980.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 120.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.* Le standard est essentiellement analysé à l'aune de la jurisprudence administrative. Sur le standard comme « norme jurisprudentielle », v. spéc. p. 37 et s.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 120.

La mise en jeu par le standard de « certaines valeurs fondamentales de normalité, de moralité ou de rationalité »¹⁴² nécessite de convoquer le pouvoir du juge pour permettre d'adapter l'application de la norme juridique aux « exigences de la conscience sociale »¹⁴³. Enfin, le standard juridique peut aussi être défini encore plus étroitement au regard de sa valeur nominale (*Sollgeltung*) : les standards « obligent de manière égale tous ceux à qui ils s'adressent »¹⁴⁴.

53. S'agissant de la diligence, les différentes conceptions du standard ci-dessus envisagées cohabitent dans l'arrêt *Urgenda*, rendu par le Tribunal de district de la Haye le 24 juin 2015¹⁴⁵. Dans un premier temps, le standard est analysé comme une notion générale servant à l'appréhension de l'ensemble des instruments juridiques de droit international, qu'il s'agisse d'« une disposition législative ou [d']un standard légal non-écrit »¹⁴⁶. Dans un second temps, une autre définition du standard est développée, cette fois, comme catégorie juridique à part entière. La Cour qualifie expressément le *duty of care* de standard. Cette dernière définition sera mobilisée dans le cadre de cette étude. Au préalable, elle nécessite de définir ce que l'on entend plus précisément par standard de diligence.

¹⁴² *Ibid.*, p. 3.

¹⁴³ E. Giannozzi, « L'emploi des standards en droit romain », *op. cit.*, p. 226. La diligence des États est également intrinsèquement liée au pouvoir du juge : « la dimension "raisonnable" du comportement attendu des États et, dès lors, la relation indissociable entre l'appréciation du respect de la due diligence et le raisonnement judiciaire » (S. Besson, *La due diligence en droit international*, *op. cit.*, pt. 48). En règle générale, la normativité du standard, règle juridique générale et abstraite, est conjuguée à sa juridicité : le standard doit être concrétisé par le juge (*ibid.*, pts. 98-99).

¹⁴⁴ J. Habermas, « Première conférence : comment la légitimité est-elle possible sur la base de la légalité ? », in *Droit et moral – Tanner Lectures*, (1986), trad. C. Bouchindhomme et R. Rochlitz, rééd. Seuil, Paris, 1997, p. 26.

¹⁴⁵ *Rechtbank Den Haag* (Tribunal de district de la Haye), *Urgenda Foundation c. Pays-Bas*, C/09/456689 / HA ZA 13-1396, 24/06/2015, § 4.52 et s.

¹⁴⁶ *Ibid.*, § 4.46.

b. Le standard de diligence

54. Le standard de diligence trouve ses origines dans le droit privé romain¹⁴⁷. En droit romain, une personne pouvait voir sa responsabilité engagée si elle ne s'était pas comportée conformément à ce standard de conduite et que cela avait causé un dommage. La diligence renvoie à la conduite du bon père de famille. Elle possède une dimension objective, car elle correspond à un modèle extérieur de conduite décente. Elle doit aussi être adaptée pour déterminer le comportement attendu en l'espèce.

55. Par la suite, le standard de diligence s'est largement diffusé dans les traditions civilistes et de *common law* et a servi à structurer la responsabilité civile. Il s'est également développé à l'intention des États, en droit international, et des organisations internationales¹⁴⁸. Aujourd'hui, la diligence se décline comme une norme de comportement à l'intention des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux. Elle implique le respect d'une variété de règles de droit par la société, dans les limites de ce qui est raisonnablement exigible. La société diligente est celle qui se conforme aux obligations de prévention au bénéfice d'un tiers confronté à un risque de dommage. Ces développements reposent sur une définition de la diligence centrée sur la dimension juridique du standard, tout en intégrant également la diversité des différentes acceptions et sources de la diligence.

¹⁴⁷ Samantha Besson a précisé les origines latines du terme de diligence : « [p]ar le terme anglais de *due diligence*, il faut entendre i) la diligence, la vigilance ou le soin ii) qui est dû, requis ou attendu. (...) Le terme *diligence* nous vient du latin *dis-ligentia*. Il est composé du préfixe *dis* et du radical *legere* (lit. rassembler) et désigne la qualité de celui ou celle qui sait faire preuve de choix, de zèle ou de soin. A l'inverse, sa violation constitue une *neg-ligentia*, une *negligence*. Ce terme est composé du préfixe *neg* et du radical *legere* et désigne une absence de choix, de zèle ou de soin. » (S. Besson, *La due diligence en droit international*, *op. cit.*, pts. 1-2).

¹⁴⁸ *Ibid.* V. également *infra* n° 88.

c. La définition retenue

56. Le standard de diligence se décline dans différents aspects de la vie sociale et non seulement dans les systèmes juridiques. François Ost analyse l'émergence de formes de gouvernance qui ne se fondent plus seulement sur la rédaction et l'application de règles de droit, mais sur des normes alternatives. Il se réfère ici notamment aux standards et s'interroge, plus fondamentalement, sur le statut de la règle de droit et son devenir : « si, formellement, le droit ne disparaît pas, tant s'en faut, du moins sa substance se transforme-t-elle insidieusement, du fait de son insertion dans des dispositifs normatifs hybrides »¹⁴⁹. Une des catégories identifiées par François Ost, à savoir celle « des normes formellement non juridiques exerçant une réelle portée normative et s'autorégulant »¹⁵⁰, nous intéresse ici tout particulièrement. Ces normes peuvent potentiellement affaiblir la portée normative du dispositif légal en s'y insérant. L'entier dispositif légal serait de ce fait porteur d'une « normativité matérielle douteuse »¹⁵¹.

57. D'un point de vue tant conceptuel que méthodologique, il s'agit certes de rendre compte des évolutions des interactions entre acteurs et des normes permises par les standards de diligence. Le droit se construit avec des influences plurielles. L'étude de ces influences rejoint, sous cet angle, l'analyse des phénomènes d'internormativité¹⁵². Pour autant, les spécificités de

¹⁴⁹ F. Ost, « Prélude », *À quoi sert le droit ?*, 1^{ère} éd., Bruylant, « Penser le droit », Bruxelles, 2016, p. 4.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² L'internormativité est un objet d'étude à part entière de la sociologie juridique. Jean Carbonnier a livré les premières analyses de des phénomènes d'internormativité. V. J. Carbonnier, « Les phénomènes d'inter-normativité », *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, p. 42 et s. ; J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Armand Colin, Paris, 1972, p. 185 et s. Cette approche consiste à adopter une vision sociale de la norme, y compris juridique : « le droit était ainsi envisagé à travers la relation qu'il entretient avec les autres dispositifs d'encadrement et de normalisation des comportements existant dans la société » (J. Chevallier, « L'internormativité », in I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), *Les sources du droit revisitées - Tome 4 : Théorie des sources du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2012, p. 689).

la norme juridique et de ses fonctions¹⁵³, qui la distingue des autres normes existantes, ne doivent pas être occultées.

58. La définition proposée du standard de diligence tient compte de ce double aspect. Ainsi, **le standard de diligence est un standard juridique intégré à des énoncés normatifs hétéronomes traditionnels. Sans remettre en cause la nature de ces énoncés, il est le vecteur de l'intégration de pratiques et de normes qui sont extérieures au droit. Plus précisément, il a vocation à permettre l'intégration dans le droit de l'autorégulation produite par les sociétés.** Par cette intégration, les différents standards de diligence étudiés participent d'un « mouvement de convergence sur la construction de la responsabilité [juridique] des entreprises transnationales »¹⁵⁴. L'approche méthodologique choisie de ces standards devra permettre d'éclairer cette spécificité.

¹⁵³ Dans la perspective de « défendre la justice et la démocratie », François Ost distingue trois finalités du droit : « (1) définir un équilibre social général à *vocation opératoire*, (2) susceptible d'être imposé par une contrainte *contrôlée génératrice de la confiance*, et (3) de nature à être remis en cause, *au moins dans une certaine mesure*, dans le contexte d'une procédure déterminée » (F. Ost, « De l'internormativité à la concurrence des normativités : quels sont le rôle et la place du droit ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 59, n° 1, 2018, p. 27). V. également F. Ost, *À quoi sert le droit ?*, *op. cit.*, spéc. p. 4 et s.

¹⁵⁴ M.-A. Moreau, « L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales », *Dr. soc.*, 2017, p. 793.

III. LES APPROCHES MÉTHODOLOGIQUES DE LA DILIGENCE

59. La diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux se développe dans un contexte marqué par la diversité des normes. Parmi elles, des normes d'autorégulation sont produites par les sociétés transnationales. Ces normes privées visent à compléter, dépasser, voire concurrencer les règles juridiques applicables. Diverses théories ont émergé afin d'articuler les sources de normativité en présence. Le pluralisme juridique irrigue ces réflexions. On assiste au renouvellement doctrinal d'une approche pluraliste des sources¹⁵⁵. Gunther Teubner ou Jean-Guy Belley proposent une pensée contemporaine du pluralisme tourné vers l'analyse des rapports entre États et sociétés transnationales¹⁵⁶. Dans cette optique, au sein de l'espace social, les sociétés transnationales ne seraient pas seulement soumises à des règles juridiques et hétéronomes. Elles pourraient être aussi des créatrices de droit. Dès lors, il reviendrait au juriste d'étudier la « multiplicité de foyers de droit »¹⁵⁷. Ces différents foyers

¹⁵⁵ Le pluralisme est une théorie selon laquelle « plusieurs systèmes juridiques indépendants et concurrents peuvent coexister à un même moment dans un même espace social » (J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Dalloz, « Les méthodes du droit », Paris, 2012, spéc. p. 183). Initié par Eugen Ehrlich dans une perspective de sociologie juridique, il est développé en France par Georges Gurvitch. V. E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, (1913), rééd. Duncker & Humblot, Berlin, 1989 ; et Ch. Eisenmann, « Ehrlich Eugen – (1862-1922) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], (consulté le 06/05/2022) ; G. Gurvitch, *Le temps présent et l'idée du droit social*, J. Vrin, Paris, 1931 ; G. Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, (1940), rééd. Dalloz, Paris, 2012.

¹⁵⁶ V. notamment G. Teubner, « *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism* », *Cardozo Law Rev.*, vol. 13, 1992, p. 1443 et s. ; « *Globale Bukowina, Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus* », *Rechtshistorisches Journal*, vol. 15, 1996, p. 255 et s. (*nota* : Gunther Teubner propose ici une analyse d'un nouvel espace transnational d'interaction des normes à la lumière de la pensée d'Eugen Ehrlich, originaire de la province de Bucovine) ; et M. Coutu, « Le Pluralisme juridique chez Gunther Teubner : la nouvelle guerre des dieux ? », *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 12, n°02, 2014, p. 93 et s. V. aussi les travaux de Jean-Guy Belley : J.-G. Belley, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, th. Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1977 ; et J.-G. Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, 2002, p. 11 et s.

¹⁵⁷ J. Chevallier, « L'internormativité », *op. cit.*, p. 689.

peuvent être conçus comme autant d'ordres juridiques.

60. Originellement, le pluralisme des ordres juridiques a été pensé par Santi Romano comme la reconnaissance de différents ordres juridiques autonomes au sein de l'État. Les ordres juridiques sont ici conçus comme des ordres sociaux. Les différentes sociétés ou groupements, y compris non-étatiques, peuvent entretenir un lien avec le droit étatique selon un éventuel rapport de « relevance »¹⁵⁸. Se développent, dès lors, des « interrelations »¹⁵⁹ entre les divers ordres juridiques. La conception pluraliste de Santi Romano s'appuie sur une critique d'une réalité sociale de son temps, marquée par le pouvoir de divers groupements et associations. Ceux-ci s'élevaient en créateurs de droit, concurrençant le droit étatique. Or c'est précisément cette réalité qu'il s'attache à critiquer. Selon lui, le développement d'ordres juridiques autonomes adviendrait en présence d'un État faible. Le pluralisme juridique de Santi Romano a une visée moniste¹⁶⁰. Historiquement, il a eu vocation à servir un agenda politique fasciste d'organisation des corporations : l'État devait reprendre sa place centrale, et parvenir à inféoder les ordres juridiques qui s'étaient jusqu'alors développés en satellites.

61. Le pluralisme juridique est depuis quelques temps mobilisé à l'occasion des réflexions autour de la constitutionnalisation de l'entreprise privée (A). Il se décline également dans les analyses de la régulation par-delà les frontières et les ordres juridiques du droit global (B). L'approche retenue opte pour une analyse alternative : l'analyse transnationale de l'entreprise

¹⁵⁸ S. Romano, *L'ordre juridique*, (1918), rééd. trad. par L. François et P. Gothot, Dalloz, Paris, 1975, p. 19.

¹⁵⁹ J. Chevallier, « L'ordre juridique », in *Le Droit en procès*, ouvrage collectif du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP.), PUF, Paris, 1984, pp. 48-49. Guy Rocher évoque également « l'interinfluence entre les ordres juridiques, notamment entre l'ordre juridique étatique et les autres » (G. Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers de droit*, vol. 29, n° 1, 1988, p. 91 et s.).

¹⁶⁰ D. Soldini, « Santi Romano, penseur pluraliste et étatiste », *Jus Politicum*, n° 14, p. 11 ; <http://juspoliticum.com/article/Santi-Romano-penseur-pluraliste-et-Étatiste-933.html> (consulté le 06/05/2022)

(C). Il s'agit de reconnaître l'influence de la diversité des normes. Le développement de la diligence s'insère au sein d'un espace transnational marqué par sa porosité. Sans abolir les distinctions entre les normes, cet espace est le lieu de leur possible articulation, et de la rencontre ou de la confrontation des acteurs. Cette analyse permettra ainsi de penser la répartition des rôles de l'État et de la société commerciale dans la protection des droits fondamentaux.

A. La constitutionnalisation de l'entreprise privée

62. Le projet de constitutionnalisation de l'entreprise privée¹⁶¹ a pour ambition de saisir le pouvoir de fait de l'entreprise pour qu'il devienne « l'instrument, ou le support de sa propre régulation »¹⁶². La constitution y est définie de manière lâche. Il s'agit de la concevoir, non pas comme un texte attaché par définition à la fondation de l'État, mais « comme une charte de la société et des pouvoirs, qu'ils soient publics ou privés »¹⁶³. Une telle « charte » aurait vocation à organiser et à limiter les pouvoirs de la société transnationale. L'ambition est de prendre acte de la nécessité d'une action concertée des États et des sociétés pour assurer la prévention effective des droits fondamentaux dans les chaînes de valeur mondiales¹⁶⁴. Leurs rôles respectifs

¹⁶¹ V. notamment G. Teubner (dir.), *Global Law Without A State*, Ashgate, Aldershot, 1997 ; G. Teubner, A. Beckers, « *Expanding Constitutionalism* », *Ind. JGLS*, 2013, p. 523 et s. ; et J.-P. Robé, A. Lyon-Caen, S. Vernac, « Entreprises multinationales et constitutionnalisation du système mondial de pouvoirs privés », *RDT*, p. 34 et s.

¹⁶² J.-P. Robé, A. Lyon-Caen, S. Vernac, « Entreprises multinationales et constitutionnalisation du système mondial de pouvoirs privés », *op. cit.*, p. 35.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ V. notamment l'analyse de Marie-Ange Moreau au sujet du rôle des sociétés commerciales et des États dans la prévention du travail forcé en Asie. S'agissant des sociétés, elle précise ainsi que « malgré divers modes d'ingérence mis en place par les entreprises multinationales dans leurs chaînes de sous-traitance, ces entreprises ne peuvent jouer ce rôle de "garant" du respect de normes sociales car elles sont parties prenantes de la compétition internationale et porteuses d'intérêts économiques et financiers qui priment sur les enjeux sociaux ». L'État « qui défend ses intérêts économiques propres sur la scène

ont vocation à s'articuler et à se compléter, selon les forces et les défaillances de chacun.

63. Le modèle de la constitutionnalisation de l'entreprise privée se base sur une lecture de la réalité économique et sociale selon laquelle se serait opérée une « recomposition des pouvoirs en faveur des entreprises multinationales »¹⁶⁵. La trajectoire de l'entreprise serait à lire au regard de celle des États : la « souveraineté des pouvoirs privés [s'exprimant] au détriment de celle des États »¹⁶⁶. Le « Système des États »¹⁶⁷, entendu comme l'organisation d'un ordre juridique international où les États sont les sujets de droit primaires et centraux, serait dépassé. Et le pouvoir étatique serait fragilisé, principalement du fait de son « lien au territoire »¹⁶⁸. Dès lors, la société transnationale incarnerait déjà, de fait, un ordre juridique. Le droit de propriété aurait permis au pouvoir de l'entreprise de s'exprimer au sein des multiples entités économiques qu'elle contrôle pour former une organisation au niveau transnational¹⁶⁹. L'entreprise, en tant qu'organisation, est conçue comme le pilier de la construction d'un ordre juridique autonome. Il s'agirait donc d'acter un état de fait au sein de l'espace transnational. Par conséquent, l'institutionnalisation de son pouvoir viserait à lui attacher de nouvelles contraintes et un nouvel encadrement. A la manière de la théorie institutionnelle en droit du travail, le constat du pouvoir de l'employeur est identifié comme le levier d'une action, sans que ce pouvoir ne voie sa légitimité questionnée¹⁷⁰.

internationale ne peut plus être le seul garant de la protection des travailleurs, et ce d'autant plus qu'il se trouve affaibli par le contexte de mondialisation ». V. M.-A. Moreau, « Travail forcé, RSE et sous-traitance dans l'industrie textile en Asie : réflexion sur l'action de l'OIT », *Dr soc.*, 2014, pp. 414 et 417.

¹⁶⁵ J.-P. Robé, A. Lyon-Caen, S. Vernac, « Entreprises multinationales et constitutionnalisation du système mondial de pouvoirs privés », *op. cit.*, p. 34.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ J.-P. Robé, *Le temps du monde de l'entreprise*, Dalloz, « À droit ouvert », Paris, 2015, p. 19.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 17.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 37.

¹⁷⁰ La théorie institutionnelle en droit du travail « permet ainsi une 'auto-juridification', une auto-légitimation du pouvoir » de l'employeur (E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en Droit social, Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 208).

64. Si ce mécanisme semble à première vue ambitieux, il apparaît cependant paradoxal, ou *a minima* risqué, de donner un statut aussi primordial au pouvoir que l'on prétend limiter. L'analyse du rôle et des rapports de l'entreprise et de l'État traduit une oscillation entre prescription, prévision et description¹⁷¹. Et la finalité d'encadrement du pouvoir de l'entreprise est incertaine. Des développements théoriques proches ont pu aboutir à des mesures illibérales et à un clair déséquilibre entre les pouvoirs en présence. La conception pluraliste de Santi Romano, inspiration du mouvement de constitutionnalisation de l'entreprise¹⁷², a abouti à un renforcement du pouvoir de l'État ; et la volonté isolationniste portée par les entreprises transnationales tend vers un renforcement du pouvoir de l'entreprise.

65. L'initiative de ce mouvement de construction d'ordres juridiques distincts, tout comme ses dérives, appartient en premier lieu aux sociétés elles-mêmes. Comme le remarque Alain Supiot : « [l]e revers de cette émancipation des entreprises transnationales est de les précipiter dans une sortie de vide institutionnel et de les exposer à de nouveaux risques, qu'elles tentent de conjurer en invoquant leur capacité d'autorégulation ou leur "responsabilité sociale". Elles cherchent ainsi à s'affirmer en ordres juridiques indépendants, régis par leurs propres "constitutions" »¹⁷³. L'impératif de sécurité juridique qui s'impose à elles les incite à « faire passer [leurs] ordres par le médium du droit »¹⁷⁴. Certains États ont fait le choix d'une politique

¹⁷¹ V., au sujet du constitutionalisme global, T. Hochmann, « Hans Kelsen et le constitutionnalisme global : Théorie pure du droit et projet politique », *Jus Politicum*, n° 19, 2018, p. 25 et s. ; <http://juspoliticum.com/article/Hans-Kelsen-et-le-constitutionnalisme-global-Theorie-pure-du-droit-et-projet-politique-1190.html> (consulté le 06/05/2022).

¹⁷² Jean-Philippe Robé s'est intéressé à « ce que le pluralisme juridique pouvait apporter à la compréhension d'un monde globalisé (...) Ma source principale d'inspiration était alors les travaux de Santi Romano, pour qui chaque organisation est un ordre juridique en soi » (J.-P. Robé, *Le temps du monde de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 13).

¹⁷³ A. Supiot, « Introduction. L'entreprise face au Marché total », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, « Le sens du droit », Paris, 2015, p. 22.

¹⁷⁴ Jürgen Habermas s'inspire ici des réflexions de Thomas Hobbes sur le pouvoir du souverain. Dans le raisonnement ici exposé, le souverain est l'entreprise. V. J. Habermas, « Première conférence : comment la légitimité est-elle possible sur la base de la légalité ? », *op. cit.*, p. 23.

économique du laisser-faire entérinant cette ambition. Parmi eux, des États en voie d'industrialisation ont ainsi organisé des zones franches d'exportation pour accueillir les investisseurs étrangers dans des conditions favorables¹⁷⁵. Plus généralement, de nombreux États tentent de faire jouer le *dumping* social en leur faveur¹⁷⁶. Et les partisans d'une redéfinition des missions de l'entreprise, dans le sens de sa prise en charge de la protection des droits fondamentaux, sont aussi souvent ceux qui ont défendu « la libre circulation des capitaux et le libre-échange dont la mise en œuvre dans le cadre juridique actuel a favorisé une mise en concurrence des législations des États par les multinationales au profit d'un *dumping* social, environnemental et fiscal »¹⁷⁷.

66. L'autorégulation par les entreprises au sein d'un ordre juridique qui leur serait propre inscrit le respect des droits fondamentaux au cœur d'un agenda plus économique que politique. Elle illustre les liens entre régulation économique et constitutionalisme global, dont le point de départ commun – la mise en retrait du pouvoir de l'État au profit de celui des sociétés transnationales – donne lieu à un « réexamen de la méthodologie juridique à la lumière du desserrement profond du lien entre l'État et le droit dans un contexte mondial »¹⁷⁸.

67. Il est difficile d'entrevoir les mécanismes de limitation et de rééquilibrage des pouvoirs dans une organisation d'un tel « système-monde de pouvoirs »¹⁷⁹. L'État et la société transnationale s'y trouveraient en relation de concurrence ou de coopération¹⁸⁰. Ainsi placées dans une situation d'égalité avec l'État, pourquoi les sociétés accepteraient-elles de limiter leurs

¹⁷⁵ V. *supra* n° 11.

¹⁷⁶ BIT, *Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, *op. cit.*, p. 19 et s.

¹⁷⁷ N. Cuzacq, « Quelle place peut-on octroyer aux parties prenantes dans le puzzle de la gouvernance des sociétés ? », *D.*, 2017, p. 1845.

¹⁷⁸ P. Zumbansen, « *Transnational Private Regulatory Governance: Ambiguities of Public Authority and Private Power* », *Law & Contemp. Probs*, n° 76, 2013, p. 131.

¹⁷⁹ J.-P. Robé, A. Lyon-Caen, S. Vernac, « Entreprises multinationales et constitutionnalisation du système mondial de pouvoirs privés », *op. cit.*, p. 37.

¹⁸⁰ J.-P. Robé, *Le temps du monde de l'entreprise*, *op. cit.*, p. 19.

pouvoirs ?

68. Dès lors, ces constats doivent inciter à la prudence quant au développement d'ordres privés et séparés, dans lesquels la responsabilité de la société devrait s'inscrire. Certains auteurs interrogeaient la portée de ces séparations en ce sens : « [l]a dissociation des frontières juridiques et des frontières économiques des firmes dans un espace internationalisé, la recomposition des formes de coopération productive ont-elles, en se banalisant, signé l'aveu d'impuissance des États et l'impunité des firmes délinquantes au regard de la morale économique ? »¹⁸¹. En réponse à cette interrogation, l'approche de droit global vise à appréhender la diversité des normes en encourageant le développement d'un droit à l'échelle du déploiement des entreprises.

B. Le droit global : la régulation par-delà les frontières et les ordres juridiques

69. Selon Benoit Frydman, l'analyse d'un « droit global »¹⁸² vise à appréhender l'émergence de normes éparses édictées par une multitude d'acteurs. Ces différents producteurs de normes, parmi lesquels l'État et la société transnationale, voient leur rôle de régulateurs analysé à l'aune

¹⁸¹ G. Crague, C. Paradeise, J.-C. Thoenig, G. Teubner et M.-L. Morin, « La responsabilité à l'épreuve des nouvelles organisations économiques », *Sociologie du travail*, vol. 54, n° 1, 2012, p. 1 et s.

¹⁸² De cet auteur, v. notamment « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », in T. Berns (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, « Penser le Droit », Bruxelles, 2007, p. 15 et s. ; *Comment penser le droit global ?*, Centre Perelman de Philosophie du Droit, Université libre de Bruxelles, 2012 ; https://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf?lang=fr (consulté le 06/05/2022) ; *Petit manuel pratique de droit global*, Académie royale de Belgique, « L'Académie en poche », Bruxelles, 2014 ; « La concurrence des normes globales », *RIDE*, t. XXXII, n° 3, 2018, p. 293 et s. ; et « Rapport de synthèse : la fragilisation de l'ordre public économique et le contrôle des acteurs privés dans un environnement globalisé », *RIDE*, t. XXXIII, n° 1, 2019, p. 123 et s.

des « effets de régulation »¹⁸³ des normes qu'ils produisent. Selon cette conception, la mondialisation économique doit s'accompagner d'une mondialisation du droit pour être encadrée. Ainsi, l'avènement d'un droit global imposerait le dépassement des structures nationales. L'existence d'un « système ordonné de règles »¹⁸⁴ est remise en question. En ce sens, les défenseurs du droit global ambitionnent de penser le droit par-delà les visions monistes et pluralistes des ordres juridiques¹⁸⁵. Le principe d'une division en ordres juridiques est rejeté. Il est considéré que, même si la multiplicité des ordres était reconnue, cette reconnaissance ne permettrait pas d'obtenir une image fidèle de la diversité des objets juridiques d'une part, et des « interactions juridiques entre les acteurs »¹⁸⁶ d'autre part. Le droit global est, dès lors, défini comme le résultat de dynamiques de corégulation entre acteurs publics et privés. Il n'est plus question d'une hiérarchie établie entre ces acteurs. Ils sont tous potentiellement légitimes à produire du droit et à contrôler la mise en œuvre d'une régulation. Le droit devient alors un « enjeu de lutte et un moyen d'action »¹⁸⁷ par-delà les frontières et les systèmes juridiques. L'État est placé en situation de concurrence vis-à-vis d'autres producteurs de normes, parmi lesquels les sociétés transnationales.

70. Le droit global offre ici une clé de lecture des relations entre les États et les sociétés transnationales qui se nouent à l'occasion du déploiement des standards de diligence. Face aux violations majeures des droits fondamentaux et aux drames survenus sur les chaînes de valeur transnationales, le marché n'est pas porteur d'un encadrement suffisant. Fort de ce constat, le droit des États d'origine des sociétés transnationales arrime désormais la diligence au pouvoir

¹⁸³ B. Frydman, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », *op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 45.

¹⁸⁵ B. Frydman, *Comment penser le droit global ?*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ B. Frydman, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », *op. cit.*, p. 45.

des sociétés transnationales, dans un but de prévention des atteintes aux droits fondamentaux. Il s'agit alors d'« utiliser la force de l'adversaire et de la retourner contre lui-même dans le combat afin de le maîtriser »¹⁸⁸ et de parvenir à lui faire supporter « la charge et le coût de la régulation globale de certains problèmes clés »¹⁸⁹ à hauteur de son implication dans leur développement à l'échelle transnationale.

C. L'analyse transnationale de l'entreprise, une méthodologie à l'œuvre

71. La dimension transnationale des sociétés invite à adopter une approche interdisciplinaire et ouverte aux différents types de normes. Peer Zumbansen est à l'origine d'une théorisation de la transnationalité comme un outil méthodologique vecteur d'un questionnement sur les « conséquences de la mondialisation pour le droit »¹⁹⁰. Il met en garde contre une approche trop hâtive et erronée de la transnationalité dépeinte comme « déterritorialisée »¹⁹¹ et déconnectée des conflictualités entre acteurs. Les espaces juridiques transnationaux, considérés comme les nouveaux lieux du développement des droits fondamentaux, ne sont pas exempts de tensions¹⁹². Celles-ci conduisent à s'interroger sur la possible articulation entre les normes en leur sein. Les enjeux d'articulation sont essentiellement de deux ordres. D'une part, il s'agit d'articuler les

¹⁸⁸ B. Frydman, « La concurrence des normes globales », *op. cit.*, p. 294.

¹⁸⁹ B. Frydman, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », *op. cit.*, p. 46.

¹⁹⁰ P. Zumbansen, « *Transnational Private Regulatory Governance: Ambiguities of Public Authority and Private Power* », *op. cit.*, p. 119.

¹⁹¹ P. Zumbansen, « *Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism* », *TLCP*, n° 21, 2012, p. 324.

¹⁹² Selon Peer Zumbansen, l'analyse des « tensions entre le national et le mondial, entre le public et le privé, et entre le droit et le non-droit peuvent être comprises comme des éléments constitutifs d'une compréhension émergente du droit de la société mondiale » (P. Zumbansen, « *Transnational Private Regulatory Governance: Ambiguities of Public Authority and Private Power* », *op. cit.*, p. 132).

normes venant des droits nationaux, régionaux et du droit international¹⁹³. D'autre part, il s'agit de comprendre les liens entretenus entre normes volontaires et contraignantes, et notamment l'articulation de la règle juridique avec l'autorégulation des sociétés transnationales. Une telle ambition de sortie d'un « cloisonnement »¹⁹⁴ des ordres juridiques devra permettre d'acquérir une vision contextualisée de la règle et de sa portée au sein de la société¹⁹⁵, aujourd'hui « société monde »¹⁹⁶. Elle ne conduit pas à considérer que tous les acteurs, étatiques comme non-étatiques, produisent du droit. En effet, **cela entraînerait l'abolition de la distinction entre les normes volontaires et les normes contraignantes, distinction pourtant structurante pour l'analyse des articulations et tensions au sein de l'espace transnational.**

72. L'hypothèse formulée par Mireille Delmas-Marty d'un « pluralisme ordonné »¹⁹⁷ permet de prendre en compte la complexité¹⁹⁸ d'un ordre mondial à la fois « interactif et évolutif »¹⁹⁹. La conception d'un droit commun pluraliste s'incarne dans le mouvement vers une convergence des droits autour d'objectifs communs²⁰⁰, tout en préservant une « marge nationale

¹⁹³ K. Martin-Chenut, « Devoir de vigilance : internormativités et durcissement de la RSE », *Dr. soc.*, 2017, p. 798

¹⁹⁴ E. Pataut, « Le devoir de vigilance – aspects de droit international privé », *Dr. soc.*, 2017, p. 833.

¹⁹⁵ Peer Zumbansen évoque « la relativisation de l'ancrage territorial de la loi dans une juridiction particulière » et la nécessité d'« étudier la loi dans son contexte social, les contours de la société ne peuvent plus être adéquatement dessinés en se référant à des États spécifiques, des nations, ou des régions ; à la place, on doit voir la société comme une société monde » (P. Zumbansen, « *Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism* », *op. cit.*, p. 309).

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ M. Delmas-Marty, *Droit comparé et territorialité du droit : un cycle de conférences du Conseil d'État*, Section du rapport et des études et section du contentieux du Conseil d'État, actes, tome 1, La Documentation française, « Droits et Débats », Paris, 2017, p. 31.

¹⁹⁸ Mireille Delmas-Marty s'interroge sur les réponses à apporter au « défi de 'la Grande Complexité juridique du monde' » (M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit* (II), Seuil, Paris, 2006, p. 27).

¹⁹⁹ M. Delmas-Marty, *Droit comparé et territorialité du droit : un cycle de conférences du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 32.

²⁰⁰ La conception d'un « pluralisme ordonné » se situe « en dehors ou au-delà du débat entre monisme et dualisme », dans la perspective « de concevoir un pluralisme qui ne serait synonyme ne de relativisme, ni d'universalisme, mais annoncerait des objectifs communs, même si leur mise en œuvre diffère d'un

d'appréciation »²⁰¹ et une diversité d'approches. La dimension pluraliste peut ainsi renvoyer à la diversité des sources de la diligence et aux influences du droit souple et de l'autorégulation. Il convient à cet égard de préciser le rôle des sociétés transnationales et le statut des normes que ces sociétés produisent. À cet égard, Peer Zumbansen souligne « l'intégration des entreprises dans les niveaux de règles produites par des organes de régulation et d'autorégulation »²⁰². Les acteurs privés sont certes habilités à produire des normes. Mais cette habilitation ne leur permet pas d'exiger le respect des normes qu'ils produisent par des tiers. En outre, la revendication centrale des sociétés transnationales est l'institutionnalisation de leur propre ordre juridique privé²⁰³. Une telle volonté ne se comprend qu'en réaction à une distinction entre différents ordres juridiques au sein de l'espace transnational. Une trop prompte reconnaissance d'un ordre juridique transnational autonome conduirait à évincer l'analyse des potentielles tensions entre aspirations des acteurs privés et publics et de la conflictualité des intérêts en présence. Dans cette optique, Peer Zumbansen met en garde contre une approche conceptuelle déconnectée des « réflexions de longue date sur la relation entre l'État et la société – en tant que représentations d'une constellation historique particulière d'un ordre public contre un ordre privé »²⁰⁴.

73. La nécessaire distinction entre les différents types de normes, selon leur origine²⁰⁵, doit se fonder sur la reconnaissance des spécificités des règles de droit nées d'une

pays à l'autre » (M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit* (II), *op. cit.*, pp. 12-13).

²⁰¹ *Ibid.*, p. 15.

²⁰² Peer Zumbansen utilise le terme « *embeddedness* » : « *embeddedness of firms in layers of rules produced by regulatory and self-regulatory bodies* » (P. Zumbansen, « *Law and Legal Pluralism: Hybridity in Transnational Governance* », in P. Jurčys, P. F. Kjaer et R. Yatsunami (dir.), *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2013, p. 61).

²⁰³ A. Supiot, « Introduction. L'entreprise face au Marché total », *op. cit.*, p. 22.

²⁰⁴ P. Zumbansen, « *Transnational Private Regulatory Governance: Ambiguities of Public Authority and Private Power* », *op. cit.*, p. 125.

²⁰⁵ A. Supiot, « Introduction. L'entreprise face au Marché total », *op. cit.*, p. 22.

procédure garante de leur légitimité²⁰⁶ et de leur juridicité. La réflexion en termes d'ordres juridiques distincts n'implique pas de prétendre à leur étanchéité²⁰⁷. Elle permet de distinguer selon les types de normes et d'interroger leurs effets les unes sur les autres²⁰⁸. Elle clarifie aussi l'approche de droit comparé entre règles issues de différents ordres nationaux pour permettre d'identifier les indices ou les obstacles à une intégration normative²⁰⁹.

²⁰⁶ A. Wijffels, *Introduction historique au droit – France, Allemagne, Angleterre*, 2^{ème} éd., PUF, « Thémis droit », Paris, 2014, p. 12.

²⁰⁷ Le standard de diligence parcourt différents ordres juridiques. En outre, selon Mireille Delmas-Marty, le concept de droits fondamentaux possède également une dimension transversale, et pourrait à ce titre assurer « un ordonnancement inspiré à la fois du relatif et de l'universel » (M. Delmas-Marty, « Préface », in E. Dubout et S. Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 6).

²⁰⁸ Les effets de l'autorégulation sur la règle juridique, et inversement, seront étudiés au cours des développements. À ce sujet, v. R. Mares, « *Global Corporate Social Responsibility, Human Rights and Law: An Interactive Regulatory Perspective on the Voluntary-Mandatory Dichotomy* », *Transnational Legal Theory*, vol. 1, n° 2, 2010, p. 225 et s. V. *infra* n° 141 et s.

²⁰⁹ Selon Camille Mialot et Paul Dima Ehongo, l'intégration normative désigne « à la fois l'ensemble des processus (harmonisation, uniformisation, et unification) et l'ensemble des résultats de ces processus visant à "réagir" au pluralisme des ordres juridiques » (C. Mialot et P. Dima Ehongo, « De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables », in M. Delmas-Marty (dir.), *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, « Les voies du droit », Paris, 2004, p. 26).

IV. LES APPROCHES DE DROIT COMPARÉ

74. Le droit comparé a traditionnellement été perçu comme un moyen de réalisation de l'objectif d'unification du droit au niveau international²¹⁰. Cet objectif peut être poursuivi pour des raisons de politique juridique, telle que l'aspiration au respect des droits fondamentaux partout dans le monde. En outre, l'analyse comparée peut viser « l'amélioration du droit national par l'importation de modèles inspirés du droit étranger »²¹¹. Ces deux objectifs ne sont plus au centre du travail de droit comparé²¹². La neutralité à leur égard revient à éviter d'orienter le travail de recherche en lui assignant, au préalable, une dimension de politique juridique. Néanmoins, l'étude doit permettre de révéler les orientations des acteurs qui produisent et interprètent les droits faisant l'objet de la comparaison.

75. Ici, ces orientations renvoient au mouvement actuel de convergence des droits autour de l'objectif de respect des droits fondamentaux par les sociétés, objectif incarné par les standards de vigilance et de *care*. Une étude de droit comparé de ces deux standards suppose de clarifier les enjeux de traduction (A) et la position du comparatiste (B).

²¹⁰ K. Zweigert, H. Kötz, *An introduction to comparative law*, 3^{ème} éd., Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 24.

²¹¹ H. Muir Watt, « Droit comparé », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], (consulté le 06/05/2022).

²¹² Horatia Muir-Watt précise que « [s'] agissant du premier, on admet aujourd'hui que le droit comparé doit rester neutre par rapport à l'objectif d'unification ; quant au second, on insiste moins désormais sur la valeur inspiratrice de la comparaison que sur sa vertu de critique culturelle du propre droit de l'observateur » (*ibid.*).

A. La question de la traduction

76. La traduction des termes juridiques utilisés n'est pas un préalable nécessaire à une analyse de droit comparé. Y procéder risquerait de conduire à proposer une définition erronée ou à mal orienter le travail de comparaison²¹³. La finalité de ce travail est de tisser des liens, mais aussi de découvrir les lignes de fractures entre les droits. Cette attitude de défiance vis-à-vis de toute traduction préalable est influencée par les travaux de Pierre Legrand. L'auteur appelle à prendre en compte les différences entre les droits. Le comparatiste doit, selon lui, procéder à une « analyse différentielle des juriscultures »²¹⁴. Il faudrait partir du principe de l'existence de différences entre les droits. L'analyse ne se limite pas aux règles de droit positif. Elle s'étend à la dimension culturelle de la règle et au phénomène d'intertextualité au sein duquel celle-ci s'inscrit. On peut alors apercevoir les contours des instruments juridiques étrangers sans qu'ils ne soient brouillés par le choix d'un terme traduit renvoyant à une autre tradition ou culture. Ainsi la question fondamentale « "Mais, qu'est-ce que cela signifie ?" »²¹⁵ peut-elle être posée au cours de la recherche. La proposition d'une traduction des termes juridiques employés pourrait être une des réponses à cette question, tout comme pourrait être constatée l'absence d'équivalence entre les termes et l'impossibilité d'une traduction fidèle.

77. **La « diligence » sera ici utilisée comme un terme générique.** Il renvoie à un standard général dont les applications sont multiples et parcourent différentes branches du droit. Utilisé en français comme en anglais²¹⁶, il fait l'objet d'une variété de dénominations. Cela est porteur

²¹³ Selon Horatia Muir-Watt, « une erreur de traduction relève bien de l'interprétation même du droit étranger » (*ibid.*).

²¹⁴ P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », in P. Legrand (dir.), *comparer les droits, résolument*, PUF, Paris, 2009, p. 225.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 237.

²¹⁶ Samantha Besson relève que « les termes français de "diligence due" et de "négligence" sont issus de la même racine latine que les termes anglais de *due diligence* et de *negligence* » (S. Besson, *La due*

de confusions. A titre d'exemple, une résolution du Parlement européen²¹⁷ et une proposition de directive de la Commission européenne²¹⁸ ont récemment été rédigées en anglais et sont dédiées à la « *due diligence* » des sociétés. Dans la résolution, le terme a ensuite été traduit par « devoir de diligence » pour indiquer la thématique du texte²¹⁹, puis par « devoir de vigilance » dans le nom de la résolution et dans le corps du texte. La proposition de directive n'a pas encore été traduite, mais le communiqué de presse mentionne le « devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité »²²⁰. Par suite, un des enjeux importants de l'étude de la diligence est de clarifier ses différentes acceptions.

78. Tout d'abord, le standard général de diligence ne se confond pas avec la diligence raisonnable, qui ne renverra ici qu'au standard de droit souple et à la traduction officielle du terme *due diligence* dans les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme²²¹ et les Principes directeurs pour les entreprises multinationales édictés par OCDE²²².

79. Ensuite, le devoir de vigilance et le *duty of care* sont des applications particulières de la

diligence en droit international, op. cit., pt. 3). Sur les origines en droit romain du standard de diligence, v. *supra* n° 51.

²¹⁷ Parlement européen (PE), Résolution contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, P9_TA-PROV(2021)0073, 10/03/2021 ; https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.pdf (consulté le 06/05/2022).

²¹⁸ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée.

²¹⁹ La thématique indiquée est « [d]evoir de diligence et responsabilité des entreprises ». V. le texte officiel en ligne : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.pdf (consulté le 06/05/2022).

²²⁰ Commission européenne, « Une économie juste et durable : la Commission établit des règles relatives au respect des droits de l'homme et de l'environnement par les entreprises dans les chaînes de valeur mondiales », communiqué de presse, 23/02/2022 ; https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_22_1145 (consulté le 06/05/2022).

²²¹ Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Principes n° 17 à 21, p. 20 et s.

²²² OCDE, Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, 2011, Principe généraux, p. 22 et s.

diligence. Ils s'intègrent à des traditions et règles juridiques différentes. Le devoir de vigilance se rapporte à la loi du même nom, adoptée en France le 27 mars 2017²²³. Le *duty of care* ne sera pas traduit car il ne sera fait référence qu'à son interprétation telle qu'elle résulte de la *common law* anglaise. L'expression renvoie à des principes juridiques précis, et se réfère à une jurisprudence établie de longue date. Utiliser les termes de diligence ou de vigilance serait incohérent par rapport au lexique juridique utilisé par le juge et les auteurs anglo-saxons. Notre position de comparatiste se trouverait affaiblie par une telle confusion des termes.

B. La position du comparatiste

80. Les enjeux principaux de la définition de la position du comparatiste résident dans les choix quant à la méthode de comparaison et quant aux objectifs assignés à la comparaison. Une absolue neutralité est difficilement concevable s'agissant de la méthode et des objectifs. La part d'interprétation demeure intrinsèque au travail de comparaison²²⁴. Il est néanmoins possible d'aspirer à une certaine neutralité dans la méthode en tentant de laisser de côté les présupposés construits à partir de l'analyse de notre propre système. C'est en interrogeant le système de droit étranger au regard d'une étude approfondie des mécanismes de notre droit interne qu'une question à laquelle le travail de comparaison pourra répondre de façon satisfaisante peut émerger²²⁵. Une position neutre permettra d'affirmer qu'« aucun droit n'est intrinsèquement

²²³ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n° 0074, 28/03/2017.

²²⁴ H. Muir Watt, « Droit comparé », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], (consulté le 06/05/2022).

²²⁵ Konrad Zweigert et Hein Kötz affirment ainsi que « si des recherches comparées semblent mener à la conclusion que le système de droit étranger n'a 'rien à signaler' on doit alors repenser la question originale et la purger des postulats idéologiques de son propre système » (K. Zweigert, H. Kötz, *An introduction to comparative law*, *op. cit.*, p. 34).

meilleur qu'un autre, qu'aucun droit ne peut servir de critère pour juger tous les autres »²²⁶ ; et ainsi d'essayer de se prémunir contre tout « impérialisme épistémologique »²²⁷ ou ethnocentrisme²²⁸ qui consisterait à caricaturer l'autre système ou à en avoir une vision réductrice en le jugeant à l'aune du nôtre. Du point de vue des objectifs, l'aspiration à la neutralité permet d'affirmer que la finalité de la comparaison ne peut être d'émettre des jugements de valeur sur un système au regard du nôtre.

81. Les interrogations quant à la neutralité du comparatiste interviennent dans un contexte d'opposition frontale entre les méthodes de droit comparé. Konrad Zweigert et Hein Kötz sont à l'origine de la méthode dite fonctionnelle. Cette approche propose de découvrir les similitudes entre les droits. Elle se fonde sur une « *praesumptio similitudinis* », ou présomption de similitude. Le droit privé se serait structuré autour de fonctions et de principes similaires car il a voulu répondre à des besoins juridiques identiques. Au premier plan de ces besoins juridiques figurent ceux des entreprises. En conséquence, sont exclus du domaine de cette présomption les branches du droit que Konrad Zweigert et Hein Kötz considèrent moins économiques que moraux, comme le droit de la famille ou le droit des successions. Ces branches seraient le reflet de particularismes propres aux traditions d'une région ou d'un pays. En outre, la présomption de similitude est avant tout centrée sur la pratique et la technique juridiques²²⁹ : « des systèmes

²²⁶ P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*, p. 237.

²²⁷ G. Samuel, *An introduction to comparative law theory and method*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p. 173.

²²⁸ Selon Pierre Legrand, « [u]ne telle projection, c'est ce que les anthropologues qualifient d'"ethnocentrisme". Il faut que le juriste français évite de tomber dans ce piège. Sinon, ses conclusions, "colorées" par sa propre formation juridique, ne seront pas crédibles. S'il devait procéder de manière ethnocentrique, le juriste français aurait effectué ce que Derrida qualifie de "fausse sortie". Il n'aurait pas, au fond, vraiment quitté "son" droit » (P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*, p. 212).

²²⁹ Les similarités apparaissent entre les « résultats pratiques » (« *practical results* ») que donnent l'analyse de droit comparé. Cette présomption est donc pensée comme une méthode opérationnelle de travail pour le juriste (« *working rule* »). V. K. Zweigert, H. Kötz, *An introduction to comparative law*, *op. cit.*, p. 40.

de droit différents donnent la même solution ou une solution très similaire aux mêmes problèmes de la vie, même s'agissant des détails, malgré les grandes différences dans leur développement historique, leur structure conceptuelle et leur style d'opération »²³⁰. Cette présomption inscrit de ce fait le droit comparé dans la quotidienneté du travail du juriste confronté à des problèmes concrets. Au contraire, Pierre Legrand a développé une méthode centrée sur l'analyse, non pas des similitudes, mais des différences entre les droits. Selon cet auteur, « il faut, précisément, *lui* [l'autre droit] faire une place, lui faire *sa* place, car cet autre droit, justement parce qu'il est "autre", est différent du "nôtre" – et cette différence, ce différend, relève de l'évidence définitive »²³¹.

82. Interrogé sur la question du choix de la méthode par Pierre Legrand, John Henry Merryman analyse les risques intrinsèques d'une méthode qui aurait défini au préalable le résultat attendu, qu'il s'agisse de trouver des similitudes ou des différences entre les droits. Il souligne que la recherche est un processus incarné, et que la méthode aura un impact sur la démarche du chercheur, et finalement sur le sérieux du travail de recherche. Par conséquent, il remet en question la distinction entre les approches : « [q]uant au choix que vous suggérez entre différence et similarité, pourquoi doit-on choisir ? Peut-être parlez-vous en réalité de l'attitude. Si vous êtes disposé à trouver des différences, vous allez les trouver. La question éthique intervient si vous traitez des résultats que vous vouliez trouver comme le produit d'une étude désintéressée. Se mettre en condition pour trouver quelque chose et se mettre en condition pour enquêter sur un sujet avec un esprit ouvert revient à adopter des méthodes entièrement différentes qui vont généralement donner des résultats différents »²³². Cette analyse conduit à

²³⁰ *Ibid.*, p. 36.

²³¹ P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », *op. cit.*, p. 244.

²³² P. Legrand, « *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue* », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 47, 1999, p. 42.

refuser un choix définitif entre les méthodes exposées. Il s'agit d'éviter le risque de mise en condition pour trouver différences ou similitudes, en se plaçant à un niveau de comparaison où ces dernières apparaissent de façon plus saillante. Orientant la recherche vers les différences ou les similitudes, le choix arrêté et définitif d'une méthode de comparaison peut contrarier la nécessaire aspiration à un certain degré de neutralité²³³. Il revient au chercheur d'interroger systématiquement ses résultats et leur pertinence, qu'il s'agisse des traits communs ou des différences entre les droits²³⁴.

83. L'importance des points communs entre les standards de diligence ne fait pas disparaître la nécessaire analyse de leurs différences. Par exemple, les mécanismes de responsabilité au sein desquelles s'insèrent le devoir de vigilance et le *duty of care* révèlent des différences et des traits communs. Le droit français de la responsabilité extracontractuelle repose sur un principe général de responsabilité, inexistant en *common law*. Par un nouvel article L. 225-102-5 du Code de commerce, la loi sur le devoir de vigilance introduit une référence explicite à ce principe²³⁵. La *tort law* en droit anglais s'articule autour de délits (des *torts*). Le *duty of care* s'apprécie dans le cadre du délit spécial de négligence. L'acte négligent est une défaillance dans l'exercice d'une diligence suffisante qui pourra donner lieu à l'engagement de sa responsabilité. Malgré ces différences, des similitudes peuvent également apparaître. L'importance et l'étendue du délit de négligence tendent presque à faire de lui un principe général de responsabilité. Dans les deux cas, l'engagement de la responsabilité juridique de la société est permis. Le juge aborde les mêmes enjeux et le même type de manquement est sanctionné²³⁶.

²³³ Cette réserve quant à la méthode de comparaison est partagée par plusieurs auteurs. V. notamment G. Samuel, *An introduction to comparative law theory and method*, *op. cit.*, p. 55 ; et, à ce propos, P. Legrand, « *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue* », *op. cit.*, p. 42).

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ C. com., art. L. 225-102-5.

²³⁶ À la manière de Thomas Lundmark et d'Helen Waller, la proximité du raisonnement des juges saisis d'affaires aux nombreux traits communs pourra être relevée, malgré les traditions différentes auxquelles

Plus généralement, la diligence obéit aux mêmes objectifs conjugués de prévention et de sanction. On observe un mouvement de convergence des fonctions de la diligence vers cet objectif. Un tel mouvement est d'abord repérable en France et en Angleterre, mais également dans d'autres droits nationaux et à l'échelle supranationale.

appartiennent les juges. V. T. Lundmark et H. Waller, « *Using Statutes and Cases in Common and Civil Law* », *Transnational Legal Theory*, vol. 7, n° 4, 2016, p. 429 et s.

V. L'ÉTUDE DE DEUX STANDARDS DE DILIGENCE EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX : LE DEVOIR DE VIGILANCE ET LE *DUTY OF CARE*

84. Le devoir de vigilance et le *duty of care* s'insèrent dans un environnement juridique riche. En droit international des droits de l'Homme, les standards de diligence se déclinent dans des obligations à l'intention des États et des sociétés (A). Dans les droits nationaux, le développement du devoir de vigilance en droit français et du *duty of care* en droit anglais a influencé l'essor des initiatives législatives et de la jurisprudence (B). Dès lors, l'étude comparée du devoir de vigilance et du *duty of care* se justifie par leur rôle central et moteur dans le développement de la protection des droits fondamentaux par les sociétés transnationales (C).

A. La diligence en droit international des droits de l'Homme

85. Dans la décision *Urgenda c. État des Pays-Bas*²³⁷, le juge néerlandais identifie une obligation incombant à l'État de réduire les émissions de gaz à effet de serre. Il analyse le lien entre standards de droit international à l'intention des États et standards de droit privé dans les droits nationaux :

« Un État est supposé vouloir remplir ses obligations de droit international. Il en résulte que les standards de droit international – une disposition législative ou un standard légal

²³⁷ *Rechtbank Den Haag* (Tribunal de district de la Haye), *Urgenda Foundation c. Pays-Bas*, précitée.

non-écrit – ne devraient pas être expliqués ou interprétés d’une façon qui impliquerait la violation par l’État de son obligation de droit international, à moins qu’aucune autre interprétation ou application ne soit possible. Il s’agit d’une règle généralement reconnue dans le système juridique. Cela signifie que lorsque la cour applique ou interprète des standards et des concepts ouverts de droit national, y compris le propriétaire social, le raisonnable et la propriété, l’intérêt général ou certains principes légaux, elle prend en compte ces obligations de droit international. De cette façon, ces obligations ont un "effet réflexe" en droit national »²³⁸.

86. Il applique ensuite une approche mêlant sources nationales et internationales :
« Les articles et l’interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l’Homme, particulièrement au regard des problématiques environnementales, peuvent servir de source d’interprétation lorsqu’il s’agit de détailler et de mettre en œuvre des standards ouverts de droit privé, tels que le standard non-écrit de *care* (...). »²³⁹.

87. Le devoir de vigilance et le *duty of care* entretiennent des liens avec les différents standards de diligence, parmi lesquels le standard de droit international de diligence en matière de droits fondamentaux. Ces liens peuvent être révélateurs de certains aspects et limitations des standards étudiés. **Cependant, la diligence en droit international des droits de l’Homme ne fera pas l’objet d’une étude à part entière.** Sera ainsi exclue du champ de l’étude la diligence des États (1). Seule l’influence du standard de diligence raisonnable à l’intention des sociétés sur le devoir de vigilance et le *duty of care* sera analysée (2).

²³⁸ *Ibid.*, § 4.43.

²³⁹ *Ibid.*

1. L'exclusion de la diligence des États

88. L'internationalisation est un mouvement qui s'exprime au sujet des droits de l'Homme depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale²⁴⁰. La trajectoire de la diligence, du droit privé romain au droit international, est notamment due aux travaux d'Hugo Grotius en lien avec le droit de la guerre et la règle de la neutralité²⁴¹. Louise Arbour précise que les volontés d'intervention d'un État dans un conflit doivent être évaluées au regard du « test de diligence due » : « en termes d'influence, de proximité et de connaissance, ce qui revient à une forme internationalisée de *duty of care* »²⁴². Plus généralement, en droit international, la diligence « fonctionne principalement comme une norme de conduite qui définit et circonscrit la responsabilité d'un État à l'égard du comportement de tiers »²⁴³. Elle est à distinguer de la diligence raisonnable, prévue par des instruments internationaux non-contraignants à l'intention des sociétés.

2. Les influences de la diligence raisonnable des sociétés

89. La diligence raisonnable incombant aux sociétés en matière de droits de l'Homme émane principalement des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, édictés par les Nations Unies en 2011 en application du cadre de référence onusien

²⁴⁰ P. Legrand, « *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue* », *op. cit.*, p. 46.

²⁴¹ H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, (1626), livre III, ch. XVII, trad. P. Pradier-Fodéré, rééd. PUF, Paris, 2005, p. 766, cité par : A. Ouedraogo, « La *due diligence* en droit international : de la règle de la neutralité au principe général », *Revue générale de droit*, vol. 42, n° 2, 2012, p. 645.

²⁴² L. Arbour, « *The responsibility to protect in international law as a duty of care in international law and practice* », *Review of International Studies*, vol. 34, n° 3, 2008, p. 447.

²⁴³ J. Bonnitcha et R. McCorquodale, « *The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights* », *op. cit.*, p. 902.

« protéger, respecter et réparer »²⁴⁴. Les Principes 17 à 21 évoquent la « diligence raisonnable en matière de droits de l'Homme »²⁴⁵ des entreprises. Les Principes 18 à 21 détaillent les mesures de diligence raisonnable. Ils se veulent le reflet de la dimension concrète, opérationnelle de la diligence raisonnable. Les composantes ou étapes de la diligence raisonnable y sont détaillées : l'identification « des incidences en matière de droits de l'Homme »²⁴⁶, la prévention de ces incidences et l'atténuation de leurs effets, et enfin la rédaction d'un rapport pour « rendre compte de la manière dont elles y remédient »²⁴⁷.

90. Les Principes directeurs des Nations Unies sont pris en application du Pacte mondial en date de 2000²⁴⁸. Le Pacte mondial est une des premières initiatives en matière de responsabilité sociale et environnementale des entreprises. Il possède quatre volets : droits de l'Homme, normes internationales du travail, environnement et lutte contre la corruption. Ces volets se déclinent en dix principes. Le premier principe précise les intentions des rédacteurs du Pacte. Il s'agit avant tout d'une incitation à prendre des « mesures concrètes et volontaires pour soutenir et promouvoir le respect des droits de l'Homme »²⁴⁹. Le rôle de l'entreprise est d'apporter une « contribution positive »²⁵⁰, ce qui signifie tout de même une évolution de son rôle sur la scène

²⁴⁴ J. G. Ruggie, *Réponse à la Lettre publique adressée au Business and Human Rights Resource Centre (BHRC) de economiesuisse et SwissHoldings*, 19/09/2019 ; https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/19092019_Letter_John_Ruggie.pdf (consulté le 06/05/2022).

²⁴⁵ Les entreprises sont ici entendues au sens large, selon une acception plus économique que juridique. V. *supra* n° 221-225.

²⁴⁶ Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Principe n° 17, p. 20.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ HCDH, *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Relationship to UN Global Compact Commitments*, 2011, actual. : 2014 ; https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2Fhuman_rights%2FResources%2FGPs_GC+note.pdf (consulté le 06/05/2022).

²⁴⁹ Nations Unies, Pacte mondial (Réseau France), « Les 10 principes » ; <http://www.globalcompact-france.org/p-77-principe-1> (consulté le 06/05/2022).

²⁵⁰ *Ibid.*

internationale. En effet, le texte « s'adresse principalement et directement aux entreprises »²⁵¹, et non pas à l'État, premier titulaire d'obligations en droit international, et notamment de l'obligation de vigilance. Et l'entreprise endosse le rôle nouveau de contractant²⁵². Ses cocontractants sont les organisations internationales et les États. Cette vision a influencé les textes ultérieurs en matière de RSE et de diligence raisonnable.

91. La diligence raisonnable incombant aux sociétés en matière de droits de l'Homme a été également prévue par les Principes directeurs pour les entreprises multinationales édictés par l'OCDE, adoptés en 1976, et révisés pour la dernière fois en 2011. Ces Principes développent la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'Homme dans la continuité des Principes directeurs onusiens. Ils proposent une définition de la diligence raisonnable similaire à celle en trois temps développée dans les Principes directeurs des Nations Unies²⁵³. Les points 10, 11 et 12 des Principes généraux sont consacrés à la diligence raisonnable. Ils portent sur l'identification, la prévention et l'atténuation des incidences négatives qui résultent des activités de la société, mais aussi des activités des entités avec qui cette société entretient une « relation d'affaires »²⁵⁴. Il faut relever que les mécanismes de diligence raisonnable mis en place par les Nations Unies et l'OCDE au travers de ces instruments ne sont pas contraignants. Ils ne prévoient pas de contrôle assuré par des instances internationales ou de possibilité d'engager la responsabilité de l'entreprise en cas de manquement devant un juge international²⁵⁵.

92. Au niveau régional, et sous l'influence des Principes directeurs des Nations Unies de 2011, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation

²⁵¹ B. Frydman, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », *op. cit.*, p. 9.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ OCDE, Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, 2011, Commentaire, p. 27.

²⁵⁴ *Ibid.*, Principe n°12, p. 4.

²⁵⁵ K. Ewing, O. Tudor, D. Blackburn, *Evidence to the Joint Committee on Human Rights on Brexit and labour human rights*, *op. cit.*, p. 16.

CM/Rec(2016)3 sur les droits de l'Homme et les entreprises à l'intention des États membres du Conseil de l'Europe. Les paragraphes 20 et 28 visent la diligence des entreprises en matière de droits de l'Homme parmi les mesures dont l'État pourra, en application de cette recommandation, exiger le respect par les entreprises domiciliées sur son territoire ou réalisant des activités commerciales significatives dans sa juridiction²⁵⁶. De plus, les États membres devraient promouvoir, soutenir et participer à des formations et des ateliers destinés aux entreprises et à leurs partenaires commerciaux locaux, y compris sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'Homme dans leurs activités économiques menées dans des pays tiers²⁵⁷.

93. En droit de l'Union européenne, des obligations de diligence sectorielles ont été reconnues. Le Règlement n° 995/2010 vise à lutter contre la récolte illégale et à s'assurer de la traçabilité du bois²⁵⁸. Le Règlement n° 2017/821 prévoit des obligations de diligence à l'intention des importateurs d'étain, de tantale et de tungstène, de leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque²⁵⁹. La dimension sectorielle de ces obligations justifie leur exclusion de l'étude de la diligence des sociétés en matière de droits fondamentaux. Par ailleurs, un devoir de vigilance en droit de l'Union européenne est en cours d'élaboration. Une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises a été publiée par la Commission européenne le 23 février 2022²⁶⁰.

94. En somme, différents instruments prévoient l'exercice d'une diligence raisonnable par

²⁵⁶ Conseil de l'Europe, Recommandation « Droits de l'Homme et entreprises », CM/Rec (2016)3, 2016, § 20.

²⁵⁷ *Ibid.*, § 28.

²⁵⁸ PE et Conseil, Règlement n° 995/2010 du 20 octobre 2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché, JOUE L 295/23, 12/11/2010.

²⁵⁹ PE et Conseil, Règlement n° 2017/821 du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, JOUE L 130/1, 19/05/2017.

²⁶⁰ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée.

une société. Il convient de distinguer la diligence raisonnable des sociétés de l'obligation de diligence des États dans les ordres supra-nationaux. **La diligence raisonnable n'est pas un standard juridiquement sanctionné au niveau international, ce qui justifie qu'elle ne fasse pas l'objet d'une étude comparée avec les standards de vigilance en droit français et de care en droit anglais.** Les principaux instruments internationaux la cantonnent au droit souple. Ils ne prévoient pas de mécanisme de sanction en cas de manquement, pas plus qu'ils ne sanctionnent la violation pure et simple des droits fondamentaux par les sociétés²⁶¹. Il revient aux États de prévoir des obligations de diligence à l'intention des sociétés transnationales domiciliées ou opérants sur leur territoire. La possible sanction du manquement à ces obligations demeure du ressort des droits privés nationaux.

95. S'agissant notamment des Principes directeurs des Nations Unies, la responsabilité de la société évoquée se limite au droit souple, non-contraignant²⁶². Cette « responsabilité-assomption »²⁶³ ne se confond pas avec la « responsabilité-imputation »²⁶⁴, responsabilité juridique prévue par les droits privés nationaux et sanctionnée par le juge. Dans la mesure où les sociétés ne sont pas reconnues comme des sujets à part entière du droit international²⁶⁵, il

²⁶¹ Les sociétés transnationales ne peuvent voir leur responsabilité engagée en droit international, et la compétence des juridictions pénales internationale se limite aux personnes physiques. À ce sujet, v. notamment R. Bismuth, « La responsabilité (limitée) de l'entreprise multinationale et son organisation juridique interne – Quelques réflexions autour d'un accident de l'histoire », in L. Dubin, P. Bodeau-Livinec, J.-L. Iten et V. Tomkiewicz (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Actes du 50^{ème} colloque de Société française de droit international (SFDI), Pedone, Paris 2017, p. 429 et s.

²⁶² V. Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Principes 11 à 24.

²⁶³ M. Capron, « Deux propositions d'explication des différences de conception de la RSE », in J.-P. Chanteau, K. Martin-Chenut et M. Capron (dir.), *Entreprise et responsabilité sociale en questions*, Classiques Garnier, « Rencontres », Paris, 2017, p. 319.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Régis Bismuth propose une réflexion sur le statut de l'entreprise en droit international à partir d'une « analogie avec la responsabilité de l'État » dans l'ordre international, et les considérer comme sujet de droit international (R. Bismuth, « *Rethinking the (Limited) Responsibility of Multinational Enterprises* », *NLS Business Law Review*, vol. 3, 2017, p. 49).

revient aux États de mettre en place les conditions de la reconnaissance d'une responsabilité juridique attachée aux obligations de respecter les droits de l'Homme dans leurs droits nationaux²⁶⁶. Dépourvues de la légitimité politique que les États sont supposés acquérir dans l'ordre interne²⁶⁷, les sociétés ne devraient pas voir leur statut juridique hissé au rang de celui des États. L'engagement ferme des États à transposer dans leur droit national les obligations des sociétés de respecter les droits fondamentaux est plutôt à rechercher.

96. L'échelle nationale apparaît pourtant en décalage avec la dimension transnationale de certaines des sociétés visées. Le statut et le rôle des sociétés transnationales dans l'ordre international est en débat dans le cadre d'une réflexion sur les termes de l'encadrement de ces sociétés. Il s'agit d'une étape cruciale, aujourd'hui manquante. Pour l'heure, seuls quelques droits nationaux accueillent le développement de la diligence des sociétés en matière de droits fondamentaux, et tentent d'appréhender la dimension transnationale de ces sociétés. Le devoir de vigilance en droit français et le *duty of care* dans la *common law* anglaise en sont deux exemples.

²⁶⁶ La sanction du manquement à la diligence en matière de droit fondamentaux demeure du ressort des États. V. notamment S. Besson, « *The Bearers of Human Rights Duties and Responsibilities for Human Rights – A Quiet (R)Evolution* », *Social Philosophy & Policy Foundation*, vol. 32, n° 1, 2015, p. 248 et s. ; et C. Bright, A. Marx, N. Pineau, J. Wouters, « *Toward a Corporate Duty for Lead Companies to Respect Human Rights in Their Global Value Chains?* », *Business and Politics*, vol. 22, n° 4, 2020. p. 667 et s.

²⁶⁷ En l'absence de légitimité politique des personnes morales de droit privé, de « nouveaux modes de gouvernance (...), avec leurs propres structures de responsabilité » tendent à être créés par les sociétés elles-mêmes (F. Peter, « *Political Legitimacy* », in Edward N. Zalta (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Université de Stanford, Stanford, 2017 ; <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/> (consulté le 06/05/2022)). V. *supra* n° 62-70.

B. La diversité du droit positif

97. En matière de droits fondamentaux, la diligence des sociétés est en plein développement. Le devoir de vigilance en droit français et le *duty of care* en droit anglais sont tous deux en première ligne et ont contribué largement au développement accru de l'encadrement des activités des sociétés transnationales dans les autres droits nationaux en Europe.

98. Les standards de diligence étudiés veulent appréhender les écarts entre les législations et apporter de la cohérence pour résoudre les conflits de lois qui en découlent. De ces écarts et conflits résultent en effet des risques graves d'atteintes aux droits fondamentaux²⁶⁸. La convergence des droits est observée de façon marquante s'agissant de la première loi nationale prise en la matière, à savoir la loi française sur le devoir de vigilance. L'exposé des motifs de la proposition de loi commençait par citer les instruments qui, à l'échelle internationale, prévoient le respect par les sociétés d'une diligence en matière de droits fondamentaux : « [c]onformément aux [P]rincipes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme adoptés à l'unanimité par le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies en juin 2011, et conformément aux [P]rincipes directeurs de l'OCDE, l'objectif de cette proposition de loi est d'instaurer une obligation de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre à l'égard de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs »²⁶⁹.

99. À la suite de l'adoption de la loi sur le devoir de vigilance, c'est aux niveaux international et régional que cette convergence s'exprime encore. Un projet de traité contraignant est

²⁶⁸ T. Beau de Loménie et S. Cossart (dir.), *Guide de référence pour les plans de vigilance*, Sherpa, 1^{ère} éd., 2019, p. 15 ; https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2018/12/Sherpa_VPRG_web_pagepage-min.pdf (consulté le 06/05/2022).

²⁶⁹ Ass. nat., « Exposé des motifs », Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n° 2578, 2015, p. 1.

actuellement négocié à l'ONU²⁷⁰. Il s'inspire de la loi sur le devoir de vigilance et des contentieux récents relatifs au *duty of care*. Il aurait pour effet d'étendre la portée de la diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux au niveau mondial. Au niveau de l'Union européenne, le Commissaire à la Justice Didier Reynders a annoncé le 29 avril 2020 qu'une législation européenne sur le devoir de vigilance des sociétés allait bientôt voir le jour²⁷¹. Afin de préparer cette législation, la Commission a commandé une étude relative à la diligence dans les chaînes de valeur²⁷² et une étude sur les devoirs de directeurs et la gouvernance d'entreprise soutenable²⁷³. Dans la première étude, les exemples étrangers, parmi lesquels le devoir de vigilance en droit français et le *duty of care* en droit anglais, y sont particulièrement détaillés²⁷⁴. En octobre 2020, la Commission a inscrit un projet de législation sur la gouvernance

²⁷⁰ Le troisième projet révisé de traité a été publiée en août 2021. V. Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'Homme (également appelé Groupe de travail sur les entreprises et les droits de l'Homme – OEIGWG), *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, troisième projet révisé, Conseils de droits de l'Homme des Nations Unies, 17/08/2021 ; <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf> (consulté le 06/05/2022). Au sujet des travaux du Groupe de travail sur les entreprises et les droits de l'Homme v. notamment : R. Subasinghe, *A Neatly Engineered Stalemate: A Review of the Sixth Session of Negotiations on a Treaty on Business and Human Rights*, *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, n° 6, 2021, pp. 384-391.

²⁷¹ RBC (European Parliament Working Group on Responsible Business Conduct), « *Speech by Commissioner Reynders on 29th April 2020 in the webinar on due diligence hosted by the RBC Working Group* », 30/04/2020 ; <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/speech-by-commissioner-reynders-in-rbc-webinar-on-due-diligence/> (consulté le 06/05/2022).

²⁷² L. Smit, C. Bright, R. McCorquodale *et al.*, *Study on due diligence requirements through the supply chain – Final Report*, British Institute of International and Comparative Law (BIICL), Civic Consulting, London School of Economics and Political Science (LSE), Direction générale de la justice et des consommateurs de la Commission Européenne, 2020 ; <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830> (consulté le 06/05/2022).

²⁷³ Ernst & Young, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance: final report*, Direction générale de la justice et des consommateurs de la Commission Européenne, 2020 ; <https://data.europa.eu/doi/10.2838/472901> (consulté le 06/05/2022).

²⁷⁴ L. Smit, C. Bright, R. McCorquodale *et al.*, « *Country Reports* », *op. cit.*, spéc. pp. 56 et s. et p. 296 et s.

d'entreprise soutenable à son programme de travail pour 2021²⁷⁵. Aucun projet n'a été publié en 2021, alors que les prises de positions et campagnes de lobbying des différentes parties prenantes se multipliaient²⁷⁶. Le Parlement européen a adopté le 10 mars 2021 une résolution contenant ses recommandations afin de soutenir le mouvement en faveur de l'adoption d'une législation européenne²⁷⁷. **Une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises a finalement été publiée par la Commission européenne le 23 février 2022**²⁷⁸.

100. Dans ce contexte, l'analyse du devoir de vigilance en droit français et du *duty of care* en droit anglais permet de comprendre le droit en devenir. **Sans que la proposition de directive européenne ne fasse l'objet d'une étude à part entière, ses liens avec les standards étudiés seront abordés à l'occasion des développements.**

101. En outre, dans les droits nationaux, l'influence de l'adoption de la loi française sur le devoir de vigilance s'est fait sentir. On assiste à la multiplication des initiatives semblables dans plusieurs pays européens²⁷⁹. Aux Pays-Bas, le projet de loi visant à introduire un devoir de vigilance relatif au travail des enfants dans le droit néerlandais²⁸⁰ a été adopté par le Sénat le 14

²⁷⁵ Commission européenne, « Annexe I : nouvelles initiatives », *Programme de travail de la Commission pour 2021 – Une Union pleine de vitalité dans un monde fragile*, COM/2020/690 final, 2020 ; https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:91ce5c0f-12b6-11eb-9a54-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF (consulté le 06/05/2022).

²⁷⁶ S. Gualandi, « Addressing MNEs' violations of workers' rights through Human Rights Due Diligence. The proposal for an EU Directive on Sustainable Corporate Governance », *DLM. int*, 2022, p. 81 et s.

²⁷⁷ PE, Résolution contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, précitée.

²⁷⁸ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée.

²⁷⁹ B. Madeline, « La loi française sur "le devoir de vigilance" fait peu à peu des émules », *Le Monde*, 23/05/2019 ; https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/05/23/la-loi-francaise-sur-le-devoir-de-vigilance-fait-peu-a-peu-des-emules_5466023_3224.html (consulté le 06/05/2022).

²⁸⁰ *Eerste Kamer der States General* (Première Chambre du Parlement néerlandais – Sénat), *Voorstel van wet van het lid Kuiken houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid)* (Proposition de loi concernant l'instauration d'un devoir de vigilance pour empêcher la livraison de biens et services conçus en ayant recours au travail des enfants (Loi sur le devoir de vigilance relatif au travail des enfants)), n° 34506, 2017.

mai 2019²⁸¹. Cette loi s'applique depuis le 1^{er} janvier 2020. Une prochaine loi sur le devoir de vigilance a été annoncée par le gouvernement néerlandais le 6 décembre 2021²⁸². En Allemagne, les partenaires sociaux ont élaboré un projet de loi sur le modèle de la loi française sur le devoir de vigilance. Ce projet a été présenté par le Ministre fédéral du développement en février 2019²⁸³. Une loi a été adoptée le 16 juillet 2021²⁸⁴. Elle n'entrera en vigueur qu'en 2023 pour les sociétés d'au moins 3000 salariés, et en 2024 pour les sociétés d'au moins 1000 salariés en Allemagne. Enfin, le Parlement fédéral belge discute actuellement d'une proposition de loi relative au devoir de vigilance²⁸⁵.

102. Sur le fondement des droits nationaux, plusieurs contentieux en matière de diligence connaissent d'ores et déjà des développements majeurs en Europe. C'est le cas notamment aux Pays-Bas. Un premier contentieux porte sur les activités de la société mère Royal Dutch Shell

²⁸¹ *Eerste Kamer der States General* (Première Chambre du Parlement néerlandais – Sénat), « *Stemming Wet zorgplicht kinderarbeid* » (« Vote de la loi sur le devoir de vigilance relatif au travail des enfants »), 2019 ; https://www.eerstekamer.nl/verslagdeel/20190514/wet_zorgplicht_kinderarbeid (consulté le 06/05/2022).

²⁸² Le Ministre du commerce international et du développement a annoncé une prochaine législation sur Twitter le 2 décembre 2021. V. ECCJ, « *Dutch minister announces national corporate due diligence legislation* », communiqué de presse, 06/12/2021 ; <https://corporatejustice.org/news/dutch-minister-announces-national-corporate-due-diligence-legislation/> (consulté le 06/05/2022).

²⁸³ *Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung* (Ministère fédéral allemand de la coopération économique et du développement), *Entwurf eines Gesetzes zur nachhaltigen Gestaltung globaler Wertschöpfungsketten und zur Änderung wirtschaftrechtlicher Vorschriften* (Projet de loi relatif à l'organisation durable des chaînes de valeur mondiales et à la modification de disposition de droit commercial), *Artikel 1 : Gesetz zur Regelung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten in globalen Wertschöpfungskette (Sorgfaltspflichtgesetz)* (Article 1 : Loi visant à la mise en place d'un devoir de vigilance relatif aux droits de l'Homme et à l'environnement dans les chaînes de valeur mondiales (Loi sur le devoir de vigilance)), 01/02/2019.

²⁸⁴ *Bundestag* (Parlement allemand), *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten* (Loi sur le devoir de vigilance de l'entreprise dans les chaînes d'approvisionnement), *Bundesgesetzblatt* n° 46, 2021, p. 2959.

²⁸⁵ Parlement fédéral belge, Proposition de loi instaurant un devoir de vigilance et un devoir de responsabilité à charge des entreprises tout au long de leurs chaînes de valeur, n° 55K1903, 02/04/2021. V. Centre national de coopération au développement (CNCD-11.11.11), « Pour une loi belge sur le devoir de vigilance – Première étape franchie au parlement fédéral », communiqué de presse, 22/04/2021 ; <https://www.cncd.be/Pour-une-loi-belge-sur-le-devoir> (consulté le 06/05/2022).

– société néerlandaise également poursuivie au Royaume-Uni, où se situe son siège social²⁸⁶ – et de sa filiale nigériane. Des fermiers nigériens demandaient réparation pour des dommages environnementaux causés par des pollutions aux hydrocarbures. Ces poursuites ont été autorisées par le juge néerlandais qui a reconnu la possibilité que la société mère soit soumise à un *duty of care* et poursuivie pour négligence²⁸⁷. La société a ensuite été condamnée par la même cour à réparer les dommages subis par les demandeurs²⁸⁸. Par ailleurs, les associations les Amis de la Terre (*Milieudefensie*) et Greenpeace aux Pays-Bas ont agi au nom de plusieurs milliers de citoyens et obtenu la reconnaissance du *duty of care* de la société Royal Dutch Shell en matière de pollution de l'air. Sa responsabilité a été engagée. Mais, plutôt que de condamner la société à réparer les dommages subis, le juge a décidé que la société devra réduire les émissions de gaz à effet de serre du groupe de sociétés Shell²⁸⁹.

103. Ainsi, il ressort des exemples précités une double influence. D'une part, la loi française sur le devoir de vigilance a initié le développement de lois semblables dans plusieurs pays européens. D'autre part, le *duty of care* de *common law* est un standard de droit non-écrit qui influe sur le développement de la jurisprudence, notamment au Pays-Bas. Leurs applications diffèrent certes du fait de leur appartenance à des traditions juridiques différentes. Mais, ils ont

²⁸⁶ V. *infra* n° 159.

²⁸⁷ *Gerechtshof Den Haag* (Cour d'appel de la Haye), aff. n° 200.126.843/01 ; 200.126.848/01, 18/12/2015. À ce sujet, v. C. Bright, « *The Civil Liability of the Parent Company for the Acts or Omissions of Its Subsidiary: The Example of the Shell Cases in the UK and in the Netherland* », in A. Bonfanti (dir.), *Business and Human Rights in Europe*, Routledge, Londres, 2019, spéc. pp. 212-222.

²⁸⁸ *Gerechtshof Den Haag* (Cour d'appel de la Haye), aff. n° 200.126.843/01 ; 200.126.848/01, 29/01/2021.

²⁸⁹ *Rechtbank Den Haag* (Tribunal de district de la Haye), équipe commerce, *Associations Vereniging Milieudefensie, Greenpeace Pays-Bas, Actionaid c. Royal Dutch Shell*, C/09/571932 / HA ZA 19-379, 26/05/2021. V. notamment M. Hautereau-Boutonnet, « Première condamnation d'une entreprise pétrolière en matière de contentieux climatique ! », Club des juristes, 07/06/2021 ; <https://blog.leclubdesjuristes.com/premiere-condamnation-dune-entreprise-petroliere-en-matiere-de-contentieux-climatique/> (consulté le 06/05/2022).

une finalité commune, celle de la protection des droits fondamentaux par les sociétés transnationales.

C. Le devoir de vigilance et le *duty of care*

104. Parmi les standards de diligence existants, le devoir de vigilance et le *duty of care* sont deux devoirs de diligence justifiant une étude de droit comparé. Ils allient prévention et sanction du défaut de diligence en matière de droits fondamentaux (1). La société transnationale pourra voir sa responsabilité engagée en cas de manquement (faute de vigilance et *breach of duty*). Une application renouvelée de la diligence comme moyen d'encadrement des activités des sociétés transnationales se développe (2).

1. Une alliance de prévention et de sanction

105. La diligence suppose l'élaboration et la mise en œuvre de mesures de prévention, sanctionnées par l'engagement de la responsabilité de la société. Elle est en cela plus ambitieuse que les obligations de rapportage extra-financier, telles qu'elles résultent de la Directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 sur la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes²⁹⁰, et de sa transposition dans les droits français²⁹¹ et anglais²⁹². Une alliance de prévention et de

²⁹⁰ PE et Conseil, Directive n° 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 330/1, 15/11/2014.

²⁹¹ V. C. com., L. 225-102-1.

²⁹² V. *Companies Act* 2006, sect. 414 CA et 414 CB.

sanction se réalise avec le devoir de vigilance en droit français (a) et le *duty of care* en droit anglais (b).

a. L'originalité du devoir de vigilance en droit français

106. En droit français, les obligations de vigilance parcourent différentes branches du droit (i). Elles se distinguent du devoir de vigilance, tel qu'il résulte de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (ii).

i. La diversité des obligations de vigilance

107. La vigilance se décline en diverses obligations à la charge de la société. Elle trouve notamment à s'appliquer en droit de l'environnement et en droit du travail. En matière environnementale, le Conseil constitutionnel a reconnu l'existence d'une obligation de vigilance *erga omnes* dans une décision du 8 avril 2011 portant sur la constitutionnalité de l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation²⁹³, en se fondant sur les articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement²⁹⁴. Ces articles prévoient que « [c]hacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » et que « [t]oute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ». Selon le Conseil, ils constituent, pour la société, le fondement d'« une obligation de vigilance à l'égard

²⁹³ Cons. const., QPC, n° 2011-116, 08/04/2011.

²⁹⁴ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF n° 0051, 02/03/2005.

des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité »²⁹⁵. Le périmètre de la vigilance s'étend aux activités déployées par la société sur l'ensemble de sa chaîne de valeur. Mais, les conditions de la mise en œuvre et de la sanction de cette obligation restent incertaines.

108. En droit du travail, la vigilance du donneur d'ordre vise principalement le respect des droits sociaux fondamentaux. Le donneur d'ordre doit assurer une surveillance des droits et libertés dans les relations de travail. Informé par les autorités publiques d'une infraction, il enjoint, par écrit, à son sous-traitant de faire cesser sans délai cette situation et est passible de sanctions pour tout manquement à ses obligations d'injonction et d'information²⁹⁶. Les obligations de vigilance du donneur d'ordres s'exercent également quant au non-paiement partiel ou total 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-traitant²⁹⁷. Enfin, le donneur d'ordre est tenu d'une obligation de vigilance en matière d'hébergement collectif des salariés de son cocontractant ou d'une entreprise sous-traitante directe ou indirecte. Il doit faire cesser une situation d'hébergement incompatible avec la dignité humaine, et, si nécessaire, prendre à sa charge l'hébergement collectif des salariés dans des conditions décentes²⁹⁸.

109. Ainsi, la conjonction de ces diverses obligations avec le devoir de vigilance participe à la vitalité de l'encadrement des activités des sociétés par le standard de vigilance en droit français.

²⁹⁵ *Ibid.*, consid. 5.

²⁹⁶ C. trav., art. L. 8281-1.

²⁹⁷ C. trav., art. L. 3245-2.

²⁹⁸ C. trav., art. L. 4231-1.

ii. Le devoir de vigilance

110. La loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre²⁹⁹ instaure un devoir de vigilance incombant aux plus grandes sociétés. Son processus d'adoption, commencé en 2013, s'est heurté à de nombreuses protestations de la part des sociétés françaises, réticentes à l'idée de se voir imposer une nouvelle obligation et soucieuses des nouveaux risques contentieux, financiers et réputationnels³⁰⁰ que pourrait engendrer le devoir de vigilance. Le texte qui résulte de ce difficile processus d'adoption est marqué par une volonté de conciliation et par la prudence. Les rédacteurs ont également cherché à éviter une censure constitutionnelle, et ce, avec succès. Le Conseil constitutionnel a certes censuré le mécanisme de l'amende civile, mais il a validé l'injonction, l'astreinte et l'action en responsabilité civile³⁰¹. L'essentiel du mécanisme a donc été préservé.

111. Seules certaines sociétés devront exercer un devoir de vigilance. Les sociétés visées par le texte de loi³⁰² sont celles d'une taille importante, à la différence de la diligence raisonnable en matière de droits de l'Homme, qui vise toute société au sein de la chaîne de valeur³⁰³. Le devoir de vigilance concerne les sociétés qui emploient au moins cinq mille salariés en leur sein

²⁹⁹ Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, précitée.

³⁰⁰ Pour une synthèse de ces critiques, v. notamment : P.-L. Périn, « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint », *RTD Com.*, 2015, p. 215 et s.

³⁰¹ Cons. const., n° 2017-750 DC, 23/03/2017.

³⁰² C. com., art. L. 225-102-4, I : « Toute 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, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance ».

³⁰³ K. Ewing, O. Tudor, D. Blackburn, *Evidence to the Joint Committee on Human Rights on Brexit and labour human rights*, *op. cit.*, p. 16

ou dans leurs filiales directes ou indirectes en France, ou au moins dix mille salariés en leur sein ou dans leurs filiales directes ou indirectes en France ou à l'étranger³⁰⁴.

112. Le mécanisme de vigilance se divise en deux temps. Il comporte un volet prévention et un volet sanction. Dans un premier temps, les sociétés visées devront rédiger et mettre en œuvre effectivement un plan de vigilance³⁰⁵, dont les mesures sont détaillées dans la loi³⁰⁶. Elles devront également publier le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective. Les « mesures de vigilance raisonnable »³⁰⁷ ont deux objectifs principaux : « identifier les risques »³⁰⁸ et « prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »³⁰⁹. Dans un second temps, le défaut de rédaction, de publication ou de mise en œuvre effective du plan de

³⁰⁴ L'interprétation de ce passage du texte de la loi a été discutée par la doctrine. V. notamment S. Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, n° 22, doctr. 622, 2017, p. 19). Elle a été clarifiée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision sur la loi sur le devoir de vigilance : « En vertu du paragraphe I sont soumises à l'obligation d'établir un plan de vigilance les sociétés ayant leur siège social en France et qui, à la clôture de deux exercices consécutifs, emploient au moins cinq mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises, ou emploient au moins dix mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises et étrangères » (Cons. const., n° 2017-750 DC, précitée, consid. 3).

³⁰⁵ Le plan est un exercice de programmation en principe non-contraignant, qui, en matières économique et commerciale, est aujourd'hui souvent utilisé en droit de l'Union Européenne (Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 du Conseil d'État - Le droit souple*, La Documentation française, « Les rapports du Conseil d'État », Paris, 2013, p. 7).

³⁰⁶ Les mesures prévues sont les suivantes :

« 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;
2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;
3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;
4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ;
5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité » (C. com., art. L. 225-102-4, I).

³⁰⁷ « Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable 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... » (*ibid*).

³⁰⁸ *Ibid*.

³⁰⁹ *Ibid*.

vigilance est judiciairement sanctionné. Le manquement à ces obligations pourra donner lieu, d'une part, à une mise en demeure suivie d'une injonction de respecter ces obligations, le cas échéant sous astreinte³¹⁰ ; et d'autre part, s'il résulte un préjudice de ce manquement, à l'engagement de la responsabilité civile de la société sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil³¹¹. Pour l'heure, aucune décision quant à l'engagement de la responsabilité d'une société sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance n'a été rendue en France. Au Royaume-Uni, plusieurs décisions se prononcent sur son admissibilité. Ce contentieux est porteur d'enseignements importants quant au potentiel de la diligence s'agissant de l'encadrement des activités des sociétés transnationales.

b. Les nouvelles applications du *duty of care* en matière de droits fondamentaux

113. Le standard de *care* est un standard d'origine jurisprudentielle de la *common law* anglo-saxonne. Il ne s'agit pas d'une obligation de prévention légalement instituée. Le juge reconnaît le *duty of care* d'une société selon les circonstances d'espèce. À la différence du principe général de responsabilité en droit français tel qu'il ressort de l'article 1240 du Code civil, la *common law* anglaise fonctionne selon un « système de responsabilité casuistique »³¹². Le juge décide à partir d'une liste préétablie de délits, dans la droite ligne du droit romain³¹³.

114. Le *duty of care* est un élément constitutif du délit (*tort*) de négligence (*negligence*), aux côtés de la faute (*breach of duty*), du dommage et du lien de causalité entre la faute et le

³¹⁰ C. com., art. L. 225-102-4, II.

³¹¹ C. com., art. L. 225-102-5.

³¹² H. Slim, « Approche comparative de la faute dans la responsabilité civile extra-contractuelle », *RCA*, n° 6, 2003, p. 18, spéc. pt. 22.

³¹³ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, in J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, 4^{ème} éd., LGDJ, « Traités », Paris, 2017, n° 439.

dommage. Lord Atkin a défini les principes du délit de négligence dans la décision de principe *Donoghue c. Stevenson*³¹⁴. Il a ainsi expliqué que, dans certaines circonstances, parmi lesquelles une proximité suffisante pour que les actions d'une personne affectent une autre personne, la relation fait naître un *duty of care*, même en l'absence de liens contractuels. En cas de manquement à ce devoir, la responsabilité pour négligence à l'égard du tiers peut être engagée. En l'espèce, l'affaire avait été initialement jugée par un juge écossais. Mais, Lord Macmillan précise que « le droit écossais applicable à l'affaire était le même que le droit anglais »³¹⁵. Il y avait lieu de définir les conditions de la responsabilité de l'auteur eu égard à la *common law* et aux principes généraux qui en émanent. Par la suite, de nombreuses décisions de justice ont façonné la négligence dans les diverses juridictions de *common law*.

115. L'étude sera ici centrée sur l'analyse du droit anglais, applicable en Angleterre et au pays de Galles, car l'essentiel du contentieux – en amont des décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni – sur le *duty of care* appliqué aux sociétés transnationales en matière de respect des droits fondamentaux et de l'environnement a été entendu par les juridictions de premier et de second degrés anglaises. Les décisions que nous étudierons ont ainsi été entendues par une cour et un tribunal anglais³¹⁶.

116. Dans la décision *Ngcobo et autres c. Thor Chemicals Holdings Ltd & Desmond Cowley* de 1995³¹⁷, le juge a reconnu pour la première fois l'existence d'un *duty of care* s'imposant à la

³¹⁴ [1932] UKHL 100.

³¹⁵ *Donoghue c. Stevenson*, [1932] UKHL 100.

³¹⁶ Les cours et tribunaux anglais connaissent des litiges en Angleterre et au Pays de Galles, de même que les tribunaux anglais, à quelques exceptions près (le juge anglais voit sa compétence étendue à l'Irlande du Nord et à l'Écosse pour des affaires de taxes directes et indirectes ou encore d'immigration et d'asile). V. *UK Courts and Tribunals Judiciary, Tribunals structure chart et Courts structure chart*, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/08/tribunals-chart-updated-May-2020.pdf> ; <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/08/courts-structure-0715.pdf> (consultés le 06/05/2022).

³¹⁷ *Ngcobo et autres c. Thor Chemicals Holdings Ltd & Desmond Cowley*, *Times Law Report*, 10/11/1995.

société mère vis-à-vis des salariés de la société fille. Il a réaffirmé son existence, tout en précisant les contours, dans la décision *Chandler c. Cape* de 2012³¹⁸. Dans cette décision, le juge précise quelles sont les « circonstances appropriées »³¹⁹ dans lesquelles sera reconnu un *duty of care* :

- (1) la société mère et sa filiale doivent se consacrer à la même activité ;
- (2) la société mère doit ou aurait dû posséder un savoir supérieur à celui de sa filiale en ce qui concerne les aspects de la santé et de la sécurité dans le secteur concerné ;
- (3) la société mère doit ou aurait dû avoir connaissance du caractère dangereux de l'organisation du travail de sa filiale ;
- (4) la société mère doit ou aurait dû avoir connaissance du fait que sa filiale s'en remettrait à son savoir supérieur pour la protection de ses employés.

117. Le standard de *care* repose sur la connaissance et le savoir supérieur de la société des risques inhérents aux activités d'une autre société. Ce savoir est un levier d'action : des mesures de prévention doivent être prises, sous peine pour la société de voir sa responsabilité engagée pour négligence³²⁰. Un *duty of care* a récemment été reconnu à l'encontre de deux sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux par la Cour suprême du Royaume-Uni³²¹. Ainsi, les standards de vigilance et de *care* connaissent de nouvelles déclinaisons originales lorsqu'ils s'appliquent aux sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux.

³¹⁸ *Chandler c. Cape*, [2012] EWCA Civ 525, §§ 39-40.

³¹⁹ *Ibid.*, § 80.

³²⁰ La négligence, en droit romain, est le versant négatif de la diligence : « [l]e terme *diligence* nous vient du latin *dis-ligentia*. Il est composé du préfixe *dis* et du radical *legere* (lit. rassembler) et désigne la qualité de celui ou celle qui sait faire preuve de choix, de zèle ou de soin. A l'inverse, sa violation constitue une *neg-ligentia*, une *negligence* » (S. Besson, *La due diligence en droit international*, *op. cit.* pts. 1-2). Le « *care* » est traduit a été traduit par « diligence », mettant ainsi en exergue le lien entre le *duty of care* et la diligence (C. Bright, « Le devoir de diligence de la société mère dans la jurisprudence anglaise », *Dr. soc.*, 2017, p. 828 et s.).

³²¹ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20 ; *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2021] UKSC 3.

2. Une application originale et renouvelée de la diligence

118. Le standard de *care* est habituellement désigné comme un devoir, un *duty of care*, ce qui le rapproche encore du devoir de vigilance en droit français. Le terme de devoir « désigne (...) certaines règles de conduite d'origine légale et de caractère permanent (qui se trouvent avoir une coloration morale) ... »³²². La dimension morale de la notion de « *duty* » renvoie à l'obligation de respecter les droits fondamentaux, parfois au-delà du droit positif, notamment, lorsqu'une société se reconnaît une responsabilité dans des circonstances d'espèce particulières.

119. En droit français et dans la *common law* anglaise, la diligence est un standard connu en droit positif et souvent discuté par la doctrine. Le droit français de la responsabilité civile extracontractuelle ne compte pas un devoir préexistant à l'engagement de la responsabilité de l'auteur d'un fait dommageable parmi ses éléments constitutifs. Sa reconnaissance implicite, comme condition nécessaire de la responsabilité pour faute, a été néanmoins soutenue par une partie de la doctrine³²³. Planiol, le plus célèbre défenseur de cette conception, définissait la faute comme : « une contravention à une obligation préexistante »³²⁴. Selon cet auteur, ce devoir procède essentiellement de la loi : « la création d'un risque nouveau ne rend son auteur responsable des dommages qui s'ensuivront que parce qu'il existe une règle de droit antérieurement admise et lui défendant de créer ce risque »³²⁵. René Demogue fait également

³²² G. Cornu, « Devoir », *op. cit.*

³²³ Selon René Savatier, le « premier élément » de la faute est le « devoir violé » ; et ce devoir est un devoir de diligence : « la définition déterminant la faute par comparaison avec la conduite d'un homme diligent n'est exacte que si on suppose sa diligence tournée vers l'observation de ses devoirs. Il faut donc tout d'abord déterminer ceux-ci » (R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, (1951), rééd LGDJ, « Anthologie du droit », Paris, 2016. pt. 5).

³²⁴ Planiol, « Études sur la responsabilité civile », *Rev. Crit.*, 1905, p. 287.

³²⁵ *Ibid.*, p. 291.

référence à un « devoir légal » en écho à la définition de Planiol³²⁶. Mais, une telle « reconnaissance d'un devoir général de prudence, de diligence et de bonne foi, existant en toutes circonstances »³²⁷ a pu également être perçue comme une extension déraisonnable de la responsabilité.

120. La *common law* anglaise n'a pas été exempte de critiques quant à la nécessaire reconnaissance d'un *duty of care* pour engager la responsabilité d'une personne pour négligence. Percy Henry Winfield posait, dès 1934, la question de savoir si l'idée de *duty of care* était d'une quelconque utilité au délit de négligence. Il admettait le *duty of care* comme une partie intégrante du droit positif anglais, notamment depuis sa reconnaissance par la Chambre des lords dans la décision *Donoghue c. Stevenson* de 1932³²⁸. Il n'était plus, dès lors, pertinent de soutenir sa suppression. Mais, il considérait, qu'en théorie du moins, le *duty of care* pourrait ne plus compter parmi les éléments constitutifs du délit de négligence puisqu'il est toujours implicitement requis pour prouver l'existence de la faute. Le *duty of care* ne serait, selon Percy Henry Winfield, qu'un « accident de l'Histoire »³²⁹. Et exiger du demandeur de rapporter la preuve d'un tel devoir serait « superflu »³³⁰.

121. L'étude du devoir de vigilance et du *duty of care* ne vise pas à discuter du bien-fondé de la reconnaissance de ces standards. Elle ne permet pas non plus d'observer la reconnaissance d'un devoir général de diligence au sein des responsabilités civiles de droit commun en droit

³²⁶ V. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. III, A. Rousseau, Paris, 1923, n° 261, p. 439, tel que cité et analysé par C. Coulon, « René Demogue et le droit de la responsabilité civile », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 56, n° 1, 2006, p. 137 et s.

³²⁷ J.-S. Borghetti, obs. sous Cass. com., 21/10/2008, n° 07-18487 ; *RDC*, 2009, p. 506 (« Jusqu'où ira la responsabilité à l'égard des tiers du fait d'un manquement contractuel ? »).

³²⁸ *Donoghue c. Stevenson*, UKHL 100.

³²⁹ P. H. Winfield, « *Duty in Tortious Negligence* », *Columbia Law Review*, vol. 34, n°1, 1934, p. 58.

³³⁰ *Ibid.*, p. 66. V. aussi : W. W. Buckland, « *The Duty to Take Care* », *Law Quarterly Review*, vol. 51, n° 4, 1935, p. 637 et s. ; et N. J. McBride, « *Duties of Care: Do They Really Exist?* », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n° 3, 2004, p. 417 et s.

français et en droit anglais à l'égard de toute personne et de toute relation. Son objet se limite à analyser la reconnaissance d'obligations dans un contexte et selon des conditions spécifiques : la diligence est ici attendue de certaines personnes morales de droit privé – les sociétés transnationales – afin de prévenir les dommages nés d'une atteinte aux droits fondamentaux des tiers. Tout l'enjeu de l'étude sera d'analyser l'effectivité de la protection des droits fondamentaux par une application renouvelée des standards de diligence à l'intention des sociétés transnationales. L'effectivité de ces standards est ici entendue comme « le fait que les prescriptions énoncées dans une norme soient pleinement respectées »³³¹, et puisse ainsi produire leurs effets.

122. La problématique centrale de l'effectivité de la protection des droits fondamentaux par les standards de diligence à l'intention des sociétés transnationales sera analysée en termes de prévention (Partie 1) et de sanction (Partie 2).

³³¹ E. Gravel, « Appropriation des normes internationales du travail par de nouveaux acteurs et action normative traditionnelle de l'OIT [Organisation internationale du travail] : substitution ou complémentarité ? », in J.-C. Javillier (dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Institut international d'études sociales (IIES), OIT, 2007, pp. 63-64. L'enjeu est celui de l'effectivité des standards de diligence et non des droits fondamentaux. V. Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme », in V. Champeil-Desplats et D. Lochak (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2008, p. 11 et s. V également Y. Leroy, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 3, n° 79, 2011, p. 715 et s. Et, sur la question de la mise en œuvre effective de la vigilance, v. notamment S. Brabant, L. Chatelain, O. Claude, S. Cossart, M. Frapard, F. Lellouche, A. Lévy, C. Michon et E. Savourey, « Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : premières mises en demeure et actions en justice », entretiens, *CDE*, n° 2, 2020, p. 17.

PARTIE I. LA PRÉVENTION DES ATTEINTES

123. Les mesures de prévention des atteintes aux droits fondamentaux ont vocation à se déployer au sein des relations entre sociétés commerciales à l'échelle transnationale. Les standards juridiques de diligence participent d'une reconnaissance par le droit de l'existence de ces relations. Plus avant, ils sont les instruments d'un encadrement juridique des déséquilibres qui les parcourent¹. L'objectif est, dès lors, de mobiliser le pouvoir de la société mère ou du donneur d'ordre² en faveur de la prévention des atteintes aux droits fondamentaux dans les chaînes de valeur transnationales.

¹ Ces déséquilibres s'expriment lors des « interactions entre une pluralité d'acteurs qui tentent de façonner les CGV [chaînes de valeur globales] en fonction de leur finalité, faisant d'elles des lieux de tensions permanentes entre pouvoirs et contre-pouvoirs, hégémonie et contre-hégémonie » (C. Vercher-Chaptal et F. Palpacuer, « Chaînes globales de valeur », in N. Postel et R. Sobel (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2013, p. 38).

² Les relations intersociétaires seront analysées à l'aune des rapports de pouvoir que les parcourent. À ce sujet, v. notamment E. Peskine et S. Vernac, « Pouvoir et responsabilités dans les organisations pluri-sociétaires », in G. Borenfreund et E. Peskine (dir.), *Licenciements économiques et restructurations, vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2015 ; J. G. Ruggie, « *Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy* », *Regulation & Governance*, vol. 12, n° 3, 2017, p. 317 et s. ; P. Zumbansen, « *Transnational Private Regulatory Governance: Ambiguities of Public Authority and Private Power* », *Law & Contemp. Probs*, n° 76, 2013, p. 117 et s. Plus généralement, sur le pouvoir dans les relations de travail, v. notamment G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, « Précis », Paris, 2022, pts. 657 et s. ; E. Dockès, « Le pouvoir dans les rapports de travail. Essor juridique d'une nuisance économique », *Dr. soc.*, 2004, p. 620 et s. ; E. Dockès, « Pouvoir », in *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, « Méthodes du droit », Paris, 2005, p. 63 et s. ; E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en Droit social – Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 203 et s. ; D. Lochak, « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », in *Droit social*, Éditions techniques et économiques, Paris, 1982, p. 22 et s. ; P. Lokiec, *Contrat et pouvoir*, LGDJ, Paris, 2004.

124. Une vision quasi programmatique du fonctionnement de la diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux nous est offerte par Gunther Teubner dès 1985. Elle est déjà révélatrice des insuffisances de la diligence. Gunther Teubner envisageait la combinaison d'une réglementation externe et de l'autocontrôle interne pour la mise en œuvre des obligations de diligence des dirigeants au sein des sociétés commerciales. Le droit demeure cantonné à un rôle de « stimulateur »³. Cette fonction lui est attribuée afin de sortir de l'alternative entre un droit aux « fonctions de régulation »⁴, qui passerait par des sanctions, ou aux « fonctions de facilitateur »⁵, qui laisserait les sociétés poursuivre leurs intérêts sans contrôle. Une telle grille d'analyse est transposable au rôle attribué à la diligence à l'intention des sociétés transnationales.

125. Selon ce modèle, le pouvoir de la société mère ou du donneur d'ordre se traduit par l'élaboration d'engagements volontaires, majoritairement établis unilatéralement. Les devoirs juridiques de diligence sont déterminés, dans leur contenu, par cette autorégulation. D'abord pensée comme le vecteur d'un respect des droits fondamentaux au-delà des obligations légales, elle matérialise aujourd'hui la démarche de prévention guidée par des standards juridiques de diligence. Quoiqu'encore largement insuffisante, elle n'est, dès lors, plus facultative et peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

³ G. Teubner, « *Corporate fiduciary duties and their beneficiaries. A functional approach to the legal institutionalization of corporate responsibility* », in K. J. Hopt et G. Teubner (dir.), *Corporate governance and directors' liabilities: legal, economic, and sociological analyses on corporate social responsibility*, De Gruyter, Berlin, 1985, p. 159.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

126. S'agissant des obligations de prévention (**Titre I**), il convient d'interroger leur effectivité pour la protection des droits fondamentaux. Dans cette même optique, s'agissant des acteurs de la prévention (**Titre II**), les standards de diligence se fondent sur la mobilisation du pouvoir d'une société sur une autre, au détriment du rôle des parties prenantes, selon des procédés qu'il s'agira d'analyser.

TITRE I. Les obligations de prévention

127. La prévention des atteintes aux droits fondamentaux par les sociétés transnationales s'est matérialisée par un fort développement des engagements volontaires de ces sociétés. Ces engagements se traduisent, dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), par une variété de mesures d'autorégulation. Celles-ci sont volontaires, non-contraignantes, et le plus souvent unilatéralement élaborées et mises en œuvre. Les sociétés conservent ainsi la main sur les contours de la réponse donnée aux enjeux sociaux et environnementaux. Aujourd'hui, la diligence s'exprime au travers de mesures de prévention essentiellement construites à partir des engagements volontaires des sociétés transnationales.

128. Confrontée à la diversité des mesures de prévention qu'entraîne le recours aux engagements volontaires, il convient d'identifier les obligations de prévention (**Chapitre 1**) afin d'analyser leurs effets et les voies de réformes envisageables (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L'identification des obligations de prévention

129. Les sociétés transnationales produisent depuis de nombreuses années des normes auxquelles elles disent se soumettre. Ces normes sont multiples. Il peut s'agir de codes de conduite, de chartes éthiques ou encore de simples déclarations d'intention. Elles peuvent avoir vocation à s'appliquer à toute la chaîne de valeur, voir leur portée limitée à certaines relations intersociétaires, ou être seulement internes à la société. S'agissant de leur contenu, elles se bornent souvent à la citation du droit en vigueur, et n'engagent pas la société à aller au-delà du respect des règles juridiques.

130. **Les standards juridiques de diligence sont un vecteur de l'intégration actuelle dans le droit positif des engagements volontaires des sociétés transnationales.** Ils permettent l'intégration de la diversité des engagements volontaires et l'adaptation des obligations de prévention selon les situations.

131. Comprendre ce mécanisme suppose d'identifier les fondements théoriques de la prévention des atteintes aux droits fondamentaux des sociétés transnationales (**Section 1**). En pratique, l'insuffisance des obligations apparaît. L'effectivité du procédé demeure limitée par l'arrimage des mesures de prévention à des engagements volontaires des sociétés souvent peu ambitieux (**Section 2**).

SECTION 1. LA DIVERSITÉ DES OBLIGATIONS

132. La prévention des atteintes aux droits fondamentaux par les sociétés transnationales a d'abord conduit à un questionnement sur les sources du droit. Les fondements théoriques des obligations ont évolué, ce qui a conduit à interroger la normativité de l'autorégulation des sociétés (§ 1).

133. Le recours aux standards juridiques de diligence implique une nouvelle série de questionnements. L'insertion des engagements volontaires dans la règle de droit par les standards de diligence suppose de distinguer les engagements volontaires, simples faits juridiques, des règles juridiques (§ 2). Appartenant au registre de la RSE, les engagements volontaires s'inscrivent dans les pratiques de la société.

§1. LA NORMATIVITÉ DES ENGAGEMENTS VOLONTAIRES DES SOCIÉTÉS

134. La reconnaissance de la dimension normative des engagements volontaires repose sur une conception de la normativité en termes de gradations (A) qui se traduit, en matière de prévention des atteintes aux droits fondamentaux par les sociétés transnationales, par une combinaison de mesures aux sources variées (B).

A. Une normativité graduée

135. La théorie de la « normativité graduée »⁶ permet de placer les engagements volontaires de la société transnationale sur une échelle de normativité. Elle nous éclaire sur la logique de complémentarité des sources de droit. Les sources du droit sont ici définies comme « les modes de formation des règles juridiques au sein d'une société donnée, les différentes façons dont ces règles sont établies »⁷. Les engagements volontaires ont vocation à « introduire des régularités dans un objet social »⁸ au sein des activités commerciales transnationales⁹. Ils se distinguent cependant de la réglementation¹⁰, dans la mesure où ils sont « auto »-institués. Ils ne sont pas hétéronomes et ne sont habituellement pas considérés comme impératifs. La théorie des engagements unilatéraux pourrait faire accéder à une force juridique certains engagements. La société pourrait être considérée par le juge comme engagée vis-à-vis des tiers par son autorégulation¹¹. Mais, à ce jour, cela demeure incertain.

⁶ Cette expression est employée par le Conseil d'État pour expliquer les relations entre le droit dur et le droit souple. V. Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 du Conseil d'État - Le droit souple*, La Documentation française, « Les rapports du Conseil d'État », Paris, 2013, p. 9.

⁷ V. Lasserre-Kiesow, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.*, 2006, p. 2279.

⁸ A. Jeammaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique – Des concepts en jeu », in G. J. Martin et J. Clam (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 53.

⁹ En ce sens, v. P. Zumbansen, « *Transnational Private Regulatory Governance: Ambiguities of Public Authority and Private Power* », *Law & Contemp. Probs.*, vol. 76, n° 2, 2013, p. 117 et s.

¹⁰ Selon Marie-Anne Frison-Roche, la régulation est à distinguer de la réglementation dans la mesure où elle vise l'établissement et le maintien d'« équilibres à long terme entre le principe de concurrence et d'autres principes, tels que la prévention des risques, l'accès aux biens essentiels, l'incitation à l'innovation, la protection de l'épargne ou celle des libertés » (M.-A. Frison-Roche, *Les 100 mots de la régulation*, PUF, Paris, 2011, p. 3).

¹¹ V. notamment F. Osman, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.*, 1995, p. 509 et s. ; E. Daoud, J. Ferrari, « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *JCP S*, n° 39, 1391, 2012, p. 1 et s. ; et E. Mazuyer (dir.), *Quel cadre juridique pour une mise en œuvre effective des codes de gouvernance d'entreprise ?*, rapport final, Mission de recherche Droit et Justice (2015-

136. Les réflexions sur l'intégration de l'engagement unilatéral de volonté parmi les sources du droit sont historiquement particulièrement développées en droit social¹². Les débats ont connu plusieurs évolutions récentes en droit français. D'une part, ils évoluent vers un questionnement sur la normativité de la RSE¹³. D'autre part, la réforme du droit des contrats a reconnu les engagements unilatéraux parmi les actes juridiques destinés à produire des effets de droits¹⁴. En droit anglais, la responsabilité va passer par le truchement du devoir préexistant d'une personne vis-à-vis d'une autre pour reconnaître la dimension contraignante d'initiatives unilatérales. Il est en ainsi s'agissant de l'employeur vis-à-vis de ses salariés (*non-delegable duties*) ou encore de la société vis-à-vis des tiers (*duty of care*)¹⁵.

137. Dans l'optique de bâtir un ensemble normatif, cette approche de la normativité « montre qu'il existe entre droit dur et droit souple un *continuum* »¹⁶. Suivant l'intensité de l'obligation, les normes relèvent du droit dur ou du droit souple¹⁷, ou encore de la catégorie intermédiaire

2017) ; <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/05/Rapport-final-Mazuyer-1.pdf> (consulté le 06/05/2022).

¹² V. notamment E. Dockès, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.*, 1994, p. 227 ; P. Trisson-Collardet, « La contribution du droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral », *LPA*, n° 49, p. 14 ; et J.-L. Aubert et S. Gaudemet, V° Engagement unilatéral de volonté, *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2018 (actualisation : 03/2022), n° 37.

¹³ V. notamment E. Daoud, J. Ferrari, « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *op. cit.*, p. 1391 ; et F.-G. Trébulle, V° Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale), *Répertoire Dalloz de droit des sociétés*, 2003 (actualisation : 04/2021), n° 34 et s.

¹⁴ C. civ. art. 1100-1.

¹⁵ V. S. Deakin et Z. Adams, « *The duty concept* », in *Markenisis and Deakin's Tort law*, 8^{ème} éd., Oxford University Press, Oxford, 2019, spéc. p. 88 et s. et p. 528 et s.

¹⁶ Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 du Conseil d'État - Le droit souple*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷ Le Conseil d'État, dans son étude sur le droit souple, propose trois conditions cumulatives pour définir les instruments de droit souple :

« - ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ;
- ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ;
- ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. » (*ibid.*).

« des obligations définies en termes lâches »¹⁸. L'idée d'un « *continuum* » entre droit dur et droit souple, intégrant l'autorégulation des sociétés, n'est envisageable qu'à partir d'une conception souple de la normativité. Une telle souplesse normative est envisagée comme une réponse au besoin de renouvellement des outils pour appréhender les activités des sociétés à l'échelle transnationale¹⁹. Elle permet également d'analyser la tendance au déplacement des lieux de production de la norme, des acteurs publics vers les acteurs privés²⁰. Marie-Ange Moreau, s'agissant plus particulièrement des rapports de travail, évoque l'apparition de « nouvelles normes du travail transnationales et atypiques »²¹. Cette diversité des normes est aujourd'hui mobilisée par les instruments internationaux prévoyant l'exercice, par la société transnationale, d'une diligence raisonnable en matière de droits fondamentaux.

B. Le *smart mix* normatif

138. La prévention des atteintes aux droits fondamentaux, telle qu'elle est envisagée par les Principes directeurs onusiens, suppose le développement d'un « *smart mix* » de mesures²². Ce

¹⁸ Entre autres, une « première catégorie d'instruments n'impose à ses destinataires que l'obligation de motiver leur décision lorsqu'ils s'en écartent, ou de la justifier : c'est par exemple le cas du code de gouvernement d'entreprise établi par l'AFEP [Association Française des Entreprises Privées] et du et le MEDEF [Mouvement des Entreprises de France] » nous intéresse tout particulièrement dans le cadre de notre étude des normes volontaires des sociétés (*ibid.*)

¹⁹ S'agissant du lien entre sociétés transnationales et évolution de la conception de la normativité vers davantage de souplesse, on peut citer les travaux d'Isabelle Daugareilh. Elle décrit la RSE comme « des valeurs qui ont servi de fondement à des pratiques et à une normativité déployée à l'échelle mondiale sur des objets et des espaces non régulés juridiquement » (I. Daugareilh (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. XI).

²⁰ E. Peskine, « À la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *RDT*, 2019, p. 24.

²¹ M.-A. Moreau, « De la transnationalité de la relation de travail », *Dr. soc.*, 2011, p. 1174.

²² L'expression de *smart mix* est traduite dans la version française des Principes directeurs onusiens par l'« assortiment judicieux de mesures ». Le commentaire du Principe n°3 précise ainsi que les États « devraient envisager un assortiment judicieux de mesures – nationales et internationales, contraignantes

smart mix vise l'articulation entre normes nationales et internationales d'une part, et entre normes publiques et privées d'autre part. Ainsi, la diligence raisonnable, standard de droit souple prévu par les Principes directeurs, a d'abord vocation à s'insérer dans le droit dur national²³. Une telle diffusion dans le droit dur de la diligence est conçue comme devant contribuer à l'effectivité de la protection des droits fondamentaux. L'appropriation de la règle, par les sociétés transnationales, est aussi visée et considérée comme pouvant contribuer à l'effectivité de son application. Pour cela, le mélange de mesures aux sources diverses et à la normativité variable est encouragé. L'objectif est de développer les phénomènes de reconnaissance et de familiarité des sociétés avec le standard de diligence en construisant des ponts entre la règle juridique et leurs pratiques volontaires²⁴.

139. Néanmoins, la relation entre diligence raisonnable et autorégulation des sociétés demeure ambiguë. Le *smart mix* aboutit à une prévalence du droit souple, au détriment de la prévention effective des atteintes aux droits fondamentaux. Initialement, au stade de l'adoption des Principes directeurs, « le consensus autour des Principes [d]irecteurs au Conseil des droits de l'Homme de l'ONU a été atteint précisément parce qu'ils étaient vus comme du non-droit et que la responsabilité sociétale de respecter les droits n'est pas une responsabilité au sujet de laquelle on pense en termes d'obligation légale traditionnelle ou formelle »²⁵. Au stade de l'application des Principes, comme le souligne l'ancien représentant spécial à l'ONU pour les

et volontaires – pour favoriser le respect des droits de l'homme par les entreprises » (Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, p. 20).

²³ La diligence est associée à une exigence d'effectivité dans les instruments internationaux. Les Principes Directeurs précisent que l'objectif des États et des entreprises doit être d'« assurer la mise en œuvre d'une diligence raisonnable effective en matière de droits de l'homme » (Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Principe n° 17, p. 20).

²⁴ Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 du Conseil d'État - Le droit souple*, op. cit., p. 11.

²⁵ J. Nolan, « *The corporate responsibility to respect human rights: Soft law or not law?* », in S. Deva et D. Bilchitz (dir.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 157.

entreprises et les droits de l'Homme et auteur des Principes Directeurs John Gerard Ruggie, les sociétés ne retiennent du *smart mix* que les mesures volontaires d'autorégulation²⁶.

140. Par conséquent, les mesures de prévention tendent à s'identifier à des mesures de gestion interne. L'objectif est que la diligence raisonnable en matière de droits de l'Homme devienne partie intégrante de la gestion de l'entreprise. Cela suppose certes une vision élargie de la gestion de la société et des intérêts à défendre. Mais, le potentiel de la diligence s'en trouve toutefois limité. En effet, initialement, la RSE est conçue comme devant aller au-delà du respect du droit en vigueur. La Commission européenne précisait ainsi, dès 2006, que « [l]es entreprises ont un comportement socialement responsable lorsqu'elles vont au-delà des exigences légales minimales et des obligations imposées par les conventions collectives pour répondre à des besoins sociétaux »²⁷. Or, en réalité, la RSE relève souvent d'une stratégie de contournement du droit. Elle se compose « des mesures tactiques prises par les entreprises pour éviter ou compromettre les perspectives d'une réglementation publique solide »²⁸. Par conséquent, en s'insérant dans la réglementation publique par le biais des standards de diligence, les engagements volontaires des sociétés « comporte[nt] le risque de 'subvertir' complètement l'intérêt public »²⁹ et de dégrader la normativité de l'entier mécanisme³⁰.

²⁶ J. G. Ruggie, *Keynote Address Conference on Business and Human Rights: Towards a Common Agenda for Action*, conférence organisée dans le cadre de la présidence de la Finlande du Conseil de l'Union européenne, Shift Project, 02/12/2019 ; <https://shiftproject.org/resource/john-ruggie-keynote-finland2019/> (consulté le 06/05/2022).

²⁷ Commission européenne, Communication de la commission au parlement européen, au conseil et au comité économique et social européen – Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises, COM(2006) 136 final, 2006, p. 1 ; <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0136:FIN:fr:PDF> (consulté le 06/05/2022).

²⁸ J. G. Ruggie, « *Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy* », *op. cit.*, p. 317.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Kathia Martin-Chenut décrit un double mouvement : « deux mouvements inverses sont observables : l'un intervient sur la RSE, la juridicisant, voire la judiciarisant, comme on verra (la RSE est rattrapée par la règle de droit et parfois même par le juge) ; l'autre intervient en retour sur le droit, le transformant

§2. L'INSERTION DES ENGAGEMENTS VOLONTAIRES DANS LA RÈGLE DE DROIT PAR LES STANDARDS DE DILIGENCE

141. La fonction d'intégration du standard juridique (A) est mobilisée à des fins d'intégration des engagements volontaires par les sociétés transnationales dans leur démarche de prévention des atteintes aux droits fondamentaux (B)

A. La fonction d'intégration du standard juridique

142. Le standard juridique a été historiquement identifié comme un outil de la prévention des atteintes aux droits fondamentaux en droit international (1). La plasticité du standard est aujourd'hui mise au service de l'insertion des engagements volontaires des sociétés transnationales au sein du dispositif juridique de prévention (2).

1. Le standard juridique, outil classique du respect des droits fondamentaux

143. La mobilisation du standard juridique à l'échelle internationale a été privilégiée pour répondre aux besoins de souplesse et d'adaptabilité d'instruments destinés à fédérer un maximum d'États. Elle tend à permettre l'adhésion du plus grand nombre possible d'États aux instruments internationaux. Par la suite, leur mise en œuvre pourra s'adapter à des contextes

ou le métamorphosant » (K. Martin-Chenut, « La RSE saisie par le droit et par les juristes », in J.-P. Chanteau, K. Martin-Chenut et M. Capron (dir.), *Entreprise et responsabilité sociale en questions*, Classiques Garnier, « Rencontres », Paris, 2017, p. 207).

spécifiques, en se fondant « sur ce qui paraît normal et acceptable dans la société au moment où les faits doivent être appréciés »³¹. Ce procédé a été analysé à l'aune de son application dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH). Le philosophe Jacques Maritain a ainsi soutenu que la formulation de règles qui « diversement justifiées par chacun, sont pour les uns et les autres des principes d'action analogiquement communs »³² afin d'aboutir à un consensus entre États et à l'adoption de la DUDH. Les dispositions de la DUDH étaient volontairement générales, au contenu variable et souple, pour s'adapter à la diversité des réalités politiques, religieuses et culturelles des États. La violation des droits de l'Homme, même si elle « prend apparemment sa source dans des rapports entre individus », est conçue comme un « défaut de protection (...) en réalité imputable à l'État »³³.

144. La référence au standard de diligence dans le champ des droits fondamentaux s'est largement répandue depuis l'adoption des Principes Directeurs des Nations Unies³⁴, cette fois-ci à l'intention des sociétés. Il s'agit ici de veiller à distinguer la diligence, standard de référence en droit international des droits de l'Homme à l'intention des États, des nouveaux standards de diligence à l'intention des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux. Les

³¹ C. Perelman, « Les notions à contenu variable en droit », in *Éthique et droit*, 2^{ème} éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, « UBlire », Bruxelles, 2011, p. 794.

³² J. Maritain, « Introduction », in *Autour de la nouvelle Déclaration universelle des droits de l'homme ; textes réunis par l'UNESCO [Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture]*, Éditions de l'UNESCO, Paris, 1949, p. 12.

³³ D. Alland, *Manuel de droit international public*, PUF, « Droit fondamental », Paris, 2014, p. 89.

³⁴ Depuis l'adoption des Principes directeurs des Nations Unies, « la diligence raisonnable des entreprises en matière de droits de l'Homme est devenue une norme de conduite attendue » (V. Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'Homme (également appelé Groupe de travail sur les entreprises et les droits de l'Homme – OEIGWG), « *Corporate human rights due diligence – emerging practices, challenges and ways forward* », A/73/163, 16/07/2018, tel que cité par : L. Smit, C. Bright, R. McCorquodale *et al.*, *Study on due diligence requirements through the supply chain – Final Report*, British Institute of International and Comparative Law (BIICL), Civic Consulting, London School of Economics and Political Science (LSE), Direction générale de la justice et des consommateurs de la Commission Européenne, 2020, p. 159 ; <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830> (consulté le 06/05/2022).

nouvelles normes visant à encourager le respect des droits fondamentaux ont été insérées dans des principes directeurs internationaux, prenant la forme de standards de diligence afin de favoriser leur adaptabilité aux différents contextes nationaux. Des obligations de prévention y sont formulées à l'intention des sociétés.

145. Le standard de diligence a été décrit comme ayant acquis le statut de « véritable standard de comportement comme celui du bon père de famille »³⁵. Il consiste principalement en un nouveau « moyen d'action »³⁶. Dans les Principes directeurs des Nations Unies, il s'agit tantôt d'une « procédure »³⁷, tantôt d'un « processus »³⁸. Dans les Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), la diligence raisonnable est également un « processus »³⁹. Néanmoins, l'emploi de ce « langage très variable »⁴⁰ ne doit pas nous détourner de ses caractéristiques principales, qui sont celles du standard. Sa plasticité est mise au service du respect des droits fondamentaux également dans les droits nationaux.

2. La fonction des standards de diligence à l'intention des sociétés transnationales

146. Les standards juridiques de vigilance et de *care*, en tant que normes au contenu

³⁵ B. Pereira, « ISO 26000, due diligence, sphère d'influence et droits de l'homme », *Revue de l'organisation responsable*, vol. 9, n° 2, 2014, p. 65. La comparaison avec le standard du bon père de famille est également évoquée par Hadi Slim, « Approche comparative de la faute dans la responsabilité civile extra-contractuelle », *RCA*, n° 6, 2003, p. 18.

³⁶ Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 du Conseil d'État - Le droit souple*, *op. cit.*, p. 15.

³⁷ Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Principe n°15, p. 18.

³⁸ *Ibid.*, Principe n°17, p. 20.

³⁹ OCDE, Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, 2011, Commentaire sur les principes généraux, p. 27.

⁴⁰ S. Cassella (dir.), *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Société française pour le droit international (SFDI), Pedone, Paris, 2018, pp. 13-14.

indéterminé, ont vocation à permettre le renforcement de la prévention des atteintes aux droits fondamentaux, en se concrétisant par les engagements volontaires des sociétés. Tout d'abord, la vocation du standard juridique est d'apporter souplesse et adaptabilité à la règle de droit. Ainsi, la règle juridique « s'appropri[e] des règles qui lui sont à l'origine étrangères et intègr[e] dans le système juridique des valeurs sociales ou éthiques sous forme de normes qualitatives et de concepts flexibles, soumis à l'appréciation de ses destinataires, sous le contrôle de l'interprète et du juge »⁴¹.

147. Ensuite, le développement de la diligence des sociétés transnationales participe d'une juridicisation de l'autorégulation des sociétés. Soulignant la dimension polysémique du terme de « juridicisation », Antoine Jeammaud considère qu'elle peut « rendre compte :

- d'une intégration (ou d'un processus d'intégration) d'un organe dans l'appareil judiciaire ;
- ou d'une extension, par les règles pertinentes, du contrôle ou du pouvoir d'appréciation d'un juge ;
- ou bien d'un renforcement du rôle des juridictions judiciaires dans un secteur d'activité déterminé ou dans l'ensemble de la vie sociale et politique (c'est le sens d'un propos convenu sur les " la judiciarisation de la société") ;
- ou encore d'une pratique d'acteurs consistant à mobiliser la ressource que représente un recours à la justice ;
- voire d'un accroissement global du recours au juge »⁴².

148. Ici, les effets des standards de diligence semblent se situer dans l'« extension, par les

⁴¹ J.-L. Bergel (dir.), *Droit et déontologies professionnelles*, Librairie de l'Université Aix, Aix-en-Provence, 1997, p. 16, cité par : F.-G. Trébulle, *V° Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale)*, *op. cit.*, n° 35.

⁴² A. Jeammaud, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique – Des concepts en jeu », *op. cit.*, p. 51.

règles pertinentes, du contrôle ou du pouvoir d'appréciation d'un juge »⁴³ et du « renforcement du rôle des juridictions judiciaires »⁴⁴ dans l'encadrement des activités des sociétés transnationales. Plus généralement, la juridicisation de la RSE occasionnée par le renouveau des standards de diligence désigne « l'extension de la production de règles de droit à des domaines variés de la vie politique, économique ou sociale »⁴⁵.

149. Néanmoins, ce procédé demeure cantonné dans ses effets par les limites intrinsèques des engagements volontaires sur lesquelles les mesures de prévention attendues sont fondées. Si la pertinence des mesures est conditionnée à leur inscription dans un environnement normatif transnational au sein duquel une diversité importante d'acteurs et de normes prolifère, la prise en compte de cet environnement ne peut être synonyme de confusion et d'indétermination quant à la définition des obligations juridiques des sociétés. Or, l'articulation du standard de diligence avec l'autorégulation des sociétés peut nuire à la solidité de l'entier édifice de prévention en diluant l'impérativité du respect des droits fondamentaux.

B. L'autorégulation au cœur de la diligence

150. En matière de droits fondamentaux, les standards de vigilance et de *care* définissent les engagements volontaires comme les mesures centrales de la démarche de prévention des sociétés transnationales, au sein du plan de vigilance en droit français (1) ou pour matérialiser le *duty of care* en droit anglais (2).

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ K. Martin-Chenut, « La RSE saisie par le droit et par les juristes », *op. cit.*, p. 205.

1. La mobilisation des engagements volontaires dans le plan de vigilance en droit français

151. Le plan de vigilance signe l'incorporation des engagements volontaires dans le dispositif légal. Ces faits juridiques⁴⁶ sont la manifestation principale du pouvoir de fait⁴⁷ de la société transnationale, levier de la prévention. Il en résulte « une répartition des rôles : le législateur fixe les objectifs (...) laissant les organisations productives élaborer les moyens pour les atteindre »⁴⁸. Selon une dynamique de corégulation, le législateur reconnaît un rôle central à la société commerciale dans sa propre régulation, en tant que première concernée et en tant que sachant⁴⁹. La loi précise les objectifs d'identification et de prévention des risques, le recours au plan de vigilance et liste les mesures de vigilance qui doivent figurer dans ce plan. Il doit ainsi s'agir :

- d'une cartographie des risques ;
- des procédures d'évaluation régulière ;
- des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;

⁴⁶ Les faits juridiques sont définis par le premier alinéa de l'article 1100-2 du Code civil comme « des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit ».

⁴⁷ La distinction entre pouvoirs de droit et de fait est ici proposée au regard du pouvoir de l'employeur exercé dans le cadre de la relation de travail : « [l]e pouvoir de formuler des ordres ayant valeur juridique, c'est-à-dire de créer des obligations, ne doit pas être confondu avec l'influence sur ses salariés que l'employeur détient dans les faits. Cette influence a sa source principale dans la domination économique subie, le plus souvent, par les salariés (...). Le pouvoir de fait n'est pas le pouvoir de droit. Le pouvoir de fait n'est pas non plus la source du pouvoir du droit » (E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *op. cit.*, p. 206). Cette définition peut être étendue au pouvoir de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre exercé dans les relations de travail au sein des sociétés qui composent la chaîne de valeur.

⁴⁸ T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT*, 2017, p. 381.

⁴⁹ Cette reconnaissance s'opère uniquement s'agissant de la société. Les tiers demeurent cantonnés à un rôle secondaire. V. *infra* n° 236 et s.

- d'un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements ;
- et d'un dispositif de suivi des mesures⁵⁰.

152. Les mesures de vigilance raisonnable sont nommées, listées, mais ne sont pas détaillées. La société visée par les obligations d'élaboration et de mise en œuvre du plan est « libre pour établir les processus de vigilance »⁵¹ et « pour la détermination de son contenu »⁵². Au stade de leur élaboration, la loi suggère l'association avec les parties prenantes et laisse à la société le soin de déterminer si elle souhaite mettre en place des initiatives multipartites⁵³. La société a aussi le choix du périmètre géographique dans lequel ces initiatives s'organiseront et des personnes associées. La société a, par ailleurs, pour obligation de rendre public le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective. Mais, rien n'est précisé quant à la forme du document et à son intégration dans les différents rapports et publications des sociétés. Enfin, pour la mise en œuvre de son contrôle, le juge judiciaire a précisé le lien entre vigilance et engagement volontaires. Il reconnaît ainsi s'assurer de la satisfaction aux obligations légales de vigilance par l'analyse des engagements volontaires procédant de la « responsabilité sociale »⁵⁴ de la société.

153. **La proposition de directive européenne se situe dans la même dynamique que la loi sur le devoir de vigilance.** Elle commence par présenter les contours du devoir de vigilance. Ceux-ci sont généralement les mêmes que ceux du devoir de vigilance en droit français. La vigilance consiste à identifier et à prévenir les risques, à remédier aux incidences négatives

⁵⁰ C. com., art. L. 225-102-4, I.

⁵¹ E. Peskine, « De la solidarité à la vigilance en droit du travail : À propos de la responsabilité dans les réseaux et groupes de sociétés », in A. Supiot (dir.), *La responsabilité solidaire*, séminaire, Collège de France, 22/03/2016.

⁵² M.-A. Moreau, « L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales », *Dr. soc.*, 2017, p. 793.

⁵³ C. com., art. L. 225-102-4, I.

⁵⁴ TJ Nanterre, ord., 11/02/2021, n° 20-00915 ; *Dalloz actualité*, 17/02/2021, note P. Métais et E. Valette.

existantes, à prévoir un mécanisme de traitement des plaintes, à assurer le suivi des mesures et à rendre public la politique de la société⁵⁵. La proposition prévoit aussi l'établissement d'une « politique de diligence raisonnable »⁵⁶ au sein de la société et liste très sommairement les éléments de cette politique :

- une « description de l'approche de la société »⁵⁷ ;
- un « code de conduite décrivant les règles et principes à suivre par les employés et les filiales de la société »⁵⁸ ;
- et une « description des processus mis en place pour mettre en œuvre la diligence raisonnable »⁵⁹.

154. Les liens entre devoir de vigilance et engagements volontaires apparaissent nettement à la lecture des termes choisis : « code de conduite » ou encore « politique de diligence raisonnable », rappelant les politiques de RSE⁶⁰. Ces références rapprochent également les devoirs de vigilance français et européens du *duty of care* anglais.

2. Le recours aux engagements volontaires pour la mise en œuvre du *duty of care* en droit anglais

155. La question de la reconnaissance d'un *duty of care* est « une pure question de fait »⁶¹.

⁵⁵ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, COM(2022) 71 final, 2022/0051 (COD), 23/02/2022, art. 4.1 ; https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_183885_prop_dir_susta_en.pdf (consulté le 05/06/2022).

⁵⁶ *Ibid.*, art. 5.1.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2021] UKSC 3, § 132. V. aussi : *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 45.

Les engagements volontaires sont pleinement intégrés aux circonstances de fait analysées par le juge. L'examen des circonstances de fait est un pilier de son analyse. Par exemple, dans la décision *Chandler c. Cape*, le juge indique se référer aux circonstances du cas d'espèce dans le cadre de la relation intersociétaire. Il précise ainsi que : « dans des circonstances appropriées, la loi peut imposer à la société mère une responsabilité pour la santé et la sécurité des employés de sa filiale »⁶². Et, dans la décision *Vedanta c. Lungowe*, le juge précise à ce sujet que « les indices dans *Chandler* ne sont pas plus que des exemples particuliers de circonstances dans lesquelles un *duty of care* peut affecter le parent [la société mère] »⁶³.

156. Lorsque le juge cherche à déterminer l'existence d'un *duty of care*, il se fait le gardien de l'exercice d'un pouvoir de fait de la société. Ce contrôle vise potentiellement l'ensemble des pratiques des sociétés commerciales. A titre de comparaison, en droit français, le spectre des pratiques pris en compte par le juge devrait être plus limité, et ce, au regard des mesures de vigilance listées par la loi.

157. La jurisprudence a progressivement reconnu que les engagements volontaires pouvaient valablement constituer des preuves de l'existence du *duty of care* de la société. Le juge anglais a d'abord pris en compte les engagements volontaires des sociétés mises en cause, mais sans les reconnaître comme des preuves suffisantes. Dans une décision *AAA c. Unilever*⁶⁴, jugée le 4 juillet 2018, les plaignants ont produit les engagements volontaires de la société mère pour le groupe relatifs à la gouvernance et au cadre de la gestion opérationnelle⁶⁵. Dans la décision *Okpabi c. Shell* du 14 février 2018⁶⁶, les juges ont procédé au préalable à l'examen du rapport annuel de la société mère RDS pour l'année de survenance du dommage, du « cadre de

⁶² *Chandler c. Cape Industries Plc*, [2012] EWCA Civ 525, § 80.

⁶³ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 56.

⁶⁴ *AAA et autres c. Unilever Plc et autres*, [2018] EWCA Civ 1532.

⁶⁵ *Ibid.*, §§15 et s.

⁶⁶ *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2018] EWCA Civ 191.

contrôle » du groupe de sociétés Shell (« *The Shell Control Framework* »), des rapports sur la soutenabilité de l'activité en matière sociale et environnementale, ou encore du code de conduite du groupe⁶⁷.

158. Ensuite, la Cour suprême du Royaume-Uni a récemment reconnu l'existence d'un *duty of care* en se fondant sur l'analyse des engagements volontaires de la société, dans une décision *Vedanta c. Lungowe* en date du 10 avril 2019⁶⁸. Le juge a pleinement intégré les engagements volontaires cités par les demandeurs à l'appui de son raisonnement en faveur de la reconnaissance d'un *duty of care* de la société mère Vedanta vis-à-vis des communautés locales impactées par les activités de sa filiale, KCM. Les documents examinés révèlent un « niveau suffisant d'intervention de Vedanta dans la conduite des opérations à la Mine [propriété de sa filiale] »⁶⁹. La défaillance dans l'action ou la complète omission, alors que la société avait le pouvoir d'agir ou « qu'elle avait déclaré publiquement qu'elle le ferait »⁷⁰, sont appréciées à l'aune de documents publiés. Dans la décision *Vedanta c. Lungowe*, les juges ont procédé à « examen approfondi des documents publiés par les appelants décrivant leur relation [entre la société mère et sa filiale] »⁷¹, et notamment d'un rapport publié, appelé « Soutenabilité intégrée » (« *Embedding Sustainability* »)⁷², qui illustre l'implication de la société mère dans la soutenabilité de sa chaîne de valeur. La société mère a pu intervenir directement auprès des tiers, ou auprès de ses filiales. Et son action aurait dû permettre de modifier la situation des tiers et de prévenir le risque de dommage.

159. **Depuis lors, sur la base de l'analyse des engagements volontaires, le *duty of care***

⁶⁷ *Ibid.*, §§ 38 et s.

⁶⁸ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20.

⁶⁹ *Ibid.*, § 61.

⁷⁰ R. Meeran, « *Multinational Human Rights Litigation in the UK: A Retrospective* », *Business and Human Rights Journal*, n° 6, vol. 2, 2021, p. 265.

⁷¹ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, §§ 47, 53 et 58.

⁷² *Ibid.*, § 58.

permet au juge de sanctionner l'action ou l'omission de la société transnationale quant à la prévention des risques. Le juge s'est à nouveau prononcé en ce sens dans la décision *Okpabi c. Shell*. Il a reconnu que les engagements volontaires de la société, pris à l'échelle du groupe notamment, pouvait constituer les éléments de preuve de son *duty of care* si « [elle] ne fait pas que les proclamer mais prend des mesures concrètes de formation, de supervision et de mise en œuvre, pour constater qu'elles sont appliquées par les filiales concernées » ; ou si « dans les éléments qu'elle publie, elle prétend exercer ce degré de supervision et de contrôle de ses filiales, même si en réalité elle ne le fait pas »⁷³. Pour ce faire, il examine principalement des documents publiés par la société mère et cite, par exemple, les rapports sur la soutenabilité (« *Sustainability Reports* »)⁷⁴. Dans cette affaire, le le juge anglais affirme que « [l]'importance des documents internes à la société est bien reconnue dans le cadre d'affaires concernant la responsabilité pour négligence d'une société mère pour les actes de sa filiale »⁷⁵.

160. Ainsi, en droit français et en droit anglais, la détermination des contours des obligations de prévention est laissée à la société. Il lui revient de les adapter à ses relations intersociétaires. Enfin, ces mesures reposent sur les pratiques de la société dans le cadre de ses relations, ce qui limite les effets des obligations de prévention.

⁷³ *Ibid.*, § 53.

⁷⁴ *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2021] UKSC 3, § 31.

⁷⁵ *Ibid.*, § 129.

SECTION 2. LES INSUFFISANCES DES OBLIGATIONS

161. En matière de prévention, la diligence est alliée au standard du raisonnable. Les mesures attendues doivent être raisonnables (§1). Elles sont définies à l'aune des engagements volontaires des sociétés. Cela a pour effet de limiter la portée des obligations en raison de l'absence de renouvellement des pratiques pour assurer l'effectivité de la prévention (§2).

§1. LES LIMITES DES MESURES RAISONNABLES

162. Le standard du raisonnable peut être perçu comme un méta-standard tant il structure la définition du standard juridique. Il est, par excellence, une de ces « notions à contenu variable »⁷⁶, telles que les définies Chaim Perelman. Tantôt « le standard consiste à rechercher une solution raisonnable, normale, morale, pour le juge, tantôt il consiste à prescrire un comportement raisonnable, normal, moral, aux acteurs »⁷⁷. Il est l'unité de mesure des moyens à déployer.

163. En matière de diligence, le méta-standard du raisonnable est utilisé afin de circonscrire les obligations de la société. **Il n'est pas requis que la société remédie au risque d'atteinte ou à l'atteinte aux droits fondamentaux, mais qu'elle fasse tout ce qui est raisonnablement possible, dans sa situation particulière, pour y remédier.** Il s'agit d'un « devoir de moyens »⁷⁸ qui ne nécessite par l'obtention d'un résultat. Parmi les « devoirs

⁷⁶ C. Perelman, « Les notions à contenu variable en droit », *op. cit.*, p. 790 et s.

⁷⁷ S. Rials, « Les standards, notions critiques du droit », in C. Perelman et R. Van der Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 42.

⁷⁸ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, in J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, 4^{ème} éd., LGDJ, « Traités », Paris, 2017, n° 457.

extracontractuels »⁷⁹, **Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval distinguent les « devoirs "de moyens" et devoirs "de résultat" »⁸⁰. Cette terminologie est ici privilégiée.** Elle fait échos au terme de « devoirs » de vigilance et *duty of care*. Elle permet également de distinguer la diligence des obligations de moyens ou de résultat issues du contrat. Le devoir de vigilance consiste en des obligations légales de prévention. Quant au *duty of care*, le juge rappelle régulièrement qu'il ne procède pas des relations contractuelles entre sociétés qui peuvent se nouer au sein des chaînes de valeur, mais de la satisfaction d'un devoir extracontractuel général de prévention⁸¹.

164. Le recours au standard du raisonnable traduit un double mouvement, entre souplesse et liberté laissées aux sociétés visées par la règle de droit, et contrôle des actions de prévention à l'aune d'une norme objective de comportement. D'une part, la plasticité du standard vise à offrir des marges d'interprétations au juge et au débiteur dans la définition du contenu des mesures attendues, selon les circonstances de fait. Cet espace de liberté laissé aux destinataires permet en outre de s'assurer de l'acceptabilité de la règle. D'autre part, le standard du raisonnable vise aussi la prise en compte des limites de l'autorégulation sans contrôle externe. Les sociétés transnationales doivent désormais potentiellement répondre des exigences d'un « modèle de conduite prédéterminé »⁸² devant le juge. Ce double mouvement s'analyse comme une tentative de « domestication »⁸³ du pouvoir de la société, quand cette dernière tend à s'affirmer dans le champ transnational comme un législateur parmi d'autres, concurrent de

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ V. notamment *AAA et autres c. Unilever Plc et autres*, [2018] EWCA Civ 1532, § 37, cité par Lord Briggs dans *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 50.

⁸² G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 460.

⁸³ B. Frydman, *Comment penser le droit global ?*, Centre Perelman de Philosophie du Droit, Université libre de Bruxelles, 2012, p. 19 ; https://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf?lang=fr (consulté le 06/05/2022).

l'État.

165. Dans les deux droits, il est exigé de la part de la société d'exercer une diligence raisonnable. En droit français, le standard de vigilance implique de prendre « les mesures de vigilance raisonnable 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 »⁸⁴. En droit anglais, les indices de l'existence *duty of care*, tels qu'ils sont mis en évidence dans la décision *Caparo Industries Plc c. Dickman*⁸⁵, illustrent le recours du standard du raisonnable. Tout d'abord, la société ne doit se voir reconnaître un *duty of care* qu'à l'égard d'un dommage « raisonnablement prévisible »⁸⁶. En outre, les obligations de prévention ne seront raisonnablement exigibles que s'il existe « une relation de proximité entre les parties »⁸⁷. Enfin, le *duty of care* ne peut être reconnu que si « l'imposition d'un tel devoir doit présenter un caractère juste et raisonnable »⁸⁸. Ainsi, la reconnaissance d'un *duty of care* dépend principalement du pouvoir d'agir d'une société. Ce pouvoir s'exprime au sein de relations intersociétaires préexistantes et suffisamment établies pour que la société ait pu volontairement se reconnaître une responsabilité en matière de prévention des atteintes aux droits fondamentaux⁸⁹.

⁸⁴ C. com., art. L. 225-102-4, I.

⁸⁵ V. *Caparo Industries plc c. Dickman*, [1990] 2 AC 605. À la suite de cette décision, certaines juridictions avaient analysé, à tort, ces indices comme un test en plusieurs temps de l'existence du *duty of care*. La Cour suprême a récemment affirmé que la reconnaissance du *duty of care* n'obéit pas à des critères prédéfinis. Il n'est, dès lors, pas nécessaire « de traiter *Caparo Industries plc contre Dickman* (...), et ses trois éléments de prévisibilité, de proximité et de caractère raisonnable, comme point de départ » (*Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 56).

⁸⁶ Traduction par C. Bright in « Le devoir de diligence de la société mère dans la jurisprudence anglaise », *Dr. soc.*, 2017, p. 829.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Elle est désignée comme une « "(voluntary) assumption of responsibility" : situation où le défendeur n'aurait pas été soumis à un devoir de diligence par l'ordre juridique s'il n'y avait, explicitement ou du moins implicitement, consenti (...) » (É. Descheemaeker, « J. Plunkett, *The Duty of Care in Negligence* », *RTD Civ.*, 2019, p. 438).

166. Dès lors, en droit français et en droit anglais, les mesures de diligence raisonnable sont essentiellement définies par la société et analysées à l'aune du pouvoir que celle-ci est en mesure de déployer afin de prévenir la survenance d'atteintes aux droits fondamentaux sur sa chaîne de valeur. Dans ce cadre, le standard classique du raisonnable est le moyen d'un renouvellement limité des pratiques des sociétés transnationales.

§2. L'ABSENCE DE RENOUVELLEMENT DES PRATIQUES

167. Les engagements volontaires des sociétés occupent une place centrale dans la définition du contenu des mesures raisonnables. Or, l'articulation des règles de droit et de l'autorégulation présente deux écueils principaux s'agissant de l'effectivité de la prévention. D'une part, les mesures d'autorégulation sont souvent largement insuffisantes quant à leur contenu et à leur mise en œuvre. Les standards de diligence sont certes les vecteurs d'une « densification normative »⁹⁰ de la RSE. Mais, **le risque « de contribuer à la prolifération de standards auto-définis et à la narration par les entreprises »⁹¹, au détriment d'une prévention effective des atteintes, est bien présent.** D'autre part, la diligence est une démarche de prévention composée de mesures d'ordre procédural. **Le respect des obligations de diligence ne garantit par l'effectivité de la protection substantielle des droits fondamentaux par les**

⁹⁰ C. Thibierge, *La densification normative*, Mare & Martin, Paris, 2014.

⁹¹ J. G. Ruggie, *Keynote Address Conference on Business and Human Rights: Towards a Common Agenda for Action*, conférence organisée dans le cadre de la présidence de la Finlande du Conseil de l'Union européenne, Shift Project, 02/12/2019 ; <https://shiftproject.org/resource/john-ruggie-keynote-finland2019/> (consulté le 06/05/2022). Et, comme le souligne justement Marie-Caroline Caillet, s'agissant également du suivi des mesures de vigilance : « en l'absence de précision fournie par la loi, concernant les méthodes de ces évaluations, le risque est que les méthodes classiques de conformité ne permettent pas d'atteindre les objectifs visés par la loi », parmi lesquels la prévention des atteintes aux droits fondamentaux (M.-C. Caillet, « Du devoir de vigilance aux plans de vigilance : quelle mise en œuvre ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 822).

sociétés transnationales.

168. En droit français (A) et en droit anglais (B), les mesures de prévention s'identifient principalement aux engagements volontaires des sociétés en matière de gestion des risques et de conformité.

A. La reprise des engagements volontaires dans les plans de vigilance en droit français

169. En France, les sociétés ont intégré le plan de vigilance au rapport de gestion rendu public. L'association Entreprises pour les droits de l'Homme (EDH) rapporte que les sociétés citent dans le plan de vigilance une variété d'instruments destinés à prévenir les risques en matière de droits fondamentaux : « des chartes, des codes de conduites et des évaluations des filiales ou des suivis des risques via la conformité aux dispositifs éthiques ou *reporting* RSE globaux »⁹².

170. Le développement des standards de diligence n'a pas été l'occasion d'un renouvellement de ces pratiques. **En droit français, la marge de manœuvre laissée aux sociétés dans l'élaboration du plan de vigilance a été utilisée par celles-ci pour cantonner l'exercice à leurs pratiques actuelles.** Cependant, une simple retranscription des engagements volontaires existants dans le plan de vigilance ne peut être suffisante pour satisfaire aux exigences légales. Une large variété de mesures de vigilance est attendue. La mise en œuvre effective de celles-ci et le suivi de leur mise en œuvre sont également des obligations légales.

⁹² C. Michon (dir.), *Application de la loi sur le devoir de vigilance – Plan de vigilance parus en 2019-2020*, Association EDH (en partenariat avec le cabinet de conseil B&L Évolution), 2020, p. 30 ; [https://www.e-dh.org/userfiles/Etude%20EDH Plans de vigilance 2019-2020 Decembre2020.pdf](https://www.e-dh.org/userfiles/Etude%20EDH%20Plans%20de%20vigilance%202019-2020%20Decembre2020.pdf) (consulté le 06/05/2022)).

171. Une autre position est avancée par Bernard Teysié. Il soutient que « si la seule contemplation des signes formels d'application de la loi du 27 mars 2017, à commencer par la rédaction d'un plan de vigilance (...), peut conduire à exprimer une opinion nuancée sur le degré de réception de ce texte, en rester là emporterait une perception tronquée de la réalité »⁹³. Selon cet auteur, le fait qu'une société « manifeste quelque distance à [l'] égard [du respect des exigences formelles] ne signifie pas qu'elle mène une politique indifférente aux prescriptions de fond inscrites à l'article L. 225-102-4 dudit code »⁹⁴. La mise en œuvre de la prévention recouvrerait une plus vaste réalité de pratiques que celles dépeintes dans les plans de vigilance. Or, le plan de vigilance a justement été conçu pour pouvoir inclure des engagements volontaires préexistants. Son élaboration devrait constituer une des voies de leur amélioration et du suivi de leur mise en œuvre⁹⁵. L'absence d'inclusion de ces engagements s'explique généralement par leur inexistence. En outre, elle est problématique en termes de transparence, vu que la publication du plan de vigilance est obligatoire⁹⁶.

172. Les plans de vigilance publiés révèlent de nombreuses insuffisances. Certes, l'étude de l'association EDH constate que la plupart des plans citent l'essentiel des mesures légalement attendues⁹⁷. Cependant, ces mesures, qu'elles soient envisagées ou déjà adoptées, ne sont que

⁹³ B. Teysié, « Le plan de vigilance. Trois années d'application », *D.*, 2021, p. 1823.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ En ce sens, v. les travaux de l'association Sherpa qui a analysé les plans de vigilance relatifs aux chaînes d'approvisionnement en minerais de plusieurs sociétés : Eramet, Imerys, Electricité de France (EDF), Engie, Nexans, Total S.A., Bolloré, PSA Automobiles et S.A Renault et constate que « [l]es mesures présentées dans les plans sont souvent imprécises et semblent reposer sur des outils préexistants, alors même que la loi appelait à des comportements nouveaux nécessitant l'élaboration et la mise en œuvre de mesures précises et adaptées aux activités de la société » (Sherpa, *Ne minons pas la transition énergétique – La vigilance dans les chaînes d'approvisionnement en minerais utilisés dans le cadre de la transition énergétique*, 2020, p. 16 ; <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2020/10/Sherpa-Ne-minons-pas-la-transition-energetique-1.pdf> (consulté le 06/05/2022)).

⁹⁶ V. l'analyse des obligations de transparence *supra* n° 300-302.

⁹⁷ C. Michon (dir.), *Application de la loi sur le devoir de vigilance – Plan de vigilance parus en 2019-2020*, *op. cit.*, p. 7.

très peu détaillées dans les plans de vigilance. Ceux-ci ne comptent en général qu'entre deux et quatre pages. Pourtant, les plans de vigilance examinés sont souvent communs à l'ensemble du groupe de sociétés, et couvrent l'ensemble des activités transnationales de la société. Ces plans illustrent « le risque de tomber dans des approches qui consisteraient à "cocher les cases" des différentes étapes de la loi, par des politiques ou processus globaux sans s'assurer de l'effectivité de la démarche au niveau le plus opérationnel »⁹⁸. Ils se limitent à l'exposé d'une « méthodologie globale »⁹⁹, plutôt que de livrer le détail des mesures.

173. De plus, les sociétés se réfèrent à leurs engagements volontaires dans leurs plans de vigilance, sans pour autant résoudre les éventuelles divergences d'interprétation quant aux contours de leurs obligations de prévention. Ainsi, les banques membres du groupe de Thoune ont interprété leurs obligations de manière si restrictive qu'elles privent de toute effectivité la diligence raisonnable telle qu'elle résulte des Principes directeurs des Nations Unies¹⁰⁰. Or, certaines d'entre elles déclarent dans leur plan de vigilance prendre part aux réunions du groupe de Thoune, tout en prétendant agir conformément à la diligence raisonnable telle qu'elle résulte des Principes directeurs¹⁰¹.

174. Finalement, les évaluations par les pouvoirs publics de l'application de la loi sur le

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Sherpa, *Ne minons pas la transition énergétique – La vigilance dans les chaînes d'approvisionnement en minerais utilisés dans le cadre de la transition énergétique*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁰ V. les remarques faites en ce sens par John Gerard Ruggie, in J. G. Ruggie, *Comments on Thun Group of Banks – Discussion Paper on the Implications of UN Guiding Principles 13 & 17 in a Corporate and Investment Banking Context*, Harvard Kennedy School, 21/02/2017.

¹⁰¹ Par exemple, la BNP déclare prendre part aux réunions du groupe de Thoune depuis 2013. La société cite également à de multiples reprises les textes onusiens et les Principes de l'Équateur dans son plan de vigilance, sans préciser leur articulation (BNP Paribas, *Document de référence et rapport financier annuel 2018, 2019*, pp. 548 et 557). Or, les Principes de l'Équateur sont un référentiel pour le secteur bancaire, non-contraignant et peu ambitieux (v. *Principes de l'Équateur*, 07/2020 ; https://equator-principles.com/app/uploads/EP4_French.pdf (consulté le 06/05/2022)). Ils sont considérés comme « épargn[ant] la culture du secret bancaire en promouvant l'institution de procédures internes de traitement des plaintes » (A.-S. Epstein, *Information environnementale et entreprise - Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, *op. cit.*, note n° 89 sous n° 499).

devoir de vigilance constatent, plus généralement, son manque de respect par de nombreuses sociétés. Un premier rapport d'une mission d'évaluation du Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies (CGE) montre que, si le devoir de vigilance bénéficie d'une « gouvernance plus élevée »¹⁰² que les politiques de RSE, de nombreuses faiblesses sont encore présentes : « la compréhension encore floue et inégalement partagée du [d]evoir de vigilance, sa lisibilité et sa visibilité insuffisantes dans le [r]apport de gestion déjà touffu, le niveau de détail pertinent, un mécanisme d'alerte qui se cherche encore, et un dialogue à renforcer avec les organisations syndicales et encore plus avec les ONG »¹⁰³. Un second rapport, déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale, dresse le bilan des différentes évaluations produites depuis l'adoption de la loi¹⁰⁴. Les rapporteurs constatent le nombre et la qualité de ces travaux. Ils reconnaissent également que l'analyse des applications du devoir de vigilance, si elle est révélatrice des insuffisances des plans de vigilance actuels, est susceptible d'évoluer. Ils soulignent l'absence de « recul suffisant pour garantir une évaluation exhaustive des dispositions de la loi du 27 mars 2017 »¹⁰⁵. L'effectivité des mesures devra faire l'objet d'évaluations régulières, notamment pour tenir compte des échanges de bonnes pratiques et des

¹⁰² A. Duthilleul et M. de Jouvenel, *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Rapport à Monsieur le ministre de l'Économie et des finances, Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies (CGE), n° 2019/12/CGE/SG, 2020 ; https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/devoirs-vigilances-entreprises.pdf (consulté le 06/05/2022).

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ C. Dubost et D. Potier (rapporteurs), *Rapport d'information déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Assemblée nationale, 24/02/2022 ; https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b5124_rapport-information.pdf (consulté le 06/05/2022). Ce rapport a été déposé en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 composée de Coralie Dubost et de Dominique Potier, rapporteurs.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 31.

suites des recours judiciaires engagés. En droit anglais, les études comparables manquent pour déterminer les effets du *duty of care* en matière de droits fondamentaux dans les pratiques des sociétés.

B. Le respect du *duty of care* par la mise en œuvre d'engagements volontaires en droit anglais

175. Par comparaison avec le droit français, en droit anglais, les obligations de prévention ne font pas l'objet de dispositions légales dédiées. Les mesures prises reposent sur l'analyse par la société de sa propre situation et des risques. Elles sont analysées par le juge à l'occasion des contentieux. Le juge ne fournit pas d'indications précises quant au type de mesures attendues. Sans grille de contrôle préétablie, il n'attend pas de la société qu'elle prenne quelque mesure en particulier. Il se concentre davantage sur le potentiel des engagements volontaires, quels qu'ils soient, à prévenir les risques vis-à-vis des tiers. Les documents analysés sont similaires à ceux cités dans le plan de vigilance : le rapport de gestion de la société mère, les rapports sur la soutenabilité de l'activité en matière sociale et environnementale ou encore le code de conduite du groupe¹⁰⁶. Le risque de contentieux est supposé avoir une vertu incitative : les sociétés devraient adopter toutes les mesures utiles afin de ne pas être poursuivies.

176. Ce procédé est connu en France. Dans l'affaire Erika, le juge pénal a affirmé le caractère contraignant des engagements volontaires de la société Total¹⁰⁷. La société mère avait, par le

¹⁰⁶ V. *infra*, n° 157.

¹⁰⁷ Cass. crim., 25/11/2012, n° 10-82.938 P. : Bull. crim., n° 198 ; *Dalloz actualité*, 4/10/2012, obs. I. Gallmeister et S. Lavric ; *D.*, 2012, p. 2711, note P. Delebecque ; *ibid.*, Panorama, p. 2557, obs. F.-G. Trébulle ; *ibid.*, p. 2920, obs. G. Roujou de Boubée ; *ibid.*, p. 2673, point de vue L. Neyret ; *ibid.*, chron. p. 2675, obs. V. Ravit et O. Sutterlin ; *AJCT*, 2012, p. 620, obs. M. Moliner-Dubost ; *AJDA*, 2013, p. 667, étude C. Huglo ; *AJ pénal*, 2012, p. 574, note A. Montas et G. Roussel ; *JCP*, n°47, 1243, 2012, p.

biais de son autorégulation, exercé un contrôle spécifique sur l'état des navires, et en particulier sur la marche du navire Erika. Or, ce navire a, à la suite de son naufrage, causé une catastrophe pétrolière sans précédent. Dès lors, les engagements volontaires pouvaient engager la responsabilité de la société. La portée de cette décision peut être rapprochée de celle des décisions de la Cour suprême du Royaume-Uni en matière de *duty of care*. Cependant, il faut préciser que, dans la décision Erika, les engagements volontaires sont qualifiés d'actes juridiques ; alors que les documents analysés par le juge anglais sont considérés comme des éléments de fait, témoignant des circonstances susceptibles de justifier la reconnaissance des obligations juridiques de prévention¹⁰⁸.

177. Il ressort de l'étude du droit français et du droit anglais que les insuffisances des mesures de prévention ont donné lieu à de premières actions en justice en France comme au Royaume-Uni. Le nécessaire renforcement de l'effectivité des obligations s'appuie aujourd'hui principalement sur la mobilisation de représentants de la société civile à l'occasion des recours judiciaires et sur l'intervention du juge pour contrôler et sanctionner les sociétés en cas de manquement.

1095, note K. Le Couviour ; *Rev. sociétés*, 2013, p. 110, note J.-H. Robert ; *RSC*, 2013, p. 363, obs. J.-H. Robert ; *ibid.*, p. 447, chron. M. Massé ; *RTD civ.*, 2013, p. 119, obs. P. Jourdain.

¹⁰⁸ À ce sujet, v. notamment E. Daoud, C. Le Corre, « Arrêt Erika : marée verte sur le droit de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières », *Lamy Droit pénal des affaires*, n° 122, 2012, p. 1 et s.

Conclusion du Chapitre 1

178. La plasticité du standard juridique est mobilisée dans le cadre de la prévention des atteintes aux droits fondamentaux, afin d'insérer les engagements volontaires des sociétés transnationales au sein du dispositif juridique de prévention. Ce procédé vise à permettre aux sociétés de s'approprier la démarche de prévention. Il est néanmoins aussi l'agent d'un affaiblissement des mesures. Le recours commun au méta-standard du raisonnable limite la prévention. Il n'est pas requis que la société remédie effectivement au risque, mais qu'elle agisse dans la limite de ce qui raisonnablement possible, dans sa situation particulière. D'une portée limitée, le développement de la diligence n'a pas été l'occasion d'un renouvellement des pratiques. La prévention demeure cantonnée aux pratiques antérieures et actuelles. **L'effectivité de la protection des droits fondamentaux par les sociétés transnationales n'est pas assurée.**

179. Les voies de réforme des obligations de prévention sont à rechercher. Elles supposent un renforcement de l'effectivité des mesures prises par les sociétés transnationales. Le contrôle judiciaire de la prévention est une voie importante de ce renforcement.

Chapitre 2. Les voies de réforme des obligations de prévention

180. Les obligations de prévention supposent l'identification préalable des risques d'atteinte aux droits fondamentaux. Ces risques sont ceux que la société crée pour les tiers. Or, la diligence est originellement centrée sur la gestion et le fonctionnement de la société. Il en résulte une ambivalence quant à la finalité des mesures de prévention. Or, cette ambivalence nuit à l'effectivité des obligations.

181. Le renforcement des obligations suppose de clarifier leur finalité pour qu'elles produisent des effets en matière de protection des droits fondamentaux (**Section 1**). Il devra s'accompagner du développement de l'encadrement des obligations par un contrôle judiciaire de la prévention (**Section 2**).

SECTION 1. LE RENFORCEMENT DE L'EFFECTIVITÉ DES OBLIGATIONS

182. L'enjeu principal du renforcement de l'effectivité des obligations est l'évolution nécessaire de la définition des risques. Les définitions des mesures de diligence raisonnables apportent peu de précision quant aux risques d'atteintes aux droits fondamentaux à prévenir. Elles se concentrent sur la société et sur la façon dont elle peut limiter les risques notamment judiciaires, financiers et de réputation. Or, **la prévention des risques dits extra-financiers devrait intervenir à l'aune de leur gravité et de leur probabilité. Elle ne devrait pas être conditionnée par l'existence d'un risque de réputation ou financier, voire à un gain en compétitivité pour la société.** À cet égard, l'objectif affiché par les Principes directeurs des Nations Unies est ambivalent dans la mesure où ils insistent, par priorité, sur les risques pour

la société. La mise en œuvre d'un processus de diligence raisonnable permettrait ainsi d'« aider les entreprises à éviter de faire les frais d'actions en justice en démontrant qu'elles ont pris toutes les mesures raisonnables pour ne pas prendre part à une atteinte présumée aux droits de l'Homme »¹⁰⁹. Cet écueil avait déjà été identifié lors de la rédaction des Principes, en 2011. En effet, la diligence raisonnable devrait étendre la portée de la gestion de risques, afin qu'« elle ne se borne pas à identifier et gérer les risques importants auxquels l'entreprise est elle-même exposée et prenne en compte les risques encourus par les titulaires de droits »¹¹⁰.

183. En droit français, les mécanismes internes de gestion des risques repris dans le plan de vigilance sont également porteurs d'une possible confusion quant à la nature des risques à identifier et à prévenir. En effet, les mesures ont pour objectif principal d'évaluer les risques, pour la société, « auxquels elle peut être exposée en termes de performance ou d'image »¹¹¹. Par conséquent, la société demeure peu encouragée à faire évoluer sa conception de la prévention. Les plans de vigilance demeurent intrinsèquement liés à la propre régulation de la société de ses activités et de ses risques, comme en témoigne son insertion dans le rapport de gestion¹¹². Les débats autour de la fonction des plans ont alimenté les premiers contentieux relatifs au devoir de vigilance. La compétence du juge commercial avait été, dans un premier temps, reconnue car le juge avait considéré que le « plan de vigilance et son compte rendu de mise en œuvre font ainsi partie intégrante de la gestion de la société »¹¹³ et que « l'élaboration et la mise en œuvre du plan de vigilance participent donc directement du fonctionnement de ces

¹⁰⁹ Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Commentaire du Principe n° 17, p. 22.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 21.

¹¹¹ M.-C. Caillet, « Du devoir de vigilance aux plans de vigilance ; quelle mise en œuvre ? », *op. cit.*, p. 822.

¹¹² C. com., art. L. 225-102-4, I, al.10, tel que modifié par l'article 11 de l'Ordonnance n° 2017-1162 du 12 juillet 2017.

¹¹³ TJ Nanterre, ord. référé, 30/01/2020, n° 19/02833 ; *D.*, 2020, p. 970, note N. Cuzacq.

sociétés »¹¹⁴. Dans un second temps, la Cour de cassation, en reconnaissant la compétence du juge civil, a critiqué cette conception en insistant sur la distinction entre un acte de commerce et le plan de vigilance¹¹⁵.

184. En droit anglais, le *duty of care* est, en réalité, un « *duty of reasonable care* »¹¹⁶. La dimension raisonnable est appréciée au regard de la situation de la société. Le recours au standard du raisonnable a pour effet de centrer l'analyse sur la société. Ce n'est pas le respect des droits fondamentaux qui est requis mais la mise en œuvre des mesures raisonnablement exigibles en matière de prévention des atteintes aux droits fondamentaux. Traditionnellement, le juge anglais veille à ce que la société ne se voit pas reconnaître des obligations pour un temps illimité ou inconnu, et pour un montant indéterminé¹¹⁷. Ce principe a été réaffirmé dans un contexte où une société transnationale était poursuivie pour un manquement allégué à son *duty of care* en matière environnementale¹¹⁸. Dans le cadre de l'examen de ces mesures, l'inquiétude souvent exprimée par les sociétés est celle d'une responsabilité potentiellement illimitée¹¹⁹. Cette crainte est d'autant plus marquée que les mesures adaptées ne sont pas prédéfinies¹²⁰, à la

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Cass. com., 15/12/2021, n° 21-11.882 B : *Dalloz actualité*, 17/01/2022, obs. Q. Chatelier ; *Rev. sociétés*, 2022, p. 173, note A. Reygrobellet ; *JCP E*, 2022, n° 1067, note B. Dondero ; *RJDA*, 2022, n° 121 ; *Dr. sociétés*, 2022, n° 30, obs. J.-F. Hamelin. Au sujet de la compétence matérielle du juge, v. *infra* n° 355-362.

¹¹⁶ B. McDowell, « *Foreseeability in Contract and Tort: The Problems of Responsibility and Remoteness* », *Case Western Reserve Law Review*, 1985-1986, n° 2, p. 300.

¹¹⁷ Conformément à l'argument dit du « *floodgate* » (des vannes), le juge veille à ne pas « ouvrir les vannes » et reconnaître une « responsabilité juridique indéterminée » de la société (A. Yilmaz Vastardis, C. Terwindt, S. Leader, J. Wright, « *Supply chain liability: pushing the boundaries of the common law?* », *Journal of European Tort Law*, vol. 8, n°3, 2018, p. 284).

¹¹⁸ *Ultramares Corporation c. Touche*, 174 N.E. 441, 1932 ; cité par : *Dominic Liswaniso Lungowe et al. c. Vedanta Resources Plc and Konkola Copper Mines Plc*, [2017] EWCA Civ 1528, § 68.

¹¹⁹ A. Yilmaz Vastardis, C. Terwindt, S. Leader, J. Wright, « *Supply chain liability: pushing the boundaries of the common law?* », *op. cit.*, p. 284.

¹²⁰ L'omission est en principe coupable. Selon Claire Bright, s'agissant du *duty of care* : « la société mère doit, lorsque les conditions sont réunies, démontrer qu'elle a pris un certain nombre de mesures de nature à prévenir, en amont, les impacts négatifs pouvant résulter de ses activités de part et d'autre du monde. Il en résulte que la société mère ne peut se cacher derrière sa passivité pour s'exonérer de toute

différence du droit français s'agissant du plan de vigilance¹²¹.

185. En somme, les mesures de diligence raisonnable visent, non pas directement la prévention des violations des droits fondamentaux, mais les « incidences négatives sur les droits de l'Homme »¹²² des activités de la société transnationale. Comme l'explique Brigitte Pereira, la responsabilité juridique de la société « peut être engagée pour une violation d'une obligation de diligence et non pour la violation de la règle de fond que cette obligation tend à faire respecter »¹²³. Celle-ci peut satisfaire à ses obligations, quand bien même le risque que les mesures visaient à prévenir se matérialise par des dommages aux tiers¹²⁴. Il en résulte une effectivité limitée des mesures de diligence raisonnables. Le pouvoir du juge en matière de prévention pourrait contribuer à renforcer la portée des obligations de prévention.

obligation puisque, lorsqu'elle en remplit les conditions, le devoir de diligence requiert d'elle une démarche proactive. » (C. Bright, « Le devoir de diligence de la société mère dans la jurisprudence anglaise », *op. cit.*, p. 830).

¹²¹ C. com., art. L. 225-102-4, I.

¹²² Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Principe n° 17, p. 20.

¹²³ B. Pereira, « ISO 26000, due diligence, sphère d'influence et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 63.

¹²⁴ Il n'existe pas de « devoir de résultat » de prévention du risque (C. Hannoun, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Dr. soc.*, 2017, p. 810).

SECTION 2. L'ENCADREMENT DES OBLIGATIONS

186. La diligence des sociétés transnationales se matérialise par une autorégulation qui, si elle demeure volontaire, n'est plus facultative¹²⁵. Les premières actions en justice sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance ont été menées afin d'obtenir du juge qu'il enjoigne la société de respecter ses obligations de prévention en matière environnementale. À l'occasion de poursuites diligentées par des collectivités territoriales et associations qui dénonçaient les insuffisances du plan de vigilance de Total en matière de risques d'atteintes graves au système climatique directement induits par ses activités, le juge du tribunal de Nanterre a précisé le sens et l'importance du contrôle judiciaire de la vigilance. Il a ainsi déclaré que : « [l]a lettre de l'article L 225-102-4 du Code de commerce révèle que la préservation des droits humains et de la Nature en général ne peut se contenter d'un "management assurantiel" (...) et de la normalisation par le marché qu'induit la présentation du plan de vigilance en assemblée d'actionnaires mais commande un contrôle judiciaire... »¹²⁶.

187. Des demandes d'injonction peuvent être formulées aussi bien en droit français (§1) qu'en droit anglais (§2) pour prévenir la survenance de dommages causés par la faute de diligence en matière de droits fondamentaux.

¹²⁵ F.-G. Trébulle, V° Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale), *op. cit.*, n° 22.

¹²⁶ TJ Nanterre, ord., 11/02/2021, n° 20-00915, précitée.

§1. LES DEMANDES D'INJONCTION FORMULÉES DEVANT LE JUGE FRANÇAIS

188. En droit français, le devoir de vigilance ne consiste pas en un simple exercice rédactionnel. Il requiert des actes concrets de la part des sociétés visées. L'élaboration du plan de vigilance doit être complétée par sa mise en œuvre effective et sa publication. La loi prévoit un mécanisme en deux temps de mise en conformité de la société avec ses obligations positives de vigilance, et ce, sur le fondement de l'article L. 225-102-4, II du Code de commerce. Tout d'abord, la société recevra une mise en demeure de se conformer à ses obligations d'élaboration, de mise en œuvre effective et de publication du plan de vigilance. Puis, si cette mise en demeure n'est pas suivie d'effet, la loi prévoit la possibilité pour le juge, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, de lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de respecter ses obligations¹²⁷. La société civile possède ici un « droit d'action direct »¹²⁸ de mise en conformité à l'encontre des personnes assujetties défailtantes, distinct de l'action en responsabilité diligentée en réparation d'un manquement ayant causé un préjudice.

189. **La proposition de directive prévoit la création d'autorités nationales de contrôle qui disposeraient de pouvoirs proches du pouvoir d'injonction du juge français**¹²⁹. Ces autorités nationale devraient disposer de différents pouvoirs : « ordonner la cessation des manquements aux dispositions nationales adoptées en application de la présente directive, l'abstention de toute répétition du comportement en cause et, le cas échéant, des mesures

¹²⁷ C. com., art. L. 225-102-4, II.

¹²⁸ J. Camy et C. Oberkamp, « Devoir de vigilance des banques : quels constats à l'aune des premiers plans ? », *Dr. soc.*, 2020, p. 242.

¹²⁹ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, art. 17-18. V. également, *infra* n° 425-426.

correctives proportionnées à l'infraction et nécessaires pour y mettre fin »¹³⁰. Elles pourraient aussi ordonner à la société d'« adopter des mesures provisoires pour éviter le risque de préjudice grave et irréparable »¹³¹. Ces dernières mesures, visant à « éviter le risque de préjudice grave et irréparable », ne pourraient être ordonnées qu'« en cas de manquement constaté »¹³². En cas d'adoption de la directive, l'articulation des pouvoirs du juge et de l'autorité seraient à construire en droit français afin d'éviter le chevauchement des missions. Il s'agirait également de ne pas affaiblir le rôle du juge judiciaire, qui s'affirme au fil des décisions comme un garant important du contrôle de l'effectivité de la prévention.

§2. LES DEMANDES D'INJONCTION FORMULÉES DEVANT LE JUGE ANGLAIS

190. Le juge anglais s'est quant à lui concentré sur l'action en responsabilité et a rejeté les demandes d'injonction. Dans l'affaire *Vedanta*, une demande d'injonction a été formulée, sur le fondement de la partie 16 des Règles de procédure civile, directive pratique 7.1¹³³, afin de retrouver la jouissance des terres occupées et polluées par le projet minier litigieux. Elle porte sur la question des terres plutôt que sur la négligence de la société transnationale. De façon générale, l'injonction est utilisée pour faire respecter des obligations contractuelles, mais elle

¹³⁰ *Ibid.*, art. 18.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ L'article 7.1 dispose que : « Lorsqu'une demande est faite pour une injonction ou une déclaration concernant ou se rapportant à une terre ou à la possession, l'occupation, l'utilisation ou la jouissance d'une terre, les détails de la réclamation doivent :

(1) indiquer si l'injonction ou la déclaration concerne ou non des locaux d'habitation, et

(2) identifier le terrain (par référence à un plan le cas échéant) » (*Civil Procedure Rules (CPR), Practice Direction (PD) 16, § 7.1*).

n'est pas développée en matière de négligence¹³⁴. Le *duty of care* ne permet pas au juge d'imposer une obligation de prévenir, au même titre que le devoir de vigilance français. Il est donc compréhensible que les parties aient formulé une demande ne s'y rapportant pas. En l'espèce, la demande a été rejetée car elle ne s'appuyait pas sur une identification assez précise des terres. L'injonction consiste en effet à prescrire des mesures propres à remédier à une situation spécifique. Cependant, le juge Coulson précise que l'absence de précision des conclusions des demandeurs quant aux violations des droits fondamentaux et atteintes à l'environnement ne l'empêche pas, pour autant, de statuer sur l'action sur le fondement du *duty of care* de la société mère¹³⁵.

¹³⁴ Le précédent *Miller c. Jackson* ([1977] EWCA Civ 6) marque la réticence du juge à prononcer des injonctions en matière de négligence. À ce sujet, et pour une comparaison avec le droit français, v. notamment S. Drew, « *At Amazon, safety and wellbeing do not come first, Nanterre Tribunal rules* », *UK Labour Law Blog*, 21/04/2020 ; <https://uklabourlawblog.com/2020/04/21/at-amazon-safety-and-wellbeing-do-not-come-first-nanterre-tribunal-rules-by-sandhya-drew/> (consulté le 06/05/2022).

¹³⁵ *Lungowe et al. c. Vedanta Resources Plc et al.*, [2016] EWHC 975 (TCC), § 104.

Conclusion du Chapitre 2

192. Les obligations de prévention ont, pour l'heure, plusieurs finalités. Elles sont certes destinées à la protection des droits fondamentaux. Mais elles ont également vocation à être bénéfiques pour les sociétés transnationales du point de vue financier ou de la réputation. Or, leurs effets en matière de droits fondamentaux ne peuvent être liés, voire conditionnés, à des gains pour la société. **Le renforcement des obligations de prévention devrait, dès lors, s'accompagner d'une clarification de la finalité des mesures. Il devrait également s'accompagner du développement de l'encadrement des obligations par un contrôle judiciaire de la prévention.** La procédure d'injonction est prévue par la loi sur le devoir de vigilance français et a déjà été exercée à plusieurs reprises. À titre de comparaison, en droit anglais, elle demeure peu développée en matière de négligence. La dimension préventive du *duty of care* pourrait être renforcée par l'ouverture d'une telle action.

Conclusion du Titre 1

193. **Le renouveau des standards de diligence vise à permettre l’articulation de l’autorégulation de la société avec des règles juridiques hétéronomes.** Les vertus de souplesse et d’adaptabilité du standard sont mobilisées au profit d’une prévention des atteintes aux droits fondamentaux à géométrie variable. Les standards de vigilance et de *care* voient leur contenu déterminé par l’autorégulation produite par la société et se décliner selon les circonstances.

194. Les obligations de prévention consistent en des mesures d’ordre procédural qu’il revient à la société d’élaborer et de mettre en œuvre de façon diligente. La portée des standards de vigilance et de *care* est limitée par le recours au méta-standard du raisonnable. L’enjeu principal réside dans la détermination des mesures raisonnablement exigibles à l’aune du pouvoir de la société, étant précisé que ces mesures pourraient ne pas avoir permis d’éviter la survenance d’une atteinte aux droits fondamentaux. Le pouvoir de la société est analysé au sein de relations intersociétaires qu’elle noue. Les tiers intéressés par le respect des droits fondamentaux dans le cadre de ces relations devraient être impliqués, en tant que parties prenantes de l’entreprise. Elles demeurent cependant reléguées à un rôle périphérique.

TITRE II. Les acteurs de la prévention

195. La relation intersociétaire, périmètre de la prévention des atteintes aux droits fondamentaux, est une relation d'inégalité. La domination d'une société sur une autre a vocation à être appréhendée par les standards de diligence. Par suite, si une société en état de domination doit bénéficier des mesures de prévention décidées, son consentement à ces mesures n'est pas assuré, et sa marge de manœuvre par rapport aux mesures décidées n'est pas prévue.

196. Les parties prenantes, externes ou internes à la société, ne sont pas parties à la relation intersociétaire. Leur implication est seulement suggérée, sans être exigée. Cela est avant tout lié à la dimension essentiellement économique donnée à la prévention des atteintes aux droits fondamentaux par les nouveaux standards. Pourtant, si les standards passent par le prisme de la relation intersociétaire, les tiers à cette relation, qu'il s'agisse des travailleurs, ou plus généralement, de membres de la société civile, sont bien les potentiels destinataires des mesures de prévention.

197. Il en résulte une répartition des rôles : la société transnationale doit exercer sa diligence dans le cadre de ses relations intersociétaires (**Chapitre 1**). Et les parties prenantes demeurent marginalement associées à ce processus (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Les acteurs de la prévention dans les relations intersociétaires

198. Les relations intersociétaires agrègent des sociétés qui peuvent toutes se voir attribuer un rôle dans la prévention des atteintes aux droits fondamentaux. Les standards de diligence appréhendent la diversité des relations déployées et permettent de mobiliser les formes de domination qui s’y expriment.

199. L’entreprise est formée par les sociétés transnationales auxquelles sont attribuées les obligations de prévention (**Section 1**) et les sociétés au sein desquelles une immixtion dans la gestion est requise pour appliquer ces obligations (**Section 2**).

SECTION 1. LES SOCIÉTÉS DÉBITRICES DES OBLIGATIONS DE PRÉVENTION

200. Les standards de diligence prescrivent des mesures de prévention jugées raisonnables à l’aune de la mobilisation suffisante et adéquate du pouvoir d’action d’une société sur d’autres sociétés. L’entreprise englobe l’ensemble des relations intersociétaires où s’exerce ce pouvoir. Elle est définie largement pour inclure la diversité des sociétés visées par les obligations (§1) et les sociétés qui constituent le périmètre d’application des standards de diligence (§2).

§1. L’IDENTIFICATION DES SOCIÉTÉS DÉBITRICES

201. En droit français, les sociétés visées par le devoir de vigilance sont celles d’une taille importante. L’article L. 225-102-4, I précise que seules sont concernées par les obligations les

sociétés qui emploient au moins cinq mille salariés en leur sein ou dans leurs filiales directes ou indirectes en France, ou au moins dix mille salariés en leur sein ou dans leurs filiales directes ou indirectes en France ou à l'étranger. L'interprétation de ce passage du texte de la loi a pu être discutée sur le point de savoir si les sociétés étrangères étaient aussi visées¹³⁶. Ce point semble avoir été clarifié par le Conseil constitutionnel. Dans sa décision en date du 23 mars 2017, il précise qu'« [e]n vertu du paragraphe I sont soumises à l'obligation d'établir un plan de vigilance les sociétés ayant leur siège social en France et qui, à la clôture de deux exercices consécutifs, emploient au moins cinq mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises, ou emploient au moins dix mille salariés en leur sein et dans leurs filiales françaises et étrangères »¹³⁷. Ainsi, seules les sociétés ayant leur siège social en France sont visées par le texte. Et celles qui emploient plus de dix mille salariés dans des filiales françaises et étrangères devront établir un plan de vigilance rendant compte des mesures prises dans toutes ces filiales.

202. Le nombre de salariés est le critère central de détermination des sociétés visées. Le législateur français a exclu les petites et moyennes sociétés, en partant du constat que la loi ne doit viser que les sociétés qui « ont les moyens de mettre en œuvre ce type de plan et dont l'activité représente à la fois l'essentiel du commerce international et l'essentiel des risques potentiels »¹³⁸. Selon les rédacteurs de la loi, le principal défi en termes de réglementation est celui posé par les grandes sociétés transnationales. Les plus petites sociétés devront être incluses dans le plan de vigilance d'une société visée par la loi si elles nouent des relations intersociétaires. Indirectement, elles auront alors à appliquer des mesures de prévention en présence d'un risque d'atteinte aux droits fondamentaux. Hors de cette configuration, elles

¹³⁶ V. notamment S. Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, n° 22, doct. 622, 2017, p. 19 et s.

¹³⁷ Cons. const., n° 2017-750 DC, 23/03/2017, consid. 3.

¹³⁸ Ass. nat., Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n° 2578, 11/02/2015, Exposé des motifs, p. 11.

n'auront pas à connaître des obligations de prévention.

203. L'exclusion des petites et moyennes sociétés est une restriction reprise par la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance. Les sociétés visées sont celles « constituées conformément à la législation d'un État membre »¹³⁹. Ces sociétés doivent en principe compter plus de 500 salariés et réaliser un chiffre d'affaires mondial net de plus de 150 millions d'euros au cours du dernier exercice financier. Si ce critère n'est pas rempli, une société pourra être visée si elle compte plus de 250 salariés et a réalisé un chiffre d'affaires net mondial de plus de 40 millions d'euros au cours du dernier exercice financiers. Elle devra également réaliser au moins au moins 50 % de son chiffre d'affaires dans un ou plusieurs secteurs à risque cité par le texte. Il s'agit de l'industrie textile, de l'agriculture, ou encore de l'extraction de ressources minérales¹⁴⁰.

204. Il est par ailleurs remarquable de noter que la proposition de directive vise également les sociétés d'un pays tiers, pourvu qu'elles opèrent au sein de l'Union européenne. Ces sociétés devront remplir l'une des conditions suivantes : avoir généré un chiffre d'affaires net de plus de 150 millions d'euros au sein de l'Union au cours de l'exercice précédant le dernier exercice ; ou avoir réalisé un chiffre d'affaires inférieur, mais excédant les 40 millions d'euros, dans l'Union, à condition qu'au moins 50 % de son chiffre d'affaires mondial net ait été réalisé dans un ou plusieurs des secteurs à risques précités¹⁴¹. Une telle prévision pourrait permettre de généraliser l'application du devoir de vigilance aux grandes sociétés au sein de l'Union, alors que la loi française cantonne son application aux grandes sociétés françaises uniquement.

205. Par contraste, la portée de la diligence raisonnable, telle qu'envisagée par les Principes

¹³⁹ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, art. 2.1.

¹⁴⁰ *Ibid.*, art. 2.1.

¹⁴¹ *Ibid.*, art. 2.2.

directeurs des Nations Unies, n'est pas limitée aux sociétés de grande taille. Les Principes s'appliquent « à toutes les entreprises commerciales, transnationales ou autres, indépendamment de leur taille, de leur secteur, de leur lieu d'implantation, de leur régime de propriété et de leur structure »¹⁴². L'obligation de prendre des mesures peut incomber à n'importe quelle entité de droit local, du moment qu'il s'agit d'un moyen raisonnable d'assurer une prévention effective. Toute société est potentiellement visée. La raison d'être d'une telle généralité est l'importance et la gravité de l'enjeu, majeur, de protection des droits fondamentaux.

206. En droit anglais, le *duty of care* est également un mécanisme de portée générale. D'une part, ce devoir de prudence compte parmi les mécanismes classiques de responsabilité extracontractuelle pour négligence de la *common law*¹⁴³. D'autre part, le juge anglais a précisé qu'un *duty of care* pouvait peser sur une société, même si elle n'est pas d'une taille importante et qu'elle ne compte que très peu de salariés¹⁴⁴. Le critère décisif est celui du pouvoir exercé par une société sur une autre. Ainsi, dans la décision de principe *Chandler c. Cape*, une société ne s'était pas contentée de détenir des parts d'une autre société, mais avait joué un rôle déterminant dans la conduite des opérations de celle-ci¹⁴⁵.

¹⁴² Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, p. 1.

¹⁴³ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 56.

¹⁴⁴ Le juge précise que la société mère Vedanta ne comptait ainsi que 19 employés, tandis que le groupe compte 82 000 personnes (*ibid.*, § 2).

¹⁴⁵ *V. Chandler c. Cape Industries Plc*, [2012] EWCA Civ 525, § 8. Le juge a, par la suite, précisé que le pouvoir d'une société peut se matérialiser par un contrôle financier imposé par la société mère à sa filiale, même qu'il ne s'agira pas d'un indice suffisant pour la reconnaissance d'un *duty of care* (*Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2018] EWCA Civ 191, § 86).

207. **Dès lors, la taille d'une société n'apparaît pas comme un critère justifiant qu'elle puisse être « immunisée contre l'exigence de faire de son mieux pour respecter ces obligations très fondamentales »**¹⁴⁶. La taille n'est pas non plus toujours révélatrice du pouvoir qu'elle exerce dans ses relations intersociétaires. Le pouvoir d'une *holding* pourra s'avérer très important, car elle emploie un nombre réduit de salariés tout en disposant de capacités financières et informationnelles importantes¹⁴⁷. La loi française et la proposition de directive ne permettent pas de répondre à cet enjeu. Par la suite, une responsabilité en matière de prévention devrait être systématiquement attachée à ce pouvoir et impliquer la mise en œuvre de la diligence à l'échelle transnationale par toute société.

§2. LE PÉRIMÈTRE ÉTENDU DES OBLIGATIONS

208. Les standards de diligence sont dirigés vers un objectif commun : appréhender la diversité des modalités d'organisation de l'entreprise pour permettre l'extension du périmètre de la prévention. Le rôle de prévention de la société transnationale se décline dans les différentes structures juridiques qui peuvent constituer l'entreprise **(A)**. Néanmoins, ce cadre juridique d'action est, tout au plus, un indice parmi d'autres de la relation de pouvoir entre les sociétés, relation qui constitue la véritable boussole de l'application des standards de diligence **(B)**.

¹⁴⁶ Par cette précision, Keith Ewing avait insisté sur la généralité des obligations, tout en précisant préalablement que les grandes sociétés transnationales devaient jouer un rôle primordial dans la prévention des atteintes aux droits fondamentaux. V. K. Ewing, O. Tudor, D. Blackburn, *Evidence to the Joint Committee on Human Rights on Brexit and labour human rights*, Parlement Britannique, 2016, p. 15 ; <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/human-rights-committee/human-rights-and-business/oral/37802.html> (consulté le 06/05/2022).

¹⁴⁷ C. Hannoun, « Le nouveau devoir de vigilance des sociétés mères » in A. Ghenim, C. Hannoun, P. Henriot, E. Peskine, F. Rilov et S. Vernac (dir.), *Groupes de société et droit du travail*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2019, p. 103.

A. La diversité des formes juridiques d'organisation comprises dans le périmètre des obligations

209. Les standards de diligence sont destinés à être appliqués le plus largement possible pour que les mesures de prévention puissent se généraliser dans les chaînes de valeur transnationales. Dans cet esprit, le champ d'application de la diligence raisonnable en matière de droits fondamentaux inclut les activités et les relations commerciales de la société¹⁴⁸. Sans renoncer à une conception élargie du périmètre de la prévention, le droit français comme le droit anglais ont ajouté des précisions quant aux figures juridiques pluri-sociétaires comprises dans le champ d'application des standards de vigilance et de *care*.

210. Le droit français a précisé la qualification juridique des organisations pluri-sociétaires incluses dans le champ de la vigilance, dans un souci de sécurité juridique. Cependant, cet objectif n'est que partiellement atteint car les figures juridiques visées sont très diverses. Le juge anglais a lui aussi donné des indications quant aux organisations plurisociétaires comprises dans le champ d'application du standard de *care*, sans que ces organisations ne soient pour autant limitativement énumérées.

211. Ainsi, en droit français comme en droit anglais, une distinction utile peut être faite entre

¹⁴⁸ « La diligence raisonnable en matière de droits de l'Homme : a) Devrait viser les incidences négatives sur les droits de l'homme que l'entreprise peut avoir ou auxquelles elle peut contribuer par le biais de ses propres activités, ou qui peuvent découler directement de ses activités, produits ou services par ses relations commerciales » (Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Principe n° 17, p. 20).

le « périmètre intra-groupe »¹⁴⁹, le groupe de sociétés, (1) ; et le « périmètre extra-groupe »¹⁵⁰, les relations contractuelles de sous-traitance ou de fourniture (2).

1. L'hypothèse du groupe de sociétés

212. En droit français, la vigilance porte sur les activités de l'ensemble des filiales, qu'il s'agisse de sociétés contrôlées directement ou indirectement. Seul le critère du contrôle exclusif pourra justifier l'inclusion d'une filiale dans le périmètre des obligations. En effet, l'article L. 225-102-4, I du Code de commerce renvoie au II de l'article L. 233-16 du même code¹⁵¹. Or ce dernier article décrit les situations de contrôle exclusif. Le contrôle exclusif est une notion comptable, développée dans une section du Code de commerce dédiée aux comptes consolidés¹⁵². Il s'apprécie essentiellement à l'aune du « pouvoir de décision exercé sur une société »¹⁵³ par la société mère. Cette dernière contrôle la gestion d'une autre société soit qu'elle détienne la majorité des droits de vote, qu'elle désigne la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance, ou qu'elle exerce une influence dominante en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires.

213. Les situations de contrôle auxquelles la loi sur le devoir de vigilance fait référence sont

¹⁴⁹ T. Beau de Loménie, S. Cossart (dir.), *Guide référence pour les plans de vigilance*, Sherpa, 1^{ère} éd., 2019, pp. 14-15 ; https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2018/12/Sherpa_VPRG_web_pagepage-min.pdf (consulté le 06/05/2022).

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Ces dispositions précisent que « [l]e contrôle exclusif par une société résulte :

1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ;

2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. (...) ;

3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet. » (C. com., art. L. 233-6, II.).

¹⁵² C. com., art. L. 233-16 et s.

¹⁵³ S. Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*, p. 21.

analogues à celles qui jalonnent le contentieux relatif au *duty of care*. Le *duty of care* a également vocation à s'appliquer dans le cadre du groupe de sociétés. La détention capitalistique peut être directe ou indirecte en droit anglais comme en droit français. Cependant, la détention par une société de plus de la moitié, voire de la totalité du capital d'une autre société, n'est pas suffisante pour permettre la reconnaissance d'obligations de prévention. Tout au plus, la société mère a pu être dans la position de contrôler la gestion de sa fille, et aura donc eu l'« opportunité »¹⁵⁴ de mettre en place des mesures. Lord Briggs, dans la décision *Vedanta c. Lungowe*, précise que « la propriété directe ou indirecte par une société de tout ou partie des actions d'une autre société (...) peut permettre à la société mère de prendre le contrôle de la gestion des opérations de l'entreprise ou du foncier détenue par la filiale, mais elle n'impose aucune obligation à la société mère de le faire, qu'elle soit due à la filiale ou, *a fortiori*, à quelqu'un d'autre »¹⁵⁵. Ainsi, au-delà de la détention capitalistique, ce sont « les modèles de gestion et de contrôle qui peuvent être mis en place au sein d'un groupe multinational de sociétés »¹⁵⁶ qui s'avèrent déterminants. Cette analyse permet l'extension du périmètre de la diligence aux relations contractuelles de sous-traitance ou de fourniture.

2. L'hypothèse de relations contractuelles de sous-traitance ou de fourniture

214. En droit français, le champ d'application de la vigilance inclut les sous-traitants et les fournisseurs, dans la mesure où l'entreprise donneuse d'ordre entretient avec eux une « relation commerciale établie »¹⁵⁷. L'article L. 225-102-4, I du Code de commerce se réfère ici à l'article

¹⁵⁴ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 49.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*, § 51.

¹⁵⁷ C. com., art. L. 225-102-4, I.

L. 442-1, II, (ancien article L. 442-6, I 5°) du même code. Cet article est une disposition du droit de la concurrence en matière de pratiques commerciales déloyales entre entreprises. Il prévoit l'engagement de la responsabilité civile de la société qui romprait brutalement une relation commerciale établie en l'absence de préavis raisonnable.

215. Sur le modèle du droit français, la proposition de directive sur le devoir de vigilance formulée par la Commission européenne se réfère également aux relations commerciales établies (*established business relationships*) pour déterminer le champ d'application de la diligence. Ces relations sont définies comme « les relations commerciales directes et indirectes qui sont durables, ou dont on s'attend à ce qu'elles soient durables, compte tenu de leur intensité et de leur durée et qui ne représentent pas une partie négligeable ou accessoire de la chaîne de valeur »¹⁵⁸. La définition des relations commerciales établies n'est pas expressément fondée sur une référence à un texte législatif dans la proposition. Elle repose sur une réévaluation annuelle de ses relations par la société¹⁵⁹. En outre, la relation commerciale directe établie d'une société permet de présumer que les relations commerciales indirectes qui y sont reliées sont également établies à l'égard de cette société¹⁶⁰.

216. Jusqu'alors, les instruments internationaux existants – Principes directeurs des Nations Unies et de l'OCDE – prévoyaient l'exercice d'une diligence raisonnable sur la chaîne de valeur, peu important la nature des relations commerciales. La résolution du Parlement européen sur le devoir de vigilance recommandait également que le champ d'application de la vigilance comprenne « les filiales et les relations commerciales d'une entreprise tout au long de

¹⁵⁸ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, pt. 20, p. 33. À ce sujet, v. SHIFT Project, *The EU Commission's Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive - Shift's Analysis*, 2022, <https://shiftproject.org/resource/eu-csdd-proposal-analysis/> (consulté le 06/05/2022).

¹⁵⁹ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, pt. 20, p. 33.

¹⁶⁰ *Ibid.*

sa chaîne de valeur »¹⁶¹, que la relation soit ou non établie. À cet égard, la proposition de directive présentée par la Commission prévoit donc une restriction du champ d'application de la diligence inspirée par le droit français.

217. En outre, la proposition de directive se distingue des prévisions du droit français en insistant largement sur le recours aux clauses contractuelles pour mettre en œuvre le devoir de vigilance dans les chaînes de valeur. **Le respect des obligations de prévention est largement contractualisé.** Des garanties contractuelles devraient ainsi être prévues pour s'assurer du respect du code de conduite et de la mise en œuvre des mesures adéquates par les partenaires commerciaux de prévention des risques et de remédiation des atteintes¹⁶². En cas de non-respect, il est suggéré à la société de suspendre temporairement, voire de rompre le contrat¹⁶³. Il est également prévu que la Commission publie des modèles de clauses¹⁶⁴. Le contrat sert de levier de pression à la société pour s'assurer du respect des mesures qu'elle aura élaborées dans sa chaîne de valeur. Comme le soulignent justement Ludovic Hennebel et Grégory Lewkowicz, le levier contractuel peut présenter l'intérêt d'une « extension encore plus large de l'effet horizontal des droits de l'Homme »¹⁶⁵, surtout dans des lieux où les droits fondamentaux sont peu protégés. Hors de ce contexte, le risque est que les sociétés ne s'assurent pas du respect des droits fondamentaux, mais de dispositions contractuelles négociées affaiblissant la portée des obligations légales. En outre, dans l'article précité, les auteurs ne manquent pas de relativiser,

¹⁶¹ Parlement européen (PE), Résolution contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, P9_TA-PROV(2021)0073, A9-0018/2021, 10/03/2021, art. 3 (2) ; https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.pdf (consulté le 06/05/2022).

¹⁶² Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, art. 7.2-7.3 (prévention) et art. 8.3-8.4 (remédiation).

¹⁶³ *Ibid.*, art. 7.5 (prévention) et 8.6 (remédiation).

¹⁶⁴ *Ibid.*, art. 12.

¹⁶⁵ L. Hennebel et G. Lewkowicz, « La contractualisation des droits de l'homme : de la théorie à la pratique du pluralisme juridique », in G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, Paris, 2009, p. 225.

à juste titre, les avantages allégués de ce modèle de contractualisation. Ils soulignent, à juste titre, que le pouvoir confié aux sociétés transnationales interroge « en termes de légitimité et d'existence de mécanismes de contre-pouvoir »¹⁶⁶ quant à la mise en œuvre de ces leviers contractuels.

218. Le droit anglais admet également que le périmètre de la prévention puisse s'étendre aux relations de sous-traitance et de fourniture. Comme le précise Lord Briggs dans la décision *Vedanta c. Lungowe* : « il n'y a rien de spécial ou de concluant dans la simple relation parent / filiale »¹⁶⁷. La récente action en justice contre la société Kik devant les tribunaux allemands en témoigne. Le donneur d'ordre allemand Kik a été poursuivi en Allemagne sur le fondement de la loi pakistanaise, en application de l'article 4.1 du Règlement européen dit « Rome II »¹⁶⁸. Cet article prévoit en effet l'application du droit du pays où le dommage a été subi. Le Pakistan étant un pays de *common law*, les principes du droit anglais en matière de *duty of care* ont pu être mobilisés. La société Kik était poursuivie à la suite de l'incendie d'une usine textile de l'entreprise Ali à Karachi, au Pakistan, en septembre 2012. 260 travailleurs sont morts et 32 ont été blessés. Kik était le client principal de la manufacture. Il a reconnu avoir embauché des auditeurs externes afin de s'assurer des conditions de travail et de la sécurité de l'usine. Cette démarche n'a toutefois pas permis de prévenir la survenance de l'accident. Selon les demandeurs, Kik savait ou aurait dû savoir que les travailleurs de l'usine étaient en danger. Si l'application du *duty of care* a été admise par le tribunal régional (*Landgericht*) de Dortmund, les juges ne se sont cependant pas prononcés sur le fond car l'action en responsabilité a été considérée comme prescrite¹⁶⁹. Néanmoins, ce contentieux ouvre la voie à une extension du

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 229.

¹⁶⁷ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 54.

¹⁶⁸ PE et Conseil, Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, (dit « Rome II »), JOUE L 1999/40, 31/07/2007, art. 4 (1).

¹⁶⁹ *Landgericht* (Tribunal régional – LG) Dortmund, n°7 O 95/15, 10/01/2019.

périmètre des obligations de prévention aux donneurs d'ordre¹⁷⁰. Plus généralement, il apparaît que cette extension a vocation à se réaliser à l'ensemble des relations intersociétaires.

B. La définition du périmètre des obligations

219. La diligence s'exerce au sein de l'entreprise, au sens large. Son application n'est pas cantonnée par la séparation des personnes morales. Elle n'est pas non plus destinée à s'appliquer au sein d'une structure juridique spécifique. Le périmètre des obligations correspond à l'exercice d'un pouvoir essentiellement défini comme une domination d'une société sur une autre.

220. L'entreprise inclut tant les relations commerciales que les relations de travail. L'enjeu est de « recréer une unité judiciaire qui calquerait l'unité économique de l'entreprise »¹⁷¹. La définition de l'entreprise (1) se conjugue avec une conception élargie du périmètre des obligations dans les relations de travail (2).

1. La définition de l'entreprise

221. La prévention doit s'appliquer largement pour appréhender les diverses réalités des

¹⁷⁰ V. à sujet : P. Welsch, M. Saage-Maaß, « *Holding Companies Liable for Human Rights Abuses Related to Foreign Subsidiaries and Suppliers before German Civil Courts: Lessons from Jabir and Others v KiK* », *Human Rights Law Review*, n°16, 2016, p. 370 et s. ; et S. Leader, *Legal Opinion on English Common Law Principles of Tort - Jabir and others v Textilien und Non-Food*, Université d'Essex, 7/12/2015, pts. 12 et 14 ; https://www.essex.ac.uk/-/media/documents/research/ebhr/legal_opinion_essex_jabir_et_al_v_kik_2015.pdf (consulté le 06/05/2022).

¹⁷¹ E. Pataut, « Le devoir de vigilance - Aspects de droit international privé », *Dr. soc.*, 2017, p. 833. V. également : C. Bright, A. Marx, N. Pineau, J. Wouters, « *Toward a Corporate Duty for Lead Companies to Respect Human Rights in Their Global Value Chains?* », *Business and Politics*, vol. 22, n° 4, 2020, p. 667 et s.

« relations d'affaires »¹⁷². Celles-ci renvoient à divers modes d'organisations réglés contractuellement ou relevant de la domination économique d'une société sur une autre¹⁷³.

222. La diligence a vocation à être exercée au sein de l'entreprise au sens large. La dimension économique de l'entreprise est mise en avant dans les instruments internationaux en matière de diligence raisonnable. John Gerard Ruggie, évoque une « entité économique au sens large »¹⁷⁴, une « organisation économique »¹⁷⁵, ou encore l'« unité économique que représente l'entreprise multinationale »¹⁷⁶. Il distingue les entreprises suivant deux catégories : l'une est basée sur les acteurs, il se réfère alors principalement au groupe de sociétés ; et l'autre est basée sur les réseaux.

223. En outre, la diligence raisonnable a vocation à s'appliquer au sein de la sphère d'influence. Le concept de sphère d'influence fait des instruments internationaux le lieu du développement de la compréhension de la dimension transnationale des relations intersociétaires¹⁷⁷, par le dépassement des frontières des personnalités morales. Il « permet d'envisager l'entreprise dans sa réalité économique et donc dans sa globalité, au-delà du découpage imposé par le droit et plus particulièrement par le concept d'autonomie

¹⁷² OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales - De l'importance d'une conduite responsable des entreprises, 2011, p. 23 ; https://www.oecd.org/fr/investissement/mne/MNEguidelines_RBCmatters_FR.pdf (consulté le 06/05/2022).

¹⁷³ La « domination économique » est analysée comme un pouvoir de fait, qui peut être encadré par le droit, selon Emmanuel Dockès. V. E. Dockès, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *op. cit.*, p. 205. La jurisprudence sociale se réfère également à la « domination économique » au sein des groupes de sociétés pour appréhender le pouvoir de la société mère sur sa filiale. V. notamment Cass. soc., 24/05/2018, FS-P+B, n° 16-18.621 à 16-18.665, n° 16-22.881 à 16-22.908, n° 17-12.560, n° 17-15.630 à 17-15.649 ; *Dalloz actualité*, 13/06/2018, note W. Fraisse.

¹⁷⁴ J. G. Ruggie, « *Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy* », *op. cit.*, p. 318.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 327.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 321.

¹⁷⁷ C. Hannoun et S. Vernac, « La RSE ou l'essor de l'Entreprise-providence », in *À droit ouvert – Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 2018, p. 433.

juridique »¹⁷⁸. La sphère d'influence est le « périmètre d'action et de responsabilité de l'entreprise »¹⁷⁹. Dès lors, la diligence permet d'« adapter le régime de responsabilité à la réalité de la situation »¹⁸⁰. Le rayonnement du pouvoir de la société coïncide avec le champ d'application de la diligence « par des cercles concentriques d'influence »¹⁸¹.

224. En droit français, la relation commerciale doit être établie pour s'inscrire dans le champ d'application de la vigilance. L'analyse des relations commerciales est interprétée à l'aune de la jurisprudence de droit des sociétés sur le fondement de l'article L. 442-1, II du Code de commerce. Toutes les relations d'affaires, qu'elles soient réglées par un contrat ou conclues de manière informelle, peuvent potentiellement entrer dans le champ d'application de l'article L. 442-1, II¹⁸². L'état de dépendance dans les relations ne consiste pas nécessairement en une dépendance économique¹⁸³. Cependant, la dépendance économique peut jouer un rôle dans l'appréciation du juge¹⁸⁴. Il apprécie alors la réalité économique des échanges¹⁸⁵. La continuité

¹⁷⁸ S. Mac Cionnaith, G. Jazottes, S. Sabathier, « Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de *soft law* et de *hard law* », *Rev. Lamy dr. aff.*, n° 124, 2017, p. 25.

¹⁷⁹ B. Pereira, « ISO 26000, due diligence, sphère d'influence et droits de l'homme », *op. cit.*, p. 62.

¹⁸⁰ B. Loeve, « 'Due diligence' et 'sphère d'influence' dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises. Enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE », *CDE*, n° 3, dossier n° 16, 2010, p. 9.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² V. notamment CA Versailles, 20/02/2003 ; *RJDA*, 2003, n° 685 ; Cass. Com., 3/11/2004, n° 02-17.078 ; *JCP E*, n° 31-34, 2005, p. 1325, note D. Mainguy.

¹⁸³ À ce sujet, v. notamment J.-C. Grall et G. Mallen, « Distinction entre "relation de dépendance" et "état de dépendance économique" », *Bull. actualités Lamy dr. éco.*, 2002, n° 147.

¹⁸⁴ Par exemple, la cour d'appel de Paris a précisé que « [l]e délai de préavis raisonnable tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords professionnels devant être respecté en cas de rupture de la relation commerciale établie doit être apprécié en tenant compte de la durée et de la nature de la relation commerciale établie, notamment de la situation de dépendance économique du partenaire » (CA Paris, 24/06/2020, n° 18/23867). V. aussi : Cass. com., 4/11/2016, n° 15-14.025. À ce sujet, v. P. Arhel, V° Transparence tarifaire et pratiques restrictives – Pratiques commerciales déloyales entre entreprises, *Répertoire Dalloz de droit commercial*, 2019 (actualisation : 11/2021), n° 359.

¹⁸⁵ Ainsi, « [l]'article L. 442-6 I 5° [ancien] du Code de commerce (...) peut être mis en œuvre quel que soit le statut juridique de la victime du comportement incriminé » (*Lettre distrib.*, n° 3, 2007, p. 1, obs. P. Mousseron à propos de Cass. com., 06/02/2007, n° 03-20.463).

et la durée du flux d'affaires constitueront les « critères habituels de la définition économique de la relation 'établie' »¹⁸⁶.

225. Sous cet aspect, la démarche du juge français peut être comparée à celle adoptée par le juge anglais, s'agissant de la reconnaissance d'un *duty of care*. Le pouvoir de la société est analysé comme une domination essentiellement économique. Ce pouvoir est notamment déterminé par l'« influence sur les opérations commerciales de sa filiale, par exemple dans le domaine de la production et du financement »¹⁸⁷. Les liens financiers entre sociétés au sein du groupe constituent un indice des circonstances de fait examinées par le juge¹⁸⁸. Néanmoins, selon les circonstances et l'intensité des liens économiques entre sociétés, le donneur d'ordre pourra également se voir reconnaître des obligations de prévention. À ce titre, il pourra lui revenir d'assurer la prévention des atteintes aux droits fondamentaux, le cas échéant dans le cadre des relations de travail.

2. L'appréhension des relations de travail dans l'entreprise

226. Le rôle de prévention de la société transnationale dans les relations de travail s'étend au-delà de son statut d'employeur et de ses propres salariés. La reconnaissance d'obligations ne dépend pas de l'existence d'une relation contractuelle de travail. En droit français, le respect des droits fondamentaux au travail est prévu par l'article L. 1121-1 du Code du travail. Cet

¹⁸⁶ R. Amaro, « La relation commerciale établie au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ou les vents contraires de la jurisprudence », *AJ Contrat*, 2019, p. 10.

¹⁸⁷ *Chandler c. Cape Industries Plc*, [2012] EWCA Civ 525, §§ 79 et 80.

¹⁸⁸ Il revient au juge d'indiquer au cas par cas que telle ou telle circonstance constitue un type de circonstances dans lequel un *duty of care* pourra être reconnu : « la question de savoir si le niveau d'intervention est atteint en l'espèce est une pure question de fait » (*Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 49). V. également *Thompson c. The Renwick Group Plc*, [2014] EWCA Civ 635, § 33.

article prévoit que « [n]ul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». L'employeur est visé, au premier chef, par ces dispositions¹⁸⁹. Néanmoins, l'indétermination de l'expression « nul ne peut » permet d'envisager que d'autres personnes puissent être obligées. Une société tierce à la relation de travail pourrait s'enquérir du respect des droits fondamentaux dans une autre société dans le cadre de l'exercice de sa vigilance. Ainsi, le devoir de vigilance permet d'entrevoir des perspectives d'extension du périmètre des droits sociaux fondamentaux encore à ce jour inexploitées.

227. La diligence a, en droit anglais, également une portée générale. Néanmoins, il faut distinguer, parmi les différents *duty of care*, entre ceux qui incombent à l'employeur vis-à-vis de ses salariés et ceux de la société mère ou de l'entreprise donneur d'ordre au sein des relations intersociétaires¹⁹⁰. D'un côté, il s'agit d'un devoir de l'employeur, « non-délégable » (*non-delegable duty*), et systématiquement attaché aux relations contractuelles de travail ; de l'autre, le *duty of care* est circonstancié et dépend d'une analyse approfondie par le juge des relations intersociétaires¹⁹¹.

¹⁸⁹ La jurisprudence sociale de la Cour de cassation, et notamment une décision de la Chambre sociale en date du 22 novembre 2017, vont en ce sens. V. Cass. soc., 22/11/2017, n° 13-19.855 P : *Dalloz actualité*, 30/11/2017, obs. M. Peyronnet ; *D.*, 2018, p. 218, note J. Mouly ; *RDT*, 2017, p. 797, obs. M. Miné ; *RJS*, 2018, p. 14, avis C. Courcol-Bouchard ; *ibid.*, n° 5 ; *SSL*, 2017, n° 1792, p. 16, obs. P. Adam ; *ibid.*, 2017, n° 1793, p. 11, obs. J.-G. Huglo ; *JS Lamy*, 2018, n° 445-1, obs. B. Bernard

¹⁹⁰ A. Yilmaz-Vastardis et S. Leader, *Improving Paths to Business Accountability for Human Rights Abuses in the Global Supply Chains - A Legal Guide*, Essex Business and Human Rights Project, Université d'Essex, 2017, p. 20 ; <https://www1.essex.ac.uk/ebhr/documents/Improving-Paths-to-Accountability-for-Human%20Rights-Abuses-in-the-Global-Supply-chains-A-Legal-Guide.pdf> (consulté le 06/05/2022).

¹⁹¹ Les juges ont reconnu qu'un *duty of care* était dû par la société mère aux employés de la filiale (*Chandler c. Cape Industries Plc*, [2012] EWCA Civ 525, § 79). Cependant, la reconnaissance d'un tel devoir n'est pas systématique, comme en témoigne la décision *Thompson c. The Renwick Group Plc* ([2014] EWCA Civ 635). Elle est conditionnée aux éléments de fait apporté par les demandeurs. Or,

une telle preuve peut s'avérer difficile. À ce sujet, v. J. Goudkamp, « *Duties of Care between Actors in Supply Chains* », *Journal of Personal Injury Law*, n° 4, 2017, p. 208, et *infra* n° 536 et s.

SECTION 2. L'IMMIXTION REQUISE DANS LA GESTION D'UNE AUTRE SOCIÉTÉ

228. Les Principes directeurs des Nations Unies évoquent la mise en place d'un « processus »¹⁹² de diligence raisonnable qui se décompose en plusieurs étapes, de l'évaluation des risques à la remédiation. À tous les stades, la société doit faire preuve de diligence. L'emploi du terme de « processus », comme celui de « plan de vigilance »¹⁹³ par la loi française, renvoie aux différentes étapes nécessaires à la prévention. Ainsi, la prévention par les sociétés transnationales ne peut être effective sans une identification préalable des risques d'atteinte aux droits fondamentaux.

229. La connaissance de la société transnationale est le principal levier (§1) de l'élaboration et de la mise en œuvre des mesures de prévention (§2).

§1. CONNAÎTRE...

230. Le périmètre de la prévention est limité aux situations que la société connaît ou aurait dû connaître. La diligence n'est raisonnable que si elle vise les risques qui découlent de ses propres activités et les risques en lien direct avec ses activités du fait de ses relations commerciales. En droit français, le caractère établi des relations commerciales permet d'identifier les relations où la connaissance des risques est exigible¹⁹⁴. Par ailleurs, la mise en

¹⁹² Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Principe n°17, p. 20. V. *supra* n° 145.

¹⁹³ C. com., art. L. 225-102-4, I.

¹⁹⁴ Comme le soulignent très justement Anne Danis-Fatôme et Geneviève Viney : « [i]l est, à cet égard, compréhensible que l'obligation de vigilance ne s'étende qu'aux fournisseurs et sous-traitants avec lesquels l'entreprise donneuse d'ordre a une relation commerciale établie, car, pour prévenir un risque,

place d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale, telle que suggérée par l'article L. 225-102-4, I contribue à élever le niveau de connaissance de la société.

231. Le droit anglais confère également un rôle central à la connaissance de la société des risques sur sa chaîne de valeur. Les circonstances dans lesquelles sera reconnu un *duty of care* impliquent que la société mère et sa filiale se consacrent à la même activité. Dans le cadre de cette activité, la société mère devra posséder un savoir supérieur à celui de sa filiale, concernant le risque d'atteinte aux droits fondamentaux, pour être débitrice d'obligations de prévention. La connaissance, ou savoir supérieur, est soit possible, soit avéré : la société mère doit ou aurait dû savoir et prévoir¹⁹⁵. Dans les deux cas, la preuve devra être rapportée que la filiale s'en remettait au savoir supérieur de la société mère pour assurer la prévention vis-à-vis des tiers¹⁹⁶. Le juge anglais n'exige pas une connaissance absolue des risques d'atteinte aux droits fondamentaux. Il ne peut être exigé que la société soit omnisciente. Sa connaissance doit être « suffisante »¹⁹⁷, au regard des circonstances d'espèce, pour constituer un levier d'action. L'expertise des organes internes à la société doit permettre de déterminer le type de mesure le plus adapté à la situation spécifique¹⁹⁸. Pour certains auteurs, il en résulte une place privilégiée à attribuer à l'autorégulation et, à l'inverse, une défiance vis-à-vis des réglementations externes. Cette position a été fort bien exprimée par Gunther Teubner et Anna Beckers. Ils mettent en

il faut être en mesure de le connaître » (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, p. 1612).

¹⁹⁵ Le juge utilise les expressions « *knew, or ought to have known* » et « *knew or ought to have foreseen* » (*Chandler c. Cape Industries Plc*, [2012] EWCA Civ 525, § 80).

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 55. Cette exigence renvoie à l'un des indices du *duty of care* définis dans *Caparo Industries Plc c. Dickman* : la société ne doit se voir reconnaître un *duty of care* qu'à l'égard d'un dommage « raisonnablement prévisible » (voir *supra* n° 165).

¹⁹⁸ Quoique publiés, ce sont les documents établis par les différents organes et services internes qui permettent de déterminer si la société avait une connaissance suffisante des risques pour avoir des obligations de prévention. V. notamment *ibid.*, § 61.

avant le rôle central de la société : « l'expérience passée a également montré la façon dont, dans de nombreux cas, les tentatives de contrôler les processus internes au travers d'une intervention extérieure ont échoué à cause du manque de connaissance et de compétence des autorités externes »¹⁹⁹. Selon eux, les mesures de prévention ne peuvent être efficaces si elles ne s'appuient pas sur une connaissance de terrain de la part de la société. Malgré la part d'exactitude que l'on peut trouver dans ce constat, il s'avère que les contrôles externes et indépendants demeurent complémentaires. Ces contrôles sont indispensables pour que les mesures de prévention ne soient pas paralysées par d'autres déterminants dans la gestion de la société, tel que l'accroissement de la rentabilité de l'activité.

§2. ... POUR MIEUX AGIR

232. En principe, l'autonomie des personnes morales conduit à considérer l'immixtion comme une pratique anormale et susceptible d'être sanctionnée. Or, la sanction de l'immixtion voit se développer – à ses côtés ou à son détriment – la diligence comme technique requérant l'immixtion pour satisfaire aux obligations de prévention. De ce fait, la diligence contribue à « normaliser » l'immixtion²⁰⁰. Ainsi, si une société dispose de leviers d'actions adéquats, le périmètre des obligations devra s'étendre d'autant. Les actions de prévention de la société pourront alors la conduire à s'immiscer dans la gestion d'une autre société à des fins de prévention. Une « logique organisationnelle [étendue] aux rapports entre donneur d'ordre ou

¹⁹⁹ G. Teubner et A. Beckers, « *Expanding Constitutionalism* », *Ind. JGLS*, 2013, p. 530.

²⁰⁰ E. Peskine, « À la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *op. cit.*, p. 19 et s.

société mère et filiales ou sous-traitants »²⁰¹ est à l'œuvre.

233. Aucune décision du juge français n'a pour l'heure analysé l'exercice du devoir de vigilance dans les relations intersociétaires. La jurisprudence anglaise fournit cependant quelques premiers éléments d'analyse. Le *duty of care* implique qu'une société compte non seulement sur les directives, mais aussi sur l'action de la société mère, ce qui s'exprime en anglais par le concept de « *reliance* »²⁰². Ce concept renvoyait d'abord à une intervention de la société cantonnée à la fourniture d'une assistance technique. Dans la décision *Chandler c. Cape*, la portée de ce concept a été étendue à une intrusion d'une société dans différents aspects de la gestion d'une autre²⁰³. Le juge va « apprécier plus largement la relation entre les sociétés »²⁰⁴. Il cherche ainsi à déterminer le niveau d'intervention de la mère dans la gestion de la filiale. Pour ce faire, il analyse les « modèles de gestion et de contrôle »²⁰⁵ mis en œuvre par une société. Le « degré de supervision et de contrôle »²⁰⁶ de la gestion d'une autre société doit être d'un degré tel qu'il est opportun de reconnaître un *duty of care*²⁰⁷. En pratique, l'intervention dans la gestion d'une autre société se matérialise par l'implication des cadres et de la direction de la société mère et la transformation des modes de gestion de la fille telle que préconisée par

²⁰¹ W. Fraisse, « La responsabilité de la société mère à l'égard des salariés de la société filiale », *Dalloz actualité*, 13/06/2018 (note sous : Cass. soc., 24/05/2018, FS-P+B, n° 16-18.621 à 16-18.665 ; n° 16-22.881 à 16-22.908 ; n° 17-12.560 ; n° 17-15.630 à 17-15.649).

²⁰² C. Witting, « *Duty of care an analytical approach* », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, n° 1, 2005, p. 56.

²⁰³ *Chandler c. Cape Industries Plc*, [2012] EWCA Civ 525, § 6

²⁰⁴ S. Leader, « Responsabilité civile et responsabilité sociétale des sociétés mères : une innovation au Royaume-Uni », in A. Ghenim, C. Hannoun, P. Henriot, E. Peskine, F. Rilov et S. Vernac (dir.), *Groupes de société et droit du travail*, op. cit., p. 118.

²⁰⁵ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 51.

²⁰⁶ *Ibid.*, § 53.

²⁰⁷ Dans la décision *Vedanta c. Lungowe*, le juge précise ainsi que « la question cruciale est de savoir si Vedanta est suffisamment intervenue dans la gestion de la mine détenue par sa filiale KCM pour avoir elle-même encouru (...) une obligation de diligence de droit commun envers les demandeurs » (*Ibid.*, § 44).

ces-derniers²⁰⁸. La filiale aura agi conformément aux objectifs fixés par des agents de la société mère en son sein et sous leur surveillance.

234. Ainsi, la société transnationale voit son pouvoir mobilisé à des fins de prévention des atteintes aux droits fondamentaux. L'immixtion est requise lorsque la société agit dans cette perspective. Par contraste avec la sanction du coemploi en droit français ou du *common employment* en droit anglais, où « c'est l'excès de contrôle qui est générateur de responsabilité pour la tête du groupe »²⁰⁹, ici « c'est, au contraire, une carence constatée dans l'immixtion qui engage une telle responsabilité »²¹⁰. **Loin de domestiquer l'exercice d'un pouvoir, la diligence tend à justifier l'emprise d'une société sur d'autres sociétés à des fins de protection des droits fondamentaux.** Elle pourrait avoir pour effet de participer à l'expansion de ce pouvoir au sein des relations intersociétaires

²⁰⁸ *Ibid.*, § 55.

²⁰⁹ S. Leader, « Responsabilité civile et responsabilité sociétale des sociétés mères : une innovation au Royaume-Uni », in A. Ghenim, C. Hannoun, P. Henriot, E. Peskine, F. Rilov et S. Vernac (dir.), *Groupes de société et droit du travail*, op. cit., p. 117.

²¹⁰ *Ibid.*

Conclusion du Chapitre 1

235. Finalement, les sociétés transnationales doivent désormais mobiliser leur pouvoir au sein de relations intersociétaires à des fins de prévention des atteintes aux droits fondamentaux. L'élaboration et la mise en œuvre des mesures prévention se diluent dans un exercice de gestion étendu au périmètre de l'entreprise. Les contours des mesures de prévention sont essentiellement définis par les organes dirigeants de la société de manière unilatérale. L'implication des parties prenantes est loin d'être assurée dans le cadre de ce modèle de gestion des risques. La corégulation demeure limitée. Un tel déséquilibre des rôles entre les acteurs nuit à la prévention effective des atteintes aux droits fondamentaux.

Chapitre 2. Le rôle résiduel des parties prenantes de la société

236. La notion de parties prenantes regroupe une diversité de personnes qu'elle ne permet guère d'identifier et de différencier. Plus précisément, la notion « renvoie à l'idée que différents groupes ou collectifs puissent réclamer des comptes ou faire valoir des droits devant des entreprises »²¹¹. Dès lors, l'enjeu de la gouvernance est de déterminer « la manière dont l'entreprise prise à partie [par les parties prenantes] doit réagir »²¹². La société se considère confrontée à « des intérêts extérieurs perçus comme des menaces »²¹³. Elle adopte alors une attitude dite « défensive »²¹⁴.

237. A la flexibilisation du travail et à la délocalisation dans des pays où la protection des droits fondamentaux est rarement assurée, est proposée, par la société elle-même, une contrepartie sous la forme d'« une éthique de l'entreprise »²¹⁵, qui prend en compte les intérêts des parties prenantes.

238. Or, l'indétermination de cette catégorie interroge quant à la définition des parties prenantes (**Section 1**) et à leur cadre et moyens d'action (**Section 2**).

²¹¹ D. Cazal, « Parties prenantes », in N. Postel et R. Sobel (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, op. cit., p. 353.

²¹² A. Acquier, « La théorie des parties prenantes et le renouvellement de la théorie de la firme - Une synthèse critique », Résumé de séance par F. Chave, Séminaire « Propriété de l'entreprise », Collège des Bernardins (Département Économie Homme Société), 20/11/2010, p. 4 ; https://media.collegedesbernardins.fr/content/pdf/Recherche/2/recherche09-11/seminaires/12_cr_10_09_20_-_complet.pdf (consulté le 06/05/2022).

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ N. Postel, « 'Entreprise responsable' : sujet ou objet politique et éthique ? », in J.-P. Chanteau, K. Martin-Chenut et M. Capron (dir.), *Entreprise et responsabilité sociale en questions*, op. cit., p. 273.

SECTION 1. LA DÉFINITION DES PARTIES PRENANTES

239. Aux origines de la théorie des parties prenantes se trouve l'ambition de prémunir la société contre une intervention des pouvoirs publics par le biais d'une réglementation contraignante. Selon le principal penseur de cette théorie, Robert E. Freeman, il s'agirait d'aider les sociétés à « éviter la folie de la réglementation et l'expropriation du gouvernement »²¹⁶. Cette défiance vis-à-vis de la réglementation publique est intrinsèque à la définition des parties prenantes, laissée à la société commerciale. Elle conduit à encourager le développement par la société de son autorégulation pour répondre aux aspirations et demandes des tiers (§1).

240. Face à la société, une communauté d'intérêts plutôt que de personnes se fait jour. Or ces intérêts n'ont pas d'espaces de représentation distincts des structures de gouvernance de la société. Dé-personnifiés et sans existence propre, les parties prenantes peinent à affirmer un intérêt différent de celui de la société et à s'agréger en contre-pouvoir (§2).

§1. LES LIENS ENTRE AUTORÉGULATION ET THÉORIE DES PARTIES PRENANTES

241. Le « capitalisme des parties prenantes » (« *Stakeholder Capitalism* »)²¹⁷ vise à intégrer les enjeux sociaux et environnementaux au sein d'une gouvernance de la société commerciale

²¹⁶ R. E. Freeman, A. C. Wicks, B. Parmar, « *Stakeholder Theory and "The Corporate Objective Revisited"* », *Organization Science*, vol. 15, n° 3, 2004, p. 366.

²¹⁷ R. E. Freeman, K. Martin, B. Parmar, « *Stakeholder Capitalism* », *J. Bus. Ethics*, vol. 74, n° 4, 2004, p. 304.

plus soutenable²¹⁸. Les parties prenantes sont le véhicule de ces préoccupations. La prise en compte de leurs intérêts permettrait à la société d'autoréguler son impact social et environnemental. Dès lors, la responsabilité sociale et la théorie des parties prenantes ont été pensées ensemble. La RSE est définie par la Commission européenne dans son Livre vert en 2001 comme « l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »²¹⁹. Au regard de cette définition, la théorie des parties prenantes permet de préciser le volet social de la responsabilité des sociétés et le substrat essentiellement autorégulateur de la protection des droits fondamentaux dans le cadre de cette acception de la responsabilité (A). Ainsi, l'instauration d'obligations de prévention conjuguée à l'implication des parties prenantes n'impose ni ne contraint à aucune réforme de la société transnationale (B).

A. La dimension sociale de la RSE incarnée par les parties prenantes

242. Les parties prenantes ne font pas l'objet d'une définition unique. Les définitions communément admises sont suffisamment générales pour être adaptées selon les circonstances par la société selon le risque à prévenir. On peut citer la définition classique livrée par Robert E. Freeman : « une partie prenante dans l'organisation est tout groupe d'individus ou tout individu qui peut affecter ou être affecté par la réalisation des objectifs organisationnels »²²⁰. Cette définition diffère peu de celle proposée seize ans plus tard dans la norme ISO 26000,

²¹⁸ À ce sujet, v. dernièrement le numéro spécial de la *RIDE* : A.-S. Epstein et G. Leray (dir.), « La gouvernance d'entreprise soutenable », *RIDE*, t. XXXV, n° 2, 2021, et spéc. I. Parachkévova-Racine, « La gouvernance d'entreprise soutenable est-elle inévitable ? », p. 129 et s.

²¹⁹ Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Livre vert, 366 (final), 2001, pt. 8.

²²⁰ R. E. Freeman, *Strategic Management: a stakeholder approach*, (1984), rééd. Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

selon laquelle les parties prenantes « regroupent les individus ou groupes dont les intérêts pourraient être affectés par les décisions et activités de l'organisation »²²¹. Mais, il faut noter la Norme ISO 26000 s'inscrit dans une évolution des conceptions de la RSE et des parties prenantes par rapport aux approches de Robert E. Freeman et des premiers théoriciens, dans la mesure où il est mis l'accent sur « l'impact de l'organisation sur la partie prenante »²²², et non pas sur « l'impact de la partie prenante sur l'organisation »²²³.

243. Dans ces différentes définitions, la diversité des parties prenantes demeure appréhendée à l'aune de leur rapport à la société, interne ou externe. Celle-ci se reconnaît une responsabilité sociale à leur égard lorsqu'elle développe des « politiques de ressources humaines et de management au sein de l'entreprise, c'est-à-dire le social à l'intérieur de l'entreprise »²²⁴, ou qu'elle envisage son « impact sur l'environnement local, les communautés locales, le développement local, c'est-à-dire à l'extérieur de l'entreprise »²²⁵. Par suite, les parties prenantes englobent une large diversité de personnes, allant des salariés et leurs représentants aux sous-traitants et fournisseurs, comprenant également les associations, les communautés locales, et même l'État²²⁶. S'agissant d'une société transnationale, la diversité des parties prenantes est encore augmentée. Isabelle Daugareilh souligne à cet égard que « les attentes des parties prenantes (...) sont très largement déterminées par le niveau de développement

²²¹ ISO, Norme ISO 26000, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, éditée en français par AFNOR, 2010, art. 5.2.1.

²²² E. Provost-Vanhecke et F. Sibille, *Pour manager humain – Osez manager ISO 26000 !*, AFNOR, 2014, p. 187.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ P. Fadheuille, « L'impact du concept de responsabilité sociale de l'entreprise en droit français du travail », in M. Bonnafous-Boucher et Y. Pesqueux (dir.), *Décider avec les parties prenantes*, La Découverte, Paris, 2006, p. 108.

²²⁵ Cette typologie a été établie par Pierre Fadheuille. Elle illustre la diversité des parties prenantes, et également les liens que cette théorie entretient avec la RSE. V. *ibid.*, p. 108.

²²⁶ Les Principes Directeurs des Nations Unies mentionnent l'État à de maintes reprises en le qualifiant de « partie prenante », en particulier l'État d'origine d'une société. V. Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Principe n°2, p. 3.

économique, le niveau de réalisation de l'État de droit, mais aussi par des facteurs politiques, institutionnels et sociétaux »²²⁷.

244. Ainsi, à première vue, la dimension sociale de la RSE véhicule une « perspective élargie de la gouvernance »²²⁸, visant à permettre à la société d'inclure une diversité de personnes dans sa gouvernance, voire à permettre l'expression des « tensions permanentes entre pouvoirs et contre-pouvoirs »²²⁹ qui traversent les chaînes de valeur transnationales. Néanmoins, l'association des parties prenantes demeurent incertaine, notamment du fait des inégalités entre elles et dans leur relation avec la société.

B. L'association facultative des parties prenantes

245. La théorie des parties prenantes est originellement du ressort de la « pratique des affaires »²³⁰. Plus précisément, les engagements volontaires des entreprises en matière de RSE trouvent dans le recours à la théorie des parties prenantes leur pendant opérationnel²³¹. À ce titre, la société définit elle-même qui sont ses parties prenantes (1). Elle leur attribue un rôle différent. Il en résulte une inégalité entre les parties prenantes (2) et le maintien de certaines d'entre elles dans un rôle mineur (3).

²²⁷ I. Daugareilh (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, *op. cit.*, p. I.

²²⁸ C. Vercher-Chaptal et F. Palpacuer, « Chaînes globales de valeur », *op. cit.*, p. 38 et s.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *op. cit.*, p. 382.

²³¹ Aurélien Acquier voit dans la théorie des parties prenantes une « grille stratégique d'opérationnalisation de la RSE et du développement durable » (A. Acquier, « *Stakeholder vs stockholder ?* », in N. Postel et R. Sobel (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, *op. cit.*, p. 434).

1. La définition des parties prenantes par la société

246. La théorie des parties prenantes a influencé la conception des différents standards de diligence à l'intention des sociétés transnationales. Elle est mobilisée sans que le terme de « partie prenante » ne soit toujours précisé. Ainsi, les dispositions relatives à la diligence raisonnable dans les instruments internationaux, tels que les Principes directeurs onusiens relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme ou la Déclaration de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale, n'identifient pas les parties prenantes autrement que par le vocable flou et général d'acteurs « concernés »²³². La mention des parties prenantes est ; en revanche, systématiquement attachée aux différentes mesures qui composent le processus de diligence raisonnable²³³.

247. De la même manière, en droit français, la loi sur le devoir de vigilance prévoit que « [l]e plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société »²³⁴. Si la

²³² Cette mention se retrouve dans les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme et la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale qui prescrivent « de véritables consultations avec des groupes et autres acteurs concernés susceptibles d'être touchés » pour « évaluer les risques relatifs aux droits de l'homme » (Nations Unies, Principes généraux, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, p. 1 ; OIT, Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, 5^{ème} éd, 2017, p. 5).

²³³ Les « parties concernées » devront être informées de la déclaration de principe produite par l'entreprise et qui reconnaît sa responsabilité quant au respect des droits de l'homme (Principe n° 16). Le processus de diligence raisonnable devra comprendre de « véritables consultations avec des groupes et autres acteurs concernés susceptibles d'être touchés, et ce en fonction de la taille de l'entreprise et de la nature et du cadre de l'activité » (Principe n° 18). Enfin, le contrôle de la remédiation aux incidences négatives sur les droits de l'Homme devra « s'appuyer sur les appréciations de sources tant internes qu'externes, y compris des acteurs concernés » (Principe n° 20) et faire l'objet de comptes rendus communiqués « en externe, en particulier lorsque des préoccupations sont exprimées par les acteurs concernés ou en leur nom » (Principe n°21) (Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, p. 18 et s.).

²³⁴ C. com., art. L. 225-102-4., I.

loi sur le devoir de vigilance dans sa version définitive ne propose pas de définition attachée à la mention des parties prenantes, l'exposé des motifs de la proposition de loi du 11 février 2015 précise que le plan de vigilance « devra faire l'objet d'une concertation entre l'entreprise et ses parties prenantes, entendues comme l'ensemble de ceux qui participent à sa vie économique et des acteurs de la société civile influencés, directement ou indirectement, par ses activités »²³⁵. Cette définition est également centrée sur la société commerciale, ses activités et son influence, comme en témoigne l'usage du possessif – « sa vie économique » et « ses activités » –. Aucune autre précision que le lien avec la société n'est apporté quant à l'identité des parties prenantes.

248. Néanmoins, certaines parties prenantes sont expressément mentionnées par la loi sur le devoir de vigilance. Elles sont désignées comme bénéficiaires ou actrices de l'élaboration et de la mise en œuvre des mesures de vigilance. D'une part, des procédures d'évaluation régulières sont ainsi prévues pour permettre l'analyse de la situation des filiales, des sous-traitants ou des fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie au regard de la cartographie des risques²³⁶. D'autre part, le mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques est établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives de la société débitrice de l'obligation de rédiger un plan de vigilance²³⁷. On pourrait en déduire que ces organisations auraient principalement la charge de déclencher l'alerte. Or, cela est peu cohérent avec les prévisions du droit français. En effet, le droit d'alerte est réservé aux membres du conseil économique et social (CSE) dans les entreprises d'au moins cinquante salariés en cas d'atteinte aux droits des personnes²³⁸. Les

²³⁵ Ass. nat., Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n° 2578, 11/02/2015, Exposé des motifs, p. 11.

²³⁶ C. com., art. L. 225-102-4, I, 2°.

²³⁷ *Ibid.*, I, 4°.

²³⁸ C. trav., L. 2312-59, al. 1. L'intervention du syndicat, qu'il soit représentatif ou non, est envisageable dans le cadre d'une action en substitution à la place du salarié, par exemple en cas de discrimination ou d'harcèlement (C. trav., art. L. 1134-2 et L. 1154-2). Sur la distinction entre le droit d'alerte et l'action

organisations syndicales représentatives agiront donc par l'intermédiaire du représentant syndical au CSE au sein de la société visée par l'obligation d'élaborer un plan de vigilance²³⁹. Le texte de loi aurait cependant gagné en cohérence en associant le CSE à l'élaboration du mécanisme d'alerte.

249. La proposition de directive formulée par la Commission européenne fournit une définition des parties prenantes également centrée sur leurs relations avec la société. Dans le contexte de la future directive, l'expression désignerait « les employés de la société, les employés de ses filiales et d'autres individus, groupes, communautés ou entités dont les droits ou intérêts sont ou pourraient être affectés par les produits, services et opérations de cette entreprise, de ses filiales et de ses des relations d'affaires »²⁴⁰. Outre les salariés de la société et des filiales, l'identification des parties prenantes est laissée à la société. Comme dans la loi sur le devoir de vigilance française, les parties prenantes sont mentionnées à l'occasion de la description des mesures de vigilance. Les travailleurs sont identifiés comme parties prenantes au stade de l'identification des impacts négatifs. Il est attendu des sociétés qu'elles mènent « des consultations avec les groupes potentiellement affectés, y compris les travailleurs et les autres parties prenantes concernées, afin de recueillir des informations sur les impacts négatifs réels ou potentiels »²⁴¹. Il est également précisé que les parties prenantes devraient être consultées à l'occasion de l'élaboration des plans d'action de prévention et d'actions correctives en cas

en substitution, v. dernièrement : Cass. soc., 08/09/2021, n° 20-14.011, *FS-B* ; *JCP E*, n° 46, 1495, 2021, p. 48, note M. Éliphe.

²³⁹ En principe, chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement peut désigner un représentant syndical au CSE (C. trav., art. L. 2314-2). Par exception, dans les entreprises de moins de 300 salariés et dans leurs établissements, le délégué syndical est représentant syndical au CSE (C. trav., art. L. 2143-22).

²⁴⁰ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, art. 3 (n).

²⁴¹ *Ibid.*, art. 6.4.

d'impacts négatifs constatés²⁴². Enfin, un mécanisme de traitement des plaintes devrait être mis en place par la société et permettre aux victimes, mais également à certaines parties prenantes, de présenter une plainte²⁴³. Les syndicats et représentants des salariés dans la chaîne de valeur et les organisations de la société civiles actives dans le domaine concerné par la plainte sont mentionnés²⁴⁴. Dans la loi française, les syndicats sont également mentionnés s'agissant du mécanisme d'alerte et de recueil des signalements. La loi précise qu'ils doivent être associés à l'élaboration du mécanisme, ce qui n'est pas prévu par la proposition de directive. Plus généralement, le texte de directive suggère que les sociétés puissent s'appuyer sur des initiatives multipartites pour soutenir la mise en œuvre de leurs obligations de vigilance²⁴⁵.

250. Par contraste avec le droit français et la proposition de directive, le schéma du *duty of care* n'envisage les tiers que comme des demandeurs à l'action en justice²⁴⁶. L'absence d'obligations légales de prévention fondées sur l'exercice d'une diligence en matière de droits fondamentaux ne permet pas une comparaison des dispositifs d'association des parties prenantes. Le juge ne relève pas leur rôle. Dans la décision *Vedanta c. Lungowe*, il précise qu'il ne voit « pas de limite aux modèles de gestion et de contrôle qui peuvent être mis en place au sein d'un groupe multinational de sociétés »²⁴⁷. Ces modèles relèvent d'un choix interne de gouvernance que le juge ne contrôle pas. Il peut s'agir indifféremment d'initiatives unilatérales

²⁴² *Ibid.*, art. 7.2 (a) et art. 8.3 (b).

²⁴³ *Ibid.*, art. 9.2.

²⁴⁴ Les organisations de la société civile (*Civil society organisation* – CSO) regroupent des organisations qui sont agissent indépendamment d'un État, « dont les membres servent l'intérêt général au moyen d'un processus démocratique et jouent un rôle de médiateur entre les pouvoirs publics et les citoyens » (EUR-Lex, « *Civil society organisation* », *Glossaire des synthèses* ; <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/civil-society-organisation.html> (consulté le 06/05/2022)).

²⁴⁵ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, art. 14.4.

²⁴⁶ Les demandeurs agissent en tant que « tiers lésés » (« *third parties harmed* »). La société mère doit s'être reconnue un *duty of care* vis de ces tiers pour qu'elle puisse être déclarée responsable par le juge. *V. Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 51.

²⁴⁷ *Ibid.*

ou multilatérales.

251. L'absence de prévisions relatives à l'association des parties prenantes pourrait avoir pour effet de cantonner les enjeux de soutenabilité à un choix de gestion interne des dirigeants. Néanmoins, les documents produits font partie du faisceau d'indices analysés afin de savoir s'il existait un *duty of care* à la charge de la société²⁴⁸. Si la société se reconnaît une responsabilité de consulter les parties prenantes en vue de prévenir une atteinte aux droits fondamentaux, cette démarche de reconnaissance de sa responsabilité (*responsability*) pourra donner lieu à la reconnaissance de sa responsabilité (*liability*) vis-à-vis des tiers en cas de dommage²⁴⁹.

252. Finalement, la société définit elle-même les personnes susceptibles de contribuer à la prévention des risques. La catégorie de parties prenantes n'exclut *a priori* personne. Cependant, toutes les parties prenantes ne luttent pas à armes égales pour faire valoir leurs intérêts.

2. Les inégalités entre parties prenantes

253. Face aux différents risques, de nombreuses personnes peuvent contribuer à la prévention des atteintes aux droits fondamentaux. Cependant, « il n'y a pas spontanément d'égalité »²⁵⁰, ni « spontanément de diversité »²⁵¹ parmi les parties prenantes impliquées. Toutes n'ont pas le même rôle et les mêmes rapports avec la société. Les actionnaires et les salariés jouent un rôle central dans le fonctionnement de la société. Dès lors, elles ont pu être considérées comme

²⁴⁸ V. *supra* n° 155-159.

²⁴⁹ M. Capron, « Deux propositions d'explication des différences de conception de la RSE », in J.-P. Chanteau, K. Martin-Chenut et M. Capron (dir.), *Entreprise et responsabilité sociale en questions*, op. cit., p. 313.

²⁵⁰ N. Postel, « "Entreprise responsable" : sujet ou objet politique et éthique ? », *ibid.*, p. 277.

²⁵¹ *Ibid.*

n'étant pas des parties prenantes parmi d'autres mais des parties « constituantes »²⁵² de la société. Or, cette dimension n'est prise en compte que s'agissant des actionnaires (a). Elle conduit à les doter d'un pouvoir d'action supérieur aux autres parties prenantes. Les salariés et leurs représentants demeurent en retrait dans la gouvernance de la société (b).

a. La place centrale des actionnaires

254. Dans la mesure où il s'agit d'appréhender une grande diversité de personnes, la théorie des parties prenantes (*stakeholder theory*) se différencie à première vue d'une approche de la gouvernance de la société centrée sur la valeur actionnariale (*shareholder value*). Selon cette dernière théorie, les véritables propriétaires (*owners*) de la firme sont les actionnaires. L'analyse s'éloigne ici de la constitution juridique de la société commerciale²⁵³. En droit, ce sont les associés qui, par un contrat, ont affecté à une entreprise commune des biens ou leur industrie et sont les propriétaires de la société. Cette règle générale est énoncée par l'article 1832 du Code civil français. Dans un arrêt de principe en *common law* de 1896, *Salomon c. Salomon & Co.*²⁵⁴, la Chambre des Lords a également affirmé l'existence de la personnalité juridique de la société,

²⁵² Le concept de « partie constituante » est élaboré par Martin Richer dans des travaux sur la gouvernance d'entreprise responsable. V. M. Richer, *L'entreprise contributive : 21 propositions pour une gouvernance responsable*, Rapport Terra Nova, 2018, spéc. p. 55 et s. ; https://tnova.fr/site/assets/files/11872/terra-nova_gouvernance-entreprise_05032018.pdf?10xus (consulté le 06/05/2022). Christophe Clerc a repris cette analyse en précisant qu'il faut « distinguer entre les parties qui *subissent le risque de l'activité de l'entreprise* et celles qui *investissent dans l'entreprise et en subissent le risque* ». Les premières sont les parties prenantes. Les secondes sont l'investisseur et le salarié, qui réalise un apport en numéraire, en nature ou en industrie s'agissant de l'investisseur, et qui « *apporte son travail* » s'agissant du salarié. V. C. Clerc, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », *RDT*, 2018, p. 111.

²⁵³ À ce sujet, v. notamment A. Acquier, « La théorie des parties prenantes et le renouvellement de la théorie de la firme - Une synthèse critique », *op. cit.*, p. 5.

²⁵⁴ *Salomon c. Salomon & Co Ltd*, [1896] UKHL 1.

distincte de celle du gestionnaire et des détenteurs de parts²⁵⁵.

255. Le rôle des actionnaires est pensé hors des structures juridiques, à l'aune de leurs relations avec les dirigeants²⁵⁶. Selon la théorie de l'agence, les dirigeants sont les agents chargés de gérer la société conformément aux intérêts des actionnaires²⁵⁷, et de façon à maximiser la valeur actionnariale. Dès lors, la théorie des parties prenantes permettrait « de mettre en question, voire de contester le poids des actionnaires dans les décisions affectant les entreprises »²⁵⁸, l'actionnaire n'étant qu'une partie prenante parmi d'autres²⁵⁹. Cependant, une analyse plus approfondie révèle que la notion de partie prenante a été conçue pour n'être « qu'une extension de la notion d'actionnaire »²⁶⁰, comme en témoigne le simple glissement terminologique de « *shareholder* » à « *stakeholder* ». Il s'agit de « donner des pairs »²⁶¹ aux actionnaires, dans un cadre théorique demeuré inchangé et sans réforme profonde de l'organisation et du fonctionnement de la société. **La théorie des parties prenantes est pensée**

²⁵⁵ Selon Sandrine Rousseau et Ivan Tchotourian, « [à] partir de cette décision, il n'a plus été possible de considérer l'actionnaire comme propriétaire de la société et de l'assimiler à cette dernière » (S. Rousseau et I. Tchotourian, « L'"intérêt social" en droit des sociétés : Regards transatlantiques », Chaire de droit des affaires et du commerce international (C.D.A.C.I.), Université de Montréal, 2009, pp. 18-19 ; <http://hdl.handle.net/1866/3072> (consulté le 06/05/2022)). Cependant, il faut préciser que le hiatus entre théories actionnariales et droit de sociétés n'en a pas été pour autant résorbé. En outre, la structure des sociétés demeure largement centrée sur le rapport entre le conseil d'administration et les actionnaires. À ce sujet, v. notamment S. Deakin et A. Hugues, « *Corporate Governance: An Interdisciplinary Agenda* », *J. Law & Soc.*, vol. 24, n° 1, 1997, p. 2.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ Sur la théorie de l'agence, l'article fondateur de cette théorie a été rédigé par Michael Jensen et William Meckling en 1976 : « *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure* », *Journal of Financial Economics*, n° 3, 1976, p. 305 et s.

²⁵⁸ D. Cazal, « Parties prenantes », *op. cit.*, p. 353 et s.

²⁵⁹ R. E. Freeman, A. C. Wicks, B. Parmar, « *Stakeholder Theory and "The Corporate Objective Revisited"* », *op. cit.*, p. 366.

²⁶⁰ R. E. Freeman, *Strategic Management: a stakeholder approach*, *op. cit.*, cité par : D. Cazal, « Parties prenantes », *op. cit.*, p. 353.

²⁶¹ N. Mathey, *Recherches sur la personnalité morale en droit privé*, th. Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2001, n° 383, pp. 163-164, citée par : F.-G. Trébulle, « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés », *Bull. Joly sté.*, n° 1, 2007, p. 7.

comme devant être nécessairement créatrice de valeur²⁶². Elle ne donne pas lieu à un renouvellement du discours sur la valeur actionnariale. Selon cette logique, les intérêts d'autres personnes ne sont pris en compte que dans la mesure où cela est profitable à ceux qui investissent dans la société.

256. À cet égard, les mesures de vigilance en droit français ont été placées en premier lieu sous la surveillance des actionnaires. En effet, le nouvel article L. 225-102-4, I du Code de commerce prévoit, en son dixième alinéa, que : « [l]e plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport de gestion »²⁶³. Le rapport de gestion est présenté par le conseil d'administration ou le directoire à l'assemblée d'actionnaires dans les sociétés anonymes en complément des comptes annuels, et le cas échéant, des comptes consolidés. Les actionnaires bénéficient donc d'un traitement privilégié par rapport aux autres parties prenantes quant à leur accès aux informations relatives aux risques et aux mesures de prévention qui y sont attachées. En revanche, les salariés et leurs représentants ne bénéficient pas d'un tel traitement.

b. Les défaillances à appréhender les relations de travail

257. Diverses relations de travail se nouent au sein des chaînes de valeur transnationales sans que la théorie des parties prenantes ne s'en saisissent pleinement. Outre les salariés pour qui la société donneuse d'ordre ou la société mère est l'employeur direct, de multiples contrats de travail se nouent. Le travail indépendant est également présent dans les chaînes de valeur. Or,

²⁶² Le principe est que « créer de la valeur pour les parties prenantes crée de la valeur pour les actionnaires » (R. E. Freeman, A. C. Wicks, B. Parmar, « *Stakeholder Theory and "The Corporate Objective Revisited"* », *op. cit.*, p. 366).

²⁶³ C. com., art. L. 225-102-4, I, al.10, tel que modifié par l'article 11 de l'Ordonnance n° 2017-1162 du 12 juillet 2017.

ces relations de travail peuvent engendrer des atteintes aux droits fondamentaux. *A fortiori*, la présence de travail informel favorise le travail des enfants, le travail forcé ou encore la traite des êtres humains dans les chaînes de valeur transnationales²⁶⁴.

258. **Les protections juridiquement instituées ne sont ni reprises ni renforcées par la théorie des parties prenantes.** Le déséquilibre dans les rapports de travail entre le salarié et l'employeur et les spécificités du travail subordonné impliquent que ces rapports soient réglés par des dispositions protectrices spécifiques. Tel est le constat qui préside à l'avènement et au développement du droit du travail et que la théorie des parties prenantes tend à occulter en prônant **un rapport de « coopération »**²⁶⁵ **entre la société et les salariés.** La participation des salariés et la négociation collective ne sont pas intégrées aux principes de cette coopération.

259. En droit français, la loi sur le devoir de vigilance prévoit uniquement une concertation avec les organisations syndicales représentatives à l'occasion de l'établissement d'une seule des mesures prévues par le plan de vigilance, à savoir le mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques²⁶⁶. La procédure de concertation est peu connue en droit du travail²⁶⁷. Les relations collectives de travail se structurent

²⁶⁴ OIT, OCDE, Organisation internationale pour les migrations (OIM), Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), *Mettre fin au travail des enfants, au travail forcé et à la traite des êtres humains dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, 2019, spéc. pp. 19-20 ; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecc/documents/publication/wcms_716931.pdf (consulté le 06/05/2022).

²⁶⁵ La théorie des parties prenantes, couplée à la RSE, « dissout les tenants socio-économiques et aboutissants politiques du rapport salarial dans un paradigme individualiste et contractualiste, confondant la réalité d'une économie capitaliste et avec sa fiction légitimante comme économie de marché » (J.-F. Lejeune, G. Saoût et R. Sobel, « Rapport salarial », in N. Postel et R. Sobel (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, op. cit., p. 387).

²⁶⁶ C. com., art. L. 225-102-4, I, 4°.

²⁶⁷ Elle est essentiellement mobilisée par la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social en guise de préalable à l'engagement de négociations entre les organisations de salariés et d'employeurs au niveau national et interprofessionnel et le gouvernement sur un projet de réforme qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle. V. C. trav., art. L. 1.

essentiellement autour de la consultation des salariés et de la négociation collective avec les syndicats. Ces deux procédures sont obligatoires et plus exigeantes qu'une simple concertation. Elles nécessitent en effet un dialogue construit pour aboutir à une décision commune. En outre, il est regrettable que le devoir de vigilance constitue un levier distinct du développement de la négociation collective au croisement des thématiques sociales et environnementales. Le plan de vigilance ne s'inscrit pas dans le cadre législatif dédié à ces négociations²⁶⁸. Leur articulation avec les procédures du droit du travail demeure incertaine²⁶⁹.

260. En outre, la procédure de concertation est seulement prévue au sein des sociétés visées par l'obligation d'élaborer et de mettre en œuvre le plan de vigilance. Seules les organisations syndicales présentes dans ces sociétés seront consultées. Il n'est pas précisé si les partenaires sociaux ont mandat pour élaborer le mécanisme d'alerte pour l'ensemble des relations intersociétaires concernées par la prévention et si ce mécanisme est cantonné à la société où ils sont représentatifs. Ainsi, quand bien même ces sociétés entrent dans le champ d'application des mesures de vigilance, leurs salariés n'ont pas nécessairement vocation à participer à l'élaboration de ces mesures ou à en bénéficier. Ils peuvent tout de même participer aux « initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale »²⁷⁰ mentionnées par le texte de loi. Ce mode d'association des parties prenantes est une option offerte par le législateur à la société. Cette dernière demeure libre de définir la filière ou le périmètre concerné, de choisir les parties et les conditions de leur association. Le cas échéant, l'implication des salariés et de

²⁶⁸ Plusieurs thématiques de la négociation collective allient enjeux sociaux et environnementaux. S'agissant par exemple de la négociation de branche, il peut s'agir des conditions de travail ou de la formation professionnelle. V. C. trav., art. L. 2241-1 à L. 2241-18. À ce sujet, v. M.-C. Tual (dir.), V° Émergence du dialogue social et environnemental dans les entreprises, *Le Lamy droit des représentants du personnel*, n° 816, 2021.

²⁶⁹ Sophie Schiller évoque à ce propos « un étonnant mélange, peu conforme à la logique de la représentation collective » (S. Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*, 2017, p. 23).

²⁷⁰ C. com., art. L. 225-102-4, I.

leurs représentants se ferait dans un cadre très incertain.

261. Enfin, le rôle des travailleurs non-salariés en tant que parties prenantes n'est pas prévu. Ils sont exclus de la concertation sur le mécanisme d'alerte et de recueil des signalements. Pourtant, l'alerte devrait constituer un outil majeur de prévention concernant leurs conditions de travail.

262. Les interrogations sur le rôle des travailleurs soulevées par la loi sur le devoir de vigilance rejoignent la problématique plus générale de la définition des conditions d'association des parties prenantes par la société. Leur association demeure facultative dans l'exercice de la prévention des risques.

3. La définition des conditions d'association des parties prenantes par la société

263. L'association des parties prenantes n'est pas garantie par des procédures spécifiques. **La société, incarnée par son dirigeant, a le choix des personnes qu'elle considère comme ses parties prenantes, choix qui peut la conduire à restreindre le nombre de personnes, voire à n'en retenir aucune.** La question de la légitimité de certaines parties, habilitées à représenter un intérêt collectif, telles que les associations ou les organisations syndicales, ne semble pertinente que dans la mesure où la société jugerait qu'elle souhaite en tenir compte. S'il existe des moyens de s'assurer de la participation de parties prenantes au sein de l'assemblée générale des actionnaires ou des institutions représentatives du personnel, ceux-ci ne sont pas liés au statut de parties prenantes de ces personnes, mais à des prévisions légales dédiées. Leur inclusion dans la catégorie des parties prenantes ne s'accompagne pas de

correctifs nouveaux apportés à la faiblesse de la position de certaines d'entre elles²⁷¹. Plus avant, elle peut être mise en œuvre au détriment d'un encadrement réglementaire des déséquilibres entre acteurs, car elle s'inscrit dans une démarche de valorisation du droit souple, dont elle a vocation à assurer la légitimité²⁷².

264. Les référentiels internationaux relatifs à la diligence raisonnable ne font que suggérer à la société d'impliquer ses parties prenantes. Il revient au législateur chargé de leur traduction dans le droit national de déterminer le rôle des parties prenantes. Cependant, si la loi sur le devoir de vigilance a bien prévu l'association des parties prenantes à l'élaboration du plan de vigilance, celle-ci demeure toujours facultative. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs considéré que l'association des parties prenantes ne pouvait qu'être incitative, sauf à méconnaître « l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »²⁷³, car la notion de partie prenante ne fait pas partie intégrante du vocabulaire juridique et n'est pas précisément définie.

265. **Il en résulte une rare association des parties prenantes.** Les données récoltées dans le cadre du suivi de la mise en œuvre de la loi sur le devoir de vigilance permettent de juger de l'association résiduelle des parties prenantes en pratique. L'association des parties prenantes à

²⁷¹ La théorie des parties prenantes s'abstrait des rapports de force et de leur encadrement par le droit. Aurélien Acquier évoque une « une vision de la société comme désencastrée des institutions », où « les relations sont négociables, de manière plate et au cas par cas, entre l'entreprise et ses parties prenantes » (A. Acquier, « *Stakeholder vs stockholder ?* », *op. cit.*, p. 434). Ainsi, l'entreprise apparaît comme un jeu de contrats multilatéraux entre l'ensemble de ces partenaires. En ce sens, v. R. E. Freeman et W. N. Evan, « *Corporate Governance : A Stakeholder Interpretation* », *The Journal of Behaviour Economics*, 1990, vol. 19, n° 4, p. 337 et s., spéc. p. 354.

²⁷² À ce sujet, v. Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 du Conseil d'État - Le droit souple*, *op. cit.*, p. 11-12.

²⁷³ Cons. const., n° 2017-750 DC, précitée, § 22. Pour un commentaire de cette décision quant au devenir des parties prenantes dans la loi sur le devoir de vigilance, v. : S. Cossart et T. Beau de Loménie, « Parties prenantes et devoir de vigilance », *RICEA*, n° 4, étude 94, 2017, p. 94 et s.

l'élaboration du plan de vigilance est la grande absente des plans de vigilance publiés²⁷⁴. Elle n'est généralement pas prévue. Si les parties prenantes sont mentionnées dans le plan de vigilance, elles ne sont que rapidement évoquées ou seulement par renvoi aux initiatives multipartites en matière de RSE²⁷⁵. En outre, les personnes identifiées comme pouvant être impactées par les activités de la société sont le plus souvent limitées aux personnes internes à celle-ci. Les personnes externes, telles que les habitants et communautés locales, ne sont que rarement évoquées²⁷⁶. Dès lors, le dialogue avec les parties prenantes s'avère lacunaire et ne permet pas la défense de leurs intérêts.

§2. LA PRISE EN COMPTE DES INTÉRÊTS DES PARTIES PRENANTES

266. Les parties prenantes sont porteuses de préoccupations si diverses qu'on ne peut se représenter un intérêt collectif qu'elles auraient à défendre. Elles ne constituent pas un ensemble unifié et n'ont, de ce fait, ni intérêt, ni objectif commun²⁷⁷. C'est bien là un avantage de cette

²⁷⁴ Le rapport remis au ministre de l'économie fait état des insuffisances du dialogue avec les parties prenantes : [l]e dialogue avec les parties prenantes est sans doute le principal écueil de l'application de la [l]oi » (A. Duthilleul et M. de Jouvenel, *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, précité, p. 37 et s.).

²⁷⁵ Par exemple, le plan de vigilance du groupe Engie renvoie, s'agissant du dialogue avec les parties prenantes, à la démarche plus générale engagée par le groupe. V. ENGIE, « Plan de vigilance », *Document d'enregistrement universel 2021*, 2020, p. 122).

²⁷⁶ En ce sens, v. S. Brabant, L. Chatelain, O. Claude, S. Cossart, M. Frapard, F. Lellouche, A. Lévy, C. Michon et E. Savourey, « Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : premières mises en demeure et actions en justice », *op. cit.*, p. 12 ; et A. Duthilleul, M. de Jouvenel, *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, précité, p. 37.

²⁷⁷ À l'occasion des discussions autour de la loi PACTE (loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JORF n°0119, 23/05/2019), Pierre-Yves Gomez s'est interrogée sur le point de savoir « comment se définit et se justifie "l'intérêt commun" des parties

théorie pour la société : la prise en compte des intérêts de personnes globalement identifiées en masses, souvent indistinctes, tend à neutraliser les avis divergents. Elle offre à la société la possibilité de domestiquer cette parole (A). Compilés par la société, les intérêts des parties prenantes font l'objet d'une triple confusion : ils ont vocation à s'agréger à la défense d'un intérêt collectif qui devrait s'identifier à l'intérêt de la société, et, *in fine*, à l'intérêt général incarné par celle-ci (B).

A. Les intérêts des parties prenantes

267. Les parties prenantes sont identifiées à l'aune de la défense de leurs intérêts face à la société. Ce n'est pas l'autre, le tiers, qui fait son entrée dans la société, mais seulement ses intérêts : « [f]igurées, les parties prenantes ne sont pas les autres de l'entreprise, elles sont comme si elles étaient déjà connues dans leurs demandes »²⁷⁸. **La théorie des parties prenantes permet au mieux une prise en compte, non pas des personnes, mais des intérêts.** Les personnes sont perçues au prisme d'une conception utilitariste. Elles se résument à des motivations fondées sur leur intérêt bien compris. **La dimension politique de leur discours disparaît au profit d'un calcul rationnel et économique de leurs intérêts.**

268. Les différentes traductions du terme de « *stakeholder* » renvoient aux diverses déclinaisons de la prise en compte des intérêts des parties prenantes. La traduction française par François-Guy Trébulle du terme anglais de *stakeholder* par « porteurs d'intérêts »²⁷⁹ reflète très

prenantes que l'entreprise est supposée réaliser ? Et quelles sont, en conséquence, leurs responsabilités dans la poursuite de cet objectif "commun" ? » (P.-Y. Gomez, « Loi PACTE / une urgence, clarifier la responsabilité des parties prenantes », *The Conversation*, 04/03/2018 ; <https://theconversation.com/loi-pacte-une-urgence-clarifier-la-responsabilite-des-parties-prenantes-92811> (consulté le 06/05/2022).

²⁷⁸ J.-L. Moriceau, « Théories des parties prenantes et figures sans visage », in M. Bonnafous-Boucher et Y. Pesqueux (dir.), *Décider avec les parties prenantes*, op. cit., p. 47.

²⁷⁹ F.-G. Trébulle, « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés », *Bull. Joly sté.*, n° 12, 2006, p. 1337.

justement la mise en valeur des intérêts dans la théorie des parties prenantes. La notion d'intérêt est ici interprétée plus largement que l'intérêt à agir des demandeurs dans le cadre d'une action en justice. Au contraire, le choix du terme de « parties prenantes » inscrit la diligence dans le cadre d'un « mode de gouvernance davantage "partenariale" »²⁸⁰. Selon ce modèle, les « groupes sociaux sont remplacés par des fonctions sociales »²⁸¹. Celles-ci n'existent que « dans la mesure où ils représentent l'un de ces intérêts sociétaux et sont en mesure de contrôler les obligations fiduciaires »²⁸² du dirigeant. Ainsi, il faudrait distinguer « deux ensembles de relations, à savoir les relations avec les parties prenantes et les relations avec la communauté »²⁸³ : les intérêts des parties prenantes ont une fonction dans la gouvernance de la société qui les distinguent d'autres d'intérêts collectifs, alors considérés comme non-pertinents pour la société. Par conséquent, le dialogue avec les parties prenantes s'oriente vers l'intérêt de la société.

B. La convergence vers l'intérêt de la société

269. Selon Robert E. Freeman, on ne peut opposer les intérêts des parties prenantes et ceux de la société commerciale²⁸⁴. Ils sont supposés converger, et ce, dans une direction favorable à la société. Robert E. Freeman ambitionne ainsi de créer un modèle de « capitalisme des parties

²⁸⁰ M. Lafargue, « Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres : l'entrée dans une nouvelle ère ? », *JCP S*, n° 20-21, 2017, p. 1174.

²⁸¹ G. Teubner, « *Corporate fiduciary duties and their beneficiaries. A functional approach to the legal institutionalization of corporate responsibility* », *op. cit.*, p. 164.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ S. Deakin et A. Hugues, « *Corporate Governance: An Interdisciplinary Agenda* », *op. cit.*, p. 8.

²⁸⁴ L'opposition entre intérêts des parties prenantes et les intérêts de la société commerciale compte parmi les fausses oppositions que Robert E. Freeman, Kirsten Martin et Bidhan Parmar dénoncent. Ils évoquent « *The Separation Fallacy* ». V. R. E. Freeman, K. Martin, B. Parmar, « *Stakeholder Capitalism* », *op. cit.*, p. 309.

prenantes » (« *Stakeholder Capitalism* ») qui permettrait de « résoudre certaines des tensions profondes au sein du capitalisme et de mieux favoriser les innovations »²⁸⁵.

270. La théorie des parties prenantes propose une réflexion sur les moyens d'une telle convergence des intérêts. Il revient à la société de dialoguer avec les parties prenantes en parvenant à résoudre les oppositions²⁸⁶. On retrouve une vocation similaire à la réconciliation des intérêts dans la doctrine de l'entreprise²⁸⁷ et la théorie institutionnelle en droit du travail²⁸⁸. Cependant, la théorie des parties prenantes n'est pas une théorie juridique. Elle ne remet pas en question ni ne prescrit une réforme du droit²⁸⁹.

271. La société commerciale « reconnaît les parties prenantes comme essentielles à la création de valeur et aux affaires »²⁹⁰. En associant les parties prenantes à l'élaboration des mesures de diligence, la société est censée adopter une démarche capable à la fois de prévenir les risques, mais aussi de générer des profits et d'améliorer sa réputation²⁹¹. La théorie des parties prenantes postule en effet que « [l]a coexistence et l'interdépendance sont telles que la prise en compte des intérêts des participants et des tiers intéressés est perçue comme bénéfique

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 304.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 310.

²⁸⁷ À ce sujet, F.-G. Trébulle cite notamment le premier Rapport Viénot de 1995, « qui s'inscrit dans une perspective devant beaucoup à la doctrine de l'entreprise, consacre une conception de l'intérêt social qui accorde une place de choix aux Stakeholders, ou du moins, à un grand nombre d'entre eux. » (F.-G. Trébulle, « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés », *op. cit.*, 2007, p. 7). V. M. Viénot (dir.), *Le Conseil d'Administration des Sociétés Cotées*, rapports rédigés par un groupe de Présidents de sociétés cotées françaises à la demande de l'AFEP et du MEDEF, 1995 et 1999.

²⁸⁸ La théorie des parties prenantes « rompt radicalement avec une idéologie héritée de la lutte des classes, et rend possible une conciliation non conflictuelle des intérêts catégoriels » (F.-G. Trébulle, « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés », *op. cit.*, 2007, p. 8).

²⁸⁹ Les analyses doctrinales de la théorie des parties prenantes ne reconnaissent pas un véritable « cœur normatif » à cette théorie (T. Donaldson et L. E. Preston, « *The Stakeholder Theory Of The Corporation: Concepts, Evidence, And Implications* », *Academy of Management Review*, vol. 20, n° 1, 1995, p. 65 et s., cité par : A. Acquier, « *Stakeholder vs stockholder ?* », *op. cit.*, p. 434.

²⁹⁰ R. E. Freeman, K. Martin, B. Parmar, « *Stakeholder Capitalism* », *op. cit.*, p. 304.

²⁹¹ P. Fadheuille, « L'impact du concept de responsabilité sociale de l'entreprise en droit français du travail », *op. cit.*, p. 106.

pour la société elle-même et sa pérennité »²⁹². Les Principes Directeurs des Nations Unies n'ont d'ailleurs pas manqué d'insister sur l'intérêt tant économique que stratégique et financier qu'ont les sociétés à mettre en œuvre des mesures de prévention, sous la forme d'un processus de diligence raisonnable en matière de droits fondamentaux, pour diminuer le risque de contentieux. La dimension préventive de la diligence raisonnable devrait ainsi « aider les entreprises à éviter de faire les frais d'actions en justice en démontrant qu'elles ont pris toutes les mesures raisonnables pour ne pas prendre part à une atteinte présumée aux droits de l'Homme »²⁹³.

272. La rencontre des intérêts des parties prenantes et de la société a été également défendue lors de l'adoption du texte de loi sur le devoir de vigilance. Lorsque des acteurs issus des milieux économiques ont avancés que la loi sur le devoir de vigilance allait être un frein au développement des sociétés françaises²⁹⁴, le ministre de l'Économie a répondu à ces critiques lors de la présentation de la loi à l'Assemblée nationale en vue de son adoption définitive²⁹⁵ en arguant du bénéfice réputationnel de la loi, vecteur de confiance pour les investisseurs et les consommateurs, et en assurant que la nouvelle loi serait un facteur de compétitivité des sociétés françaises. La dimension préventive et non punitive de la loi sur le devoir de vigilance a également été mise en avant en réponse aux aspirations des sociétés à privilégier le droit souple.

²⁹² F.-G. Trébulle, « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés », *op. cit.*, 2007, p. 8. La pérennité de la société signifie que « si la prise en compte des intérêts des Stakeholders n'est pas une martingale pour les associés, elle ne nuit pas à l'intérêt des actionnaires et peut s'avérer créatrice de valeur » (*ibid.*).

²⁹³ Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Commentaire du Principe 17, p. 22.

²⁹⁴ MEDEF, « Devoir de vigilance : une loi inefficace qui menace notre économie », communiqué de presse, 01/12/2016 ; <https://www.medef.com/fr/communiquede-presse/article/devoir-de-vigilance-une-loi-inefficace-qui-menace-notre-economie> (consulté le 06/05/2022).

²⁹⁵ M. Sapin, Présentation de la proposition de loi sur le devoir de vigilance relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre en lecture définitive, Assemblée nationale, 15^{ème} législature, session ordinaire de 2016-2017, compte rendu intégral, première séance, 21/02/2017, p. 1093 et s.

Cet argumentaire renvoie au postulat selon lequel le « devoir de vigilance pourrait être – et même devrait être – bénéfique pour les entreprises »²⁹⁶. Les fins de la société pourraient demeurer inchangées si elles sont considérées comme conciliables avec la prévention des atteintes aux droits fondamentaux par la société. Néanmoins, une telle convergence des intérêts, au bénéfice de la société et des parties prenantes, paraît incertaine. Les intérêts de certaines parties prenantes pourront ne pas coïncider avec l'intérêt social de la société, ni encore avec l'intérêt de l'entreprise transnationale au sens large. L'entreprise transnationale procède d'une variété de relations intersociétaires et sociales. Agathe Cagé souligne que l'intérêt de la société peut différer de celui de l'entreprise. Cette auteur présente divers écueils à la représentation d'un intérêt unifié et global de l'entreprise. Parmi ces écueils, elle identifie notamment le patriotisme économique des sociétés européennes et américaines. Ces sociétés s'adressent en priorité aux salariés de leur pays d'origine, au détriment d'une conception transnationale, plus globale, des intérêts en jeu²⁹⁷.

273. Au sein de la société, le dirigeant « occupe une position stratégique d'arbitre »²⁹⁸. Il est doté du pouvoir de trancher les différends afin de faire émerger la stratégie de la société. Or, si « l'intérêt social n'est pas la somme des intérêts catégoriels »²⁹⁹ des parties prenantes, il est aussi illusoire de voir dans l'intérêt social « le résultat finalisé d'un équilibre entre eux »³⁰⁰ assuré par le seul pouvoir du dirigeant. Surtout, celui-ci ne possède pas la légitimité « à s'ériger

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 1094.

²⁹⁷ V. A. Cagé, « La raison d'être de l'entreprise peut-elle vraiment être globale ? », *The conversation*, 22/09/2019 ; <https://theconversation.com/la-raison-detre-de-lentreprise-peut-elle-vraiment-etre-globale-123936> (consulté le 06/05/2022).

²⁹⁸ D. Schmidt, « La société et l'entreprise », *D.*, 2017, p. 2380.

²⁹⁹ F.-G. Trébulle, « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés », *op. cit.*, 2007, p. 7

³⁰⁰ La distinction entre intérêts des parties prenantes et de la société est notamment développée dans la norme ISO 26000 : « [b]ien que les parties prenantes puissent aider une organisation à identifier la pertinence de questions particulières vis-à-vis de ses décisions et activités, elles ne remplacent pas la société au sens large pour la détermination normes et des attentes en termes de comportement » (ISO, *Norme ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, précitée, art. 3.3.3).

en gardien de l'intérêt général »³⁰¹.

274. L'intérêt des parties prenantes, même s'il est collectif, et l'intérêt social se distinguent de l'intérêt général. Il est hasardeux de voir dans une telle variété d'aspirations l'expression de l'intérêt général. Les dispositions légales prévoyant l'association des parties prenantes appartiennent au droit privé, domaine qui n'a pas accordé à l'intérêt général une « consistance déterminée »³⁰² comme a pu le faire le droit public³⁰³. Le droit public règle le fonctionnement et l'organisation de l'État dans une perspective de respect de l'intérêt général. Or, comme le souligne Nicolas Cuzacq, « l'intérêt général est inhérent à l'État mais il ne l'est pas pour les sociétés »³⁰⁴. Il convient donc de se défaire de la confusion entre les intérêts de personnes privées, telles que la société ou les salariés, et l'intérêt général. Les missions des acteurs privés et publics ne se confondent pas. De plus, les procédures de délibération propres à l'émergence de l'intérêt général n'existent pas au sein de la société commerciale. La mission des parties prenantes n'est pas encadrée et ne constitue pas un contre-pouvoir organisé. Le cadre et les moyens d'action des parties prenantes demeurent modestes.

³⁰¹ P. Van Griethuysen, « La RSE : nouvelle régulation du capitalisme ou interprétation du capitalisme de la régulation ? », in I. Daugareilh (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, op. cit., p. 91.

³⁰² L'indétermination des concepts juridiques a été pointée par Dominique Schmidt à l'occasion d'un commentaire du projet de réforme des articles 1832 et 1833 du Code civil dans le sens d'une prise en compte par la société des préoccupations sociales et environnementales liées à son activité. Ce projet a été porté dans la continuité de la loi sur le devoir de vigilance (D. Schmidt, « La société et l'entreprise », op. cit., p. 2382).

³⁰³ L'intérêt général est « un des fondements du droit public », en particulier du droit administratif (G. Merland, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n°16, 2004). Du même auteur, v. aussi : *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. Université Montpellier 1, 2002.

³⁰⁴ N. Cuzacq, « Quelle place peut-on octroyer aux parties prenantes dans le puzzle de la gouvernance des sociétés ? », *D.*, 2017, p. 1845.

SECTION 2. LE CADRE ET LES MOYENS D'ACTION DES PARTIES PRENANTES

275. Élaborée dans les pays anglo-saxons dans le cadre des réflexions sur la gouvernance de la société, la théorie des parties prenantes n'a pas vocation à renouveler le fonctionnement des sociétés commerciales. **Il n'est pas tant question d'un changement de la société dans le sens de sa démocratisation que d'une adaptation, possiblement provisoire et souvent superficielle, de ses modes de fonctionnement.** Les innovations demeurent limitées.

276. Ainsi, la décision d'associer des parties prenantes repose le plus souvent sur un acte de gestion, et procède plus rarement d'une négociation entre les parties (§1). En outre, l'action des parties prenantes se matérialise par des mesures variées de participation et de surveillance dont la portée demeure limitée (§2).

§1. LA DÉCISION D'ASSOCIATION DES PARTIES PRENANTES

277. L'association des parties prenantes est décidée par les dirigeants de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre. Elle procède d'un acte de gestion (A), parfois complété par des initiatives multipartites négociées, tels que les accords-cadres transnationaux (B).

A. Le recours à l'acte de gestion

278. La théorie des parties prenantes s'arrime à une vision « conservatrice »³⁰⁵ de la société.

³⁰⁵ N. Postel, « "Entreprise responsable" : sujet ou objet politique et éthique ? », *op. cit.*, p. 273.

Elle ne donne pas lieu à un renouvellement des pratiques et s'intègre aux schémas préexistants de gestion des risques. Qualifiée de « théorie managériale »³⁰⁶ par Robert E. Freeman, la théorie des parties prenantes étend la portée des décisions de gestion à l'association des parties prenantes. L'ambition générale est de « définir les conditions d'une bonne gestion de l'entreprise »³⁰⁷. Cette « bonne gestion » suppose, pour le dirigeant, de définir quels sont « les éléments qui doivent être pris en compte dans le cadre de sa gestion »³⁰⁸. La figure du « dirigeant éclairé »³⁰⁹ se fait jour. Le mandataire social agit toujours conformément au mandat reçu de la part des associés. Cependant, les associés peuvent avoir intérêt à « pousser certains grands groupes à se soucier de l'opinion et de la situation de leurs 'sujets' »³¹⁰, selon une attitude qui rappelle celle du monarque face à ses sujets. Dès lors, le dirigeant peut prendre en compte, dans ses choix de gestion, les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société.

279. En droit français, les liens entre l'intérêt commun des associés et les enjeux sociaux et environnementaux portés par les parties prenantes ont été récemment renforcés par l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article 1833 du Code civil. Ces nouvelles dispositions prévoient que « [l]a société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »³¹¹. Le droit anglais n'a pas opéré une réforme semblable³¹². Le législateur laisse au dirigeant le choix de sa gestion en matière de prévention des risques

³⁰⁶ R. Phillips, R. E. Freeman et A. C. Wicks, « *What Stakeholder Theory Is Not* », *Bus. Ethics. Q.*, vol. 13, n° 4, 2013, pp. 490-491.

³⁰⁷ F.-G. Trébulle, « *Stakeholders Theory et droit des sociétés* », *op. cit.*, 2006, p. 1337.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 1337.

³⁰⁹ O. Gélinier, « La triple responsabilité de l'entrepreneur d'aujourd'hui », in J. Igalens (dir.), *Tous responsables*, Éditions d'Organisation, 2004, Paris, p. 93, cité par : F.-G. Trébulle, *ibid.*, p. 1338.

³¹⁰ G. Farjat, « Les sujets de l'entreprise », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes : le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle – Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, Paris, 1997, p. 317 et s. ; cité par : F.-G. Trébulle, *ibid.*, p. 1337.

³¹¹ C. civ. art. 1833, al. 2, tel qu'il résulte de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, précitée.

³¹² V. *supra* n° 22.

sociaux et environnementaux et d'association des parties prenantes. Dans les deux droits, les modalités de prise de décision quant à l'association des parties prenantes demeurent inchangées et ne bouleversent pas l'ordre hiérarchique de la société.

280. La gestion des risques en matière de droits fondamentaux s'appuie sur la mise en œuvre des standards juridique de diligence. La diligence est incorporée dans les systèmes de gestion des risques. Ainsi est offerte une possibilité d'adaptation de ces systèmes pour ne plus prendre en compte les risques pour la société mais également ceux qu'elle génère pour les autres³¹³. L'extension de leur portée est supposée aller « au-delà de l'identification et de la gestion des risques significatifs pour l'entreprise elle-même »³¹⁴. La différence fondamentale de nature et de portée entre les mesures de diligence en matière de droits fondamentaux et les autres actes de gestion n'est pas reconnue. Cette confusion est sous-tendue par une conception de la prévention selon laquelle une « utilisation stratégique (...) des normes qu'elles soient volontaires ou obligatoires dans le cadre des stratégies commerciales et institutionnelles des agents économiques »³¹⁵ est souhaitable. La norme devrait être la moins exogène possible à la société pour être effective. Or, la confusion entre la gestion des risques au sens classique et la prévention des risques d'atteinte aux droits fondamentaux conduit à l'absence de mise en œuvre par la société de procédures spécifiques et dédiées à la prévention des risques. La loi sur le devoir de vigilance a ainsi connu une mise en œuvre insuffisante, voire inexistante, dans de nombreuses sociétés. En outre, la gestion est le fait du gérant et ne laisse qu'une place résiduelle

³¹³ Le commentaire des Principes directeurs des Nations Unies précise que, dans le cadre du processus de diligence, il convient que la société « ne se borne pas à identifier et gérer les risques importants auxquels l'entreprise est elle-même exposée et prenne en compte les risques encourus par les titulaires de droits » (Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Commentaire du Principe n° 17, p. 21).

³¹⁴ OCDE, Principes Directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales - De l'importance d'une conduite responsable des entreprises, précité, p. 27

³¹⁵ P. Van Griethuysen, « La RSE : nouvelle régulation du capitalisme ou interprétation du capitalisme de la régulation ? », *op. cit.*, p. 94.

aux initiatives multipartites et extérieures à la société³¹⁶. La négociation d'accords-cadres transnationaux, si elle se développait, pourrait constituer une alternative aux actes unilatéraux³¹⁷.

B. La négociation d'accords-cadres transnationaux

281. L'accord-cadre transnational est « le résultat d'une négociation transnationale menée par les représentants d'une entreprise transnationale d'une part, et par une ou des organisations syndicales internationales, et éventuellement régionales et nationales d'autre part »³¹⁸. Ces accords sont une forme de réglementation privée qui ne s'inscrit pas dans les schémas de la négociation collective institués par le droit d'un État. La société et les partenaires sociaux choisissent volontairement de participer aux négociations et de signer l'accord.

282. La négociation de ces accords présente plusieurs bénéfices. Elle inscrit la société transnationale dans un dialogue multipartite étendu aux « périmètres pertinents de l'activité économique »³¹⁹ (1). Elle permet aussi d'appréhender l'internormativité dans laquelle évoluent les sociétés transnationales (2).

³¹⁶ Les parties prenantes ont généralement une « capacité réduite d'immixtion dans la gestion » hors des cadres institutionnels préexistants (F.-G. Trébulle, « *Stakeholders Theory* et droit des sociétés », *op. cit.*, 2007, p. 12).

³¹⁷ Isabelle Desbarats précise que : « appréciant ce volet négociation – les syndicats trouvent dans ces accords une incontestable plus-value par rapport à des engagements simplement déclaratifs » (I. Desbarats, « RSE et dialogue social : variations autour du principe de participation », *RLDA*, n° 52, 2010, p. 73).

³¹⁸ I. Daugareilh, « Accord-cadre international », in N. Postel et R. Sobel (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, *op. cit.*, p. 17.

³¹⁹ I. Desbarats, « RSE et dialogue social : variations autour du principe de participation », *op. cit.*, p. 73.

1. L'extension géographique du dialogue multipartite

283. La négociation d'accords-cadres transnationaux permet d'organiser l'association des parties prenantes à l'échelle du groupe de sociétés, au-delà des frontières d'un pays. Elle est le vecteur d'une extension du dialogue social avec les représentants des salariés à l'échelle transnationale. Cette négociation inclut des représentants au-delà des confédérations nationales et des représentations locales. Une variété d'acteurs internationaux est engagée dans la négociation d'accords-cadres transnationaux, tels que les Fédérations syndicales internationales ou le comité de groupe monde au sein du groupe de sociétés. Ces entités sont destinées à assurer une « négociation au plan mondial »³²⁰. Historiquement, le point de départ de ce mouvement est européen³²¹. Les institutions du dialogue social au sein de l'Union, telles que le comité d'entreprise européen ou le comité de dialogue social sectoriel, sont souvent parties aux négociations³²². Les représentants des salariés espèrent voir poindre un « système de relations industrielles globalisé »³²³. Les sociétés transnationales y voient « la possibilité d'instaurer un contrôle interne permanent par un contre-pouvoir potentiellement plus efficace et plus averti que des audits »³²⁴.

³²⁰ M.-A. Moreau, *La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017 : originalité, nature, fonctions*, Recherche diligentée pour le BIT – France (C. Cosme (dir.), p. 70 ; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-paris/documents/publication/wcms_614879.pdf (consulté le 06/05/2022).

³²¹ S. Laulom, « Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale », *Dr. soc.*, 2007, p. 623 et s.

³²² I. Desbarats, « RSE et dialogue social : variations autour du principe de participation », *op. cit.*, p. 72.

³²³ I. Daugareilh, « Accord cadre international », *op. cit.*, p. 17 et s.

³²⁴ Les audits ne sont qu'un instrument de contrôle ponctuel et potentiellement moins au fait de l'organisation de l'entreprise à l'échelle transnationale. *Ibid.*

284. En somme, les accords-cadres concentrent leurs effets sur les relations de travail transnationales et la protection des droits sociaux. Dans ce cadre, certes restreint tant en termes d'implication des acteurs que de thématiques couvertes, les accords-cadres sont néanmoins le moyen d'une extension géographique du périmètre des droits sociaux fondamentaux. L'accord pourra ensuite prévoir l'accès à l'information et le contrôle des mesures mises en œuvre par un nombre plus vaste de parties prenantes³²⁵. Les démarches de prévention pourraient en être renforcées.

2. L'internormativité dans le dialogue multipartite

285. La négociation d'accords-cadres transnationaux et leur signature dépendent du bon vouloir des parties. En l'absence de mécanismes de sanctions systématiquement prévus par ces accords, leur effectivité est souvent insuffisante³²⁶. L'Accord sur la sécurité et la santé au travail au Bangladesh (ci-après l'« Accord »), signé par de nombreuses entreprises de l'industrie textile et les grandes fédérations internationales (IndustriAll Global Union et UNI Global Union), a longtemps contribué à nuancer ce constat. L'Accord a été cité comme un exemple de bonnes pratiques multilatérales impliquant des sociétés transnationales³²⁷. Cependant, un nouveau

³²⁵ Les accords-cadres transnationaux sont vecteurs de prévention et d'un contrôle qui se réalise par un suivi, mais aussi par la « révision des contrats commerciaux par l'insertion de clauses jouant le rôle de "petites clauses sociales" assorties de sanctions en cas de non-respect (sanction de non-renouvellement ou cessation de la relation commerciale) » (*Ibid.*, p. 17).

³²⁶ En ce sens, v. M.-A. Moreau, *La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017 : originalité, nature, fonctions*, *op. cit.*, p. 71 ; et R.-C. Drouin, « Les accords-cadres internationaux : enjeux et portée d'une négociation collective transnationale », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 4, 2006, p. 750.

³²⁷ V. not : J. Renaud, F. Quairel, S. Gagnier, A. Elluin, S. Bommier, C. Burllet, N. Ajaltouni, Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre - Année 1 : les entreprises doivent mieux faire, Amis de la Terre France, Amnesty international France, CCFD-Terre Solidaire, Collectif Éthique sur l'étiquette, 2019, spéc. pp. 37-42 ; https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr%2F10195ba5-2cc6-4505-8865-6588c05c0b2a_190222_etude_devoir_de_vigilance.pdf (consulté le 06/05/2022).

« Conseil de durabilité » (*RMG [Readymade Garment] Sustainability Council – RSC*), destiné à poursuivre le travail de l'Accord sur la sécurité au travail dans l'industrie du prêt-à-porter depuis 2020³²⁸, n'apporte plus toutes les garanties de sérieux et d'indépendance dans les contrôles³²⁹. En effet, contrairement aux prévisions initiales de l'Accord, qui prévoyaient une représentation équilibrée des sociétés, des salariés et de leurs représentants, le RSC est désormais constitué essentiellement des directeurs d'usines et de représentants des marques.

286. L'effectivité des accords-cadres transnationaux pourrait tout d'abord être renforcée par une action combinée de la négociation collective aux niveaux national et transnational³³⁰, afin de donner une « assise institutionnelle »³³¹ aux accords. **Surtout, un phénomène de renforcement mutuel pourrait résulter de la combinaison entre ces accords et les standards de diligence en matière de droits fondamentaux.** La souplesse normative commune de ces instruments suggère même une telle prise en compte croisée. La diligence convoque l'autorégulation de la société pour la mise en œuvre de la règle juridique³³². S'agissant des accords-cadres transnationaux, la souplesse normative se manifeste par l'influence des règles juridiques notamment relatives à la négociation collective d'une part, et de

³²⁸ Sur le RBS, v. Déclaration conjointe Accord-Bangladesh Garment Manufacturers and Exporters Association (BGMEA) sur la signature de l'accord de transition, 14/01/2020 ; <https://bangladeshaccord.org/updates/2010/12/15/joint-statement-accord-bgmea> (consulté le 06/05/2022).

³²⁹ Clean Clothes Campaign, « *Amidst Covid-19 Crisis, Untested Industry Group Assumes Safety Responsibilities for Bangladesh Garment Factories Despite Concerns* », communiqué de presse, 10/2020 ; https://cleanclothes.org/file-repository/accord_witness_signatory_assessment.pdf (consulté le 06/05/2022).

³³⁰ La complémentarité des négociations à différents niveaux appelle un développement conjoint des instruments : « l'objectif poursuivi par les organisations syndicales dans ce type de négociation internationale d'un genre nouveau, n'est pas de se substituer à la négociation collective nationale, mais au contraire de l'encourager, de la favoriser ou de la protéger par la conclusion d'ACI [Accords-cadres internationaux] » (I. Daugareilh, « Accord cadre international », *op. cit.*, p. 17).

³³¹ M.-A. Moreau, La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017 : originalité, nature, fonctions, *op. cit.*, p. 74.

³³² V. *supra* n° 140-160.

l'autorégulation quant aux mécanismes de mise en œuvre des accords d'autre part³³³. La référence au standard de diligence dans les accords-cadres transnationaux offrirait une solution globale « pour instaurer une dynamique dans les secteurs les plus mondialisés »³³⁴.

287. **En droit français, les initiatives pluripartites suggérées pour l'élaboration du plan de vigilance pourront prendre la forme d'accords-cadres transnationaux.** Le dialogue avec les parties prenantes « s'appuie sur les expériences développées depuis plus de 20 ans dans le cadre de la RSE et des ACI »³³⁵. Le développement d'accords transnationaux en matière de RSE est une pratique ancienne et particulièrement développée dans les groupes de sociétés³³⁶. Cependant, l'étude de ces accords conduit à constater « l'hétérogénéité qui caractérise les pratiques et qui montre une diversité tant dans les finalités visées que dans les processus de négociation ou de mise en œuvre »³³⁷. Les pratiques associées au devoir de vigilance et aux accords-cadres mériteraient d'être toutes deux renforcées.

288. En outre, l'élaboration et la mise en œuvre du plan de vigilance pourraient se matérialiser par la négociation, la conclusion et la mise en œuvre d'accords-cadres transnationaux. L'utilité des accords-cadres transnationaux en termes de « diffusion et communication, d'identification des risques opérationnels, de suivi ou encore d'alerte et de recueil des signalements »³³⁸ a d'ailleurs déjà été identifiée. Ces accords peuvent contenir une

³³³ R.-C. Drouin, « Les accords-cadres internationaux : enjeux et portée d'une négociation collective transnationale », *op. cit.*, p. 749.

³³⁴ M.-A. Moreau, La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017 : originalité, nature, fonctions, *op. cit.*, p. 3.

³³⁵ *Ibid.*, p. 70.

³³⁶ B. Teyssié, « Le plan de vigilance. Trois années d'application », *op. cit.*, p. 1823.

³³⁷ R. Bourguignon et A. Mias, *Les accords-cadres internationaux : étude comparative des ACI conclus par les entreprises françaises*, Rapport à destination du bureau de l'OIT pour la France, BIT, Université Paris Dauphine – PSL et IAE Paris Sorbonne Business School, 2017, p. 5.

³³⁸ S. Brabant, L. Chatelain, O. Claude, S. Cossart, M. Frapard, F. Lellouche, A. Lévy, C. Michon et E. Savourey, « Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : premières mises en demeure et actions en justice », *op. cit.*, p. 21.

variété de mesures. Le plan de vigilance prévoit la réalisation d'une cartographie des risques, mesure qui pourrait être incluse et encadrée dans un accord-cadre transnational. En effet, la fonction de « cartographie sociale »³³⁹ est un des marqueurs centraux de ces accords. De plus, la loi sur le devoir de vigilance prévoit une concertation avec les parties prenantes qui pourrait être complétée et renforcée par la négociation d'accords-cadres transnationaux par les partenaires sociaux. Leur participation, en particulier s'agissant du mécanisme d'alerte et de recueil des signalements qui mentionnent expressément les organisations syndicales représentatives³⁴⁰, pourrait être prévue dans l'accord.

289. Enfin, le respect des engagements pourrait être contrôlé par les comités paritaires chargés du suivi de l'accord³⁴¹ et par le juge judiciaire dans le cadre de contentieux relatifs au devoir de vigilance³⁴². Parmi les engagements volontaires pris en compte par le juge pour contrôler le respect par la société de ses obligations de prévention, l'accord-cadre transnational pourrait ainsi jouer un rôle déterminant. Le juge sanctionnerait indirectement les clauses de l'accord comportant « une obligation de la multinationale d'exercer son influence dans ces sociétés [membres du groupe de sociétés] »³⁴³.

³³⁹ R. Bourguignon et A. Mias, *Les accords-cadres internationaux : étude comparative des ACI conclus par les entreprises françaises*, précité, p. 32.

³⁴⁰ S. Brabant, L. Chatelain, O. Claude, S. Cossart, M. Frapard, F. Lellouche, A. Lévy, C. Michon et E. Savourey, « Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : premières mises en demeure et actions en justice », *op. cit.*, p. 20.

³⁴¹ Le rôle des comités paritaires a notamment été suggéré par Isabelle Daugareilh et Marie-Ange Moreau. V. I. Daugareilh, « Accord cadre international », *op. cit.*, p. 17 et s. ; et M.-A. Moreau, *La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017 : originalité, nature, fonctions*, *op. cit.*, p. 71.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ F. Hadwiger, *Global framework agreements - Achieving decent work in global supply chains*, OIT, vol. 7, 2015, p. 41 ; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_759477.pdf (consulté le 06/05/2022).

290. Finalement, **les accords-cadres transnationaux apparaissent comme un outil du développement du dialogue social en matière de droits fondamentaux.** Ils sont en outre un cadre d'action multipartite adapté pour la mise en œuvre de la diligence des sociétés transnationales. En tant qu'agents de la négociation de ces accords, les représentants des salariés jouent un rôle déterminant parmi les parties prenantes. Par ce biais, ils pourraient voir leur position renforcée et bénéficier d'un accès aux informations relatives à l'état du respect des droits fondamentaux par la société³⁴⁴, l'un des enjeux majeurs de l'association des parties prenantes. Cet accès conditionne en effet leur action en matière de prévention.

§2. LES MOYENS D'ACTION DES PARTIES PRENANTES

291. L'accès aux informations relatives à la prévention des atteintes aux droits fondamentaux par les sociétés transnationales relève d'un « pouvoir-savoir »³⁴⁵. Il s'agit de permettre la participation des parties prenantes (A) et d'assurer le suivi et le contrôle de l'action de la société en termes de prévention des risques d'atteintes aux droits fondamentaux (B).

A. L'information et la participation des parties prenantes

292. Les parties prenantes ont vocation à être informées des risques d'atteintes aux droits fondamentaux (1), pour ensuite participer à l'élaboration et la mise en œuvre des mesures de prévention (2).

³⁴⁴ *Ibid.*, pp. 41-42.

³⁴⁵ A.-S. Epstein, *Information environnementale et entreprise - Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, op. cit., n° 495.

1. L'information des parties prenantes

293. L'accès à l'information des parties prenantes n'est pas garanti (a), et ce, malgré le développement des exigences de transparence (b).

a. L'accès à l'information

294. L'accès des parties prenantes aux informations est prévu dans le cadre des instruments internationaux relatifs à la diligence raisonnable des sociétés et de la loi française sur le devoir de vigilance. Les Principes directeurs onusiens précisent que la diligence raisonnable des sociétés suppose de « rendre compte de la façon dont elles remédient à leurs incidences sur les droits de l'Homme »³⁴⁶. L'obligation de rendre compte se décline en particulier vis-à-vis des parties prenantes extérieures à la société. Pour cela, les sociétés sont encouragées « à communiquer l'information en externe »³⁴⁷.

295. La loi sur le devoir de vigilance prévoit plus précisément l'accès des parties prenantes aux informations par le biais de la publication du plan de vigilance et du compte rendu de sa mise en œuvre effective³⁴⁸. Néanmoins, il revient à la société de décider quelles informations elle jugera bon de partager. La limite « des prescriptions légitimes en matière de confidentialité des affaires commerciales »³⁴⁹ est avancée pour refuser l'accès aux informations ou

³⁴⁶ Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Principe n°21, p. 27.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ C. com., art. L. 225-102-4, I.

³⁴⁹ Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Principe n° 21, p. 27.

communiquer des informations seulement imprécises³⁵⁰. Les parties prenantes risquent de ne pas obtenir les éléments pertinents ou de ne pas pouvoir apprécier les risques d'atteintes à partir des informations fournies³⁵¹.

296. **La loi sur le devoir de vigilance a fait bénéficier les actionnaires d'un accès privilégié aux informations.** Le plan de vigilance est inséré dans le rapport de gestion, présenté par le conseil d'administration ou le directoire aux actionnaires réunis en assemblée³⁵². Les informations leur sont destinées et ont donc été adaptées à leur situation et à leurs interrogations spécifiques. Or, cette sélection ne correspond pas forcément aux informations désirées par d'autres parties prenantes que les actionnaires³⁵³. Néanmoins, un mécanisme correcteur des inégalités d'accès à l'information a été prévu. En cas de publication incomplète ou d'absence de publication du plan de vigilance et des comptes rendus de sa mise en œuvre, les parties prenantes pourront mettre en demeure la société de leur communiquer des informations. Si la mise en œuvre demeure infructueuse, elles pourront diligenter une action en justice pour que le juge puisse enjoindre la société, le cas échéant sous astreinte, de respecter ses obligations légales³⁵⁴. Cette action est l'occasion d'obtenir davantage d'informations, ou plus de détails, de

³⁵⁰ Pour la société, il en résulte que « le degré de précision requis devra donc être déterminé au cas par cas » (S. Brabant, L. Chatelain, O. Claude, S. Cossart, M. Frapard, F. Lellouche, A. Lévy, C. Michon et E. Savourey, « Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : premières mises en demeure et actions en justice », *op. cit.*, p. 19).

³⁵¹ Les exigences de transparence vis-à-vis des parties prenantes doivent désormais être conciliées avec la protection de certaines informations revêtant une valeur commerciale. Cet impératif est issu de la loi relative à la protection du secret des affaires. V. loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 transposant la directive 2016/943 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (8/06/2016, JOUE L 157/1, 15/06/2016), JORF n° 0174, 31/07/2018. À ce sujet, E. Daoud, A. Dill, C. Ghrenassia, E. Mercinier, J. Neiman et A. Quinio (dir.), « Reporting extra-financier et le secret des affaires : regards croisés », *Rev. Lamy dr. aff.*, n° 147, dossier, 2019.

³⁵² C. com., art. L. 225-102-4, I, et art. L. 225-100.

³⁵³ S. Brabant, L. Chatelain, O. Claude, S. Cossart, M. Frapard, F. Lellouche, A. Lévy, C. Michon et E. Savourey, « Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : premières mises en demeure et actions en justice », *op. cit.*, p. 19.

³⁵⁴ C. com., art. L. 225-102-4, II.

la part de la société.

297. Par comparaison, s'agissant du *duty of care*, les parties prenantes ne disposent pas des mêmes voies légales. Néanmoins, **l'accès aux informations des parties prenantes joue un rôle central dans le cadre des contentieux relatifs au *duty of care***. Le juge tient compte des engagements volontaires de la société qu'elle a choisi d'endosser à l'égard des tiers. Pour ce faire, il analyse des documents, à usage interne ou publiés, produits par la société. Ceux-ci peuvent constituer la preuve qu'elle s'est reconnue une responsabilité de prévenir les risques³⁵⁵. Dès lors, la difficulté rencontrée par certains demandeurs à accéder aux informations est un enjeu important pour le succès de l'action. Dans la décision *Vedanta c. Lungowe*, le juge déclare être conscient de cette difficulté et précise qu'il revient aux sociétés défenderesses de mettre à disposition des demandeurs les documents en temps utile³⁵⁶.

298. L'analyse du juge anglais rappelle le contentieux en matière de pratiques commerciales trompeuses devant le juge français³⁵⁷. La société se voit sanctionnée du fait d'un manquement à ses engagements publics, même si ceux-ci ont été volontairement pris et n'ont pas en principe d'effet contraignant. En droit français, si l'action est en principe ouverte au consommateur, les associations ont tenté d'engager des poursuites pour des violations alléguées des droits fondamentaux. Le Parquet français a accepté d'initier des poursuites à l'encontre de la société Samsung pour publicité trompeuse à la suite de violations alléguées des droits fondamentaux dans ses usines en Asie³⁵⁸. En droit anglais, des dispositions légales prévoient également la

³⁵⁵ V. *supra* n° 155-159.

³⁵⁶ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 44.

³⁵⁷ La comparaison a permis d'illustrer le rôle important, en matière de preuve, joué par les codes de conduite dans l'affaire *Kik Textilien* et les actions relatives aux pratiques commerciales trompeuses en droit français, v. A. Yilmaz Vastardis, C. Terwindt, S. Leader, J. Wright, « *Supply chain liability: pushing the boundaries of the common law?* », *op. cit.*, p. 268. V. également *supra* n° 218.

³⁵⁸ V. Sherpa, « Violations des droits des travailleurs : mise en examen historique de Samsung France pour pratiques commerciales trompeuses », communiqué de presse, 03/07/2019 ; <https://www.asso->

répression des pratiques commerciales trompeuses (*misleading commercial practices*), mais le contentieux ne connaît pas de développements en matière de droits fondamentaux³⁵⁹.

299. Ainsi envisagés, les engagements pris par la société constituent, aux yeux de tiers, la « licence sociale »³⁶⁰ de la société pour produire dans les conditions qui y sont décrites. Dans cette optique, les obligations de transparence jouent également un rôle majeur.

b. L'impératif de transparence

300. La transparence joue un rôle essentiel en matière de prévention des atteintes aux droits fondamentaux. Elle relève des « bonnes pratiques d'autorégulation et de corégulation »³⁶¹. Un effort de transparence est ainsi demandé aux sociétés transnationales à travers la publication et la diffusion aux parties prenantes des informations relatives aux risques dans le cadre du processus de diligence raisonnable³⁶².

301. Cependant, la transparence est porteuse d'ambiguïtés. Elle est souvent affichée par les sociétés, tout en étant considérée comme largement insuffisante par les parties prenantes. Les sociétés ont tendance à assimiler exercices de transparence et d'affichage. Dans ce cas, la

[sherpa.org/violations-droits-travailleurs-mise-examen-historique-de-samsung-france-pratiques-commerciales-trompeuses](https://www.sherpa.org/violations-droits-travailleurs-mise-examen-historique-de-samsung-france-pratiques-commerciales-trompeuses) (consulté le 06/05/2022).

³⁵⁹ V. *Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014/870, Reg. 5 (Misleading actions)* et Reg. 9 (sanctions pénales), et à ce sujet, v. : J. Goulding, *Unfair commercial practices*, Westlaw Edge UK, 2021, n° 6 et s. et n° 43.

³⁶⁰ A. Yilmaz Vastardis, C. Terwindt, S. Leader, J. Wright, « *Supply chain liability: pushing the boundaries of the common law?* », *op. cit.*, p. 280.

³⁶¹ Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 du Conseil d'État - Le droit souple*, *op. cit.*, p. 178.

³⁶² V. OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales - De l'importance d'une conduite responsable des entreprises*, précité, Chap. III – Publication d'informations, p. 32 et s. ; et Nations Unies, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, 2011, Principes 16 et 21, p. 18 et s.

diligence se limite à un « outil de blanchiment d’image par les entreprises »³⁶³, et non à un levier de la mise en œuvre effective des obligations de prévention. Or, quand bien même elle serait transparente vis-à-vis des parties prenantes, l’élaboration de mesures de diligence, si elle n’est pas accompagnée de leur mise en œuvre effective, conduit à organiser le non-respect des droits fondamentaux par la société³⁶⁴.

302. **Enfin, l’accès à l’information et la transparence de la société vis-à-vis des parties prenantes sont laissés à la libre appréciation de la société quant au contenu et aux détails apportés.** Les contours de la participation des parties prenantes sont également déterminés, pour une large part, par la société elle-même.

2. La participation des parties prenantes

303. La participation des parties prenantes à la prévention fait l’objet de prévisions imprécises, laissant aux sociétés transnationales le choix d’impliquer ou non les parties prenantes et de définir les conditions de leur participation. Sur ce point, les obligations de prévention reprennent le droit souple en matière de diligence raisonnable. Ainsi, les Principes directeurs onusiens prévoient que la société procède à une évaluation des risques relatifs aux droits fondamentaux qui devrait la conduire à « s’efforcer de comprendre les préoccupations des parties prenantes susceptibles d’être concernées en les consultant directement de telle

³⁶³ Lucie Chatelain et Sandra Cossart, membres de l’association Sherpa, se sont exprimées dans ce sens à l’aune des analyses des premiers plans de vigilance par leur association. V. L. Chatelain, S. Cossart *et al.*, « Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d’ordre : premières mises en demeure et actions en justice », *op. cit.*, p. 19.

³⁶⁴ Aude-Solveig Epstein explique ce constat par « le souci de réflexivité des entreprises qui prime sur leur assujettissement à la surveillance d’autrui » (A.-S. Epstein, *Information environnementale et entreprise - Contribution à l’analyse juridique d’une régulation*, *op. cit.*, n° 503).

manière que soient pris en compte la langue et les autres obstacles potentiels à un dialogue fructueux »³⁶⁵. La consultation mentionnée n'est pas davantage détaillée. Quant aux Principes de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, ils ne privilégient pas un mode de participation plutôt qu'un autre. Il revient à la société de « s'engager auprès des parties prenantes concernées en leur donnant de réelles possibilités de faire valoir leurs points de vue »³⁶⁶, lui laissant le choix de mettre en place des « procédures interactives avec les parties prenantes grâce par exemple à des réunions, des auditions ou des consultations »³⁶⁷.

304. En droit français, l'association des parties prenantes dans le cadre de l'élaboration du plan de vigilance laisse également le choix à la société de la procédure à adopter³⁶⁸. L'association des parties prenantes n'est pas requise et ne doit pas adopter une forme spécifique ou prédéterminée. En pratique, l'association des parties prenantes n'est que très rarement mentionnée dans le plan de vigilance³⁶⁹. Les parties prenantes internes au groupe ont été les parties principalement sollicitées³⁷⁰. Elles ont pu, au mieux, être consultées. S'agissant, par exemple, de la société Crédit Agricole, la consultation est une étape de la démarche d'identification et d'évaluation des risques. Deux séries de consultations sont évoquées.

³⁶⁵ Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Commentaire du Principe 18, p. 23 ; v. également : OIT, Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, précitée, p. 5

³⁶⁶ OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales - De l'importance d'une conduite responsable des entreprises, précité, Chap. II – Principes généraux, p. 23.

³⁶⁷ *Ibid.*, Commentaire des Principes généraux, p. 30

³⁶⁸ La simple information ne revêt pourtant pas le même degré d'engagement qu'une consultation, voire qu'une co-construction du plan de vigilance (M.-C. Caillet, « Du devoir de vigilance aux plans de vigilance ; quelle mise en œuvre ? », *op. cit.*, p. 821).

³⁶⁹ Les membres de l'association Sherpa, à l'origine des premières études des plans de vigilance, considèrent que « l'absence d'implication de parties prenantes pertinentes est souvent révélatrice de la faiblesse des mesures de vigilance » (L. Chatelain, S. Cossart *et al.*, « Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : premières mises en demeure et actions en justice », *op. cit.*, p. 19).

³⁷⁰ Il s'agit principalement d'un dialogue entre la direction et les institutions représentatives du personnel au stade du développement du mécanisme d'alerte et de recueil des signalements.

D'abord, la consultation des clients et des collaborateurs est dite « régulière »³⁷¹, sans plus d'indications. Ensuite, une consultation du « grand public »³⁷² est prévue tous les deux ans. Les parties prenantes ne sont pas précisément identifiées et la consultation demeure rare s'agissant des parties externes. Le Groupe Société Générale a, quant à lui, procédé à une consultation des parties prenantes internes et externes en 2020³⁷³. Cette consultation est résumée en deux pages dans le rapport financier. Elle concerne les enjeux de RSE de manière générale. Et les parties consultées ne sont pas identifiées.

305. Ainsi, la participation des parties prenantes adopte des contours variés et définis en interne par la société. **Elle ne constitue pas un modèle structuré et pérenne de démocratie participative ou de cogestion dans la société**³⁷⁴. **Elle est davantage le moyen d'échapper à ces changements de paradigme.** Pour cela, la société tend à « activer les ressorts individuels de l'engagement, plutôt que de compter sur les cadres collectifs de gestion de la contradiction entre logique productive et préservation sociale »³⁷⁵. Or, l'effectivité des obligations de prévention dépend du contrôle et du suivi indépendant et collectif des mesures prises par la société.

³⁷¹ Crédit Agricole S.A., *Document d'enregistrement universel – Rapport financier annuel 2021, 2022*, p. 153.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ Groupe Société Générale, *Document d'enregistrement universel – Rapport financier annuel 2021, 2022*, pp. 269-270.

³⁷⁴ Nous reprenons ici quelques-unes des interrogations formulées par Isabelle Desbarats au sujet de la RSE, qui, compte tenu du lien entre RSE et théorie des parties prenantes, apparaissent pertinentes. V. I. Desbarats, « RSE et dialogue social : variations autour du principe de participation », *op. cit.*, pp. 70-71.

³⁷⁵ N. Postel, « "Entreprise responsable" : sujet ou objet politique et éthique ? », *op. cit.*, p. 273.

B. Le suivi et le contrôle de la prévention

306. La possibilité d'un suivi et d'un contrôle de la prévention se heurte à la rare association des parties prenantes. Pensées comme devant incarner les nouveaux « points de contrôle »³⁷⁶, elles ne sont pourtant souvent pas en mesure d'agir. Au mieux, elles demeurent cantonnées au suivi des mesures. La logique de suivi, plutôt que de contrôle, correspond à la dimension managériale de la théorie des parties prenantes, guidée non pas par une réglementation mais par des objectifs fixés au sein de la société. L'enjeu n'est pas de contrôler ni de sanctionner, mais de permettre une amélioration des pratiques de gestion sur le moyen et le long terme³⁷⁷.

307. Dans cette optique, **les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales prévoient la création de points de contact nationaux (PCN)**. Cette instance tripartite rassemble des représentants de salariés, des sociétés et des membres d'administrations. En France, elle est rattachée à la Direction générale du Trésor du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance. Elle s'assure du suivi de l'application des Principes directeurs. En cas de saisine, le PCN agit « en tant qu'instance non-juridictionnelle de règlement des

³⁷⁶ B. Frydman, *Comment penser le droit global ?*, *op. cit.*, 19 et s. .

³⁷⁷ Nous analysons ici la distinction entre suivi et contrôle à partir des critères proposés par Mihaela Ailincăi et détaillés par Aude-Solveig Epstein : « [d]u contrôle, le suivi se distingue schématiquement par quatre caractéristiques recensées par Madame Ailincăi.

(1°) Tandis que le contrôle repose sur une rationalité juridique, le suivi relève d'une logique managériale.

(2°) Les critères du jugement relevant du contrôle sont constitués de règles prédéterminées, quand ceux du suivi consistent dans des objectifs opérationnels à atteindre.

(3°) Le contrôleur doit donc maîtriser les règles pour, le cas échéant, infliger des sanctions, alors que le responsable du suivi a pour mission de superviser, d'assister et d'aiguiller les acteurs, pour les aider à améliorer leurs pratiques.

(4°) Par conséquent, alors que le contrôle se développe dans l'instantanéité, le suivi est un exercice successif. »

(M. Ailincăi, *Le Suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe : contribution à la théorie du contrôle international*, Pedone, Paris, 2012, p. 36 et s., cité par : A.-S. Epstein, *Information environnementale et entreprise - Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, *op. cit.*, n° 499).

différends »³⁷⁸. L'enjeu est alors d'instaurer un dialogue entre parties prenantes pour remédier à la situation. Les PCN ne disposent d'aucun moyen de coercition pour obliger la société à respecter ses obligations. Mais, ils demeurent les seules instances externes aux sociétés où les parties prenantes sont impliquées dans la mise en œuvre de la diligence en matière de droits fondamentaux.

308. En pratique, des critiques relatives à l'organisation du dialogue multipartite au sein des PCN se font entendre. Le manque d'indépendance des PCN est souligné. Leur rattachement, dans de nombreux pays dont la France, aux ministères chargés des questions économiques les rend plus perméables aux intérêts des sociétés³⁷⁹. L'optique est d'encourager les pratiques plutôt que de sanctionner les manquements. Ces critiques ont visé le PCN français. Elles proviennent de parties prenantes issues des milieux associatifs et syndicaux. Celles-ci dénoncent des manquements aux principes fondateurs des PCN tels qu'ils sont énoncés dans les Principes directeurs de l'OCDE : la visibilité, l'accessibilité, la transparence, la responsabilité, et le traitement des circonstances spécifiques, de manière impartiale, prévisible et équitable³⁸⁰. Les conditions d'un dialogue multipartite serein ne semblent pas réunies au sein de cette instance.

³⁷⁸ V. Direction générale du Trésor, « PCN-France » ; <https://www.tresor.economie.gouv.fr/tresor-international/pcn-france> (consulté le 06/05/2022).

³⁷⁹ Parmi les 48 points de contact nationaux (PCN) existants, 32 étaient rattachés aux ministères de l'économie ou des finances en 2019 (OCDE, *Rapport d'étape sur les points de contact nationaux pour la conduite responsable des entreprises*, 2019, p. 5 ; [https://www.oecd.org/fr/rcm/documents/NCPs%20-%20CMIN\(2019\)7%20-%20FR%20.pdf](https://www.oecd.org/fr/rcm/documents/NCPs%20-%20CMIN(2019)7%20-%20FR%20.pdf) (consulté le 06/05/2022)). V. aussi : K. Genovese, « *Access to remedy: non-judicial grievance mechanisms* », *op. cit.*, p. 269.

³⁸⁰ Ces plaintes ont notamment abouti au dessaisissement du PCN français par les associations au sujet d'allégations de non-respect des Principes directeurs de l'OCDE par l'entreprise Michelin en Inde. V. Comité catholique contre la faim et pour le développement (CCFD)-terre solidaire, Sherpa, Confédération générale du travail (CGT), « Dysfonctionnements du Point de contact national de l'OCDE en France », 2013 : https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/09/dysfonctionnements.pcn-avec-logos_vf.pdf (consulté 06/05/2022) ; Sherpa, « Usine Michelin en Inde : les plaignants dessaisissent le Point de contact national de l'OCDE », communiqué de presse, 2013 ; <https://www.asso-sherpa.org/usine-michelin-en-inde-les-plaignants-dessaisissent-point-contact-national-locde> (consulté le 06/05/2022).

309. **La loi sur le devoir de vigilance n'a pas prévu la création d'une instance spécifique de suivi et de contrôle.** La loi ne mentionne pas de contrôle exercé par les pouvoirs publics³⁸¹. En matière de corruption, la loi dite « Sapin II » du 9 décembre 2016 a prévu la création de l'Agence française anticorruption (AFA)³⁸². L'AFA s'assure du respect des mesures et procédures destinées « à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme »³⁸³ en France ou à l'étranger. Elle dispose d'un pouvoir administratif de contrôle et est dirigée par un magistrat de l'ordre judiciaire hors hiérarchie. S'agissant des sociétés de droit privé, les mesures contrôlées sont prises par « les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros »³⁸⁴. Ces mesures se déclinent en diverses modalités, les rapprochant des mesures prévues par la loi sur le devoir de vigilance : code de conduite, dispositif d'alerte interne, cartographie des risques ou encore procédures d'évaluation et de contrôles comptables³⁸⁵. Leur contrôle donne lieu à l'établissement d'un rapport transmis à l'autorité ayant demandé le contrôle et aux représentants de la société contrôlée. Ce rapport contient les observations de l'AFA « sur la qualité du dispositif de prévention et de détection de la corruption mis en place au sein de la société contrôlée ainsi que, le cas échéant, des recommandations en vue de

³⁸¹ La mise en demeure ne peut être exercée par les pouvoirs publics. V. Rép. min. n° 11950, JO Sénat Q, 21/02/2021.

³⁸² Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n° 0287, 10/12/2016, art. 1 à 5.

³⁸³ *Ibid.*, art. 1.

³⁸⁴ *Ibid.*, art. 17. I.

³⁸⁵ *Ibid.*, art. 17. II. Comp. loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n° 0074, 28/03/2017, art. 1, al. 4 et s.

l'amélioration des procédures existantes »³⁸⁶. En cas de manquement constaté, et après avoir mis la personne concernée en mesure de présenter ses observations, le magistrat qui dirige l'agence peut adresser un avertissement aux représentants de la société. Il peut saisir la commission des sanctions afin d'enjoindre la société de prendre des mesures de prévention adaptées ou de lui infliger une sanction pécuniaire³⁸⁷.

310. Le respect des mesures de lutte contre la corruption fait donc l'objet d'un contrôle institutionnel élaboré, même s'il a pu être regretté que l'AFA ne soit pas une autorité administrative indépendante, mais un service à compétence nationale, placé sous l'autorité du ministre de la Justice et du ministre chargé du Budget³⁸⁸. En effet, toutes les garanties d'indépendance du contrôle mené par l'AFA ne sont pas réunies.

311. De plus, les parties prenantes bénéficient d'un cadre d'action plus défini qu'en matière de vigilance. Les droits et devoirs des parties prenantes au contrôle des mesures, ainsi qu'au contrôle de la qualité et de l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des services de l'État et des autorités déconcentrées, sont précisés dans une charte³⁸⁹. Élaborée et révisée régulièrement par la Sous-direction du contrôle de l'AFA³⁹⁰, la *Charte des droits et des devoirs des parties prenantes aux contrôles* s'adresse plus précisément aux acteurs économiques, acteurs publics, associations et fondations reconnues d'utilité publique³⁹¹.

312. La loi Sapin II prévoit également un régime général de l'alerte comprenant des mesures

³⁸⁶ *Ibid.*, art. 17. III.

³⁸⁷ *Ibid.* art. 17. IV.

³⁸⁸ À ce sujet, v. notamment P. Dufourq, « Les contrôles de la nouvelle Agence française anticorruption », *Dalloz-Actualité*, 10/11/2017.

³⁸⁹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, précitée, art. 3. 3° et art. 17. III.

³⁹⁰ Agence française anticorruption (AFA), Sous-direction du contrôle, *Charte des droits et des devoirs des parties prenantes aux contrôles*, 2019 (révision actuelle) ;

https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2019-07/charte_droits_devoirs_unique%20contrôles.pdf (consulté le 06/05/2022).

³⁹¹ *Ibid.*, pp. 4-5 ;

de protections des lanceurs d’alerte qui pourraient potentiellement bénéficier à toutes les parties prenantes³⁹². En droit anglais, un régime de protection a également été instauré par le *Public Interest Disclosure Act* de 1998. Des mesures de protection ont été extraites de cette législation pour être insérées dans le droit du travail et pouvoir être mobilisées par les salariés³⁹³.

313. **Outre les dispositifs existants, la création d’autorités nationales de contrôle est encore envisagée par la proposition de directive européenne³⁹⁴.** Leurs pouvoirs pourraient être exercées par les PCN dans chaque État membre. Cependant, cette option ne semble pas satisfaisante. Le texte prévoit que l’État apporte des garanties d’indépendance de l’autorité³⁹⁵. Or, il a été précisé que le PCN ne sont pas des autorités administratives indépendantes et qu’ils sont souvent rattachés aux ministères de l’économie ou des finances³⁹⁶. Les difficultés rencontrées par le PCN français dans le cadre du dialogue avec les parties prenantes conduisent, en outre, à encourager la mise en place d’une nouvelle autorité de contrôle³⁹⁷.

314. Par ailleurs, la proposition précise que les États « peuvent désigner les autorités de surveillance des entreprises financières réglementées également comme autorités de surveillance aux fins de la présente directive »³⁹⁸. En France, l’Autorité des marchés financiers (AMF) serait désignée. Il s’agit certes d’une autorité publique indépendante³⁹⁹. Mais, les missions de cette autorité semblent très éloignées de la supervision et du contrôle de la mise en œuvre de la vigilance des sociétés en matière de droits fondamentaux. En effet, ces missions

³⁹² Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, précitée, art. 6 et s.

³⁹³ *Employment Rights Act* 1996, s. 43 et s.

³⁹⁴ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, art. 17. V. *infra* n° 189.

³⁹⁵ *Ibid.*, art. 17.8.

³⁹⁶ V. *supra* n° 307-308.

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, art. 17.5.

³⁹⁹ C. mon. fin., art. L. 621-1, al. 1.

consistent dans la protection de l'épargne investie, l'information des investisseurs et le bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers⁴⁰⁰. En outre, l'AMF « apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international »⁴⁰¹ et « veille à la qualité de l'information fournie par les sociétés de gestion pour la gestion de placements collectifs sur leur stratégie d'investissement et leur gestion des risques liés aux effets du changement climatique »⁴⁰². Cette dernière mission pourrait éventuellement être étendue afin de contrôler les informations fournies conformément au nouveau devoir de vigilance européen.

315. En somme, aucune instance comparable à l'AFA n'a été mise en place en matière de diligence. Pourtant, le contrôle prévu par la loi Sapin II s'articule avec des mesures de prévention proches des mesures de diligence. Ce constat est susceptible d'évoluer si les autorités nationales de contrôle prévues par la proposition de directive venaient à voir le jour.

316. **Pour l'heure, les organisations issues de la société civile s'assurent de l'essentiel du suivi et du contrôle de la prévention.** Le levier majeur du respect de la diligence, à disposition de toutes les parties prenantes justifiant d'un intérêt à agir, est judiciaire. En cas de manquement avéré de la société, il pourra se traduire par une injonction de prendre les mesures de prévention appropriées, puis par l'engagement de la responsabilité civile de la société transnationale. Ce contrôle judiciaire sera étudié dans la suite de notre recherche.

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² *Ibid.*

Conclusion du Chapitre 2

318. Pendant de la RSE, la théorie des parties prenantes a vocation à se développer par le biais de l'autorégulation de la société. **La définition des tiers impliqués et les contours de leur action est dépendante du geste d'association décidé par la société.** Le développement d'accords-cadres à dimension transnationale et de mécanismes juridiques prévoyant l'implication des parties prenantes, s'ils sont le signe d'une évolution du rôle des parties prenantes vers une co-construction des mesures de prévention, demeure volontaire et facultatif.

319. En droit français, la loi sur le devoir de vigilance n'impose pas l'association des parties prenantes, même si la mention légale des parties prenantes tient lieu d'incitation. En droit anglais, aucune exigence n'a été formulée par le juge. Conformément à l'esprit de cette théorie essentiellement gestionnaire, l'association des parties prenantes répond à un choix interne de gestion, discrétionnaire, qui n'est pas contrôlé par le juge. L'action judiciaire apparaît, dès lors, comme le moyen d'action privilégié des parties prenantes qui pourront voir leurs demandes sanctionnées par le pouvoir de coercition du juge.

Conclusion du Titre 2

321. Les acteurs de la prévention des atteintes aux droits fondamentaux par les standards de vigilance et de *care* sont multiples. La société transnationale développe des mesures de prévention en sein des relations intersociétaires qui composent sa chaîne de valeur. En parallèle, la théorie des parties prenantes est mobilisée pour permettre la prise en compte des personnes qui risquent de voir leurs droits atteints par les activités de la société transnationale. Ce schéma offre une large marge de manœuvre aux sociétés mères et aux entreprises donneuses d'ordre, en se fondant sur leur pouvoir d'action au sein de leur chaîne de valeur, sans viser un renouvellement des pratiques en vue d'une prévention effective des atteintes aux droits fondamentaux.

Conclusion de la Partie 1

323. Les standards de diligence visent à encadrer juridiquement la démarche de prévention de la société transnationale. Ils impliquent un renouvellement des obligations de prévention et des acteurs de la prévention des atteintes aux droits fondamentaux.

324. S'agissant des obligations de prévention, l'étude a mis en lumière les faiblesses des actions de prévention, qui opèrent de façon à **offrir à la société la possibilité d'une dissociation entre le respect de ses obligations juridiques de prévention d'une part, et le respect des droits fondamentaux d'autre part.** Le recours au méta-standard du raisonnable, qui irrigue les standards de diligence, en est un indice important. Les mesures raisonnables n'assurent pas l'absence de violation des droits fondamentaux. Elles doivent seulement être proportionnées au pouvoir de fait d'une société de participer au traitement d'un risque d'atteinte aux droits fondamentaux.

325. S'agissant des acteurs, **la diligence repose sur le pouvoir d'une personne morale sociétaire, déployé au sein des relations intersociétaires à l'échelle transnationale.** La mobilisation du pouvoir de la société transnationale implique de distinguer, parmi les personnes morales, celles qui le possèdent et celles sur lesquelles elles l'exercent. Une telle analyse des relations intersociétaires s'ancre dans la réalité du déploiement de l'entreprise, au sens large, à l'échelle transnationale. La prévention des atteintes aux droits fondamentaux est supposée s'inscrire au cœur de ce déploiement : la société diligente est celle qui s'immisce dans la gestion d'une autre à des fins de prévention.

326. **Au sein de la société, le pouvoir est détenu par les organes de décision de la société mère ou du donneur d'ordre. Il s'exerce le plus souvent unilatéralement, au détriment de l'implication des parties prenantes. Les parties prenantes de ces sociétés voient leur rôle occulté.** Parmi elles, les salariés et leurs représentants demeurent cantonnés à des rôles

contingents. Or l'effectivité de la protection des droits fondamentaux suppose d'intégrer pleinement l'ensemble des acteurs concernés et la défense de leurs intérêts.

327. **La dimension préventive de la diligence est complétée par la sanction du défaut de diligence.** Les mesures de diligence raisonnablement attendues de la part de la société transnationale dans ses relations intersociétaires pour prévenir la survenance d'atteintes aux droits fondamentaux peuvent s'avérer insuffisantes, voire inexistantes. La défaillance dans l'élaboration ou la mise en œuvre de la diligence constitue alors le fait générateur de la responsabilité de la société. En cas de dommages causés à des victimes de ce fait, celles-ci doivent pouvoir s'en plaindre et demander réparation.

328. Dès lors, l'action en justice apparaît comme le pendant nécessaire, en négatif, du recours aux standards de diligence pour encadrer par le droit les démarches de prévention des atteintes aux droits fondamentaux des sociétés transnationales. Un tel raisonnement est cohérent avec la vocation initiale de la diligence telle qu'elle est envisagée par le droit privé romain. Depuis ses origines, la diligence est une norme de comportement intrinsèquement liée au pouvoir du juge « d'adapter le droit aux exigences de la conscience sociale »⁴⁰³. Le comportement diligent est apprécié par le juge à l'aune de considérations économiques et sociales⁴⁰⁴. Cette dimension se retrouve aujourd'hui dans le droit positif.

329. La diligence, déclinée sous la forme des standards de vigilance et de *care*, est en passe de devenir le fondement privilégié d'un encadrement judiciaire, et plus généralement, du contrôle citoyen des activités des sociétés transnationales. Le juge français a d'ailleurs

⁴⁰³ E. Giannozzi, « L'emploi des standards en droit romain », *Fundamina. A journal of legal history*, vol. 22, n°2, 2016, p. 226

⁴⁰⁴ Ce sont les « *policy considerations* » qu'Alain Wijffels analyse en comparant les traditions civilistes et de *common law* sur la question (A. Wijffels, « *Policy considerations* », en amont de l'argument conséquentialiste, cours, Collège de France, 08/06/2017 ; <https://www.college-de-france.fr/site/alain-wijffels/course-2017-06-08-17h00.htm> (consulté le 06/05/2022)).

récemment exprimé cette tendance : « la préservation des droits humains et de la Nature en général ne peut se contenter d'un 'management assurantiel' (...) et de la normalisation par le marché (...) mais commande un contrôle judiciaire »⁴⁰⁵. Comme nous allons le voir dans une seconde partie, le « contrôle judiciaire » que le juge français appelle de ses vœux est, certes, en pleine expansion. Mais, il se conçoit et s'organise différemment s'agissant du devoir de vigilance en droit français et du *duty of care* dans la *common law* anglaise.

⁴⁰⁵ TJ Nanterre, ord., 11/02/2021, n° 20-00915, précitée.

PARTIE II. LA SANCTION DE LA NÉGLIGENCE

330. Les standards de vigilance en droit français et de *care* en droit anglais à l'intention des sociétés transnationales sont les laboratoires d'une évolution juridique importante. Leur développement conjoint s'explique par un objectif commun, et toujours plus partagé, d'encadrement des activités des sociétés transnationales par le droit. Cet objectif se concrétise par **l'avènement d'une responsabilité juridique des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux**. La particularité du droit français est cependant d'avoir prévu deux types d'action distincts. L'action en référé vise à enjoindre une société préalablement mise en demeure de prévenir les risques par des mesures de vigilance adaptées¹. Si un risque se matérialise en atteinte aux droits fondamentaux, l'action en responsabilité civile peut être engagée par les tiers contre la société du fait du manquement aux obligations de prévention². Les premières poursuites diligentées devant le juge français des référés appartiennent au premier type d'action évoqué. Or, la procédure d'injonction s'avère avoir buté sur les nombreuses zones d'ombres du texte législatif. Face à la complexité des contentieux en présence, les incertitudes du dispositif légal se sont révélées, notamment quant à la détermination de la compétence judiciaire. Le juge s'est attaché à l'esprit de la loi pour statuer sur sa compétence matérielle.

331. Par comparaison avec le devoir de vigilance en droit français, la dimension préventive

¹ C. com., L. 225-102-4, II.

² C. com., L. 225-102-5.

du *duty of care* ne se matérialise pas par des dispositions législatives dédiées. Les obligations de prévention ne font pas non plus l'objet d'un contrôle spécifique, au même titre que la procédure d'injonction spécialement prévue par la loi sur le devoir de vigilance. La prévention n'en est pas moins inhérente à ce standard. Le juge contrôle *a posteriori* les mesures de prévention prises par la société, à l'occasion de l'action en responsabilité. Une société pourra voir sa responsabilité engagée en cas de manquement à la prévention due au titre de son *duty of care*. Au fil des décisions, la diligence tend à s'affirmer au sein de relations de pouvoir intersociétaires propices à voir la prévention d'éventuelles atteintes aux droits fondamentaux des tiers être assurée par une société. Il s'agissait jusqu'à peu de contentieux encore limités à l'échelle nationale³. Les contentieux relatifs aux sociétés transnationales se sont récemment développés. Ils ont permis au juge d'offrir une interprétation renouvelée des principes jurisprudentiels qui fondent le délit de négligence. La perspective d'une responsabilité juridique des sociétés transnationales en matière de droit fondamentaux se dessine. Conformément à son office au sein d'un droit essentiellement jurisprudentiel, le juge fait usage d'un pouvoir étendu de création du droit. Au fil de ses récentes décisions, il a établi les conditions de la reconnaissance d'un *duty of care* des sociétés transnationales vis-à-vis de ressortissants étrangers dans différentes affaires relatives à des allégations de violation des droits fondamentaux et d'atteintes à l'environnement. L'opportunité des poursuites a ainsi été admise par la Cour suprême du Royaume-Uni, dans les décisions *Vedanta c. Lungowe* de 2019⁴, confirmée par la décision *Okpabi c. Shell* de 2021⁵. La responsabilité des sociétés poursuivies pourrait, par la suite, être engagée si le manquement à ce devoir ayant causé un dommage était prouvé.

³ V. notamment *Chandler c. Cape Industries Plc*, [2012] EWCA Civ 525.

⁴ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20.

⁵ *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2021] UKSC 3.

332. Dans un contexte où les standards de diligence apparaissent comme la voie privilégiée pour prévenir et sanctionner les atteintes aux droits fondamentaux nées des activités des sociétés transnationales, leurs forces et faiblesses méritent d'être interrogées s'agissant, d'une part, de la détermination de la juridiction compétente et de la désignation de la loi applicable (**Titre I**) ; et, d'autre part, des conditions de la responsabilité des sociétés transnationales (**Titre II**).

TITRE I. La détermination de la juridiction compétente et la désignation de la loi applicable

333. L'effectivité de la protection des droits fondamentaux commande de ménager les conditions de la traduction en justice des sociétés transnationales lorsqu'elles ont manqué à leurs obligations de prévention. Confrontées aux complexités de l'organisation des activités de ces sociétés, les instances nationales et supranationales tentent aujourd'hui d'en prendre la mesure et de poser les jalons d'un contrôle judiciaire dans le pays d'origine des sociétés. S'il s'agit encore de solutions éparses, les premiers contentieux présentent des similitudes qui augurent de leur alignement progressif pour parvenir à garantir un accès effectif à une voie de recours aux victimes et à la réparation des préjudices subis. L'étude des récentes décisions prises sur le fondement du devoir de vigilance en droit français et du *duty of care* dans la *common law* anglaise le laisse à penser.

334. Néanmoins, une harmonisation des solutions demeure souhaitable à l'échelle supranationale afin d'assurer sécurité juridique et prévisibilité des décisions de justice aux parties. Elle est en cours. Le projet de traité onusien sur les entreprises et les droits de l'Homme⁶ devrait permettre le développement global du standard de diligence à l'intention des entreprises en matière de droits fondamentaux, et créer les conditions communes d'un contrôle par les juges

⁶ OEIGWG, *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, troisième projet révisé, Conseils de droits de l'Homme, Nations Unies, 17/08/2021 ; <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf> (consulté le 06/05/2022).

nationaux. De plus, l'Union européenne a également engagé le processus législatif d'adoption d'une directive relative à un standard de vigilance commun et à son encadrement judiciaire harmonisé⁷.

335. La convergence des droits nationaux s'agissant de l'application des règles de compétence juridictionnelle et de conflit de lois peut être constatée (**Chapitre 1**). Elle est prolongée par un mouvement volontaire tendant à l'harmonisation supranationale des règles de compétence juridictionnelle et de conflit de lois (**Chapitre 2**).

⁷ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, COM(2022) 71 final, 2022/0051 (COD), 23/02/2022 ; https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_183885_prop_dir_susta_en.pdf (consulté le 06/05/2022).

Chapitre 1. L'application des règles de compétence juridictionnelle et de conflit de lois

336. Si les premières actions en justice menées sont porteuses d'enseignements et tendent vers des solutions communes, il faut souligner que le contentieux n'en est qu'à ses débuts. Les conditions de l'action civile demeurent largement indéterminées en l'état du droit actuel sur les deux rives de la Manche. En aucun cas le régime de l'action en justice pour défaut de diligence d'une société transnationale en matière de droits fondamentaux n'est pour le moment stabilisé.

337. Dès lors, il convient d'analyser les conditions de la reconnaissance de la compétence du juge de l'État d'origine de la société transnationale poursuivie pour défaut de diligence (**Section 1**) et les conditions de l'application de la loi de la société (**Section 2**) à l'aune des premières indications livrées par le droit positif.

SECTION 1. LE JUGE COMPÉTENT

338. Les premières décisions de justice sur le devoir de vigilance ou le *duty of care* des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux concernent principalement les questions de compétence judiciaire. Ces décisions s'analysent à l'aune d'un impératif central : l'accès effectif des victimes au juge (§1). Il s'en dégage certains traits communs du contrôle judiciaire opéré : les juges procèdent à un contrôle de la gouvernance de l'entreprise transnationale. Ils tissent un lien entre détermination de la compétence juridictionnelle et examen au fond des conditions de la reconnaissance de la diligence d'une société, à partir de l'examen des relations intersociétaires dans l'entreprise au sens large (§2).

§1. UNE GARANTIE D'ACCÈS EFFECTIF AU JUGE

339. S'agissant des actions diligentées à l'encontre d'une société transnationale sur le fondement des dispositions de diligence, la garantie d'un accès effectif à une voie de recours conduit à la reconnaissance de la compétence du juge du lieu du domicile de la société poursuivie⁸. Celle-ci aura ainsi à faire face aux conséquences de ses manquements, sans pouvoir bénéficier de l'éloignement géographique du procès pour en atténuer la portée vis-à-vis de l'opinion publique et des consommateurs finaux.

340. La dynamique, commune aux standards de vigilance et de *care*, de reconnaissance de la compétence du juge de l'État d'origine de la société poursuivie pour permettre un accès effectif au juge est d'abord à souligner (A). La règle générale de compétence territoriale au sein de l'UE, telle qu'elle résulte du Règlement n° 1215/2012⁹, dit « Bruxelles I Bis », permet d'attirer la société transnationale devant le juge de son pays d'origine (B). Néanmoins, la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne conduit à s'interroger sur le maintien des solutions au regard des règles de droit interne de ce pays¹⁰ (C).

⁸ L'effectivité du recours signifie ici que l'action en justice donne lieu à un procès équitable et permette d'assurer une réparation du dommage adaptée. V. à ce sujet S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 10^{ème} éd., Dalloz, « Dalloz Action », Paris, 2021, pt. 311.41 et s.

⁹ PE et Conseil, Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, (refonte), (dit « Bruxelles I Bis »), JOUE L 351/1, 20/12/2012.

¹⁰ La sortie du Royaume-Uni de l'UE a entraîné l'abrogation de l'acte de droit interne d'entrée dans l'Union, l'*European Communities Act* de 1972 (*European Union (Withdrawal) Act* 2018, s. 1). L'Accord de retrait entre l'Union européenne et le Royaume-Uni a été adopté le 17 octobre 2019. Il fixe les conditions du retrait du Royaume-Uni conformément à l'article 50 du Traité sur l'Union européenne. Il est entré en vigueur le 1^{er} février 2020. Son article 67 précise que le Règlement Bruxelles I Bis s'applique aux procédures judiciaires engagées avant la fin de la période de transition. V. Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Accord de retrait entre l'Union européenne et le Royaume-Uni, JOUE CI 384/1, 12/11/2019, art. 67. À ce sujet, v. notamment A. d'Ornano, « Éclairages... sur le Brexit et la coopération judiciaire civile », *Rev. crit. DIP*, 2020, p. 870.

A. La reconnaissance de la compétence du juge de l'État d'origine de la société poursuivie pour permettre un accès effectif au juge

341. Dans l'espace européen, l'accès effectif au juge se fonde principalement sur les articles 6§1 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH), tels qu'ils sont interprétés par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) dans les décisions fondatrices *Golder c. Royaume-Uni*¹¹ et *Hornsby c. Grèce*¹². L'arrêt *Golder c. Royaume-Uni* permet de définir le droit à un juge : il suppose un « droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile »¹³, mais également la mise en place de garanties « quant à l'organisation et à la composition du tribunal et quant au déroulement de l'instance »¹⁴ pour permettre un procès équitable¹⁵. L'accès aux juges et les garanties procédurales apportées sont complétés par des garanties quant à l'exécution effective des décisions. C'est l'apport de l'arrêt *Hornsby c. Grèce* : le droit à un tribunal comprend « la mise en œuvre des décisions judiciaires »¹⁶, afin « qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire [ne] reste [pas] inopérante au détriment d'une partie »¹⁷.

342. La compétence des juridictions du domicile du défendeur doit garantir le respect de ces principes en assurant la traduction en justice de la société transnationale et la sanction de ses

¹¹ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, 21/02/1975.

¹² CEDH, *Hornsby c. Grèce*, req. n° 18357/91, 19/03/1997 ; *JCP*, 1997, II, p. 22949, note O. Dugrip et F. Sudre ; *D.*, 1998, p. 74, note N. Fricero.

¹³ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, précitée, § 35.

¹⁴ *Ibid.*, § 36.

¹⁵ Le terme « équitable » est entendu au sens de juste, raisonnable en anglais (*equitable, fair*), v. S. Guinchard, V° Procès équitable, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2018, n°3.

¹⁶ CEDH, *Hornsby c. Grèce*, précitée, § 40.

¹⁷ *Ibid.*

manquements. Cette compétence est encouragée par les Principes Directeurs des Nations Unies pour insuffler une dynamique de responsabilisation conjointe des sociétés transnationales et des États où elles sont domiciliées. En effet, les Principes attribuent à ces États « l'obligation de veiller à la bonne conduite des entreprises relevant en somme de la responsabilité, morale ou politique, de la communauté nationale »¹⁸, y compris lorsqu'elles opèrent à l'étranger. Ils incitent dès lors à la mise en œuvre d'un principe de compétence rattaché aux personnes plutôt qu'au lieu de dommage. En droit de l'Union européenne, la règle générale de compétence du juge du siège de la société poursuivie est conforme à ces attentes et permet la traduction des sociétés transnationales soumises au droit de l'Union devant le juge de leur État d'origine.

B. La compétence du juge du siège de la société poursuivie en droit de l'Union européenne

343. Au sein de l'UE, la compétence du juge du siège de la société poursuivie est en principe reconnue. Cette compétence résulte de la règle générale telle qu'elle est prévue par l'article 4 du Règlement Bruxelles I *Bis* n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 (1). Par ailleurs, des points de convergence dans la mise en œuvre de la règle apparaissent s'agissant des contentieux relatifs à la diligence des sociétés transnationales devant les juges français et anglais (2).

1. La compétence du juge du siège de la société poursuivie en droit de l'Union européenne

¹⁸ H. Muir-Watt, « Devoir de vigilance et droit international privé. Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017 », *RICEA*, supplément à la *JCP E*, n° 4, 2017, p. 50.

344. La compétence des juridictions du domicile des sociétés poursuivies est clairement énoncée lorsque ce domicile est situé sur le territoire d'un État membre de l'Union. Elle résulte du premier alinéa de l'article 4 du Règlement Bruxelles I *Bis*. Elle se déclenche en présence d'un élément d'extranéité, tel que la domiciliation d'une autre partie ou la survenance du dommage dans des États différents. Le domicile des sociétés poursuivies devra être identifié¹⁹ : il s'agira en principe du siège statutaire de la société commerciale, et, plus généralement, du lieu d'accomplissement des formalités d'enregistrement de la société²⁰. En théorie, le juge de l'État d'origine se reconnaît compétent, conformément à l'impératif de sécurité juridique pour les ressortissants de l'Union. Une volonté de protection des défendeurs « contre le trouble causé par un procès lointain, procès dans la survenance duquel il n'est *a priori* pour rien puisque c'est son adversaire qui en a pris l'initiative »²¹, préside également à la reconnaissance de la compétence. En pratique, la compétence du juge du siège de la société transnationale poursuivie a été reconnue dans les contentieux relatifs aux standards de diligence devant les juges français et anglais.

¹⁹ L'article 63 règlement Bruxelles I *Bis* précise les lieux reconnus comme le domicile des sociétés, et des personnes morales en général, pour l'application du règlement. Le premier alinéa prévoit que : « les sociétés et les personnes morales sont domiciliées là où est situé (a) leur siège statutaire ; (b) leur administration centrale ; ou (c) leur principal établissement » ; le second alinéa précise que, pour le Royaume-Uni (ainsi que pour Chypre et l'Irlande), « on entend par 'siège statutaire' le *registered office* ou, s'il n'existe nulle part de *registered office*, le *place of incorporation* (le lieu d'acquisition de la personnalité morale) ou, s'il n'existe nulle part de lieu d'acquisition de la personnalité morale, le lieu selon la loi duquel la formation (la constitution) a été effectuée » (PE et Conseil, Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), précité, art. 63).

²⁰ En France, la formalité à accomplir est l'immatriculation au Registre des Sociétés (RCS), et, au Royaume-Uni, l'incorporation tient lieu d'enregistrement du siège de la société commerciale.

²¹ P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, 15^{ème} éd., Dalloz, « Précis », Paris, 2020, n° 764-765

2. La reconnaissance de la compétence des juridictions française et anglaise

345. En droit français, les dispositions du Code de commerce relatives au devoir de vigilance visent les sociétés françaises. Ces sociétés devraient être poursuivies devant le juge français en cas d'action en responsabilité délictuelle sur le fondement de l'article 4, paragraphe 1, du Règlement Bruxelles I *Bis*. Plus précisément, les sociétés domiciliées en France, c'est-à-dire dont le siège social est situé en France, sont visées par la loi sur le devoir de vigilance. Ces sociétés doivent élaborer et mettre en œuvre effectivement un plan de vigilance. Il pourrait leur être reproché un défaut de vigilance susceptible d'engager leur responsabilité civile si ce manquement était la cause de dommages. Seules les sociétés commerciales de grandes tailles sont visées par les obligations de prévention : tout d'abord, « toute 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 »²² ; et ensuite toute société qui emploie « 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 »²³. Cette seconde catégorie inclut les sociétés qui comptent moins de cinq mille salariés en France mais au moins dix mille salariés en additionnant les salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes en France et à l'étranger²⁴.

346. Des incertitudes se font jour, principalement quant à l'identification des sociétés relevant des catégories de sociétés expressément exemptées de ces obligations. Le second alinéa de l'article L. 225-102-4, I du Code de commerce prévoit que « les filiales et sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations

²² C. com., art. L. 225-102-4, I, al. 1.

²³ *Ibid.*

²⁴ V. *supra* n° 201.

prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle »²⁵. Or, ces prévisions se révèlent imprécises. La distinction entre filiales directes et indirectes est incertaine et ne s'appuie sur aucun fondement juridique cité. La mention des sociétés contrôlées dans le second alinéa de l'article L. 225-102-4, I du Code de commerce renvoie au premier alinéa de ce texte, alors que ce dernier n'évoque pas la figure du contrôle par détention capitalistique mais uniquement la filialisation²⁶. Et, en l'état du droit positif français, au regard notamment de la jurisprudence, la participation au capital n'est pas un critère de rattachement au même titre que le siège de la société²⁷. En outre, la participation est loin de constituer le critère exhaustif de caractérisation des relations intersociétaires²⁸. Le rôle du contrôle capitalistique demeure, dès lors, très incertain. La France ne connaît pas, à ce jour, d'action en responsabilité diligentée sur le fondement de la loi sur le

²⁵ *Ibid.*, al. 2.

²⁶ Les incertitudes de la loi sur le devoir de vigilance quant aux sociétés concernées, du point de vue du droit des sociétés, ont été analysées par Arnaud Reygrobellet dans son article : « Devoir de vigilance ou risque d'insomnies ? », *Rev. Lamy dr. aff.*, n° 128, 2017, p. 35 et s. Elles ont pu contribuer aux défauts et manques d'application de la loi.

²⁷ Dans une affaire *Compagnie minière de l'Ogooué Comilog c. A.*, la Cour de cassation s'est prononcée sur le fondement du déni de justice et a recherché un lien de rattachement suffisant avec la France susceptible de fonder la compétence du juge français. Elle a décidé que : « [s]i l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international constitue un déni de justice fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France, la seule détention par une société française d'une partie du capital d'une société étrangère ne constitue pas un lien de rattachement au titre du déni de justice ». V. Cass. soc., 14/09/2017, n° 15-26.737 et 15-26.738, *D.*, 2017, p. 1836 ; *D.*, 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke).

²⁸ L'exposé des motifs de la loi sur le devoir de vigilance évoque la notion de sphère d'influence telle que définie par la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale. Cette notion « dépasse la relation de contrôle ou de domination qu'une entreprise peut entretenir avec ses filiales et sous-traitants, puisqu'elle intègre les relations politiques, contractuelles ou économiques à travers lesquelles celle-ci peut influencer les décisions ou les activités d'autres sociétés, entités ou personnes individuelles » (Ass. nat., Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n° 2578, 11/02/2015, Exposé des motifs, p. 6).

devoir de vigilance ayant donné lieu à une décision de justice susceptible de nous éclairer.

347. Néanmoins, l'exercice de comparaison avec le droit anglais est porteur d'enseignements. Les juges de la Cour suprême du Royaume-Uni ont reconnu la compétence du juge du domicile du défendeur de manière univoque. Dans la décision *Vedanta c. Lungowe*, les juges de la Cour suprême du Royaume-Uni ont ainsi affirmé que l'article 4, paragraphe 1, du Règlement Bruxelles I *Bis*²⁹ trouvait application s'agissant de sa compétence pour statuer sur les demandes à l'encontre de la société mère. La décision *Okpabi c. Shell* a également été rendue conformément aux dispositions de l'article 4 du Règlement Bruxelles I *Bis*. Les juges ont statué le 12 février 2021, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de l'Accord de retrait qui proscriit l'application du droit de l'Union³⁰, mais dans une instance déjà engagée avant le retrait du Royaume-Uni. Il faut relever, cependant, que les juges ne se réfèrent pas explicitement aux dispositions du droit de l'Union dans leur décision. Ils se contentent de préciser que la société mère Shell est domiciliée au Royaume-Uni³¹. Ce pourrait être annonciateur de la continuité du contrôle judiciaire pratiqué en matière de compétence judiciaire, alors que le droit de l'Union ne trouve plus à s'appliquer.

348. Finalement, au regard du droit de l'Union, le juge du domicile de la société transnationale poursuivie devrait être saisi des litiges relatifs à la diligence. Les solutions rendues sont néanmoins porteuses de nouvelles incertitudes quant aux suites de la sortie du Royaume-Uni de l'UE, à l'application des règles nationales de droit international privé et, en particulier, de la doctrine du *forum non conveniens*.

²⁹ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 16.

³⁰ V. Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Accord de retrait entre l'Union européenne et le Royaume-Uni, précité, art. 67.

³¹ *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2021] UKSC 3, §§ 1 et 6

C. La compétence du juge du siège de la société poursuivie post-Brexit

349. Les règles de compétence issues du droit de l'Union excluent l'application de la doctrine du *forum non conveniens* (1). Or, la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne rime avec une possible remise en question de la reconnaissance de la compétence du juge du siège de la société poursuivie, au profit d'une analyse des circonstances d'espèce au prisme de la doctrine du *forum non conveniens*, comme le prévoient encore les règles de droit international privé nationales (2).

1. L'exclusion de la doctrine du *forum non conveniens* en application du droit de l'Union européenne

350. De façon concomitante en droit anglais et en droit de l'Union européenne la question de la compétence juridictionnelle a été clarifiée, depuis les années 2000, dans le sens d'une exclusion de la doctrine du *forum non conveniens*³². Cette exclusion résulte, dans un premier temps, d'une analyse des circonstances d'espèce dans la décision de principe *Lubbe c. Cape*³³, prononcée par la Chambre des Lords en 2001. Dans un second temps, sa généralisation s'opère

³² La mise en œuvre d'un contrôle judiciaire sur la base du *forum non conveniens* se fonde sur l'application du test dit de « Spiliada », en référence au précédent central en la matière : *Spiliada Maritime Corp c. Cansulex Ltd* ([1986] UKHL 10). Lord Goff of Chievely y a posé le principe général selon lequel l'exception du *forum non conveniens* ne pourra s'appliquer que « lorsque le tribunal est convaincu qu'il existe un autre forum disponible, compétent, qui est le forum approprié pour le jugement de l'action, c'est-à-dire dans lequel l'affaire peut être jugée plus convenablement pour les intérêts de toutes les parties et les fins de justice ». V. notamment S. Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, 23^{ème} éd., Oxford University Press, Oxford, 2020, pt. 11.26 ; et L. Merrett, « *Uncertainties in the First Limb of the Spiliada Test* », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, n° 1, 2005, p. 211 et s.

³³ *Lubbe c. Cape plc*, [2000] 1 WLR, 1545, HL, §§ 34-35.

par l'arrêt *Owusu c. Jackson* de 2005 de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE). Cette décision a été prononcée à la suite d'une question préjudicielle posée par la division civile de la Cour d'appel concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale en Angleterre et au Pays de Galles³⁴.

351. La décision *Lubbe c. Cape* nous intéresse, au tout premier chef, car elle concerne l'existence d'un *duty of care* du défendeur d'une société mère. Les juges devaient déterminer dans quelle mesure la société mère devait veiller au respect des normes de santé et de sécurité par ses filiales étrangères. L'application de la théorie du *forum non conveniens* était invoquée par le défendeur au soutien de son argumentation en faveur de l'incompétence du juge anglais au profit du juge sud-africain. L'enjeu était alors de déterminer si l'Afrique du Sud présentait les garanties suffisantes de bonne justice pour constituer un for accessible aux demandeurs³⁵. La Chambre des Lords a considéré l'Afrique du Sud comme étant le *forum* le plus approprié : les circonstances étaient révélatrices de liens plus étroits avec l'Afrique du Sud qu'avec l'Angleterre. Mais, plusieurs obstacles s'opposaient à la tenue du procès en Afrique du Sud. Les droits des parties n'auraient pas été préservés de façon satisfaisante, notamment en termes de représentation en justice, et les garanties procédurales n'étaient pas suffisantes pour palier le risque de déni de justice. L'action devait donc se dérouler devant le juge anglais³⁶.

352. La décision de la CJCE *Owusu c. Jackson* a ensuite permis de clarifier et d'harmoniser les termes d'une exclusion systématique du *forum non conveniens*. Les juges excluent l'application de la théorie du *forum non conveniens* au profit de la reconnaissance du « caractère obligatoire de la règle fondamentale de compétence contenue à l'article 2 de la Convention de

³⁴ *Owusu c. Jackson et autres*, [2002] EWCA Civ 877 ; et CJCE, *Owusu c. Jackson*, aff. C-281/02, 01/03/2005 ; Rec., p. I-1383 ; *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 698, note C. Chalas ; *JDI.*, 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M. Winkler ; *Gaz. Pal.*, 2005, n° 147, p. 31, note M.-L. Niboyet.

³⁵ *Lubbe c. Cape plc*, précité, § 32.

³⁶ *Ibid.*, § 54.

Bruxelles »³⁷, aujourd'hui reprise par l'alinéa premier de l'article 4 du Règlement Bruxelles I *Bis*. Néanmoins, la doctrine du *forum non conveniens* a toujours cours dans la *common law* anglaise.

2. L'avenir de l'exclusion du *forum non conveniens* au sein de la *common law* anglaise

353. Dans les décisions *Vedanta* et *Shell*, la doctrine du *forum conveniens* a rejailli au stade du contrôle de la compétence du juge anglais vis-à-vis de la filiale étrangère. Dans les deux cas, la filiale est située dans un pays tiers, hors de l'Union européenne. Or, conformément à l'article 6, paragraphe 1, du Règlement Bruxelles I *Bis*, si le défendeur n'est pas situé dans un État membre, le droit national de l'État devant qui il s'est pourvu doit régler la question de la compétence. Pour déterminer sa compétence, le juge anglais a donc recours à la doctrine du *forum conveniens* telle qu'elle est issue de son droit international privé national. En l'espèce, la mise en balance de différents facteurs de rattachement à la Zambie et au Royaume-Uni conduirait à la reconnaissance de la compétence du juge zambien, en raison des nombreux liens de rattachement avec la Zambie. En effet, l'action « vise à indemniser un grand nombre de résidents zambiens extrêmement pauvres pour négligence ou manquement à une obligation légale en droit zambien en raison de la fuite en Zambie de substances nocives résultant de l'exploitation d'une mine zambienne »³⁸. Mais, même si la Zambie s'avère être le for adapté en raison de ces liens, l'affaire devra être jugée au Royaume-Uni en présence d'un risque avéré que l'accès au juge ne soit pas garanti dans l'État où le dommage a eu lieu. Le risque pour les

³⁷ CJCE, *Owusu c. Jackson*, précité, § 45. Il revenait, par conséquent, au juge anglais de statuer sur la responsabilité délictuelle des sociétés jamaïcaines à l'égard d'un ressortissant anglais ayant souffert d'un dommage corporel du fait d'un manquement allégué de ces sociétés à leur obligation d'assurer la sécurité de la baignade sur une plage dont elles contrôlaient l'usage (*ibid.*, § 12).

³⁸ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 89.

demandeurs de ne pas avoir effectivement accès à un recours en Zambie conduit à privilégier le Royaume-Uni.

354. La reconnaissance de la compétence du juge anglais dépend du constat de l'absence de garanties suffisantes quant à l'accès effectif des plaignants à une voie de recours. Le juge s'attache à déterminer si les victimes seraient privées d'une justice dite « substantielle »³⁹, et non seulement d'un accès formel au juge. Deux constats s'avèrent déterminants : d'une part, « l'impossibilité pratique de financer ces réclamations collectives lorsque les plaignants sont tous dans une extrême pauvreté »⁴⁰ ; d'autre part, « l'absence en Zambie d'équipes juridiques importantes et suffisamment expérimentées pour permettre aux litiges de cette taille et de cette complexité d'être poursuivis efficacement, en particulier contre un prévenu (KCM) avec des antécédents qui suggéraient qu'il se révélerait un adversaire obstiné »⁴¹. Mais, si ce contrôle a permis la reconnaissance de la compétence du juge anglais en l'espèce, il demeure porteur de nombreuses incertitudes et difficultés.

355. L'application de la doctrine du *forum non conveniens* rend rare la reconnaissance de la compétence du juge anglais. D'une part, il incombe au demandeur la tâche complexe de prouver que le Royaume-Uni est le forum approprié. D'autre part, les contentieux sont souvent longs et porteurs d'incertitudes quant à la détermination du *forum* le plus approprié parmi ceux soutenus par les parties. La reconnaissance de la compétence judiciaire du juge anglais est dépendante d'une appréciation circonstanciée et n'apporte aucune sécurité juridique ni prévisibilité quant à la décision de justice. Un retour en grâce de la doctrine du *forum non conveniens*, à la faveur de l'application de la *common law* anglaise, ne serait donc pas souhaitable.

³⁹ Les paragraphes 88 et suivant de la décision *Vedanta c. Lungowe* traitent de la question de « *Substantial justice* » (*ibid.*, § 88 et s.).

⁴⁰ *Ibid.*, § 88.

⁴¹ *Ibid.*, § 89.

356. Plusieurs éléments conduisent cependant à relativiser la probabilité d'un tel retour en grâce. Les juges ont récemment rappelé leur volonté de s'assurer que, sous couvert des demandes relatives aux questions de compétence, il ne s'agisse pas en réalité de procédés dilatoires. Cela serait particulièrement préjudiciable à des justiciables qui disposent de ressources limitées et qui rapportent avoir subi des dommages d'une gravité toute particulière. L'issue d'un litige sur la compétence n'apporte aucun remède aux victimes sur le fond du litige. Dans la décision de la Cour suprême *Vedanta c. Lungowe*, Lord Briggs note « la manière disproportionnée dont ces questions de compétence ont été réglées »⁴², et apporte des précisions quant aux conditions du contrôle de la compétence judiciaire. Tout d'abord, l'exigence de proportionnalité du recours impose la frugalité des moyens de preuves produits par les parties. Elle suppose également que les juges parviennent à une décision sans entrer dans des raisonnements juridiques complexes. La décision de justice doit obéir en priorité au bon sens au regard des faits. Cela signifie que les juridictions d'appel ne devraient pas avoir à intervenir pour démêler des questions de droit complexes en matière de compétence⁴³. Les complexités et les lourdeurs du contrôle du *forum conveniens* apparaissent peu compatibles avec de telles exigences de proportionnalité du recours et de retenue de la part du juge. Un contrôle allégé des questions de compétences devrait avoir lieu. De plus, une évolution du cadre légal pour s'assurer de la compétence du juge anglais pourrait permettre de garantir un droit de recours aux victimes et la protection effective de leurs droits fondamentaux⁴⁴.

⁴² *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 6 : « *It is necessary to say something at the outset about the disproportionate way in which these jurisdiction issues have been litigated* ».

⁴³ Pour qualifier sa démarche, le juge évoque le concept de « *judicial restraint* » (*Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 12).

⁴⁴ Nous devons cette remarque sur la nécessité d'un encadrement légal à Ekaterina Aristova, « *On Emissaries and Control: Corporate accountability in the aftermath of the Shell litigation UK/NL* », webinaire, Essex Business and Human Rights Project, Oxford Business and Human Rights Network,

357. En somme, les conditions de la reconnaissance de la compétence du juge du siège de la société poursuivie ont été largement clarifiées par le droit de l'Union européenne. Les incertitudes se concentrent autour du devenir des solutions, à la suite de la sortie du Royaume-Uni de l'Union. Une clarification devrait intervenir au fil des contentieux à venir. Afin de préserver un accès effectif au juge, elle devrait prendre le sens d'une claire exclusion de l'application de la doctrine du *forum conveniens*. Pour l'heure, tant en droit français qu'en droit anglais, la détermination de la compétence judiciaire permet de dégager une orientation claire dans le sens d'un contrôle judiciaire de la gouvernance de l'entreprise en matière de diligence.

§2. LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA GOUVERNANCE DE L'ENTREPRISE

358. Conçue comme « l'ensemble du dispositif institutionnel et comportemental concernant [les] dirigeants, depuis la structuration de leurs missions et leur nomination, jusqu'au contrôle de leurs actions et aux décisions de régulation les concernant »⁴⁵, la gouvernance de l'entreprise s'intéresse, en principe, davantage à la gestion interne de la société commerciale qu'à l'organisation des relations intersociétaires. Marie Lafargue considère que c'est à tort que l'on parle de gouvernance « d'entreprise » quand celle-ci « a en réalité pour objet la gouvernance de la *société* puisqu'il tend à organiser les relations et le pouvoir entre les organes de direction et

Utrecht Centre for Accountability and Liability Law, 24/02/2021 ; <https://www.youtube.com/watch?v=iq7YwPNMafA> (consulté le 06/05/2022)).

⁴⁵ R. Perez, « Gouvernance de l'entreprise », in N. Postel et R. Sobel (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2013, p. 226.

de contrôle, en d'autres termes la direction, et les actionnaires de la société dominante »⁴⁶. Mais, l'appréhension par le juge du pouvoir exercé par la société débitrice d'un devoir de vigilance ou d'un *duty of care* dans ses relations intersociétaires, et ce, au regard du droit souple qu'elle aura produit⁴⁷, semble marquer un tournant sur ce point. Dans les contentieux relatifs au devoir de vigilance et au *duty of care* de sociétés transnationales, les juges ont dû répondre aux contestations de leur compétence formulées par les parties. **Les analyses de la compétence juridictionnelle convergent en ce qu'elles établissent un lien ténu entre la gouvernance de l'entreprise et la détermination des contours de leur compétence.** Elles permettent d'aboutir à des solutions relatives à des enjeux distincts : les premières décisions françaises sur le fondement de la récente loi sur le devoir de vigilance sont l'occasion de débats sur la compétence matérielle (A), tandis que les décisions *Vedanta c. Lungowe* et *Okpabi c. Shell*, en droit anglais, nous renseignent sur la compétence territoriale des juridictions (B). Enfin, un réel contrôle judiciaire de l'effectivité de la protection des droits fondamentaux devrait tendre vers une appréhension des processus de décision à l'échelle de l'entreprise, et, potentiellement, à permettre d'attirer plusieurs sociétés en tant que codéfendeurs (C).

⁴⁶ M. Lafargue, *Les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, th. Université de Bordeaux, LGDJ, Paris, 2017, § 51.

⁴⁷ La gouvernance d'entreprise fait essentiellement l'objet d'une régulation de droit souple, notamment par des codes de gouvernance. V. notamment E. Mazuyer (dir.), *Quel cadre juridique pour une mise en œuvre effective des codes de gouvernance d'entreprise ?*, Mission de recherche Droit et Justice (2015-2017), rapport final ; <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/05/Rapport-final-Mazuyer-1.pdf> (consulté le 06/05/2022).

A. Contrôle de la gouvernance et reconnaissance de la compétence matérielle du juge en droit français

359. La compétence matérielle du juge français est l'enjeu central des premiers contentieux sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance. Ces actions ont été introduites afin de voir le juge enjoindre la société poursuivie d'élaborer un plan de vigilance et de mettre en œuvre les mesures nécessaires à éviter la survenance de dommages⁴⁸. Or, les débats judiciaires et doctrinaux ont buté sur la question de la compétence matérielle du juge, en l'absence de juge désigné par le texte de loi pour le traitement des affaires.

360. Les premières décisions divergent sur ce point. Le 11 février 2021, le tribunal judiciaire s'est reconnu compétent pour connaître d'une action diligentée par des associations et des collectivités territoriales contre la société Total sur le fondement des articles L. 225-102-4, I du Code de commerce et 1252 du Code civil⁴⁹. Ce dernier article permet de saisir le juge pour prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le préjudice écologique ou faire cesser le dommage. La décision a été confirmée en appel⁵⁰. Mais, le juge s'est prononcé uniquement sur le fondement des articles relatifs au préjudice écologique, invoqués par les demandeurs aux côtés des dispositions relatives au devoir de vigilance, pour justifier la compétence du juge judiciaire⁵¹. Il cite l'article L. 211-20 du code de l'organisation judiciaire, qui prévoit une compétence spéciale du tribunal judiciaire dans le cadre des actions relatives au préjudice

⁴⁸ Les assignations se fondent sur les anciens articles 808 et suivants (aujourd'hui article 834 et suivants) du Code de procédure civile qui permettent au Président du tribunal judiciaire de prendre une ordonnance de référé pour prescrire des mesures de nature à prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite. V. C. pr. civ., anc. art. 808 et s., désormais art. 834 et s.

⁴⁹ TJ Nanterre, ord., 11/02/2021, n° 20-00915 ; *Dalloz actualité*, 17/02/2021, note P. Métais et E. Valette.

⁵⁰ CA Versailles, 18/11/2021, n° 21/01661.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 9-10.

écologique. Par conséquent, la décision ne clarifiait pas l'attribution des compétences en matière de devoir vigilance.

361. Quelques mois plus tôt, dans une autre affaire dans laquelle un défaut de vigilance était reproché à Total dans le cadre de ses activités en Ouganda, le tribunal judiciaire s'était reconnu incompétent au profit du tribunal de commerce⁵². Cette interprétation de la loi a été confirmée par la cour d'appel en décembre 2020⁵³. La décision d'appel a été cassée et annulée par la Cour de cassation⁵⁴.

362. Le contrôle des juges du fond s'est articulé autour d'une problématique de qualification des mesures de vigilance : **le plan de vigilance est-il un acte de gestion interne à la société ou relève-t-il d'une politique plus globale, s'inscrivant dans la gouvernance de l'entreprise transnationale, pour la protection des droits fondamentaux et de l'environnement ?**

363. **La première alternative, en réponse à cette interrogation, emporte la compétence du juge commercial.** Conformément à l'article L. 721-3, 2° du Code de commerce, les tribunaux de commerce connaissent des contestations relatives aux sociétés commerciales dans ce cadre. La jurisprudence a interprété cette disposition comme emportant la compétence du juge commerciale à propos des questions en lien direct avec la gestion de la société⁵⁵. Les parties ont discuté la pertinence et la mise en œuvre de ce critère au regard des spécificités du contentieux relatif à la loi sur le devoir de vigilance. La société poursuivie a estimé que toute

⁵² TJ Nanterre, ord. référé, 30/01/2020, n° 19/02833 ; *D.*, 2020, p. 970, note N. Cuzacq.

⁵³ CA Versailles, 10/12/2020, n° 20/01692 et 20/01693 ; *Dalloz actualité*, 11/01/2021, note P. Métais et E. Valette ; *RTD com.*, 2021, p. 135, obs. B. Lecourt ; *Rev. sociétés*, 2021, p. 298, note B. Leray.

⁵⁴ Cass. com., 15/12/2021, n° 21-11.882 B : *Dalloz actualité*, 17/01/2022, obs. Q. Chatelier ; *Rev. sociétés*, 2022, p. 173, note A. Reygrobellet ; *JCP E*, 2022, n° 1067, note B. Dondero ; *RJDA*, 2022, n° 121 ; *Dr. sociétés*, 2022, n° 30, obs. J.-F. Hamelin.

⁵⁵ V. notamment M.-L. Coquelet, « Lien direct à la gestion de sociétés commerciales et compétence consulaire », *Dr. Sociétés*, n° 3, 2010, p. 12 et s. ; et B. Dondero, « Compétence du tribunal de commerce pour les fautes se rattachant par un lien direct à la gestion d'une société commerciale », *D.*, 2010, p. 296 et s.).

question relative à son fonctionnement implique la compétence du juge commercial sur le fondement de l'article L. 721-3, 2° du Code de commerce. Les associations ont, pour leur part, considéré que le critère du lien direct était inopérant en l'espèce car il emporte la compétence du juge commercial s'agissant des « contestations relatives à la constitution, au fonctionnement ou à la dissolution d'une société commerciale et ne porte pas sur la préservation des êtres humains face aux activités d'une société commerciale »⁵⁶. Elles ont été démenties sur ce point par la Cour d'appel de Versailles en 2020, qui a retenu la pertinence du critère du lien direct avec la gestion. Selon elle, le devoir de vigilance consisterait principalement en la rédaction d'un plan de vigilance publié et inséré dans le rapport de gestion⁵⁷. Cette insertion serait le signe de « l'intégration de ces enjeux sociaux et environnementaux à l'activité de la société commerciale »⁵⁸ et du rôle central des organes décisionnels de la société. C'est, en effet, à eux que sont soumises les informations concernant ces enjeux⁵⁹. Même si les mesures de vigilance impliquent pour la société « un élargissement de son domaine d'intervention »⁶⁰, celui-ci devra se traduire dans sa gestion interne par des engagements volontaires, tels que des « guides de bonne conduite et une évolution des critères de rémunération tenant compte des objectifs "de responsabilité sociétale" »⁶¹.

364. La seconde alternative emporte une option de compétence pour le demandeur, et la possible compétence du juge civil. Tout d'abord, la compétence de droit commun du juge

⁵⁶ CA Versailles, 10/12/2020, n° 20/01692 et 20/01693, précitée, p. 13.

⁵⁷ Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont inclus dans le rapport de gestion mentionné à l'article L. 225-100, alinéa 2, du Code de commerce. V. C. com., art. L. 225-102-4, I.

⁵⁸ CA Versailles, 10/12/2020, n° 20/01692 et 20/01693, précitée, p. 16.

⁵⁹ La Cour d'appel a repris à son compte la référence faite par la société poursuivie à la notion d'intérêt telle qu'elle résulte du nouvel article 1833, alinéa 2, du Code civil, qui prévoit que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » (CA Versailles, 10/12/2020, n° 20/01692 et 20/01693, précitée, pp. 13, 14 et 16).

⁶⁰ *Ibid.*, p. 16.

⁶¹ *Ibid.*, p. 17.

civil se fonde sur l'article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire, selon lequel « le tribunal judiciaire connaît de toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de la nature de la demande, à une autre juridiction ». Or, le tribunal judiciaire de Nanterre a considéré que la portée des mesures de vigilance « excède très largement, par sa raison d'être et les risques dont il est destiné à prévenir la réalisation, le strict cadre de la gestion de la société commerciale »⁶². Le juge reconnaît l'extension du périmètre de la vigilance en matière de droits fondamentaux et d'atteintes à l'environnement, au-delà de la société, afin de prendre en compte l'entreprise au sens large. Par conséquent, le lien direct avec la gestion serait certes présent, mais n'est pas déterminant. Il ne pourrait fonder la compétence exclusive du juge commercial sur le fondement de l'article L. 721-3, 2° du Code de commerce. Et, puisque la compétence de droit commun du juge judiciaire est admise, le demandeur non commerçant peut bénéficier du droit d'option ouvert par la jurisprudence sur le fondement de l'article L. 721-3 du Code de commerce⁶³.

365. La jurisprudence s'est récemment stabilisée sur ce point. **La question a été tranchée par la Cour de cassation, après plusieurs années de procédure dans le litige opposant plusieurs associations et le syndicat CFDT, auteurs de deux pourvois⁶⁴, à la société Total⁶⁵.**

La Cour de cassation a considéré que, si le plan de vigilance possède « un lien direct avec la

⁶² TJ Nanterre, ord., 11/02/2021, n° 20-00915, précitée.

⁶³ La dernière décision en ce sens est l'arrêt dit « Uber » du 18 novembre 2020 (Cass. com., 18/11/2020, n° 19-19.463, FS-P+B ; *Rev. sociétés*, 2021, p. 165, note A. Reygrobelle). Elle est citée à l'appui de l'ouverture d'un droit d'option par le juge de première instance (TJ Nanterre, ord., 11/02/2021, n° 20-00915, précitée, pp. 4-5 et 9-10).

⁶⁴ Le pourvoi n° F 21-11.957 a été joint au pourvoi n° Z 21-11.882, tous deux formés contre l'arrêt de la cour d'appel de Versailles rendu le 10 décembre 2020 (n° 20/01692).

⁶⁵ Cass. com., 15/12/2021, n° 21-11.882, précitée. Si une clarification de la question de la compétence matérielle du juge sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance était sans doute nécessaire par les juges du droit, il est regrettable qu'une procédure en référé, marquée par l'urgence, ne donne potentiellement lieu à la mise en œuvre de mesures de prévention d'atteintes graves aux droits fondamentaux et à l'environnement que plusieurs années après l'introduction de l'action en justice.

gestion de cette société, justifiant la compétence des juridictions consulaires par application du 2° de l'article L. 721-3, le demandeur non commerçant qui entend agir à cette fin dispose toutefois, en ce cas, du choix de saisir le tribunal civil ou le tribunal de commerce »⁶⁶. Au visa de l'article L. 211-3 du code de l'organisation judiciaire et des articles L. 721-3 et L. 225-102-4 du Code de commerce, la Cour a définitivement rejeté la compétence exclusive des tribunaux de commerce. **Concomitamment, les Parlementaires ont adopté un nouvel article L. 211-21 du Code de l'organisation judiciaire, afin d'attribuer au tribunal judiciaire de Paris la compétence s'agissant des actions relatives au devoir de vigilance fondées sur les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce**⁶⁷.

366. À la différence du contentieux français, la question de la compétence matérielle du juge n'a pas été débattue lors des contentieux relatifs à l'application du standard de *care* aux sociétés anglaises. Les récentes affaires Vedanta et Shell ont été jugées en première instance par le tribunal de la technologie et de la construction (*Technology and Construction Court*) en première instance. Il s'agit d'une sous-division de la division du banc de la Reine (*Queen's Bench Division*) de la haute Cour de justice (*High Court of Justice*)⁶⁸. Ce tribunal compte parmi les juridictions spécialisées d'Angleterre et du Pays de Galles compétentes en matière commerciale et en matière de propriété⁶⁹. Il dispose également d'une compétence environnementale. C'est davantage au titre de cette dernière compétence qu'il a jugé les affaires précitées, car les atteintes alléguées aux droits fondamentaux étaient assorties de dommages

⁶⁶ Cass. com., 15/12/2021, n° 21-11.882, précitée, pt. 6.

⁶⁷ Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, JORF n° 0298, 23/12/2021, art. 56.

⁶⁸ *Civil Procedure Rules*, « *Technology and construction court claims* », part 60 ; <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part60> (consulté le 06/05/2022).

⁶⁹ *Practice Direction 57AA*, « *Business and Property Courts* » ; <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/practice-direction-business-and-property-courts> (consulté le 06/05/2022).

environnementaux. La nature commerciale du litige n'était pas déterminante, comme le suggère la compétence ultérieure de la division civile de la Cour d'appel (*England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*) dans ces affaires. Devant la Cour suprême du Royaume-Uni, un contrôle juridictionnel de la gouvernance de l'entreprise a ensuite été mené, à l'occasion de la détermination de la compétence territoriale du juge anglais.

B. Contrôle de la gouvernance et reconnaissance de la compétence du juge anglais

367. Dans la décision *Vedanta c. Lungowe*, la Cour Suprême du Royaume-Uni a affirmé que l'enjeu principal, en vue de déterminer l'existence d'un *duty of care* à l'égard des tiers victimes, est celui du « contrôle significatif »⁷⁰ exercé ou de la « responsabilité assumée dans les opérations »⁷¹ d'une société par une autre. Le lien entre compétence juridictionnelle et *duty of care* s'exprime ici : le constat de l'existence d'un tel devoir conduit le juge à se reconnaître compétent⁷². Dans le cadre du contrôle de ces relations intersociétaires, la compétence du juge s'agissant des sociétés poursuivies – pour l'une domiciliée au Royaume-Uni et pour l'autre domiciliée dans un pays tiers – fait l'objet d'une analyse conjointe. Elle suppose d'appréhender la gouvernance de l'entreprise, et non seulement la gestion interne à l'une ou l'autre des sociétés.

368. La détermination de la compétence du juge anglais, s'agissant de la société étrangère, dépend de la reconnaissance de sa compétence à l'égard de la société domiciliée au Royaume-

⁷⁰ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 54.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² En ce sens, v. H. Muir Watt, « La saga juridictionnelle Vedanta (suite) : le devoir de vigilance de la société-mère à l'égard des tiers (Cour suprême du Royaume-Uni, 10 avr. 2019, [2019] UKSC 20) », *Rev. crit. DIP*, 2019, p. 504.

Uni poursuivie pour manquement à son *duty of care*. Cette dernière est le défendeur d’ancrage. L’article 3.1, paragraphe 3, des *Practice Directions and the Civil Procedures Rules* trouve application⁷³. Cet article ménage une compétence d’exception, dite du « *necessary and proper party gateway* »⁷⁴. Il autorise le juge à se reconnaître compétent si la société étrangère est poursuivie en même temps qu’un défendeur d’ancrage domicilié au Royaume-Uni. Le bien-fondé des poursuites sera apprécié au regard des preuves rapportées à l’appui des prétentions à l’encontre du défendeur d’ancrage.

369. Néanmoins, le « *necessary or proper party gateway* » suppose un contrôle plus vaste que les dispositions de procédure civile précitées ne veulent bien le laisser paraître. Ce contrôle aura lieu sur la base de la doctrine jurisprudentielle du *forum non conveniens*. Il nécessite la satisfaction de différents critères⁷⁵. Parmi ceux-ci, la « question de savoir si les demandeurs soulèvent une véritable question pouvant être jugée contre Vedanta (*real triable issue*) »⁷⁶ constitue l’enjeu central de la décision. Il faudra constater l’existence d’une question qui

⁷³ V. *Civil Procedure Rules (CPR), Practice Direction 6B*, § 3.1 (3) ; https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part06/pd_part06b#3.1 (consulté le 06/05/2022). Ces Directives pratiques précisent l’application des règles de procédures civile à la manière d’une circulaire d’application en droit français. V. G. Gadbin-George, A. Brunon-Ernst, A. Sabatier, S. Vincent, J. Beplate, *Glossaire de droit anglais*, 2^{ème} éd., Dalloz, « Méthodes du droit », Paris, 2018, p. 248.

⁷⁴ Au sujet de cette exception, v. J. A. Jolowicz, « *Practice Directions and the Civil Procedures Rules* », *Cambridge Law Journal*, 2000, p. 53 ; et S. Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, *op. cit.*, pt. 11.20.

⁷⁵ Ces critères sont rappelés par le juge. Ils supposent :

« i) que les demandes contre le défendeur principal impliquent une question réelle à juger ;
ii) dans l’affirmative, qu’il est raisonnable pour le tribunal de trancher cette question ;
iii) que le défendeur étranger est une partie nécessaire ou légitime aux côtés du défendeur d’ancrage ;
iv) que les réclamations contre le défendeur étranger aient de réelles chances de succès ;
v) que, soit l’Angleterre est le lieu approprié pour présenter les demandes, soit il existe un risque réel que les demandeurs n’obtiennent pas justice substantiellement dans la juridiction étrangère alternative, même si cela aurait autrement été le lieu approprié, ou le *forum* pratique ou naturel » (*Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 20).

⁷⁶ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 9. et *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2021] UKSC 3, § 21.

justifiera d'être examinée par le juge : la « *real triable issue* »⁷⁷. Elle conduit à déterminer l'existence d'un *duty of care* de la société, au regard de ses engagements volontaires. C'est dans ce cadre, et afin de déterminer la justiciabilité de l'affaire, que le contrôle judiciaire de la gouvernance d'entreprise s'opère. Les « modes de direction et de contrôle »⁷⁸ mis en place au sein de l'entreprise transnationale sont analysés. Les plaignants sont parvenus à collecter des preuves que la société mère exerçait « un niveau suffisamment élevé de supervision et de contrôle des activités à la mine » gérées par sa filiale pour se voir reconnaître un *duty of care* à leur égard. Les preuves retenues étaient les engagements volontaires publiés par la société mère, et qui avaient pour vocation à déterminer la politique du groupe de sociétés à l'échelle transnationale en matière environnementale⁷⁹. Il en ressort que la société mère est intervenue dans la gestion de sa filiale pour la mise en œuvre de ses engagements⁸⁰. Des témoignages de l'interventionnisme et du contrôle de la société mère dans la direction de sa filiale ont également été produits⁸¹.

370. Ainsi, les organes de direction d'une société étendent leur pouvoir de contrôle à la gouvernance d'une autre société. Le but de ce procédé est de mettre en œuvre des mesures de diligence visant à prévenir une atteinte aux droits fondamentaux des tiers en lien avec l'activité de la société contrôlée. La diligence exercée par une société doit donc trouver un

⁷⁷ Dans l'affaire Shell, le juge se réfère expressément à ce test. *V. Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2021] UKSC 3, § 21. À ce sujet, v. D. Palombo, « *Okpabi v Shell and Lungowe v Vedanta Dispel Three Myths* », Corporate Responsibility Coalition (CORE), 30/03/2021 ; corporate-responsibility.org/okpabi-v-shell-lungowe-v-vedanta-dispel-three-myths/ (consulté le 06/05/2022).

⁷⁸ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 9 ; et *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2021] UKSC 3, § 51.

⁷⁹ Les engagements environnementaux sont analysés car la société mère est poursuivie pour la pollution de cours d'eaux. Ces dégâts auraient occasionné des dommages environnementaux, sur la santé des habitants et sur leurs activités agricoles (*ibid.*, § 1).

⁸⁰ *Ibid.*, § 53.

⁸¹ *Ibid.*, § 55.

écho dans l'activité d'une autre société. Par conséquent, à la suite de la violation des droits des tiers, les deux sociétés doivent pouvoir être poursuivies ensemble.

C. Le renouvellement du contrôle de la gouvernance par l'action contre des codéfendeurs

371. Le contrôle par le juge de la gouvernance de l'entreprise pourrait s'opérer sur le fondement du droit de l'Union, et plus précisément de l'article 8 du Règlement Bruxelles I *Bis*. En son premier alinéa, cet article prévoit qu'« une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut aussi être attrait : 1) s'il y a plusieurs défendeurs, devant la juridiction du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ». L'action contre des codéfendeurs, pour qu'elle puisse se tenir devant le juge compétent pour le défendeur d'ancrage, est conditionnée à la preuve de liens étroits entre leurs demandes. Les engagements volontaires mis en œuvre dans le cadre des relations entre codéfendeurs pourraient permettre de rapporter la preuve de ces liens.

372. En droit français, ce fondement pourrait être mobilisé si la compétence territoriale du juge venait à être discutée dans le cadre d'une action où plusieurs sociétés étaient poursuivies ensemble. Cela n'a pour l'heure jamais été le cas s'agissant des contentieux relatifs au devoir de vigilance. Aucune exception d'incompétence internationale n'a été soulevée devant les tribunaux français. La compétence du juge français n'a pas été litigieuse, car seule une société française, visée par la loi sur le devoir de vigilance comme titulaire de l'obligation d'établir et de mettre en œuvre des mesures de vigilance, a été poursuivie. Aucun codéfendeur étranger n'a été poursuivi à ses côtés. Dès lors, la clarification de la compétence du juge et l'aménagement

d'une compétence d'exception pour connaître des actions dirigées contre les différentes entités qui composent l'entreprise transnationale n'a pu avoir lieu. Dans un arrêt *Comilog* du 28 janvier 2015, la Chambre sociale de la Cour de cassation a certes admis une situation de coemploi, permettant ainsi au demandeur d'attirer devant le juge français une société mère étrangère et sa filiale française⁸². Cependant, cette décision est d'une pertinence limitée au regard du contentieux relatif à la loi sur le devoir de vigilance. En effet, le coemploi permet une levée du voile sociétaire que la loi sur le devoir de vigilance n'autorise pas. Seules les sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre sont visées par cette loi⁸³. Elle ne constitue pas le fondement d'une action également dirigée comme la filiale ou le sous-traitant.

373. S'agissant du contentieux anglais, le droit de l'Union européenne ne pourrait pas être mobilisé depuis la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, le 1^{er} janvier 2021. L'option de compétence prévue à l'article 8 du Règlement Bruxelles I *Bis* n'est plus ouverte. Néanmoins, dans les affaires relatives au *duty of care* d'une société mère, la filiale étrangère de celle-ci a été également poursuivie en application du droit national. Comme nous l'avons vu, le défendeur d'ancrage peut permettre d'attirer un défendeur étranger selon les règles de procédure civile⁸⁴. Cependant, le juge s'appuie largement sur la doctrine du *forum non conveniens*, ce qui risque de constituer un obstacle majeur pour les actions à venir. Un aménagement de la compétence judiciaire allant dans le sens de la reconnaissance de la compétence des tribunaux anglais demeure possible, mais elle devrait s'appuyer sur une réforme du droit interne dans le sens

⁸² Cass. soc., 28/01/2015, n° 13-22.994 ; *Bull. civ.* V, n°17 ; *Rev. sociétés*, 2015, p. 753, note T. Mastrullo ; *JCP S*, n° 17-18, 1162, 2015, p. 1, note J.-P. Tricoit. V. également J. Porta, « La compétence internationale à l'épreuve de la globalisation - À propos de l'affaire *Comilog* », *Dr. ouvrier*, 2016, p. 241 et s. ; et J. Porta, « A la recherche du juge français pour responsabiliser l'entreprise transnationale », in A. Ghenim, C. Hannoun, P. Henriot, E. Peskine, F. Rilov et S. Vernac (dir.), *Groupes de société et droit du travail*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2019, p. 31 et s.

⁸³ À ce sujet, v. notamment O. Boskovic, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D.*, 2016, p. 385 et s.

⁸⁴ V. *supra* n° 368.

d'une exclusion explicite du *forum non conveniens*.

374. Il ressort de ces récentes décisions une réelle proximité des analyses des juges français et anglais. S'agissant de la méthode, l'analyse est centrée sur la gestion de la société et tend à la prise en compte des engagements volontaires de celle-ci. Elle prend également en compte la portée transnationale des mesures et la spécificité des atteintes aux droits fondamentaux survenues au sein de chaînes de valeur mondiales. S'agissant de la finalité, les juges se livrent, pour la détermination de leur compétence, à un examen préalable orienté vers l'analyse du fond de l'affaire quant à l'existence d'un *duty of care* dont la société serait débitrice en droit anglais, et des conditions de la mise en œuvre du devoir de vigilance en droit français. La compréhension des enjeux ne semble donc pas manquer. Mais une clarification des questions de compétence devrait intervenir pour garantir le droit d'action des victimes⁸⁵.

375. Pour conclure, l'État d'origine de la société a l'obligation de pourvoir à un accès effectif des victimes au juge. Cette obligation suppose la reconnaissance de la compétence des juges de ce pays pour sanctionner le défaut de diligence d'une société transnationale. Partant de cet impératif, **la question de la compétence judiciaire est tranchée à la suite d'un contrôle judiciaire de la gouvernance de l'entreprise transnationale**. L'entreprise au sens large est le lieu de la mise en œuvre de la diligence à l'échelle transnationale. La société mère ou le donneur d'ordre ne doivent pas cantonner les mesures de prévention à leur gestion interne. **La protection effective des droits fondamentaux commande, dès lors, d'appréhender les**

⁸⁵ Celle-ci ne pourra pas intervenir de façon harmonisée en France et en Angleterre en raison de la sortie du Royaume-Uni de l'UE. Une solution commune à l'UE et au Royaume-Uni serait envisageable si ce dernier rejoignait la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, 10/06/2009 (révision : 2016), JOUE L 147/5, 08/04/2020, art. 2). Le Royaume-Uni a demandé d'y adhérer. Tous les États membres doivent donner leur consentement dans un délai d'un an. Seuls quelques États ont agi dans ce sens.

mesures de diligence à l'aune d'une réforme de l'entreprise transnationale tout entière.

Une telle réforme suppose de ne pas considérer la diligence en matière de droits fondamentaux comme un acte de gestion parmi d'autres. L'enjeu est plutôt de modifier le prisme d'analyse de la société à l'aune de la spécificité et de la gravité des atteintes. Pour l'heure, la diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux n'a pas emprunté une direction si ambitieuse. Elle demeure néanmoins une force de changement, qu'il convient de mobiliser en ménageant les conditions de son application en cas de conflit de lois.

SECTION 2. L'APPLICATION DE LA LOI DE LA SOCIÉTÉ

377. La protection effective des droits fondamentaux par les standards de diligence commande de voir s'appliquer les droits nationaux qui prévoient ces standards. Par suite, il convient d'analyser la mobilisation par le juge des dispositions légales relatives au devoir de vigilance et des précédents en matière de *duty of care* aux sociétés transnationales (§1). Dans ce cadre, la prise en compte de la gouvernance de l'entreprise transnationale peut contribuer à la détermination de la loi applicable (§2).

§1. UN ENJEU D'APPLICATION DES STANDARDS DE VIGILANCE ET DE CARE

378. La loi applicable à une action délictuelle en matière civile et commerciale est « celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent »⁸⁶, sur le fondement de l'article 4, paragraphe 1, du Règlement n° 864/2007, dit « Rome II ». Il s'agit de la règle générale applicable au sein de l'Union européenne⁸⁷. Celle-ci reprend la solution de la « *lex loci delicti commissi* » communément admise dans les droits nationaux de la plupart des États membres. L'objectif est d'en uniformiser l'application et l'interprétation pour favoriser la prévisibilité des décisions de justice et la sécurité juridique⁸⁸.

⁸⁶ PE et Conseil, Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, (dit « Rome II »), JOUE L 1999/40, 31/07/2007, art. 4 § 1.

⁸⁷ A. Dickinson, « *Rome II Regulation (non-contractual obligations)* », in *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2017, p. 1566.

⁸⁸ PE et Conseil, Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, (dit « Rome II »), précité, consid. 15 et 16.

L'accent placé sur le dommage plutôt que sur le fait générateur est aussi cohérent avec l'évolution de la responsabilité civile dans le sens du développement de systèmes de responsabilité objective⁸⁹.

379. En principe, la loi de l'État où est domiciliée la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre poursuivie pour son défaut de diligence ne devrait donc pas trouver application. Or, **le droit d'action des victimes, sur le fondement des standards de vigilance et de *care* en présence de dommages soufferts à l'étranger, dépend de l'application des droits français et anglais aux sociétés transnationales**⁹⁰.

380. Néanmoins, la potentielle inapplicabilité des standards de vigilance et de *care* aux sociétés transnationales est à relativiser. En l'absence de précision du texte de loi sur le devoir de vigilance et de décisions des tribunaux français sur la question, des options de rattachements alternatifs ont été envisagées par la doctrine (A). Et, en droit anglais, il faut également compter sur les options issues de la jurisprudence pour la désignation de la *common law* anglaise comme le droit applicable (B).

A. L'application du standard de vigilance aux sociétés transnationales

381. La loi sur le devoir de vigilance n'apporte aucune précision quant à son application dans un contexte international. Mais, l'intention du législateur semble être de voir la loi française

⁸⁹ Les règles de droit international européen ont ainsi vocation à s'adapter « à la conception moderne du droit de la responsabilité civile et au développement des systèmes de responsabilité objective » (*ibid.*, consid. 16). À ce sujet, v. O. Boskovic, V° Loi applicable aux obligations non contractuelles (matières civiles et commerciales), *Répertoire Dalloz de droit européen*, 2010, n° 27.

⁹⁰ Horatia Muir-Watt pointe ce risque au sujet du devoir de vigilance, qui risquerait de n'être « jamais applicable dès lors que les faits dommageables se situent hors de France (et précisément contourné dès lors que le dommage se réalise dans un pays choisi précisément en raison du faible niveau de régulation écologique, sanitaire etc.) » (H. Muir-Watt, « Devoir de vigilance et droit international privé. Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017 », *op. cit.*, p. 50).

s'appliquer plutôt que la loi étrangère en cas de conflit de lois. La loi sur le devoir de vigilance est qualifiée de « loi impérative »⁹¹ dans l'exposé des motifs de la proposition de loi : ce « texte novateur »⁹² est à appréhender comme « une loi impérative, afin que la loi française puisse primer une loi étrangère normalement applicable au contrat, lorsqu'elle est plus protectrice pour la partie la plus faible »⁹³. La référence au contrat est pour le moins maladroite et porteuses de confusion. Le devoir de vigilance est un ensemble d'obligations destinées à protéger des tiers aux contrats conclus par la société débitrices des obligations de prévention. Il permet d'envisager l'action en justice de ces tiers sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle. Se révèlent également ici « les prémises d'une réflexion sur une éventuelle nouvelle catégorie du conflit de lois »⁹⁴, sans que celles-ci n'aient finalement abouti à l'insertion de règles spéciales dans le texte de loi.

382. La loi du pays où le dommage survient doit ainsi être la loi française pour que les dispositions relatives au devoir de vigilance trouvent application, conformément à la règle générale édictée par l'article 4, paragraphe 1, du Règlement Rome II. Le juge n'a pas eu encore à statuer sur cette question dans le cadre d'un contentieux relatif au devoir de vigilance. Certaines décisions de justice sont néanmoins porteuses d'enseignements quant à l'interprétation du lieu du dommage dans des contextes approchant. La Cour de cassation a récemment eu à connaître des poursuites dirigées contre un organisme de certification allemand. Il lui était reproché des manquements à ses obligations de vigilance dans le cadre d'opérations de certification de prothèses mammaires⁹⁵. Ces produits se sont avérés défectueux. La

⁹¹ Ass. Nat., Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n° 2578, 11/02/2015, Exposé des motifs, p. 10.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ E. Pataut, « Le devoir de vigilance – aspects de droit international privé », *Dr. soc.*, 2017, p. 833 et s.

⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 01/10/2018, n° 17-14.401, *D.*, 2019, p. 1956, obs. L. d'Avout, S. Bollée et E. Farnoux ; *RDSS*, 2018, p. 1105, obs. J. Peigné ; et Cass. civ. 1^{ère}, 01/10/2018, n° 15-26.093, *D.*, 2018, p. 1971 ;

responsabilité délictuelle du certificateur a été recherchée par les victimes. Le lieu du dommage identifié par la Première chambre civile est la France, c'est-à-dire le lieu de mise en œuvre des obligations. Les demandeurs au pourvoi soutenaient que les demandes se rattachaient principalement au centre de décision du groupe de sociétés de certification situé en Allemagne, au sens de l'article 4, paragraphe 3, du Règlement Rome II. Finalement, le droit français a été reconnu applicable. Dès lors, en présence d'une pluralité de faits générateurs situés dans différents États et d'un dommage pouvant se situer à l'endroit où les décisions sont prises ou exécutées, le droit français pourrait s'appliquer si la France est reconnue comme le lieu de la mise en œuvre des obligations de la société. Dans l'hypothèse d'activités transnationales déployées par une société française et d'un défaut de vigilance ayant entraîné un dommage à l'étranger, cela conduirait plutôt à l'application de la loi étrangère.

383. La désignation de loi française doit dès lors être envisagée à l'aune des exceptions de compétence en matière délictuelle prévues par le Règlement Rome II⁹⁶. D'une part, la loi sur le devoir de vigilance pourrait compter parmi les « dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle »⁹⁷. Elle se verrait attribuée la qualité de loi de police et son application dérogerait à la *lex loci damni*⁹⁸. D'autre part, le devoir de vigilance pourrait être envisagé comme une des règles de

ibid., 2019, p. 1016, obs., S. Clavel et F. Jault-Seseke. V. aussi : D. Sindres, « L'appréhension par le droit international privé de l'action en responsabilité d'un tiers fondée sur un manquement contractuel du défendeur », *Rev. crit. DIP*, 2020, p. 711.

⁹⁶ Sur l'application du texte général de référence que constitue le Règlement Rome II, v. L. Sinopoli, « RSE des multinationales – Ancrer la "RSE" des multinationales – Pistes sur le terrain des conflits de lois », *CDE*, n° 5, dossier n° 31, 2017, p. 38 et s. ; et E. Pataut, « Le devoir de vigilance – aspects de droit international privé », *op. cit.*, p. 833 et s.

⁹⁷ PE et Conseil, Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, précité, art. 16.

⁹⁸ La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a précisé qu'il faut qualifier les dispositions impératives dérogatoires de l'article 16 de lois de police au sens de l'article 9 du Règlement dit Rome I, dans un souci de cohérence dans l'application des textes. Cet article définit la loi de police en ces termes : « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts

sécurité et de comportement du droit français⁹⁹. Ce standard permet, en effet, d'évaluer le comportement de la société transnationale dont la responsabilité est recherchée et son rôle dans la survenance du fait dommageable. Néanmoins, les options prévues par le Règlement Rome II ne sont pas entièrement satisfaisantes. Une contradiction demeure entre l'objectif des standards de diligence d'encadrer les activités de l'entreprise transnationale au sens large et l'application de la loi de la société. Les contentieux relatifs au *duty of care*, où la société mère et la société fille ont été conjointement poursuivies, semblent davantage prendre en compte le déploiement de l'entreprise transnationale, tout en demeurant porteurs d'incertitudes.

B. L'application du standard de *care* aux sociétés transnationales

384. Les décisions relatives au *duty of care* de sociétés anglaises en matière de droits fondamentaux se fondent sur l'application de la *common law* anglaise¹⁰⁰, quand bien même le dommage est survenu dans le cadre des opérations d'une filiale située à l'étranger. Dans les affaires *Vedanta* et *Shell*, la Cour suprême du Royaume-Uni relève que les sociétés sont

publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement » (PE et Conseil, Règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOUE L 177/6, 04/07/2008, art. 9.1.). V. CJUE, aff. C-149/18, 31/01/2019, n° 27-28 ; *D.* 2019, p. 257 ; *ibid.*, p. 1016, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *ibid.*, p. 1956, obs. L. d'Avout, S. Bollée et E. Farnoux ; *Rev. crit. DIP*, 2019, p. 557, note D. Bureau.

⁹⁹ PE et Conseil, Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, précité, art. 17.

¹⁰⁰ La société mère est poursuivie pour avoir méconnu son *duty of care* de *common law* anglaise et pour avoir violé des dispositions légales du droit local. Mais, le juge note que les mêmes faits sont reprochés à la société afin, dans les deux cas, de rechercher sa responsabilité. Par conséquent, seules les réclamations fondées sur le *duty of care* sont retenues. V. *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2021] UKSC 3, § 8 ; et *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 65.

poursuivies sur le fondement du *duty of care* que la *common law* anglaise leur reconnaîtrait¹⁰¹. L'application de la loi étrangère du fait de la survenance du dommage à l'étranger n'a pas été invoquée par les parties et n'a donc pas été discutée par le juge. L'application du Règlement Rome II n'a été abordée qu'en première instance, et uniquement dans l'affaire *Shell*. La haute cour relève que la loi sur le fondement de laquelle sont formulées les demandes est celle de l'Angleterre et du Pays de Galles¹⁰². Elle considère que l'article 7 du Règlement Rome II peut trouver application. Cet article prévoit que la « loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un dommage environnemental ou de dommages subséquents subis par des personnes ou causés à des biens est celle qui résulte de l'application de l'article 4, paragraphe 1 »¹⁰³, c'est-à-dire la loi du lieu du dommage. Mais, elle offre également la possibilité au demandeur en réparation « de fonder ses prétentions sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit »¹⁰⁴. Les manquements allégués aux obligations de prévention découlant du *duty of care* de la société anglaise constitueraient le fait générateur du dommage. Le juge considère, dès lors, que les demandeurs ont, à raison, choisi d'agir sur le fondement du droit applicable en Angleterre et au Pays de Galles, conformément à l'option offerte par l'article 7. Il précise également que l'application du droit nigérian ne changerait pas sa solution quant au fond du litige. En effet, le Nigeria est un pays de *common law*. Par conséquent, il y règne une communauté d'application et d'interprétation de la jurisprudence avec l'Angleterre et le Pays de Galles. Les spécificités du droit nigérian ne seraient donc pas

¹⁰¹ *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2018] EWCA Civ 191, § 3 et *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2021] UKSC 3, § 7 ; *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, §§ 3-4.

¹⁰² *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell Plc et autres*, [2017] EWHC 89 (TCC), § 54.

¹⁰³ PE et Conseil, Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, précité, art. 7.

¹⁰⁴ *Ibid.*, art. 7.

un obstacle à la reconnaissance du *duty of care* de la société transnationale¹⁰⁵. Le raisonnement est centré sur les potentialités offertes par l'application de la *common law*. **Il en résulte que le *duty of care*, standard classique de *common law*, pourra être mobilisé quel que soit le pays où le dommage s'est produit, pourvu qu'il s'inscrive dans cette tradition juridique. Le juge constate une identité, ou au moins un *continuum*, entre les droits nationaux susceptibles d'être appliqués lorsqu'ils sont de *common law*.** L'analyse se porte ainsi sur le droit applicable à l'entreprise dans son ensemble. De ce fait, la marginalité du droit de l'Union dans le raisonnement du juge conduit à y voir une solution pérenne d'application du droit anglais après la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne.

385. Néanmoins, plusieurs aspects de cette solution interrogent. Celle-ci s'éloigne du respect de la territorialité de l'application du droit, et, par suite, du respect de la souveraineté juridique des États où se produisent les violations des droits fondamentaux dont se plaignent les victimes. Si le *duty of care* recouvre un ensemble d'obligations attribuées jusqu'ici à la société mère anglaise, la mère et la fille sont perçues comme un ensemble soumis au même droit. L'hypothèse où la société transnationale serait poursuivie par suite des dommages soufferts du fait d'une filiale, d'un sous-traitant ou encore d'un fournisseur qui se situerait dans un pays de tradition civiliste s'avère problématique. L'application du *duty of care*, suivant ce raisonnement, risquerait de trouver ses limites¹⁰⁶. Cet enjeu s'insère également dans un questionnement plus large sur la prise en compte de la gouvernance de l'entreprise transnationale pour la détermination de la loi applicable.

¹⁰⁵ *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell Plc et autres*, [2017] EWHC 89 (TCC), §§ 54-57.

¹⁰⁶ D. Palombo, « *The Duty of Care of the Parent Company: A Comparison between French Law, UK Precedents and the Swiss Proposals* », *Business and Human Rights Journal*, vol. 4, n° 2, 2019, p. 272.

§2. LES LIMITES DE LA PRISE EN COMPTE DE LA GOUVERNANCE DE L'ENTREPRISE TRANSNATIONALE POUR LA DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE

386. La dimension transnationale du déploiement des activités de la société poursuivie implique de doter d'une dimension extraterritoriale l'application des standards de vigilance et de *care*. Ainsi les complexités du déploiement des activités à l'échelle transnationale (A) impliquent-elles de distinguer sociétés visées et champ d'application des mesures de prévention (B), afin d'appréhender la dimension extraterritoriale de l'application de la diligence.

A. Les complexités du déploiement des activités de l'entreprise à l'échelle transnationale

387. Il revient à la société mère ou à l'entreprise donneuse d'ordre de s'assurer que les activités de ses filiales, sous-traitants ou fournisseurs n'occasionnent pas des violations des droits fondamentaux, quel que soit le lieu où ces sociétés opèrent. En cas de manquement, elle devra être poursuivie devant les juges nationaux, en l'absence de juridiction internationale compétente¹⁰⁷. Afin de garantir un recours effectif contre la société, l'action en justice suppose de surmonter certaines difficultés, parmi lesquelles « la manière dont la responsabilité juridique est répartie entre les membres d'un groupe d'entreprises en vertu du droit pénal et civil

¹⁰⁷ En tant qu'instruments de droit souple, les Principes Directeurs des Nations Unies et de l'OCDE se limitent à encourager le développement de la diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux dans les différents droits nationaux. L'action en justice n'est pas mise en œuvre dans l'ordre international mais devant les juges nationaux. À ce sujet, v. notamment V. Pironon, V° Fasc. 570-75 : Groupes multinationaux. – Filiales et succursales, *in JurisClasseur Sociétés*, Lexis Nexis, 2019, pt. 108.

interne »¹⁰⁸. Cette difficulté est renforcée s'agissant des sociétés transnationales, aux relations intersociétaires éparpillées et aux structures complexes. Et les lacunes des droits des pays où ces sociétés opèrent, directement ou indirectement par le biais de leurs multiples filiales ou contractants, constituent un facteur d'impunité. Contractuellement, les sociétés transnationales s'offrent le choix du droit procédural (*forum shopping*)¹⁰⁹ et du droit matériel (*law shopping*)¹¹⁰. Plus généralement, la concurrence organisée entre les systèmes normatifs permet aux sociétés transnationales de déterminer leur domiciliation et d'organiser la délocalisation de leur chaîne de valeur selon les avantages comparatifs des droits nationaux¹¹¹. Ce « *self-service* normatif qui permet à chacun de puiser sur un étalage de règles celles qui lui conviennent et d'ignorer les autres »¹¹² repose également sur la souplesse normative de l'espace transnational. Il offre la possibilité aux sociétés de définir elle-même les contours de la régulation à laquelle elles se soumettent¹¹³.

388. Or, l'action en justice sur le fondement d'un défaut de diligence de la société transnationale en matière de droits fondamentaux dépend de l'application effective des règles juridiques dont procèdent la diligence lors des poursuites. Si les règles juridiques existent,

¹⁰⁸ Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Commentaire du Principe n° 26, p. 33

¹⁰⁹ G. Lhuilier, *Le droit transnational*, Dalloz, « Méthodes du droit », Paris, 2016, p. 318 et s.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 336 et s.

¹¹¹ L'attractivité de la France est jugée chaque année par la Banque Mondiale à l'aune de « la facilité de faire des affaires » au regard des réglementations commerciales, du travail ou encore des marchés financiers. V. Banque mondiale, *Doing Business 2020*, rapport, 2019 ; <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf> (consulté le 06/05/2022).

¹¹² Alain Supiot se réfère ici à un concept introduit par Pierre Legendre « pour désigner "la privatisation du discours de la Référence, où chacun se pose en mini-État" (in *Le crime du caporal Lortie*, Paris, Fayard, 1989, p. 66) » (A. Supiot, « Du nouveau self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyse juridique et valeurs en Droit social – Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 541).

¹¹³ Au sein de l'espace se forge un ensemble de normes de droit dur et de droit souple. Les engagements volontaires y acquièrent une place à part entière dans la hiérarchie normative (B. Frydman, « La concurrence des normes globales », *RIDE*, t. XXXII, n° 3, 2018, p. 293).

encore faut-il leur permettre « potentiellement au moins, [d’appréhender] des comportements, des faits ou des situations localisées hors du territoire national »¹¹⁴. Le devoir de vigilance et le *duty of care* comptent parmi les principaux instruments de ce contrôle. Leur mise en œuvre va de pair avec la possibilité offerte aux victimes d’agir en France ou au Royaume-Uni, c’est-à-dire devant le juge de l’État d’origine de la société mère ou le donneur d’ordre. Dès lors, ces mécanismes ne sont pas, à proprement parler, extraterritoriaux : ils ne supposent pas l’intervention de l’État « hors de son territoire par des actes d’exécution matériels ou immatériels pouvant éventuellement comporter une forme de contrainte »¹¹⁵, ni l’extension illimitée du « domaine d’application des normes qu[e] l’État édicte, en en imposant le respect à toute société appartenant à cette entreprise, où qu’elle opère »¹¹⁶.

389. **Néanmoins, le devoir de vigilance comme le *duty of care* semblent, dans ce contexte, être tout de même dotés d’une dimension extraterritoriale.** En effet, ils supposent la mise en œuvre de la prévention des atteintes aux droits fondamentaux, tant sur le territoire national qu’à l’étranger. Et le contrôle judiciaire des sociétés sera mené en France ou au Royaume-Uni à propos d’une atteinte alléguée aux droits fondamentaux potentielles survenue à l’étranger. Ainsi, l’application des standards de diligence tendent à « gagner une certaine universalité »¹¹⁷. Dans ce contexte, la dimension extraterritoriale ne renvoie pas au « contraire de la territorialité mais [à] son dépassement (*extra* : ‘au-delà’) »¹¹⁸. Elle permet d’identifier les sociétés débitrices des obligations de vigilance ou de *care*.

¹¹⁴ P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public, op. cit.*, n° 104

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ O. de Schutter, « Les affaires Total et Unocal, complicité et extraterritorialité dans l’imposition aux entreprises d’obligations en matière de droits de l’homme », in *Annuaire Français de Droit International*, vol. 52, CNRS Éditions, Paris, 2006, p. 93.

¹¹⁷ L. d’Avout, « Droit international – L’extraterritorialité du droit dans les relations d’affaires », *JCP G*, n° 42, 1112, 2015, p. 1876.

¹¹⁸ *Ibid.*

B. Les sociétés visées et le champ d'application de la diligence

390. Seules les sociétés identifiées comme débitrices d'obligations de prévention par leur droit national pourront être poursuivies. En l'absence de levée du voile sociétaire, il convient de les distinguer de l'entreprise transnationale au sens large¹¹⁹. Pour éclairer cette distinction, on peut également concevoir l'entreprise transnationale comme la société et sa sphère d'influence. La sphère d'influence est définie par la Norme ISO 26 000 comme la « portée / ampleur des relations politiques, contractuelles, économiques ou autres à travers lesquelles une organisation (...) a la capacité d'influer sur les décisions ou les activités de personnes ou d'autres organisations »¹²⁰.

391. Si l'entreprise a pu être identifiée comme l'entité chargée de mettre en œuvre les mesures de diligence raisonnable dans les Principes directeurs onusiens et de l'OCDE, c'est

¹¹⁹ V. *supra* n° 33-34.

¹²⁰ ISO, *Norme ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, éditée en français par AFNOR, 2010, art. 2.12. L'organisation, à laquelle il est fait référence, est « l'entité ou groupe de personnes et d'installations, structuré sur la base de responsabilités, d'autorités et de relations, et ayant des objectifs identifiables » (ISO, *Norme ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, éditée en français par AFNOR, 2010, art. 2.19). La sphère d'influence est également évoquée par les Principes directeurs de l'OCDE. Dans leur version de 2008, elle permettait d'insister sur le rôle d'entraînement et d'émulation positive des entreprises multinationales qui s'engageraient à être diligente en matière de droits de l'Homme dans leur secteur ou auprès de leurs partenaires commerciaux, v. M. Doucin (dir.), *Analyse des notions de 'due diligence' et de sphère d'influence' dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises : enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE*, étude diligentée par le Bureau de l'Ambassadeur chargé de la bioéthique et de la responsabilité sociale des entreprises, 2010, pp. 15-16 ; http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf (consulté le 06/05/2022). Elle a été de nouveau utilisée par la suite dans la version révisée en 2011 des Principes, pour évoquer notamment la « grande influence sur les activités des autres » entités que les entreprises multinationales sont en mesure d'exercer (OCDE, *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, Concepts et principes, pp. 19-20).

uniquement en renvoyant à une définition lâche, sans portée juridique précise¹²¹, et à vocation essentiellement pratique¹²². Dans les droits nationaux, l'entreprise, en tant que telle, ne peut être la débitrice des obligations car elle ne constitue pas une entité juridique à part entière¹²³.

392. L'application des standards de diligence suppose dès lors de distinguer les sociétés visées du champ d'application du devoir de vigilance (1) et du *duty of care* (2) car seule la loi de la société est mobilisée par le juge.

1. Les sociétés visées et le champ d'application du devoir de vigilance

393. En droit français, la loi sur le devoir de vigilance distingue les sociétés visées par les obligations d'élaborer et de mettre en œuvre effectivement les mesures de vigilance et le champ d'application de ces mesures¹²⁴. Seules les sociétés dont le siège social est en France sont visées

¹²¹ Le terme d'entreprise est, dans ce contexte, à comprendre comme un terme générique renvoyant à « tous les types d'entités commerciales, transnationales ou autres, quels que soient leur taille, leur secteur, leur emplacement, leur propriété et leur structure » (Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Principes généraux, p. 1 ; v. aussi *ibid.*, Principe n°12, pp. 15-16). S'ils ont été rédigés spécifiquement à l'intention des entreprises multinationales, les Principes de l'OCDE abordent également l'entreprise dans des termes généraux quant à ses structures : « une définition précise des entreprises multinationales n'est pas nécessaire pour les besoins des Principes directeurs. Ces entreprises sont en effet présentes dans tous les secteurs de l'économie. Il s'agit généralement d'entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières » (OCDE, Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, 2011, Concepts et principes, p. 19).

¹²² Le Guide interprétatif des Principes directeurs onusiens précise que la « structure sociale du groupe ne fait aucune différence quand il s'agit de savoir *si oui ou non* les entités au sein du groupe doivent respecter les droits de l'homme. Ce qui compte uniquement, c'est *comment* veiller à ce que les droits de l'homme soient respectés dans la pratique (...) » (Nations Unies, *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme*, guide interprétatif, 2012, p. 25 ; https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR_PUB_12_2_fr.pdf (consulté le 06/05/2022)).

¹²³ V. *supra* n° 19.

¹²⁴ C. com., art. L. 225-102-4, I.

par le texte de loi sur le devoir de vigilance¹²⁵. La mise en œuvre des mesures suppose pour ces sociétés de définir les entités qui composent la « sphère d'effectivité réelle du devoir de vigilance »¹²⁶. Cette sphère peut ne concerner les activités de la société visée qu'en France. Des associations et collectivités territoriales françaises ont ainsi poursuivi la société Total pour « insuffisances en matière de risques d'atteintes graves au système climatique directement induits par ses activités »¹²⁷ sur les territoires de ces collectivités.

394. Le contentieux peut prendre une dimension internationale lorsque les préjudices causés par le défaut de vigilance ont eu lieu à l'étranger. Dans ce cas, le contrôle de la vigilance de la société devrait inclure les mesures prises dans le cadre de ses relations avec des sociétés étrangères présentes sur la chaînes de valeur. Un contentieux relatif au devoir de vigilance de la société Total correspond à cette configuration. Il concerne les activités pétrolières d'une filiale ougandaise, entièrement détenue par Total, et des sous-traitants de cette filiale. Il est reproché à la société transnationale de ne pas avoir pris et mis en œuvre les mesures de vigilance raisonnable de nature à « prévenir les risques identifiés dans la cartographie des risques et prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »¹²⁸ résultant des projets pétroliers en cours en Ouganda.

395. Un examen des mesures de diligence à l'échelle transnationale est ainsi nécessaire pour déterminer les contours de la responsabilité de la société, et ce, également s'agissant des contentieux examinés par le juge anglais sur le fondement du *duty of care*.

¹²⁵ En principe, « les deux principaux rattachements utilisés par les États se fondent, d'une part, sur le territoire et, d'autre part, sur le lien personnel de nationalité » (P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, *op. cit.*, n° 102). Nous nous situons dans la seconde configuration

¹²⁶ A.-S. Epstein, « La portée extraterritoriale du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *CDE*, n° 4, dossier n° 30, 2018, p. 49.

¹²⁷ TJ Nanterre, ord., 11/02/2021, n° 20/00915, précitée, p. 3.

¹²⁸ CA Versailles, 10/12/2020, n° 20/01692 et 20/01693, précitée, p. 3.

2. Les sociétés visées et le champ d'application du *duty of care*

396. La mise en œuvre du *duty of care* suppose d'opérer une distinction entre les sociétés débitrices des obligations de prévention et le champ d'application de ces obligations. Les sociétés poursuivies pour un manquement à leur *duty of care* ont, jusqu'ici, été des sociétés mères domiciliées au Royaume-Uni¹²⁹. Il a récemment été admis par la Cour suprême du Royaume-Uni que soient également poursuivies leurs filiales étrangères, et que ces poursuites puissent être le fait de tiers à la relation mère-fille¹³⁰. Dans ce cadre, les tiers poursuivent la société mère car ils estiment qu'elle a exercé un « contrôle significatif et/ou a assumé la responsabilité »¹³¹ pour les opérations de sa filiale en lien avec les atteintes alléguées, sans parvenir à les protéger de la réalisation des risques et de la survenance d'un dommage. Le champ d'application de la prévention s'étend ainsi : les politiques menées par la société mère à l'échelle du groupe et mises en œuvre au sein des filiales ont pu donner lieu à un devoir de protéger les tiers¹³².

¹²⁹ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 54.

¹³⁰ Avant les décisions *Vedanta c. Lungowe* et *Okpabi c. Shell*, les décisions reconnaissaient un *duty of care* d'une société uniquement vis-à-vis des employés d'une autre société, dans le contexte d'un groupe de sociétés (*Chandler c. Cape* ([2012] EWCA Civ 525, en particulier le para. 80 ; et *Ngcobo et al. c. Thor Chemicals Holdings Limited* ([1995] EWCA Civ J1009-1)). Les décisions *Vedanta c. Lungowe* et *Okpabi c. Shell* marquent la fin de la croyance selon laquelle le *duty of care* verrait son périmètre ainsi limité (D. Palombo, « *Okpabi v Shell and Lungowe v Vedanta Dispel Three Myths* », *op. cit.* V., plus avant, l'étude du droit d'agir du tiers et les obstacles auxquels il peut être confronté, notamment en matière de charge de la preuve, *supra* n° 540-547).

¹³¹ *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2021] UKSC 3, § 7.

¹³² *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 53.

397. Dès lors, **l'application par le juge de l'État d'origine de la société des standards de diligence s'avère essentielle à l'effectivité de la protection des droits fondamentaux.** Or, au regard du droit de l'Union, un contrôle judiciaire de la mise en œuvre du devoir de vigilance n'est pas garanti. Quant aux solutions relatives à l'application du *duty of care*, le juge anglais mobilise son droit international privé interne pour permettre l'application de la *common law* anglaise. Néanmoins, ces solutions ne sont pas non plus exemptes d'incertitudes, notamment en raison de la diversité des droits applicables au sein de chaînes de valeur transnationales.

Conclusion du Chapitre 1

398. Pour conclure, de premières actions en justice ont eu lieu devant les juges français et anglais sur le fondement des règles juridiques relatives au devoir de vigilance et au *duty of care* des sociétés transnationales en matière de droit fondamentaux. **Le juge tend à autoriser la tenue de poursuites à l'encontre d'une société transnationale en présence de manquements allégués survenus à l'étranger.** En principe, la règle générale de compétence du juge du siège de la société poursuivie s'applique, sur le fondement de l'article 4, paragraphe 1, du Règlement Bruxelles I *Bis*. Cependant, après le *Brexit*, le retour à l'application du droit national pourrait conduire à la remise en cause des solutions et à une application renouvelée de la doctrine du *forum non conveniens*. Cela aurait pour effet de limiter l'admission des recours devant le juge anglais.

399. En outre, **des incertitudes demeurent quant à l'issue d'un conflit de lois soulevé lors du procès au fond.** D'une part, **la loi du pays où le dommage survient devrait s'appliquer**, conformément à la règle générale édictée par l'article 4, paragraphe 1, du Règlement Rome II. Ainsi, pour que la loi sur le devoir de vigilance française puisse s'appliquer lorsque le dommage survient à l'étranger, une exception à cette règle devra être mobilisée. La loi pourrait se voir attribuer la qualité de loi impérative ou être envisagée comme une des règles de sécurité et de comportement du droit français. D'autre part, s'agissant du droit anglais, les juridictions semblent considérer que le *duty of care* anglais peut s'appliquer, y compris lorsque le dommage survient à l'étranger, pourvu que les sociétés poursuivies soient régies par un droit issu de la *common law*. Cette solution pose question, au regard, notamment, du principe de territorialité du droit.

400. **En somme, il ressort de la comparaison de l'application des règles de compétence juridictionnelle et de conflit de lois en droit français et en droit anglais une proximité**

induite par l'application du droit de l'Union d'une part ; et par la commune volonté du juge d'appréhender les complexités du déploiement des activités de la société transnationale d'autre part.

401. Cependant, les solutions du juge anglais pourront être remises en question par le *Brexit*. Dès lors, l'effectivité de la protection des droits fondamentaux commande de clarifier les solutions à l'échelle supranationale. Il s'agirait ainsi de s'assurer de l'« harmonie des solutions »¹³³ pour que le principe d'une responsabilité associée aux activités transnationales bénéficie d'une pleine et entière reconnaissance et qu'un accès effectif à un juge soit garanti aux victimes.

¹³³ D. Sindres, « L'appréhension par le droit international privé de l'action en responsabilité d'un tiers fondée sur un manquement contractuel du défendeur », *op. cit.*, p. 711.

Chapitre 2. L'harmonisation supranationale des règles de compétence juridictionnelle et de conflit de lois

403. En plein développement dans les droits nationaux, les standards de diligence à l'intention des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux sont en passe de devenir également des standards de droit international et de droit de l'Union. Ils sont de nouvelles traductions du devoir de diligence des États de « protéger les titulaires de droits contre le comportement d'acteurs privés »¹³⁴ sur leur territoire et à l'étranger. Ils servent au développement de la responsabilité des sociétés transnationales, par l'adoption de mesures de prévention et de sanction dans les droits nationaux¹³⁵. L'obligation des États de protéger suppose d'abord qu'ils intègrent à leur droit national des obligations de prévention à l'intention des sociétés. **L'effectivité de la protection des droits fondamentaux ne sera ensuite assurée que si, dans le même temps, les conditions d'un contrôle judiciaire de la mise en œuvre de la diligence sont réunies.** Outre la clarification et l'harmonisation des obligations des sociétés, il s'agit de sécuriser les principes des poursuites devant le juge du pays où sont domiciliées les sociétés poursuivies et de l'application des standards de diligence. De plus, l'échelle supranationale apparaît pertinente pour saisir la dimension transnationale des activités et des relations intersociétaires qu'il revient aux standards de diligence d'encadrer. Un régime *ad hoc*

¹³⁴ Nous reprenons ici la distinction établie par Samantha Besson entre devoir de l'État et responsabilité des sociétés commerciales (S. Besson, « *The Bearers of Human Rights Duties and Responsibilities for Human Rights – A Quiet (R)Evolution* », *Social Philosophy & Policy Foundation*, vol. 32, n° 1, 2015, p. 225).

¹³⁵ Selon Samantha Besson, la responsabilité des sociétés découle ainsi du devoir de diligence de l'État, et « c'est là d'ailleurs que se situe le lien potentiel entre les obligations de *due diligence* des États et d'éventuelles obligations de *due diligence* des EMN [entreprises multinationales] » (S. Besson, *La due diligence en droit international*, vol. 409, « *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* », Brill, Leyde, pt. 511).

de responsabilité des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux pourrait s'y dessiner pour permettre de répondre à ces enjeux.

404. Dans l'ordre international, une harmonisation des règles de compétence juridictionnelle et de conflit de lois est en cours grâce à un traité négocié au sein du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies (**Section 1**). Au niveau régional, une harmonisation est en passe de se réaliser, grâce à un projet de directive européenne (**Section 2**).

SECTION 1. L'HARMONISATION INTERNATIONALE DES RÈGLES

405. Le projet d'une harmonisation des conditions de la traduction en justice des sociétés transnationales pour défaut de diligence est poursuivi par les instruments de droit international existants. Néanmoins, ces mêmes instruments mettent également en avant des mécanismes extra-judiciaires de règlement des conflits. Ceux-ci sont souvent internes à la société et mis en œuvre à l'échelle transnationale. Ils sont le signe d'**une tendance au contournement du juge dans les litiges supranationaux**.

406. Au-delà des tentatives d'harmonisation par les instruments internationaux existants (§ 1), de nouvelles perspectives sont ouvertes par le projet de traité sur les entreprises et les droits de l'Homme afin de bâtir un droit commun (§ 2).

§1. LES RÈGLES PRÉVUES PAR LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX EXISTANTS

407. Dans l'ordre international, la diligence raisonnable est un standard de droit souple. Les États sont seulement encouragés par les Principes directeurs des Nations Unies à prévoir dans leur droit national des obligations de prévention assorties de mécanismes de réclamation et de réparation. Dans le cadre de la mise en œuvre de ces Principes, la doctrine onusienne de l'accès à une voie de recours est limitée aux actions prévues par les droits nationaux¹³⁶. Il revient aux États d'assurer l'encadrement des pratiques par une variété de mécanismes. Pour cela, le recours à des mécanismes de réclamation non-judiciaires est suggéré. L'action en responsabilité civile à l'encontre de la société pour son manque de diligence est envisagée comme une option parmi d'autres d'encadrement des pratiques.

408. **De nouvelles logiques de responsabilisation, concurrentes à celle de responsabilité juridique, troublent le recours à l'action en justice. Elles rompent les liens intimes entre diligence et responsabilité juridique.** L'obligation des États de protéger devrait ainsi se réaliser, au stade de l'accès aux voies de recours, par la mobilisation des « moyens judiciaires, administratifs, législatifs ou autres »¹³⁷ à leur disposition. L'instauration de mécanismes de réclamation judiciaires peuvent certes permettre la réparation des atteintes aux droits de l'Homme commises par les sociétés¹³⁸. Mais, les Principes directeurs prévoient également, « en complément et en remplacement »¹³⁹, l'instauration de mécanismes non judiciaires. La dernière

¹³⁶ G. Lhuillier, « Les institutions onusiennes et l'application du droit international », in *Le droit transnational*, *op. cit.*, p. 272 et s.

¹³⁷ Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Principe n° 25.

¹³⁸ *Ibid.*, Principe n° 26.

¹³⁹ *Ibid.*, Principe n° 27.

alternative offerte par les Principes directeurs n'est ni étatique, ni judiciaire. Il s'agit de « mécanismes administrés par une entreprise à titre individuel ou avec des parties prenantes, par une association professionnelle ou un groupe multipartite »¹⁴⁰. La situation des victimes n'ayant pas accès à une justice étatique en mesure de leur assurer un procès équitable semble être visée.

409. L'exposé de ces trois alternatives fait échos à l'un des points principaux de l'analyse des Principes directeurs onusiens, développée par Jonathan Bonnitcha et Robert McCorquodale¹⁴¹. Ces auteurs critiquent la confusion entretenue par les Principes entre une obligation juridique de diligence assortie du possible engagement de la responsabilité de la société, et les modes de gestion des risques associés à des procédures de régulation interne à la société. L'auteur des Principes, John Gerard Ruggie, a répondu à cette critique. Il défend une conception basée sur une « gouvernance transnationale et polycentrique »¹⁴² qui inclut l'action en justice parmi une variété de recours, sans exclure la possibilité d'une régulation privée. Cette conception semble éloignée de l'impératif de bonne justice fondée sur l'existence d'un tiers impartial. Elle témoigne d'une vision horizontale des rapports entre les États, les sociétés et les individus qui ne permet pas de rendre compte du déséquilibre entre les parties et des difficultés pour les victimes à se défendre et à obtenir réparation dans les contentieux qui les opposent à des sociétés transnationales.

410. **Le contournement du juge par ces systèmes de règlement alternatif de conflits est**

¹⁴⁰ *Ibid.*, Principe n° 28.

¹⁴¹ J. Bonnitcha et R. McCorquodale, « *The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights* », *EJIL*, vol. 28, n° 3, 2017, p. 899 et s. ; et J. Bonnitcha et R. McCorquodale, « *The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Rejoinder to John Gerard Ruggie and John F. Sherman, III* », *EJIL*, vol. 28, n° 3, 2017, p. 929 et s.

¹⁴² J. G. Ruggie et J. F. Sherman, III, « *The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale* », *EJIL*, vol. 28, n° 3, 2017, p. 921 et s.

à craindre¹⁴³. Les accords amiables trouvés entre les sociétés et les victimes peuvent comporter une clause dite de « *legal waiver* ». Cette clause vise à ce que la victime renonce à poursuivre en justice la société pour des faits ayant fait l'objet d'un accord amiable. Un cas extrême est celui d'employées d'une mine victimes d'abus sexuels en Papouasie Nouvelle Guinée par des personnels de sécurité de la mine. Ces victimes ont dû renoncer à des poursuites judiciaires en échange d'une maigre compensation. Le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme a critiqué cet accord, et surtout la décharge de responsabilité pénale. Mais il a également souligné que ce type d'accord n'est pas illégal¹⁴⁴.

411. En outre, les mécanismes de règlement privé des différends, organisés par la société transnationale elle-même, parachèvent une construction essentiellement fondée sur la prévention des risques par l'autorégulation. Dans ce cadre, les sanctions associées à la faute de diligence ne seront qu'indirectes. Dans son analyse du droit souple, le Conseil d'État expose la distinction entre sanctions directes et indirectes. Le droit souple est non contraignant et, par définition, « ne peut être directement sanctionné »¹⁴⁵. Il peut néanmoins « être pris en compte dans une décision de sanction ou entraîner des conséquences défavorables sur un plan extra-juridique (dégradation de l'image, désaffection des investisseurs, réprobation des pairs, etc.) »¹⁴⁶. Ainsi, la réputation et l'image de la société pourront être altérées. Un traitement interne à l'entreprise, selon des procédures d'autorégulation, ou conformément aux stipulations

¹⁴³ K. Genovese, « *Access to remedy: non-judicial grievance mechanisms* », in D. Baumann-Pauly et J. Nolan (dir.), *Business and Human Rights – From Principles to Practice*, Routledge, Londres, 2016, p. 266.

¹⁴⁴ Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, *Re: Allegations regarding the Porgera Joint Venture remedy framework*, Nations Unies, 2013 ; <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/LetterPorgera.pdf> (consulté le 06/05/2022), cité par : K. Genovese, « *Access to remedy: non-judicial grievance mechanisms* », *op. cit.*, pp. 271-274.

¹⁴⁵ Conseil d'État, *Étude annuelle 2013 du Conseil d'État - Le droit souple*, La Documentation française, « Les rapports du Conseil d'État », Paris, 2013, p. 10.

¹⁴⁶ *Ibid.*

contractuelles qui gouvernent les relations intersociétaires, pourra également tirer des conséquences de manquements. Les relations intersociétaires peuvent être le lieu de ces sanctions indirectes, au vu des conséquences économiques et financières de la dégradation de la réputation d'une société¹⁴⁷. Les conditions contractuelles, voire le maintien de ces relations, pourront être remis en question.

412. Enfin, le mécanisme de réclamation extra-judiciaire principal en cas de non-respect de la diligence par des sociétés transnationales est prévu par les Principes Directeurs pour les entreprises multinationales de l'OCDE. Il s'agit des points de contact nationaux (PCN)¹⁴⁸. La sanction du non-respect des Principes n'est pas prévue. Et le dialogue multipartite organisé par l'instance française n'a pas permis d'aboutir à des solutions satisfaisantes dans plusieurs affaires¹⁴⁹. Les parties prenantes se tournent, de ce fait, vers le juge, se saisissant des possibilités de contrôle juridictionnel offertes par la loi française sur le devoir de vigilance.

413. Finalement, **une mise en concurrence du pouvoir judiciaire pour le règlement des conflits ressort des instruments de droit souple**. Les États ne sont pas tenus juridiquement de mettre en œuvre les Principes Directeurs des Nations Unies et de l'OCDE, qui appartiennent tous deux au droit souple international. Et les mesures envisagées par ces Principes font la part belle aux alternatives non-judiciaires. Le projet de traité onusien relatif aux entreprises et aux droits de l'Homme pourrait permettre de rompre avec la prévalence de ces logiques et de voir les États s'engager à garantir l'accès à un juge aux victimes.

¹⁴⁷ Charley Hannoun et Stéphane Vernac soulignent à cet égard que la pratique du *naming and shaming* est un « des outils essentiels placés entre les mains des acteurs privés du marché qui sanctionneront la gouvernance socialement irresponsable de certaines entreprises » (C. Hannoun et S. Vernac, « La RSE ou l'essor de l'Entreprise-providence », in *À droit ouvert – Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 2018, p. 427).

¹⁴⁸ OCDE, Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, 2011, pp. 78-81.

¹⁴⁹ V. *supra*, n° 304.

§2. LES PERSPECTIVES OUVERTES PAR LE PROJET DE TRAITÉ SUR LES ENTREPRISES ET LES DROITS DE L'HOMME

414. Le projet de traité international reconnaît le droit des victimes à poursuivre une personne physique ou morale, en cas de violation alléguée des droits fondamentaux, « qui peuvent découler de leurs propres activités commerciales, y compris celles à caractère transnational, ou de leurs relations commerciales »¹⁵⁰. Une responsabilité juridique de la société transnationale est ainsi prévue par l'article 8 du troisième, et dernier en date, projet de traité¹⁵¹. Les articles 9 à 11 sont dédiés à la compétence juridictionnelle et au droit applicable. S'agissant du juge compétent, plusieurs options s'ouvrent au demandeur¹⁵². Le tribunal du pays où la violation des droits fondamentaux alléguée est survenue ou a produit ses effets pourrait être saisi. Dans l'hypothèse où seulement un acte ou une omission y ayant contribué est survenu dans un pays, cela pourrait être suffisant pour que les tribunaux de ce même pays soient compétents. En outre, la compétence des tribunaux du pays où le demandeur ou le défendeur est domicilié est envisagée. À cet égard, il est intéressant de noter que le projet de traité prévoit des dispositions spéciales relatives à l'identification du domicile de la société à la caractèrè transnational. Il peut

¹⁵⁰ Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'Homme (également appelé Groupe de travail sur les entreprises et les droits de l'Homme – OEIGWG), *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, troisième projet révisé, Conseils de droits de l'Homme des Nations Unies, 17/08/2021, art. 8 ; <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf> (consulté le 06/05/2022).

¹⁵¹ La responsabilité juridique prévue par l'article 8 constitue la sanction du défaut de prévention. Les obligations de prévention se matérialisent par des mesures de diligence raisonnable prévues par l'article 6 du projet de traité. V. *ibid.*, art. 6-8.

¹⁵² *Ibid.*, art. 9.1.

s'agir de son lieu d'immatriculation ou d'enregistrement ; du lieu où se situent ses actifs principaux, ses opérations ou son centre de décision ; ou encore de son lieu d'activité principal et régulier¹⁵³. Ces précisions sont utiles car la compétence des tribunaux est particulièrement contestée et débattue s'agissant des poursuites diligentées à l'encontre d'une société transnationale¹⁵⁴.

415. En outre, la diligence rejaillit sur les différentes entités, situées à l'étranger, qui composent l'entreprise. Le contentieux devant le juge anglais tire déjà les conséquences de cette situation. La société mère anglaise a jusqu'ici toujours été poursuivie aux côtés de sa filiale étrangère. Cependant, l'application de la doctrine du *forum non conveniens* pourrait limiter le droit d'agir contre la filiale¹⁵⁵. Dans le projet de traité, le *forum non conveniens* est expressément désigné comme un des « obstacles juridiques »¹⁵⁶ que ne devrait pas imposer les tribunaux aux parties à l'action en responsabilité. Deux options de compétence sont envisagées. Tout d'abord, les tribunaux seraient compétents en présence d'un lien de rattachement d'une société avec une autre société – société mère ou donneur d'ordre – poursuivie et domiciliée sur le territoire de l'État du for¹⁵⁷. Ensuite, la reconnaissance d'un *forum necessitatis* est envisagée. Les poursuites pourraient avoir lieu dans l'État du for « s'il n'existe aucun autre for effectif garantissant une procédure judiciaire équitable »¹⁵⁸ et s'il existe un lien rattachant l'affaire à cet État. Ce lien peut être de plusieurs ordres : « la présence du demandeur sur le territoire du for »¹⁵⁹, « la

¹⁵³ *Ibid.*, art. 9.2.

¹⁵⁴ V. supra, n° 334 et s.

¹⁵⁵ V. supra, n° 345-353.

¹⁵⁶ OEIGWG, *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, précité, art. 9.3

¹⁵⁷ *Ibid.*, art. 9.4.

¹⁵⁸ *Ibid.*, art. 9.5.

¹⁵⁹ *Ibid.*

présence d'actifs du défendeur »¹⁶⁰ ou « une activité substantielle du défendeur »¹⁶¹.

416. S'agissant du droit applicable au litige, l'action en responsabilité suppose de mobiliser comme fondement juridique des dispositions relatives à la diligence des sociétés en matière de droits fondamentaux. Le traité prévoit la possibilité pour les demandeurs de se fonder directement sur ses dispositions. Il permet aussi d'agir sur le fondement de la loi du pays où le fait dommageable survient, ou produit ses effets, ou de la loi du domicile de la société poursuivie¹⁶².

417. Finalement, non contraints et dans l'attente de l'adoption d'un traité, peu d'États se sont à ce jour emparés des dispositions déjà prévues par les Principes Directeurs des Nations Unies et de l'OCDE pour encadrer juridiquement les activités de leurs sociétés transnationales. Néanmoins, quelques zones géographiques font exception. Des gouvernements européens ont récemment affiché leur volonté politique de faire advenir un devoir de vigilance et une responsabilité juridique de la société. Une directive européenne est actuellement en préparation.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² *Ibid.*, art. 11.2.

SECTION 2. L'HARMONISATION RÉGIONALE DES RÈGLES

418. En 2020, l'Union européenne s'est, par la voix du Commissaire à la Justice Didier Reynders, engagée sur la voie de l'adoption d'une directive sur le devoir de vigilance des sociétés, afin d'harmoniser les législations européennes en la matière. **Un signal fort est envoyé aux sociétés : le temps de la RSE et des simples obligations de reporting¹⁶³ a vécu.**

La directive doit instaurer une obligation générale de diligence à la charge des sociétés régies par le droit d'un État membre ou opérant sur le territoire de l'Union¹⁶⁴.

419. Une harmonisation des règles de compétence et de conflit de lois est prévue (A). Concurrément, et comme au niveau international, les mécanismes extra-judiciaires sont fortement mis en avant (B).

¹⁶³ La 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 prévoit l'insertion dans le rapport de gestion des plus grandes entreprises européennes d'une déclaration non financière comprenant des informations relatives aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'Homme et de lutte contre la corruption (PE et Conseil, Directive n° 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 330/1, 15/11/2014). Elle est en cours de révision.

¹⁶⁴ Des obligations de diligence sectorielles existent déjà en droit de l'UE et sont prévues par les Règlements n° 995/2010 et n° 2017/821. Le premier vise à lutter contre la récolte illégale et s'assurer de la traçabilité du bois (PE et Conseil, Règlement n° 995/2010 du 20 octobre 2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché, JOUE L 295/23, 12/11/2010) ; le second concerne les importations d'étain, de tantale et de tungstène, de leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque (PE et Conseil, Règlement 2017/821 du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, JOUE L 130/1, 19/05/2017). V. *supra* n° 93.

A. La perspective de nouvelles règles de compétence et de conflit de lois

420. Les premières esquisses du projet européen de directive se sont initialement accompagnées de la réforme du droit applicable en matière de compétence judiciaire et de loi applicable aux obligations non contractuelles, en vue de l'enrichir de dispositions spéciales relatives à la diligence. Les Règlements Bruxelles I *Bis* et Rome II étaient modifiés pour insérer des dispositions spéciales relatives aux actions en responsabilité civile pour manquement de la société à ses obligations de diligence¹⁶⁵.

421. La proposition de directive formulée par la Commission européenne a supprimé ces prévisions. Elle s'appuie sur les textes existants en matière de compétence judiciaire et de conflit de lois¹⁶⁶. Aucune règle spéciale n'est instaurée. Cela semble logique s'agissant des questions de compétence. Les dispositions générales du Règlement Bruxelles I *Bis* prévoient, d'ores et déjà, une compétence du juge de l'État d'origine du défendeur qui sied aux litiges relatifs à la diligence des sociétés transnationales. S'agissant du droit applicable, une précision concernant les règles de droit international privé est insérée à l'article 22 du texte de directive¹⁶⁷ : les États membres doivent veiller à ce que les règles de responsabilité soient impératives¹⁶⁸. Il ne doit pas être possible d'y déroger en invoquant l'application de la loi d'un

¹⁶⁵ Commission des Affaires juridiques du Parlement européen (JURI), L. Wolters (rapp.), « *Annex to the motion for a resolution: recommendations as to the content of the proposals requested* », in *Draft Report with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability*, (2020/2129(INL)), 11/11/2020.

¹⁶⁶ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, art. 22. V. également en ce sens la résolution du Parlement européen : Parlement européen (PE), Résolution contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, P9_TA-PROV(2021)0073, A9-0018/2021, 10/03/2021, art. 18-20 ; https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.pdf (consulté le 06/05/2022).

¹⁶⁷ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, art. 22. 5.

¹⁶⁸ La résolution du Parlement européen prévoyait que les États membres veillent à ce que les dispositions de la future directive soient considérées comme des dispositions impératives et dérogatoires

État en dehors de l'Union. Cette précision légale devrait permettre que la directive ne donne pas lieu aux mêmes incertitudes, quant à l'impérativité de la règle, que celles nées de l'absence de disposition en ce sens dans la loi sur le devoir de vigilance.

422. Cependant, l'exclusion de toute précision additionnelle est dommageable du point de vue de la sécurité juridique. Il reviendra au juge d'appliquer la jurisprudence déjà établie relative aux Règlements Bruxelles I *Bis* et Rome II dans le contexte des contentieux sur le fondement du devoir de vigilance européen. Cette application est porteuse d'incertitudes. Il serait préférable que les questions de droit international soient expressément réglées par le législateur européen dans des dispositions spéciales. Il s'agirait de garantir la compétence des juges nationaux au sein de l'Union dès lors qu'une société transnationale opère en son sein d'une part, et l'impérativité des dispositions relatives au devoir de vigilance d'autre part.

B. Le développement des mécanismes extra-judiciaires

423. La proposition de directive prévoit deux séries de mécanismes extra-judiciaires. D'une part, le rôle de la société dans le traitement des plaintes est ménagé (1). D'autre part, des autorités nationales de contrôle, également dotées d'un pouvoir de sanction en cas de manquement constaté, devraient être mises en place (2).

au sens de l'article 16 du règlement Rome II. La référence à l'article 16 a été abandonnée dans la proposition de la Commission. V. PE, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, précitée, art. 20.

1. Le traitement des plaintes par la société

424. Selon la proposition de directive, la législation adoptée par les États membres devrait exiger la mise en place d'une procédure de traitement des plaintes par la société. Ces plaintes seraient l'expression « des préoccupations légitimes concernant des incidences négatives réelles ou potentielles sur les droits de l'Homme et des incidences négatives sur l'environnement en ce qui concerne leurs propres opérations, les opérations de leurs filiales et de leurs chaînes de valeur »¹⁶⁹. Elles ne pourraient émaner que de trois groupements de personnes, identifiés par le texte : les victimes actuelles ou futures, les syndicats et représentants des salariés dans la chaîne de valeur, et les organisations de la société civiles actives dans le domaine concerné par la plainte¹⁷⁰. Le mécanisme vise essentiellement à permettre l'identification des risques par la société. Les plaignants devraient, certes, être informés du traitement de la plainte et être reçus pour discuter avec les représentants de la société de l'objet de la plainte¹⁷¹. Mais, outre ces maigres garanties de transparence offertes aux plaignants, la société demeure libre de dessiner les contours du mécanisme mis en place et de satisfaire aux demandes. Elle n'a pas d'obligation de prendre des mesures correctives pour remédier au risque ou aux effets dommageables déjà existants. Une autorité de contrôle pourrait néanmoins intervenir en cas d'échec du traitement interne de la plainte.

¹⁶⁹ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, art. 9.1.

¹⁷⁰ *Ibid.*, art. 9.2. Les organisations de la société civile (*Civil society organisation* – CSO) regroupent des organisations qui agissent indépendamment d'un État, v. *supra* n° 245.

¹⁷¹ *Ibid.*, art. 9.4.

2. Le rôle dévolu aux autorités nationales de contrôle

425. La proposition de directive prévoit également la création d'autorités nationales de contrôle. Elles seraient chargées de s'assurer du respect des dispositions nationales, transposant la directive, relatives au devoir de vigilance et à la lutte contre le changement climatique¹⁷². Si une autorité venait à constater l'existence d'un manquement, la société devraient toujours bénéficier d'un délai raisonnable pour prendre des mesures correctives. Il est précisé que ces mesures correctives « n'excluent pas l'imposition de sanctions administratives ou l'engagement de la responsabilité civile en cas de dommages »¹⁷³. En effet, à l'issue de ce délai, l'autorité pourrait user de son pouvoir de sanction des manquements constatés. De plus, la responsabilité civile de la société pourrait être engagée. Le texte rappelle que le droit à un recours juridictionnel effectif des victimes devrait toujours être ménagé¹⁷⁴. Néanmoins, les mesures prises par la société, même si elles ne s'avèrent insuffisantes, ne seront pas exemptes de tout effet sur les contentieux à venir. Pour déterminer l'existence et l'étendue de la responsabilité civile de la société, il est ainsi exigé du juge de tenir compte des efforts de celle-ci pour se conformer à toute action corrective exigée d'elle par une autorité de contrôle¹⁷⁵.

426. Finalement, **la proposition de directive offre à la société transnationale divers moyens de prévenir les recours judiciaires, voire d'y échapper**. La coopération entre les acteurs est mise en avant. Pour le règlement des litiges, **une logique transactionnelle s'affirme**, au détriment de la reconnaissance de la responsabilité de la société par le juge.

¹⁷² *Ibid.*, art. 17.1.

¹⁷³ *Ibid.*, art. 18.4.

¹⁷⁴ *Ibid.*, art. 18.5. Sur le pouvoir de sanction de l'autorité nationale, v. également *supra* n° 189.

¹⁷⁵ *Ibid.*, art. 22.2, al. 2.

Conclusion du Chapitre 2

428. Les standards de diligence s'élaborent avec pour boussole commune l'encadrement des activités des sociétés transnationales. L'harmonie des solutions s'agissant de l'application des règles de compétence juridictionnelle et de conflit de lois est souhaitable à plusieurs égards. Il s'agit de permettre un accès effectif au juge en cas de violation des droits fondamentaux, et d'appréhender le déploiement la société à l'échelle transnationale. Le recours au droit souple à l'échelle internationale n'est pas satisfaisant. Les Principes directeurs onusiens et de l'OCDE n'engagent ni les États, ni les sociétés transnationales, à protéger effectivement les droits fondamentaux. En cas de manquement, le recours aux mécanismes extra-judiciaires, possiblement internes à la société, est encouragé par ces instruments. Il l'est également par la proposition de directive actuellement discutée au sein de l'Union européenne. Pourtant, la diligence est, par essence, un standard de comportement utilisé afin de déterminer la responsabilité juridique d'une personne. Et l'avènement de nouvelles règles communes au niveau international ou au niveau régional devrait contribuer à rompre avec les logiques de droit souple et d'autorégulation, pour assurer l'accès au juge et un recours effectif des requérants.

Conclusion du Titre 1

430. Les conditions de la traduction en justice des sociétés transnationales pour manquement au devoir de vigilance en droit français et au *duty of care* en droit anglais se clarifient au fil des premières décisions de justice. Mais, elles demeurent porteuses d'incertitudes, notamment à la suite de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne. Les récents développements concomitants d'un standard de diligence international et européen tendent à harmoniser les conditions de la traduction en justice des sociétés transnationales au niveau supranational. Ils devraient viser l'instauration d'un corps de règles dédié aux questions de droit international privé. Ainsi éclaircies, ces questions ne contribueraient plus à allonger la durée des contentieux et à les complexifier. Cela est primordial, car la sanction de la faute de diligence des sociétés transnationales et la réparation des victimes dans des délais raisonnables contribuent à garantir l'effectivité de la protection des droits fondamentaux.

TITRE II. Les conditions de la responsabilité des sociétés transnationales

431. Les standards de vigilance et de *care* sont non seulement des instruments de la prévention, mais aussi de la sanction du défaut de prévention des atteintes aux droits fondamentaux par les sociétés transnationales. La sanction du défaut de vigilance ou de *care* repose dans les deux cas sur l'engagement de la responsabilité civile de la société transnationale, le cas échéant, précédé d'une procédure d'injonction de respecter ses obligations. Elle obéit aux règles du droit commun de la responsabilité civile délictuelle. **En droit français, une loi spéciale fait référence aux articles du Code civil relatifs à la responsabilité du fait personnel de droit commun.** La loi sur le devoir de vigilance a conduit à l'insertion d'un renvoi aux articles 1240 et 1241 du Code civil au sein d'un nouvel article L. 225-102-5 du Code de commerce¹⁷⁶. **Le juge anglais s'appuie, quant à lui, directement sur les règles classiques de la *common law* anglaise relatives au délit de négligence, pour analyser les circonstances d'un éventuel manquement de la société transnationale à son *duty of care* en matière de droits fondamentaux¹⁷⁷.**

432. Plusieurs actions en justice ont été engagées sur le fondement du devoir de vigilance en droit français et du *duty of care* en droit anglais. Face à la complexité des faits et des problèmes de droit soulevés, les délais d'examen ont été allongés. Aucune action n'a pour l'heure abouti

¹⁷⁶ L'alinéa 1^{er} de l'article L. 225-102-5, dans sa rédaction issue de l'article 2 de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, prévoit que « [d]ans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du Code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ».

¹⁷⁷ R. Meeran, « *Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States* », *City University of Hong Kong Law Review*, vol. 3, n° 1, 2011, p. 3.

à l'engagement de la responsabilité de la société. Néanmoins, la formalisation des conditions de la responsabilité est suffisamment avancée pour en tirer les premiers enseignements et critiques sous l'angle de l'effectivité du respect des droits fondamentaux.

433. À cet égard, deux séries de conditions devront être envisagées : les conditions de recevabilité de l'action en responsabilité pour faute de diligence (**Chapitre 1**) d'une part, et les conditions de fond de l'action d'autre part (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Les conditions de recevabilité de l'action en responsabilité

434. L'effectivité de la protection des droits fondamentaux commande d'offrir une voie de recours effectif à toute personne victime d'un défaut de diligence d'une société transnationale. À cet égard, les Principes directeurs onusiens précisent que « le but, en règle générale, sera de lutter contre toutes les atteintes aux droits de l'Homme commises ou de les réparer »¹⁷⁸. **Les obstacles d'ordre procédural ne doivent pas contrevenir à la sanction du défaut de diligence et au droit à réparation de la victime. La large ouverture du droit d'agir sur le fondement d'un manquement aux standards de diligence est une condition essentielle de la protection effective des droits fondamentaux.** Elle est une garantie d'un « contrôle social fort »¹⁷⁹ de la diligence. La société transnationale est ainsi tenue d'élaborer et de mettre en œuvre des mesures de prévention vis-à-vis d'une large diversité de personnes. Celles-ci doivent pouvoir agir en justice et, le cas échéant, demander réparation de leur préjudice.

435. Cependant, la société transnationale ne peut être débitrice d'obligations à l'égard de toute personne. Les mesures perdraient de leur effectivité si elles devaient protéger tous les tiers d'une atteinte aux droits fondamentaux. Elles ne peuvent s'étendre à un nombre illimité de personnes et de situations. Au stade du procès, le droit d'agir est donc limité aux tiers qui auraient dû bénéficier des mesures de prévention (**Section 1**), ainsi qu'à certains groupements, tels que les associations ou les syndicats, susceptibles d'agir en défense d'un intérêt collectif (**Section 2**).

¹⁷⁸ Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Commentaire du Principe n° 25, p. 31.

¹⁷⁹ TJ Nanterre, ord., 11/02/2021, n° 20/00915, précitée.

SECTION 1. LE DROIT D'AGIR DES PERSONNES PHYSIQUES EN DÉFENSE D'UN INTÉRÊT PERSONNEL

436. L'ouverture du droit d'agir des demandeurs est le reflet, au stade de la sanction de la faute de diligence, de la variété des personnes susceptibles de bénéficier des mesures de prévention prises par la société transnationale en matière de droits fondamentaux. S'agissant du devoir de vigilance, la large définition de l'intérêt à agir permet d'envisager que les actions puissent être diligentées par une grande diversité de demandeurs. En droit anglais, la recevabilité ne fait pas l'objet d'un examen séparé et distinct de l'examen des conditions de la reconnaissance d'un droit substantiel d'agir en responsabilité. En l'absence d'identification préalable des titulaires de l'action en justice et de contrôle de la recevabilité de l'action, le juge concentre son contrôle sur la vérification de l'inclusion des tiers dans le champ d'application du *duty of care*.

437. Dès lors, les conditions de recevabilité sont examinées séparément en droit français (§ 1) et en lien avec le droit substantiel de la responsabilité en droit anglais (§ 2). Une analyse comparée conduit à préciser les titulaires de l'action en justice en matière de diligence (§ 3).

§1. L'OUVERTURE DE L'ACTION EN JUSTICE SUR LE FONDEMENT DU DEVOIR DE VIGILANCE

438. Le droit français distingue les règles processuelles de l'action en justice et les moyens invoqués par le demandeur au fond. Ces derniers ne seront examinés par le juge qu'à la condition que l'action ait été jugée recevable. La régularité de la procédure et la recevabilité de la demande ne se confondent pas avec l'examen du bien-fondé de la demande. Les dispositions

relatives au devoir de vigilance se réfèrent au droit commun quant à la question de la recevabilité de l'action en justice des demandeurs. En principe, l'action en justice est diligentée par des personnes qui devront justifier d'un intérêt et d'une qualité à agir pour que leur action soit recevable et qu'elle puisse ensuite être examinée au fond. L'intérêt à agir est l'« intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention » du demandeur, selon l'article 31 du Code de procédure civile¹⁸⁰. Il s'agit de la « condition première pour pouvoir saisir la justice »¹⁸¹, dont procède la qualité à agir. L'absence d'intérêt à agir est une fin de non-recevoir, c'est-à-dire un moyen d'ordre procédural invoqué par le défendeur qui tend à « faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond »¹⁸².

439. La loi sur le devoir de vigilance rappelle ces principes, sans attribuer de droit d'agir à des personnes qu'elle aurait préalablement identifiées. Elle se caractérise par « une définition lâche de l'intérêt à agir, l'action étant très largement ouverte »¹⁸³. L'article L. 225-102-4, II du Code de commerce précise que « toute personne justifiant d'un intérêt à agir » peut demander à la juridiction compétente d'enjoindre une société de respecter son devoir de vigilance. De la même manière, l'action en responsabilité prévue par l'article L. 225-102-5 est introduite « devant la juridiction compétente par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin ».

¹⁸⁰ La définition de l'intérêt à agir peut être complétée à l'aune de l'origine latine du terme intérêt qui désigne « ce qui importe », comme la condition selon laquelle « celui qui agit en justice doit justifier que l'action qu'il exerce est susceptible de lui procurer un avantage » (S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais et L. Mayer, *Procédure civile*, 35^{ème} éd., Dalloz, « Précis », Paris, 2020, n° 182). Les demandeurs à l'action devront rapporter la preuve d'un intérêt à agir né et actuel, ainsi que direct et personnel.

¹⁸¹ Ainsi, « l'intérêt donne au demandeur qualité pour agir » en « conférant la prérogative de l'action en justice » (*ibid.*, p. 178).

¹⁸² V. C. pr. civ. art. 122 et C. pr. civ. art. 32. Selon l'article 122, une fin de non-recevoir peut être constituée si les conditions subjectives et objectives de la demande ne sont pas réunies. Les conditions subjectives désignent l'intérêt et la qualité pour agir. Et les conditions objectives sont les délais pour agir (prescription et délai préfix) et le respect de l'autorité de la chose jugée. Sur cette distinction, v. *ibid.*, pp. 199 et 200. Les conditions objectives n'appellent pas de remarques particulières quant à leur application aux actions en justice sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance.

¹⁸³ TJ Nanterre, ord., 11/02/2021, n° 20/00915, précitée.

440. Afin d'identifier les tiers intéressés, il convient de distinguer les conditions subjectives processuelles de leur action et leur « droit subjectif à réparation »¹⁸⁴ du préjudice¹⁸⁵. En particulier, l'existence d'un dommage réparable ne se confond pas avec l'intérêt à agir. L'examen des conditions de recevabilité doit précéder tout examen des moyens au fond. Néanmoins, des liens intimes unissent ces conditions, car elles sont attachées à l'existence d'une prérogative du demandeur. En échos à cette conception du droit d'agir, la Convention EDH prévoit que la Cour déclare irrecevable toute demande si « le requérant n'a subi aucun préjudice important »¹⁸⁶. Les liens qu'entretiennent les questions de recevabilité et de fond apparaissent, en écho à la conception de la *common law* du droit d'agir.

§2. L'OUVERTURE DE L'ACTION EN JUSTICE SUR LE FONDEMENT DU *DUTY OF CARE*

441. Le droit anglais ne prévoit pas de distinction entre les questions procédurales et de fond d'agissant du droit d'agir. Le demandeur pourra agir, dès lors que le juge reconnaît que l'action en responsabilité est susceptible d'assurer la défense d'intérêts (A) que le défendeur ne devrait pas avoir préjudicié (B).

¹⁸⁴ H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1964, p. 215 et s., republié in *Écrits, Études et notes de procédure civile*, t. 1, Dalloz, 1973, p. 92.

¹⁸⁵ À cet égard, la décision du Conseil constitutionnel n°2017-750 DC du 23 mars 2017 sur la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre était porteuse de confusion lorsqu'il était précisé que la loi sur le devoir de vigilance n'instaure pas une responsabilité du fait d'autrui et que, dès lors, « les dispositions contestées ne sauraient permettre à une personne d'introduire une action pour le compte de la victime, qui a seule intérêt à agir » (consid. 28). Or, toute action en justice suppose en principe de démontrer un intérêt personnel à agir, nonobstant la nature de l'action.

¹⁸⁶ Conv. EDH, art. 35, pt. 3.b. ; et sur cet article, v. S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais et L. Mayer, *Procédure civile, op. cit.*, n° 183.

A. L'approche substantielle du droit d'agir des victimes en droit anglais

442. Le droit anglais ne distingue pas de conditions de recevabilité détachées des moyens au fond¹⁸⁷. Il n'existe pas d'équivalent de la règle générale énoncée par l'article 31 du Code de procédure civile français¹⁸⁸. Les juges disposent seulement du pouvoir de refuser d'examiner une réclamation dans certains cas énumérés par les Règles de procédure civile¹⁸⁹. Celles-ci visent uniquement des situations d'abus du droit d'agir en justice¹⁹⁰. Dès lors, le demandeur peut agir s'il estime avoir souffert des conséquences dommageables du fait de la commission d'un délit. Il peut invoquer des moyens d'ordre processuel ou substantiel à tout moment de l'instance.

B. La proximité, condition nécessaire de l'action

443. En principe, la théorie du voisin (« *neighbours theory* ») s'applique dans les actions pour

¹⁸⁷ N. Cayrol, « Droit comparé », in V° Action en justice – Définition de l'action en justice, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2019 (actualisation : 03/2020), pt. 34.

¹⁸⁸ Ph. Stoffel-Munck, « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers : regard franco-anglais », *RDC*, 2019, n° 116, p. 166.

¹⁸⁹ L'article 3.4 offre en son deuxième alinéa la possibilité au juge rejeter une demande si :
« (a) l'exposé du cas ne révèle aucun motif raisonnable pour introduire ou défendre la réclamation ;
(b) la demande est un abus de la procédure judiciaire ou est une manière de faire obstacle au cours de la procédure,
(c) en cas de non-respect d'une règle, d'une circulaire ou d'une décision du tribunal » (CPR, art. 3.4, al. 2).

¹⁹⁰ D'une manière générale, « le procès dira [l]a demande bien ou mal fondée, mais elle sera débattue, sous réserve de l'abus de droit » (N. Cayrol, « Droit comparé », in V° Action en justice – Définition de l'action en justice, *op. cit.*, pt. 34). Les prévisions du droit anglais peuvent être rapprochées de l'article 32-1 du Code français de procédure civile, qui prévoit que « celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés ».

négligence. Elle repose sur la preuve de la proximité entre les parties pour déterminer s'il est raisonnable d'attendre que l'une intervienne en faveur de l'autre¹⁹¹. Lord Atkin, dans la décision *Donoghue c. Stevenson* du 26 mai 1932¹⁹², en a défini les contours s'agissant du *duty of care* de la façon suivante : « [v]ous devez prendre des précautions raisonnables pour éviter les actes ou omissions dont vous pouvez raisonnablement prévoir qu'ils seraient susceptibles de blesser votre voisin. Qui donc est mon voisin en droit ? La réponse semble être : des personnes qui sont si étroitement et directement affectées par mon acte que je devrais raisonnablement les prendre en considération comme étant susceptibles d'être affectées lorsque je dirige mon esprit vers les actes ou omissions en question »¹⁹³. Dès lors, la mobilisation du standard du raisonnable dans le cadre du test de proximité permet de limiter les personnes susceptibles de se prévaloir du *duty of care* du défendeur à leur égard.

444. Ainsi le *duty of care* n'a-t-il pas vocation à être un devoir général de diligence. Ses bénéficiaires ne sont cependant pas identifiés contractuellement. Mais, il se fonde sur l'« attente légitime des tiers, ou de certains tiers »¹⁹⁴. Le concept de « *reliance* » traduit la volonté de limiter le champ des obligations aux personnes qui comptaient sur l'action d'une autre pour s'assurer, par exemple, de l'absence de risques d'atteinte aux droits fondamentaux. Ce lien de confiance ou de dépendance a d'abord été conçu comme devant unir directement le titulaire de l'action et le défendeur¹⁹⁵. Son acception a été progressivement élargie pour en faire bénéficier

¹⁹¹ R. Youngs, *English, French and German Comparative Law*, 3^{ème} éd., Routledge, Londres, 2014, p. 392

¹⁹² [1932] UKHL 100.

¹⁹³ *Donoghue c. Stevenson*, [1932] UKHL 100.

¹⁹⁴ J.-S. Borghetti, obs. sous Cass. com., 21/10/2008, n° 07-18.487 (« Jusqu'où ira la responsabilité à l'égard des tiers du fait d'un manquement contractuel ? »), *RDC*, 2009, p. 506.

¹⁹⁵ La « relation directe avec le consommateur » du fabricant conduit le juge à conclure que « le consommateur est en droit de s'appuyer sur l'exercice de la diligence du fabricant pour garantir que l'article ne sera pas préjudiciable au consommateur » (*Donoghue c. Stevenson*, [1932] UKHL 100). V. R. Youngs, *English, French and German Comparative Law*, *op. cit.*, p. 392.

des tiers à une relation intersociétaire. Les actions en justice dirigées contre une société commerciale en matière de droits fondamentaux ont été ainsi ouvertes aux employés de la filiale au sein de laquelle la société mère aurait dû mettre en œuvre les mesures de prévention, conformément à son *duty of care*. La décision *Chandler c. Cape* est « l'une des premières affaires dans laquelle un salarié a établi au procès une responsabilité de la part de la société mère de son employeur à son égard »¹⁹⁶. Monsieur Chandler avait été empoisonné à la suite d'une exposition prolongée aux poussières d'amiante, alors que la société mère avait connaissance de la situation à risque¹⁹⁷. Cette décision avait suscité un doute quant aux personnes susceptibles de poursuivre en justice une société pour manquement à son *duty of care*¹⁹⁸. Si la société mère s'avérait être uniquement débitrice d'un *duty of care* à l'égard des employés de sa filiale, seuls ceux-ci auraient pu agir en justice. Une telle restriction aurait eu pour conséquence de réduire drastiquement la portée des mesures de prévention.

445. Les décisions *Okpabi c. Shell* et *Vedanta c. Lungowe* ont permis de clarifier les incertitudes quant à l'identification des personnes susceptibles de se prévaloir de la négligence d'une société en matière de droits fondamentaux. Des demandeurs sans lien de droit avec les sociétés poursuivies ont pu voir leurs demandes examinées. Il s'agissait de demandeurs étrangers, issus de populations locales impactées par les activités de la filiale de la société mère¹⁹⁹, et confrontées à un « vide institutionnel »²⁰⁰ dans leur pays d'origine quant aux voies

¹⁹⁶ *Chandler c. Cape Industries Plc*, [2012] EWCA Civ 525, § 2.

¹⁹⁷ *Ibid.*, § 3.

¹⁹⁸ D. Palombo, « *Okpabi v Shell and Lungowe v Vedanta Dispel Three Myths* », *op. cit.*

¹⁹⁹ Dans l'affaire *Lungowe c. Vedanta*, « [l]es demandeurs sont 1 826 citoyens zambiens qui résident dans quatre communautés (Shimulala, Hellen, Kakosa et Hippo Pool) de la région de Chingola en Zambie » (*Lungowe et autres c. Vedanta Resources Plc et autres*, [2016] EWHC 975 (TCC), § 1). Dans l'affaire *Okpabi c. Shell*, « [l]es requérants sont des citoyens nigériens et des habitants des zones touchées par les fuites de pétrole » (*Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2018] EWCA Civ 191, § 2).

²⁰⁰ A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, « Le sens du droit », Paris, 2015, p. 22.

de recours. Selon les juges, ces « voisins »²⁰¹ des activités de la filiale auraient dû bénéficier de mesures de prévention prises par la société mère et décidées dans le cadre de ses relations intersociétaires. Dès lors, il ressort de ces décisions que le droit d'agir dépend du champ d'application du devoir préexistant de diligence.

§3. LES CONSÉQUENCES D'UN DEVOIR PRÉEXISTANT DE DILIGENCE SUR LES TITULAIRES DE L'ACTION EN JUSTICE

446. Le droit français comme le droit anglais prévoient une large ouverture de l'action en justice. La crainte d'un « contentieux nombreux »²⁰² s'est manifestée dans les travaux parlementaires : « cet intérêt à agir extrêmement large s'inscrira systématiquement dans une démarche contentieuse et risquera d'attirer les "mauvais plaideurs" »²⁰³. Pour autant, des critères d'identification des demandeurs susceptibles d'obtenir réparation n'ont pas été prévues.

447. Sur ce point, les méthodes du juge anglais sont porteuses d'enseignements. La vigilance du juge anglais s'exprime quant à l'avènement d'une « responsabilité illimitée »²⁰⁴ de la société commerciale. Le droit anglais ne prévoit pas de critères de recevabilité. Néanmoins, le *duty of care* est reconnu par le juge en amont de la recherche d'une faute. Cette étape permet d'identifier les personnes bénéficiaires des mesures de prévention et, par conséquent,

²⁰¹ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 49.

²⁰² Contribution de Philippe Houillon, in D. Potier, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi (n° 2578) relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, n° 2628, 11/03/2015, p. 40.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ V. notamment A. Yilmaz Vastardis, C. Terwindt, S. Leader, J. Wright, « *Supply chain liability: pushing the boundaries of the common law?* », *Journal of European Tort Law*, vol. 8, n° 3, 2018, p. 284. En anglais, l'expression « *open the floodgates* » est employée.

susceptibles d'invoquer un manquement au *duty of care* leur ayant causé un préjudice. À titre de comparaison, la loi sur le devoir de vigilance prévoit expressément l'exercice de la vigilance à des fins de prévention, mais sans identifier les personnes susceptibles d'y contribuer ni d'agir en justice pour que le juge enjoigne la société à respecter ses obligations. Dans les deux droits, c'est au fil des actions en justice que l'identification des demandeurs est rendue possible. Cependant, le droit d'agir de représentants, tels que les associations et syndicat, se distingue en particulier.

SECTION 2. LE DROIT D'AGIR DE GROUPEMENTS EN REPRÉSENTATION D'UN INTÉRÊT COLLECTIF

448. Le droit d'agir de groupements en représentation d'un intérêt collectif repose sur la distinction de leur rôle de parties prenantes au stade de la prévention, et de tiers intéressés au stade de la sanction (§ 1). Il autorise les associations et syndicats à agir pour manquement à la diligence de la société transnationale en matière de droits fondamentaux (§ 2).

§1. LE RÔLE DES PARTIES PRENANTES AU STADE DE L'ACTION

449. Au-delà des personnes ayant souffert d'un préjudice individuel, certains groupements pourront agir en défense d'intérêts collectifs. Ceux-ci peuvent avoir également été des parties prenantes de la prévention, et se muer en tiers intéressés au stade de l'action en justice. La participation des parties prenantes ne devrait pas impliquer un partage de responsabilité entre elles et la société commerciale. La diligence incombe, en effet, uniquement à la société commerciale. Les parties prenantes interviennent à la demande de la société, et les conditions de leur association sont librement définies par elle.

450. En droit français, aucune obligation légale d'associer les parties prenantes n'est prévue. La loi sur le devoir de vigilance ne prévoit qu'une implication facultative des parties prenantes au stade de l'élaboration du plan de vigilance²⁰⁵. Les prévisions légales diffèrent cependant s'agissant des organisations syndicales. Le plan de vigilance compte un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques qui doit

²⁰⁵ C. com., art. L. 225-102-4, I.

obligatoirement être établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société²⁰⁶. En droit anglais, les décisions de justice analysent les dispositifs d'autorégulation de la société, sans traiter spécifiquement de l'implication des parties prenantes.

451. Ainsi, les parties prenantes ne devraient pas être tenues pour responsables de l'insuffisance des mesures de vigilance. Leur rôle dans l'action en justice mérite toutefois d'être précisé, en particulier s'agissant des associations et des syndicats, acteurs centraux de la prévention et du contrôle de la diligence.

§2. L'ACTION EN JUSTICE DES ASSOCIATIONS ET SYNDICATS

452. L'action en justice des associations et syndicats pour manquement à la diligence due par la société transnationale en matière de droits fondamentaux suppose que soit reconnu leur droit d'agir sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance en droit français (A) et sur le fondement du *duty of care* en droit anglais (B). En complément, le développement de l'action de groupe sur le fondement de la diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux devrait être envisagé (C).

A. La qualité des associations et des syndicats à agir sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance

453. Les associations et syndicats participent d'un contrôle citoyen de l'application de la loi sur le devoir de vigilance. La qualité des associations (1) et des syndicats (2) à agir sur le

²⁰⁶ *Ibid.*

fondement de la loi sur le devoir de vigilance est reconnue par le texte de loi, en référence aux dispositions du droit commun qui autorisent ces groupements à agir en défense d'intérêts collectifs²⁰⁷.

1. La qualité des associations à agir

454. L'intérêt à agir des associations en matière de vigilance est reconnu en application des règles du droit commun, sur le fondement de l'article 31 du Code de procédure civile. La loi sur le devoir de vigilance ne prévoit pas de règles spéciales quant à l'intérêt à agir des associations au stade de la procédure d'injonction et de l'action en responsabilité. Dans ses observations devant le Conseil constitutionnel, le gouvernement a précisé que l'intérêt à agir sera défini par référence au droit commun et que « les syndicats, les organisations non gouvernementales ou les associations constituées depuis un certain nombre d'années seront des parties habilitées à agir devant le juge »²⁰⁸.

455. Les premières actions sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance ont été diligentées par des associations pour demander au juge d'enjoindre une société de respecter ses obligations légales. Conformément à une jurisprudence constante qui les y autorise²⁰⁹, les

²⁰⁷ Les groupements ne satisfont pas à la règle de principe d'un *intérêt* à agir direct et personnel. Mais le législateur autorise une « extension du droit d'agir » en leur donnant *qualité* à agir en défense d'intérêts collectifs (S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais et L. Mayer, *Procédure civile, op. cit.*, n° 198).

²⁰⁸ Cons. const., n° 2017-750 DC, 23/03/2017, v. obs. du Gouvernement ; <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-decisions/decision-n-2017-750-dc-du-23-mars-2017-observations-du-gouvernement> (consulté le 06/05/2022).

²⁰⁹ La Première chambre civile de la Cour de cassation a ouvert largement l'action en justice aux associations par une décision du 18 septembre 2018 qui précisait que, « même hors habilitation législative, et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social » (Cass. civ. 1^{ère}, 18/09/2008, n° 06-22.038 P D., 2008, p. 2437, obs. X. Delpech ; *ibid.*, 2009, p. 2448, panorama F.-G. Trébulle ; *ibid.*, 2009, p. 393, panorama E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ;

associations ont agi en défense d'intérêts collectifs entrant dans leur objet social. La démonstration de leur intérêt à agir a donc reposé sur une combinaison de l'objet de la loi et de leur objet social. Elles ont démontré que leur objet social statutaire²¹⁰ était lié à la défense des droits de l'Homme et de l'environnement²¹¹. À ce titre, elles avaient joué un rôle en tant qu'acteurs de l'élaboration de la loi²¹², et sont devenues actrices de sa mise en œuvre judiciaire. Ainsi, leur objet social et leur action entraînent en échos avec le double objectif de la loi de prévention et de sanction des atteintes. Toutes les associations ayant jusqu'alors agi en justice se sont vu reconnaître un intérêt à agir, y compris lorsqu'elles intervenaient volontairement au stade de l'appel. Ainsi, les associations CCFD-Terre solidaire, ActionAid, le Collectif Éthique sur l'Étiquette et le syndicat CFDT ont pu agir volontairement au stade de l'appel sur le fondement des articles 325 et 330 du Code de procédure civile²¹³.

456. Outre la procédure d'injonction, l'action en responsabilité devrait également être exercée par les associations en défense d'intérêts collectifs. La règle générale prévoit que les associations ont intérêt à agir au nom d'intérêts collectifs dans le cadre d'actions en responsabilité²¹⁴. Elles peuvent ainsi demander réparation d'un préjudice personnel et direct. L'action est ouverte à toute association, à la différence, par exemple, de l'action en réparation

JCP, n° 49, 10220, 2008, p. 32, note N. Dupont ; *Dr. sociétés*, 2008, n° 246, note R. Mortier).

²¹⁰ La décision du Conseil constitutionnel sur la loi sur le devoir de vigilance avait introduit une ambiguïté quant à l'intérêt à agir des associations en défense d'intérêts collectifs, sans mandat des victimes. Il était ainsi précisé que : « les dispositions contestées ne sauraient permettre à une personne d'introduire une action pour le compte de la victime, qui a seule intérêt à agir » (Cons. const., n° 2017-750 DC, précitée, consid. 25).

²¹¹ Sur l'intérêt à agir des parties prenantes en matière de RSE, v. notamment L. Lopez, *L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la Responsabilité sociale de l'entreprise*, th. Université Lyon 3, 2017 ; et la recension de la thèse par Christian Jubault (*RTD civ.*, 2018, p. 524).

²¹² Plusieurs associations de droit français ont milité pour l'adoption de la loi, parmi lesquelles le CCFD-Terre Solidaire, Sherpa, Notre Affaire à Tous, les Amis de la Terre ou le Collectif Éthique sur l'Étiquette.

²¹³ CA Versailles, 10/12/2020, n° 20/01692 et 20/01693, précitée (décision cassée sur la question de la compétence par la Cour de cassation : Cass. com., 15/12/2021, n° 21-11.882, précitée, v. *supra* n° 365).

²¹⁴ V. par exemple Cass. civ. 3^{ème}, 26/09/2007, n° 04-20.636 P : *RTD civ.*, 2008, p. 305, obs. P. Jourdain ; *JCP*, II, 10020, 2008, p. 30, note B. Parance.

du préjudice écologique. En effet, le nouvel article 1248 du Code civil liste les personnes susceptibles d'agir en justice, parmi lesquelles seules figurent les associations « agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement »²¹⁵.

457. Dès lors, il est reconnu un rôle central des associations lors du procès civil pour défendre les intérêts protégés par la loi sur le devoir de vigilance. Les syndicats jouent également un rôle important, notamment en défense des droits sociaux fondamentaux. Et, dans une perspective de conjugaison des enjeux sociaux et environnementaux, les associations peuvent agir aux côtés des syndicats.

2. La qualité des syndicats à agir

458. Les syndicats ont le droit d'agir en justice, sur le fondement de l'article L. 2132-3 du Code du travail, pour « exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ». La loi sur le devoir de vigilance leur attribue un rôle spécifique dans le cadre de l'élaboration du plan de vigilance, au stade de l'élaboration du mécanisme d'alerte et de recueil des signalements, qui justifie leur intérêt à agir en cas de manquement d'une société à ses obligations de prévention. Cependant, il faut préciser que l'action en justice des syndicats est diligentée en vertu de la « mission générale de représentation collective »²¹⁶ qui leur incombe. Cette mission est plus large que celle de l'organisation syndicale représentative concertée dans

²¹⁵ V. C. civ., art. 1248 tel qu'issu de loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, JORF n° 0184, 09/08/2016, art. 4.

²¹⁶ M.-C. Tual (dir.), *Le Lamy Droit des représentants du personnel*, 2021, n° 596.

le cadre de l'établissement du mécanisme d'alerte au sein de la société.

459. En somme, en droit français, les associations et les syndicats jouent un double rôle au stade de la prévention et de la sanction. L'action en justice leur est ouverte sans restriction préalable. Leur droit d'agir sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance s'appuie sur leur mission générale de défense des intérêts que la loi tend précisément à préserver. Par contraste, le droit anglais offre aux associations et syndicats des possibilités nettement moins étendues que le droit français d'agir en justice en défense de l'intérêt collectif.

B. La qualité des associations et des syndicats à agir dans le cadre du délit de négligence

460. La voie du recours collectif des victimes prévaut s'agissant des litiges relatifs au *duty of care* d'une société en matière de droits fondamentaux et de protection de l'environnement²¹⁷. Les victimes ne sont pas représentées par une organisation. En effet, la démonstration d'un intérêt personnel implique une conception restrictive du droit d'agir des groupements. Les syndicats se voient ainsi offrir la possibilité d'agir devant les juridictions civiles en leur nom propre par la loi de 1992 sur les syndicats et les relations professionnelles (*Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act*)²¹⁸. Mais, cette possibilité n'est pas offerte aux associations. Dès lors, les victimes agissent directement devant le juge pour demander

²¹⁷ La liste des contentieux est publiée depuis 2015 et mise à jour régulièrement. V. HM Courts & Tribunals Service, *Guidance - Group litigation order*, 24/07/2015 (actual. 07/2020) ; <https://www.gov.uk/guidance/group-litigation-orders#contents> (consulté le 06/05/2022).

²¹⁸ Les syndicats ont la possibilité « de poursuivre et d'être poursuivi en son propre nom, que ce soit dans une procédure relative à la propriété ou fondée sur un contrat ou un délit ou toute autre cause d'action » (*Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992, s. 10). V. S. Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*, *op. cit.*, pt. 19.38.

réparation. Le mécanisme d'ordonnance de contentieux de groupe²¹⁹ permet à chaque membre du groupe de formuler des réclamations qui lui sont propres. Le juge prononce ensuite une ordonnance les autorisant à agir si les demandes « soulèvent des questions de fait ou de droit communes ou connexes »²²⁰.

461. Finalement, en droit français comme en droit anglais, des possibilités de recours collectifs devraient également être encore développées pour permettre d'agir à plusieurs victimes d'un défaut de diligence ayant entraîné des violations des droits fondamentaux. Cette nécessité se fait particulièrement prégnante en droit anglais, en l'absence de mécanismes de représentation par les associations.

C. L'opportunité du développement de l'action de groupe

462. Les recours collectifs sur le fondement de la diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux n'ont pas été envisagés par le législateur français (1), ni adaptés par le droit anglais (2). Pourtant, leur développement, et en particulier **le développement de l'action de groupe, pourrait contribuer à l'effectivité du droit de recours des victimes.**

²¹⁹ En anglais, le terme utilisé est « *Group Litigation Order* » (« GLO »).

²²⁰ *Civil Procedure Rules* (CPR), r. 19.10

1. L'opportunité du développement de l'action de groupe sur le fondement du devoir de vigilance en droit français

463. L'action en justice sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance pourrait être intégrée par le législateur aux actions de groupe. Le mécanisme de l'action de groupe permet aux associations d'agir en qualité de demandeur devant une juridiction civile. Le but de l'action est d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des personnes placées dans une situation similaire ou identique, et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales²²¹. Le rôle des syndicats demeure envisagé sur le mode mineur. Seules les organisations syndicales représentatives peuvent exercer l'action de groupe. Et leur droit d'agir est limité aux actions en matière de discrimination sur le fondement de l'article L. 1134-7 du Code du travail.

464. La loi sur le devoir de vigilance pourrait autoriser par des dispositions spéciales les associations et les syndicats à exercer l'action de groupe dans le domaine des droits fondamentaux. Un tel développement poursuivrait **l'extension actuelle des domaines de l'action de groupe**. Celle-ci était initialement cantonnée aux litiges en droit de consommation²²². Depuis son inscription dans le Code de procédure civile, elle est ouverte à certaines associations²²³ dans une variété de domaines. Ainsi, le Code de procédure civile prévoit des règles applicables aux actions de groupe limitativement énumérées à l'article 848.

²²¹ Cette définition s'inspire des premières dispositions introduites en France par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (article 1), aujourd'hui inscrite à l'art. L. 623-1 du code de la consommation.

²²² C. consom., art. L. 623-1.

²²³ Selon l'article 63 de la loi : « [s]eules les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte peuvent exercer l'action de groupe » (loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n° 0269, 19 /11/2016, art. 63).

Sous réserve des dispositions particulières prévues pour chacune de ces actions, les règles du Code de procédure civile sont applicables aux actions de groupe suivantes :

- l'action de groupe en matière de discrimination ;
- l'action de groupe tendant à la cessation du manquement, à la réparation des préjudices corporels et matériels résultant du dommage causé à l'environnement ou à ces deux fins ;
- l'action de groupe relative aux dommages corporels en matière de santé ;
- l'action de groupe relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés²²⁴.

465. Dès lors, l'action de groupe s'inscrit dans une dynamique de protection effective des droits des victimes dans des domaines qui se recoupent largement avec ceux couverts par la loi sur le devoir de vigilance. Il en est de même s'agissant des recours collectifs prévus par le droit anglais.

2. L'opportunité du développement de l'action de groupe sur le fondement du *duty of care* en droit anglais

466. En droit anglais, l'action en représentation des intérêts d'un groupe de personnes pourrait voir son champ d'application étendu en matière de droits fondamentaux, dans le cadre des actions sur le fondement du *duty of care*. En principe, l'action en représentation des intérêts est ouverte seulement étroitement sur le fondement de la règle 19.6 des Règles de procédures civiles. L'action est diligentée par un membre d'une catégorie de personnes ayant les mêmes intérêts à défendre. Les questions de fait ou de droit posées au juge doivent être communes ou

²²⁴ L'action de groupe prévue par l'article L. 623-1 précité est désormais inclus parmi les actions soumises au Code de procédure civile, sous réserve des dispositions particulières prévues par le Code de la consommation (C. consom., art. R. 623-1).

connexes²²⁵. La condition de « *same interest* » est interprétée strictement par le juge, ce qui a pour effet de restreindre sensiblement le droit d’agir sur ce fondement²²⁶. Elle conduit le juge à exiger qu’« [à] tous les stades de la procédure, et pas seulement à la date du jugement final, il doit être possible de dire d’une personne en particulier si elle remplit ou non les conditions d’appartenance à la classe de personnes représentées en vertu du fait qu’elle a "le même intérêt" »²²⁷ que son représentant.

467. Une décision très attendue de la Cour suprême du Royaume-Uni en matière de protection des données personnelles aurait pu contribuer au développement de l’action de groupe, et notamment à son extension aux violations des droits fondamentaux²²⁸. Les juges se prononçait dans un litige opposant le représentant d’environ 4 millions d’utilisateurs d’un même type de téléphone à une société transnationale. La Cour d’appel avait reconnu le droit d’agir du représentant de ces utilisateurs, sur le fondement de la règle 19.6 des Règles de procédures civiles, car ils partageaient tous le même intérêt à voir leur droit au respect de la vie privée à l’égard du traitement des données à caractère personnel être protégé²²⁹. Il s’agissait d’une ouverture notable du droit d’agir car les personnes représentées n’étaient pas connues au moment où la procédure a été engagée²³⁰. Le système d’*opt out* semblait être validé. Mais, les

²²⁵ CPR, r. 19.10.

²²⁶ La condition du « *same interest* » a d’abord été formulée par le juge dans les décisions *The Duke of Bedford c. Ellis*, [1901] A.C. 1 ; et *Markt & Co c. Knight Steamship Company*, [1910] 2 K.B. 1021.

²²⁷ *Emerald Supplies Ltd et al. c. British Airways Plc*, [2010] EWCA Civ 1284, 18/11/2010, § 62.

²²⁸ *Lloyd c. Google LLC*, [2021] UKSC 50.

²²⁹ *Lloyd c. Google LLC*, [2019] EWCA Civ 1599, spéc. §§ 73 et s.

²³⁰ La possible extension des actions en *opt-out* avait été rejetée par le gouvernement en matière de protection des données personnelles (*Department for Digital, Culture, Media & Sport, UK Government response to Call for Views and Evidence - Review of Representative Action Provisions, Section 189 Data Protection Act 2018, Policy paper, 23/02/2021 ; <https://www.gov.uk/government/publications/call-for-views-and-evidence-review-of-representative-action-provisions-section-189-data-protection-act-2018/uk-government-response-to-call-for-views-and-evidence-review-of-representative-action-provisions-section-189-data-protection-act-2018> (consulté le 06/05/2022)*).

juges de la Cour suprême a interprété les dispositions relatives à la protection des données personnelles alors en vigueur²³¹ comme requérant la démonstration d'un dommage et n'autorisant pas l'action du représentant selon le système de l'*opt-out*²³². Le représentant pourra agir uniquement pour demander une déclaration sur une problématique commune, puis les demandeurs devront agir individuellement pour demander réparation²³³.

468. Le système de l'*opt-out* est déjà développé aux États-Unis²³⁴. Au Royaume-Uni, la loi de 2015 sur les droits des consommateurs (*Consumer Rights Act*) a amendé la loi sur la concurrence de 1998 pour introduire l'*opt-out*. Mais, le système est prévu uniquement pour les recours collectifs de victimes d'actions anticoncurrentielles²³⁵. Le Tribunal spécialisé en matière de concurrence (*Competition Appeal Tribunal - CAT*) pouvait déjà entendre les recours collectifs avec *opt-in* des victimes, c'est-à-dire si celles-ci se manifestent et présentent leurs demandes au juge pour pouvoir obtenir des dommages-intérêts. Désormais, l'action a été ouverte à un « régime de non-participation »²³⁶, c'est-à-dire que « les demandeurs sont automatiquement inclus dans l'action à moins qu'ils ne "se retirent" de la procédure »²³⁷.

²³¹ L'affaire a été jugée sur le fondement de la loi sur la protection des données de 1998 (*Data Protection Act 1998*). Cette loi a été abrogée. Le *UK General Data Protection Regulation* est actuellement en vigueur. La décision *Lloyd c. Google LLC* ne devrait pas avoir valeur de précédent. Néanmoins, la décision a vocation à freiner le développement de l'action groupe au Royaume-Uni. En ce sens, v. N. Weinberg, « *The Supreme Court Judgment in Lloyd v Google LLC [2021] UKSC 50* », Essex Chambers, 25/11/2021 ; <https://www.39essex.com/the-supreme-court-judgment-in-lloyd-v-google-llc-2021-uksc-50/> (consulté le 06/05/2022).

²³² *Lloyd c. Google LLC*, [2021] UKSC 50, §§ 80-83.

²³³ Les juges nomment ce processus en deux temps le « *bifurcated process* ». *Ibid.*, § 81.

²³⁴ Le mécanisme de recours collectif dit de « *class action* » a été reconnu aux États-Unis par le Code fédéral de procédure civile (*US Federal Rules of Civil Procedure*, r. 23). V. notamment D. Houtcieff, « Rapport de synthèse », extrait des actes du Colloque coorganisé par l'Université d'Évry et l'Ordre des avocats à la Cour de Paris, « Class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », *LPA*, n° 115, 10/06/2005, p. 42.

²³⁵ *Consumer Rights Act 2015*, s. 81.

²³⁶ *Consumer Rights Act 2015 Explanatory Notes*, s. 81 ; <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/section/81/notes> (consulté le 06/05/2022)

²³⁷ *Ibid.*

469. Un développement de l'*opt-out* dans les actions relatives aux droits fondamentaux permettrait de renforcer l'effectivité du droit d'agir des victimes, en offrant la « possibilité de déposer une réclamation au nom d'un groupe de personnes qui n'ont pas à être identifiées »²³⁸.

470. Finalement, les développements de l'action de groupe, en droit français et en droit anglais, participeraient d'une ouverture du droit de recours aux citoyens réunis en groupements. Il s'agirait d'une des voies possibles de la démocratisation du contrôle du respect des droits fondamentaux par les sociétés transnationales. La réparation des dommages subis par de nombreuses victimes en serait également facilitée.

²³⁸ C. van Dam, « *Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights* », *Journal of European Tort Law*, vol. 2, n° 3, 2011, p. 231.

Conclusion du Chapitre 1

472. Les conditions de la responsabilité des sociétés transnationales tiennent d'abord au droit d'agir des victimes. Un équilibre est ici à trouver. La large ouverture du droit d'agir est une condition essentielle de la protection effective des droits fondamentaux. L'action en justice des demandeurs ayant un intérêt personnel à agir se conjugue avec l'enjeu social et démocratique du contrôle des activités des sociétés transnationales par des groupements tels que les associations et les syndicats. Néanmoins, la diligence perdrait de son effectivité si elle devait protéger tous les tiers.

473. Dès lors, en droit français, les conditions de recevabilité de l'action en responsabilité s'articulent autour d'exigences quant à l'intérêt personnel des demandeurs et du rôle, central, des groupements en charge de la défense d'intérêts collectifs. La loi sur le devoir de vigilance se réfère à l'exigence d'un intérêt à agir, conformément à la règle générale énoncée par l'article 31 du Code de procédure civile. À la différence du droit français, le droit anglais ne distingue pas de conditions de recevabilité détachées des moyens au fond. Le droit d'agir en justice du demandeur est intimement lié à la reconnaissance d'un *duty of care* à son endroit. Par suite, l'action en justice des groupements, tels que les associations et syndicats, demeure plus limitée qu'en droit français. Une action de groupe en cours, diligentée par le représentant d'environ quatre millions d'utilisateurs d'un même type de téléphone contre une société transnationale, pourrait faire évoluer le droit positif. Plus généralement, le développement de l'action de groupe pourrait contribuer à l'effectivité du droit de recours des victimes dans des contentieux où elles sont souvent nombreuses. Toutefois, le recours effectif des victimes tient également aux conditions de fond de la responsabilité de la société transnationale.

Chapitre 2. Les conditions de fond de l'action en responsabilité

475. La sanction du défaut de diligence en matière de droits fondamentaux repose sur l'engagement de la responsabilité délictuelle de la société transnationale. Sa responsabilité est engagée pour faute personnelle, selon les principes du droit commun. En droit français et en droit anglais, le comportement attendu est celui d'un homme diligent. L'origine en droit romain du standard de diligence est commune. La responsabilité délictuelle (*tort law*) en droit anglais a conservé le principe de son inscription au sein d'un délit (*tort*) nommé, le délit de négligence. Le droit français de la responsabilité civile est, quant à lui structuré, autour d'un principe général de responsabilité sur le fondement de l'ancien article 1382, aujourd'hui 1240, du Code civil.

476. La loi sur le devoir de vigilance se réfère à la « norme générale de comportement »²³⁹ qu'est le standard de vigilance, afin de sanctionner le manquement à des obligations spéciales de prévention. Aucune faute générale de vigilance ne peut être retenue à l'encontre des sociétés. Seule l'absence d'élaboration, de mise en œuvre effective ou de publication d'un plan de vigilance constitue une faute. Comparativement, le *duty of care* de la société transnationale en matière de droits fondamentaux s'insère directement dans le droit commun (*common law*).

477. Dans les deux droits, la recherche d'une faute de diligence ayant causé un dommage ne fait bénéficier d'un traitement judiciaire que les cas de manquement les plus pathologiques. Au stade de la prévention puis de la sanction, la diligence cantonne le rôle

²³⁹ L'approche française de la responsabilité civile a rompu avec l'héritage romain du point de vue de la méthode car elle « a consisté à abolir, en droit civil, la méthode casuistique de définition des délits spéciaux qui s'était maintenue jusqu'à la fin de l'ancien régime et qui a survécu jusqu'à nos jours dans certains pays étrangers, notamment en Angleterre et aux États-Unis » (G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, in J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, 4^{ème} éd., LGDJ, « Traités », Paris, 2017, n° 45).

de la société transnationale à l’accomplissement d’un « devoir de moyens »²⁴⁰. Les limites des mesures attendues, conjuguées aux difficultés de preuve de la faute, conduisent à diminuer les chances de réussite des actions diligentées contre la société transnationale. Pourtant, les manquements semblent être le résultat du fonctionnement normal de la société à l’échelle transnationale. Afin de prendre la mesure des dynamiques systémiques d’exploitation des travailleurs²⁴¹ et, plus généralement, des atteintes aux droits fondamentaux, **la construction de la responsabilité de la société transnationale devrait s’affranchir de l’exigence d’une faute au profit d’une responsabilité objective du fait de l’entreprise, combinée, le cas échéant, à l’engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant pour faute de diligence.** Dès lors, la diligence serait à sa juste place pour apprécier le comportement la personne du dirigeant.

478. Afin d’appréhender les capacités de prévention et de réparation de la société transnationale, et après avoir exposé les conditions et limites de la responsabilité du fait personnel (**Section 1**), il convient d’analyser l’exigence d’une faute. Cette exigence devrait être cantonnée à la responsabilité du dirigeant et abandonnée, s’agissant de la société, au profit d’une responsabilité objective (**Section 2**).

²⁴⁰ Parmi les « devoirs extracontractuels », Geneviève Viney, Patrice Jourdain et Suzanne Carval distinguent les « devoirs "de moyens" et devoirs "de résultat" » (G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 457). Cette terminologie est privilégiée. V. *supra* n° 160.

²⁴¹ G. Le Baron, N. Howard, C. Thibos, P. Kyrtsis, « *Confronting root causes: forced labour in global supply chains* », *Open Democracy*, 19/03/2019 ; www.opendemocracy.net/beyondslavery/genevieve-lebaron-neil-howard-cameron-thibos-penelope-kyrtsis/confronting-root-causes (consulté le 06/05/2022). V. également *supra* n° 12-14.

SECTION 1. L'APPLICATION DES CONDITIONS CLASSIQUES DE LA RESPONSABILITÉ DU FAIT PERSONNEL

479. En droit français et en droit anglais, la société transnationale est tenue de répondre de sa faute de diligence dans des conditions en grande partie communes. La loi sur le devoir de vigilance prévoit l'engagement de la responsabilité de la société mère ou du donneur d'ordre selon la matrice classique d'engagement de la responsabilité civile extracontractuelle du fait personnel. Elle se réfère ainsi aux articles 1240 et 1241 du Code civil relatifs à ce type de responsabilité. Par conséquent, les requérants devront prouver l'existence d'une faute de vigilance, d'un dommage, et d'un lien de causalité entre la faute de vigilance et le dommage²⁴².

480. La *common law* anglaise prévoit, quant à elle, l'engagement de la responsabilité délictuelle dès lors qu'est rapportée la preuve d'un délit (*tort*). Ici, le délit de négligence est précisément invoqué. Un droit à réparation sera reconnu par le juge dès lors que la preuve aura été rapportée par le demandeur de l'existence d'un *duty of care* du défendeur, puis d'un manquement à ce devoir (*breach of duty*) lui ayant causé un dommage.

481. À cet égard, **la proposition de directive n'innove pas. Elle prévoit l'engagement de la responsabilité civile de la société en cas de faute de vigilance ayant causé un dommage**²⁴³.

²⁴² La décision du Conseil constitutionnel précise qu'« [e]n renvoyant aux articles 1240 et 1241 du Code civil dans le nouvel article L. 225-102-5 du Code de commerce, le législateur a seulement entendu rappeler que la responsabilité de la société à raison des manquements aux obligations fixées par le plan de vigilance est engagée dans les conditions du droit commun français » (Cons. const., n° 2017-750 DC, précitée, consid. 27).

²⁴³ L'article 22 prévoit que : « [I]es États membres veillent à ce que les entreprises soient responsables des dommages si :

- a) ils n'ont pas respecté les obligations prévues aux articles 7 et 8 [obligations de prévention des risques et de remédiation aux impacts négatifs existants] et;
- b) à la suite de ce manquement, un impact négatif qui aurait dû être identifié, prévenu, atténué, mis fin ou dont l'ampleur aurait dû être minimisée par les mesures appropriées prévues aux articles 7 et 8 s'est

482. Il ressort que les conditions de l'action en responsabilité pour manquement à la diligence de société transnationale en matière de droits fondamentaux se divisent en trois éléments : la faute de diligence (§1), le lien de causalité (§2), et enfin le dommage (§3).

§1. L'EXIGENCE D'UNE FAUTE DE DILIGENCE

483. Pour obtenir réparation du dommage subi, les demandeurs devront prouver une défaillance dans le comportement qu'ils étaient légitimement en droit d'attendre de la part de la société transnationale. La faute est définie au regard du devoir préexistant de diligence vis-à-vis des tiers. La société sera alors susceptible d'avoir à réparer un dommage né du fait d'un défaut de prévention quant aux risques induits par les activités de sa filiale, de son sous-traitant ou de son fournisseur. La faute de la société transnationale est à distinguer du manquement imputable à la filiale ou au cocontractant. **La société mère ou le donneur d'ordre ne sera titulaire d'une créance de réparation qu'au regard du préjudice causé par le manquement aux mesures de diligence destinées à la prévention des atteintes aux droits fondamentaux.**

484. Dès lors, l'exigence d'une faute est un facteur de limitation du « domaine de la responsabilité »²⁴⁴. Elle sanctionne le manquement à un devoir de moyens (A), dont la portée est limitée à la prévention des risques existants (B), au détriment d'une logique plus exigeante de précaution (C).

produit et a entraîné un dommage » (Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, art. 22.1).

²⁴⁴ 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, p. 1611.

A. La faute de diligence, une négligence dans la prévention imputable à la société transnationale

485. La faute de diligence peut être définie comme **une négligence dans la prévention imputable à la société transnationale au regard d'un devoir extracontractuel de moyens**

(1). La reconnaissance d'un devoir de résultat à l'intention des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux pourrait contribuer à renforcer les obligations de prévention des sociétés, tout en facilitant la preuve du manquement (2).

1. La violation d'un devoir extracontractuel de moyens

486. La faute de diligence est constituée par la violation du devoir extracontractuel (a). La responsabilité de la société transnationale ne pourra être engagée qu'au regard de la preuve de l'absence ou de l'insuffisance des moyens mis en œuvre, non pas dès lors qu'une violation des droits fondamentaux est constatée (b). Cette preuve reposera essentiellement sur l'autorégulation mise en œuvre par la société transnationale (c).

a. La violation d'un devoir extracontractuel

487. La diligence s'analyse comme un devoir extracontractuel de la société transnationale en matière de droits fondamentaux. En principe, afin de déterminer ce que le demandeur pouvait raisonnablement attendre du défendeur, la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat repose sur une analyse jurisprudentielle du contrat en droit français²⁴⁵. L'obligation

²⁴⁵ On doit à René Demogue la distinction entre obligations de moyens et de résultat. Cette distinction

contractuelle de résultat implique que l'inexécution du cocontractant soit reconnue comme fautive, « sur la seule preuve de l'inobtention du résultat promis »²⁴⁶. Or, la responsabilité délictuelle ne reconnaît pas d'obligation juridique préexistante à laquelle une telle distinction pourra s'adosser²⁴⁷. En cela, le devoir de vigilance se distingue du droit commun. Un devoir extracontractuel de diligence²⁴⁸, préexistant à la faute, est explicitement reconnu. Il se rapproche ainsi du *duty of care*, devoir de diligence²⁴⁹ reconnu par la *common law* anglaise dans le cadre du délit de négligence. Dans les deux cas, l'exigence de diligence n'est pas née du contrat : le devoir de vigilance a une origine législative, tandis que le devoir extracontractuel de *care* est façonné par la jurisprudence²⁵⁰.

recouvre une différence de nature entre les obligations. V. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. V, n° 1237, p. 538 et s. À ce sujet, en droit français, v. notamment : C. Bloch, A. Giudicelli, C. Guettier, J. Julien, D. Krajewski, M. Poumarède, Ph. le Tourneau, « Preuve de l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12^{ème} éd., Dalloz, « Dalloz action », Paris, 2020, n° 3123.11. La distinction entre obligations de moyens et de résultat est largement diffusée dans les différents droits nationaux. Pour une approche internationale et de droit comparé, v. Wester-Ouisse, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.*, 2010, p. 419 et s.

²⁴⁶ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 271

²⁴⁷ À ce sujet, v. notamment M. Mekki, « La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat : esquisse d'un art », *RDA*, 2013, p. 77 et s., spéc. p. 87.

²⁴⁸ Il est intéressant de noter qu'Henri et Léon Mazeaud utilisaient les termes d'« obligations de prudence et de diligence » et d'« obligations déterminées » dans un sens proche de celui donné aux obligations de moyens et de résultat (H. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I., 5^{ème} éd, Montchrestien, Paris, n° 103-10 ; v. aussi : H. Mazeaud, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.*, 1936, p. 1). Ce rapprochement est révélateur de ce que la diligence est directement associée aux moyens à mettre en œuvre en exécution de son obligation. V. également : A. Tunc, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens », *JCP*, 1945, p. 449.

²⁴⁹ Le juge définit le *duty of care* comme le devoir d'exercer une diligence (« *duty (...) to exercise diligence* »). V. *Donoghue c. Stevenson*, [1932] UKHL 100.

²⁵⁰ Les standards de vigilance et de *care* s'insèrent dans les deux catégories principales des devoirs extracontractuels : le premier dans la catégorie des « devoirs extra-contractuels explicités par des textes écrits » prévu par des « dispositions, sanctionnées ou non, prescrivant un comportement » d'une part ; et le second parmi les « devoirs extra-contractuels créés par la jurisprudence » et « qui ne sont explicités par aucune disposition écrite » (G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 447-448 et n° 450).

488. En droit français, le devoir extracontractuel de diligence n'est traditionnellement pas enseigné comme comptant parmi les éléments constitutifs de la responsabilité extracontractuelle. Les articles 1240 et 1241 du Code civil, au visa desquels la faute extracontractuelle est sanctionnée, ne font pas explicitement référence à un type de faute, mais au principe général de responsabilité. Le devoir de diligence apparaît en creux, lorsque ces articles se réfèrent, « indirectement, à une norme générale de conduite sociale imposant de se comporter en toutes circonstances avec prudence ou diligence »²⁵¹. En se fondant sur les articles 1240 et 1241 du Code civil à l'article L. 225-102-5 du Code de commerce, le législateur se réfère à la construction du droit commun de la responsabilité pour définir les conditions de l'engagement de la responsabilité de la société pour faute de vigilance. À la différence des devoirs de diligence, qui sous-tendent le droit commun français de la responsabilité, sans y apparaître explicitement, le devoir de vigilance est mentionné par le texte de loi.

489. Cette construction se différencie du *duty of care* tel que sanctionné par les règles de la *common law* anglaise. La référence à ce standard non-écrit est un élément à part entière du délit de négligence, reconnu par la jurisprudence et contrôlé par le juge. Ainsi, quand le droit français bâtit des règles spéciales autour d'un standard écrit, le droit anglais se réfère à un standard non-écrit relevant du droit commun de la négligence. Par conséquent, la portée des mesures de vigilance et la définition de la faute sont plus limitées, car définies par une loi spéciale. Les deux droits se rejoignent néanmoins pour définir la faute extracontractuelle de la société transnationale de diligence en matière de droits fondamentaux comme une défaillance dans l'exécution d'un devoir extracontractuel de la société, et plus précisément comme une défaillance à un devoir de moyens.

²⁵¹ *Ibid.*, n° 450.

b. La violation d'un devoir de moyens

490. En droit français et en droit anglais, la définition de la faute extracontractuelle de diligence de la société transnationale repose sur l'analyse du comportement diligent attendu de la part de la personne morale. Dans les deux cas, la faute consiste en l'insuffisance ou l'absence de moyens mis en œuvre par la société transnationale, s'il s'avère que celle-ci était en mesure de remédier à une atteinte aux droits fondamentaux. **La faute de diligence est appréciée au regard des moyens que la société met en œuvre pour la prévention d'une atteinte aux droits fondamentaux.**

491. La loi sur le devoir de vigilance prescrit ainsi à la société de prendre « les mesures de vigilance raisonnable 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 »²⁵². Au stade de l'élaboration des mesures, la mobilisation du standard du raisonnable renvoie à la proportionnalité des mesures aux risques. Puis, au stade de la mise en œuvre, le texte de loi précise que la société « met en œuvre de manière effective un plan de vigilance ». Le contrôle de l'effectivité de la mise en œuvre des mesures permet d'apprécier l'adéquation des moyens mis en œuvre, sans pour autant relever systématiquement une défaillance de la société dès lors qu'une atteinte grave aux droits fondamentaux a été constatée. À cet égard, les Observations du gouvernement sur la loi sont sans ambiguïté : « [l]a mise en œuvre effective du plan de vigilance ne saurait être regardée comme instaurant [un devoir] de résultat pour les sociétés soumises à ces obligations »²⁵³.

492. Les juges anglais mettent également en œuvre un contrôle de la proportionnalité et de

²⁵² C. com., art. L. 225-102-4, I.

²⁵³ Observations du Gouvernement sur la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n° 0074, 28/03/2017, pt. 1.

l'adéquation des moyens, selon la qualité et les compétences de la personne poursuivie²⁵⁴. Ils analysent le pouvoir et les capacités de prévention de la société transnationale. À l'occasion de ce contrôle, le standard du raisonnable permet de tenir compte des ressources du défendeur. Les dépenses engagées pour prévenir le dommage doivent être raisonnables par rapport à ses moyens²⁵⁵. Le coût de la prévention par des mesures dédiées est analysé au regard des chances de voir le risque se réaliser et de la gravité de celui-ci²⁵⁶. Si les chances que le risque se matérialise en une violation des droits des tiers sont minimes, ou que cette violation serait de moindre gravité, il est admis par le juge que l'ampleur des mesures et des coûts afférents soient réduits.

493. Dès lors, le devoir de moyens a essentiellement vocation à limiter la portée des

²⁵⁴ Les juges adaptent leurs exigences si le défendeur est un spécialiste. Pour ce faire, ils s'appuient sur le test dit de « Bolam », en référence au précédent qui fait autorité en la matière et qui permet de juger selon « la norme de l'homme de métier ordinaire qui exerce et déclare avoir cette compétence spéciale » (*Bolam c. Friern Hospital Management Committee*, [1957] 1 WLR 582). À propos de cette décision, v. S. Deakin et Z. Adams, *Markenisis and Deakin's Tort law*, 8^{ème} éd., Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 182.

²⁵⁵ La décision *Goldman c. Hargrave*, rendue par le *Privy Council* (juridiction d'appel australienne) fait référence en la matière. S'agissant du *duty of care* d'un occupant pour empêcher la propagation d'un incendie, Lord Wilberforce précise que « jusqu'ici, il a été possible d'examiner l'existence d'un devoir, en termes généraux. Mais la question ne peut en rester là sans une définition de la portée de son devoir. Jusqu'où ça va-t-il ? Quel est le standard d'effort requis ? Quelle est la position en matière de dépenses ? Il ne suffit pas de dire simplement que celles-ci doivent être "raisonnables", car ce qui est raisonnable pour un homme peut être très déraisonnable, voire ruineux, pour un autre (...) Dans de telles situations, le standard devrait être d'exiger de l'occupant ce qu'il est raisonnable d'attendre de lui dans sa situation personnelle » (*Goldman c. Hargrave*, [1967] 1 AC 645, § 663). À propos de cette décision, v. S. Deakin et Z. Adams, *Markenisis and Deakin's Tort law*, *op. cit.*, p. 185.

²⁵⁶ Les juges de la *common law* se réfèrent à la formule mathématique dite de « Hand », en référence au juge américain Billings Learned Hand dans la décision *United States c. Carroll Towing Co.* du 9 juin 1947 (159 F.2d 169 (2d Cir.) 1947). La formule de Hand est élaborée à partir de trois variables : « (1) La probabilité qu[e le navire] se détache [de ses amarres] ; (2) la gravité de la blessure qui en résulte, si elle le fait; (3) la charge des précautions adéquates » et prévoit que : « si la probabilité s'appelle P ; la blessure, L ; et la charge, B ; la responsabilité dépend de la question de savoir si B est inférieur à L multiplié par P : c'est-à-dire si $B > PL$ » (*United States c. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir.), 1947). V. S. G. Gilles, « *On Determining Negligence: Hand Formula Balancing, the Reasonable Person Standard, and the Jury* », *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, n° 3, 2001, p. 813 et s.

mesures de prévention suivant leur coût pour la société commerciale. Le législateur britannique a d'ailleurs souhaité voir s'accroître ce mouvement. Il revient ainsi au juge de modérer ses exigences en termes de prévention pour ne pas décourager le commerce et l'industrie. Les dispositions de la première section de la loi sur la compensation (*Compensation Act*) de 2006 prévoient de limiter l'« [e]ffet dissuasif de la potentielle responsabilité »²⁵⁷ de la société : « [u]n tribunal qui examine une réclamation pour négligence ou manquement à une obligation légale peut, pour déterminer si le défendeur aurait dû prendre des mesures particulières pour respecter un standard de *care* (que ce soit en prenant des précautions contre un risque ou autrement), se demander si une obligation de prendre ces étapes pourraient a) empêcher qu'une activité souhaitable ne soit pas entreprise du tout, dans une certaine mesure ou d'une manière particulière, ou (b) décourager les personnes d'exercer des fonctions liées à une activité souhaitable »²⁵⁸. L'objectif affiché de ces prévisions est de lutter contre la « crainte disproportionnée d'un litige et le comportement d'aversion au risque qui en résulte »²⁵⁹ des personnes concernées par de potentielles poursuites, et notamment des sociétés transnationales²⁶⁰. Elles ont pour effet de minimiser l'effet dissuasif des poursuites. De ce fait, elles nuisent à l'effectivité de la protection des droits fondamentaux car elles ont vocation à s'adapter en priorité aux contraintes du défendeur plutôt qu'à la gravité de l'atteinte aux droits. Cette dynamique est également à l'œuvre quand les moyens de la prévention sont façonnés par l'autorégulation de la société.

²⁵⁷ *Compensation Act* 2006, part. 1 « *Standard of care* », s. 1.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ *Explanatory Note, Compensation Act* 2006, pt. 7, p. 2 ;

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/29/pdfs/ukpgaen_20060029_en.pdf (consulté le 06/05/2022).

²⁶⁰ *Ibid.*, pt. 10, p. 2.

c. Le lien entre devoir de moyens et autorégulation

494. La diligence suppose d'analyser le comportement de la société transnationale. Le juge recherche « la volonté des parties, révélée au moyen d'un faisceau d'indices »²⁶¹. Or, cette appréciation circonstanciée repose sur l'autorégulation produite par la société elle-même. Source extra-juridique à la légitimité contestable, elle constitue un facteur d'affaiblissement du contrôle judiciaire de la faute de diligence. Le contenu des mesures est adapté par la société elle-même. Sa défense devrait en bénéficier au stade des poursuites. Et les sanctions judiciaires prononcées en cas de manquement le seront « en contemplation des normes que les entreprises se sont elles-mêmes données »²⁶². Si l'autorégulation peut parfois être utilisée contre la société²⁶³, elle a eu jusqu'ici pour effet de limiter la portée des mesures de prévention.

495. La dimension autorégulatrice est un trait caractéristique du standard. Si, « à la base se trouve une question d'autolimitation du pouvoir »²⁶⁴ du juge, la réflexion peut être prolongée à propos de l'autorégulation du pouvoir de la société transnationale. **Les incertitudes quant au contenu des mesures attendues sont le pendant de la dimension autorégulatrice de la diligence.** S'agissant du devoir de vigilance, la question de la « pertinence du plan »²⁶⁵ s'avère délicate. La loi ne précise ni les modalités, ni les critères d'évaluation du plan de vigilance. Le *duty of care* repose quant à lui sur un contrôle *a posteriori* des mesures de prévention, sans que

²⁶¹ M. Mekki, « La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat : esquisse d'un art », *op. cit.*, p. 82.

²⁶² J.-P. Robé, A. Lyon-Caen, S. Vernac, « Entreprises multinationales et constitutionnalisation du système mondial de pouvoirs privés », *RDT*, 2017, p. 37.

²⁶³ Dans l'affaire Erika, le juge pénal a reconnu le caractère contraignant des engagements volontaires de la société Total. V. *infra* n° 173-174.

²⁶⁴ M. Hauriou, « Police juridique et fond du droit, à propos du livre de Sanhoury », *Rev. trim.*, 1926, p. 265 et s., cité par A.-A. Al-Sanhoury, « Le Standard Juridique », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Recueil Sirey, Paris, 1934, p. 154

²⁶⁵ C. Hannoun, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Dr. soc.*, 2017, p. 810.

ces dernières ne bénéficient d'un encadrement légal. Plus généralement, la complexité et la variété des mesures d'autorégulation à l'échelle de l'entreprise transnationale pourraient être autant d'obstacles au contrôle par les juridictions de la prévention des risques sociaux et environnementaux.

496. Ainsi, les devoirs de diligence supposent une « certaine qualité de comportement, le plus souvent requis en liaison avec l'exécution d'une obligation véritable (la fourniture d'un résultat) »²⁶⁶, à savoir le respect des droits fondamentaux. **Mais, la violation des droits fondamentaux n'implique pas nécessairement la commission d'une faute de diligence qui ferait naître une créance de réparation à l'égard des victimes.** Le contrôle judiciaire est limité aux moyens mis en œuvre par la société au regard des mesures d'autorégulation en matière de prévention des atteintes aux droits fondamentaux.

497. Au contraire de ce qu'il convient d'analyser comme un mouvement d'affaiblissement des contraintes juridiques par l'autorégulation, le développement d'un devoir de résultat en matière de prévention des atteintes aux droits fondamentaux à l'intention des sociétés transnationales constitue une piste du renforcement de l'effectivité de la protection des droits fondamentaux.

2. L'opportunité du développement d'un devoir de résultat à l'intention des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux

498. La responsabilité civile de la société transnationale pour faute de diligence signe un retour au droit commun de la responsabilité en réponse à l'affaiblissement des logiques de protection antérieures, issues des droits spéciaux. Or, ces logiques étaient plus protectrices,

²⁶⁶ Ph. Stoffel-Munck, « La relativité de la faute contractuelle », *RDC*, n° 2, 2007, p. 587.

notamment parce qu'elles reposaient sur un devoir de résultat de la société. Tout d'abord, une décade des obligations de l'employeur qui prévalaient auparavant en matière de santé et de sécurité à l'égard des travailleurs en droit français et en droit anglais peut être constatée, ainsi que le risque concomitant de voir de simples devoirs de moyens de la société s'y substituer (a). La possibilité offerte au tiers de se prévaloir d'un manquement contractuel à une obligation de résultat apparaît comme un moyen du renforcement de l'effectivité de la protection des droits fondamentaux (b).

a. Le recul des obligations de l'employeur en matière de santé et de sécurité

499. Le droit français et le droit anglais prévoient des obligations de l'employeur en matière de santé et de sécurité à l'égard des travailleurs. Une responsabilité en la matière est associée au profit que retire l'employeur du travail subordonné²⁶⁷. En droit français, le siège de ces obligations est l'article L. 4121-1 du Code du travail. Cet article fixe la règle générale selon laquelle : « [l]'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs »²⁶⁸. En droit anglais, un devoir légal de l'employeur de protection de la santé et de la sécurité de ses salariés a été reconnu par la loi sur la santé et la sécurité au travail (*Health and Safety at Work Act*) de 1974²⁶⁹. Ces obligations ont d'abord été attachées au contrat de travail. Se sont ensuite développés des régimes autonomes de responsabilité, notamment sous l'influence de la directive communautaire du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de

²⁶⁷ P. Adam, « Obligation de sécurité et responsabilité patronale du fait d'autrui. Nœud marin ou nœud gordien ? », *RDT*, 2019, p. 335.

²⁶⁸ C. trav., art. L. 4121-1, al. 1.

²⁶⁹ *Health and Safety at Work Act* 1974, (révision : 2014), chap. 37.

la santé des travailleurs au travail²⁷⁰. L'article 5 de cette directive prévoit, en effet, une obligation générale « d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs dans tous les aspects liés au travail », y compris, lorsque l'employeur « fait appel, (...), à des compétences (personnes ou services) extérieurs à l'entreprise et/ou à l'établissement »²⁷¹.

500. Un mouvement, commun aux droits français et anglais, de détachement des obligations de l'employeur en matière de santé et de sécurité de la sphère contractuelle étend la prévention aux risques attachés aux activités d'autres personnes que les salariés. Dans un arrêt Air France du 25 novembre 2015, la Chambre sociale de la Cour de cassation précise que l'obligation de l'employeur de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs est une obligation légale et non contractuelle, ayant pour siège les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du Code du travail²⁷². On constate le même phénomène de développement d'une responsabilité autonome née d'une obligation légale en droit anglais. La révision de la loi sur la santé et la sécurité au travail en 2014 a ainsi inséré *in extenso* la règle générale de l'article 5 de la Directive 89/391/CEE dans le dispositif légal²⁷³.

501. Ce mouvement d'autonomisation est accentué par les standards de diligence. En droit français, les mesures de vigilance visent à « identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers (...) la santé et la sécurité des personnes », que ces personnes soient ou non

²⁷⁰ Conseil, Directive n° 89/391/CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JOUE L 183, 29/06/1989.

²⁷¹ *Ibid.*, art. 5.1 et 5.2.

²⁷² Cass. soc., 25/11/2015, n° 14-24.444, P : D., 2016, p. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta, *Dr. soc.*, 2016, p. 457, note P.-H. Antonmattéi ; *RDC*, 2016, p. 217, note G. Viney ; *RJS*, n°2, 2016, p. 99, obs. Gardin ; *JS Lamy*, 2016, n° 401-1, obs. A. Dejean de la Bâtie. Sur l'influence du droit de l'Union, Yves Saint-Jours formule la critique suivante : « peut-on détacher fictivement l'obligation de sécurité-résultat de son support juridique naturel qu'est le contrat de travail pour assurer son effectivité par une autonomie factice ? » (Y. Saint-Jours, « De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur », *D.* 2007. p. 3024). V. également P. Sargos, « L'évolution conceptuelle de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *JCP G*, 2003, p. 104.

²⁷³ *Health and Safety at Work Act 1974*, (révision : 2014), s. 2.

employées par la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre visée par le devoir légal de vigilance. En droit anglais, dans la décision de principe *Chandler c. Cape*, la Cour d'appel a reconnu un *duty of care* de la société mère à l'égard des employés de sa filiale en matière de conditions de santé et de sécurité au travail : la société mère aurait dû prendre les mesures nécessaires pour prévenir l'intoxication d'un employé à l'amiante²⁷⁴.

502. Or, si les bénéficiaires de la prévention sont certes plus nombreux, concomitamment, **les obligations de l'employeur perdent en intensité en droit français et en étendue en droit anglais.** En droit français, la Cour de cassation reconnaît, en 2015, une obligation de moyens, là où elle considérait auparavant que l'employeur était titulaire d'une obligation de sécurité de résultat²⁷⁵. En droit anglais, la loi sur les entreprises et la réforme de la réglementation (*Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*) a également eu pour effet de réduire largement la portée des devoirs légaux de l'employeur en matière de santé et de sécurité. En effet, elle prévoit que la responsabilité civile, en cas de manquement à ces devoirs, ne peut donner lieu à une action en justice que dans les cas expressément prévus par la section 47 de la loi sur la santé et la sécurité au travail de 1974 dans sa version révisée, et uniquement dans les conditions prévues par cette section²⁷⁶. L'action selon les règles de la *common law*, et, plus précisément, en vertu du délit de manquement à une obligation légale (*tort of breach of statutory duty*), n'est plus ouverte aux demandeurs. Le droit d'agir en matière de santé et de sécurité au travail est de ce fait particulièrement restreint²⁷⁷.

²⁷⁴ *Chandler c. Cape Industries Plc*, [2012] EWCA Civ 525, § 3.

²⁷⁵ C'est dans l'arrêt *Air France* du 25 novembre 2015, précité, que s'opère cette évolution. V. notamment C. Blanvillain, « L'obligation de sécurité de résultat est morte ! Vive l'obligation de sécurité ! », *RDT*, 2019, p. 173.

²⁷⁶ *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*, s. 69.

²⁷⁷ En principe, la *common law* autorise une action en cas de manquement à des prévisions légales. Ce *tort of breach of statutory duty* est l'un des principaux délits, aux côtés du délit de négligence. Les règles de droit du travail peuvent ainsi constituer le fondement d'une action en responsabilité délictuelle à

503. Finalement, les standards de vigilance semblent en apparence garants d'un renouveau des logiques de protection en matière de droits fondamentaux. D'une part, en droit français, une interprétation extensive des obligations légales des sociétés pourrait être adoptées par le juge²⁷⁸. D'autre part, en droit anglais, le champ des manquements susceptibles d'être sanctionnés par le délit de négligence n'est pas restreint comme l'ont été les obligations de l'employeur en matière de santé et de sécurité²⁷⁹. Néanmoins, en présence de deux devoirs de moyens, **la diligence ne compense pas le recul des logiques de protection antérieures dans le champ des droits spéciaux**. Pour constituer des alternatives plus protectrices, la piste de la reconnaissance de devoirs de résultat devrait être explorée.

b. La possibilité offerte au tiers de se prévaloir d'un manquement à un devoir contractuel de résultat en droit français

504. Les obligations de résultat se conçoivent avec difficulté hors du champ des débiteurs et créanciers contractuellement identifiés²⁸⁰. Cependant, la jurisprudence française autorise le tiers à déroger au principe de la relativité des conventions, pour invoquer un manquement à une obligation contractuelle qui lui aura causé un préjudice, et ce, sur le fondement de la

l'encontre de l'employeur. Sur le recul marqué par les prévisions de la loi sur les entreprises et la réforme de la réglementation, v. S. Deakin et Z. Adams, *Markenisis and Deakin's Tort law, op. cit.*, p. 530.

²⁷⁸ Pour une comparaison des obligations de l'employeur en matière de santé et la sécurité avec les obligations de vigilance tel qu'issues de la loi du 27 mars 2017, v. notamment M.-A. Moreau, « L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales », *Dr. soc.*, 2017, p. 792.

²⁷⁹ Selon Corin Taylor, le standard de *care* devrait être remis au goût du jour en matière de santé et de sécurité face aux reculs des protections légales (C. Taylor, *Health and Safety - Reducing the burden, Policy Exchange*, 2010, p. 10 ; <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/2016/09/health-safety-mar-10.pdf> (consulté le 06/05/2022)).

²⁸⁰ G. Viney, « Confirmation de l'arrêt Myr'ho-Boot shop », *RDC*, 2020, n° 2, p. 40 et s.

responsabilité délictuelle. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a ainsi affirmé en 2006, dans un arrêt *Boot shop / Myr'ho*, que : « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »²⁸¹. Ce principe a été récemment réaffirmé par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 13 janvier 2020²⁸². En l'espèce, une société, tiers à un contrat d'alimentation en énergie, était en droit d'invoquer l'inexécution contractuelle d'un fournisseur d'énergie, constituée par l'interruption de la fourniture d'énergie, pour obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Dans cet arrêt, aucune distinction n'est opérée entre obligation de moyens et obligation de résultat. S'il est possible d'y voir un affaiblissement de la pertinence de la distinction²⁸³, on peut aussi considérer que les magistrats autorisent indistinctement le demandeur à invoquer un manquement contractuel à une obligation de moyens ou de résultat.

505. La référence explicite au droit commun de la responsabilité délictuelle par la loi sur le devoir de vigilance devrait impliquer l'application de ce principe jurisprudentiel d'identité entre manquement contractuel et faute délictuelle. Sur le terrain de la preuve, le tiers serait placé dans une position plus favorable que s'il devait rapporter la preuve d'un manquement au devoir de

²⁸¹ Cass. ass. plén., 06/10/2006, n° 05-13.255 P : *Bull. ass. plén.*, n° 9 ; *D.*, 2006, p. 2825, note G. Viney ; *ibid.*, 2006, p. 2484, obs. I. Gallmeister ; *ibid.*, 2007, p. 2900, obs. P. Jourdain, et p. 2976, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *JCP*, 2006, p. 10181, note M. Billiau ; *ibid.*, 2007, 115, n°4, obs. P. Stoffel-Munck ; *CCC*, 2007, n° 63, note L. Leveneur ; *RDI*, 2006, p. 504, obs. P. Malinvaud ; *RDC*, 2007, p. 269, obs. D. Mazeaud, p. 279 ; *ibid.*, 2007, obs. S. Carval ; *RTD civ.*, 2007, p. 61, obs. P. Deumier ; *ibid.*, 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.*, 2007, p. 123, obs. P. Jourdain.

²⁸² V. Cass. ass. plén., 13/01/2020, n° 17-19.963 P : *D.*, 2020, p. 416, note J.-S. Borghetti ; *ibid.*, p. 353, obs. M. Mekki ; *ibid.*, p. 394, obs. M. Bacache ; *AJ contrat*, 2020, p. 80, obs. M. Latina ; *RTD civ.*, 2020, p. 96, obs. H. Barbier ; *JCP*, 2020, n° 92, avis J. R. de la Tour ; *ibid.*, 2020, n° 93, note M. Mekki ; *RDC*, 2020, n° 2, p. 40, note G. Viney ; *ibid.*, 2020, n° 3, p. 11, note F. Dournaux.

²⁸³ En ce sens, v. la note sous l'arrêt d'Assemblée plénière du 13 janvier 2020 de Jean-Sébastien Borghetti, où il soutenait que « [p]eu importe donc que l'obligation violée ait été de moyens ou de résultat - ce qui affaiblit au passage un peu plus cette distinction, que la réforme du droit des contrats comme le projet de réforme de la responsabilité civile ont choisi d'ignorer » (J.-S. Borghetti, « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : pas de pitié pour les débiteurs ! », *D.*, 2020, p. 416).

diligence. Il pourrait ainsi obtenir réparation pour le manquement à une obligation de sécurité de résultat issue du contrat, à condition que de telles exigences contractuelles aient été formulées.

506. Du point de vue comparatif, le droit français prévoit une règle jurisprudentielle originale, sans équivalent dans la *common law* anglaise. En droit anglais, les engagements contractuels encadrant les relations intersociétaires pourront certes donner lieu à la reconnaissance d'un *duty of care* vis-à-vis des tiers. Cependant, le défaut de *care* ne s'identifiera pas à un éventuel manquement contractuel. Ce manquement de la part d'un cocontractant pourra, en revanche, constituer un indice parmi les circonstances de droit permettant « d'inférer des termes de son engagement qu'il est tenu d'un *duty of care* à l'égard du tiers »²⁸⁴. Il s'agira d'un élément de preuve des diligences établies, ou de leur insuffisance.

507. En somme, la faute de diligence s'analyse comme le défaut d'accomplissement des mesures de prévention raisonnablement exigibles à l'égard de la société transnationale. Cette définition s'avère peu ambitieuse, notamment parce qu'elle signifie que la société ne sera pas systématiquement condamnée en cas d'atteinte aux droits fondamentaux. **Elle sera exonérée de sa responsabilité si elle a accompli toutes les diligences pour l'éviter. Or, la diligence raisonnable sera appréciée à l'aune de l'autorégulation de la société elle-même. Elle sera donc maîtresse du récit quant à la prévention et à ses capacités d'action. Un devoir de résultat, la rendant fautive chaque fois qu'une violation des droits fondamentaux est constatée, devrait être envisagé.** L'invocation d'un manquement contractuel à une obligation de résultat pourrait permettre de s'en rapprocher. Il s'agirait d'une première étape, envisageable

²⁸⁴ Ph. Stoffel-Munck, « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers : regard franco-anglais », *RDC*, 2019, n°116, p. 166.

en droit français. Par ailleurs, les devoirs de diligence demeurent cantonnés à la prévention des risques avérés, alors qu'il pourrait être renforcé en prenant la forme d'un devoir de précaution.

B. La faute de diligence, un défaut de prévention

508. En droit français, la loi sur le devoir de vigilance prévoit l'engagement de la responsabilité de la société selon les conditions du droit commun. La preuve d'une faute extracontractuelle est exigée. En principe, toute faute oblige son auteur à en réparer les conséquences dommageables. Par exception, la faute de vigilance est une faute dont les contours sont identifiés par le législateur. Elle s'analyse en miroir des mesures de prévention élaborées et mises en œuvre. À cet égard, elle pourrait être « assimilée à une faute d'imprudence »²⁸⁵ : la société n'aura pas adopté un comportement suffisamment prudent pour éviter la survenance du dommage. Les règles de la *common law* anglaise vont certes à rebours du droit français quant à la définition de la faute. La responsabilité délictuelle de droit commun est structurée par une série de fautes nommées, héritage du droit romain²⁸⁶. Néanmoins, parmi ces fautes, la faute de négligence est définie, comme l'est la faute de vigilance en droit français, avec pour point de repère les contours du devoir préexistant de *care (breach of duty)*.

509. Ainsi, la diligence suppose dans les deux droits de prendre des mesures de nature à prévenir effectivement l'atteinte aux droits fondamentaux des tiers. Le défaut de prévention est au cœur de la définition de la faute de diligence. La société se sera fautivement abstenue alors

²⁸⁵ C. Hannoun et S. Schiller, « Quel devoir de vigilance des sociétés-mères et des sociétés donneuses d'ordre ? », *RDT*, 2014, p. 442.

²⁸⁶ Les rédacteurs du Code civil souhaitaient au contraire « abolir, en droit civil, la méthode casuistique de définition des délits spéciaux » par l'avènement d'une « norme générale de comportement » prévues par les anciens articles 1382 et 1383 Code civil (G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 447-448 et n° 450).

qu'elle était débitrice d'un « devoir d'agir »²⁸⁷ préexistant à ce manquement.

510. Dès lors, les contours de l'abstention fautive (1) sont définis au prisme de la diligence due en matière de prévention (2).

1. L'omission fautive de la société transnationale

511. L'abstraction du standard demande à être concrétisée par le juge par certaines attentes concrètes quant aux actions à mener, selon les circonstances d'espèce²⁸⁸. Pour cela, la marge de manœuvre reconnue au juge varie comparativement en droit français et en droit anglais. Le législateur français est intervenu pour préciser les mesures de vigilance attendues, insérées au sein d'un instrument créé par lui : le plan de vigilance. L'omission fautive sera constatée par le juge en tenant compte du canevas construit par le législateur français (a). En droit anglais, les mesures de diligence ne font pas l'objet d'une définition légale. Le rôle du législateur est envisagé sur un mode mineur. La définition de la faute de diligence sera essentiellement circonstanciée et élaborée par le juge (b).

²⁸⁷ En droit français, la diligence impose une « obligation formelle d'agir » (*ibid.*, n° 452). D'un point de vue de droit comparé, on retrouve une vocation similaire du *duty of care* en droit anglais dans la mesure où il se décline en « *duties for affirmative action* » (S. Deakin et Z. Adams, *Markenisis and Deakin's Tort law, op. cit.*, p. 103).

²⁸⁸ La diligence renvoie au comportement que l'on peut raisonnablement attendre de l'auteur selon un « modèle de l'homme diligent » (E. Giannozzi, « L'emploi des standards en droit romain », *Fundamina. A journal of legal history*, vol. 22, n°2, 2016, p. 210).

a. L’omission de rédaction et de mise en œuvre effective du plan de vigilance en droit français

512. L’article L. 225-102-5 du Code de commerce précise que « le manquement aux obligations définies à l’article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur ». La faute de vigilance est identifiée par la loi au regard des obligations d’élaborer un plan de vigilance et de le mettre en œuvre effectivement. Or, l’exigence d’une faute de vigilance est ambivalente. D’une part, elle donne « une réelle visibilité au contenu de la vigilance exigée »²⁸⁹ en clarifiant les obligations auxquelles sont soumises les sociétés visées. D’autre part, elle peut être considérée comme une des faiblesses du dispositif car elle a aussi pour conséquence de « limiter le domaine de la responsabilité, celle-ci ne pouvant résulter que du manquement à l’une des prescriptions imposées à l’auteur du plan »²⁹⁰. Les juges ne pourront reprocher à la société de ne pas avoir pris des mesures qui n’étaient pas légalement requises. En outre, les sociétés visées pourraient tenter de cantonner leur action à la rédaction d’un plan de vigilance contenant les mesures listées dans la loi. Par conséquent, le devoir de vigilance serait travesti en une simple obligation de *reporting*.

²⁸⁹ 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 », *op. cit.*, p. 1611.

²⁹⁰ *Ibid.* En ce sens également, Mathilde Hautereau-Boutonnet analyse la reconnaissance de la responsabilité de la société Shell devant le juge néerlandais dans le changement climatique. Elle relève que « [l]e juge fonde sa décision sur l’article 6 :162 du Code civil hollandais, largement inspiré de l’article 1240 (anc. 1382) du [c]ode civil français ». Dès lors, elle suggère que le juge français pourrait également se référer au principe général de responsabilité tel qu’il résulte de l’article 1240 du Code civil pour étendre la portée de la diligence au-delà des obligations contenues dans la loi sur le devoir de vigilance. V. M. Hautereau-Boutonnet, « Première condamnation d’une entreprise pétrolière en matière de contentieux climatique ! », Club des juristes, 07/06/2021 ; <https://blog.leclubdesjuristes.com/premiere-condamnation-dune-entreprise-petroliere-en-matiere-de-contentieux-climatique/> (consulté le 06/05/2022) ; et *Rechtbank Den Haag* (Tribunal de district de la Haye), équipe commerce, *Associations Vereniging Milieudefensie, Greenpeace Pays-Bas, Actionaid c. Royal Dutch Shell*, C/09/571932 / HA ZA 19-379, 26/05/2021.

513. Dès lors, **une définition ambitieuse et exigeante de la faute de vigilance dépendra largement de la prise en compte par le juge de l'obligation de mettre en œuvre effectivement le plan de vigilance.** Les obligations énumérées dans l'article L. 225-102-4 du Code de commerce ne se limitent pas à l'élaboration du plan de vigilance : la loi précise également que ces mesures doivent faire l'objet d'une mise en œuvre « effective »²⁹¹. L'appréciation des circonstances de la survenance de la violation alléguée des droits fondamentaux devra permettre de juger de l'effectivité des mesures.

514. En outre, aux Pays-Bas, la récente reconnaissance de la responsabilité de la société Royal Dutch Shell pour inaction climatique se fonde juridiquement sur le standard non-écrit de *care*. Celui-ci procède de l'obligation générale de la société commerciale de contribuer à la lutte contre le changement climatique par ses politiques, prévue par le livre 6, section 162 du Code civil néerlandais²⁹². Dès lors, Mathilde Hautereau-Boutonnet s'interroge sur la possibilité d'invoquer l'article 1240 du Code civil pour fonder juridiquement des obligations de prévention plus vastes que celles prévues sur le fondement du devoir de vigilance²⁹³. À cet égard, la jurisprudence anglaise est porteuse de premiers enseignements.

b. L'omission fautive appréciée au regard d'un faisceau d'indices en droit anglais

515. En droit anglais, le défaut de soin apporté (« *carelessness* ») se matérialise en principe par un acte positif de négligence. La *common law* reconnaît par exception une responsabilité

²⁹¹ « Toute société (...) établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance. » *in* C. com., art. L. 225-102-4, I.

²⁹² *Rechtbank Den Haag* (Tribunal de district de la Haye), équipe commerce, *Associations Vereniging Milieudefensie, Greenpeace Pays-Bas, Actionaid c. Royal Dutch Shell*, précitée, § 4.5.4.

²⁹³ M. Hautereau-Boutonnet, « Première condamnation d'une entreprise pétrolière en matière de contentieux climatique ! », *op. cit.*

pour omission lorsque le défendeur est débiteur d'un « devoir d'agir »²⁹⁴. C'est ainsi le cas en présence d'une « relation spéciale entre le défendeur et le plaignant basée sur le contrôle »²⁹⁵. Cette hypothèse a été étendue au cas où la société a « un devoir d'empêcher un tiers (tel qu'une filiale ou un partenaire commercial) de causer un dommage »²⁹⁶. La société a omis de respecter un devoir de diligence due, non pas à l'autre société avec laquelle elle entretient une relation de contrôle, mais aux tiers. Elle sera jugée responsable d'avoir « échoué à faire sa part pour prévenir les abus ayant lieu dans la chaîne de valeur »²⁹⁷. L'arrêt fondateur *Chandler c. Cape* a inauguré cette approche de la responsabilité de la société. En l'espèce, la société mère n'avait pas donné les directives et conseils nécessaires pour prévenir le risque d'atteinte à la santé d'un employé de la filiale, ce dont il a résulté un manquement de l'employeur, qui a omis d'agir de façon à éviter la réalisation de ce risque²⁹⁸. Ainsi, le manquement de la société aux « devoirs

²⁹⁴ S. Deakin et Z. Adams, *Markenisis and Deakin's Tort law*, *op. cit.*, p. 103

²⁹⁵ Le juge sanctionne l'omission dans certaines circonstances : « (a) en cas de relation spéciale entre le défendeur et le plaignant basée sur une présomption de responsabilité à l'encontre du défendeur ; (b) en cas de relation spéciale entre le défendeur et le plaignant basée sur le contrôle par le défendeur ; (c) quand le défendeur est responsable pour une situation dangereuse qui pourrait [être] exploitée par un tiers ; et, (d) quand le défendeur est responsable d'une propriété qui pourrait être utilisé par un tiers pour causer un dommage » (Extrait de la décision *Smith c. Littlewoods Organisation Ltd*, [1987] AC 241, citée par : A. Yilmaz Vastardis, C. Terwindt, S. Leader, J. Wright, « *Supply chain liability: pushing the boundaries of the common law?* », *op. cit.*, p. 274).

²⁹⁶ C. van Dam, « *Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights* », *op. cit.*, p. 237.

²⁹⁷ A. Yilmaz Vastardis, C. Terwindt, S. Leader, J. Wright, « *Supply chain liability: pushing the boundaries of the common law?* », *op. cit.*, p. 274.

²⁹⁸ V. notamment l'analyse de Lady Justice Arden dans la décision *Chandler c. Cape* : « M. Stuart-Smith soutient qu'il est significatif qu'il n'y ait aucune preuve que Cape ait eu la responsabilité de concevoir ou de mettre en œuvre des politiques opérationnelles et qu'il n'y a aucune plainte concernant des conseils spécifiques que le Dr Smither a donnés et aucune preuve que Cape a dicté la politique de Cape Products sur la santé et la sécurité. Je ne trouve pas cela surprenant, car ce dont on se plaint, ce n'est pas la prise de mesures particulières, mais l'omission de prendre des mesures ou de donner des conseils. » (*Chandler c. Cape Industries Plc*, [2012] EWCA Civ 525, § 72). Sheldon Leader a avancé l'idée d'une « double omission » de la société mère et de la filiale pour décrire les manquements au *duty of care* par la société mère et les manquements de la filiale induits par le défaut de diligence (S. Leader, *Legal Opinion on English Common Law Principles of Tort - Jabir and others v Textilien und Non-Food*, Université d'Essex, 7/12/2015, pt. 13 ; <https://www.essex.ac.uk/>-

d'agir pour protéger la partie A (victime) des actes de la partie B (partenaire contractuel) »²⁹⁹ implique l'engagement de sa « responsabilité en relation avec l'attitude préjudiciable d'une autre partie »³⁰⁰.

516. Pour ce faire, **les contours du manquement susceptible d'engager la responsabilité de la société seront définis à partir du spectre de la prévention que devra couvrir le *duty of care*, en l'espèce. À la différence du devoir de vigilance, les mesures de prévention ne sont pas préalablement définies et sont laissées à l'appréciation du juge, selon les circonstances.** En outre, dans les récentes décisions *Vedanta c. Lungowe* et *Shell c. Okpabi*, la Cour suprême du Royaume-Uni a choisi de rejeter les critères d'appréciation du *duty of care* selon une grille d'analyse prédéfinie³⁰¹.

517. Dès, si nous ne disposons pas de décisions de justice du juge anglais se prononçant sur la faute de diligence d'une société transnationale en matière de droits fondamentaux, l'analyse circonstanciée des obligations de prévention en application du *duty of care* implique que la faute sera elle aussi définie selon le cas d'espèce.

518. Plus avant, la proposition de directive tend à réaliser une articulation entre sécurité juridique et adaptation selon les circonstances. Elle suggère d'introduire des souplesses dans l'application des dispositions législatives, et ce, selon les circonstances. Lorsqu'une société a

/media/documents/research/ebhr/legal_opion_essex_jabir_et_al_v_kik_2015.pdf (consulté le 06/05/2022).

²⁹⁹ A. Yilmaz-Vastardis, S. Leader, *Improving Paths to Business Accountability for Human Rights Abuses in the Global Supply Chains - A Legal Guide*, Essex Business and Human Rights Project, Université d'Essex, 2017, p. 9 ; <https://www1.essex.ac.uk/ebhr/documents/Improving-Paths-to-Accountability-for-Human%20Rights-Abuses-in-the-Global-Supply-chains-A-Legal-Guide.pdf> (consulté le 06/05/2022).

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 9.

³⁰¹ *V. Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 56. À ce sujet, v. *D. Palombo*, « *Okpabi v Shell and Lungowe v Vedanta Dispel Three Myths* », *op. cit.*

pris des mesures conformément à ses obligations de vigilance, « elle n'est pas responsable des dommages causés par une incidence négative résultant des activités d'un partenaire indirect avec lequel elle entretient une relation d'affaires établie, sauf s'il était déraisonnable, eu égard aux circonstances de l'espèce, de s'attendre à ce que les mesures effectivement prises, y compris en ce qui concerne la vérification de la conformité, soient suffisantes pour prévenir, atténuer, faire cesser ou minimiser l'ampleur de l'incidence négative »³⁰². Ainsi, la société pourrait échapper à sa responsabilité, selon les circonstances, en présence d'un manquement survenu dans le cadre des activités d'un partenaire indirect. Or, les mesures de prévention et de remédiation prévues par les articles 7 et 8 s'inscrivent dans le périmètre des relations commerciales établies avec des partenaires commerciaux aussi bien directs et qu'indirects. Le principe d'un devoir de moyens est ici réaffirmé. Il semble que le législateur souhaite protéger encore davantage la société en précisant, qu'à l'égard de ses partenaires commerciaux indirects, elle n'est, en principe, pas responsable. Il est regrettable que l'adaptabilité soit est ici seulement recherchée afin de diminuer l'étendue de la responsabilité de la société. Par ailleurs, il résulte de ces prévisions une articulation entre prévention et sanction au sein de la responsabilité déjà connue en droit français et en droit anglais.

³⁰² Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, art. 22.2.

2. Le développement d'une responsabilité-prévention

519. La diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux suppose de combiner effets de prévention et de sanction. Au stade de l'action en justice, la procédure d'injonction a pour objectif de prévenir la survenance de violations des droits fondamentaux (a). Conjuguée à l'engagement de la responsabilité civile de la société, le développement d'une responsabilité à la croisée des impératifs de prévention et de sanction se fait jour (b).

a. Le rôle de la procédure d'injonction en matière de prévention

520. Des demandes d'injonction peuvent être formulées pour prévenir la survenance de dommages causés par la faute de diligence en matière de droits fondamentaux. La diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux possède une fonction préventive encadrée par le juge. En droit français, l'action en justice est diligentée aux fins de voir le juge enjoindre la société, le cas échéant sous astreinte, de respecter ses obligations d'élaboration, de mise en œuvre effective et de publication du plan de vigilance³⁰³. Le texte de loi permet d'agir devant le juge compétent saisi de l'affaire au fond ou devant le président du tribunal statuant en référé³⁰⁴.

521. En pratique, les demandes d'injonction aux fins de prévention des risques d'atteintes aux droits fondamentaux sont alliées à des demandes de sanction des violations déjà survenues. La première action diligentée sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance devant le juge des référés avait, tout d'abord, pour but de prévenir un dommage imminent et de faire cesser le

³⁰³ L'article L. 225-102-4, II, du Code de commerce se réfère aux obligations de la société telles que décrites par le I du même article pour préciser la visée de la procédure d'injonction.

³⁰⁴ *Ibid.*, al. 1 et 2

trouble manifestement illicite que constituait la méconnaissance des obligations de prévention³⁰⁵. Il était demandé d'enjoindre la société poursuivie de respecter ses obligations. À cet égard, les actions demandées à la société poursuivie étaient de deux ordres : il s'agissait d'une part d'établir et de publier dans son plan de vigilance les mesures propres à prévenir les risques identifiés dans la cartographie des 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 de ses filiales ; et d'autre part de mettre en œuvre de manière effective son plan de vigilance une fois complété.

522. En complément, une demande d'évocation du fond de l'affaire était formulée sur le fondement de l'article 811 du Code de procédure civile. Celle-ci visait à faire cesser un trouble manifestement illicite constitué par des violations des droits fondamentaux des populations locales déjà survenus. La cour d'appel a rejeté cette demande car l'urgence n'était plus, selon elle, caractérisée compte tenu des trois années écoulées entre la publication du plan de vigilance et le jour du jugement. De plus, il n'était « pas de bonne justice de priver la partie intimée du bénéfice du double degré de juridiction »³⁰⁶ pour statuer sur des atteintes alléguées aux droits fondamentaux.

523. La question des liens entre prévention et sanction a également rejailli dans le cadre de la deuxième action fondée sur la loi sur le devoir de vigilance. Une action au fond a été diligentée devant le juge civil aux fins de statuer sur une exception d'incompétence du juge

³⁰⁵ Les présidents du tribunal judiciaire et du tribunal de commerce peuvent « prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite » sur le fondement des articles 835 et 873 du Code de procédure civile. L'incertitude qui présidait à la détermination du juge compétent n'aurait pas impliqué de remise en cause du pouvoir d'agir devant le juge pour enjoindre la société de respecter ses obligations de vigilance.

³⁰⁶ CA Versailles, 10/12/2020, n° 20/01692 et n°20/01693.

commercial³⁰⁷. Les fondements de l'action mêlent demandes de mesures provisoires et de réparation. L'article L. 225-102-4, II du Code de commerce relatif à la procédure d'injonction est invoqué aux côtés de l'article L. 225-102-5 du même code et de l'article 1240 du Code civil, ces derniers étant tous deux relatifs à l'action en responsabilité. La réparation du préjudice écologique est également demandée sur le fondement de l'article 1246 du Code civil, et conjuguée à des demandes de mesures provisoires fondées sur l'article 1252 du même code³⁰⁸. Il apparaît ainsi que la faute de vigilance a pu conduire à la survenance de dommages que seule une action à des fins de prévention ne permet pas de prendre en charge.

524. En droit anglais, l'action en justice est essentiellement diligentée pour sanctionner et réparer des actions passées. L'injonction est peu développée en droit anglais. Son recours est strictement limité³⁰⁹. Cependant, l'action en responsabilité civile sur le fondement du *duty of care* porte en elle quelques aspects de prévention susceptibles d'être éclairants quant à la portée générale des actions en responsabilité civile sur le fondement d'une faute de diligence en matière de droits fondamentaux.

³⁰⁷ V. TJ Nanterre, ord., 11/02/2021, n° 20/00915, précitée. En vertu de l'article 789 du Code de procédure civile, si la demande est présentée postérieurement à sa désignation, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour statuer sur les exceptions de procédure.

³⁰⁸ L'action en réparation du préjudice écologique est largement ouverte. L'article 1248 du Code civil prévoit ainsi que « [l]'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Office français de la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement ». Et l'article 1252 du Code civil autorise les personnes ayant qualité et intérêt à agir en réparation du préjudice écologique à agir pour demander au juge de prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage.

³⁰⁹ V. *supra* n° 187.

b. Le développement d'une responsabilité à la croisée des impératifs de prévention et de sanction

525. La diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux ouvre la voie à une articulation entre ces différents versants de la responsabilité. Les fonctions de la responsabilité pour faute sont diverses. Judith Rochfeld distingue trois fonctions classiques de la responsabilité pour faute : la fonction punitive, de prévention, et d'indemnisation³¹⁰. Ici, la fonction sanctionnatrice est distinguée à titre principal, mais elle s'articule avec la réparation et, également, la prévention. La responsabilité de la société transnationale se conjugue au passé, au présent et pour l'avenir³¹¹. Comme l'observe Pierre Calame, « [l']approche juridique traditionnelle de la responsabilité s'intéresse à la réparation des dommages subis, donc à des actions passées »³¹², contrairement à « l'acception usuelle, en dehors du champ du droit, du terme de "responsable" qui désigne ceux (...) qui assument une responsabilité vis-à-vis de l'action présente et future »³¹³.

526. Les standards de diligence font dialoguer les concepts anglo-saxons de *responsibility* et de *liability*. La *responsibility* est d'abord la responsabilité de prévenir la survenance d'un dommage par la mise en œuvre de mesures de diligence. En cas de manquement, la responsabilité juridique (*liability*) de la société mère ou du donneur d'ordre est engagée aux fins de réparation. Symbole d'une nécessaire articulation entre les différentes acceptions de la responsabilité, le rôle de la *responsibility* dans l'analyse par le juge de la faute de diligence a

³¹⁰ J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, « Thémis », Paris, 2013, pp. 488-489.

³¹¹ Catherine Thibierge avait soutenu, dès 2004, qu'il était nécessaire de prévoir une « responsabilité de l'avenir » pour prévenir les atteintes à « un intérêt essentiel de l'humanité » (C. Thibierge, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.*, 2004, p. 577).

³¹² P. Calame, *Métamorphoses de la responsabilité et contrat social*, Éditions Charles Léopold Mayer, Paris, 2020, p. 57.

³¹³ *Ibid.*

été reconnu par le législateur britannique. La loi sur l'action sociale, la responsabilité et l'héroïsme (*Social Action, Responsibility and Heroism (SARAH) Act*) de 2015 prévoit ainsi que « le tribunal doit se demander si la personne, dans l'exercice de l'activité au cours de laquelle la négligence alléguée ou le manquement à l'obligation légale s'est produite, a fait preuve d'une approche principalement responsable en matière de protection de la sécurité ou d'autres intérêts d'autrui »³¹⁴. Ces dispositions n'ont pas été invoquées par les sociétés poursuivies pour arguer du respect de leur *duty of care*. Comme les dispositions légales relatives au plan de vigilance en droit français, elles pourront contribuer à structurer les démarches de prévention, tout en constituant un moyen de défense pour la société. La loi SARAH pourrait encourager le mouvement de prise en compte des engagements volontaires de RSE par le juge dans le cadre du délit de négligence, et ainsi servir à atténuer la responsabilité de la société transnationale, voire à l'exonérer³¹⁵.

527. Finalement, la prise en compte de la dimension préventive de la responsabilité coïncide aussi avec l'entrée dans le droit des démarches de RSE. Elle participe de ce fait d'un cantonnement des obligations de prévention de la société à un devoir de moyens, au détriment notamment des logiques de protection des droits spéciaux en lien avec la mise en œuvre du principe de précaution.

³¹⁴ *UK Social Action, Responsibility and Heroism (SARAH) Act*, 2015, s. 3.

³¹⁵ A. Okoye, « *The UK Social Action, Responsibility and Heroism (SARAH) Act 2015 and corporate social responsibility (CSR) : potential connections* », *International Company and Commercial Law Review*, vol. 26, n° 12, pp. 373-374.

C. La faute de diligence et le recul de la précaution

528. Associer les standards de diligence au principe de précaution permettrait l'extension de la responsabilité de la société transnationale en matière de droits fondamentaux. D'une part, les mesures de précaution permettraient de remédier aux risques d'atteinte dont la matérialisation est plus incertaine que ceux identifiés et traités par les mesures de prévention (1). D'autre part, le principe de précaution permettrait un assouplissement des conditions de la responsabilité (2).

1. L'exclusion du principe de précaution dans la loi relative au devoir de vigilance

529. Certains risques sont inclus dans le périmètre du standard de vigilance, tout en faisant l'objet de mesures de précaution prévues par le droit spécial lorsqu'ils ne sont pas avérés. À cet égard, il ne faudrait pas qu'ils se voient extraits du périmètre de la précaution au profit d'une prise en charge par des mesures de prévention uniquement. Les mesures de précaution sont plus précoces et visent à agir face à des risques plus incertains et devraient permettre, à terme, d'étendre la portée de la vigilance. Deux séries de risques peuvent être évoquées : les risques dans les domaines de l'environnement (a) et de la santé (b).

a. Vigilance et précaution face aux risques environnementaux

530. Le droit de l'environnement procède à une distinction entre précaution et prévention, sur la base du niveau de certitude du risque³¹⁶. La prévention concerne seulement le risque avéré,

³¹⁶ En droit international, le principe de précaution a d'abord été défini par la Déclaration de Rio de 1992 comme se déclinant en mesures à l'intention des États : « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de

défini comme un risque « qui est confirmé dans sa possibilité, et donc mesurable »³¹⁷ ; le risque suspecté est associé à des mesures de précaution, car il est « non identifié et non identifiable au regard de l'état des connaissances scientifiques et techniques tel qu'il se présente au moment où le risque se réalise »³¹⁸. Une telle gradation des risques environnementaux³¹⁹ vise à les

dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement. » (ONU-Programme pour l'environnement, *Déclaration de rio sur l'environnement et le développement*, 1992, principe n°15). Ce principe s'impose en premier lieu aux États. Il est aussi décliné à l'intention des personnes privées dans les droits nationaux. En droit français, son affirmation par la Charte de l'environnement (Charte de l'env., art. 3 et 5) a été complétée par son intégration dans le Code de l'environnement. Il y est défini comme le principe « selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable » (C. env., art. L110-1, II. 1°) et doit guider l'action, mais aussi les activités des personnes privées (V. notamment G. Viney, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *D.*, 2007, p. 1542 et s. ; J.-P. Desideri, « La précaution en droit privé », *D.*, 2000, p. 238 et s.). En droit anglais, le principe de précaution a été importé par le droit de l'UE. Il devrait continuer à s'appliquer dans les relations du Royaume-Uni avec l'UE en vertu de l'accord négocié entre eux (*Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other Part*, 24/12/2020, t. XI, art. 1.2 (2)). À ce sujet, v. I. Hallak (dir.), *EU-UK Trade and Cooperation Agreement - An analytical overview*, European Parliamentary Research Service (EPRS), 2021, pp. 14-15 ; [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/679071/EPRS_IDA\(2021\)679071_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/679071/EPRS_IDA(2021)679071_EN.pdf) (consulté le 06/05/2022) ; et Direction générale de l'environnement de la Commission européenne, « *The Precautionary Principle: decision making under uncertainty* », in *Science for Environment Policy*, n° 18, 2017, p. 11 ; https://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/precautionary_principle_decision_making_under_uncertainty_FB18_en.pdf (consulté le 06/05/2022). En outre, le *Environment Act*, adopté en 2021 par le Parlement, intègre le principe de précaution parmi les « principes environnementaux » qui devront guider l'action du gouvernement (v. *Environment Act 2021, Part 1 - Environmental governance, Chap. 1 - Improving the natural environment*, pt. 17 (5)).

³¹⁷ C. Hannoun, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *op. cit.*, p. 810.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ O. Sutterlin propose la gradation suivante :

- « risque insoupçonné (risque de développement) : exonération de responsabilité ;
- risque suspecté : principe de précaution ;
- risque avéré : principe de prévention ;
- risque réalisé : principe de réparation » (O. Sutterlin, V° Le principe de précaution, *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, Lexis Nexis, 2019, n° 2). V. également : V. Lasserre, « Le risque », *D.* 2011, p. 1632.

qualifier différemment afin de « produire une diversité d'effets juridiques »³²⁰ et à assurer la protection des tiers à l'égard d'un spectre de risques élargi. La protection des droits fondamentaux serait renforcée par la mise en œuvre du principe de précaution. Les standards de diligence viseraient ainsi le risque suspecté et non seulement le risque avéré.

b. Vigilance et précaution face aux risques de santé

531. La faute de diligence a pu être définie au regard des mesures de précaution attendues dans des domaines tels que la santé. En droit français, l'affaire du Distilbène a été l'occasion pour le juge de clarifier la portée des obligations de vigilance face à un risque incertain³²¹. Le laboratoire, fabricant et distributeur du médicament, a vu sa responsabilité civile engagée du fait d'un manquement à son obligation de vigilance, quand bien même il n'existait au moment des faits que des doutes sur la dangerosité de ce médicament. Le laboratoire aurait dû prendre des mesures de vigilance, « même en présence de résultats discordants quant aux avantages et inconvénients »³²². Il en résulte une **articulation de la diligence avec le principe de précaution propre, en amont, à étendre la portée des mesures aux risques suspectés ; et, en aval, à reconnaître de façon élargie la responsabilité pour faute de diligence.**

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 07/03/2006, *UCB Pharma*, n° 04-16.179 et *UCB Pharma*, n° 04-16.179 ; *D.*, 2006, p. 812, obs. I. Gallmeister ; *Resp. civ. et assur.*, 2006, comm. n° 164, obs. C. Radé.

³²² La Cour de cassation précise que « la cour d'appel a constaté qu'existaient avant 1971 et dès les années 1953-1954 des doutes portant sur l'innocuité du distilbène que la littérature expérimentale faisait état de la survenance de cancers très divers et qu'en outre, à partir de 1971, de nombreuses études expérimentales et des observations cliniques contre-indiquaient l'utilisation du distilbène ; qu'elle a pu en déduire sans dénaturer les rapports d'expertise, que la société UCB Pharma qui, devant ces risques connus et identifiés sur le plan scientifique, n'avait pris aucune mesure, *ce qu'elle aurait dû faire même en présence de résultats discordants quant aux avantages et inconvénients*, avait manqué à son obligation de vigilance » (nous soulignons) (*ibid.*).

2. L'hypothèse du recours au principe de précaution en vue d'un assouplissement des conditions de la responsabilité

532. Le principe de précaution permettrait un renforcement des obligations des sociétés transnationales³²³, et, parallèlement, un assouplissement des conditions de l'engagement de la responsabilité de la société en cas de manquement aux obligations de précaution du risque. D'une part, le principe de précaution exercerait une influence sur la définition de la faute. L'omission ou l'insuffisance des mesures de diligence seraient toujours reprochées. Mais, la faute serait identifiée à un défaut de précaution et non de prévention. D'autre part, le principe de précaution pourrait alléger l'exigence de certitude du dommage. Le défaut de diligence serait constaté en présence d'un risque de dommage qui ne serait pas nécessairement avéré.

533. Finalement, la faute de diligence, définie comme le manquement à un devoir de moyens, et cantonnée à des obligations de prévention, est une condition de la responsabilité de la société transnationale de nature à affaiblir la protection des droits fondamentaux. Une violation des droits fondamentaux ne suffit pas à engager la responsabilité de la société. Quand bien même elle serait constatée, il est offert à la société la possibilité de s'exonérer en prouvant qu'elle n'était pas en mesure de prévenir sa réalisation. **Ainsi, la satisfaction des obligations de prévention par l'exercice d'une diligence suffisante est potentiellement décorrélée d'une amélioration significative de la situation des tiers subissant les conséquences des activités transnationales de la société.** De plus, un lien de causalité entre la faute de diligence et le dommage est requis pour que soit engagée la responsabilité délictuelle de la société

³²³ G. Viney, « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *D.*, 2007, p. 1542.

transnationale. Les difficultés de preuve que cela engendre constituent un autre obstacle important à l'effectivité de la prévention des atteintes aux droits fondamentaux

§2. L'EXIGENCE D'UN LIEN DE CAUSALITÉ ENTRE LA FAUTE DE DILIGENCE ET LE DOMMAGE

534. La faute de diligence doit être à l'origine du dommage pour justifier l'engagement de la responsabilité civile délictuelle de la société transnationale. Un lien de causalité entre le préjudice et le fait dommageable est exigé. Il est analysé au regard de la portée du devoir de diligence. Le juge s'interroge en ce sens : « le dommage relevait-il du risque contre lequel il appartenait au défendeur de protéger le demandeur ? »³²⁴. Ce lien causal permet de limiter la portée de la réparation par l'exigence selon laquelle « l'auteur d'une faute ne doit pas supporter le poids de n'importe quel dommage, mais seulement de ceux qui sont la conséquence de sa faute »³²⁵. Une multitude de faits peuvent cependant avoir joué un rôle plus ou moins primordial dans la survenance du dommage³²⁶. Il s'agit alors d'isoler le rôle de la défaillance alléguée de

³²⁴ S. Deakin et Z. Adams, *Markenisis and Deakin's Tort law*, *op. cit.*, p. 225.

³²⁵ V. A. Bénabent, *Droit des obligations*, 18^{ème} éd., LGDJ, « Précis Domat », Paris, p. 430 ; et R. Youngs, *English, French & German Comparative Law*, *op. cit.*, pp. 488-489.

³²⁶ En droit français comme en droit anglais, l'appréhension du rôle causal d'un évènement s'appuie sur deux analyses doctrinales de la causalité : la théorie de l'équivalence des conditions et la théorie de la causalité adéquate (R. Youngs, *English, French & German Comparative Law*, *op. cit.*, p. 491). Alain Bénabent définit ainsi ces théories : « [l]a théorie de l'équivalence des conditions place sur un même plan toutes les circonstances qui ont concouru à produire le dommage (...). Ces conditions sont « équivalentes » et chacune est donc la cause du dommage » ; tandis que « [l]a théorie de la causalité adéquate tend au contraire à dégager, parmi les différents facteurs du dommage, celui qui en est la "cause efficiente", c'est-à-dire qui devait ou risquait normalement de produire un tel dommage » (A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 431). Il faut noter cependant que, si ces théories constituent une aide à la compréhension de l'analyse jurisprudentielle de la causalité, la jurisprudence n'a jamais tranché de façon définitive en faveur de l'une ou de l'autre, « soucieuse qu'elle est de se conserver la plus grande latitude pour une appréciation cas par cas » (*ibid.*, p. 432).

la société transnationale. Ici, l'enjeu principal, au titre de la protection effective des droits fondamentaux, réside dans la preuve du lien de causalité entre la faute de diligence de la société transnationale et le dommage. Celle-ci s'avère souvent difficile, voire impossible à rapporter pour les victimes.

535. Dès lors que la preuve du lien de causalité pose des difficultés importantes pour les demandeurs (A), des assouplissements (B) ou une exception (C) pourraient potentiellement être apportés à cette exigence afin d'y remédier.

A. Les difficultés de preuve du rôle causal de la faute de diligence dans la survenance du dommage

536. L'engagement de la responsabilité civile de la société transnationale pour faute de diligence repose sur l'application des règles du droit commun de la responsabilité en matière de causalité (1). Il en résulte des difficultés de preuve pour les demandeurs (2).

1. L'application des règles du droit commun de la responsabilité en matière de causalité

537. En droit français comme en droit anglais, la causalité entre la faute et le dommage compte parmi les éléments constitutifs de la responsabilité civile (a), dont la charge de la preuve incombe au demandeur (b).

a. L'exigence d'un lien de causalité entre la faute de diligence et le dommage

538. Le lien de causalité entre la faute et le dommage est un élément constitutif de la

responsabilité civile pour faute en droit français et en droit anglais. L'examen de la causalité est fait par le juge selon une approche qui n'est pas systématisée et repose sur son appréciation des circonstances d'espèce³²⁷. Le droit anglais connaît une spécificité par rapport au droit français : la pratique judiciaire consiste en un contrôle en deux temps de la causalité. Dans un premier temps, le juge cherche à déterminer si le préjudice aurait été subi sans l'acte ou l'omission reproché au défendeur³²⁸. Dans un second temps, si le demandeur ne parvient pas à prouver le rôle causal de l'acte ou de l'omission du défendeur, il pourra encore établir l'existence d'une « cause légale »³²⁹. Pour cela, il devra prouver que « le lien entre le comportement [du défendeur] et le préjudice qui en a résulté était suffisamment étroit »³³⁰. À ce stade, la notion de *remoteness* exprime l'éloignement de certaines conséquences d'une action ou d'une omission, qui ne pourront constituer des faits générateurs de la responsabilité³³¹.

b. La charge de la preuve d'un lien de causalité entre la faute de diligence et du dommage

539. La preuve de la causalité, en droit français et en droit anglais, repose sur le demandeur. Ce dernier doit rapporter la preuve de la faute, mais aussi du lien de causalité entre cette faute et le dommage. Le degré de certitude quant au rôle causal de l'évènement est certes moins élevé

³²⁷ Alain Bénabent recommande de « procéder de façon empirique par référence au bon sens » face à l'"énigme de notre droit" qu'est la causalité » (G. Durry, *RTD civ.*, 1977, p. 326, cité par : *ibid.*, p. 431).

³²⁸ L'acte ou l'omission du défendeur est la « *but-for cause* » : « *would the loss have been sustained but for the relevant act or omission of the defendant?* » (S. Deakin et Z. Adams, *Markenisis and Deakin's Tort law*, *op. cit.*, p. 202). Le précédent de référence en la matière est *Barnett c. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* ([1969] 1 QB 428). V. A. Yilmaz-Vastardis et S. Leader, *Improving Paths to Business Accountability for Human Rights Abuses in the Global Supply Chains - A Legal Guide*, *op. cit.*, pp. 19 et 28.

³²⁹ S. Deakin et Z. Adams, *Markenisis and Deakin's Tort law*, *op. cit.*, p. 202.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ W. W. Buckland, « *The Duty to Take Care* », *Law Quarterly Review*, n° 4, 1935, pp. 643-644.

s'agissant d'une faute civile de diligence qu'en matière pénale³³². Néanmoins, **la preuve de la causalité est rendue complexe par la difficulté d'accéder aux informations concernant les mesures de prévention que la société transnationale aurait pu mettre en œuvre.** L'essentiel de ces informations est, en effet, contrôlé par la société. Celle-ci définit les termes de son autorégulation en matière de droits fondamentaux. En outre, la preuve du rôle causal de son action est intrinsèquement liée à la compréhension intime de son organisation et de ses relations intersociétaires. Or, une telle compréhension est difficile à acquérir, en particulier pour les parties externes à l'entreprise.

2. Les difficultés de preuve du rôle causal de la faute de diligence par le demandeur

540. Les contentieux opposant des personnes physiques aux personnes morales sociétaires transnationales sont marqués par l'inégalité des moyens entre les parties³³³. Ce déséquilibre s'exprime en faveur de la société défenderesse. Celle-ci dispose des moyens pour assurer sa défense tant du point de vue de l'expertise juridique que technique³³⁴. Elle dispose également

³³² En principe, la preuve par tous moyens du lien de causalité est admise en droit français. Comparativement, la *common law* est proche du droit français : « il est très largement admis que le "degré de preuve" – "*standard of proof*" – qui est exigé en matière civile est moindre que celui requis en matière pénale. Alors que les éléments de l'infraction pénale doivent être établis "*beyond reasonable doubt*" (au-delà du doute raisonnable), il suffit, au civil, de prouver que le fait allégué est "*more likely than not*" (plus probable qu'improbable) » (G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 315).

³³³ Les Principes Directeurs des Nations Unies font état « des déséquilibres fréquents observables du point de vue des ressources financières, de l'accès à l'information et à des conseils d'experts entre les parties qui déposent des plaintes pour atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises, ou viennent s'ajouter à ces disparités » (Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011, Commentaire du Principe n° 26, p. 35).

³³⁴ Ces difficultés sont notamment celles dont témoigne Richard Meeran, avocat des plaignants dans les contentieux principaux relatifs aux *duty of care* des sociétés transnationales. V. notamment R. Meeran, « *The Revised Draft: Access to judicial remedy for victims of multinationals' abuse* », Centre de ressources sur les entreprises et les droits de l'Homme, 2019 ; <https://www.business-humanrights.org/en/the-revised-draft-access-to-judicial-remedy-for-victims-of-multinationals->

de ressources informationnelles en lien avec son rôle éventuel dans la prévention des atteintes aux droits fondamentaux.

541. Dans ce cadre, la prise en compte par le juge des engagements volontaires de la société en matière de droits fondamentaux rend la preuve du rôle causal de la société difficile **(a)**, *a fortiori* lorsque les documents publiés et censés détailler ces engagements sont généraux et imprécis **(b)**.

a. Les limites du recours aux engagements volontaires de la société pour rapporter la preuve du lien de causalité

542. La difficulté principale tient à la liberté offerte à la société transnationale de déterminer le contenu des mesures de diligence. Les sanctions prononcées en cas de manquement le seront nécessairement « en contemplation des normes que les entreprises se sont elles-mêmes données »³³⁵. Les demandeurs ont pu être consultés en tant que parties prenantes. Cependant, l'association des parties prenantes à la prévention est facultative³³⁶ et demeure rare³³⁷, en particulier dans les situations où la faute de diligence aura causé un dommage. De plus, les parties prenantes ne bénéficient d'aucune garantie d'accès aux informations pertinentes au stade de l'élaboration et la mise en œuvre des mesures de préventions³³⁸. Or, ces informations pourraient constituer ensuite la preuve du rôle causal de l'action ou de l'omission de la société transnationale. Enfin, la société transnationale détermine librement le contenu des mesures de

[abuse?mc_cid=001c26e4de&mc_eid=93315446be](#) (consulté le 06/05/2022).

³³⁵ J.-P. Robé, A. Lyon-Caen, S. Vernac, « Entreprises multinationales et constitutionnalisation du système mondial de pouvoirs privés », *op. cit.*, p. 37.

³³⁶ V. *supra* n° 245 et s.

³³⁷ V. *supra* n° 265.

³³⁸ V. *supra* n° 294-299.

diligence selon les circonstances d'espèce. Les mesures prises seront difficilement prévisibles pour les demandeurs. En droit français, l'obligation légale de rédaction et de mise en œuvre effective d'un plan de vigilance permet d'appréhender les contours de la faute de diligence. Mais, si le législateur fixe le cadre, la prévention se matérialise toujours par le développement d'engagements volontaires dont le contenu varie. Et, c'est bien le contenu des mesures qui devra renseigner sur le rôle causal joué dans la survenance du dommage. La seule mention formelle de mesures de vigilance dans le rapport de gestion est certes révélatrice de l'insuffisance de la prévention. Cependant, elle permettra difficilement de rapporter la preuve de la causalité.

543. En droit anglais, la preuve de la causalité devrait être rapportée par des écrits, extraits de documents internes à la société et de ses échanges d'autres sociétés. L'analyse de Lord Briggs, dans la décision *Vedanta c. Lungowe*, si elle n'est relative qu'à la preuve du *duty of care* et non de la causalité, le laisse cependant fortement penser. Lord Briggs soutient ainsi qu'« il est tout à fait évident que la preuve de ce *pudding* particulier³³⁹ devrait dépendre fortement du contenu des documents internes à chacune des sociétés défenderesses, ainsi que de la correspondance et d'autres documents échangés entre elles, actuellement non disponibles pour les demandeurs, mais à divulguer en temps utile »³⁴⁰. Il revient donc aux demandeurs, groupe ici composé de 1826 citoyens zambiens vivant dans quatre communautés du district de

³³⁹ L'expression « *the proof of that particular pudding (is in the eating)* » signifie qu'on ne peut apprécier la qualité de quelque chose qu'après l'avoir essayé. V. *Cambridge Dictionary* [en ligne] ; <https://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais/proof-of-the-pudding-is-in-the-eating> (consulté le 06/05/2022).

³⁴⁰ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 44. L'obligation de divulgation mentionnée par le juge laisse ouverte la possibilité de formuler une demande d'injonction de produire des documents. Une telle demande interviendrait dans un second temps, une fois l'existence d'un *duty of care* constatée, au stade de la preuve de la faute de diligence ayant causé un dommage et lorsque le type de dommage et son ampleur auront été précisés (à ce sujet, v. la décision des juges de première instance : *Lungowe et autres c. Vedanta Resources Plc et autres*, [2016] EWHC 975 (TCC), § 104).

Chingola³⁴¹, de produire les documents et échanges produits par la société mère domiciliée au Royaume-Uni. **Or, l'accès aux informations relatives à la société transnationale n'est pour les demandeurs ni garanti, ni facilité**³⁴². Bien souvent, ces informations sont complexes et supposent une compréhension approfondie de l'organisation de l'entreprise pour apprécier le rôle de la société mère ou du donneur d'ordre. Une expertise juridique et technique de la nature et de l'étendue des violations des droits fondamentaux peut être nécessaire pour les appréhender³⁴³. Enfin, les informations résident potentiellement dans un grand nombre de documents internes, parmi lesquels seuls quelques-uns sont pertinents pour apprécier le rôle causal de la faute de diligence. Les documents publiés ne seront pas nécessairement les plus pertinents dans cette optique.

b. Les limites des informations publiées pour rapporter la preuve du lien de causalité

544. La seconde difficulté tient aux potentielles limites de l'exigence de publicité. **Les documents publiés pourraient ne pas toujours constituer des éléments de preuve de la causalité s'ils s'avèrent trop généraux.** En principe, les documents publiés par la société transnationale sont les éléments de preuves centraux du lien de causalité. L'écart entre les informations publiées et le comportement de la société constitue la preuve d'une défaillance. Et, si ces informations concernaient le risque qui s'est ensuite matérialisé en une atteinte aux

³⁴¹ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 1.

³⁴² Selon Dalia Palombo, les difficultés de preuve sont la raison pour laquelle aucune société transnationale n'a jusqu'ici été condamnée par les juges français ou les juges anglais (D. Palombo, « *The Duty of Care of the Parent Company: A Comparison between French Law, UK Precedents and the Swiss Proposals* », *op. cit.*, p. 278).

³⁴³ Dans l'affaire *Vedanta*, le juge anglais constate la complexité des affaires et la nécessité du recours à l'expertise pour prouver que les dommages sont causés par une faute de diligence. V. *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 94.

droits fondamentaux des demandeurs, le défaut de diligence pourrait être considéré comme ayant joué un rôle causal dans la survenance du dommage. La société aura, en effet, prétendu qu'elle était précisément en mesure d'éviter la survenance de ce dommage si elle agissait conformément à ses déclarations. En droit français, le plan de vigilance doit être rendu public afin, notamment, que son absence ou son insuffisance puisse constituer un élément de preuve de la faute de vigilance³⁴⁴. Or, les premiers plans de vigilance sont pour la plupart très généraux³⁴⁵.

545. En l'absence de décision du juge français sur la question de la responsabilité de la société, la jurisprudence anglaise fournit quelques éléments d'analyse pour appréhender une telle généralité des documents publiés par la société. La position du juge anglais a largement évolué quant à l'appréhension des engagements volontaires et publics de la société. **La décision *Vedanta c. Lungowe* signe la reconnaissance explicite du rôle probatoire des politiques décidées et publiquement endossées par la société.** Ces politiques peuvent s'appliquer à l'échelle de l'entier groupe de sociétés et tout de même permettre au juge de déceler la faute de diligence ayant causé un dommage³⁴⁶.

³⁴⁴ C. com., art. L. 225-102-4, I.

³⁴⁵ V. À ce sujet, v. A. Duthilleul et M. de Jouvenel, *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Rapport à Monsieur le ministre de l'Économie et des finances, Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies (CGE), n° 2019/12/CGE/SG, 2020, p. 35 ; https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/devoirs-vigilances-entreprises.pdf (consulté le 06/05/2022).

³⁴⁶ Lord Briggs livre ces considérations sur la caractérisation de la faute de diligence ayant causé un dommage dans la décision *Vedanta c. Lungowe*. La faute est alternativement constituée par l'insuffisance et l'inadéquation des mesures prises, ou par leur absence : « [m]ême lorsque les polices de groupe ne donnent pas lieu en elles-mêmes à un *duty of care* envers les tiers, elles peuvent le faire si la société mère parent ne se contente pas de les proclamer, mais prend des mesures actives, par la formation, la surveillance et l'exécution, afin de s'assurer qu'elles sont mises en œuvre par les filiales concernées. De même, il me semble que la société mère peut être responsable vis-à-vis des tiers si, dans des documents publiés, elle prétend exercer ce degré de surveillance et de contrôle de ses filiales, même si en réalité elle ne le fait pas. Dans de telles circonstances, son omission peut constituer l'abdication

546. Auparavant, dans la décision *Okpabi c. Shell* rendue par la Cour d'appel, Lord Justice Simon a distingué les engagements de la société selon leur degré de généralité. Il définissait le *duty of care* comme un devoir vis-à-vis de personnes ou d'un groupe de personnes précisément identifiées. Il s'agissait de distinguer ce devoir d'une obligation d'ordre moral à visée générale. La mise en œuvre d'une gouvernance plus soutenable de l'entreprise ne rendrait pas automatiquement la société mère ou le donneur d'ordre titulaire d'un *duty of care* vis-à-vis des tiers quant aux risques sociaux ou environnementaux. Une telle orientation des politiques internes à l'entreprise différerait d'une manifestation de la volonté de prendre en charge la prévention dans le cadre des activités d'une société en particulier. Par conséquent, selon cette conception, des politiques trop générales ne permettraient pas au juge d'imputer à la société l'évènement. L'atteinte aux droits fondamentaux demeurerait une cause dont l'extériorité justifie qu'elle puisse ne pas entraîner la mise en cause de la responsabilité de la société.

547. Lord Justice Sales avait déjà pointé les limites d'un tel raisonnement dans son opinion dissidente, dans la décision d'appel : le degré de précision des documents publiés varie en fonction de l'étendue des chaînes de valeur³⁴⁷. Plus le nombre de filiales ou de cocontractants est grand, plus le degré de généralité des documents risque d'être important. Dès lors, si la généralité des engagements interdit aux tiers de les invoquer utilement comme preuve de la responsabilité de la société, le risque d'exonération des sociétés à la tête de grands groupes ou aux relations commerciales étendues augmente. Dans cette optique, la Cour Suprême a, dans l'affaire *Okpabi c. Shell*, rejeté le raisonnement adopté par la Cour d'appel en se référant explicitement à la décision *Vedanta* pour affirmer que : « [l]es directives du groupe (...) peuvent contenir des erreurs systémiques qui, lorsqu'elles sont mises en œuvre naturellement par une

d'une responsabilité qu'elle a publiquement assumée » (*Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 53).

³⁴⁷ *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2018] EWCA Civ 191, § 172.

filiale en particulier, causent alors des dommages à des tiers »³⁴⁸. Néanmoins, **si le juge accepte de prendre en compte des documents publiés, y compris les plus généraux, le lien entre ces documents et les manquements reprochés demeurera complexe à établir pour les demandeurs**. Face à ces difficultés de preuve, il pourrait être envisagé d'assouplir l'exigence de causalité, voire d'y renoncer.

B. La réparation de la perte de chance face à une causalité incertaine

548. Si le lien de causalité n'est pas rapporté entre la faute de diligence et le dommage, la responsabilité de la société ne peut en principe être engagée. La notion de perte de chance pourrait fournir un tempérament à cette règle. La perte de chance permettrait au juge de ménager un droit à réparation pour le demandeur. Cette option est ouverte en droit français et en droit anglais. En droit français, une causalité alternative est établie : « dès lors qu'un manquement fait disparaître "une éventualité favorable" »³⁴⁹. Le préjudice final n'est pas intégralement réparé, mais le manquement aux obligations de prévention ne reste pas impuni. En droit anglais, la perte de chance pourrait s'appliquer au délit de négligence, afin de permettre au demandeur de surmonter les difficultés de preuve du lien de causalité. Le dommage pourrait n'être ainsi réparé qu'en partie, à la hauteur de la perte de chance³⁵⁰. Plus radicalement, le lien de causalité pourrait également être présumé pour permettre une réparation intégrale du préjudice final.

³⁴⁸ V. *Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres*, [2021] UKSC 3, § 145 ; et *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 52.

³⁴⁹ Nous reprenons ici la définition livrée par la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{ère}, 14/10/2010, n° 09-69.195 ; *Bull. civ. I*, n° 200) et citée par Charley Hannoun, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *op. cit.*, p. 806.

³⁵⁰ En droit anglais, la possibilité de réparation de la perte de chance a été ouverte par la jurisprudence dans la décision *Hotson c. East Berkshire Area Health Authority* ([1987] AC 750). À ce sujet, v. S. Deakin et Z. Adams, *Markenisis and Deakin's Tort law*, *op. cit.*, p. 221.

C. Le jeu de la présomption de causalité

549. La présomption de causalité permettrait un renversement de la charge de la preuve : il reviendrait à la société de prouver qu'elle n'était pas en mesure de prévenir la survenance du dommage. Deux dimensions principales de la relation intersociétaire justifient la reconnaissance d'une telle présomption : d'une part, la dimension préventive de la responsabilité de la société face aux risques³⁵¹ ; et d'autre part, l'impératif de protection des victimes. Ainsi, il s'agit de tirer toutes les conséquences de la situation avantageuse dans laquelle peut se trouver la société poursuivie, non seulement au sein des relations intersociétaires, mais aussi au procès, dans la mesure où elle bénéficie du déséquilibre des armes entre les parties.

550. L'instauration d'une présomption de causalité, dans le cadre de la responsabilité pour faute de diligence, a été plusieurs fois évoquée sans se concrétiser en droit positif par l'action du législateur ou du juge. La présomption de causalité est pourtant un mécanisme connu en droit français et en droit anglais pour appréhender le déséquilibre des armes entre les parties (1). Elle devrait être instaurée à la faveur de l'adoption de la directive européenne relative au devoir de vigilance (2).

³⁵¹ Comme nous l'avons vu, la diligence conjugue responsabilité *a priori* et *a posteriori*. Sur la dimension préventive de la responsabilité en lien avec le jeu de la présomption, v. 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 », *op. cit.*, p. 1610. V. également *supra* n° 519-527.

1. Le rejet de la présomption de causalité du défaut de vigilance ou de *care* en matière de droits fondamentaux

551. En droit français, la proposition de loi initiale sur le devoir de vigilance prévoyait l'ajout de nouveaux articles dans le Code civil, afin d'instaurer un régime spécial de « responsabilité des sociétés du fait d'un manquement à l'obligation de vigilance dans le cadre de leurs activités économiques ou commerciales »³⁵², assorti d'une présomption de responsabilité de la société. Ainsi, cette présomption devait s'appliquer à la personne morale « qui dans le cadre de ses activités, de celles de ses filiales ou de celles de ses sous-traitants, ne démontre pas avoir pris toutes les mesures nécessaires et raisonnablement en son pouvoir en vue de prévenir ou d'empêcher la survenance d'un dommage ou d'un risque certain de dommage notamment sanitaire, environnemental ou constitutif d'une atteinte aux droits fondamentaux et dont elle ne pouvait préalablement ignorer la gravité »³⁵³. Fondée sur le « rapport de pouvoir »³⁵⁴, la société devait se situer dans les relations décrites pour voir sa responsabilité engagée. Sans cela, il était considéré qu'il lui était impossible d'éviter la survenance d'une atteinte aux droits fondamentaux du fait d'une activité dont elle n'avait pas la maîtrise. Elle pouvait également prouver qu'elle avait satisfait à son devoir de moyens en essayant d'éviter cette atteinte, mais sans succès³⁵⁵. Finalement, cette présomption a été abandonnée. La loi sur le devoir de vigilance ne prévoit pas de modification du Code civil : elle se réfère au droit commun de la responsabilité

³⁵² Ass. nat., Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n° 1519, 06/11/2013, t. II.

³⁵³ *Ibid.*, art. 2.

³⁵⁴ E. Peskine, S. Vernac, « Pouvoir et responsabilités dans les organisations pluri-sociétaires », in G. Borenfreund et E. Peskine (dir.), *Licenciements économiques et restructurations, vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2015, p. 123.

³⁵⁵ V. Ass. nat., Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n°1519, 06/11/2013, Exposé des motifs, p. 9.

et à la règle classique selon laquelle la charge de la preuve repose sur le demandeur. Il reviendrait au juge de créer une présomption de causalité.

552. En droit anglais, comme en droit français, la charge de la preuve repose sur le demandeur s'agissant du rôle causal de la faute de diligence. Le juge a exclu toute reconnaissance d'une présomption de responsabilité de la société sur la base du pouvoir qu'elle exercerait, notamment en qualité de société mère au sein d'un groupe de sociétés³⁵⁶. Si le terme d'« *assumption* » a été utilisé par le juge, celui-ci ne renvoie pas au test classique défini dans la décision *Hedley Byrne & Co Ltd c. Heller & Partners Ltd*³⁵⁷. Le juge précise que ce terme est mal choisi et qu'il serait plus exact de parler de responsabilité attachée (« *attachment* » of *responsibility* »³⁵⁸) aux agissements de la société. Les éléments de fait, en particulier des documents publiés, permettent de déduire que la société a reconnu qu'elle assumait une responsabilité en matière de prévention des atteintes environnementales, sans que celle-ci ne soit présumée³⁵⁹.

553. Néanmoins, le mécanisme des présomptions de responsabilité n'est pas étranger au droit anglais. Les présomptions servent à répondre à des enjeux proches de ceux appréhendés par le *duty of care* des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux. Ainsi, la maxime latine de *res ipsa loquitur*, qui se traduit par « la chose parle d'elle-même »³⁶⁰, désigne le principe d'inversion de la charge de la preuve pouvant s'appliquer dans le contexte de la négligence en droit anglais³⁶¹. Dans ce cadre, une présomption de négligence s'applique au

³⁵⁶ *Chandler c. Cape Industries Plc*, [2012] EWCA Civ 525, § 69.

³⁵⁷ Le test classique définit dans la décision *Hedley Byrne c. Heller* permet de déduire d'une « relation spéciale » entre les parties l'existence d'un *duty of care*. V. *Hedley Byrne & Co Ltd c. Heller & Partners Ltd*, [1964] AC 465, p. 35.

³⁵⁸ *Chandler c. Cape Industries Plc*, [2012] EWCA Civ 525, § 64.

³⁵⁹ *Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres*, [2019] UKSC 20, § 61.

³⁶⁰ C. Bloch, A. Giudicelli, C. Guettier, J. Julien, D. Krajeski, M. Poumarède, Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 3363.340.

³⁶¹ R. Youngs, *English, French & German Comparative Law*, op. cit., p. 397.

défendeur lorsque « les moyens par lesquels le dommage a été infligé étaient sous le contrôle exclusif du défendeur »³⁶². Le bénéfice de la présomption est décidé au cas par cas par le juge, selon les circonstances. De plus, le risque pris par le défendeur au détriment du demandeur peut justifier le renversement de la charge de la preuve. Dans le contexte d'un travail subordonné, la charge de la preuve repose ainsi sur l'employeur, car il est le « créateur du risque »³⁶³. Le juge a ainsi affirmé que « si l'on se demande laquelle des parties, de l'ouvrier ou de l'employeur, devrait souffrir de cette difficulté inhérente à la preuve, la réponse, d'un point de vue politique et dans un souci de justice, devrait être que c'est le créateur du risque qui, par hypothèse, doit être considéré comme ayant prévu la possibilité d'un dommage, qui devrait en supporter les conséquences »³⁶⁴. Par la suite, alors qu'une incertitude sur la responsabilité d'employeurs successifs d'un demandeur victime d'une maladie demeure, la Chambre des Lords a renoncé à l'exigence classique de causalité, au profit de la victime. Elle a reconnu la responsabilité des coauteurs, dès lors que leur action ou omission a matériellement accru le risque de préjudice³⁶⁵.

554. En somme, le droit français comme le droit anglais connaissent des présomptions de causalité. Certaines sont communes. On pense, par exemple, aux présomptions utilisées s'agissant des accidents du travail et maladies professionnelles³⁶⁶. La technique juridique est

³⁶² S. Deakin et Z. Adams, *Markenisis and Deakin's Tort law*, *op. cit.*, p. 199.

³⁶³ *McGhee c. National Coal Board*, [1972] UKHL 7.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ *Fairchild c. Glenhaven Funeral Services Ltd*, [2003] 1 AC 32.

³⁶⁶ Les systèmes nationaux en Europe prévoient tous le jeu d'une présomption en cas d'accident du travail. V. D. Walters, *An International Comparison of Occupational Disease and Injury Compensation Schemes*, Industrial Injuries Advisory Council (IIAC), Cardiff Work Environment Research Centre, Cardiff University, 2007, p. 15 ; https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/330347/InternationalComparisonsReport.pdf (consulté le 06/05/2022)). En droit français, en cas d'accidents du travail ou de maladies professionnelles, la présomption d'imputabilité de ces événements à l'employeur est irréfragable (C. séc. soc., art L. 411-1 et art. L. 461-1). Au Royaume-Uni, une présomption existe également mais l'employeur est susceptible d'apporter la preuve contraire. V. J. De

donc connue. Sa reconnaissance pourrait accompagner un nouvel encadrement légal du *duty of care*. Elle pourrait aussi participer d'une réforme du devoir de vigilance en droit français, à l'aune d'une évolution souhaitable du droit de l'Union en la matière.

2. L'avenir de la présomption de causalité dans la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance

555. Le mécanisme de la présomption pourrait rejaillir en droit de l'Union. La proposition de directive sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises formulée par le Parlement européen prévoyait un mécanisme de présomption tout à fait comparable à celui un temps envisagé en droit français s'agissant du devoir de vigilance³⁶⁷. Il était recommandé aux États membres de prévoir un régime de responsabilité garantissant une présomption réfragable³⁶⁸. Il serait revenu à la société de « prouver qu'elle n'avait pas le contrôle sur une entité commerciale impliquée dans une atteinte aux droits de l'Homme »³⁶⁹. **Cette présomption a été abandonnée dans le texte de proposition de directive de la Commission européenne.** Cela est regrettable. Il reste à espérer que le Conseil ou le Parlement la réintroduise. La présomption n'a pas vocation à porter pas spécifiquement sur la causalité. Elle devrait cibler la principale difficulté en matière de preuve pour les demandeurs : la relation intersociétaire. Comme nous l'avons vu, l'exercice

Baets *et al.*, *Accidents at work and occupational diseases: flat rate or full reparation? European survey on the conditions of compensation for the victims*, Eurogip., 21/E. 2005 ; <https://www.eurogip.fr/images/documents/131/Eurogip%2021E.pdf> (consulté le 06/05/2022).

³⁶⁷ V. *supra* note n° 551.

³⁶⁸ Sous réserve d'une preuve contraire, la société poursuivie sera tenue pour responsable des dommages. La présomption prévue dans la proposition de loi française de 2013 était également réfragable car elle laissait à la société des possibilités de s'exonérer de sa responsabilité par la preuve contraire. V. Ass. nat., Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n°1519, 06/11/2013, t. 2.

³⁶⁹ PE, Résolution du Parlement européen du 10 mars 2021 contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, précitée, consid. 53.

d'un pouvoir au sein de cette relation s'avère souvent complexe à prouver à partir des documents publiés. Or, il s'agit de la condition *sine qua non* de la reconnaissance d'une faute de diligence

556. En outre, **le contrôle pourrait être mobilisé pour permettre de présumer de l'imputabilité à la société mère des activités de sa filiale, sur le modèle de la présomption capitalistique en droit européen de la concurrence.** La Cour de justice reconnaît en effet, depuis l'arrêt *Akzo*, une présomption réfragable d'exercice effectif d'une influence déterminante lorsque la société mère détient l'entière du capital de la filiale³⁷⁰. Il est présumé que la filiale ne détermine pas sa stratégie de façon autonome. Ainsi, bien que dotées de personnalités juridiques distinctes, la société mère et sa fille ne forment qu'une seule unité économique. Elles sont susceptibles de voir leur responsabilité solidaire engagée.

557. Dès lors, **l'inversion de la charge de la preuve constitue un élément central d'un régime de responsabilité adapté aux spécificités du contentieux relatif à la diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux.** Elle devra également se conjuguer avec une conception renouvelée du dommage réparable en présence d'une violation des droits fondamentaux.

³⁷⁰ CJUE, *Akzo c. Commission*, aff. C-97/08 P, 10/11/2009 ; *RSC*, 2010, p. 244, obs. L. Idot ; *RTD com.*, 2010, p. 144, obs. C. Champaud et D. Danet ; *RTD eur.*, 2010, p. 647 (v. spéc. n° 58-61), chron. J.-B. Blaise et L. Idot.

§3. L'EXIGENCE D'UN DOMMAGE RÉPARABLE

558. La responsabilité pour faute de diligence obéit aux règles du droit commun de la responsabilité délictuelle. À ce titre, le dommage compte classiquement parmi les éléments constitutifs de la responsabilité. L'identification et l'évaluation des préjudices réparables³⁷¹ ne sont pas réglées spécifiquement. Pourtant, la réparation du dommage obéit à certaines spécificités. La protection des droits fondamentaux suppose que ceux-ci ne soient pas cantonnés à des « devoirs moraux »³⁷² et que les atteintes soient effectivement réparées. Les droits du créancier doivent encore être « délimités par une procédure judiciaire »³⁷³, afin que le juge détermine « la part de chacun »³⁷⁴. La problématique tient ici principalement en la conjugaison des règles classiques de la responsabilité avec les spécificités de l'action sur le fondement d'une faute de diligence en matière de droits fondamentaux.

559. Dans le cadre de cette action, seul le dommage résultant d'une faute de diligence (**A**) et consistant en une atteinte aux droits fondamentaux (**B**) pourra être réparé.

³⁷¹ La réparation des préjudices nés d'une faute de diligence en matière de droits fondamentaux diffère sur ce point de la réparation des dommages environnementaux qui a bénéficié de travaux d'identification des chefs de préjudices et d'évaluations à l'aune de nomenclatures (v. notamment O. Sutterlin, *L'évaluation monétaire des nuisances : éléments de réflexion au carrefour des raisonnements juridiques et économiques en matière environnementale*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », Paris, 2012 ; et G. J. Martin et L. Neyret (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, « Droit des affaires », Paris, 2012). La réparation pourra intervenir en nature, par une remise en état des biens par exemple, ou par l'octroi de dommages-intérêts. Pour l'évaluation du montant de la réparation, le juge pourra tenir compte des mesures de réparation déjà intervenues.

³⁷² M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, « Quadrige », Paris, 1983, p. 103.

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 45.

A. Les spécificités du dommage résultant d'une faute de diligence

560. Seule la réparation des dommages causés par la faute de diligence peut être exigée. L'enjeu est dès lors d'identifier les dommages réparables du fait d'un manquement de la société transnationale à ses obligations de prévention en matière de droits fondamentaux. D'une façon générale, la responsabilité pour faute de diligence en droit français et en droit anglais est construite à partir du droit commun. En droit français, le droit commun est mobilisé dans le champ du droit spécial³⁷⁵. La loi sur le devoir de vigilance se réfère aux articles 1240 et 1241 du Code civil quant aux conditions de l'engagement de la responsabilité pour faute de vigilance. Cependant, il ne s'agit pas d'un simple renvoi au droit commun. Les éléments constitutifs de la responsabilité du fait personnel subissent quelques aménagements. La responsabilité est établie au regard d'obligations déterminées par la loi et visant à prévenir la survenance d'une atteinte « envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »³⁷⁶. Par conséquent, seul « le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter »³⁷⁷ pourra être réparé.

561. En droit anglais, le dommage réparable résulte également des suites du défaut de prévention de la société transnationale. Cependant, les contours des domaines dans lesquels devra s'exercer la diligence due ne sont pas précisés dans une règle spéciale. La réparation des

³⁷⁵ C. Hannoun, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *op. cit.*, p. 806. Contrairement au choix du législateur concernant le devoir de vigilance, le nouveau régime de réparation du préjudice écologique a été inséré à la suite des dispositions relatives au droit commun de la responsabilité et n'a pas donné lieu à l'instauration de nouvelles règles dans le droit spécial. La loi du 8 août 2016 a été codifiée sous la forme d'un nouveau chapitre sur « la réparation du préjudice écologique » du Code civil qui s'est ajouté aux dispositions relatives aux conditions d'engagement de la responsabilité extracontractuelle aux articles 1246 à 1252. V. Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, précitée, art. 4, VI.

³⁷⁶ C. com., art. L. 225-102-4, I.

³⁷⁷ C. com., art. L. 225-102-5.

dommages causés par la faute de diligence pourra potentiellement concerner tous les types de dommages, selon les conditions classiques de la réparation du délit de négligence. Dans ce cadre, les préjudices corporels et moraux, ainsi que des atteintes à la propriété des victimes pourront par exemple être réparés. En revanche, les dommages financiers pourraient ne pas être pris en compte au stade de la réparation s'ils sont « purement économiques », c'est-à-dire s'ils ne sont « pas directement connectés à des dommages physiques »³⁷⁸.

562. En somme, les conséquences dommageables de l'atteinte aux droits fondamentaux pourront ainsi être appréhendées par le juge, dans le cadre du procès civil, à l'aune de la typologie classique des dommages. Néanmoins, ce contentieux possède certaines spécificités quant au traitement de la gravité des dommages allégués.

B. Le dommage consistant en une atteinte aux droits fondamentaux

563. Le dommage personnel souffert par les victimes procède d'une atteinte aux droits fondamentaux, sans pour autant s'y identifier. La violation des droits fondamentaux, en tant que telle, ne déclenche pas l'application de règles de réparation spécifiques³⁷⁹. La réparation des préjudices répond aux conditions du droit commun en droit français comme en droit anglais. Néanmoins, la loi sur le devoir de vigilance pose une condition additionnelle de gravité de l'atteinte « envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »³⁸⁰. Cette condition de gravité du dommage n'est pas

³⁷⁸ S. Deakin et Z. Adams, *Markenisis and Deakin's Tort law*, *op. cit.*, p. 88.

³⁷⁹ P. Xavier, « Les dommages-intérêts pour violation des droits de l'Homme », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 66, n° 2, 2014, p. 529.

³⁸⁰ C. com., art. L. 225-102-4, I.

issue du droit commun de la responsabilité³⁸¹. La responsabilité environnementale des entreprises connaît une exigence comparable. Ainsi, le préjudice écologique consiste en « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement »³⁸². Il revient dès lors au juge d'apprécier au cas par cas « l'importance de ce préjudice »³⁸³.

564. Par ailleurs, **face à l'indétermination de l'atteinte aux droits fondamentaux, la « créance d'indemnisation »³⁸⁴ naît d'une défaillance spécifiquement identifiée dans le comportement de la société mère ou du donneur d'ordre.** Elle se distingue de la réparation de la faute directement imputable à la filiale, au sous-traitant ou au cocontractant. Se dessine alors un « modèle de responsabilisation plural »³⁸⁵ qui repose sur l'analyse des responsabilités de différentes entités au sein la chaîne de valeur. Néanmoins, l'ambition de responsabilisation de la société transnationale par la sanction de sa faute de diligence demeure modeste. Le cantonnement de la responsabilité à une faute de diligence ayant causé le dommage nuit à l'effectivité de la protection des droits fondamentaux. Des actions en justice ont été engagées récemment en France et au Royaume-Uni, sans qu'aucune n'aboutisse, pour l'heure, une condamnation de la société. Dans la suite de notre étude, nous étudierons les voies d'une extension des responsabilités de la société et du dirigeant, afin d'associer la décision de déploiement de l'entreprise à l'échelle transnationale à une responsabilité juridique.

³⁸¹ La responsabilité du fait personnel peut permettre la réparation des préjudices causés par la faute, sans condition de gravité. Une exception peut néanmoins être signalée : « la théorie des troubles du voisinage, par l'exigence d'un "trouble anormal et excessif" » (G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 210).

³⁸² C. civ., art. 1247.

³⁸³ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, in J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, 4^{ème} éd., LGDJ, « Traités », Paris, 2017, n° 210.

³⁸⁴ Y. Lambert-Faivre, « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.*, 1987, p. 1.

³⁸⁵ E. Peskine, « À la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *RDT*, 2019, p. 19.

SECTION 2. LES VOIES D'UNE EXTENSION DE LA RESPONSABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ ET DU DIRIGEANT

566. La diligence de la société transnationale en matière de droits fondamentaux participe de l'encadrement du pouvoir de la société. L'exercice de son pouvoir est attaché à une responsabilité juridique *ex ante* et *ex post* en construction. Cette responsabilité vise la sanction, la réparation et la prévention des atteintes. La dernière partie de l'étude aura pour objet de proposer des voies de réforme et d'évolution de la responsabilité, dans une optique de protection effective des droits fondamentaux.

567. Afin d'éviter que les sociétés transnationales ne se retranchent derrière la complexité de leurs chaînes de valeur, utilisant « la technique de la personne morale 'comme des gangsters se servent d'une cagoule pour ne pas être reconnus et ne pas avoir à répondre de leurs actes' »³⁸⁶, il convient tout d'abord de proposer une réflexion sur les formes de l'imputation juridique propres à appréhender le fonctionnement de l'entreprise transnationale au sens large³⁸⁷. Il s'agit ensuite d'attacher au pouvoir du dirigeant des conséquences juridiques. La gouvernance de l'entreprise transnationale constitue un levier d'une protection accrue des droits fondamentaux. Et le dirigeant est l'acteur central du développement d'une gouvernance soutenable. Au stade de la prévention, sa responsabilité devrait se décliner en des obligations en matière de droits fondamentaux. Elle pourrait également se traduire par la sanction de sa faute personnelle de diligence en cas de défaillance de la gouvernance de l'entreprise à prévenir la réalisation des

³⁸⁶ A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie*, Seuil, Paris, 2010, pp. 98-99.

³⁸⁷ S'agissant des personnes morales, l'imputation n'est pas ici entendue au sens classique « comme une aptitude au discernement », mais comme « une exigence de rattachement de l'acte ou de comportement générateur du dommage à l'activité de la personne responsable » (G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 444). Et, dans les même sens, v. : Ph. Brun, V° Responsabilité du fait personnel – Fait personnel générateur du dommage, *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2015 (actualisation : 02/2020), n° 23.

risques.

568. Dès lors, l'effectivité de la protection des droits fondamentaux suppose que la diligence des sociétés transnationales soit associée à une responsabilité sans faute de la société transnationale du fait des activités de l'entreprise (§ 1). La responsabilité de la société devrait également être conjuguée à la responsabilité du dirigeant. La diligence du dirigeant s'exercerait en matière de droits fondamentaux et serait associée à l'engagement possible de sa responsabilité pour faute de diligence dans le cadre de la gestion de l'entreprise (§ 2).

§1. LES NOUVELLES SOURCES DE LA RESPONSABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ TRANSNATIONALE

569. La société transnationale est débitrice d'un devoir de diligence dans l'entreprise vis-à-vis des tiers. La mise en œuvre de la diligence est contrôlée par le juge à l'occasion d'une action en responsabilité pour faute. Or, les conditions de la responsabilité du fait personnel n'ont pas été assouplies et sont difficiles à satisfaire. Les magistrats qui les appliquent ne tirent pas les conséquences des dynamiques systématiques de pouvoir au sein de l'entreprise. Le constat de telles dynamiques pourrait conduire à la reconnaissance d'une responsabilité sans faute.

570. **Il s'agirait aussi d'admettre que la violation des droits fondamentaux constitue toujours une faillite du projet entrepreneurial de la société transnationale, sans qu'il n'y ait besoin de constater au surplus une faute de diligence.** La source de responsabilité devrait dès lors évoluer, passant du fait personnel au fait d'autrui, et, plus précisément, du fait de l'entreprise.

571. Cette voie de réforme de la responsabilité proposée suppose de rompre avec le cantonnement de la responsabilité de la société à l'engagement de la responsabilité pour faute (A) au profit d'une responsabilité du fait de l'entreprise (B).

A. Le cantonnement de la responsabilité de la société à l'engagement de la responsabilité pour faute

572. La responsabilité pour faute de diligence repose sur le droit commun de la responsabilité délictuelle. En droit français, la mention expresse des articles 1240 et 1241 dans le texte de la loi sur le devoir de vigilance³⁸⁸ a pour effet d'exclure l'application potentielle d'autres régimes de responsabilité. En droit anglais, le recours au *duty of care* cantonne la responsabilité au délit de négligence.

573. Signe de la faiblesse de l'encadrement de activités de l'entreprise transnationale, l'engagement de la responsabilité du fait personnel de la société signifie l'absence de remise en cause de l'autonomie des personnes morales sociétaires (1) et le recul des logiques de coresponsabilité (2).

1. L'engagement de la responsabilité du fait personnel, reflet de l'absence de remise en cause de l'autonomie des personnes morales sociétaires

574. La diligence, qu'il s'agisse du devoir de vigilance ou du *duty of care*, suppose l'existence de « frontières sociétaires »³⁸⁹. En effet, l'auteur de la faute est une société, société mère ou donneur d'ordre, distincte de l'entreprise. Et sa responsabilité est susceptible d'être engagée pour une faute également distincte de celle de la filiale, du sous-traitant ou du fournisseur. En droit français, la reconnaissance d'un devoir de vigilance de la société ne

³⁸⁸ C. com., art. L. 225-102-5.

³⁸⁹ T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT*, 2017, p. 382.

suppose pas l'effacement de la séparation entre personnes morales. La société débitrice d'un devoir de vigilance ne se confond pas avec les sociétés comprises dans le champ d'application des mesures de vigilance. Le Conseil constitutionnel a souligné que l'adoption de mesures de « contrôle interne propres à prévenir les risques »³⁹⁰, et l'éventuelle divulgation d'informations dans le plan de vigilance sur les sociétés comprises dans le champ d'application de la vigilance³⁹¹, ne sont pas de nature à remettre en cause la liberté d'entreprendre de ces dernières.

575. En droit anglais, la reconnaissance de la responsabilité de la société sur le fondement du délit de négligence ne suppose pas non plus pas la remise en cause de l'autonomie des personnes morales. Le juge, dans la décision de principe *Chandler c. Cape*, affirme avec force le rejet de la sanction de la levée du voile sociétaire (*piercing the corporate veil*), au profit d'une analyse consistant à déterminer si la société a agi ou aurait pu agir pour prévenir la survenance du dommage souffert par le tiers³⁹². Finalement, **une approche distributive de la faute est à l'œuvre, au détriment des logiques de coresponsabilité.**

2. L'engagement de la responsabilité du fait personnel, signe du recul des logiques de coresponsabilité

576. Les actions en justice portent sur la responsabilité, non pas de l'entreprise transnationale, mais de chacune de ses entités. Malgré l'imbrication des relations intersociétaires nouées entre les sociétés poursuivies, la recherche d'une faute de diligence imputable à la société transnationale demeure privilégiée. La responsabilité pour faute de

³⁹⁰ Cons. const., n° 2017-750 DC, précitée, consid. 17.

³⁹¹ *Ibid.*, consid. 18.

³⁹² En l'espèce, il s'agissait de « savoir si ce que la société mère a fait revenait à assumer des devoirs directement vis à vis des employés de la filiales » (*Chandler c. Cape Industries Plc*, [2012] EWCA Civ 525, § 70).

diligence permet uniquement l'engagement de la responsabilité de la société mère ou du donneur d'ordre. Le demandeur peut agir concurremment contre la filiale, le sous-traitant ou le fournisseur. Mais les demandes seront formulées au visa de fondements juridiques différents.

577. Cependant, le constat du traitement judiciaire séparé des différentes entités qui composent l'entreprise est tout de même à tempérer, du moins s'agissant des contentieux en droit anglais. Comme vu précédemment³⁹³, la compétence du juge pour statuer sur la responsabilité d'une société étrangère repose sur la reconnaissance du bien-fondé des poursuites à l'égard du défendeur d'ancrage. Ici, il s'agit, pour le juge, de vérifier si un *duty of care* de la société mère aurait dû s'exercer dans ses relations avec sa filiale étrangère vis-à-vis des tiers. Les sociétés qui composent l'entreprise sont donc poursuivies ensemble, à la différence des actions sur le fondement du devoir de vigilance français qui ont uniquement été diligentées à l'encontre de la société mère ou du donneur d'ordre. Par la suite, les sociétés pourraient être condamnées solidairement, faisant ainsi resurgir l'entreprise au stade de la sanction. En droit anglais, la règle générale de condamnation solidaire des coauteurs d'un même dommage a été formulée par le législateur³⁹⁴. En droit français, les condamnations *in solidum* peuvent également être prononcées, s'il est reconnu que la créance de réparation est née d'un même dommage³⁹⁵. Au stade de la contribution à la dette de réparation, elles ouvriront un droit de recours entre coauteurs.

578. Au-delà des cas particuliers qui conduisent le juge anglais à reconnaître sa compétence au regard des relations intersociétaires, l'entreprise pourrait devenir source de responsabilité et

³⁹³ V. *supra* n° 368.

³⁹⁴ *Civil Liability (Contribution) Act 1978*, s. 1(1).

³⁹⁵ V. par exemple la condamnation solidaire à supporter les conséquences de l'inexécution d'un contrat de sociétés membres d'un groupe, lorsque l'absence d'autonomie d'une de ces sociétés et l'immixtion des autres sociétés du groupe dans sa gestion avaient été constatées (Cass. com., 04/03/1997, n°95-10.756 ; *Bull. civ. IV*, n° 65).

constituer le « champ d’extension de la responsabilité des instances sociétaires »³⁹⁶. La responsabilité naîtrait de la défaillance d’une autre entité comprise dans le champ d’application de la diligence. À terme, la diligence pourrait ainsi devenir « le support de solidarités nouvelles, coextensives d’un *pool* de risques à l’échelle de la chaîne logistique ou d’une fraction de celle-ci »³⁹⁷.

B. L’opportunité du développement d’une responsabilité de la société transnationale du fait de l’entreprise

579. Les standards de diligence s’intègrent déjà dans un mouvement plus large de reconnaissance par le droit de nouvelles techniques d’imputation basées sur l’identification du décideur au sein d’organisations complexes. Afin d’approfondir ce mouvement et d’associer pleinement pouvoir et responsabilité, « il ne s’agirait pas d’imputer une action, une décision à quelqu’un mais de lui imputer les effets d’une décision, éventuellement prise par quelqu’un d’autre »³⁹⁸. Une société pourrait se voir imputée le fait d’une autre entité présente sur sa chaîne de valeur. Comme le suggère très justement Muriel Fabre-Magnan, dans la mesure où elle pourrait « être considéré[e] comme dirigeant l’activité d’autrui »³⁹⁹, la société mère ou le donneur d’ordre devrait voir sa responsabilité engagée du fait d’autrui.

³⁹⁶ O. Favereau, A. Lyon-Caen, « Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés », *RDT*, 2017, p. 447.

³⁹⁷ Aude-Solveig Epstein propose une réflexion sur le concept de *pool* de risque à partir des écrits de Gunther Teubner sur l’appréhension par le droit des risques écologiques. V. G. Teubner, *Droit et réflexivité : l’autoréférence en droit et dans l’organisation*, LGDJ, Paris, 1994, p. 291 et s., cité par : A.-S. Epstein, *Information environnementale et entreprise - Contribution à l’analyse juridique d’une régulation*, th. Université Nice-Sophia Antipolis, Institut Universitaire Varenne, « Collection des Thèses », Paris, 2015, n° 614 et s.

³⁹⁸ E. Peskine, « L’imputation en droit du travail », *RDT*, 2012, p. 347.

³⁹⁹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, t. 2, PUF, « Thémis », Paris, 2021, n° 495.

580. La responsabilité du fait d'autrui permettrait de s'abstraire de l'exigence de faute de diligence de la société mère ou du donneur d'ordre. Elle constituerait une garantie d'effectivité du recours des victimes de violations des droits fondamentaux⁴⁰⁰. L'enjeu principal du développement d'une responsabilité de la société transnationale du fait des activités de l'entreprise est la reconnaissance du lien entre pouvoir et responsabilité. La responsabilité permet de répondre juridiquement au phénomène de normalisation du pouvoir de la société tête de groupe ou du donneur d'ordre au sein de la chaîne de valeur. Techniquement, **la responsabilité de la société transnationale du fait des activités de l'entreprise s'analyserait comme une nouvelle déclinaison de la responsabilité du fait d'autrui**. En droit français et en droit anglais, la plasticité de la responsabilité du fait d'autrui permet qu'un tel développement soit aujourd'hui envisagé.

581. Tout d'abord, les justifications d'une évolution de la responsabilité tiennent principalement au renforcement du lien entre pouvoir et responsabilité de la société transnationale (1). Ensuite, cette évolution tiendrait au développement d'une responsabilité objective de la société du fait de l'entreprise (2).

1. Les justifications d'une évolution de la responsabilité de la société transnationale

582. La théorie du risque fournit les justifications principales de la reconnaissance de la responsabilité de la société transnationale du fait de l'entreprise (a). Ainsi, la propension des

⁴⁰⁰ L'avant-projet Catala prévoyait l'extension de la responsabilité du commettant pour le fait du préposé aux « personnes physiques ou morales qui encadrent l'activité des professionnels non préposés et sont intéressées à cette activité ». P. Catala (dir.), *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations [Articles 1101 à 1386 du Code civil] et du droit de la prescription [Articles 2234 à 2281 du Code civil]*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Documentation française, Paris, 2005, p. 156 ; v. spéc. G. Viney (dir.), « De la responsabilité civile », sous-titre III, art. 1360.

activités de la société transnationale au sein de chaînes de valeur mondiales à être génératrices de risques pour les droits fondamentaux rend nécessaire d’y attacher une responsabilité, principalement en raison du pouvoir qu’elle y exerce et de sa capacité financière à garantir la réparation des victimes (b).

a. **Justification théorique : la théorie du risque**

583. La théorie du risque comme fondement théorique de la responsabilité sans faute apparaît à la fin du XIX^{ème} siècle. Elle a connu de nombreuses déclinaisons jusqu’aux temps présents. Bien qu’elle ne constitue pas un fondement du droit positif, elle exerce une influence déterminante sur le développement de la fonction indemnitaire de la responsabilité civile. Elle place le risque, défini comme un « événement dommageable dont la survenance est incertaine quant à sa réalisation ou à la date de sa réalisation »⁴⁰¹, au centre de la responsabilité. Elle est élaborée par Raymond Saleilles et Louis Josserand à la fin du XIX^{ème} siècle. Ils soutiennent que le risque doit remplacer la faute comme fondement de la responsabilité du fait des choses face à l’industrialisation et au développement des accidents du travail causés par des machines⁴⁰².

⁴⁰¹ G. Cornu, « Risque », in *Vocabulaire juridique*, PUF, « Quadrige Dicos Poche », Paris, 2021.

⁴⁰² V. L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Éditions A. Rousseau, Paris, 1897. V. spéc. p. 8 : face à l’industrialisation, « par quel moyen donner satisfaction à l’équité ? Comment assurer à la victime d’un accident causé par une chose inanimée la juste réparation du préjudice souffert ? » : « il fallait soustraire la responsabilité du dommage causé par les choses à l’application de l’article 1382, la dégager de la notion trop envahissante de la faute délictuelle ; il fallait en faire une véritable responsabilité du fait des choses, c’est-à-dire ayant sa source unique dans le dommage causé par l’objet, la victime ne devant pas fournir d’autre preuve que celle du rapport de cause à effet qui unit la chose inanimée au préjudice souffert. ». V. aussi : R. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile : essai d’une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Éditions A. Rousseau, Paris, 1897. V. spéc. p. 5 : « le risque est pour celui qui s’est approprié le fait : rapport de causalité directe ou d’appropriation personnelle substitué à l’idée de faute subjective, et sous la seule réserve que le fait n’eût pas constitué pour son auteur l’exercice même d’un droit positif. Telle est la conception qui tend à se faire jour ».

Par ailleurs, le risque a pu aussi être mobilisé pour fonder la responsabilité du commettant ç l'égard du préposé⁴⁰³.

584. Les différentes déclinaisons de la théorie du risque reposent sur l'affirmation selon laquelle le risque a vocation à être sanctionné, plutôt que la faute. Selon Planiol, « toute activité qui crée pour autrui un risque nouveau rend son auteur responsable du dommage qu'il peut causer, sans qu'on ait à rechercher s'il y a une faute de sa part »⁴⁰⁴. La théorie du risque-profit, développée au début du XX^{ème} siècle, consiste ainsi à reconnaître la responsabilité du commettant comme une contrepartie du profit qu'il retire du travail du préposé. La théorie du risque-profit s'est déclinée en plusieurs théories, parmi lesquelles la théorie du risque-autorité : les commettants sont personnellement et directement responsables du dommage causé par leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. La responsabilité est la contrepartie de leur autorité sur les préposés, qu'ils aient ou non tiré profit des activités. La théorie de la garantie, développée par Boris Starck⁴⁰⁵, en est aussi une déclinaison. Elle tend à ménager un « véritable droit à réparation »⁴⁰⁶ aux victimes. La responsabilité du commettant est engagée de plein droit, palliant le risque d'insolvabilité du préposé.

⁴⁰³ Selon Yvonne Lambert-Faivre, « responsabilité des conséquences des activités qui font courir un risque à autrui, responsabilité du fait d'autrui inhérente à l'autorité, tels sont les principes de l'éthique de la responsabilité à l'égard du responsable » (Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.*, 1998, p. 1). En droit anglaise, v. notamment : W. E. Scott, « *The Theory of Risk Liability and Its Application to Vicarious Liability* », *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 12, n° 1, 1979, pp. 44-64.

⁴⁰⁴ Planiol, « Études sur la responsabilité civile », *Rev. Crit.*, 1905, p. 288.

⁴⁰⁵ V. notamment B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Université de Paris, 1947 ; et B. Starck, « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *RTD civ.*, 1958, p. 475 et s. D'un point de vue de droit comparé, André Tunc a pointé l'utilité de la théorie de la garantie pour penser la réparation dans la *law of tort* dans le contexte d'une nation industrielle, v. A. Tunc, « *A Little-Noticed Theory in the Law of Tort: Boris Starck's Theory of Guaranty* », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 121, n° 3, 1973, p. 618 et s., spéc. p. 625.

⁴⁰⁶ J. Julien, V° Responsabilité des maîtres et commettants, *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2011 (actualisation : 03/2018), n° 105. V. également : Y. Lambert-Faivre, « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *op. cit.*, p. 1.

585. La théorie du risque tient encore aujourd'hui lieu de modèle d'adaptation du droit face à la « triple influence de faits nouveaux, d'insuffisance du droit positif et d'idées naissantes prélude souvent aux grandes transformations de la responsabilité civile »⁴⁰⁷. Cela pourrait être le cas s'agissant de la responsabilité de la société transnationale.

b. Application à la responsabilité de la société transnationale

586. La société commettante pourrait voir sa responsabilité engagée en cas d'atteinte aux droits fondamentaux du fait des activités déployées au sein de l'entreprise. L'influence de la théorie du risque suggère deux justifications principales de l'avènement d'une responsabilité sans faute de la société transnationale. Tout d'abord, la société transnationale est identifiée comme « le créateur des risques »⁴⁰⁸. Il convient de lui faire supporter les obligations de prévention, en amont, et une responsabilité du fait d'une violation des droits fondamentaux survenue sur sa chaîne de valeur, en aval. Le pouvoir qu'elle exerce dans ses relations intersociétaires la rend la mieux à même d'empêcher la réalisation du risque⁴⁰⁹. Peu important la qualification juridique de la relation⁴¹⁰, il s'agirait de reconnaître une « responsabilité à la hauteur du pouvoir d'influence exercé »⁴¹¹. De plus, la société transnationale sera bien souvent

⁴⁰⁷ C. Thibierge, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *op. cit.*, p. 577.

⁴⁰⁸ P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, 10^{ème} éd., Dalloz, « Connaissance du droit », Paris, 2021, p. 30.

⁴⁰⁹ La responsabilité, déclinée au stade de la prévention et de la sanction, « se devra d'être *proportionnelle* au pouvoir exercé, et plus spécifiquement au pouvoir de nuisance potentiel, susceptible de produire un dommage majeur » (C. Thibierge, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *op. cit.*, p. 580).

⁴¹⁰ Comme nous l'avons vu dans la première partie de notre recherche, le pouvoir dans les relations intersociétaires peut être constaté par le juge « nonobstant les règles par lesquelles ce pouvoir est dévolu » (P. Calame, *Métamorphoses de la responsabilité et contrat social*, *op. cit.*, p. 125). Les obligations de diligence sont reconnues à l'aune de considérations d'opportunité, selon les circonstances. V. *supra* n° 151-160, n° 516.

⁴¹¹ *Ibid.*

davantage en mesure de répondre au besoin de réparation de la victime que ne l'est la société préposée. Il est reconnu à la société une « aptitude particulière à l'assurance »⁴¹² qui pourrait être renforcée par le risque de condamnation⁴¹³. Le souci d'apporter une « garantie de solvabilité »⁴¹⁴ aux victimes pourra ainsi justifier la reconnaissance de sa responsabilité du fait d'autrui.

2. Vers l'avènement d'une responsabilité sans faute de la société transnationale ?

587. En droit français, le projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017, prévoyait un nouvel article 1242-1 du Code civil selon lequel : « la faute de la personne morale résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement »⁴¹⁵. La proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile n'a pas repris cette

⁴¹² P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, op. cit., p. 31.

⁴¹³ L'assurance de la société peut constituer un moyen de protection si elle prend en charge les risques humains, sociaux et environnementaux vis-à-vis des tiers non seulement pour elle-même, mais également pour les sociétés qui composent sa chaîne de valeur. À ce sujet, v. notamment le Rapport du CRO Forum (groupement d'assureurs) sur la façon dont « le secteur de l'assurance doit intégrer le respect des droits de l'Homme dans son cadre de gestion des risques et comment il peut aborder les questions de droits de l'Homme dans ses relations commerciales avec d'autres sociétés » à l'aune des *Principes pour une assurance responsable* initiés par le Programme des Nations Unies pour l'Environnement - Initiative Finance de 2012, CRO Forum, *Human Rights and Corporate Insurance*, 2014, p. 2 ; <https://www.thecroforum.org/wp-content/uploads/2014/11/human-rights-and-corporate-insurance-november-2014-2.pdf> (consulté le 06/05/2022).

⁴¹⁴ P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, op. cit., p. 30. En droit anglais, l'argument de la solvabilité (*the « deeper pocket justification »*) est également avancé par le juge pour justifier de l'utilité société de l'engagement de la responsabilité du fait d'autrui, notamment de l'employeur du fait des actes de son employé. V. S. Deakin et Z. Adams, *Markenisis and Deakin's Tort law*, op. cit., p. 572.

⁴¹⁵ Ministère de la Justice, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté le 13 mars 2017 par J.-J. Urvoas, alors Garde des Sceaux, ministre de la Justice, à la suite de la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, art. 1242-1. V. aussi : D. Porrachia, « La responsabilité civile des personnes morales », *Bull. Joly Sté.*, n° 6, 2017, p. 357.

disposition⁴¹⁶. Une obligation générale de protection effective des droits fondamentaux de la société à l'échelle de l'entreprise aurait pu voir le jour. En effet, le défaut d'organisation ou de fonctionnement renvoie à une obligation de portée générale, dont le périmètre est potentiellement extensible à l'entreprise⁴¹⁷. Une faute de la société aurait toujours été requise, mais elle n'aurait pas été cantonnée à un défaut de vigilance en application d'une règle spéciale comme c'est le cas actuellement.

588. Plus radicalement, et dans la perspective de s'abstraire de l'exigence d'une faute, une nouvelle dimension de la responsabilité du fait d'autrui pourrait être développée. En droit français comme en droit anglais, la plasticité de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés rend possible la reconnaissance de la responsabilité de la société du fait des activités de l'entreprise ayant entraîné la violation de droits fondamentaux des tiers⁴¹⁸. Dans ce cadre, l'engagement de la responsabilité ne dépend plus du constat d'une faute personnelle de la société transnationale. On lui impute directement « la charge des risques qu'elle crée par son activité »⁴¹⁹. La responsabilité est dite objective, ou stricte. En droit français, l'article 1242 du Code civil prévoit une responsabilité, non pas pour le dommage que l'on cause par son propre

⁴¹⁶ Sénat, Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, n° 678, 29/07/2020. À ce sujet, v. A. Danis-Fatôme, « La faute de la personne morale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval*, Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS) Éditions, Paris, 2021, p. 193 et s.

⁴¹⁷ Il revient ainsi à l'État d'origine de la société transnationale la possibilité de mettre à la charge de celle-ci « une obligation de contrôler les sociétés qui, au sein du groupe entier, se trouvent sous sa dépendance — ses filiales, bien entendu, mais parfois aussi ses fournisseurs ou sous-traitants » (O. de Schutter, « Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », *op. cit.*, p. 93).

⁴¹⁸ En droit français, la responsabilité du commettant du fait de son préposé est prévue par le nouvel article 1242 alinéa 5 du Code civil et a été dotée d'une portée générale par la jurisprudence (Cass. ass. plén., *Blieck*, 29/03/1991, n° 89-15.231, P: R., p. 351 ; *GAJC*, 11^{ème} éd., n° 218-219). En droit anglais, le délit de *vicarious liability* consiste également en une responsabilité du commettant du fait de son préposé. V. S. Deakin et Z. Adams, *Markenisis and Deakin's Tort law*, *op. cit.*, p. 329 ; et H. Slim, « Recherches sur la responsabilité du fait d'autrui en droit comparé », *RCA* (hors-série sur « La responsabilité du fait d'autrui »), 2000, p. 52.

⁴¹⁹ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 813.

fait, mais pour celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre. Parmi ces personnes, on compte les préposés dans les fonctions auxquelles les commettants les ont employés⁴²⁰. En droit anglais, le concept de « *strict liability* »⁴²¹ désigne la responsabilité du commettant, et, plus spécifiquement de l'employeur, dès lors que la preuve d'une faute personnelle n'est pas exigée.

589. Dans ce contexte, le concept de responsabilité organisationnelle (*organisational liability*) en droit anglais permettrait d'appréhender le pouvoir d'une société dans ses relations intersociétaires au sein de chaînes de valeur complexes et d'y associer une responsabilité. La responsabilité traditionnelle attribuée à l'employeur pour les actes de ses employés vis-à-vis des tiers est étendue aux « situations dans lesquelles des entités ayant la capacité d'absorber et de diffuser les risques sont tenues pour responsables des délits de ceux à qui déléguer l'exercice de leurs obligations »⁴²². Les contours de cette nouvelle forme de responsabilité ont été récemment définis par le juge à l'occasion de la décision *Armes c. Nottinghamshire County Council*⁴²³. En l'espèce, une autorité locale était poursuivie par une personne qui était sous sa garde lorsqu'elle était enfant. L'autorité locale l'a placée dans des familles d'accueil où elle a été agressée physiquement, émotionnellement et sexuellement. La responsabilité de l'autorité est engagée pour les actes des familles d'accueil. Pour cela, les juges ne recherchent pas une faute personnelle du défendeur. Le manquement à un *duty of care* préexistant imputable à l'entité poursuivie n'est pas requis⁴²⁴. La responsabilité se déclenche du

⁴²⁰ V. C. civ., art. 1242, al. 5. Cette présomption est irréfragable. V. notamment Cass. crim., 13/11/2018, n° 17-81.398 P ; *RDT*, 2019, p. 112, obs. J. Gallois.

⁴²¹ V. S. Deakin et Z. Adams, *Markenisis and Deakin's Tort law*, *op. cit.*, p. 528.

⁴²² *Ibid.*, p. 531.

⁴²³ *Armes c. Nottinghamshire County Council*, [2017] UKSC 60, commenté par S. Deakin, « *Organisational torts: vicarious liability versus non-delegable duty* », *CLJ*, vol. 77, n° 1, 2018, p. 15 et s.

⁴²⁴ La jurisprudence prend deux directions divergentes. D'une part, celle du développement du *duty of care* de l'employeur (*non-delegable duty of care*) en reconnaissant de nouveaux devoirs tels que le

fait d'autrui, sans que ne se pose « la question de la faute de gestion ou d'organisation »⁴²⁵ du commettant. Les juges motivent l'engagement de la responsabilité par une série de raisons tirées d'une analyse des circonstances d'espèces et liées au pouvoir exercé par le défendeur quant à la conduite des activités, au contrôle par l'exercice d'une supervision managériale et à sa capacité financière à payer des dommages et intérêts⁴²⁶. Ces motivations apparaissent tout à fait transposables à la situation d'une société transnationale en cas de violation des droits fondamentaux par une société au sein de sa chaîne de valeur et justifieraient la reconnaissance de sa responsabilité organisationnelle. Dès lors, la diligence demeurerait un standard de prévention de référence, mais auquel serait associée une responsabilité personnelle du dirigeant.

§2. L'EXTENSION DE LA RESPONSABILITÉ POUR FAUTE DE DILIGENCE : VERS LA RECONNAISSANCE D'UNE RESPONSABILITÉ DU DIRIGEANT ?

590. En droit français et en droit anglais, la diligence en matière de droits fondamentaux ne constitue pas le fondement d'une responsabilité du dirigeant vis-à-vis des tiers. Une telle responsabilité pourrait constituer la sanction de nouvelles obligations de gestion soutenable, aujourd'hui existantes dans ces deux droits.

591. En droit français, le nouvel alinéa second de l'article 1833 prévoit, que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et

devoir de surveillance ou de contrôle et en étendant leur périmètre aux tiers. Et d'autre part, celle de la responsabilité organisationnelle comme déclinaison de la responsabilité du fait d'autrui. Ces voies étaient examinées par Ewan McKendrick dès 1990, in « *Vicarious Liability and Independent Contractors - A Re-examination* », *The Modern Law Review*, vol. 53, n° 6, 1990, pp. 776-781.

⁴²⁵ S. Deakin, « *Organisational torts: vicarious liability versus non-delegable duty* », *op. cit.*, p. 17.

⁴²⁶ *Armes c. Nottinghamshire County Council*, [2017] UKSC 60, §§ 59-68.

environnementaux de son activité »⁴²⁷. Aucune sanction n'a été expressément attachée à cette disposition. La faute personnelle du dirigeant ne peut engager sa responsabilité vis-à-vis des tiers que s'il s'agit d'une faute détachable. Cette faute est « celle d'une particulière gravité commise intentionnellement ou présentant une gravité inadmissible »⁴²⁸. Un tel niveau exige aboutit à des condamnations seulement exceptionnelles⁴²⁹.

592. Dans le même temps, le devoir de vigilance est uniquement attaché à la personne morale sociétaire. La faute de vigilance de ses organes n'est susceptible d'engager la responsabilité que de la société, et non du dirigeant. Au-delà du cas particulier du devoir de vigilance, la responsabilité des personnes morales est susceptible d'être engagée « du fait de leurs organes »⁴³⁰ lorsque la faute est commise dans le cadre des activités de ces personnes physiques.

593. L'occasion d'une reconnaissance d'un devoir de diligence du dirigeant en matière de droits fondamentaux dans le cadre de ses fonctions n'a pas été saisie. Pourtant, cette reconnaissance aurait permis de sanctionner l'absence de prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux dans la gestion de la société par l'engagement de la responsabilité juridique du dirigeant. La réforme de l'intérêt social et la loi sur le devoir de vigilance procèdent en effet d'une même dynamique d'encouragement d'une gestion soutenable à l'échelle de l'entreprise transnationale. Dans cette optique, le devoir de vigilance s'analyse comme une

⁴²⁷ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JORF n° 0119, 23/05/2019, art. 169, I.

⁴²⁸ A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, pp. 453-454.

⁴²⁹ V. notamment R. Besnard Goudet, « La faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers », *D.*, 2002, p. 1821 ; M. Laugier, « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour faute de gestion », *Bull. Joly*, 2003, p. 1231. V. Cass. com., 4/11/2020, n° 18-19.747 ; K. Deckert, « Le dol commis par un dirigeant dans la conclusion d'un contrat par la société avec un tiers est nécessairement constitutif d'une faute séparable de ses fonctions », *Rev. sociétés*, 2021, p. 367.

⁴³⁰ V. notamment Cass. civ. 2^{ème}, 19/02/1997, n° 95-11.959 : *Bull. civ.*, II, n° 53 ; *Rev. sociétés*, 1997, p. 816, obs. Y. Guyon ; *RTD civ.*, 1998, p. 113, note P. Jourdain ; *RTD com.*, 1997, p. 481, obs. E. Alfandari. À ce sujet, v. dernièrement, v. A. Danis-Fatôme, « La faute de la personne morale », *op. cit.*

« nouvelle norme de gestion » qui « permet de repenser le statut des dirigeants et la responsabilité des entreprises »⁴³¹.

594. Le droit anglais est particulièrement révélateur de cette dimension. Les nouvelles prévisions relatives à la gestion soutenable de la société ont été conçues comme l'extension des devoirs fiduciaires du dirigeant envers la société. Le devoir de favoriser le succès de l'entreprise inclut la prise en compte des intérêts des employés de la société, ou encore l'impact des activités de l'entreprise sur la communauté et l'environnement⁴³². En outre, le dirigeant est titulaire d'un devoir général de diligence dans la conduite des activités de la société. Celui-ci pourrait être étendu à la protection des droits fondamentaux⁴³³. En cas de manquement, le dirigeant n'est actuellement tenu que vis-à-vis de la société. Le manquement donne lieu à des poursuites civiles pour faute de gestion, « de la même manière que toute autre obligation fiduciaire due à une société par ses administrateurs »⁴³⁴. La portée de ces devoirs devrait être étendue pour que l'action en responsabilité puisse être diligentée par des tiers intéressés.

595. **À cet égard, la proposition de directive prévoit l'instauration d'un *duty of care* des dirigeants de sociétés qui pourrait potentiellement être invoqué par les tiers**⁴³⁵. L'action des dirigeants dans l'intérêt de la société devrait tenir compte « des conséquences de leurs décisions en termes de soutenabilité, y compris, le cas échéant, quant aux droits de l'Homme, le changement climatique et les conséquences environnementales, y compris à court, moyen et long termes »⁴³⁶. La formulation rappelle l'alinéa second de l'article 1833 du Code civil

⁴³¹ A. Hatchuel et B. Segrestin, « Devoir de vigilance : la norme de gestion comme source de droit ? », *Droit et Société*, n° 106, p. 667.

⁴³² *Companies Act 2006*, s. 172, pt. 1 (b) et (d).

⁴³³ *Ibid.*, s. 174.

⁴³⁴ *Ibid.*, s. 178, pt. 2.

⁴³⁵ Commission européenne, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, précitée, art. 25.

⁴³⁶ *Ibid.*, art. 25.1.

français. Mais, à la différence du droit français, la proposition précise également que les manquements à cette obligation devront être sanctionnés. À cet égard, elle prévoit que la portée des prévisions de droit national sanctionnant le manquement aux devoirs du dirigeants devront être étendues pour inclure ce nouvel aspect de la prise de décision⁴³⁷. La sanction pourrait être prévue par un texte législatif, réglementaire, ou administratif⁴³⁸. Sa forme, sa sévérité, et les conditions de son appréciation par le juge sont laissées à l'appréciation des États, sans autre forme de précision. Par conséquent, il est probable que cette disposition n'aboutisse pas à une réforme ambitieuse du droit existant.

596. Finalement, la diligence en matière de droits fondamentaux pourrait s'inscrire dans une double perspective de développement d'une responsabilité sur le fondement de devoirs fiduciaires attachés à l'élaboration et à la mise en œuvre de mesures de diligence en matière de droits fondamentaux d'une part ; et de la sanction du comportement négligent du dirigeant vis-à-vis des tiers impactés par une gestion qui ne serait pas soutenable de l'entreprise d'autre part.

⁴³⁷ *Ibid.*, art. 25.2.

⁴³⁸ *Ibid.*

Conclusion du Chapitre 2

598. Les conditions de fond de la responsabilité de la société transnationale pour faute de diligence en matière de droits fondamentaux empruntent au droit commun de la responsabilité. Les éléments constitutifs de la responsabilité demeurent la faute, le dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage. Un parcours judiciaire complexe s'annonce donc pour les victimes afin d'obtenir réparation de leurs préjudices. La faute de diligence s'avère difficile à prouver. Elle repose sur l'appréhension du comportement de la société transnationale à travers son autorégulation. Diverses alternatives fournies par les droits de la responsabilité civile français et anglais pourraient servir à adapter le régime de responsabilité aux spécificités d'un contentieux marqué par le déséquilibre des armes entre les parties. On pense, entre autres, à qualifier la diligence de devoir de résultat, ou à présumer l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage, afin de voir les atteintes aux droits fondamentaux plus sûrement réparées. Plus radicalement, la décision de déploiement des activités de la société à l'échelle transnationale implique l'augmentation des risques de violation des droits fondamentaux sur la chaîne de valeur. L'acceptation du risque par la société devrait justifier que, lorsqu'une atteinte survient sur sa chaîne de valeur, sa responsabilité soit engagée. En outre, le dirigeant devrait se voir reconnaître un devoir de diligence en matière de droits fondamentaux. L'engagement de sa responsabilité pour faute de diligence serait possible par les tiers lorsque sa décision de gestion de l'entreprise au sens large n'était pas soutenable et a pu conduire à la survenance d'atteintes aux droits fondamentaux.

Conclusion du Titre 2

600. L'action en responsabilité civile constitue le mécanisme central de la sanction du défaut de diligence d'une société transnationale en matière de droits fondamentaux. Les conditions de recevabilité de l'action en responsabilité pour faute de diligence autorisent toute personne ayant un intérêt à agir à demander réparation de son préjudice. Les conditions du droit commun trouvent à s'appliquer. Cependant, les violations des droits fondamentaux en lien avec les activités de la société transnationale impliquent la survenance de dommages d'une gravité particulière et s'avèrent être souvent de grande ampleur. Dès lors, les voies de la reconnaissance d'un large droit d'agir devraient permettre le développement des recours collectifs, tels que l'action de groupe, et d'un fort contrôle citoyen du respect de la personne humaine par la société transnationale.

601. En outre, les conditions de fond de la mise en œuvre de la responsabilité de la société transnationale pour faute de diligence en matière de droits fondamentaux obéissent au schéma classique de la responsabilité délictuelle pour faute. Cependant, elles sont associées à la commission d'un délit spécial, la faute de diligence. Le cantonnement à des exigences de comportement diligent, qui signifient principalement la mise en œuvre d'une autorégulation, réduit d'autant la portée de la faute de diligence pour prévenir et sanctionner effectivement la survenance d'atteintes aux droits fondamentaux. Il convient, dès lors, de promouvoir des régimes de responsabilité prenant acte du pouvoir de la société en s'abstrayant de l'exigence de faute. La faute pourrait se limiter à structurer et à étendre la responsabilité du dirigeant en matière de droits fondamentaux.

Conclusion de la Partie 2

603. La sanction du défaut de diligence en matière de droits fondamentaux s'affirme actuellement comme une des voies d'un encadrement des activités des sociétés transnationales. Les standards de diligence sont mobilisés afin de prévenir et de sanctionner les atteintes aux droits fondamentaux nées des activités des sociétés transnationales. Dans cette perspective, la traduction en justice de ces sociétés s'avère centrale pour permettre un contrôle des activités. Les garanties d'un recours effectif des victimes doivent être ménagées. Elles reposent sur la mobilisation de la diligence, telle qu'elle est actuellement développée dans les droits nationaux des pays d'origine de ces sociétés, par le juge du lieu où celles-ci sont domiciliées.

604. En outre, la protection effective des droits fondamentaux suppose la sanction du défaut de diligence des sociétés transnationales. Elle est loin d'être assurée par les voies actuelles de mise en œuvre et de contrôle de la diligence. Les voies de réforme des conditions d'engagement de la responsabilité civile doivent être explorées pour permettre à une nouvelle génération de responsabilité d'émerger. De la même manière que le droit a été réformé afin de tirer les conséquences de l'industrialisation des sociétés, le développement d'entreprises à l'échelle transnationale fait naître un risque systémique de violation des droits fondamentaux qui nécessite d'y associer une responsabilité à la hauteur du risque. Une responsabilité du fait des activités transnationales pourrait, dès lors, voir le jour, et pourrait être combinée à l'encadrement du pouvoir du dirigeant par un devoir de diligence.

CONCLUSION GÉNÉRALE

605. Les standards de vigilance en droit français et de *care* en droit anglais à l'intention des sociétés transnationales en matière de droit fondamentaux posent les jalons d'une évolution juridique majeure. Leur développement conjoint s'explique par un objectif commun, et toujours plus partagé, d'encadrement des activités des sociétés transnationales par le droit.

606. Tout d'abord, cet objectif se concrétise par le développement d'obligations de prévention. La loi française relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a permis l'insertion dans le Code de commerce d'obligations spéciales de prévention. Celles-ci consistent en l'élaboration et la mise en œuvre effective d'un plan de vigilance. Le plan et le compte rendu de la mise en œuvre effective sont publiés et insérés dans le rapport de gestion. **Si le plan de vigilance apparaît comme un vecteur de clarification des obligations des sociétés, il a également pour effet de limiter la portée de la prévention aux mesures citées et aux risques préalablement identifiés.**

607. À la différence du droit français, la dimension préventive du *duty of care* ne se matérialise pas par des dispositions législatives dédiées. La prévention n'en est pas moins inhérente à ce standard non-écrit de diligence. Le juge contrôle *a posteriori* les mesures de prévention prises par la société à l'occasion de l'action en responsabilité diligentée sur le fondement des règles du droit commun de la responsabilité civile. Les souplesses de l'analyse jurisprudentielle du *duty of care* illustrent l'adaptabilité du standard de diligence aux circonstances d'espèce.

608. Dans les deux droits, et conformément à l'hypothèse corégulatrice entre les pouvoirs publics et privés, **la diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux laisse à la société le soin de concrétiser ses obligations de prévention par des engagements volontaires.** Elle est ainsi le vecteur de l'articulation de l'autorégulation de

la société avec des règles juridiques hétéronomes. Or, les incertitudes quant aux mesures attendues sont le pendant de la dimension autorégulatrice de la diligence. Le développement de mesures négociées, telles que les accords-cadres transnationaux, demeure rare. Plus généralement, l'association des parties prenantes est facultative. **Le dirigeant de la société détermine les personnes qu'il considère comme les parties prenantes de la société, choix qui peut le conduire à restreindre le nombre de personnes associées à la prévention, voire à n'en retenir aucune.** Par conséquent, le contrôle démocratique et citoyen de la prévention demeure limité.

609. La diligence des sociétés transnationales, dans son fonctionnement actuel, s'avère largement impuissante à garantir l'effectivité de la prévention et de la sanction des atteintes aux droits fondamentaux. **S'autorégulant, la société transnationale construit un récit autour de la protection des droits qui n'augure pas d'une amélioration systémique du traitement des personnes dans le cadre de ses activités.** Néanmoins, l'autorégulation de la société bénéficie désormais d'un encadrement juridique par le contrôle judiciaire de la diligence. Ce contrôle s'analyse comme une tentative de « domestication »¹ du pouvoir de la société transnationale. Dans la perspective d'un tel encadrement, son pouvoir de fait est utilisé comme le levier de la protection effective des droits fondamentaux au sein de l'entreprise au sens large. L'entreprise fait ainsi l'objet d'une approche globale, comprenant les activités dans leur dimension transnationale et les entités économiques dans leur diversité. L'exercice du pouvoir de la société transnationale en son sein est attaché à une responsabilité juridique *ex ante* et *ex post*, c'est-à-dire à des fins de sanction, de réparation et de prévention. Le développement du

¹ B. Frydman, *Comment penser le droit global ?*, Centre Perelman de Philosophie du Droit, Université libre de Bruxelles, 2012, p. 19 ; https://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf?lang=fr (consulté le 06/05/2022).

contrôle judiciaire de la diligence signifie également **l'avènement d'une responsabilité juridique des sociétés transnationales en matière de droit fondamentaux.**

610. Dans cette optique, le juge tend à autoriser la tenue de poursuites à l'encontre d'une société transnationale en présence de manquements allégués survenus à l'étranger. La règle de détermination de la juridiction compétente, au regard du droit de l'Union, désigne en principe le juge du domicile de la société transnationale poursuivie. Néanmoins, la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne pourrait conduire à la remise en question de la compétence du juge anglais si la doctrine du *forum non conveniens*, plus restrictive, était appliquée. La désignation de la loi applicable est également porteuse d'incertitudes. En principe, la loi applicable est celle du pays où le dommage survient, et non celle de l'État où est domiciliée la société. Le droit français ou le droit anglais pourrait ne pas trouver application. Pourtant, la dimension transnationale du déploiement des activités de la société poursuivie implique de doter d'une dimension extraterritoriale l'application des standards de vigilance et de *care*. Plus généralement, **l'application des standards de diligence en matière de droits fondamentaux devrait tendre à « gagner une certaine universalité »**². En ce sens, les projets de traité international sur les entreprises et les droits de l'Homme et de directive européenne sur le devoir de vigilance contribuent à envoyer un signal fort aux sociétés : **le temps de la RSE et des obligations de reporting a vécu.**

611. Les logiques de responsabilisation non contraignantes cèdent le pas à une responsabilité juridique de la société transnationale. Les conditions de la responsabilité sont de différents ordres. Elles concernent, dans un premier temps, la recevabilité de l'action. Les obstacles procéduraux ne doivent pas empêcher la sanction du défaut de diligence et la réparation des

² L. d'Avout, « Droit international – L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *JCP G*, n° 42, 1112, 2015, p. 1876.

dommages. **La large ouverture du droit d'agir est une condition essentielle de la protection effective des droits fondamentaux.** Le développement de l'action de groupe pourrait contribuer à l'ouverture du droit de recours des victimes. Dans un second temps, la responsabilité est soumise à des conditions de fond. En droit français, la loi sur le devoir de vigilance fait référence aux articles du Code civil relatifs à la responsabilité du fait personnel. Le juge anglais s'appuie, quant à lui, directement sur les règles classiques de la *common law* anglaise relatives au délit de négligence pour analyser les circonstances d'un éventuel manquement de la société transnationale à son *duty of care* en matière de droits fondamentaux.

612. Dans les deux droits, **la recherche d'une faute de diligence ayant causé un dommage ne fait bénéficier d'un traitement judiciaire que les cas de manquement les plus pathologiques.** La faute s'analyse comme **une négligence dans la prévention imputable à la société transnationale au regard d'un devoir extracontractuel de moyens.** Ainsi, **la violation des droits fondamentaux n'implique pas nécessairement une faute de diligence qui ferait naître une créance de réparation à l'égard des victimes.** Il est offert à la société la possibilité de s'exonérer en prouvant qu'elle n'était pas en mesure de prévenir la réalisation du risque. **Un devoir de résultat, permettant d'engager la responsabilité de la société à chaque fois qu'une violation des droits fondamentaux est constatée, devrait être envisagé.**

613. La faute de diligence correspond également à un défaut de prévention. Les contours du manquement susceptible d'engager la responsabilité de la société apparaissent à l'aune du champ de la prévention. Ils sont définis au regard d'un devoir dont la portée est limitée aux risques avérés. **En droit français, une définition ambitieuse et exigeante de la faute de vigilance dépendra largement de la prise en compte par le juge de l'obligation de mettre en œuvre effectivement le plan de vigilance.** En droit anglais, à la différence du droit français, les mesures de prévention ne sont pas préalablement déterminées par un texte de loi. Elles seront définies, selon les circonstances d'espèce, par le juge. Le rôle du juge apparaît primordial. **Mais**

la protection des droits fondamentaux serait plus sûrement renforcée par la mise en œuvre du principe de précaution. Les standards de diligence viseraient ainsi le risque suspecté et non seulement le risque avéré.

614. Pour l'heure, le mécanisme d'engagement de la responsabilité civile demeure cantonné à une responsabilité pour faute prouvée, sans tenir compte des spécificités d'un contentieux marqué par le déséquilibre des armes entre les parties. **La responsabilité de la société transnationale devrait s'affranchir de l'exigence d'une faute au profit d'une responsabilité objective du fait des activités de l'entreprise, combinée, le cas échéant, à l'engagement de la responsabilité personnelle du dirigeant pour faute de diligence.** La responsabilité de la société transnationale du fait des activités de l'entreprise s'analyserait comme une nouvelle déclinaison de la responsabilité du commettant du fait de son préposé. Dans cette perspective, le concept de responsabilité dite « organisationnelle » (*organisational liability*) en droit anglais permettrait d'appréhender le pouvoir d'une société dans ses relations intersociétaires au sein de chaînes de valeur complexes, et d'y associer une responsabilité.

615. En outre, la pleine et entière reconnaissance d'un devoir de diligence du dirigeant en matière de droits fondamentaux dans le cadre de ses fonctions n'a pas encore eu lieu. La proposition de directive européenne initie un premier pas timide dans ce sens. La diligence en matière de droits fondamentaux pourrait s'inscrire dans la perspective du développement d'une responsabilité sur le fondement de devoirs fiduciaires attachés à l'élaboration et à la mise en œuvre de mesures de diligence en matière de droits fondamentaux. La sanction du comportement négligent du dirigeant vis-à-vis des tiers impactés par une gestion de l'entreprise qui ne serait pas soutenable pourrait être prévue.

616. Enfin, la responsabilité civile devrait être complétée par une responsabilité pénale et des sanctions répressives. La reconnaissance de la complicité pénale de la société transnationale dans la commission d'une infraction pourrait être soulevée du fait de sa participation à la

survenance d'une violation des droits fondamentaux. S'agissant de la responsabilité des dirigeants, elle est appelée à se développer. En droit de l'Union, une responsabilité des personnes physiques a déjà été prévue en matière de prévention et de lutte contre la traite des êtres humains par une directive n° 2011/36/UE, en date du 5 avril 2011. Ce texte précise qu'en aucun cas la responsabilité des personnes morales n'exclut des poursuites contre les personnes physiques³. Cette responsabilité est également envisagée en droit pénal environnemental. Une proposition de nouvelle directive sur la criminalité environnementale, publiée par la Commission européenne le 15 décembre 2021, prévoit une responsabilité des personnes physiques pour toutes les infractions réprimées par le texte⁴.

617. Cette étude a ainsi permis d'éclairer les évolutions actuelles en droits français et anglais et les voies de réforme de la diligence des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux. **L'encadrement juridique de l'entreprise à l'échelle transnationale suppose l'approfondissement des initiatives internationales et régionales. Il suppose également le développement du droit en la matière dans les pays du Sud.** À cet égard, le projet de traité onusien sur les entreprises et les droits de l'Homme pourrait encourager une diffusion du standard de diligence dans ces pays. Il reste à espérer que la diligence constitue les prémisses du développement, dans un avenir proche, de mécanismes juridiques plus ambitieux et à la hauteur de l'impératif universel de protection des droits fondamentaux.

³ PE et Conseil, Directive n° 2011/36/UE du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, JOUE L 101/1, 15/04/2011, art. 5.3.

⁴ Commission européenne, *Proposal for a directive of the european parliament and of the council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC*, COM(2021) 851 final, 2021/0422 (COD), 15/12/2021, art. 5.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages, thèses, traités et manuels

A.

AILINCAI (M.), *Le Suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe : contribution à la théorie du contrôle international*, Pedone, Paris, 2012

ALLAND (D.), *Manuel de droit international public*, PUF, « Droit fondamental », Paris, 2014

ANDREFF W. (dir.), *La mondialisation, stade suprême du capitalisme ? En hommage à Charles-Albert Michalet*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2013

AUZERO (G.), **BAUGARD (D.)** et **DOCKÈS (E.)**, *Droit du travail*, Dalloz, « Précis », Paris, 2022

B.

BATIFOULIER (P.), **BESSIS (F.)**, **GHIRARDELLO (A.)**, **DE LARQUIER (G.)** et **REMILLON (D.) (dir.)**, *Dictionnaire des conventions. Autour des travaux d'Olivier Favereau*, Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2016

BAUDRY (B.) (dir.), *Analyses et transformations de la firme. Une approche pluridisciplinaire*, La Découverte, « Recherches », Paris, 2009

BAUMANN (P.), *Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme*, th. Université de Nantes, LGDJ, Paris, 2021

BAUMANN-PAULY (D.) et **NOLAN (J.) (dir.)**, *Business and Human Rights – From Principles to Practice*, Routledge, Londres, 2016

BELLEY (J.-G.), *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, th. Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, 1977

BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 18^{ème} éd., LGDJ, « Précis Domat », Paris, 2019

BEPLATE (J.), BRUNON-ERNST (A.), GADBIN-GEORGE (G.) SABATIER (A.) et VINCENT (S.), *Glossaire de droit anglais*, 2^{ème} éd., Dalloz, « Méthodes du droit », Paris, 2018

BERGEL (J.-L.) (dir.), *Droit et déontologies professionnelles*, Librairie de l'Université Aix, Aix-en-Provence, 1997

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 5^{ème} éd., Dalloz, « Les méthodes du droit », Paris, 2012

BERNS (T.) (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, « Penser le Droit », Bruxelles, 2007

BESSON (S.), *La due diligence en droit international*, vol. 409, « Collected Courses of the Hague Academy of International Law », Brill, Leyde, 2020

BEVORD (A.), JOBERT (A.), LALLEMENT (M.) et MIAS (A.) (dir.), *Dictionnaire du travail*, PUF, « Quadrige », Paris, 2012

BILCHITZ (D.) et DEVA (S.) (dir.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013

BLOCH (C.), GIUDICELLI (A.), GUETTIER (C.), JULIEN (J.), KRAJESKI (D.), POUMAREDE (M.) et LE TOURNEAU (PH.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12^{ème} éd., Dalloz, « Dalloz action », Paris, 2020

BODEAU-LIVINEC (P.), DUBIN (L.), ITEN (J.-L.) et TOMKIEWICZ (V.) (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Actes du 50^{ème} colloque de Société française de droit international (SFDI), Pedone, Paris 2017

BONNAFOUS-BOUCHER (M.) et PESQUEUX (Y.) (dir.), *Décider avec les parties prenantes*, La Découverte, Paris, 2006

BORENFREUND (G.) et PESKINE (E.) (dir.), *Licenciements économiques et restructurations, vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2015

C.

CALAME (P.), *Métamorphoses de la responsabilité et contrat social*, Éditions Charles Léopold Mayer, Paris, 2020

CAPRON (M.), CHANTEAU (J.-P.) et MARTIN-CHENUT (K.) (dir.), *Entreprise et responsabilité sociale en questions*, Classiques Garnier, « Rencontres », Paris, 2017

CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Armand Colin, Paris, 1972

CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), HACHEZ (I.), GERARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *Les sources du droit revisitées - Tome 4 : Théorie des sources du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2012

CASSELLA (S.) (dir.), *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Société française pour le droit international (SFDI), Pedone, Paris, 2018

ČERNIČ (J. L.) et VAN HO (T.) (dir.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2015

CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), GUINCHARD (S.) et MAYER (L.), *Procédure civile*, 35^{ème} éd., Dalloz, « Précis », Paris, 2020

CHAMPAUD (C.), *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise*, Larcier, « Droit, management et stratégies », Bruxelles, 2011

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et LOCHAK (D.) (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2008

COASE (R. H.), *The Firm, the Market, and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, « Quadrige Dicos Poche », Paris, 2021

COUV RAT (P.) (dir.), *Les orientations sociales du droit contemporain, écrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, Paris, 1992

D.

DAUGAREILH (I.) (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010

DAUGAREILH (I.), *Mondialisation, travail et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2005

DEAKIN (S.) et ADAMS (Z.), *Markenisis and Deakin's Tort law*, 8^{ème} éd., Oxford University Press, Oxford, 2019

DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, « Les voies du droit », Paris, 2004

DELMAS-MARTY (M.), *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit (II)*, Seuil, Paris, 2006

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. III, A. Rousseau, Paris, 1923

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. V, n° 1237, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925

DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, th. Université de Toulouse, LGDJ, Paris, 1956

DOCKÈS (E.), *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, « Méthodes du droit », Paris, 2005

DUBOUT (E.) et TOUZE (S.) (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2010

DUPUY (P.-M.) et KERBRAT (Y.), *Droit international public*, 15^{ème} éd., Dalloz, « Précis », Paris, 2020

DURAND (P.) et JAUSSAUD (R.), *Traité de droit du travail*, t. I, Dalloz, Paris, 1947

DURAND (P.) et VITU (A.), *Traité de droit du travail*, t. II, Dalloz, Paris, 1950

DURAND (P.) et VITU (A.), *Traité de droit du travail*, t. III, Dalloz, Paris, 1956

DURKHEIM (E.), *Les règles de la méthode sociologique*, 1895, rééd., Flammarion, « Champs classiques », Paris, 2019

E.

EHRlich (E.), *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, (1913), rééd. Duncker & Humblot, Berlin, 1989

EPSTEIN (A.-S.), *Information environnementale et entreprise - Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, th. Université Nice-Sophia Antipolis, Institut Universitaire Varenne, « Collection des Thèses », Paris, 2015

F.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, t. 2, PUF, « Thémis », Paris, 2021

FARJAT (G.), *Droit économique*, (1971), 2nd éd., PUF, « Thémis », 1982

FREEMAN (R. E.), *Strategic Management: a stakeholder approach*, (1984), rééd. Cambridge University Press, Cambridge, 2015

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Les 100 mots de la régulation*, PUF, Paris, 2011

FRYDMAN (B.), *Comment penser le droit global ?*, Centre Perelman de Philosophie du Droit, Université libre de Bruxelles, 2012 ;
https://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf?lang=fr
(consulté le 06/05/2022)

FRYDMAN (B.), *Petit manuel pratique de droit global*, Académie royale de Belgique, « L'Académie en poche », Bruxelles, 2014

G.

GEREFFI (G.) et KORZENIEWICZ (M.), *Commodity Chains and Global Capitalism*, Praeger, Westport, 1994

GHENIM (A.), HANNOUN (C.) HENRIOT (P.), PESKINE (E.), RILOV (F.) et VERNAC (S.) (dir.), *Groupes de société et droit du travail*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2019

GIRAUDET (C.), *Théorie de l'institution et droit du travail*, th. Université Paris-Nanterre, 2014

GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, (1626), livre III, trad. P. Pradier-Fodéré, rééd. PUF, Paris, 2005

GUINCHARD (S.) (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, 10^{ème} éd., Dalloz, « Dalloz Action », Paris, 2021

GURVITCH (G.), *Éléments de sociologie juridique*, (1940), rééd. Dalloz, Paris, 2012

GURVITCH (G.), *Le temps présent et l'idée du droit social*, J. Vrin, Paris, 1931

H.

HABERMAS (J.), *Droit et moral – Tanner Lectures*, (1986), trad. C. Bouchindhomme et R. Roehlitz, rééd. Seuil, Paris, 1997

HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929

HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, (1910), rééd., Dalloz, « La Bibliothèque Dalloz », Paris, 2010

HOPT (K. J.) et TEUBNER (G.) (dir.), *Corporate governance and directors' liabilities: legal, economic, and sociological analyses on corporate social responsibility*, De Gruyter, Berlin, 1985

I.

IGALENS (J.) (dir.), *Tous responsables*, Éditions d'Organisation, 2004, Paris

J.

JOSSERAND (L.), *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Éditions A. Rousseau, Paris, 1897

JOURDAIN (P.), *Les principes de la responsabilité civile*, 10^{ème} éd., Dalloz, « Connaissance du droit », Paris, 2021

JURCYS (P.), KJAER (P. F.) et YATSUNAMI (R.) (dir.), *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde

L.

LA HOVARY (C.), *Les droits fondamentaux au travail – Origines, statut et impact en droit international*, PUF, Paris, 2009

LAFARGUE (M.), *Les relations de travail dans l'entreprise transnationale*, th. Université de Bordeaux, LGDJ, Paris, 2017

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 9^{ème} éd., LGDJ, « Précis Domat », Paris, 2022

LEGENDRE (R.), *Droits fondamentaux et droit international privé – Réflexion en matière personnelle et familiale*, th. Université Paris 2 Panthéon-Assas, Dalloz, « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Paris, 2020

LEGRAND (P.) (dir.), *comparer les droits, résolument*, PUF, Paris, 2009

LEWKOWICZ (G.) et XIFARAS (M.) (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, Paris, 2009

LHUILIER (G.), *Le droit transnational*, Dalloz, « Méthodes du droit », Paris, 2016

LOKIEC (P.), *Contrat et pouvoir*, LGDJ, Paris, 2004

LOPEZ (L.), *L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la Responsabilité sociale de l'entreprise*, th. Université Lyon 3, 2017

LYON-CAEN (A.) et LOKIEC (P.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2005

M.

MARITAIN (J.), *Autour de la nouvelle Déclaration universelle des droits de l'homme ; textes réunis par l'UNESCO*, Éditions de l'UNESCO, Paris, 1949

MARTIN (G. J.), *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, th. Université de Nice, 1976

MARTIN (G. J.) et CLAM (J.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998

MARTIN (G. J.) et NEYRET (L.) (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, « Droit des affaires », Paris, 2012

MATHEY (N.), *Recherches sur la personnalité morale en droit privé*, th. Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2001

MAZEAUD (H. ET L.) et TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I., 5^{ème} éd, Montchrestien, Paris

MAZUYER (E.) (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, La Documentation française, Paris, 2010

MERLAND (G.), *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. Université Montpellier 1, 2002

MEYRAT (I.), *Droits fondamentaux et droit du travail*, th. Université Paris Nanterre, 1998

MOREAU (M.-A.), MUIR-WATT (H.) et RODIERE (P.), *Justice et mondialisation en droit du travail*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2010

MOTULSKY (H.), *Écrits, Études et notes de procédure civile*, t. 1, Dalloz, 1973

MOUHOUD (E. M.) (dir.), *Mondialisation et délocalisation des entreprises*, La Découverte, « Repères », Paris, 2017

O.

OST (F.), *À quoi sert le droit ?*, 1^{ère} éd., Bruylant, « Penser le droit », Bruxelles, 2016

P.

PAILLUSSEAU (J.), *La Société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey/Dalloz, Paris, 1967

PERELMAN (C.), *Éthique et droit*, recueil de textes, 2^{ème} éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, « UBlire », Bruxelles, 2011

PERELMAN (C.) et VAN DER ELST (R.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, « Travaux du Centre national de recherches de logique », Bruxelles, 1984

PESKINE (E.), *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, th. Université Paris Nanterre, LGDJ, « Bibliothèque d'ouvrages de droit social », Paris, 2008

PORTER (M. E.), *The Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*, Free Press, New York, 1985

POSTEL (N.) et SOBEL (R.) (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2013

R.

RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Paris, 1980

ROBÉ (J.-P.), *Le temps du monde de l'entreprise*, Dalloz, « A droit ouvert », Paris, 2015

ROBINE (D.), **JEANTIN (M.)** et **LE CANNU (P.)**, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^{ème} éd., Dalloz, « Précis », Paris, 2020

ROCHFLED (J.), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, « Thémis », Paris, 2013

ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, (1918), rééd. trad. par L. François et P. Gothot, Dalloz, Paris, 1975

ROGER (B.), **SEGRESTIN (B.)** et **VERNAC (S.)**, *L'entreprise. Point aveugle du savoir*, Éditions Sciences Humaines, « Essais », Auxerre, 2014

S.

SALEILLES (R.), *Les accidents du travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Éditions A. Rousseau, Paris, 1897

SAMUEL (G.), *An introduction to comparative law theory and method*, Hart Publishing, Oxford, 2014

SASSEN (S.), *Expulsions – Brutalité et complexité dans l'économie globale*, trad. P. Guglielmina, Gallimard, « NRF Essais », Paris, 2014

SAVATIER (R.), *Traité de la responsabilité civile en droit français*, (1951), rééd LGDJ, « Anthologie du droit », Paris, 2016

SHERMAN (A. J.) et **MILLEDGE HART (A.)**, *Mergers & Acquisitions from A to Z*, 4^{ème} éd., American Management Association, New-York, 2018

SIME (S.), *A Practical Approach to Civil Procedure*, 23^{ème} éd., Oxford University Press, Oxford, 2020

STALLINGS (B.) (dir.), *Global Change, Regional Response: The new international context of development*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995

STARCK (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Université de Paris, 1947

SUPIOT (A.) (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, « Le sens du droit », Paris, 2015

SUPIOT (A.), *L'esprit de Philadelphie*, Seuil, Paris, 2010

SUTTERLIN (O.), *L'évaluation monétaire des nuisances : éléments de réflexion au carrefour des raisonnements juridiques et économiques en matière environnementale*, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », Paris, 2012

T.

TEUBNER (G.) (dir.), *Global Law Without A State*, Ashgate, Aldershot, 1997

TEUBNER (G.), *Droit et réflexivité : l'autoréférence en droit et dans l'organisation*, LGDJ, Paris, 1994

THIBIERGE (C.), *La densification normative*, Mare & Martin, Paris, 2014

TUAL (M.-C.) (dir.), *Le Lamy Droit des représentants du personnel*, 2021

V.

VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, « Quadrige », Paris, 1983

VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.), *Les conditions de la responsabilité*, in J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, 4^{ème} éd., LGDJ, « Traités », Paris, 2017

VINEY (G.), JOURDAIN (P.) et CARVAL (S.), *Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, in J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, 4^{ème} éd., LGDJ, « Traités », Paris, 2017

W.

WIJFFELS (A.), *Introduction historique au droit – France, Allemagne, Angleterre*, 2^{ème} éd., PUF, « Thémis droit », Paris, 2014

Y.

YOUNGS (R.), *English, French and German Comparative Law*, 3^{ème} éd., Routledge, Londres, 2014

Z.

ZWEIGERT (K.) et KÖTZ (H.), *An introduction to comparative law*, 3^{ème} éd., Clarendon Press, Oxford, 1998

À droit ouvert – Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen, Dalloz, Paris, 2018

Analyse juridique et valeurs en Droit social, Études offertes à Jean Pélissier, Dalloz, Paris, 2004

Annuaire Français de Droit International, vol. 52, CNRS Éditions, Paris, 2006

Critique(s) du droit : Hommage au Professeur Robert Charvin, Publisud, Paris, 2011

Encyclopedia of Private International Law, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2017

Le Droit en procès, ouvrage collectif, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), PUF, Paris, 1984

Le droit de l'entreprise dans ses relations externes : le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle – Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, Paris, 1997

Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval, Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS) Éditions, Paris, 2021

Pour un droit économique de l'environnement – Mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin, Éditions Frison-Roche, 2013

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Recueil Sirey, Paris, 1934

Articles, communications, chroniques, documents de travail, entrées de répertoires

A.

ADAM (P.), « Obligation de sécurité et responsabilité patronale du fait d'autrui. Nœud marin ou nœud gordien ? », *RDT*, 2019, p. 335 et s.

AL-SANHOURY (A.-A.), « Le Standard Juridique », *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Recueil Sirey, Paris, 1934, p. 144 et s.

AMARO (R.), « La relation commerciale établie au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce ou les vents contraires de la jurisprudence », *AJ Contrat*, 2019, p. 8 et s.

ARBOUR (L.), « *The responsibility to protect in international law as a duty of care in international law and practice* », *Review of International Studies*, vol. 34, n° 3, 2008, p. 445 et s.

ARHEL (P.), V° Transparence tarifaire et pratiques restrictives – Pratiques commerciales déloyales entre entreprises, *Répertoire Dalloz de droit commercial*, 2019 (actualisation : 11/2021)

ASHBY (A.), « *From global to local: reshoring for sustainability* », *Oper Manag Res.*, vol. 9, n° 3, 2016, p. 75 et s.

AUBERT (J.-L.) ET GAUDEMET (S.), V° Engagement unilatéral de volonté, *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2018 (actualisation : 03/2022)

AUZERO (G.), « La nécessaire prise en compte des techniques du droit des sociétés », *Dr. soc.*, 2019, p. 485 et s.

B.

BAILLY (P.), « Le coemploi : une situation exceptionnelle », *JCP S*, 2013, p. 1141 et s.

BELLEY (J.-G.), « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, 2002, p. 11 et s.

BESNARD GOUDET (R.), « La faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers », *D.*, 2002, p. 1821 et s.

BESSON (S.), « *The Bearers of Human Rights Duties and Responsibilities for Human Rights – A Quiet (R)Evolution* », *Social Philosophy & Policy Foundation*, vol. 32, n° 1, 2015, p. 248 et s.

BHAGWAN (V.), GROBBELAAR (S.), BAM (W.), « *A systematic review of the due diligence stage of mergers and acquisitions: Towards a conceptual framework* », *South African Journal of Industrial Engineering*, vol. 29, n° 3, 2018, p. 217 et s.

BIENAYME (A.), « *Entreprise - Les relations interentreprises* », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], (consulté le 06/05/2022)

BISMUTH (R.), « *La responsabilité (limitée) de l'entreprise multinationale et son organisation juridique interne – Quelques réflexions autour d'un accident de l'histoire* », in L. Dubin, P. Bodeau-Livinec, J.-L. Iten et V. Tomkiewicz (dir.), *L'entreprise multinationale et le droit international*, Actes du 50^{ème} colloque de Société française de droit international (SFDI), Pedone, Paris 2017, p. 429 et s.

BISMUTH (R.), « *Rethinking the (Limited) Responsibility of Multinational Enterprises* », *NLS Business Law Review*, vol. 3, 2017, p. 37 et s.

BLANVILLAIN (C.), « *L'obligation de sécurité de résultat est morte ! Vive l'obligation de sécurité !* », *RDT*, 2019, p. 173 et s.

BONNITCHA (J.) ET MCCORQUODALE (R.), « *The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights* », *EJIL*, vol. 28, n° 3, 2017, p. 899 et s.

BONNITCHA (J.) ET MCCORQUODALE (R.), « *The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Rejoinder to John Gerard Ruggie and John F. Sherman, III* », *EJIL*, vol. 28, n° 3, 2017, p. 929 et s.

BONVIN (J.-M.), « *Droits sociaux fondamentaux* », in A. Bevod, A. Jobert, M. Lallement et A. Mias (dir.), *Dictionnaire du travail*, PUF, « Quadrige », Paris, 2012, p. 212 et s.

BORGHETTI (J.-S.), « *Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : pas de pitié pour les débiteurs !* », *D.*, 2020, p. 416 et s.

BOSKOVIC (O.), *V° Loi applicable aux obligations non contractuelles (matières civiles et commerciales)*, *Répertoire Dalloz de droit européen*, 2010

BOSKOVIC (O.), « *Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé* », *D.*, 2016, p. 385 et s.

BOURRICAUD (F.), « *Institutions* », *Encyclopaedia Universalis* [en ligne], (consulté le 06/05/2022)

BRABANT (S.), CHATELAIN (L.), CLAUDE (O.), COSSART (S.), FRAPARD (M.), LELLOUCHE (F.), LEVY (A.), MICHON (C.) ET SAVOUREY (E.), « *Loi sur le devoir*

de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : premières mises en demeure et actions en justice », entretiens, *CDE*, n° 2, 2020, p. 9 et s.

BRAIBANT (G.), « L'environnement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers du conseil constitutionnel*, 2004, n° 15

BRIGHT (C.), « Le devoir de diligence de la société mère dans la jurisprudence anglaise », *Dr. soc.*, 2017, p. 828 et s.

BRIGHT (C.), « *The Civil Liability of the Parent Company for the Acts or Omissions of Its Subsidiary: The Example of the Shell Cases in the UK and in the Netherland* », in A. Bonfanti (dir.), *Business and Human Rights in Europe*, Routledge, Londres, 2019, p. 212 et s.

BRIGHT (C.), **MARX (A.)**, **PINEAU (N.) ET WOUTERS (J.)**, « *Toward a Corporate Duty for Lead Companies to Respect Human Rights in Their Global Value Chains?* », *Business and Politics*, vol. 22, n° 4, 2020, p. 667 et s.

BRUN (PH.), V° Responsabilité du fait personnel – Fait personnel générateur du dommage, *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2015 (actualisation : 02/2020)

BUCKLAND (W. W.), « *The Duty to Take Care* », *Law Quarterly Review*, vol. 51, n° 4, 1935, p. 637 et s.

C.

CAGÉ (A.), « La raison d'être de l'entreprise peut-elle vraiment être globale ? », *The conversation*, 22/09/2019 ; <https://theconversation.com/la-raison-detre-de-lentreprise-peut-elle-vraiment-etre-globale-123936> (consulté le 06/05/2022).

CAILLET (M.-C.), « Du devoir de vigilance aux plans de vigilance : quelle mise en œuvre ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 819 et s.

CAMY (J.) ET OBERKAMPF (C.), « Devoir de vigilance des banques : quels constats à l'aune des premiers plans ? », *Dr. soc.*, 2020, p. 239 et s.

CAPRON (M.), « Deux propositions d'explication des différences de conception de la RSE », in J.-P. Chanteau, K. Martin-Chenut et M. Capron (dir.), *Entreprise et responsabilité sociale en questions*, Classiques Garnier, « Rencontres », Paris, 2017, p. 301 et s.

CARBONNIER (J.), « Les phénomènes d'inter-normativité », *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, p. 42 et s.

CAVES (R.), « *International Corporations: the Industrial Economics of Foreign Investment* », *Economica*, vol. 38, n° 149, 1971, p. 1

CAYROL (N.), « Droit comparé », in V° Action en justice – Définition de l'action en justice, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2019 (actualisation : 03/2020)

CAZAL (D.), « Parties prenantes », in N. Postel et R. Sobel (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2013, p. 353 et s.

CHAMPAUD (C.), « Régulation et droit économique », *RIDE*, t. XVI, n° 1, 2002, p. 23 et s.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Effectivité et droits de l'homme », in V. Champeil-Desplats et D. Lochak (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2008, p. 11 et s.

CHEVALLIER (J.), « L'ordre juridique », in *Le Droit en procès*, ouvrage collectif, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP.), PUF, Paris, 1984, p. 7 et s.

CHEVALLIER (J.), « L'internormativité », in Y. Cartuyvels, H. Dumont, I. Hachez, P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), *Les sources du droit revisitées - Tome 4 : Théorie des sources du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2012, p. 689 et s.

CHRETIEN-GONI (J.-P.), « Heuristique », *Encyclopædia Universalis*, [en ligne] (consulté le 06/05/2022)

CLERC (C.), « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », *RDT*, 2018, p. 107 et s.

COASE (R. H.), « *The nature of the firm* », *Economica*, n° 4, 1937, p. 386 et s.

COQUELET (M.-L.), « Lien direct à la gestion de sociétés commerciales et compétence consulaire », *Dr. Sociétés*, n° 3, 2010, p. 12 et s.

CORNU (G.), « Entreprise », *Vocabulaire juridique*, PUF, « Quadrige Dicos Poche », Paris, 2021

CORNU (G.), « Risque », in *Vocabulaire juridique*, PUF, « Quadrige Dicos Poche », Paris, 2021

COSSART (S.) et BEAU DE LOMENIE (T.), « Parties prenantes et devoir de vigilance », *RICEA*, n° 4, étude 94, 2017, p. 94 et s.

COULON (C.), « René Demogue et le droit de la responsabilité civile », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 56, n° 1, 2006, p. 137 et s.

COUTU (M.), « Le Pluralisme juridique chez Gunther Teubner : la nouvelle guerre des dieux ? » *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 12, n° 02, 2014, p. 93 et s.

CRAGUE (G.), MORIN (M.-L.), PARADEISE (C.), TEUBNER (G.) et THOENIG (J.-C.), « La responsabilité à l'épreuve des nouvelles organisations économiques », *Sociologie du travail*, vol. 54, n° 1, 2012, p. 1 et s.

CUZACQ (N.), « Quelle place peut-on octroyer aux parties prenantes dans le puzzle de la gouvernance des sociétés ? », *D.*, 2017, p. 1844 et s.

D.

D'AVOUT (L.), « Droit international – L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *JCP G*, n° 42, 1112, 2015, p. 1876 et s.

D'ORNANO (A.), « Éclairages... sur le Brexit et la coopération judiciaire civile », *Rev. crit. DIP*, 2020, p. 870 et s.

DANIS-FATÔME (A.) ET VINEY (G.), « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.*, 2017, p. 1610 et s.

DANIS-FATÔME (A.), « La faute de la personne morale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne Carval*, Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS) Éditions, Paris, 2021, p. 193 et s.

DAOUD (E.) ET LE CORRE (C.), « Arrêt Erika : marée verte sur le droit de la responsabilité civile et pénale des compagnies pétrolières », *Lamy Droit pénal des affaires*, n° 122, 2012, p. 1 et s.

DAOUD (E.) ET FERRARI (J.), « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *JCP S*, n° 39, 1391, 2012, p. 1 et s.

DAOUD (E.), DILL (A.), GHRENASSIA (C.), MERCINIER (E.), NEIMAN (J.) ET QUINIO (A.) (dir.), « Reporting extra-financier et le secret des affaires : regards croisés », *Rev. Lamy dr. aff.*, n° 147, dossier, 2019

DAUGAREILH (I.), « Introduction », in I. Daugareilh (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. I et s.

DE SCHUTTER (O.), « Les affaires Total et Unocal, complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », in *Annuaire Français de Droit International*, vol. 52, CNRS Éditions, Paris, 2006, p. 55 et s.

DEAKIN (S.) ET HUGUES (A.), « Corporate Governance: An Interdisciplinary Agenda », *J. Law & Soc.*, vol. 24, n° 1, 1997, p. 1 et s.

DEAKIN (S.), « Organisational torts: vicarious liability versus non-delegable duty », *CLJ.*, vol. 77, n° 1, 2018, p. 15 et s.

DEAKIN (S.), GINDIS (D.), HODGSON (G. M.), HUANG (K.) ET PISTOR (K.), « *Legal institutionalism: Capitalism and the constitutive role of law* », *Journal of Comparative Economics*, vol. 45, n° 1, 2017, p. 188 et s.

DECKERT (K.), « Le dol commis par un dirigeant dans la conclusion d'un contrat par la société avec un tiers est nécessairement constitutif d'une faute séparable de ses fonctions », *Rev. sociétés*, 2021, p. 367 et s.

DELMAS-MARTY (M.), « Préface », in E. Dubout et S. Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 13 et s.

DESBARATS (I.), « RSE et dialogue social : variations autour du principe de participation », *RLDA*, n° 52, 2010, p. 70 et s.

DESCHEEMAEKER (É.), « J. Plunkett, *The Duty of Care in Negligence* », *RTD Civ.*, 2019, p. 438 et s.

DESIDERI (J.-P.), « La précaution en droit privé », *D.*, 2000, p. 238 et s.

DESPAX (M.), « L'évolution du droit de l'entreprise », in P. Couvrat (dir.), *Les orientations sociales du droit contemporain, écrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, Paris, 1992, p. 177 et s.

DICKINSON (A.), « *Rome II Regulation (non-contractual obligations)* », in *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2017, p. 1566 et s.

DIDRY (C.), « Institution », in A. Bevod, A. Jobert, M. Lallement, A. Mias (dir.), *Dictionnaire du travail*, PUF, « Quadrige », Paris, 2012, p. 413 et s.

DOCKÈS (E.), « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyse juridique et valeurs en Droit social, Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 203 et s.

DOCKÈS (E.), « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.*, 1994, p. 227 et s.

DOCKÈS (E.), « Le pouvoir dans les rapports de travail. Essor juridique d'une nuisance économique », *Dr. soc.*, 2004, p. 620 et s.

DOCKÈS (E.), « Pouvoir », in *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, « Méthodes du droit », Paris, 2005, p. 63 et s.

DONALDSON (T.) ET PRESTON (L. E.), « *The Stakeholder Theory Of The Corporation: Concepts, Evidence, And Implications* », *Academy of Management Review*, vol. 20, n° 1, 1995, p. 65 et s.

DONDERO (B.), « Compétence du tribunal de commerce pour les fautes se rattachant par un lien direct à la gestion d'une société commerciale », *D.*, 2010, p. 296 et s.

DREW (S.), « *At Amazon, safety and wellbeing do not come first, Nanterre Tribunal rules* », *UK Labour Law Blog*, 21/04/2020 ; <https://uklabourlawblog.com/2020/04/21/at-amazon-safety-and-wellbeing-do-not-come-first-nanterre-tribunal-rules-by-sandhya-drew/> (consulté le 06/05/2022)

DROUIN (R.-C.), « Les accords-cadres internationaux : enjeux et portée d'une négociation collective transnationale », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 4, 2006, p. 703 et s.

DUFOURQ (P.), « Les contrôles de la nouvelle Agence française anticorruption », *Dalloz-Actualité*, 10/11/2017

DURRY (G.), *RTD civ.*, 1977, p. 326 et s.

DWORKIN (R. M.), « *The Model of Rules* », *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, n° 1, 1967, p. 14 et s.

E.

EISENMANN (CH.), « Ehrlich Eugen – (1862-1922) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], (consulté le 06/05/2022)

EPSTEIN (A.-S.) ET LERAY (G.) (DIR.), « La gouvernance d'entreprise soutenable », *RIDE*, t. XXXV, n° 2, 2021

EPSTEIN (A.-S.), « La portée extraterritoriale du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *CDE*, n° 4, dossier 30, 2018, p. 47 et s.

F.

FADHEUILLE (P.), « L'impact du concept de responsabilité sociale de l'entreprise en droit français du travail », in M. Bonnafous-Boucher et Y. Pesqueux (dir.), *Décider avec les parties prenantes*, La Découverte, Paris, 2006, p. 106 et s.

FARJAT (G.), « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, n° 0, 1986, p. 9 et s.

FARJAT (G.), « Les sujets de l'entreprise », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes : le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle – Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, Paris, 1997, p. 317 et s.

FAVEREAU (O.) et LYON-CAEN (A.), « Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés », *RDT*, 2017, p. 446 et s.

FREEMAN (R. E.) et EVAN (W. N.), « *Corporate Governance : A Stakeholder Interpretation* », *The Journal of Behaviour Economics*, 1990, vol. 19, n° 4, p. 337 et s.

FREEMAN (R. E.), MARTIN (K.) et PARMAR (B.), « *Stakeholder Capitalism* », *J. Bus. Ethics*, vol. 74, n° 4, 2004, p. 303 et s.

FREEMAN (R. E.), MARTIN (K.) et PARMAR (B.), « *Stakeholder Theory and "The Corporate Objective Revisited"* », *Organization Science*, vol. 15, n° 3, 2004, p. 364 et s.

FREEMAN (R. E.), PHILLIPS (R.) et WICKS (A. C.), « *What Stakeholder Theory Is Not* », *Bus. Ethics. Q.*, vol. 13, n° 4, 2013, p. 479 et s.

FRYDMAN (B.), « *Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation* », in T. Berns (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, « Penser le Droit », Bruxelles, 2007, p. 15 et s.

FRYDMAN (B.), « *La concurrence des normes globales* », *RIDE*, t. XXXII, n° 3, 2018, p. 293 et s.

FRYDMAN (B.), « *Rapport de synthèse : la fragilisation de l'ordre public économique et le contrôle des acteurs privés dans un environnement globalisé* », *RIDE*, t. XXXIII, n° 1, 2019, p. 123 et s.

G.

GAUDU (F.), « *L'entreprise définie par ses responsabilités ?* », in B. Baudry (dir.), *Analyses et transformations de la firme. Une approche pluridisciplinaire*, La Découverte, « Recherches », Paris, 2009, p. 319 et s.

GELINIER (O.), « *La triple responsabilité de l'entrepreneur d'aujourd'hui* », in J. Igalens (dir.), *Tous responsables*, Éditions d'Organisation, Paris, 2004, p. 93 et s.

GENOVESE (K.), « *Access to remedy: non-judicial grievance mechanisms* », in D. Baumann-Pauly et J. Nolan (dir.), *Business and Human Rights – From Principles to Practice*, Routledge, Londres, 2016, p. 266 et s.

GERREFFI (G.), « *Global production system and the third World development* », in B. Stallings (dir.), *Global Change, Regional Response: The new international context of development*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 100 et s.

GIANNOZZI (E.), « *L'emploi des standards en droit romain* », *Fundamina. A journal of legal history*, vol. 22, n° 2, 2016, p. 205 et s.

GILLES (S. G.), « *On Determining Negligence: Hand Formula Balancing, the Reasonable Person Standard, and the Jury* », *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, n° 3, 2001, p. 813 et s.

GIRAUDET (C.), « *La théorie institutionnelle de l'entreprise : un outil pour comprendre la RSE ?* », in E. Mazuyer (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, La Documentation française, Paris, 2010, p. 61 et s.

GOMEZ (P.-Y.), « Loi PACTE / une urgence, clarifier la responsabilité des parties prenantes », *The Conversation*, 04/03/2018 ; <https://theconversation.com/loi-pacte-une-urgence-clarifier-la-responsabilite-des-parties-prenantes-92811> (consulté le 06/05/2022).

GOUDKAMP (J.), « *Duties of Care between Actors in Supply Chains* », *Journal of Personal Injury Law*, n° 4, 2017, p. 205 et s.

GRALL (J.-C.) et MALLEN (G.), « Distinction entre "relation de dépendance" et "état de dépendance économique" », *Bull. actualités Lamy dr. éco.*, 2002, n° 147

GRAVEL (E.), « Appropriation des normes internationales du travail par de nouveaux acteurs et action normative traditionnelle de l'OIT : substitution ou complémentarité ? », in J.-C. Javillier (dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Institut international d'études sociales (IIES), OIT, 2007, p. 55 et s.

GRAY (J. V.), SKOWRONSKI (K.), ESENDURAN (G.) et RUNGTUSANATHAM (M. J.), « *The Reshoring Phenomenon: What Supply Chain Academics Ought to know and Should Do* », *Journal of Supply Chain Management*, vol. 49, n° 2, 2013, p. 27 et s.

GUALANDI (S.), « *Addressing MNEs' violations of workers' rights through Human Rights Due Diligence. The proposal for an EU Directive on Sustainable Corporate Governance* », *DLM. int*, 2022, p. 81 et s.

GUINCHARD (S.), V° Procès équitable, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, 2018

H.

HABERMAS (J.), « Première conférence : comment la légitimité est-elle possible sur la base de la légalité ? », in *Droit et moral – Tanner Lectures*, (1986), trad. C. Bouchindhomme et R. Roehlitz, rééd. Seuil, Paris, 1997, p. 14 et s.

HANNOUN (C.) et SCHILLER (S.), « Quel devoir de vigilance des sociétés-mères et des sociétés donneuses d'ordre ? », *RDT*, 2014, p. 442.

HANNOUN (C.) « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Dr. soc.*, 2017, p. 806 et s.

HANNOUN (C.) et VERNAC (S.), « La RSE ou l'essor de l'Entreprise-providence », in *À droit ouvert – Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 2018, p. 426 et s.

HANNOUN (C.) « Le nouveau devoir de vigilance des sociétés mères » in A. Ghenim, C. Hannoun, P. Henriot, E. Peskine, F. Rilov et S. Vernac (dir.), *Groupes de société et droit du travail*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2019, p. 103 et s.

HATCHUEL (A.) et SEGRESTIN (B.), « Devoir de vigilance : la norme de gestion comme source de droit ? », *Droit et société*, n° 106, 2020, p. 667 et s.

HAURIOU (M.), « Police juridique et fond du droit, à propos du livre de Sanhoury », *Rev. trim.*, 1926, p. 265 et s.

HAUTEREAU-BOUTONNET (M.), « Première condamnation d'une entreprise pétrolière en matière de contentieux climatique ! », Club des juristes, 07/06/2021 ; <https://blog.leclubdesjuristes.com/premiere-condamnation-dune-entreprise-petroliere-en-matiere-de-contentieux-climatique/> (consulté le 06/05/2022)

HENNEBEL (L.) et LEWKOWICZ (G.), « La contractualisation des droits de l'homme : de la théorie à la pratique du pluralisme juridique », in G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, Paris, 2009, p. 221 et s.

HOCHMANN (T.), « Hans Kelsen et le constitutionnalisme global : Théorie pure du droit et projet politique », *Jus Politicum*, n° 19, 2018, p. 25 et s. ; <http://juspoliticum.com/article/Hans-Kelsen-et-le-constitutionnalisme-global-Theorie-pure-du-droit-et-projet-politique-1190.html> (consulté le 06/05/2022)

J.

JEAMMAUD (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique – Des concepts en jeu », in G. J. Martin et J. Clam (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Paris, 1998, p. 47 et s.

JENSEN (M.) et MECKLING (W.), « *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure* », *Journal of Financial Economics*, n° 3, 1976, p. 305 et s.

JOLOWICZ (J. A.), « *Practice Directions and the Civil Procedures Rules* », *Cambridge Law Journal*, 2000, p. 53 et s.

JOURDAIN-FORTIER (C.), « Hommage à l'école niçoise du droit économique », *RIDE*, t. XXVII, n° 4, 2013, p. 407 et s.

JUBAULT (C.), « Laëtitia Lopez, L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la Responsabilité sociale de l'entreprise », *RTD civ.*, 2018, p. 524 et s.

JULIEN (J.), V° Responsabilité des maîtres et commettants, *Répertoire Dalloz de droit civil*, 2011 (actualisation : 03/2018)

K.

KELSEN (H.), « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », 1953, rééd., *Droit et société*, n° 22, 1992, p. 551 et s.

L.

LAFARGUE (M.), « Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres : l'entrée dans une nouvelle ère ? », *JCP S*, n° 20-21, 2017, p. 1174.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.*, 1987, p. 1 et s.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.*, 1998, p. 1 et s.

LASSERRE-KIESOW (V.), « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.*, 2006, p. 2279 et s.

LASSERRE (V.), « Le risque », *D.* 2011, p. 1632 et s.

LAUGIER (M.), « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour faute de gestion », *Bull. Joly*, 2003, p. 1231 et s.

LAULOM (S.), « Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale », *Dr. soc.*, 2007, p. 623 et s.

LE BARON (G.), HOWARD (N.), THIBOS (C.) et KYRTISIS (P.), « *Confronting root causes: forced labour in global supply chains* », *Open Democracy*, 19/03/2019 ; www.opendemocracy.net/beyondslavery/genevieve-lebaron-neil-howard-cameron-thibos-penelope-kyritsis/confronting-root-causes (consulté le 06/05/2022)

LEADER (S.), « Responsabilité civile et responsabilité sociétale des sociétés mères : une innovation au Royaume-Uni », in C. Hannoun, A. Ghenim, P. Henriot, E. Peskine, F. Rilov et S. Vernac (dir.), *Groupes de société et droit du travail*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2019, p. 113 et s.

LEFORT (Cl.), « Les droits de l'homme en question », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 13, n° 2, 1984, p. 11 et s.

LEGRAND (P.), « *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue* », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 47, 1999, p. 3 et s.

LEGRAND (P.), « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », in P. Legrand (dir.), *comparer les droits, résolument*, PUF, Paris, 2009, p. 209 et s.

LEJEUNE (J.-F.), SAOUT (G.) et SOBEL (R.), « Rapport salarial », in N. Postel et R. Sobel (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2013, p. 387 et s.

LEROY (Y.), « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 3, n° 79, 2011, p. 715 et s.

LHULLIER (G.), « Les institutions onusiennes et l'application du droit international », in *Le droit transnational*, Dalloz, « Méthodes du droit », Paris, 2016, p. 272 et s.

LOCHAK (D.), « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », in *Droit social*, Éditions techniques et économiques, Paris, 1982, p. 22 et s.

LOEVE (B.), « "Due diligence" et "sphère d'influence" dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises. Enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE », *CDE*, n° 3, dossier n° 16, 2010, p. 16 et s.

LUNDMARK (T.) et WALLER (H.), « *Using Statutes and Cases in Common and Civil Law* », *Transnational Legal Theory*, vol. 7, n° 4, 2016, p. 429 et s.

LYON-CAEN (A.), « Le droit sans l'entreprise », in B. Roger, B. Segrestin et S. Vernac, *L'entreprise. Point aveugle du savoir*, Éditions Sciences Humaines, « Essais », Auxerre, 2014, p. 21 et s.

LYON-CAEN (A.), ROBÉ (J.-P.) et VERNAC (S.), « Entreprises multinationales et constitutionnalisation du système mondial de pouvoirs privés », *RDT*, p. 34 et s.

LYON-CAEN (G.), « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. phil. dr.*, t. 13, 1968, p. 59 et s.

M.

MAC CIONNAITH (S.), JAZOTTES (G.) et SABATHIER (S.), « Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de *soft law* et de *hard law* », *Rev. Lamy dr. aff.*, n° 124, 2017, p. 25 et s.

MADÉLINE (B.), « La loi française sur "le devoir de vigilance" fait peu à peu des émules », *Le Monde*, 23/05/2019 ; https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/05/23/la-loi-francaise-sur-le-devoir-de-vigilance-fait-peu-a-peu-des-emules_5466023_3224.html (consulté le 06/05/2022)

MARES (R.), « *Global Corporate Social Responsibility, Human Rights and Law: An Interactive Regulatory Perspective on the Voluntary-Mandatory Dichotomy* », *Transnational Legal Theory*, vol. 1, n° 2, 2010, p. 225 et s.

MARITAIN (J.), « Introduction », in *Autour de la nouvelle Déclaration universelle des droits de l'homme ; textes réunis par l'UNESCO*, Éditions de l'UNESCO, Paris, 1949, p. 12 et s.

MARTIN (G. J.) et RACINE (J.-B.), « Gérard Farjat et la doctrine », *RIDE*, t. XXVII, n° 4, 2013, p. 409 et s.

MARTIN (G. J.), « Le droit économique aujourd'hui », *D.*, 2010, p. 1436 et s.

MARTIN-CHENUT (K.), « Devoir de vigilance : internormativités et durcissement de la RSE », *Dr. soc.*, 2017, p. 798

MARTIN-CHENUT (K.), « La RSE saisie par le droit et par les juristes », in M. Capron, J.-P. Chanteau et K. Martin-Chenut (dir.), *Entreprise et responsabilité sociale en questions*, Classiques Garnier, « Rencontres », Paris, 2017, p. 205 et s.

MAVOUNGOU (L.), « Les pouvoirs privés économiques à l'épreuve de la loi française sur le devoir de vigilance », *RIDE*, t. XXXIII, n° 1, 2019, p. 49 et s.

MAZEAUD (H.), « Essai de classification des obligations », *RTD civ.*, 1936, p. 1 et s.

MCBRIDE (N. J.), « *Duties of Care: Do They Really Exist?* », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n° 3, 2004, p. 417 et s.

MCDOWELL (B.), « *Foreseeability in Contract and Tort: The Problems of Responsibility and Remoteness* », *Case Western Reserve Law Review*, 1985-1986, n° 2, p. 286 et s.

MCKENDRICK (E.), « *Vicarious Liability and Independent Contractors - A Re-examination* », *The Modern Law Review*, vol. 53, n° 6, 1990, p. 770 et s.

MEERAN (R.), « *Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States* », *City University of Hong Kong Law Review*, vol. 3, n° 1, 2011, p. 1 et s.

MEERAN (R.), « *Multinational Human Rights Litigation in the UK: A Retrospective* », *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, n° 2, 2021, p. 255 et s.

MEKKI (M.), « La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat : esquisse d'un art », *RDA*, 2013, p. 77 et s.

MERLAND (G.), « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 16, 2004

MERRETT (L.), « *Uncertainties in the First Limb of the Spiliada Test* », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, n° 1, 2005, p. 211 et s.

MIALOT (C.) et DIMA EHONGO (P.), « De l'intégration normative à géométrie et à géographie variables », in M. Delmas-Marty (dir.), *Critique de l'intégration normative – L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, PUF, « Les voies du droit », Paris, 2004, p. 25 et s.

MILLARD (E.), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, n° 30-31, 1995, p. 381 et s.

MOREAU (M.-A.), « De la transnationalité de la relation de travail », *Dr. soc.*, 2011, p. 1174 et s.

MOREAU (M.-A.), « Travail forcé, RSE et sous-traitance dans l'industrie textile en Asie : réflexion sur l'action de l'OIT », *Dr. soc.*, 2014, p. 413 et s.

MOREAU (M.-A.), « L'originalité de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance dans les chaînes d'approvisionnement mondiales », *Dr. soc.*, 2017, p. 792 et s.

MORICEAU (J.-L.), « Théories des parties prenantes et figures sans visage », in M. Bonnafous-Boucher et Y. Pesqueux (dir.), *Décider avec les parties prenantes*, La Découverte, Paris, 2006, p. 43 et s.

MOTULSKY (H.), « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1964, p. 215 et s., republié in *Écrits, Études et notes de procédure civile*, t. 1, Dalloz, 1973, p. 92 et s.

MOUHOUD (E. M.), « Théories et réalités des relocalisations dans l'industrie et les services », in W. Andreff (dir.), *La mondialisation, stade suprême du capitalisme ? En hommage à Charles-Albert Michalet*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2013, p. 333 et s.

MOUHOUD (E. M.), « Les délocalisations à la recherche de faibles coûts salariaux : l'industrie et aussi... les services », in E. M. Mouhoud (dir.), *Mondialisation et délocalisation des entreprises*, La Découverte, « Repères », Paris, 2017, p. 35 et s.

MUCCHIELLI (J.-L.), « Multinationales - Entreprises », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], (consulté le 06/05/2022)

MUIR-WATT (H.), « La saga juridictionnelle Vedanta (suite) : le devoir de vigilance de la société-mère à l'égard des tiers (Cour suprême du Royaume-Uni, 10 avr. 2019, [2019] UKSC 20) », *Rev. crit. DIP*, 2019, p. 504 et s.

MUIR-WATT (H.), « Devoir de vigilance et droit international privé. Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017 », *RICEA* (supplément à la *JCP E*), n° 4, 2017, p. 48 et s.

MUIR-WATT (H.), « Droit comparé », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], (consulté le 06/05/2022)

N.

NOLAN (J.), « *The corporate responsibility to respect human rights: Soft law or not law?* », in D. Bilchitz et S. Deva (dir.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 138 et s.

O.

OKOYE (A.), « *The UK Social Action, Responsibility and Heroism (SARAH) Act 2015 and corporate social responsibility (CSR) : potential connections* », *International Company and Commercial Law Review*, vol. 26, n° 12, p. 373 et s.

OSMAN (F.), « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.*, 1995, p. 509 et s.

OST (F.), « Prélude », *À quoi sert le droit ?*, 1^{ère} éd., Bruylant, « Penser le droit », Bruxelles, 2016, p. 3 et s.

OST (F.), « De l'internormativité à la concurrence des normativités : quels sont le rôle et la place du droit ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 59, n° 1, 2018, p. 7 et s.

OUEDRAOGO (A.), « La due diligence en droit international : de la règle de la neutralité au principe général », *Revue générale de droit*, vol. 42, n° 2, 2012, p. 641 et s.

P.

PAGNERRE (Y.), « Le co-emploi à l'épreuve du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 69, n° 2, 2017, p. 383 et s.

PAILOT (P.), « L'ingérence socialement responsable dans les relations interorganisationnelles », *Relations Industrielles*, vol. 62, n° 2, 2007, p. 333 et s.

PALOMBO D., « *The Duty of Care of the Parent Company: A Comparison between French Law, UK Precedents and the Swiss Proposals* », *Business and Human Rights Journal*, vol. 4, n° 2, 2019, p. 265 et s.

PALOMBO D., « *Okpabi v Shell and Lungowe v Vedanta Dispel Three Myths* », Corporate Responsibility Coalition (CORE), 30/03/2021 ; corporate-responsibility.org/okpabi-v-shell-lungowe-v-vedanta-dispel-three-myths/ (consulté le 06/05/2022).

PARACHKÉVOVA-RACINE (I.), « La gouvernance d'entreprise soutenable est-elle inévitable ? », in A.-S. Epstein et G. Leray (dir.), « La gouvernance d'entreprise soutenable », *RIDE*, t. XXXV, n° 2, 2021, p. 129 et s.

PATAUT (E.), « Le devoir de vigilance – aspects de droit international privé », *Dr. soc.*, 2017, p. 833 et s.

PEREIRA (B.), « ISO 26000, due diligence, sphère d'influence et droits de l'homme », *Revue de l'organisation responsable*, vol. 9, n° 2, 2014, p. 60 et s.

PERELMAN (C.), « Les notions à contenu variable en droit », in *Éthique et droit*, recueil de textes, 2^{ème} éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, « UBlire », Bruxelles, 2011, p. 794 et s.

PEREZ (R.), « Gouvernance de l'entreprise », in N. Postel et R. Sobel (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2013, p. 226 et s.

PERIN (P.-L.), « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint », *RTD Com.*, 2015, p. 215 et s.

PESKINE (E.), « L'imputation en droit du travail », *RDT*, 2012, p. 347 et s.

PESKINE (E.), « Le coemploi dans l'angle mort » in J.-F. Cesaro, E. Peskine, « Le coemploi sur la sellette ? », *RDT*, 2014, p. 661 et s.

PESKINE (E.) et VERNAC (S.), « Pouvoir et responsabilités dans les organisations pluri-sociétaires », in G. Borenfreund et E. Peskine (dir.), *Licenciements économiques et restructurations, vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2015, p. 119 et s.

PESKINE (E.), « À la recherche de l'organisation en droit du travail. Penser l'entreprise et son dépassement », *RDT*, 2019, p. 19 et s.

PETER (F.), « *Political Legitimacy* », in Edward N. Zalta (dir.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Université de Stanford, Stanford, 2017 ; <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/legitimacy/> (consulté le 06/05/2022)

PIRONON (V.), V° Fasc. 570-75 : Groupes multinationaux. – Filiales et succursales, *JurisClasseur Sociétés*, Lexis Nexis, 2019

PITELIS (C. N.) et TEECE (D. J.), « *The (new) nature and essence of the firm* », *European Management Review*, n° 6, 2009, p. 5 et s.

PLANIOL, « Études sur la responsabilité civile », *Rev. Crit.*, 1905, p. 277 et s.

PORRACHIA (D.), « La responsabilité civile des personnes morales », *Bull. Joly Sté.*, n° 6, 2017, p. 357 et s.

PORTA (J.), « La compétence internationale à l'épreuve de la globalisation - À propos de l'affaire Comilog », *Dr. ouvrier*, 2016, p. 241 et s.

PORTA (J.), « À la recherche du juge français pour responsabiliser l'entreprise transnationale », in A. Ghenim, C. Hannoun, P. Henriot, E. Peskine, F. Rilov et S. Vernac (dir.), *Groupes de société et droit du travail*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2019, p. 31 et s.

POSTEL (N.), « 'Entreprise responsable' : sujet ou objet politique et éthique ? », in M. Capron, J.-P. Chanteau et K. Martin-Chenut (dir.), *Entreprise et responsabilité sociale en questions*, Classiques Garnier, « Rencontres », Paris, 2017, p. 273 et s.

POUND (R.), « *The Administrative Application of Legal Standard* », *Reports of American Bar Association*, vol. 44, 1919, p. 445 et s.

PRASSL (J.), « L'emploi multilatéral en droit anglais. A la recherche du patron perdu », *RDT*, 2014, p. 238 et s.

Q.

QUEINNEC (Y.) et CONSTANTIN (A.), « Devoir de vigilance – Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne », *Rev. Lamy dr. aff.*, n° 104, 2015, p. 68 et s.

R.

RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.), « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, t. XXI, n° 3, 2007, p. 259 et s.

RATTI (L.), « Réseaux d'entreprises et coemploi, perspectives comparatives », *RDT*, 2015, p. 72 et s.

REIS (P.), « Les normes sociales privées : de l'engagement volontaire à la contrainte ? », in *Critique(s) du droit : Hommage au Professeur Robert Charvin*, Publisud, Paris, 2011, p. 391 et s.

REYGROBELLET (A.), « Devoir de vigilance ou risque d'insomnies ? », *Rev. Lamy dr. aff.*, n° 128, 2017, p. 35 et s.

RIALS (S.), « Les standards, notions critiques du droit », in C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 42 et s.

ROCHER (G.), « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers de droit*, vol. 29, n° 1, 1988, p. 91 et s.

RODIÈRE (P.), « Le juge, les droits fondamentaux et l'enchevêtrement normatif : extension des droits fondamentaux / déconstruction du droit social ? », in M.-A. Moreau, H. Muir-Watt et P. Rodière, *Justice et mondialisation en droit du travail*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », Paris, 2010, p. 15 et s.

ROUSSEAU (S.) et TCHOTOURIAN (I.), « L'"intérêt social" en droit des sociétés : Regards transatlantiques », Chaire de droit des affaires et du commerce international (CDACI), Université de Montréal, 2009, p. 1 et s. ; <http://hdl.handle.net/1866/3072> (consulté le 06/05/2022)

RUGGIE (J. G.) et Sherman, III, (J. F.), « *The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale* », *EJIL*, vol. 28, n° 3, 2017, p. 921 et s.

RUGGIE (J. G.), « *Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy* », *Regulation & Governance*, vol. 12, n° 3, 2018, p. 317 et s.

S.

SACHS (T.), « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *RDT*, 2017, p. 380 et s.

SAINT-JOURS (Y.), « De l'obligation contractuelle de sécurité de résultat de l'employeur », *D.*, 2007, p. 3024 et s.

SARGOS (P.), « L'évolution conceptuelle de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », *JCP G*, 2003, p. 104 et s.

SCHILLER (S.), « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, n° 22, doct. 622, 2017, p. 19 et s.

SCHMIDT (D.), « La société et l'entreprise », *D.*, 2017, p. 2380 et s.

SCOTT (W. E.), « *The Theory of Risk Liability and Its Application to Vicarious Liability* », *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 12, n° 1, 1979, p. 44 et s.

SEGRESTIN (B.), « Intérêt social et objet social, ou comment renouveler une convention d'entreprise », in P. Batifoulie, F. Bessis, A. Ghirardello, G. de Larquier, D. Remillon (dir.), *Dictionnaire des conventions. Autour des travaux d'Olivier Favereau*, Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2016, p. 174 et s.

SINDRES (D.), « L'appréhension par le droit international privé de l'action en responsabilité d'un tiers fondée sur un manquement contractuel du défendeur », *Rev. crit. DIP*, 2020, p. 711 et s.

SINOPOLI (L.), « RSE des multinationales – Ancrer la "RSE" des multinationales – Pistes sur le terrain des conflits de lois », *CDE*, n° 5, dossier 31, 2017, p. 38 et s.

SLIM (H.), « Approche comparative de la faute dans la responsabilité civile extra-contractuelle », *RCA*, 2003, n° 6

SLIM (H.), « Recherches sur la responsabilité du fait d'autrui en droit comparé », *RCA* (hors-série sur « La responsabilité du fait d'autrui »), 2000, p. 52 et s.

SOLDINI (D.), « Santi Romano, penseur pluraliste et étatiste », *Jus Politicum*, n° 14, p. 1 et s. ; <http://juspoliticum.com/article/Santi-Romano-penseur-pluraliste-et-Étatiste-933.html> (consulté le 06/05/2022)

STARCK (B.), « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *RTD civ.*, 1958, p. 475 et s.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La relativité de la faute contractuelle », *RDC*, n° 2, 2007, p. 587 et s.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers : regard franco-anglais », *RDC*, 2019, n° 116, p. 166 et s.

SUBASINGHE (R.), « *A Neatly Engineered Stalemate: A Review of the Sixth Session of Negotiations on a Treaty on Business and Human Rights* », *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, n° 6, 2021, p. 384 et s.

SUPIOT (A.), « Du nouveau self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyse juridique et valeurs en Droit social – Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, Paris, 2004, p. 541 et s.

SUPIOT (A.), « Introduction. L'entreprise face au Marché total », in A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières*, Dalloz, « Le sens du droit », Paris, 2015, p. 15 et s.

SUTTERLIN (O.), V° Le principe de précaution, *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, Lexis Nexis, 2019

T.

TEUBNER (G.) et BECKERS (A.), « *Expanding Constitutionalism* », *Ind. JGLS*, 2013, p. 523 et s.

TEUBNER (G.), « *Corporate fiduciary duties and their beneficiaries. A functional approach to the legal institutionalization of corporate responsibility* », in K. J. Hopt et G. Teubner (dir.), *Corporate governance and directors' liabilities: legal, economic, and sociological analyses on corporate social responsibility*, De Gruyter, Berlin, 1985, p. 149 et s.

TEUBNER (G.), « *Globale Bukowina, Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus* », *Rechtshistorisches Journal*, vol. 15, 1996, p. 255 et s.

TEUBNER (G.), « *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism* », *Cardozo Law Rev.*, vol. 13, 1992, p. 1443 et s.

TEYSSIÉ (B.), « Le plan de vigilance. Trois années d'application », *D.*, 2021, p. 1823 et s.

THIBIERGE (C.), « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.*, 2004, p. 577 et s.

TRÉBULLE (F.-G.), V° Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale), *Répertoire Dalloz de droit des sociétés*, 2003 (actualisation : 04/2021)

TRÉBULLE (F.-G.), « *Stakeholders Theory et droit des sociétés* », *Bull. Joly sté.*, n° 12, 2006, p. 1337 et s.

TRÉBULLE (F.-G.), « *Stakeholders Theory et droit des sociétés* », *Bull. Joly sté.*, n° 1, 2007, p. 7 et s.

TRISSON-COLLARDET (P.), « La contribution du droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral », *LPA*, n° 49, p. 14 et s.

TUAL (M.-C.) (DIR.), V° Émergence du dialogue social et environnemental dans les entreprises, *Le Lamy droit des représentants du personnel*, n° 816, 2021

TUNC (A.), « La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens », *JCP*, 1945, p. 449 et s.

TUNC (A.), « *A Little-Noticed Theory in the Law of Tort: Boris Starck's Theory of Guaranty* », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 121, n°3, 1973, p. 618 et s.

TUNC (A.), « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC*, vol. 22, n° 2, 1970, p. 247 et s.

V.

VANDAM (C.), « *Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights* », *Journal of European Tort Law*, vol. 2, n° 3, 2011, p. 221 et s.

VANDAM (C.), « *Human Rights Obligations of Transnational Corporations in Domestic Tort Law* », in J. L. Černič et T. Van Ho (dir.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2015, p. 475 et s.

VAN GRIETHUYSEN (P.), « La RSE : nouvelle régulation du capitalisme ou interprétation du capitalisme de la régulation ? », in I. Daugareilh (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 91 et s.

VERCHER-CHAPTAL (C.) ET PALPACUER (F.), « Chaînes globales de valeur », in N. Postel et R. Sobel (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2013, p. 38 et s.

VERKINDT (P.-Y.), « Droits fondamentaux », in N. Postel et R. Sobel (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Ascq, 2013, p. 134 et s.

VERNAC (S.), « L'avenir sauvegardé du coemploi », *RDT*, 2016, p. 560 et s.

VINEY (G.), « Confirmation de l'arrêt Myr'ho-Boot shop », *RDC*, 2020, n° 2, p. 40 et s.

VINEY (G.), « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *D.*, 2007, p. 1542 et s.

W.

WEINBERG (N.), « *The Supreme Court Judgment in Lloyd v Google LLC [2021] UKSC 50* », Essex Chambers, 25/11/2021 ; <https://www.39essex.com/the-supreme-court-judgment-in-lloyd-v-google-llc-2021-uksc-50/> (consulté le 06/05/2022).

WELSCH (P.) ET SAAGE-MAAB M., « *Holding Companies Liable for Human Rights Abuses Related to Foreign Subsidiaries and Suppliers before German Civil Courts: Lessons from Jabir and Others v KiK* », *Human Rights Law Review*, n° 16, 2016, p. 370 et s.

WESTER-OUISSE (V.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.*, 2010, p. 419 et s.

WINFIELD (P. H.), « *Duty in Tortious Negligence* », *Columbia Law Review*, vol. 34, n° 1, 1934, p. 41 et s.

WITTING (C.), « *Duty of care an analytical approach* », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, n° 1, 2005, p. 33 et s.

X.

XAVIER (P.), « Les dommages-intérêts pour violation des droits de l'Homme », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 66, n° 2, 2014, p. 529 et s.

Y.

YILMAZ VASTARDIS (A.), TERWINDT (C.), LEADER (S.), WRIGHT (J.), « *Supply chain liability: pushing the boundaries of the common law?* », *Journal of European Tort Law*, vol. 8, n°3, 2018, p. 261 et s.

Z.

ZUMBANSEN (P.), « *Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism* », *TLCP*, n° 21, 2012, p. 305 et s.

ZUMBANSEN (P.), « *Law and Legal Pluralism: Hybridity in Transnational Governance* », in P. Jurčys, P. F. Kjaer et R. Yatsunami (dir.), *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*, Martinus Nijhoff Publishers, Leyde, 2013, p. 49 et s.

ZUMBANSEN (P.), « *Transnational Private Regulatory Governance: Ambiguities of Public Authority and Private Power* », *Law & Contemp. Probs*, n° 76, 2013, p. 117 et s.

Actes non décisives, Référentiels, Discours, Rapports, Réponses ministérielles, sites Internet

A.

ACQUIER (A.), « La théorie des parties prenantes et le renouvellement de la théorie de la firme - Une synthèse critique », Résumé de séance par F. Chave, Séminaire « Propriété de l'entreprise », Collège des Bernardins (Département Économie Homme Société), 20/11/2010 ; https://media.collegedesbernardins.fr/content/pdf/Recherche/2/recherche09-11/seminaires/12_cr_10_09_20_-_complet.pdf (consulté le 06/05/2022)

AFA, Sous-direction du contrôle, *Charte des droits et des devoirs des parties prenantes aux contrôles*, 2019 (révision actuelle) ; https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2019-07/charte_droits_devoirs_unique%20controles.pdf (consulté le 06/05/2022).

AFNOR, « Qui sommes-nous ? » ; <https://www.afnor.org/le-groupe/qui-sommes-nous/> (consulté le 06/05/2022)

AJALTOUNI (N.), BOMMIER (S.), BURLET (C.), ELLUIN (A.), GAGNIER (S.), QUAIREL (F.) ET RENAUD (J.), Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre - Année 1 : les entreprises doivent mieux faire, Amis de la Terre France, Amnesty international France, CCFD-Terre Solidaire, Collectif Éthique sur l'étiquette, 2019 ; https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr%2F10195ba5-2cc6-4505-8865-6588c05c0b2a_190222_etude_devoir_de_vigilance.pdf (consulté le 06/05/2022).

ARISTOVA (E.), « *On Emissaries and Control: Corporate accountability in the aftermath of the Shell litigation UK/NL* », webinaire, Essex Business and Human Rights Project, Oxford Business and Human Rights Network, Utrecht Centre for Accountability and Liability Law, 24/02/2021 ; <https://www.youtube.com/watch?v=iq7YwPNMafA> (consulté le 06/05/2022)

ASS. NAT., « Exposé des motifs », Projet de loi n° 1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 2018

ASS. NAT., « Exposé des motifs », Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n° 1519, 2013

ASS. NAT., « Exposé des motifs », Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n° 2578, 2015

B.

BANGLADESH ACCORD, Déclaration conjointe Accord-Bangladesh Garment Manufacturers and Exporters Association (BGMEA) sur la signature de l'accord de transition, 14/01/2020 ; <https://bangladeshaccord.org/updates/2010/12/15/joint-statement-accord-bgmea> (consulté le 06/05/2022)

BANQUE MONDIALE, *Doing Business 2020*, rapport, 2019 ; <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf> (consulté le 06/05/2022).

BEAU DE LOMÉNIE (T.) et COSSART (S.) (dir.), *Guide de référence pour les plans de vigilance*, Sherpa, 1^{ère} éd., 2019 ; https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2018/12/Sherpa_VPRG_web_pagepage-min.pdf (consulté le 06/05/2022)

BIT, *Les règles du jeu : une brève introduction aux normes internationales du travail*, 2009 ; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_318125.pdf (consulté le 06/05/2022)

BIT, *Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, Rapport IV, Conférence internationale du Travail, 105^{ème} session, 2016 ; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_468095.pdf (consulté le 06/05/2022).

BIT, WALK FREE FOUNDATION (en partenariat avec l'Organisation internationale pour les migrations (OIM)), *Estimations mondiales de l'esclavage moderne : travail forcé et mariage forcé*, 2017 ; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_651912.pdf (consulté le 06/05/2022)

BNP PARIBAS, Document de référence et rapport financier annuel 2018, 2019

BOTTINI (N.), ERNST (C.) et LUEBKER (M.), « *Globalization, wage arbitrage and firms' offshoring decisions* », in *Offshoring and the labour market : what are the issues?*, OIT, 2007 ; https://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_elm/---analysis/documents/publication/wcms_113922.pdf (consulté le 06/05/2022)

BOURGUIGNON (R.) et MIAS (A.), *Les accords-cadres internationaux : étude comparative des ACI conclus par les entreprises françaises*, Rapport à destination du bureau de l'OIT pour la France, BIT, Université Paris Dauphine – PSL et IAE Paris Sorbonne Business School, 2017

BSI, « A propos » ; <https://www.bsigroup.com> (consulté le 06/05/2022)

BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFTLICHE ZUSAMMENARBEIT UND ENTWICKLUNG (MINISTÈRE FÉDÉRAL ALLEMAND DE LA COOPÉRATION

ÉCONOMIQUE ET DU DÉVELOPPEMENT), Entwurf eines Gesetzes zur nachhaltigen Gestaltung globaler Wertschöpfungsketten und zur Änderung wirtschaftrechtlicher Vorschriften (Projet de loi relatif à l'organisation durable des chaînes de valeur mondiales et à la modification de disposition de droit commercial)

C.

CAMBRIDGE **DICTIONNARY** [en ligne] ; <https://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais/proof-of-the-pudding-is-in-the-eating> (consulté le 06/05/2022).

CATALA (P.) (dir.), *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations [Articles 1101 à 1386 du Code civil] et du droit de la prescription [Articles 2234 à 2281 du Code civil]*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Documentation française, Paris, 2005

CCFD-TERRE SOLIDAIRE, SHERPA, CGT, « Dysfonctionnements du Point de contact national de l'OCDE en France », 2013 : https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/09/dysfonctionnements.pcn-avec-logos_vf.pdf (consulté 06/05/2022)

CDH *Droit à un environnement propre, sain et durable*, Résolution, n° 48/13, A/HRC/RES/48/13, 8/10/2021 ; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/51/PDF/G2128951.pdf?OpenElement> (consulté le 06/05/2022)

CDH, *Droits de l'homme et changements climatiques*, Résolution, n° 35/20, A/HRC/RES/35/20, 22/06/2017 ; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/184/53/PDF/G1718453.pdf?OpenElement> (consulté le 06/05/2022)

CDH, *Les droits de l'homme et l'environnement*, Résolution, n° 34/20, A/HRC/RES/34/20, 24/03/2017 ; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/086/02/PDF/G1708602.pdf?OpenElement> (consulté le 06/05/2022)

CLEAN CLOTHES CAMPAIGN, « Amidst Covid-19 Crisis, Untested Industry Group Assumes Safety Responsibilities for Bangladesh Garment Factories Despite Concerns », communiqué de presse, 10/2020 ; https://cleanclothes.org/file-repository/accord_witness_signatory_assessment.pdf (consulté le 06/05/2022)

CNCD-11.11.11, « Pour une loi belge sur le devoir de vigilance – Première étape franchie au parlement fédéral », communiqué de presse, 22/04/2021 ; <https://www.cncd.be/Pour-une-loi-belge-sur-le-devoir> (consulté le 06/05/2022).

CNCDH, *Entreprises et droits de l'homme : avis sur les enjeux de l'application par la France des Principes directeurs des Nations unies*, JORF n° 0266, 16/11/2013 ;

https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=4mJh2LNT_Xqs4YGI1BwSWJOztP5gCX_MNFUg5VvtB7GA= (consulté le 06/05/2022)

CNCDH, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme*, La Documentation française, Paris, 2009 ; https://www.cncdh.fr/sites/default/files/etude_responsabilite_des_entreprises_vol_1_0.pdf (consulté le 06/05/2022)

CNGTC et CABINET ATHENORA, *Panorama de l'immatriculation des entreprises dans l'Union Européenne*, 2016 ; https://www.cngtc.fr/pdf/telechargement/80-Brochure_Immat_Europe.pdf (consulté le 06/05/2022)

COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU PARLEMENT EUROPÉEN (JURI), L. WOLTERS (rapp.), « *Annex to the motion for a resolution: recommendations as to the content of the proposals requested* », in *Draft Report with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability*, (2020/2129(INL), 11/11/2020

COMMISSION EUROPÉENNE, « *Key players in European Standardisation* », https://ec.europa.eu/growth/single-market/european-standards/key-players-european-standardisation_en (consulté le 06/05/2022)

COMMISSION EUROPÉENNE, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Livre vert, 366 (final), 2001

COMMISSION EUROPÉENNE, *Communication de la commission au parlement européen, au conseil et au comité économique et social européen – Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises*, COM(2006) 136 final, 2006 ; <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0136:FIN:fr:PDF> (consulté le 06/05/2022)

COMMISSION EUROPÉENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, 681 (final), 2011

COMMISSION EUROPÉENNE, « *Annexe I : nouvelles initiatives* », *Programme de travail de la Commission pour 2021 – Une Union pleine de vitalité dans un monde fragile*, COM/2020/690 final, 2020 ; https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:91ce5c0f-12b6-11eb-9a54-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF (consulté le 06/05/2022)

COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposal for a directive of the european parliament and of the council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC*, COM(2021) 851 final, 2021/0422 (COD), 15/12/2021

COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence and annex*, COM(2022) 71 final, 2022/0051 (COD), 23/02/2022 ; https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_1_183885_prop_dir_susta_en.pdf (consulté le 06/05/2022).

COMMISSION EUROPÉENNE, « *Une économie juste et durable : la Commission établit des règles relatives au respect des droits de l'homme et de l'environnement par les entreprises*

dans les chaînes de valeur mondiales », communiqué de presse, 23/02/2022 ; https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_22_1145 (consulté le 06/05/2022)

CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013 du Conseil d'État - Le droit souple*, La Documentation française, « Les rapports du Conseil d'État », Paris, 2013

CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation « Droits de l'Homme et entreprises », CM/Rec (2016)3, 2016

CRÉDIT AGRICOLE S.A., *Document d'enregistrement universel – Rapport financier annuel 2021*, 2022

D.

DE BAETS (J.) et al., *Accidents at work and occupational diseases: flat rate or full reparation? European survey on the conditions of compensation for the victims*, Eurogip., 21/E. 2005 ; <https://www.eurogip.fr/images/documents/131/Eurogip%2021E.pdf> (consulté le 06/05/2022)

DELMAS-MARTY (M.), *Droit comparé et territorialité du droit : un cycle de conférences du Conseil d'État*, Section du rapport et des études et section du contentieux du Conseil d'État, actes, tome 1, La Documentation française, « Droits et Débats », Paris, 2017

DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA & SPORT, *UK Government response to Call for Views and Evidence - Review of Representative Action Provisions, Section 189 Data Protection Act 2018*, Policy paper, 23/02/2021 ; <https://www.gov.uk/government/publications/call-for-views-and-evidence-review-of-representative-action-provisions-section-189-data-protection-act-2018/uk-government-response-to-call-for-views-and-evidence-review-of-representative-action-provisions-section-189-data-protection-act-2018> (consulté le 06/05/2022)

DIRECTION GÉNÉRALE DE L'ENVIRONNEMENT DE LA COMMISSION EUROPÉENNE, « *The Precautionary Principle: decision making under uncertainty* », in *Science for Environment Policy*, n° 18, 2017 ; https://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/precautionary_principle_decision_making_under_uncertainty_FB18_en.pdf (consulté le 06/05/2022)

DIRECTION GÉNÉRALE DU TRÉSOR DU MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, « PCN-France » ; <https://www.tresor.economie.gouv.fr/tresor-international/pcn-france> (consulté le 06/05/2022)

DOUCIN (M.) (dir.), « Analyse des notions de "due diligence" et de "sphère d'influence" dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises : enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE », Ministère français des affaires

étrangères et européennes (MAE), 2010 ; https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/1_2PESP_1_Etude_sphere_dinfluence_verseus_due_diligence_cle874ee9.pdf (consulté le 06/05/2022)

DOUCIN (M.) (dir.), *Analyse des notions de ‘due diligence’ et de sphère d’influence’ dans le contexte du respect des droits de l’homme par les entreprises : enjeux de la définition du champ d’application des standards en matière de RSE*, étude diligentée par le Bureau de l’Ambassadeur chargé de la bioéthique et de la responsabilité sociale des entreprises, 2010 ; http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/Due_diligence_Etude_22mars_MAE.pdf (consulté le 06/05/2022)

DUBOST (C.) et POTIER (D.) (rapporteurs), *Rapport d’information déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République sur l’évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre*, Assemblée nationale, 24/02/2002 ; https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b5124_rapport-information.pdf (consulté le 06/05/2022)

DUTHILLEUL (A.) et DE JOUVENEL (M.), *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre*, Rapport à Monsieur le ministre de l’Économie et des finances, Conseil général de l’économie, de l’industrie, de l’énergie et des technologies (CGE), n° 2019/12/CGE/SG, 2020 ; https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/devoirs-vigilances-entreprises.pdf (consulté le 06/05/2022).

E.

ECCJ et al., *Key considerations for an EU instrument to control the importation of forced labour products into the EU*, 2021 ; https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2021/07/Import_controls_NGO_Paper_Final_Design.pdf (consulté le 06/05/2022)

ECCJ, « *Dutch minister announces national corporate due diligence legislation* », communiqué de presse, 06/12/2021 ; <https://corporatejustice.org/news/dutch-minister-announces-national-corporate-due-diligence-legislation/> (consulté le 06/05/2022)

EERSTE KAMER DER STATES GENERAL (PREMIÈRE CHAMBRE DU PARLEMENT NÉERLANDAIS – SÉNAT), *Voorstel van wet van het lid Kuiken houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid)* (Proposition de loi concernant l’instauration d’un devoir de vigilance pour empêcher la livraison de biens et services conçus en ayant recours au travail des enfants (Loi sur le devoir de vigilance relatif au travail des enfants)), n° 34506, 2017

EERSTE KAMER DER STATES GENERAL (PREMIÈRE CHAMBRE DU PARLEMENT NÉERLANDAIS – SÉNAT), « *Stemming Wet zorgplicht kinderarbeid* » (« Vote de la loi sur le devoir de vigilance relatif au travail des enfants »), 2019 ; https://www.eerstekamer.nl/verslagdeel/20190514/wet_zorgplicht_kinderarbeid (consulté le 06/05/2022)

ENCYCLOPAEDIA UNIVERSALIS [en ligne], (consulté le 06/05/2022)

ERNST & YOUNG, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance: final report*, Direction générale de la justice et des consommateurs de la Commission Européenne, 2020 ; <https://data.europa.eu/doi/10.2838/472901> (consulté le 06/05/2022)

EUR-LEX, « *Civil society organisation* », *Glossaire des synthèses* ; <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/civil-society-organisation.html> (consulté le 06/05/2022)

EWING (K.), TUDOR (O.) et BLACKBURN (D.), *Evidence to the Joint Committee on Human Rights on Brexit and labour human rights*, Parlement Britannique, 2016 ; <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/human-rights-committee/human-rights-and-business/oral/37802.html> (consulté le 06/05/2022).

F.

FAVEREAU (O.) et ROGER (B.) (dir.), *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales et Entreprise : propriété, création collective, monde commun*, Programmes de recherches interdisciplinaires, Collège des Bernardins, 2009-2012 et 2012-2014

FONTAGNÉ (L.) et LORENZI (J.-H.), *Désindustrialisation, délocalisations*, Centre d'analyse économique (CAE), 2005

G.

GROUPE SOCIÉTÉ GÉNÉRALE, *Document d'enregistrement universel – Rapport financier annuel 2021*, 2022

GOULDING (J.), *Unfair commercial practices*, Westlaw Edge UK [en ligne], 2021

H.

HADWIGER (F.), *Global framework agreements - Achieving decent work in global supply chains*, OIT, vol. 7, 2015 ; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_759477.pdf (consulté le 06/05/2022).

HALLAK (I.) (dir.), *EU-UK Trade and Cooperation Agreement - An analytical overview*, European Parliamentary Research Service (EPRS), 2021 ; [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/679071/EPRS_IDA\(2021\)679071_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2021/679071/EPRS_IDA(2021)679071_EN.pdf) (consulté le 06/05/2022)

HCDH, *Human Rights, Climate Change and Business - Key Messages*, 2021 ; <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/materials/KMBusiness.pdf> (consulté le 06/05/2022)

HCDH, *Re: Allegations regarding the Porgera Joint Venture remedy framework*, Nations Unies, 2013 ; <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/LetterPorgera.pdf> (consulté le 06/05/2022)

HCDH, *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Relationship to UN Global Compact Commitments*, 2011, actual. : 2014 ; https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2Fhuman_rights%2FResources%2FGPs_GC+note.pdf (consulté le 06/05/2022)

HM COURTS & TRIBUNALS SERVICE, *Guidance - Group litigation order*, 24/07/2015 (actual. 07/2020) ; <https://www.gov.uk/guidance/group-litigation-orders#contents> (consulté le 06/05/2022)

HOUILLOIN (P.), Contribution, in D. Potier, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi (n° 2578) relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, n° 2628, 11/03/2015

HOUTCIEFF (D.), « Rapport de synthèse », extrait des actes du Colloque coorganisé par l'Université d'Évry et l'Ordre des avocats à la Cour de Paris, « Class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », *LPA*, n° 115, 10/06/2005, p. 42 et s.

I.

ISO, « A propos de l'ISO » ; <https://www.iso.org/fr/about-us.html> (consulté le 06/05/2022).

ISO, *Norme ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, AFNOR Éditions, 2010

J.

JAVILLIER (J.-C.) (dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Institut international d'études sociales (IIES), OIT, 2007

K.

KIRKEGAARD (J. F.), *Offshoring, Outsourcing, and Production Relocation—Labor-Market Effects in the OECD Countries and Developing Asia*, Working Paper Series, Peter G. Peterson Institute for International Economics (PIIE), 2007 ; <https://www.piie.com/sites/default/files/publications/wp/wp07-2.pdf> (consulté le 06/05/2022)

L.

LEADER (S.) et Y ILMAZ-VASTARDIS (A.), *Improving Paths to Business Accountability for Human Rights Abuses in the Global Supply Chains - A Legal Guide*, Essex Business and Human Rights Project, Université d'Essex, 2017 ; <https://www1.essex.ac.uk/ebhr/documents/Improving-Paths-to-Accountability-for-Human%20Rights-Abuses-in-the-Global-Supply-chains-A-Legal-Guide.pdf> (consulté le 06/05/2022)

LEADER (S.), *Legal Opinion on English Common Law Principles of Tort - Jabir and others v Textilien und Non-Food*, Université d'Essex, 07/12/2015 ; https://www.essex.ac.uk/_/media/documents/research/ebhr/legal_opinion_essex_jabir_et_al_v_kik_2015.pdf (consulté le 06/05/2022)

M.

MAZUYER (E.) (dir.), *Quel cadre juridique pour une mise en œuvre effective des codes de gouvernance d'entreprise ?*, rapport final, Mission de recherche Droit et Justice (2015-2017) ; <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/05/Rapport-final-Mazuyer-1.pdf> (consulté le 06/05/2022)

MEDEF, « Devoir de vigilance : une loi inefficace qui menace notre économie », communiqué de presse, 01/12/2016 ; <https://www.medef.com/fr/communique-de-presse/article/devoir-de-vigilance-une-loi-inefficace-qui-menace-notre-economie> (consulté le 06/05/2022).

MEERAN (R.), « *The Revised Draft: Access to judicial remedy for victims of multinationals' abuse* », Centre de ressources sur les entreprises et les droits de l'Homme, 2019 ; https://www.business-humanrights.org/en/the-revised-draft-access-to-judicial-remedy-for-victims-of-multinationals-abuse?mc_cid=001c26e4de&mc_eid=93315446be (consulté le 06/05/2022).

MÉJEAN (I.), « Fragmentation des chaînes de valeur dans un contexte de préservation de l'environnement », *Melchior* ; <https://www.melchior.fr/synthese/isabelle-mejean-fragmentation-des-chaines-de-valeur-dans-un-contexte-de-preservation-de-l> (consulté le 06/05/2022)

MICHON (C.) (dir.), *Application de la loi sur le devoir de vigilance – Plan de vigilance parus en 2019-2020*, Association EDH (en partenariat avec le cabinet de conseil B&L Évolution), 2020 ; [https://www.e-dh.org/userfiles/Etude%20EDH Plans de vigilance 2019-2020 Decembre2020.pdf](https://www.e-dh.org/userfiles/Etude%20EDH%20Plans%20de%20vigilance%202019-2020%20Decembre2020.pdf) (consulté le 06/05/2022)

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, présenté le 13 mars 2017 par J.-J. Urvoas, alors Garde des Sceaux, ministre de la Justice, à la suite de la consultation publique menée d'avril à juillet 2016

MOREAU (M.-A.), *La spécificité des accords mondiaux d'entreprise en 2017 : originalité, nature, fonctions*, Recherche diligentée pour le BIT – France (C. Cosme (dir.) ; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-paris/documents/publication/wcms_614879.pdf (consulté le 06/05/2022)

N.

NUTZ (N.) et SIEVERS (M.), *Guide sommaire pour le développement des chaînes de valeur*, Organisation internationale du travail (OIT), 2017 ; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---ifp_seed/documents/instructionalmaterial/wcms_546103.pdf (consulté le 06/05/2022)

O.

OCDE, *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/48004355.pdf> (consulté le 06/05/2022).

OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales - De l'importance d'une conduite responsable des entreprises*, 2011 ; https://www.oecd.org/fr/investissement/mne/MNEguidelines_RBCmatters_FR.pdf (consulté le 06/05/2022).

OCDE, *Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises*, 2018 ; <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/Guide-OCDE-sur-le-devoir-de-diligence-pour-une-conduite-responsable-des-entreprises.pdf> (consulté le 06/05/2022)

OCDE, *Rapport d'étape sur les points de contact nationaux pour la conduite responsable des entreprises*, 2019 ; [https://www.oecd.org/fr/rcm/documents/NCPs%20-%20CMIN\(2019\)7%20-%20FR%20.pdf](https://www.oecd.org/fr/rcm/documents/NCPs%20-%20CMIN(2019)7%20-%20FR%20.pdf) (consulté le 06/05/2022)

OEIGWG, « *Corporate human rights due diligence – emerging practices, challenges and ways forward* », A/73/163, 16/07/2018

OEIGWG, *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, troisième projet révisé, Conseils de droits de l'Homme des Nations Unies, 17/08/2021 ; <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf> (consulté le 06/05/2022)

OIT, « *ILO supervisory system/mechanism* » ; <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/ilo-supervisory-system-mechanism/lang--en/index.htm> (consulté le 06/05/2022)

OIT, « Santé et sécurité au travail », Thème, actualisé en 2022 ; <https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang--fr/index.htm> (consulté le 06/05/2022)

OIT, Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, 5^{ème} éd, 2017

OIT, OCDE, OIM, UNICEF, *Mettre fin au travail des enfants, au travail forcé et à la traite des êtres humains dans les chaînes d'approvisionnement mondiales*, 2019 ; https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ippec/documents/publication/wcms_716931.pdf (consulté le 06/05/2022)

ONU, Pacte mondial (Réseau France), « Les 10 principes » ; <http://www.globalcompact-france.org/p-77-principe-1> (consulté le 06/05/2022)

ONU-PROGRAMME POUR L'ENVIRONNEMENT, Déclaration de rio sur l'environnement et le développement, 1992

ONU, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme, 2011 ; https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf (consulté le 06/05/2022)

ONU, *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme*, guide interprétatif, 2012 ; https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR_PUB_12_2_fr.pdf (consulté le 06/05/2022)

ONU – PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR L'ENVIRONNEMENT - INITIATIVE FINANCE DE 2012, CRO FORUM, *Human Rights and Corporate Insurance*, 2014 ; <https://www.thecroforum.org/wp-content/uploads/2014/11/human-rights-and-corporate-insurance-november-2014-2.pdf> (consulté le 06/05/2022)

ONU, Accord de Paris, adopté par 196 Parties lors de la Conférences des parties (COP) 21, 12/12/2015 ; https://unfccc.int/sites/default/files/french_paris_agreement.pdf (consulté le 06/05/2022)

ONU, Assemblée générale, *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030*, résolution, n° A/RES/70/1, 25 septembre 2015, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/90/PDF/N1529190.pdf?OpenElement> (consulté le 06/05/2022)

ONU, *Rapport sur les objectifs de développement durable*, 2019 ; https://digitallibrary.un.org/record/3812145/files/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2019_French.pdf (consulté le 06/05/2022)

P.

PARLEMENT FÉDÉRAL BELGE, Proposition de loi instaurant un devoir de vigilance et un devoir de responsabilité à charge des entreprises tout au long de leurs chaînes de valeur, n° 55K1903, 02/04/2021

PE, Résolution contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, P9_TA-PROV(2021)0073, 10/03/2021 ;

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.pdf (consulté le 06/05/2022)

PESKINE (E.), « De la solidarité à la vigilance en droit du travail : À propos de la responsabilité dans les réseaux et groupes de sociétés », in A. Supiot (dir.), *La responsabilité solidaire*, séminaire, Collège de France, 22/03/2016

PROVOST-VANHECKE (E.) et SIBILLE (F.), *Pour manager humain – Osez manager ISO 26000 !*, AFNOR Éditions, 2014

R.

RBC, « *Speech by Commissioner Reynders on 29th April 2020 in the webinar on due diligence hosted by the RBC Working Group* », 30/04/2020 ; <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/speech-by-commissioner-reynders-in-rbc-webinar-on-due-diligence/> (consulté le 06/05/2022)

RICHER (M.), *L'entreprise contributive : 21 propositions pour une gouvernance responsable*, Rapport Terra Nova, 2018 ; https://tnova.fr/site/assets/files/11872/terra-nova_gouvernance-entreprise_05032018.pdf?10xus (consulté le 06/05/2022)

RUGGIE (J. G.), *Comments on Thun Group of Banks – Discussion Paper on the Implications of UN Guiding Principles 13 & 17 in a Corporate and Investment Banking Context*, Harvard Kennedy School, 21/02/2017

RUGGIE (J. G.), *Keynote Address Conference on Business and Human Rights: Towards a Common Agenda for Action*, conférence organisée dans le cadre de la présidence de la Finlande du Conseil de l'Union européenne, Shift Project, 02/12/2019 ; <https://shiftproject.org/resource/john-ruggie-keynote-finland2019/> (consulté le 06/05/2022)

RUGGIE (J. G.), Réponse à la Lettre publique adressée au Business and Human Rights Resource Centre (BHRC) de economiesuisse et SwissHoldings, 19/09/2019 ; https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/19092019_Letter_John_Ruggie.pdf (consulté le 06/05/2022)

S.

SAPIN (M.), Présentation de la proposition de loi sur le devoir de vigilance relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre en lecture définitive, Assemblée nationale, XIVème législature, session ordinaire de 2016-2017, compte rendu intégral, première séance, 21/02/2017

SÉNAT, Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, n° 678, 29/07/2020

SHERPA, « Usine Michelin en Inde : les plaignants dessaisissent le Point de contact national de l'OCDE », communiqué de presse, 2013 ; <https://www.asso-sherpa.org/usine-michelin-en-inde-les-plaignants-dessaisissent-point-contact-national-locde> (consulté le 06/05/2022)

SHERPA, « Violations des droits des travailleurs : mise en examen historique de Samsung France pour pratiques commerciales trompeuses », communiqué de presse, 03/07/2019 ; <https://www.asso-sherpa.org/violations-droits-travailleurs-mise-examen-historique-de-samsung-france-pratiques-commerciales-trompeuses> (consulté le 06/05/2022)

SHERPA, *Ne minons pas la transition énergétique – La vigilance dans les chaînes d’approvisionnement en minerais utilisés dans le cadre de la transition énergétique*, 2020 ; <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2020/10/Sherpa-Ne-minons-pas-la-transition-energetique-1.pdf> (consulté le 06/05/2022)

SHIFT PROJECT, *The EU Commission’s Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive - Shift’s Analysis*, 2022, <https://shiftproject.org/resource/eu-csdd-proposal-analysis/> (consulté le 06/05/2022)

SISCO (C.), CHORN (B.), PRUZAN-JORGENSEN (P. M.) et al., *Supply Chain Sustainability - A Practical Guide for Continuous Improvement*, Bureau du Pacte Mondial des Nations Unies, 2^{ème} éd., 2015 ; https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2Fsupply_chain%2FSupplyChainRep_spread.pdf (consulté le 06/05/2022)

SMIT (L.), BRIGHT (C.), MCCORQUODALE (R.) et al., *Study on due diligence requirements through the supply chain – Final Report*, British Institute of International and Comparative Law (BIICL), Civic Consulting, London School of Economics and Political Science (LSE), Direction générale de la justice et des consommateurs de la Commission Européenne, 2020 ; <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830> (consulté le 06/05/2022)

T.

TAYLOR (C.), *Health and Safety - Reducing the burden*, Policy Exchange, 2010 ; <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/2016/09/health-safety-mar-10.pdf> (consulté le 06/05/2022)

U.

UK COURTS AND TRIBUNALS JUDICIARY, *Tribunals structure chart et Courts structure chart*, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/08/tribunals-chart-updated-May-2020.pdf> ; <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/08/courts-structure-0715.pdf> (consultés le 06/05/2022)

V.

VIÉNOT (M.) (dir.), *Le Conseil d'Administration des Sociétés Cotées*, rapports rédigés par un groupe de Présidents de sociétés cotées françaises à la demande de l'AFEP et du MEDEF, 1995 et 1999

W.

WALTERS (D.), *An International Comparison of Occupational Disease and Injury Compensation Schemes*, Industrial Injuries Advisory Council (IIAC), Cardiff Work Environment Research Centre, Cardiff University, 2007 ; https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/330347/InternationalComparisonsReport.pdf (consulté le 06/05/2022)

WIJFFELS (A.), « *Policy considerations* », en amont de l'argument conséquentialiste, cours, Collège de France, 8/06/2017 ; <https://www.college-de-france.fr/site/alain-wijffels/course-2017-06-08-17h00.htm> (consulté le 06/05/2022)

Y.

YILMAZ-VASTARDIS (A.) et LEADER (S.), *Improving Paths to Business Accountability for Human Rights Abuses in the Global Supply Chains - A Legal Guide*, Essex Business and Human Rights Project, Université d'Essex, 2017 ; <https://www1.essex.ac.uk/ebhr/documents/Improving-Paths-to-Accountability-for-Human%20Rights-Abuses-in-the-Global-Supply-chains-A-Legal-Guide.pdf> (consulté le 06/05/2022).

Explanatory Note, Compensation Act 2006 ; https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/29/pdfs/ukpgaen_20060029_en.pdf (consulté le 06/05/2022)

Observations du Gouvernement sur la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n° 0074, 28/03/2017

Principes de l'Équateur, 07/2020 ; https://equator-principles.com/app/uploads/EP4_French.pdf (consulté le 06/05/2022)

Rép. min., n° 11950, JO Sénat Q, 21/02/2021

Jurisprudence citée

Jurisprudence française

Cons. const., QPC, n° 2011-116, 8/04/2011

Cons. const., n° 2017-750 DC, 23/03/2017

Cass. soc., 08/10/1987 ; *Bull. civ.* V, n° 541

Cass. ass. plén., 29/03/1991, n° 89-15.231, *P: R.*, p. 351 ; *GAJC*, 11^{ème} éd., n° 218-219

Cass. soc., 10/07/1996, n° 93-40.966 et n° 93-41.137 ; *Bull. civ.* V, n° 278

Cass. civ. 2^{ème}, 19/02/1997, n° 95-11.959 ; *Bull. civ.*, II, n° 53 ; *Rev. sociétés*, 1997, p. 816, obs. Y. Guyon ; *RTD civ.*, 1998, p. 113, note P. Jourdain ; *RTD com.*, 1997, p. 481, obs. E. Alfandari

Cass. com., 04/03/1997, n° 95-10.756 ; *Bull. civ.* IV, n° 65

Cass. soc., 16/06/1998, n° 95-45.033 ; *Bull. civ.* n° 320

Cass. com., 03/11/2004, n° 02-17.078 ; *JCP E*, n° 31-34, 2005, p. 1325, note D. Mainguy

Cass. civ. 1^{ère}, 07/03/2006, n° 04-16.179 et n° 04-16.179 ; *D.*, 2006, p. 812, obs. I. Gallmeister ; *Resp. civ. et assur.*, 2006, comm. n° 164, obs. C. Radé

Cass. ass. plén., 06/10/2006, n° 05-13.255 *P* : *Bull. ass. plén.*, n° 9 ; *D.*, 2006, p. 2825, note G. Viney ; *ibid.*, 2006, p. 2484, obs. I. Gallmeister ; *ibid.*, 2007, p. 2900, obs. P. Jourdain, et p. 2976, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *JCP*, 2006, p. 10181, note M. Billiau ; *ibid.*, 2007, 115, n°4, obs. P. Stoffel-Munck ; *CCC*, 2007, n° 63, note L. Leveneur ; *RDI*, 2006, p. 504, obs. P. Malinvaud ; *RDC*, 2007, p. 269, obs. D. Mazeaud, p. 279 ; *ibid.*, 2007, obs. S. Carval ; *RTD civ.*, 2007, p. 61, obs. P. Deumier ; *ibid.*, 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.*, 2007, p. 123, obs. P. Jourdain

Cass. com., 06/02/2007, n° 03-20.463 ; *Lettre distrib.*, n° 3, 2007, p. 1, obs. P. Mousseron

Cass. civ. 3^{ème}, 26/09/2007, n° 04-20.636 *P* : *RTD civ.*, 2008, p. 305, obs. P. Jourdain ; *JCP*, II, 10020, 2008, p. 30, note B. Parance

Cass. civ. 1^{ère}, 18/09/2008, n° 06-22.038 *P D.*, 2008, p. 2437, obs. X. Delpech ; *ibid.*, 2009, p. 2448, panorama F.-G. Trébulle ; *ibid.*, 2009, p. 393, panorama E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *JCP*, n° 49, 10220, 2008, p. 32, note N. Dupont ; *Dr. sociétés*, 2008, n° 246, note

R. Mortier

Cass. com., 21/10/2008, n° 07-18.487 ; *RDC*, 2009, p. 506, obs. J.-S. Borghetti

Cass. civ. 1^{ère}, 14/10/2010, n° 09-69.195 ; *Bull. civ. I*, n° 20

Cass. soc., 18/01/2011, n° 09-69.199 ; *Bull. civ. V*, n° 23 ; *Rev. sociétés*, 2011, p. 154, note A. Couret ; *RDT*, 2011, p. 168, étude F. Géa ; *ibid.*, p. 285, controverse L. Draï et C. Pares ; *JCP S*, 2011, p. 33, obs. P. Morvan

Cass. crim., 25/11/2012, n° 10-82.938 P : *Bull. crim.*, n° 198 ; *Dalloz actualité*, 4/10/2012, obs. I. Gallmeister et S. Lavric ; *D.*, 2012, p. 2711, note P. Delebecque ; *ibid.*, Panorama, p. 2557, obs. F.-G. Trébulle ; *ibid.*, p. 2920, obs. G. Roujou de Boubée ; *ibid.*, p. 2673, point de vue L. Neyret ; *ibid.*, chron. p. 2675, obs. V. Ravit et O. Sutterlin ; *AJCT*, 2012, p. 620, obs. M. Moliner-Dubost ; *AJDA*, 2013, p. 667, étude C. Huglo ; *AJ pénal*, 2012, p. 574, note A. Montas et G. Roussel ; *JCP*, n°47, 1243, 2012, p. 1095, note K. Le Couviour ; *Rev. sociétés*, 2013, p. 110, note J.-H. Robert ; *RSC*, 2013, p. 363, obs. J.-H. Robert ; *ibid.*, p. 447, chron. M. Massé ; *RTD civ.*, 2013, p. 119, obs. P. Jourdain

Cass. soc., 02/07/2014, n° 13-15.208 à 13-21.153 ; *D.*, 2014, p. 1502 ; *ibid.*, p. 2147, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas ; *ibid.*, 2015, p. 829, obs. J. Porta et P. Lokiec ; *Rev. soc.*, 2014, p. 709, note A. Couret et M.-P. Schramm ; *RDT*, 2014, p. 625, obs. M. Kocher ; *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 594, note F. Jault-Seseke ; *JCP S*, 2014, p. 1311, note G. Loiseau ; Soc. 08/07/2014, n°13-15.573 et 13-15.470, *RDT*, 2014, p. 672, note A. Fabre.

Cass. soc., 28/01/2015, n° 13-22.994 ; *Bull. civ. V*, n°17 ; *Rev. sociétés*, 2015, p. 753, note T. Mastrullo ; *JCP S*, n° 17-18, 1162, 2015, p. 1, note J.-P. Tricoit.

Cass. soc., 25/11/2015, n° 14-24.444, P : *D.*, 2016, p. 807, obs. P. Lokiec et J. Porta, *Dr. soc.*, 2016, p. 457, note P.-H. Antonmattéi ; *RDC*, 2016, p. 217, note G. Viney ; *RJS*, n°2, 2016, p. 99, obs. Gardin ; *JS Lamy*, 2016, n° 401-1, obs. A. Dejean de la Bâtie

Cass. soc., 06/07/2016, n° 14-27.266 à 14-27.946 ; n° 15-15.481 à 15-15.545 ; n° 14-26.541

Cass. com., 04/11/2016, n° 15-14.025

Cass. soc., 14/09/2017, n° 15-26.737 et 15-26.738 ; *D.*, 2017, p. 1836 ; *D.*, 2018, p. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke

Cass. soc., 22/11/2017, n° 13-19.855 P : *Dalloz actualité*, 30/11/2017, obs. M. Peyronnet ; *D.*, 2018, p. 218, note J. Mouly ; *RDT*, 2017, p. 797, obs. M. Miné ; *RJS*, 2018, p. 14, avis C. Courcol-Bouchard ; *ibid.*, n° 5 ; *SSL*, 2017, n° 1792, p. 16, obs. P. Adam ; *ibid.*, 2017, n° 1793, p. 11, obs. J.-G. Huglo ; *JS Lamy*, 2018, n° 445-1, obs. B. Bernard

Cass. soc., 24/05/2018, FS-P+B, n° 16-18.621 à 16-18.665, n° 16-22.881 à 16-22.908, n° 17-12.560, n° 17-15.630 à 17-15.649 ; *Dalloz actualité*, 13/06/2018, note W. Fraisse

Cass. civ. 01/10/2018, n° 17-14.401 ; *D.*, 2019, p. 1956, obs. L. d'Avout, S. Bollée et E. Farnoux ; *RDSS*, 2018, p. 1105, obs. J. Peigné ; et Cass. civ. 01/10/2018, n° 15-26.093, *D.*, 2018, p. 1971 ; *ibid.*, 2019, p. 1016, obs., S. Clavel et F. Jault-Seseke

Cass. crim., 13/11/2018, n°17-81.398 *P* ; *RDT*, 2019, p. 112, obs. J. Gallois

Cass. ass. plén., 13/01/2020, n° 17-19.963 *P* : *D.*, 2020, p. 416, note J.-S. Borghetti ; *ibid.*, p. 353, obs. M. Mekki ; *ibid.*, p. 394, obs. M. Bacache ; *AJ contrat*, 2020, p. 80, obs. M. Latina ; *RTD civ.*, 2020, p. 96, obs. H. Barbier ; *JCP*, 2020, n° 92, avis J. R. de la Tour ; *ibid.*, 2020, n° 93, note M. Mekki ; *RDC*, 2020, n° 2, p. 40, note G. Viney ; *ibid.*, 2020, n°3, p. 11, note F. Dournaux

Cass. com., 04/11/2020, n° 18-19.747

Cass. com., 18/11/2020, n° 19-19.463, *FS-P+B* : *Rev. sociétés*, 2021, p. 165, note A. Reygrobellet

Cass. soc., 25/11/2020, n° 18-13.769 ; *Sem. soc. Lamy*, n° 1936, 2021, note G. Auzero ; *JCP S*, 2021, p. 1019, note Y. Pagnerre ; *RDT*, 2020, p. 749, note M. Kocher et S. Vernac ; *Dr. soc.*, 2021, p. 367, obs. D. Baugard.

Cass. soc., 08/09/2021, n° 20-14.011, *FS-B* : *JCP E*, n° 46, 1495, 2021, p. 48, note M. Eliphe.

Cass. com., 15/12/2021, n° 21-11.882, *B* : *Dalloz actualité*, 17/01/2022, obs. Q. Chatelier ; *Rev. sociétés*, 2022, p. 173, note A. Reygrobellet ; *JCP E*, 2022, n° 1067, note B. Dondero ; *RJDA*, 2022, n° 121 ; *Dr. sociétés*, 2022, n° 30, obs. J.-F. Hamelin.

CA Paris, 22/05/1965 ; *JCP G*, 1965, II, concl. R. Neveu ; *D.*, 1968, jurispr., p. 147, note R. Contin

CA Versailles, 20/02/2003 ; *RJDA*, 2003, n° 685

CA Paris, 24/06/2020, n° 18/23867

CA Versailles, 10/12/2020, n° 20/01692 et 20/01693 ; *Dalloz actualité*, 11/01/2021, note P. Métais et E. Valette ; *RTD com.*, 2021, p. 135, obs. B. Lecourt ; *Rev. sociétés*, 2021, p. 298, note B. Leray

TJ Nanterre, ord. référé, 30/01/2020, n° 19/02833 ; *D.*, 2020, p. 970, note N. Cuzacq

TJ Nanterre, ord., 11/02/2021, n° 20-00915 ; *Dalloz actualité*, 17/02/2021, note P. Métais et E. Valette

Jurisprudence anglaise

Salomon c. Salomon & Co Ltd [1897] AC 22

The Duke of Bedford c. Ellis, [1901] AC 1

Hedley Byrne & Co Ltd c. Heller & Partners Ltd, [1964] AC 465

Goldman c. Hargrave, [1967] 1 AC 645

McGhee c. National Coal Board, [1972] UKHL 7

Spiliada Maritime Corp c. Cansulex Ltd, [1986] UKHL 10

Hotson c. East Berkshire Area Health Authority, [1987] AC 750

Smith c. Littlewoods Organisation Ltd, [1987] AC 241

Caparo Industries plc c. Dickman, [1990] 2 AC 605

Lubbe c. Cape plc, [2000] 1 WLR, 1545, HL

Fairchild c. Glenhaven Funeral Services Ltd, [2003] 1 AC 32

Armes c. Nottinghamshire County Council, [2017] UKSC 60

Vedanta Resources PLC et autres c. Lungowe et autres, [2019] UKSC 20

Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres, [2021] UKSC 3

Barnett c. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee, [1969] 1 QB 428

Miller c. Jackson, [1977] EWCA Civ 6

Ngcobo et al. c. Thor Chemicals Holdings Limited, [1995] EWCA Civ J1009-1

Owusu c. Jackson et autres, [2002] EWCA Civ 877

Emerald Supplies Ltd et al. c. British Airways Plc, [2010] EWCA Civ 1284

Chandler c. Cape, [2012] EWCA Civ 525

Thompson c. The Renwick Group Plc, [2014] EWCA Civ 635

Dominic Liswaniso Lungowe et autres c. Vedanta Resources Plc et Konkola Copper Mines Plc, [2017] EWCA Civ 1528

AAA et autres c. Unilever Plc et autres, [2018] EWCA Civ 1532

Okpabi et autres c. Royal Dutch Shell et autres, [2018] EWCA Civ 191

Lloyd c. Google LLC, [2019] EWCA Civ 1599

Bolam c. Friern Hospital Management Committee, [1957] 1 WLR 582

Markt & Co c. Knight Steamship Company, [1910] 2 KB 1021

Ngcobo et autres c. Thor Chemicals Holdings Ltd & Desmond Cowley, Times Law Report, 10/11/1995

Lungowe et autres c. Vedanta Resources Plc et autres, [2016] EWHC 975

Jurisprudence néerlandaise

Gerechtshof den haag (Cour d'appel de la Haye), aff. n° 200.126.843/01 ; 200.126.848/01, 18/12/2015

Gerechtshof den haag (Cour d'appel de la Haye), aff. n° 200.126.843/01 ; 200.126.848/01, 29/01/2021

Rechtbank den haag (Tribunal de district de la Haye), *Urgenda Fondation c. Pays-Bas*, C/09/456689 / HA ZA 13-1396, 24/06/2015

Rechtbank den haag (Tribunal de district de la Haye), équipe commerce, *Associations Vereniging Milieudefensie, Greenpeace Pays-Bas, Actionaid c. Royal Dutch Shell*, C/09/571932 / HA ZA 19-379, 26/05/2021

Jurisprudence étatsunienne

Ultramares Corporation c. Touche, 174 N.E. 441, 1932

United States c. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169 (2d Cir.), 1947

Jurisprudence allemande

Landgericht (Tribunal régional – LG) Dortmund, n° O 95/15, 10/01/2019

Jurisprudence néo-zélandaise

Lee c. Lee's Air Farming Ltd, [1961] AC 12

Jurisprudence de la CEDH

CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, 21/02/1975

CEDH, *Hornsby c. Grèce*, req. n° 18357/91, 19/03/1997 ; *JCP*, 1997, II, p. 22949, note O. Dugrip et F. Sudre ; *D.*, 1998, p. 74, note N. Fricero

Jurisprudence de la CJUE

CJCE, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, 23/04/1991 ; *Rec. I.*, p. 1979, n° 21

CJCE, *Poucet et Pistre c. AGF et Cancava*, aff. C-159/91 et C-160/91, 17/02/1993 ; *Rec. I.*, p. 637

CJCE, *Owusu c. Jackson*, aff. C-281/02, 01/03/2005 ; *Rec.*, p. I-1383 ; *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 698, note C. Chalas ; *JDI.*, 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M. Winkler ; *Gaz. Pal.*, 2005, n° 147, p. 31, note M.-L. Niboyet

CJCE, *Fenin*, aff. C-205/03 P, 11/07/2006 ; *Rec. I.*, p. 6295

CJUE, *Akzo c. Commission*, aff. C-97/08 P, 10/11/2009 ; *RSC*, 2010, p. 244, obs. L. Idot ; *RTD com.*, 2010, p. 144, obs. C. Champaud et D. Danet ; *RTD eur.*, 2010, p. 647, chron. J.-B. Blaise et L. Idot

CJUE, *AG2R Prévoyance*, aff. C-437/09, 03/03/2011 ; *Rec. I.*, p. 973

CJUE, *SOA Nazionale Costruttori*, aff. C-327/12, 12/12/2013 ; *Rec. I.*, p. 827

CJUE, aff. C-149/18, 31/01/2019, n° 27-28 ; *D.* 2019, p. 257 ; *ibid.*, p. 1016, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *ibid.*, p. 1956, obs. L. d'Avout, S. Bollée et E. Farnoux ; *Rev. crit. DIP*, 2019, p. 557, note D. Bureau

Textes

France

Charte de l'environnement

Code civil

Code de commerce

Code de l'environnement

Code de l'organisation judiciaire

Code de la consommation

Code de la sécurité sociale

Code de procédure civile

Code du travail

Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, JORF n° 0184, 09/08/2016

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n° 0269, 19 /11/2016

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n° 0287, 10/12/2016

Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n° 0074, 28/03/2017

Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 transposant la directive 2016/943 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (08/06/2016, JOUE L 157/1, 15/06/2016), JORF n° 0174, 31/07/2018

Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite loi « PACTE »), JORF n° 0119, 23/05/2019

Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, JORF n° 0298, 23/12/2021

Royaume- Uni

Civil Liability (Contribution) Act 1978

Civil Procedure Rules

Companies Act 2006

Consumer Protection (Amendment) Regulations 2014

Consumer Rights Act 2015

Data Protection Act 1998

Employment Rights Act 1996

Enterprise and Regulatory Reform Act 2013

Environment Act 2021

European Communities Act 1972

European Union (Withdrawal) Act 2018

General Data Protection Regulation

Health and Safety at Work Act 1974 (révision : 2014)

Social Action, Responsibility and Heroism (SARAH) Act 2015

Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other Part, 24/12/2020

Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992

Allemagne

BUNDESTAG (Parlement allemand), *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten* (Loi sur le devoir de vigilance de l'entreprise dans les chaînes d'approvisionnement), Bundesgesetzblatt n° 46, 2021, p. 2959

États-Unis

US Federal Rules of Civil Procedure

Droit de l'Union européenne

PE ET CONSEIL, Règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOUE L 177/6, 04/07/2008

PE ET CONSEIL, Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, (dit « Rome II »), JOUE L 1999/40, 31/07/2007

PE ET CONSEIL, Règlement n° 995/2010 du 20 octobre 2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché, JOUE L 295/23, 12/11/2010

PE ET CONSEIL, Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, (refonte), (dit « Bruxelles I *Bis* »), JOUE L 351/1, 20/12/2012

PE ET CONSEIL, Règlement n° 2017/821 du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, JOUE L 130/1, 19/05/2017

CONSEIL, Directive n° 89/391/CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JOUE L 183, 29/06/1989

PE ET CONSEIL, Directive n° 2011/36/UE du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, JOUE L 101/1, 15/04/2011

PE ET CONSEIL, Directive n° 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, 22/10/2014, JOUE, L 330/1, 15/11/2014

UNION EUROPÉENNE ET LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE DE L'ÉNERGIE ATOMIQUE ET LE ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE ET D'IRLANDE DU NORD, Accord de retrait entre l'Union européenne et le Royaume-Uni, JOUE CI 384/1, 12/11/2019

Convention de Lugano, 10/06/2009 (révision : 2016), JOUE L 147/5, 08/04/2020

Conseil de l'Europe

Convention européenne des droits de l'Homme du 4 novembre 1950

Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'Homme

INDEX

A

Alerte : 151, 248-249, 259-261, 312

Autorégulation : 167, 186, 193

C

Causalité : 534-557

Chaîne de valeur : 4-11

Code de conduite : 135, 153-154, 169, 175, 309

Common law : 28, 113-114, 120, 218, 254, 431, 480, 508, 515

Contrat : 8, 18, 136, 163, 487, 499

Contractualisation : 217

Constitutionnalisation : 62-68

D

Devoir de moyens / de résultat : 163, 490-497, 518

Directive (proposition) : 4, 77, 93, 99-100, 153-154, 189, 203-204, 215-217, 249, 313-314, 420-426, 481, 518, 555, 595

Domage : 558-564

Droit comparé : 74-83

Droit d'agir : 436-470

Droits fondamentaux :

- notion : 36-44

Droit économique : 15

Droit global : 69-70

E

Entreprise :

- notion : 19, 21-29, 34-35, 391

- entreprise donneuse d'ordre : 108, 214, 218, 225

Environnement : 43-44, 107, 530, 563

F

Faute : 477, 479, 483 et s., 590 et s.

G

Gouvernance (d'entreprise) : 32, 56, 99, 174, 241, 244, 250, 254, 268, 358-375, 386-397, 567

Groupe de sociétés : 22, 212, 282, 545

H

Harmonisation : 403-426

I

Identification (des risques) : 230-231
Indemnisation : 525, 564
Information : 23, 105, 230-231, 292-302, 544
Institutions représentatives du personnel
Intérêt à agir : 438-447, 454-456
Intérêt social : 21-23, 272-272, 591-593

N

Négligence : 55, 331, 431, 443-445, 475, 480, 489, 515, 526, 612-613
Négociation collective : 38, 258-259, 286
Norme ISO : 47, 242, 390

P

Partie prenante :
- définition : 236-317
Perte de chance : 548
Point de contact national (PCN) : 307-308, 313, 412
Pouvoir : 15, 62-67, 123-125, 151, 164, 223, 325
Préjudice : v. dommage
Principe de précaution : 528-533
Publication : 544-547

R

Raisonnable :
- diligence raisonnable : 78, 89-95, 111, 138-140, 145, 173, 182, 182, 205, 109, 216, 222-223, 228, 246, 264, 271, 294, 303, 391, 407
- standard du raisonnable : 161-166, 184, 324, 443, 491-492
Réglementation : 135, 140, 231, 239
Régulation : 15, 66, 69-70, 124, 409
Relation (intersociétaire) : 198 et s., 549, 555
Réparation :
Reporting / rapportage : 23, 105, 169, 512
Réseau : 34, 222
Responsabilité :
- responsabilité du fait d'autrui : 579-580, 586, 589
- responsabilité du fait personnel : 479 et s.
- responsabilité sociale des entreprises (RSE) : 140, 148, 241-244, 528
Risque : 530-533

S

Sphère d'influence : 223, 390
Société :
- notion : 18, 32-33

- sociétés visées : 111, 201-207, 390-397

Sous-traitance : 5, 8-9, 214-218

Standard :

- juridique : 51-53

- relations d'affaire : 48-49

- technique : 46-47

Syndicat : 249, 365, 455, 458-459

T

Transnational : 71-73

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS

SOMMAIRE

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

INTRODUCTION	1
I. LES DONNÉES DU PROBLÈME	2
A. La chaîne de valeur transnationale.....	2
B. Les droits fondamentaux dans les chaînes de valeur transnationales	7
II. LES NOTIONS JURIDIQUES A L'ŒUVRE	10
A. Les notions de société et d'entreprise	12
1. La distinction entre la société et l'entreprise	12
2. Les liens entre la société et l'entreprise.....	14
a. L'entreprise commune.....	15
b. L'imputation des obligations.....	17
3. La société et l'entreprise : définitions retenues	22
a. La société, débitrice des obligations de diligence	22
b. La fonction heuristique de l'entreprise.....	23
B. Les droits fondamentaux	26
1. Les droits sociaux fondamentaux	27
2. Les droits fondamentaux en matière environnementale.....	31
C. Les différents types de standards de diligence.....	33
1. Les standards techniques de diligence.....	33

2.	Le standard de diligence dans les relations d'affaires	34
3.	Le standard juridique de diligence	36
a.	Le standard juridique	36
b.	Le standard de diligence	39
c.	La définition retenue	40
III. LES APPROCHES MÉTHODOLOGIQUES DE LA DILIGENCE		42
A.	La constitutionnalisation de l'entreprise privée	44
B.	Le droit global : la régulation par-delà les frontières et les ordres juridiques	48
C.	L'analyse transnationale de l'entreprise, une méthodologie à l'œuvre.....	50
IV. LES APPROCHES DE DROIT COMPARÉ		54
A.	La question de la traduction	55
B.	La position du comparatiste	57
V. L'ÉTUDE DE DEUX STANDARDS DE DILIGENCE EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX : LE DEVOIR DE VIGILANCE ET LE <i>DUTY OF CARE</i>		62
A.	La diligence en droit international des droits de l'Homme	62
1.	L'exclusion de la diligence des États	64
2.	Les influences de la diligence raisonnable des sociétés	64
B.	La diversité du droit positif	70
C.	Le devoir de vigilance et le <i>duty of care</i>	75
1.	Une alliance de prévention et de sanction	75
a.	L'originalité du devoir de vigilance en droit français	76
i.	La diversité des obligations de vigilance	76
ii.	Le devoir de vigilance	78

b.	Les nouvelles applications du <i>duty of care</i> en matière de droits fondamentaux	80
2.	Une application originale et renouvelée de la diligence.....	83
PARTIE I. LA PRÉVENTION DES ATTEINTES		87
TITRE I. LES OBLIGATIONS DE PRÉVENTION.....		90
Chapitre 1. L’identification des obligations de prévention.....		91
Section 1. La diversité des obligations		92
§1.	La normativité des engagements volontaires des sociétés	92
A.	Une normativité graduée	93
B.	Le <i>smart mix</i> normatif	95
§2.	L’insertion des engagements volontaires dans la règle de droit par les standards de diligence	98
A.	La fonction d’intégration du standard juridique.....	98
1.	Le standard juridique, outil classique du respect des droits fondamentaux .	98
2.	La fonction des standards de diligence à l’intention des sociétés transnationales	100
B.	L’autorégulation au cœur de la diligence	102
1.	La mobilisation des engagements volontaires dans le plan de vigilance en droit français	103
2.	Le recours aux engagements volontaires pour la mise en œuvre du <i>duty of care</i> en droit anglais	105
Section 2. Les insuffisances des obligations		109
§1.	Les limites des mesures raisonnables.....	109
§2.	L’absence de renouvellement des pratiques.....	112

A.	La reprise des engagements volontaires dans les plans de vigilance en droit français	113
B.	Le respect du <i>duty of care</i> par la mise en œuvre d’engagements volontaires en droit anglais	117
Chapitre 2.	Les voies de réforme des obligations de prévention	120
Section 1.	Le renforcement de l’effectivité des obligations	120
Section 2.	L’encadrement des obligations	124
§1.	Les demandes d’injonction formulées devant le juge français.....	125
§2.	Les demandes d’injonction formulées devant le juge anglais	126
TITRE II. LES ACTEURS DE LA PRÉVENTION		131
Chapitre 1.	Les acteurs de la prévention dans les relations intersociétaires.....	132
Section 1.	Les sociétés débitrices des obligations de prévention.....	132
§1.	L’identification des sociétés débitrices	132
§2.	Le périmètre étendu des obligations.....	136
A.	La diversité des formes juridiques d’organisation comprises dans le périmètre des obligations	137
1.	L’hypothèse du groupe de sociétés	138
2.	L’hypothèse de relations contractuelles de sous-traitance ou de fourniture	139
B.	La définition du périmètre des obligations.....	143
1.	La définition de l’entreprise	143
2.	L’appréhension des relations de travail dans l’entreprise	146
Section 2.	L’immixtion requise dans la gestion d’une autre société.....	149
§1.	Connaître... ..	149

§2.	... Pour mieux agir	151
Chapitre 2.	Le rôle résiduel des parties prenantes de la société.....	155
Section 1.	La définition des parties prenantes.....	156
§1.	Les liens entre autorégulation et théorie des parties prenantes	156
A.	La dimension sociale de la RSE incarnée par les parties prenantes	157
B.	L'association facultative des parties prenantes	159
1.	La définition des parties prenantes par la société.....	160
2.	Les inégalités entre parties prenantes	164
a.	La place centrale des actionnaires.....	165
b.	Les défaillances à appréhender les relations de travail.....	167
3.	La définition des conditions d'association des parties prenantes par la société	170
§2.	La prise en compte des intérêts des parties prenantes	172
A.	Les intérêts des parties prenantes	173
B.	La convergence vers l'intérêt de la société	174
Section 2.	Le cadre et les moyens d'action des parties prenantes	179
§1.	La décision d'association des parties prenantes	179
A.	Le recours à l'acte de gestion	179
B.	La négociation d'accords-cadres transnationaux	182
1.	L'extension géographique du dialogue multipartite.....	183
2.	L'internormativité dans le dialogue multipartite.....	184
§2.	Les moyens d'action des parties prenantes	188
A.	L'information et la participation des parties prenantes	188
1.	L'information des parties prenantes	189
a.	L'accès à l'information	189

b.	L'impératif de transparence	192
2.	La participation des parties prenantes	193
B.	Le suivi et le contrôle de la prévention	196
PARTIE II. LA SANCTION DE LA NÉGLIGENCE		209
TITRE I. LA DÉTERMINATION DE LA JURIDICTION COMPÉTENTE ET LA		
DÉSIGNATION DE LA LOI APPLICABLE		212
Chapitre 1. L'application des règles de compétence juridictionnelle et de conflit de lois		
.....		214
Section 1. Le juge compétent		214
§1.	Une garantie d'accès effectif au juge	215
A.	La reconnaissance de la compétence du juge de l'État d'origine de la société poursuivie pour permettre un accès effectif au juge.....	216
B.	La compétence du juge du siège de la société poursuivie en droit de l'Union européenne	217
1.	La compétence du juge du siège de la société poursuivie en droit de l'Union européenne	217
2.	La reconnaissance de la compétence des juridictions française et anglaise	219
C.	La compétence du juge du siège de la société poursuivie post-Brexit	222
1.	L'exclusion de la doctrine du <i>forum non conveniens</i> en application du droit de l'Union européenne	222
2.	L'avenir de l'exclusion du <i>forum non conveniens</i> au sein de la <i>common law</i> anglaise	224
§2.	Le contrôle judiciaire de la gouvernance de l'entreprise	227

A.	Contrôle de la gouvernance et reconnaissance de la compétence matérielle du juge en droit français	229
B.	Contrôle de la gouvernance et reconnaissance de la compétence du juge anglais	234
C.	Le renouvellement du contrôle de la gouvernance par l'action contre des codéfendeurs	237
Section 2.	L'application de la loi de la société	241
§1.	Un enjeu d'application des standards de vigilance et de <i>care</i>	241
A.	L'application du standard de vigilance aux sociétés transnationales	242
B.	L'application du standard de <i>care</i> aux sociétés transnationales.....	245
§2.	Les limites de la prise en compte de la gouvernance de l'entreprise transnationale pour la détermination de la loi applicable	248
A.	Les complexités du déploiement des activités de l'entreprise à l'échelle transnationale	248
B.	Les sociétés visées et le champ d'application de la diligence	251
1.	Les sociétés visées et le champ d'application du devoir de vigilance.....	252
2.	Les sociétés visées et le champ d'application du <i>duty of care</i>	254
Chapitre 2.	L'harmonisation supranationale des règles de compétence juridictionnelle et de conflit de lois	258
Section 1.	L'harmonisation internationale des règles	259
§1.	Les règles prévues par les instruments internationaux existants	260
§2.	Les perspectives ouvertes par le projet de traité sur les entreprises et les droits de l'Homme	264
Section 2.	L'harmonisation régionale des règles	267
A.	La perspective de nouvelles règles de compétence et de conflit de lois	268

B.	Le développement des mécanismes extra-judiciaires	269
1.	Le traitement des plaintes par la société.....	270
2.	Le rôle dévolu aux autorités nationales de contrôle	271
TITRE II. LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ DES SOCIÉTÉS		
TRANSNATIONALES		276
Chapitre 1. Les conditions de recevabilité de l'action en responsabilité		278
Section 1. Le droit d'agir des personnes physiques en défense d'un intérêt personnel		
.....		279
§1.	L'ouverture de l'action en justice sur le fondement du devoir de vigilance ..	279
§2.	L'ouverture de l'action en justice sur le fondement du <i>duty of care</i>	281
A.	L'approche substantielle du droit d'agir des victimes en droit anglais	282
B.	La proximité, condition nécessaire de l'action.....	282
§3.	Les conséquences d'un devoir préexistant de diligence sur les titulaires de	
	l'action en justice.....	285
Section 2. Le droit d'agir de groupements en représentation d'un intérêt collectif..		
.....		287
§1.	Le rôle des parties prenantes au stade de l'action	287
§2.	L'action en justice des associations et syndicats.....	288
A.	La qualité des associations et des syndicats à agir sur le fondement de la loi sur	
	le devoir de vigilance	288
1.	La qualité des associations à agir	289
2.	La qualité des syndicats à agir.....	291
B.	La qualité des associations et des syndicats à agir dans le cadre du délit de	
	négligence	292
C.	L'opportunité du développement de l'action de groupe	293

1.	L'opportunité du développement de l'action de groupe sur le fondement du devoir de vigilance en droit français	294
2.	L'opportunité du développement de l'action de groupe sur le fondement du <i>duty of care</i> en droit anglais	295
Chapitre 2. Les conditions de fond de l'action en responsabilité		300
Section 1. L'application des conditions classiques de la responsabilité du fait personnel		302
§1.	L'exigence d'une faute de diligence	303
A.	La faute de diligence, une négligence dans la prévention imputable à la société transnationale	304
1.	La violation d'un devoir extracontractuel de moyens	304
a.	La violation d'un devoir extracontractuel	304
b.	La violation d'un devoir de moyens	307
c.	Le lien entre devoir de moyens et autorégulation	310
2.	L'opportunité du développement d'un devoir de résultat à l'intention des sociétés transnationales en matière de droits fondamentaux	311
a.	Le recul des obligations de l'employeur en matière de santé et de sécurité	312
b.	La possibilité offerte au tiers de se prévaloir d'un manquement à un devoir contractuel de résultat en droit français	315
B.	La faute de diligence, un défaut de prévention	318
1.	L'omission fautive de la société transnationale	319
a.	L'omission de rédaction et de mise en œuvre effective du plan de vigilance en droit français	320
b.	L'omission fautive appréciée au regard d'un faisceau d'indices en droit	

anglais	321
2. Le développement d'une responsabilité-prévention.....	325
a. Le rôle de la procédure d'injonction en matière de prévention	325
b. Le développement d'une responsabilité à la croisée des impératifs de prévention et de sanction	328
C. La faute de diligence et le recul de la précaution	330
1. L'exclusion du principe de précaution dans la loi relative au devoir de vigilance	330
a. Vigilance et précaution face aux risques environnementaux.....	330
b. Vigilance et précaution face aux risques de santé	332
2. L'hypothèse du recours au principe de précaution en vue d'un assouplissement des conditions de la responsabilité	333
§2. L'exigence d'un lien de causalité entre la faute de diligence et le dommage	334
A. Les difficultés de preuve du rôle causal de la faute de diligence dans la survenance du dommage	335
1. L'application des règles du droit commun de la responsabilité en matière de causalité	335
a. L'exigence d'un lien de causalité entre la faute de diligence et le dommage	335
b. La charge de la preuve d'un lien de causalité entre la faute de diligence et du dommage	336
2. Les difficultés de preuve du rôle causal de la faute de diligence par le demandeur	337
a. Les limites du recours aux engagements volontaires de la société pour rapporter la preuve du lien de causalité.....	338

b.	Les limites des informations publiées pour rapporter la preuve du lien de causalité	340
B.	La réparation de la perte de chance face à une causalité incertaine	343
C.	Le jeu de la présomption de causalité	344
1.	Le rejet de la présomption de causalité du défaut de vigilance ou de <i>care</i> en matière de droits fondamentaux	345
2.	L’avenir de la présomption de causalité dans la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance	348
§3.	L’exigence d’un dommage réparable	350
A.	Les spécificités du dommage résultant d’une faute de diligence	351
B.	Le dommage consistant en une atteinte aux droits fondamentaux	352
Section 2.	Les voies d’une extension de la responsabilité de la société et du dirigeant	355
§1.	Les nouvelles sources de la responsabilité de la société transnationale	356
A.	Le cantonnement de la responsabilité de la société à l’engagement de la responsabilité pour faute	357
1.	L’engagement de la responsabilité du fait personnel, reflet de l’absence de remise en cause de l’autonomie des personnes morales sociétaires	357
2.	L’engagement de la responsabilité du fait personnel, signe du recul des logiques de coresponsabilité	358
B.	L’opportunité du développement d’une responsabilité de la société transnationale du fait de l’entreprise	360
1.	Les justifications d’une évolution de la responsabilité de la société transnationale	361
a.	Justification théorique : la théorie du risque	362

b.	Application à la responsabilité de la société transnationale	364
2.	Vers l'avènement d'une responsabilité sans faute de la société transnationale ?	365
§2.	L'extension de la responsabilité pour faute de diligence : vers la reconnaissance d'une responsabilité du dirigeant ?.....	368
CONCLUSION GÉNÉRALE		375
BIBLIOGRAPHIE		383
INDEX		439
TABLE DES MATIÈRES		443