



## LE DEVOIR DE VIGILANCE, UN NOUVEL HORIZON<sup>1</sup>

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS – 4 DÉCEMBRE 2017

PAR JEAN-BRICE TAP\*

Après le développement des « droits à ... », l'ordre juridique serait-il en passe d'entériner une évolution profonde vers les « devoirs de » ? C'est bien ce que laissent penser deux textes récents, la loi « Sapin II » du 9 décembre 2016<sup>2</sup>, relative à la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique et la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>3</sup>. Chacun de ces textes consacre en effet un « devoir de vigilance » à la charge de certaines entreprises.

Ce recours à la mécanique de la vigilance n'est toutefois pas nouveau dans son principe. La difficulté d'identifier et de traiter certains phénomènes pathologiques a conduit le législateur à s'en décharger sur les opérateurs eux-mêmes, investis à cette occasion d'une mission de surveillance. Ces opérateurs deviennent en quelque sorte les sentinelles de l'application du droit. À ce titre, la lutte contre le blanchiment des capitaux fait figure d'exemple topique<sup>4</sup>. Tous les professionnels visés par l'article L. 561-

2 du code monétaire et financier – essentiellement les établissements de crédit – ont une obligation de vigilance sur leur client, mais aussi sur les bénéficiaires effectifs des opérations, et cela dès l'entrée en relation d'affaires. Mais encore, dans le cadre de la lutte contre le travail dissimulé<sup>5</sup>, tout donneur d'ordre est tenu, lors de la conclusion d'un contrat en vue de l'exécution d'un travail, de la fourniture d'un service ou de l'accomplissement d'un acte de commerce, à une obligation de vigilance à l'égard de son cocontractant<sup>6</sup>. Il doit ainsi vérifier que celui-ci est à jour de ses obligations auprès des organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales en se faisant remettre une attestation dite de vigilance. Un dispositif apparenté se retrouve s'agissant du travail détaché<sup>7</sup> et vise à la lutte contre le *dumping social*<sup>8</sup>, rendue particulièrement nécessaire avec l'ouverture des frontières. La récente bataille autour de la révision de la directive « travailleur détaché » s'en fait le témoin.

Au-delà, l'émergence du devoir de vigilance s'inscrit dans un mouvement global. Désormais, le devoir de vigilance est imposé. Les lois du 9 décembre 2016 et du 27 mars 2017 instaurent un tel devoir. Le législateur français n'est en ce

---

\* Jean-Brice Tap est maître de conférences des facultés, Centre de droit économique, Université d'Aix-Marseille.

1 - NdA : le style oral de l'intervention a été conservé.

2 - L. 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 du 10 décembre 2016.

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

4 - C. J. Berr, « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », *Rép. droit commercial*, Dalloz, janv. 2017.

---

5 - Art. L. 8222-1 C. trav ; A. Cerf-Hollender, « Travail dissimulé », *Rép. droit du travail*, Dalloz, sept. 2017.

6 - L. 1262-4-1 C. trav.

7 - M. Segonds, « Les limites imposées à l'optimisation sociale par la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale », *RSC*, 2014 p. 828.

8 - P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail*, éd. O. Jacob, 2015, p. 132.

sens pas isolé. Cette intervention du droit dur se retrouve dans d'autres pays, non sous la plume du législateur mais sous celle de l'autorité judiciaire. La jurisprudence anglaise a consacré, dès les années 1990, l'existence d'un devoir de diligence pesant sur les sociétés mères anglaises envers les employés de leurs filiales ainsi que les communautés locales concernées par leurs opérations. Il en va de même dans les jurisprudences canadienne et hollandaise, qui ont pu voir émerger un « *duty of care* » des sociétés mères à l'égard de leurs filiales<sup>9</sup>. L'idée est donc partagée. Le devoir de vigilance s'inscrit ainsi dans un mouvement contemporain – dans l'air du temps, oserait-on dire. En ce sens, le droit cherche en réalité à responsabiliser les opérateurs économiques, et particulièrement les grandes entreprises, les groupes de sociétés, ayant une activité internationale.

Le droit souple a également fait la part belle au devoir de vigilance. Les instruments du droit souple ont pour objet d'orienter les comportements de leurs destinataires en engendrant, autant que faire se peut, leur adhésion. Ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires mais sont une force de proposition essentielle. Dès 1976, l'OCDE a édicté des principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales. Ces principes ont été révisés en 2011 pour y inscrire la nécessaire vigilance concernant le respect des droits de l'Homme et la prise en compte des chaînes d'approvisionnement<sup>10</sup>. De son côté, en juin 2011, le Conseil des droits de l'Homme des Nations unies a adopté des « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme »<sup>11</sup>. Ce texte exige des sociétés qu'elles veillent au respect de ces droits par la mise en œuvre de procédures, dites de « diligence raisonnable »<sup>12</sup>. Le même Conseil a également adopté en juin 2013 une résolution sur « les effets négatifs de la corruption sur la jouissance des droits de l'Homme ». Par ailleurs, l'Organisation internationale de normalisation s'est

inscrite dans le même mouvement. Ces standards internationaux se sont mis au diapason, puisque la norme ISO 26000 précise que « les organisations ont la responsabilité de respecter tous les droits de l'Homme, indépendamment du fait que la nation soit incapable d'assurer son devoir de protection ou non désireuse de le faire ». Ces standards éthiques ont trouvé un foyer d'accueil naturel au sein des codes de bonne conduite et chartes éthiques. Leur prolifération illustre si besoin en est la tension vers de louables objectifs. Les grandes entreprises promeuvent ainsi depuis de nombreuses années les actions éthiques, et s'inscrivent dans une logique de responsabilité sociale des entreprises. Par exemple, l'entreprise Vivendi dispose, depuis 2002, d'un Programme de vigilance qui énonce des règles générales d'éthique dans la conduite des affaires. Le droit souple, précurseur, a donc rapidement intégré ces objectifs éthiques dont il s'est particulièrement bien saisi<sup>14</sup>. Plus largement, le devoir de vigilance confirme l'émergence d'un mouvement de fond en droit, souple et dur, tendant à la promotion d'une certaine éthique des affaires<sup>15</sup>.

La notion même de devoir présente à n'en pas douter une coloration éthique et renvoie à l'idée de morale<sup>16</sup>. Parce qu'il charrie une certaine coloration philosophique, le devoir est pertinent pour qualifier des règles de droit qui ne sont pas moralement neutres, et véhiculent une certaine idée de justice sociale<sup>17</sup>; cela, pour en assurer l'effectivité dans les relations juridiques. La bannière sous laquelle évolue le devoir de vigilance est ainsi résolument éthique : lutte contre le blanchiment des capitaux, lutte contre la concurrence sociale déloyale, lutte contre le travail dissimulé, lutte contre la corruption, lutte contre les drames humains et écologiques.

Alors, le devoir de vigilance serait-il un nouvel horizon ? La vigilance est une nouvelle approche juridique, qui fait de certains opérateurs des vigies du respect du droit. Choisis parce qu'ils occupent un point de vue particu-

9 - R.-C. Drouin, « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ? », *Dr. soc.*, 2016, p. 246.

10 - *Ibid.*

11 - Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 25 mai 2011, disponible à l'adresse <http://www.oecd.org>.

12 - Disponible à l'adresse <http://www.ohchr.org>.

13 - P. Herbel, « La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'Homme par l'entreprise » *D.*, 2013 p. 1570.

14 - P. Deumier, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », *D.*, 2013 p. 1564.

15 - Ph. Le Tourneau, « Le droit et l'éthique », in *Droit et Technique*, Mélanges X. Linant de Bellefonds, Litec, 2007, p. 308.

16 - Sur les rapports entre le droit et la morale, voy. not. : J. Carbonnier, *Flexible droit*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, p. 94 et s.

17 - B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, t. 576, 2017.

lier, en raison de leur taille ou de leur qualité, et parce qu'ils disposent d'un pouvoir d'imposer des changements aux opérateurs qui contractent avec eux, les opérateurs économiques soumis au devoir de vigilance doivent intégrer une nouvelle logique. Nouvel horizon donc, en ce que ce devoir déambule au gré d'objectifs que le législateur choisit, ponctuellement, pour s'adjoindre une collaboration active des sujets de droits dans le respect de la règle.

Le devoir de vigilance engendre des obligations dont il est possible de proposer une approche graduelle. C'est en effet une progression dans l'intensité qui traduit le mieux la logique intrinsèque du devoir de vigilance. Il s'agit d'imposer aux opérateurs économiques une obligation de surveillance. Mais encore, il est nécessaire de s'interroger sur l'existence d'une obligation de réaction, chaque fois que la surveillance conduit à mettre en exergue un comportement nocif. Lorsque la surveillance aura finalement échoué, ou été défaillante, c'est alors une logique de sanction qui lui succédera. D'abord, surveiller (I). Ensuite, réagir (II). Enfin, sanctionner (III).

## I - Surveiller

D'abord, surveiller. Les difficultés pour l'État d'être omniscient l'ont rendu, à défaut, pragmatique. Plutôt que de tenter d'être partout, et donc certainement nulle part, il a fait le choix d'externaliser la mission de régulation qui lui incombe en principe<sup>18</sup>. Il fait ainsi peser sur les opérateurs économiques, au titre du devoir de vigilance, une obligation de surveillance<sup>19</sup>, parce qu'ils ont pour cela une situation privilégiée en raison de leur taille ou de leur qualité. Cette surveillance répond indéniablement d'une logique de prévention. Dès lors, c'est en premier lieu, le champ, vaste, de la surveillance, qui mérite l'attention. En second lieu, c'est l'intensité de la surveillance mise en œuvre qui est placée au cœur du dispositif de vigilance.

### A - Le champ de la surveillance

En premier lieu, le devoir de vigilance puise sa justification dans la position privilégiée qu'occupent certains opérateurs. Celle-ci leur

confère non seulement un point d'observation avantageux mais encore une responsabilité particulière. Quant à l'identification du sémaphore, elle répond toujours d'un très grand pragmatisme. Un premier pan de la vigilance s'adosse à la qualité de ceux qui en supportent le devoir. Ainsi, qui mieux choisir que les établissements de crédits, les professions du chiffre et du droit pour lutter contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme ? Parce qu'ils sont des opérateurs centraux, cruciaux, inévitables dans le déplacement des fonds et le montage d'opérations financières, il leur appartient de surveiller les événements qui se déroulent dans leur giron. C'est ainsi que tous les professionnels visés par l'article L. 561-2 du code monétaire et financier ont une obligation de vigilance sur leur client et clients occasionnels, mais aussi sur les bénéficiaires effectifs des opérations dès l'entrée en relation d'affaires<sup>20</sup>. De même, la lutte contre le travail dissimulé de l'article L. 8221-1 du code du travail, ou encore la lutte contre les fraudes en matière de détachement procèdent de la même dynamique et imposent une obligation de surveillance aux donneurs d'ordres et maîtres d'œuvre. Ils sont en effet les mieux placés, observateurs privilégiés, pour s'assurer du respect de la réglementation par leurs partenaires, contractants et sous-traitants. À cette logique qualitative, le législateur n'a pas manqué d'adjoindre une logique quantitative.

Si les années 1980 ont vu les opérateurs économiques en position dominante investis d'une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte à la concurrence depuis le célèbre arrêt « Michelin I »<sup>21</sup>, l'essor contemporain du devoir de vigilance a de nouveau fait peser des contraintes particulières sur les grandes entreprises. Parce qu'elles sont de véritables pouvoirs privés économiques<sup>22</sup>, le législateur leur confie le soin de surveiller les conditions de réalisation de leurs activités. La loi « Sapin II » du 9 mars 2016 vise en ce sens à la prévention de la corruption. Son champ d'application est clairement orienté vers les grandes entreprises. L'article 17 de la loi s'adresse aux sociétés employant au moins 500 salariés, mais aussi à celles qui appartiennent à un groupe de sociétés dont la mère est située en France et dont l'effectif est de 500 salariés et le chiffre d'affaires de 100 mil-

18 - X. Boucobza et Y-M. Serinet, « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.*, 2017, p. 1619.

19 - C. Coulon, *L'obligation de surveillance. Essai sur la prévention du fait d'autrui en droit français du droit de la responsabilité civile*, préf. C. Jamin, Economica, 2003.

20 - C. J. Berr, « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », *préc.*

21 - CJCE, 9 nov. 1983, aff. 322/81, *Rec. CJCE*, p. 3461.

22 - G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

lions d'euros. La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre confirme assez nettement l'idée. Elle se donne pour ambition de prévenir « les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement ». Elle s'applique à « 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 ». L'on perçoit ici la rançon d'un « big is beautiful », en ce sens que la charge supportée par les grandes entreprises est d'autant plus significative qu'elles atteignent une taille certaine.

Et le moins que l'on puisse dire, c'est que les champs d'application de ces textes ne sont pas d'une limpidité absolue<sup>23</sup>. La loi sur le devoir de vigilance invite l'observateur à la réflexion quant au point de savoir si elle concerne ou non les SAS<sup>24</sup>. Dans la mesure où l'article L. 225-102-4 du code de commerce, qu'elle crée, relève du chapitre concernant les sociétés anonymes, nous sommes enclins à penser que seront donc concernées les SA, les SCA ainsi que les SAS<sup>25</sup>. Encore, le seuil mentionné de 10 000 salariés ne devrait s'appliquer que si une société mère française dispose de filiales localisées à l'étranger. Une question qui mérite d'être posée n'est toutefois pas tranchée par le texte. Le devoir de vigilance s'applique-t-il dans l'hypothèse d'une société mère implantée à l'étranger, ayant des filiales à l'étranger et dont l'une d'elles est située en France, dès lors qu'elle dépasserait le seuil global de 10 000 salariés ? La filiale française devra-t-elle en ce cas établir un plan de vigilance ? La solution dépendra de la lecture plus ou moins stricte qu'en feront les juridictions<sup>26</sup>. On peut avancer qu'une interprétation téléologique du texte inviterait à exclure cette

configuration du champ d'application de la loi du 27 mars. De surcroît, le devoir de vigilance accuse ici une difficulté supplémentaire dans la mesure où son champ d'application est différent selon qu'il concerne la prévention de la corruption, le reporting extra financier, imposant par exemple aux sociétés cotées de communiquer des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, ou bien les atteintes aux droits humains et libertés fondamentales issues de la loi du 27 mars 2017. Le mille-feuille d'obligations vient donc de voir une couche supplémentaire s'ajouter. La lisibilité n'en est d'autant rendue que plus compliquée.

À ce stade, l'on peut souligner un certain paradoxe : l'adoption de la loi du 27 mars a été largement justifiée par le drame du *Rana Plaza*, cette usine au Bangladesh dont l'effondrement avait entraîné le décès d'un grand nombre de travailleurs<sup>27</sup>. Or les seuils finalement retenus par le législateur n'auraient pas permis au devoir de vigilance de s'appliquer à un grand nombre des entreprises qui exploitaient leurs activités sur le site concerné<sup>28</sup>. En toutes hypothèses, voici les grandes entreprises investies par le législateur d'une mission de régulation des comportements et des activités à risque. En externalisant la fonction de surveillance des comportements, le droit transforme un peu plus encore l'environnement juridique dans lequel les acteurs économiques sont contraints d'évoluer. Le législateur a par ailleurs pris soin de déterminer les moyens de la surveillance ainsi exercée.

## B - Les moyens de la surveillance

En second lieu, les moyens de la surveillance sont essentiels. La contrainte documentaire n'a eu de cesse d'augmenter, pour les particuliers comme les entreprises. Le devoir de vigilance s'inscrit parfaitement dans ce mouvement. La vigilance est une attitude par essence difficile à saisir. Pour cette raison, le devoir de vigilance se nourrit très largement de formalisme. C'est ainsi que le dispositif français de lutte contre le blanchiment des capitaux prévoit par exemple la mise en place de procédures et mesures adap-

---

23 - B. Parance, « La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Gaz. Pal.*, 18 avril 2017, n° 15, p. 16.

24 - 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. 806.

25 - En ce sens, S. Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP* 2017. doctr. 622.

26 - B. Parance, « La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *art. préc.*

---

27 - AN, 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*.

28 - C. Hannoun, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *art. préc.*

tées de contrôle interne. Elles permettent d'effectuer les diligences nécessaires à des fins d'identification du client sur la base des informations en sa possession ou de tout document écrit probant.

Prolongeant cette logique, la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre et la loi « Sapin II » reposent sur la technique de planification – dont on pourrait être tenté de dire qu'en d'autres temps et d'autres lieux, elle ne connut pas un succès foudroyant. Quoi qu'il en soit, le devoir de vigilance repose sur une formalisation des risques identifiés au sein d'un « plan »<sup>29</sup>. Il s'agit pour les opérateurs de s'inscrire dans un principe de prévention assumé. La loi « Sapin II » impose à cette fin la mise en place de huit mesures préventives anticorruption qui constituent le « plan anticorruption ». La loi du 27 mars dresse pour sa part une série de cinq mesures devant constituer le plan de vigilance. L'identification des risques est ainsi au cœur des préoccupations. Elle va permettre de les évaluer, et de mieux les hiérarchiser. Chacun des textes recourt en effet à l'exigence de cartographier les risques mais également impose la mise en place de procédures d'évaluation. La logique commune se poursuit lorsque l'on constate la nécessité d'informer pour mieux prévenir. La loi « Sapin II » prévoit pour lutter contre la corruption l'établissement d'un code de conduite, alors que la loi sur le devoir de vigilance se tourne vers la nécessaire information et formation des acteurs de l'entreprise. Encore, il est exigé que les plans prévoient des mesures de détection et de suivi. À ce titre, il est ainsi nécessaire de mettre en place des programmes d'alerte. Par ailleurs, quant à l'élaboration même du plan de vigilance, la loi accentue une collaboration croissante avec la catégorie si fuyante des parties prenantes<sup>30</sup>. Ces dernières doivent en effet pouvoir être associées à la rédaction du plan. Soulignons toutefois que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 23 mars 2017, a pris soin de préciser que le mécanisme en question n'avait qu'une vocation incitative<sup>31</sup>.

Pour être efficace, la vigilance doit porter aussi loin que la vue. Or, celle-ci ne s'arrête pas aux frontières lorsque le point d'observation est suffisamment élevé. Le devoir de vigilance a

donc vocation à s'exercer *urbi et orbi*<sup>32</sup>. Cette inscription dans l'internationalité participe de sa nature même. Si l'on pense par exemple à la lutte contre la concurrence sociale déloyale, elle prend tout son sens dans une perspective de mondialisation et de relations transfrontières. C'est ainsi que la vérification du respect de certaines conditions, au premier rang desquelles la rémunération, participe de la lutte contre le *dumping*, où l'implantation à l'étranger serait l'instrument d'un contournement. Il en va de même s'agissant de la lutte contre la corruption engagée par la loi « Sapin II ». Quant à la loi du 27 mars 2017, inspirée par un drame survenu à l'étranger, ses ambitions globales sont affichées.

L'intérêt de ce nouveau devoir de vigilance reste de saisir des comportements pourtant en principe hors d'atteinte du droit français. L'on perçoit alors les linéaments de l'extraterritorialité émerger. Ce concept renvoie à l'idée d'un droit dont l'application serait tentaculaire, un droit qui autoriserait un État à se saisir d'une situation dont les éléments caractéristiques seraient pourtant situés hors de son territoire, c'est-à-dire en principe hors de portée de sa sphère normative<sup>33</sup>. Il est en effet compréhensible que face au développement des stratégies de localisation des sociétés, les ordres juridiques soient tentés d'imposer le respect de leur réglementation<sup>34</sup>, et cela quelle que soit la localisation des sociétés concernées. Faire une application extraterritoriale du droit conduit en réalité simplement à lui faire produire des effets juridiques hors du territoire duquel il émane. Le développement de cet outil constitue la réponse adéquate aux stratégies de localisation<sup>35</sup>. Imposer une vigilance aux sociétés implantées en France à l'égard de comportements, d'activités ou de faits se situant à l'étranger conduit à conférer un effet extraterritorial à la législation française. Cela pourrait malgré tout soulever un problème quant à la compétitivité des entreprises françaises soumises à plus de devoirs que leurs concurrentes, implantées hors de l'Hexagone.

29 - M-C. Caillet, « Du devoir de vigilance aux plans de vigilance ; quelle mise en œuvre ? », *Dr. soc.*, 2017 p. 819.

30 - Y. Queinnec, « Le plan de vigilance idéal n'existe pas », *RLDA*, n° 124, 1<sup>er</sup> mars 2017.

31 - Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC.

32 - L. Gamet, « Droits de l'Homme au travail, urbi et orbi » ? *Dr. soc.*, 2016, p. 1029.

33 - J-M. Jacquet, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *JDI* 1985, p. 327 et s. ; B. Sterne, « Une tentative d'élucidation du concept d'application extraterritoriale », *RQDI*, 1986, p. 49 et s.

34 - M-A. Frison-Roche et S. Bonfils, *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, PUF, 1<sup>er</sup> éd, 2005, p. 78.

35 - L. d'Avout, « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *JCP G*, 12 oct. 2015, n° 42.

Cette ambition extraterritoriale est par ailleurs étonnante si l'on considère l'évolution des réglementations étrangères. La loi belge de compétence universelle de 1993 a ainsi été abrogée en 2003 ; mais encore et surtout si l'on considère les développements de l'extraterritorialité sur le fondement de l'*Alien Tort Claim Act* aux États-Unis d'Amérique<sup>36</sup>. Ce texte préfigurait pourtant l'émergence d'un devoir de vigilance en ce qu'il donnait compétence aux tribunaux fédéraux américains pour statuer sur toute action civile intentée par un étranger pour une infraction commise en violation du droit des Nations. Pourtant, l'extraterritorialité de cette réglementation a reçu un sérieux coup d'arrêt. Une décision *Kiobel* de la Cour Suprême des États-Unis du 17 avril 2013 a ainsi battu en brèche l'application extraterritoriale de ce texte<sup>37</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'un contentieux dirigé contre une entreprise multinationale, la *Royal Dutch Shell*, pour des faits de torture et de violence perpétrés au Nigéria. La Cour suprême a refusé de connaître de ce contentieux et donc cantonné l'application du droit américain<sup>38</sup>. L'on peut ici souligner le paradoxe d'un droit américain rétif à être extraterritorial dans cette hypothèse – beaucoup moins, lorsqu'il s'agit de sanctionner une banque française pour avoir méconnu ses règles d'embargo<sup>39</sup>.

Le droit français serait-il à cet égard à contre-courant, faisant cavalier seul, comme ont pu le penser certains<sup>40</sup> ? Cela n'est pas notre avis pour plusieurs raisons. D'abord, parce que s'agissant de la corruption, le droit français se hisse au niveau des standards internationaux sur lesquels il accusait un retard. Aussi bien les États-

Unis avec le *FCPA* que la Grande Bretagne avec le *UK Bribery Act* connaissent des législations propres à prévenir des faits de corruptions commis à l'étranger. L'effet regrettable de l'absence de réglementation française était l'exposition des entreprises françaises aux dispositifs extraterritoriaux étrangers, profitant en quelque sorte de l'absence de réaction du pays de leur siège social. Mais encore parce que, à l'instar des obligations de *reporting* extra financier pour lesquelles la France avait fait œuvre d'initiative, le devoir de vigilance pourrait avoir un effet d'entraînement propre à susciter l'adoption d'une telle réglementation au niveau européen.

Il n'en reste pas moins que l'extraterritorialité du devoir de vigilance reste bien modeste, puisqu'elle n'entend pas imposer d'obligation à des sociétés étrangères, mais simplement imposer à des sociétés situées dans son périmètre d'action national de surveiller l'activité de sociétés filiales, ou de contractants implantés à l'étranger. Encore faut-il que la surveillance s'exerce ici ou là, savoir quelles suites l'opérateur doit lui donner.

## II - Réagir

Ensuite, réagir. Une formulation interrogative serait appropriée. Le devoir de vigilance engendre-t-il une obligation de réaction ? En somme, si la vigilance porte ses fruits et que celui qui la supporte prend connaissance d'un risque dont il est censé assurer la prévention, a-t-il une obligation de réaction ? Une réponse négative heurterait toute l'identité de la vigilance, et conduirait à n'en faire qu'un élément décoratif. Au contraire, l'effectivité du devoir de vigilance invite à affirmer l'existence d'une obligation de réaction. Pourtant, celle-ci se fait bien souvent discrète dans les sources du devoir de vigilance. Elle n'en est pas moins présente. Elle peut à nouveau se décliner selon une logique de progression. Il peut s'agir de chercher à modifier l'élément pathologique mis en exergue par la vigilance. Lorsque cela ne sera pas possible, il appartiendra à l'opérateur de clairement s'inscrire en opposition. En premier lieu, le devoir de vigilance doit nécessairement déclencher une réaction (A). En second lieu, il apparaît que le panel des réactions envisageables soit assez large (B).

### A - La nécessité d'une réaction

En premier lieu, un regard sur le droit comparé milite en faveur de la nécessité d'une réaction. Le droit anglais est à cet égard particulièrement révélateur, et pourrait constituer une

36 - H. Muir Watt, « Compétence fédérale américaine au sens de l'Alien Tort Statute », *RCDIP*, 2014, n° 4, p. 851.

37 - Cour Suprême des États-Unis, 17 avr. 2013, n° 10-1491, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 133 S.Ct. 1659 (2013), *D.*, 2013 p. 1316 note N. Maziau ; *RCDIP*, 2013, p. 595, note H. Muir Watt ; *RTD. civ.* 2014, p. 324, note L. Usunier ; *adde* H. Muir Watt, « Les enjeux de l'affaire *Kiobel* : le chaînon manquant dans la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises multinationales en droit international public et privé », *Tr. com. fr. DIP*, 2010-2012, Pédone, 2013 p. 233.

38 - V. Grosswald Curran, « La jurisprudence récente de la Cour suprême des États-Unis sur l'extraterritorialité et d'autres questions d'importance internationale », *D.*, 2014, p. 2473.

39 - Y. Quintin, « Aux frontières du droit : les embargos américains et l'affaire BNP Paribas », *RD banc. et fin.*, n°5, sept. 2014, ét. 21.

40 - C. Malecki, « Devoir des vigilances des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, la France peut-elle faire cavalier seul ? », *Bull. Joly. soc.*, déc. 2014, p. 171.

source importante d'inspiration pour les magistrats français dans la mise en œuvre du devoir de vigilance<sup>41</sup>. La jurisprudence anglaise a en ce sens affirmé dans les années 1990 l'existence d'un « duty of care », que l'on peut traduire par « devoir de diligence ». Cette affirmation ressort d'une affaire concernant les employés d'une filiale sud-africaine fabriquant des produits chimiques à base de mercure. Alertée de risques de contamination à l'occasion de prélèvements effectués sur un site similaire, la société mère n'avait pris aucune mesure pour assainir l'environnement de travail des salariés. C'est à cette occasion que les juridictions anglaises dégagèrent la possibilité d'engager la responsabilité de la société pour manquement au devoir de vigilance. La société mère s'était abstenue de réagir lorsqu'elle avait eu connaissance du risque.

La jurisprudence anglaise a pu réaffirmer ce devoir dans une décision *Chandler c/ Cape* de 2012<sup>42</sup>. En l'espèce, une société mère anglaise avait été assignée en responsabilité par un employé d'une filiale sud-africaine pour des dommages causés par celle-ci. Il lui reprochait en l'occurrence d'avoir contracté une maladie suite à une exposition prolongée à l'amiante à l'occasion de la réalisation de son travail. Or aussi bien en première instance qu'en appel, les juridictions décidèrent que la société mère avait engagé sa responsabilité. Les juridictions anglaises constatèrent l'exercice d'une activité similaire, et estimèrent que la société mère, qui connaissait ou aurait dû connaître le risque, avait l'obligation à l'égard des salariés de sa filiale, de s'assurer que cette dernière procurait un environnement de travail sûr. Le raisonnement adopté consistait à s'adosser au « devoir de conseil » de la société mère à l'égard de la filiale. Celui-ci aurait dû conduire à indiquer les précautions à prendre pour assurer un environnement de travail sûr aux salariés de la filiale. En ne le faisant pas, c'est-à-dire en ne réagissant pas à la détection d'un risque, la société mère avait engagé sa responsabilité. L'on perçoit donc comment la surveillance ne peut s'exercer qu'à l'ombre d'une obligation de réaction, caractérisée par sa diversité.

## B - La variété de réactions

En second lieu, l'obligation de réaction<sup>43</sup> est marquée par sa variété. Il est ainsi envisageable de prévoir une réaction relativement souple, qui s'inscrit parfaitement dans l'idée de conformité, de *compliance*. Il s'agit, au moment où l'objet de la vigilance est porté à la connaissance de celui qui l'exerce, de tenter une correction du risque identifié. Ainsi, la loi du 10 juillet 2014 destinée à lutter contre la concurrence sociale déloyale prévoit, lorsque l'exercice de la vigilance fait apparaître un défaut de conformité, un mécanisme d'injonction. Le donneur d'ordre doit au cours de l'exécution du contrat enjoindre son cocontractant de faire cesser immédiatement toute infraction à la législation du travail dont il a eu connaissance au moment de l'exercice de la vigilance. Ce coup de semonce traduit un devoir de réaction qui s'inscrit dans la directe continuité de la surveillance exercée. Une logique analogue se retrouve s'agissant de la lutte contre le travail dissimulé<sup>44</sup>. Le code du travail envisage en effet une obligation de réaction. Si l'exercice de la vigilance fait apparaître une attestation de vigilance<sup>45</sup> invalide ou une absence d'attestation, une réaction est attendue de la part du donneur d'ordre. Le chef d'entreprise doit en effet mettre en demeure son prestataire de lui remettre l'attestation de vigilance ou une attestation valide. En cela, il s'agit d'une réaction relativement souple puisqu'elle permet, au terme de son exercice, la mise en conformité de l'opérateur. La vigilance est ainsi parfaitement assurée.

Il est également envisageable que la vigilance entraîne des réactions plus virulentes que celles évoquées précédemment. Et effectivement, il apparaît que le droit soit enclin à admettre une mise à l'écart du partenaire dont la vigilance a permis de signaler le comportement. En ce sens, la loi du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale prévoit ainsi que les services de contrôle compétents doivent être informés si le sous-traitant ne donne aucune suite à l'injonction du donneur d'ordre.

Mais encore, s'agissant de la lutte contre la corruption, la loi « Sapin II » prévoit un mécanisme de réaction lorsque la vigilance permet la détection de comportements contraires au code

41 - C. Bright, « Le devoir de diligence de la société mère dans la jurisprudence anglaise », *Dr. soc.*, 2017 p. 828.

42 - *Chandler v Cape Plc* [2012] EWCA Civ 525 (England, Court of Appeal, 25 April 2012).

43 - H. Barbier, « Le devoir de réaction du contractant : essor et limites », *RTD. civ.*, 2016 p. 856.

44 - E. Dockès et G. Auzero, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 31<sup>e</sup> éd., 2017, p. 227, n° 165.

45 - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 fév. 2017, n° 16-11.297.

de conduite. La loi impose en ce sens l'instauration de sanctions disciplinaires. C'est ainsi que l'article 17 II, 7<sup>e</sup> précise qu'il faut instituer « un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la société en cas de violation du code de conduite de la société ». Il n'en reste pas moins qu'il est difficile de savoir si l'employeur sera obligé de l'utiliser. Qu'en sera-t-il en cas de violation du code de conduite non assortie de sanction alors que celle-ci était effectivement prévue ? L'employeur sera-t-il contraint d'utiliser son pouvoir disciplinaire ou restera-t-il maître et seul juge de l'opportunité de son usage ? La question reste un suspens. En toutes hypothèses, si la vigilance conduit à mettre en avant des comportements qui heurtent la lutte contre la corruption, l'auteur pourra être stigmatisé par le truchement de sanctions disciplinaires.

De façon plus radicale, il est concevable qu'au terme de l'exercice de la surveillance, son auteur souhaite ne pas ou ne plus être lié avec un partenaire irrespectueux de certaines valeurs. Deux hypothèses sont alors envisageables. Si la vigilance fait ressortir un risque avant qu'une relation soit nouée, il peut être nécessaire de refuser d'y entrer ; si elle intervient postérieurement, il pourra être de bon augure de rompre la relation en question.

D'un côté, lorsque la vigilance permet à son auteur de prendre conscience de l'existence de risques, il doit s'abstenir d'entrer dans une relation contractuelle. Les dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux font à cet égard figure d'exemple. L'article L. 561-8 du CMF précise ainsi que lorsqu'une personne n'est pas en mesure de satisfaire aux obligations de vigilance, « elle n'exécute aucune opération, quelles qu'en soient les modalités, et n'établit ni ne poursuit aucune relation d'affaires ». Encore, le dispositif s'adjoint un mécanisme désormais bien connu de déclaration de soupçon. L'on perçoit bien l'idée, d'une simplicité saisissante : la vigilance impose une réaction double, d'un côté s'abstenir, de l'autre déclarer.

D'un autre côté, le devoir de vigilance doit entraîner en certaines hypothèses une réaction se traduisant par la rupture des relations. C'est ainsi qu'en matière de lutte contre le travail dissimulé, si l'injonction délivrée par le donneur d'ordre n'est pas fructueuse, le chef d'entreprise peut, le cas échéant, rompre le contrat conclu avec le prestataire, et cela en toute légitimité. Il en va de même en matière de lutte contre la concurrence sociale déloyale, pour laquelle le donneur d'ordre peut dénoncer le contrat de prestation de services si la mise en œuvre de la

vigilance a fait apparaître un défaut de conformité avec la réglementation du travail<sup>46</sup>.

Quid de la loi « Sapin II » et de la loi du 27 mars 2017 ? Un moyen de prévention inhérent au devoir de vigilance réside dans la mise en œuvre des plans établis au titre de la surveillance. L'adoption de mesures de vigilance raisonnables permet d'identifier puis de prévenir les risques d'atteintes aux intérêts protégés, qu'il s'agisse de lutte contre la corruption ou d'atteintes aux droits de l'Homme. Cette mise en œuvre effective est elle-même scindée entre, d'un côté, l'identification des risques et, d'un autre côté, leur prévention<sup>47</sup>. Il reste alors à se demander quelle appréciation sera faite par les magistrats du plan de vigilance ? Par quels standards les juges apprécieront-ils si une société a satisfait à son obligation de mettre en œuvre effectivement le plan de vigilance ? Ce sera à n'en pas douter le lieu d'une intense casuistique, d'appréciation du contexte et des circonstances d'élaboration de plan<sup>48</sup>. Le rapport de l'Assemblée nationale précise que cette flexibilité permettra aux sociétés de conserver un certain pouvoir dans la détermination de la norme qui leur sera appliquée<sup>49</sup>. À notre sens, la prise en compte de la hiérarchisation des risques sera essentielle et permettra de rendre effectif le devoir de vigilance.

Mais surtout, il sera nécessaire de distinguer selon que les risques concernent l'activité d'une filiale ou d'un partenaire économique. Le devoir de vigilance, essentiellement devoir de surveillance, se doublera nécessairement d'une obligation de réaction si les risques surveillés sont avérés. Si le risque est celui de l'activité d'une filiale, il appartiendra, qu'une fois identifié, la société mère modifie cette activité. En revanche, lorsque le risque concernera l'activité d'un partenaire économique, la réaction la plus naturelle sera de solliciter une cessation immédiate de ces risques ; à défaut, la relation sera logiquement rompue. Une fois encore, la mise en œuvre de

46 - E. Dockès et G. Auzero, *Droit du travail, op. et loc. cit.*

47 - Y. Queinnec, « Le plan de vigilance idéal n'existe pas », *RLDA*, n° 124, 1<sup>er</sup> mars 2017.

48 - B. Parance, « La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *art. préc.*

49 - AN, 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*.

cette obligation de réaction suscitera à n'en pas douter des difficultés. Est-ce une cause de rupture brutale ? De résiliation d'une convention à durée déterminée ? Un simple risque pourra-t-il mener à la rupture de contrats, et s'imposer comme une exception à la force obligatoire des conventions ? En ce sens, un arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> décembre 2010<sup>50</sup> pourrait apporter un début de réponse. En l'espèce, une société qui fabriquait du matériel de dialyse était légalement responsable de son suivi. Elle avait conclu un contrat d'enlèvement contenant une obligation sur le devenir des déchets. Après avoir vainement sollicité ces informations, elle avait résolu le contrat. La haute juridiction estima que « *la société [d'enlèvement des déchets] avait commis une faute contractuelle justifiant la résiliation du contrat, compte tenu de l'importance du respect de l'obligation d'information pour Frésenius, au regard de sa propre responsabilité en tant qu'entreprise productrice de déchets et tenue de leur suivi en application de l'article L. 541-2 du code de l'environnement* ». L'on peut légitimement penser que la mise en œuvre effective du devoir de vigilance justifiera une réaction apparentée. Le devoir imposera par exemple de prendre ses distances avec un sous-traitant qui, en dépit de mises en demeure, continuerait d'exploiter son activité dans des conditions peu respectueuses des droits de l'Homme.

### III - Sanctionner

Enfin, sanctionner. L'effectivité du devoir de vigilance résidera-t-elle dans sa sanction ? Cela n'est pas évident. Tournée vers un objectif assumé de prévention, la sanction du devoir de vigilance n'a finalement vocation à intervenir qu'en fin de course, comme pour mieux témoigner de l'échec de la surveillance et des réactions déployées. Par le devoir de vigilance, l'État se décharge sur les opérateurs économiques d'une mission de surveillance des comportements pathologiques. Cette externalisation de la régulation reste toutefois sous la coupe de la mise en œuvre de la responsabilité. Les mots de Tunc<sup>51</sup> résonnent alors avec une particulière importance. « *À travers les siècles et les continents (...) la responsabilité (...) a servi divers objectifs, formant eux-mêmes deux groupes :*

*d'une part, le châtiement d'un coupable, le rétablissement d'un ordre cosmique ou au moins social et la dissuasion des comportements antisociaux et, d'autre part, la satisfaction de vengeance accordée à la victime et la compensation d'un dommage* ». Le devoir de vigilance s'inscrit parfaitement dans cette course. En premier lieu, il assume une fonction punitive (A). En second lieu, il n'en reste pas moins que ce devoir remplit également une fonction indemnificatrice (B).

#### A - La fonction punitive du devoir de vigilance

En premier lieu, le devoir de vigilance exerce une fonction punitive. À titre de peine, l'amende se présente comme une sanction de choix. En matière de lutte contre la concurrence déloyale, à défaut de régularisation de la situation signalée, le donneur d'ordre, à moins qu'il n'ait dénoncé le contrat de prestation de services, sera tenu solidairement avec l'employeur du salarié au paiement des rémunérations, indemnités, et cotisations. Mieux encore, en cas de méconnaissance de son obligation de vérification auprès de son prestataire, le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordre est passible d'une amende administrative, conformément à l'article L. 1264-2 du code du travail. Or le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre s'était inscrit dans cette perspective de sanction par l'amende.

Parmi l'arsenal des sanctions prévues en cas de manquement au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, le législateur avait fait œuvre d'innovation. Il avait ainsi prévu que le juge pourrait infliger une amende civile de 10 millions d'euros. La fonction de peine privée du droit de la responsabilité civile était particulièrement mise en avant<sup>52</sup>. Elle aurait permis au titulaire de l'action d'exercer une mission de *private attorney*, conformément à une logique anglo-américaine bien connue. Soumise au contrôle du Conseil constitutionnel, la mesure a fait long feu. Dans une décision rendue le 23 mars 2017<sup>53</sup>, les sages de la rue de Montpensier ont en effet estimé qu'étaient non conformes à la Constitution les dispositions instituant l'amende en question. Cette non-

50 - Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2010, n° 09-16.516 ; *Rép. Defrénois* 2011, p. 814, obs. J.-B. Seube.

51 - A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Mélanges en l'honneur de M. Ancel*, t. 1 Pédone, 1975, p. 407 et s.

52 - G. Viney et A. Danis-Fatôme, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, p. 1610.

53 - Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC ; P. Dufourq, « Devoir de vigilance des multinationales : retour sur la décision du Conseil constitutionnel », *D. actu.*, 29 mars 2017.

conformité ressortait de l'imprécision des termes employés par le législateur pour définir les obligations qu'il créait. Également, il était prévu qu'en cas de réalisation d'un dommage inhérent à l'insuffisance du plan de vigilance, le montant de l'amende civile pourrait être majoré par trois, en fonction de la gravité des circonstances du manquement et du dommage. Cette disposition a également connu les foudres du Conseil constitutionnel qui l'a regardé comme insuffisante au regard du principe de légalité des peines. La solution, tout à fait orthodoxe du Conseil, contraste cependant avec les ébauches d'évolution du droit de la responsabilité civile. Au terme d'un avant-projet de réforme<sup>54</sup>, un nouvel article 1266 du code civil entendrait créer une amende civile qui pourrait être prononcée par le juge « lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur ». L'objectif est donc de sanctionner l'auteur d'une « faute lucrative », c'est-à-dire une faute qui permet à son auteur de tirer profit en dépit d'une sanction. Le manquement au devoir de vigilance pourrait s'inscrire dans cette dynamique. Le nouvel article 1266 prévoit que, lorsque le responsable est une personne morale, « l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes ». Le cas échéant, l'amende sera affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public. Le droit commun pourra peut-être, dans certaines circonstances, venir au soutien du devoir de vigilance.

En outre, le devoir de vigilance assume une mission éthique indéniable. Dans le prolongement de cette dynamique morale, l'un des leviers de sanction est de livrer le contrevenant à la vindicte populaire, pour ainsi dire. Il s'agit en effet de recourir à la publication, qui permet de pratiquer le *name and shame*<sup>55</sup>. L'on sait à quel point l'atteinte à la réputation est crainte par les opérateurs économiques, aujourd'hui plus que jamais dépendants de l'image qu'ils véhiculent. Dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux, le code monétaire et financier prévoit que le manquement aux obligations de déclaration peut donner lieu à publication. La loi « Sapin II » prévoit égale-

ment une telle sanction en cas de méconnaissance des obligations qu'elle prévoit. Enfin, l'article L. 225-102-5 du code de commerce sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre assume également une fonction punitive par le truchement d'une publication de la décision. Le texte précise ainsi que « La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise ». La fonction punitive de la responsabilité civile rejaillit à l'aune de cette sanction prévue par le législateur. L'effet réputationnel d'une telle mesure peut être tout à fait redoutable, et entraîner des conséquences beaucoup plus lourdes pour l'entreprise qui la subit qu'une charge financière proprement dite. Les consommateurs peuvent également, dans une démarche éthique répondant de la logique de la responsabilité sociale des entreprises, adapter leur comportement de consommation en fonction des conditions entourant la réalisation d'une activité. Les consommateurs désireux de promouvoir l'éthique pourront déporter leurs choix d'une marque vers une autre par exemple parce que la première, qui s'était engagée à veiller au respect de l'interdiction du travail des enfants, y aura failli. Pour raisonner par analogie, il suffit de se souvenir des conséquences financières subies par un équipementier sportif, qui avait affirmé ne pas recourir au travail des enfants<sup>56</sup>. Lorsqu'il fut porté à la connaissance du public que tel était bien le cas, la société de fabrication d'articles de sport vit son chiffre d'affaires significativement touché. L'effet de la publication d'une décision de justice consécutive à la violation du devoir de vigilance pourra donc avoir de lourdes conséquences pour l'entreprise.

## B - La fonction indemnitrice du devoir de vigilance

En second lieu, la fonction indemnitrice du devoir de vigilance ressort particulièrement quant à la loi du 27 mars 2017<sup>57</sup>. En cas de dommage, l'entreprise pourra être condamnée à « réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations auraient permis d'éviter », sur le fondement des articles 1240 et 1241 du code

54 - J-S. Borghetti, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2016 p. 1442.

55 - N. Cuzacq, « Le mécanisme du Name and Shame ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD com.*, 2017 p. 473.

56 - N. Gasmi et G. Grolleau, « Nike face à la controverse éthique relative à ses sous-traitants », *RFQ*, 2005/4, n° 157 p. 115.

57 - A. Danis-Fatome 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. 1610.

civil<sup>58</sup>. En d'autres termes, la société mère ou entreprise donneuse d'ordre pourra être amenée à verser des dommages intérêts aux victimes ayant subi la réalisation du risque. Toutefois, l'action pourra être particulièrement difficile pour les victimes. La loi ne lève pas l'un des principaux obstacles auxquels elles sont nécessairement confrontées. **La charge de la preuve incombe toujours aux plaignants**, ce qui signifie que les victimes devront toujours prouver un dommage, une faute de la part de la société et un lien de causalité entre la faute et le dommage qu'elles ont subi. Cela pourra se révéler particulièrement difficile pour les ouvriers à l'étranger, particulièrement démunis. Dans la mesure où le dommage devra présenter un lien de causalité avec la faute, il apparaît que celui-ci ne pourra résider que dans la perte d'une chance de ne pas voir le risque se réaliser. Puisque la vigilance n'est pas générale et ne tend finalement qu'à une minimisation du risque, le préjudice indemnifiable ne devrait pas être l'entier préjudice réellement subi. Il ne pourra que correspondre à la perte d'une chance. Quant à la faute, elle puisera ses racines dans l'absence ou l'insuffisance de surveillance, et dans l'absence ou l'insuffisance de réaction<sup>59</sup>. On perçoit donc comment le dispositif mis en place s'éloigne très largement de toute responsabilité de plein droit du fait d'autrui initialement envisagée. Toutefois, comme ce fut jadis le cas en matière de responsabilité des parents du fait de leurs enfants, les opérateurs économiques disposeront d'une preuve de leur comportement, à même de les exonérer<sup>60</sup>. L'on pourrait y voir, pour reprendre les mots d'Oppetit, une tendance régressive du droit contemporain<sup>61</sup>.

Par ailleurs, un autre élément de complexité apparaît si l'on considère que l'indemnisation aura vocation à intervenir en présence de dommages subis à l'étranger<sup>62</sup>. Pourtant, la loi du 27 mars 2017 ne contient aucune information utile permettant de rendre prévisibles les solutions issues de l'internationalité des situations. Dans

la mesure où il s'agit d'une action délictuelle, c'est en la matière le règlement « Rome II »<sup>63</sup> qui aura vocation à s'appliquer. L'article 4 de ce règlement dégage comme principe l'application de la loi du dommage. Or dans la mesure où les dommages dont la réparation est recherchée seront subis à l'étranger, l'application de cette règle pourrait perturber la fonction indemnificatrice du devoir de vigilance. Il faudrait, pour y remédier, abandonner la neutralité de la règle au profit d'une approche fonctionnelle<sup>64</sup>. Celle-ci conduirait à donner à la loi du lieu du fait générateur un titre d'application, comme c'est d'ailleurs le cas en matière environnementale à l'article 7 du règlement « Rome II ». La règle énoncée retient comme solution principale l'application de la loi du lieu où le dommage est survenu, tout en accordant une option à la victime qui peut choisir la loi du lieu du fait générateur. La solution favorise ainsi une logique préventive. Elle oblige les opérateurs installés dans des pays à faible niveau de protection à prendre en compte le niveau plus élevé des pays voisins. Elle réduit en cela l'intérêt pour un opérateur de s'installer dans un pays à faible niveau de protection et participe de la diffusion des standards les plus exigeants.

Mais là ne réside pas la seule possibilité pour le devoir de vigilance de s'imposer sur la scène internationale<sup>65</sup>. Le règlement « Rome II » prévoit une possibilité de déroger à la loi du dommage dans des circonstances exceptionnelles par le jeu d'une clause d'exception. Conformément à une logique de proximité<sup>66</sup>, l'article 4 § 3 du règlement précise que : « *s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique* ». Sur le fondement de ce texte, il serait ainsi possible de retenir une autre loi que

58 - *Ibid.*

59 - J. Heinich, « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : une loi finalement adoptée, mais amputée », *Dr. sociétés*, mai 2017. Comm. 78.

60 - Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2016.

61 - B. Oppetit, « Les tendances régressives du droit contemporain », in *Mél. D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 317.

62 - O. Boskovic, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D.*, 2016 p. 385.

63 - Règl. CE n° 864/2007, 11 juill. 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *JOUE*, n° L. 199, 31 juill., p. 40.

64 - H. Muir Watt, « Rome II et les "intérêts gouvernementaux" : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », in *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, S. Corneloup et N. Joubert, (dir.), travaux Credimi, vol. 31, Litec, 2008, p. 129 et s., n° 7.

65 - É. Pataut, « Le devoir de vigilance - aspects de droit international privé », *Dr. soc.* 2017 p. 833.

66 - P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ; cours général de droit international privé*, RCADI, vol. 196, Nijhoff, 1986.

celle du dommage, et de conférer à la loi française une légitimité d'application. Enfin, la qualification de loi de police pourra, par son caractère exceptionnel, lui donner un titre d'application<sup>67</sup>. Toutefois, dans le silence de la loi, seules les juridictions auront la faculté de conférer une telle qualification. L'on perçoit donc l'incertitude que l'application du devoir de vigilance pourra susciter. Louable dans son principe, l'impressionnisme qui en ressort pourrait nuire à la prévisibilité juridique, si importante dans un monde en constante évolution.

Pour clore cette conférence, l'on peut nourrir l'espoir que la vigilance soit vertueuse. Sa première vertu serait de prévenir efficacement des manquements que le législateur a les plus grandes difficultés à sanctionner. Sa dernière vertu, serait, pour les opérateurs soumis à la vigilance, de leur permettre de disposer d'une preuve tangible de leur comportement, à même de les exonérer d'une mise en œuvre de leur responsabilité. Ce faisant, le droit français véhiculerait une fonction de marque, plus attractive que dissuasive.

---

67 - P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP*, 2011 p. 207.