



Haut Comité Juridique  
de la Place financière de Paris

***RAPPORT SUR LE RÉGIME  
DE RESPONSABILITÉ CIVILE  
ENVISAGÉ PAR LA PROPOSITION  
DE DIRECTIVE EUROPÉENNE SUR  
LE DEVOIR DE VIGILANCE***

*du Haut Comité Juridique  
de la Place Financière de Paris*

***9 octobre 2023***



## TABLE DES MATIÈRES

<b>Introduction</b> .....	4
<b>Résumé</b> .....	7
<b>I. Principales dispositions de la proposition de directive européenne</b> .....	9
<b>II. La teneur et les conséquences sur le droit français des conditions prévues pour la mise en œuvre de la responsabilité civile</b> .....	13
2.1 - La nature de la responsabilité : quelle responsabilité spéciale ?.....	13
2.2 - L’articulation de la responsabilité : quelle place pour le droit commun ?.....	19
<b>III. L’articulation de la responsabilité de la société mère et de celle de ses filiales, sous-traitants et fournisseurs</b> .....	23
3.1 - Rappel sur l’approche retenue par le législateur français .....	23
3.2 - Les implications du futur texte européen .....	24
<b>IV. Les conséquences liées à la « nature impérative » des dispositions relatives à la responsabilité civile</b> .....	30
4.1 - Nature du dispositif proposé à l’article 22, paragraphe 5.....	31
4.2 - Les conséquences du dispositif proposé quant à la juridiction compétente.....	32
4.3 - Les conséquences du dispositif proposé quant à la loi applicable .....	34
4.4 - Hypothèses concrètes d’actions en responsabilité contre une société assujettie au devoir de vigilance .....	39
<b>V. Les implications en droit français du « devoir de sollicitude »</b> .....	42
5.1 - Les dirigeants concernés par le devoir de sollicitude .....	43
5.2 - Intitulé et contenu du devoir de sollicitude .....	44
5.3 - Le manquement au devoir de sollicitude .....	48



<b>ANNEXE 1</b> - Lettre de saisine du HCJP .....	51
<b>ANNEXE 2</b> - Composition du groupe de travail .....	54
<b>ANNEXE 3</b> - Liste des personnes auditionnées par le groupe de travail .....	57
<b>ANNEXE 4</b> - Note de Mme la Professeure Anne Danis-Fatôme sur la teneur et les conséquences sur le droit français des conditions prévues pour la mise en œuvre de la responsabilité civile .....	59
<b>ANNEXE 5</b> - Note de Mme la Professeure Anne Danis-Fatôme sur l’articulation de la responsabilité de la société mère et de celle de ses filiales, sous-traitants et fournisseurs .....	65



## INTRODUCTION

En juin 2020, le Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) publiait un rapport destiné à dresser l'état du droit de la responsabilité civile des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale.<sup>1</sup>

Le rapport du HCJP constatait la multiplication et la diversité des normes contraignantes en la matière et identifiait parmi ces dernières la loi française sur le devoir de vigilance<sup>2</sup> comme « *une source potentiellement importante de responsabilité* »<sup>3</sup> qui allait « *inévitablement fonder un contentieux nourri* ».<sup>4</sup>

La quinzaine de contentieux et précontentieux qui a depuis lors été initiée en France sur le terrain du devoir de vigilance a confirmé le sentiment exprimé par le HCJP en 2020. Le Tribunal judiciaire de Paris - désormais exclusivement compétent pour connaître des actions fondées sur le devoir de vigilance<sup>5</sup> - a rendu ses premières décisions en la matière et notamment deux ordonnances de référé remarquées du 28 février 2023.<sup>6</sup>

Les enjeux entourant le régime de responsabilité civile des sociétés en matière de vigilance ont récemment été renouvelés par l'avancée des travaux destinés à faire émerger un devoir de vigilance unifié au niveau de l'Union européenne.

Le 23 février 2022, la Commission européenne (ci-après la « *Commission* ») a ainsi présenté au Parlement européen (ci-après, le « *Parlement* ») et au Conseil de l'Union européenne (ci-après le « *Conseil* ») une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière

---

<sup>1</sup> HCJP, *Rapport sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale*, 19 juin 2020 ; consultable sur : [https://www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport\\_32\\_f.pdf](https://www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_32_f.pdf).

<sup>2</sup> Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

<sup>3</sup> HCJP, *Rapport sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale*, 19 juin 2020, p. 3.

<sup>4</sup> *Ibid.* p. 28. La loi française prévoit à cet égard que le non-respect par une société des obligations auxquelles elle est assujettie au titre du devoir de vigilance permet d'engager sa responsabilité, dans les conditions du droit commun (cf. article L. 225-102-5 du Code de commerce).

<sup>5</sup> Aux termes de l'article L. 211-21 du Code de l'organisation judiciaire : « Le tribunal judiciaire de Paris connaît des actions relatives au devoir de vigilance fondées sur les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce. » Cette disposition, introduite par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire a mis fin aux débats judiciaires sur ce point (cf. notamment Com. 15 décembre 2021, n° 21-11.882).

<sup>6</sup> Pdt. TJ Paris, 28 février 2023, n° 22/53642 et 22/53943 : JurisData n° 2023-002691 comm. J.-B. Barbieri, « Le pouvoir (très) restreint du juge des référés en matière de devoir de vigilance », JCP E, n° 12, 23 mars 2023 ; A.-M. Ilcheva, « Quelle application du devoir de vigilance après les jugements du 28 février 2023 ? », Dalloz Actualité, 13 avril 2023 ; B. Parance, M. Hautereau-Boutonnet, « Prudence dans l'analyse du premier jugement sur le devoir de vigilance des entreprises ! », JCP E, n° 12, 27 mars 2023, act. 373.



le « *Conseil* ») une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.<sup>7</sup> Cette proposition de directive fait l'objet d'une procédure législative ordinaire qui implique que le Conseil et le Parlement adoptent une proposition législative commune. Dans cette perspective, le Conseil a adopté le 30 novembre 2022 sa position de négociation (« *orientation générale* ») concernant la proposition de directive.<sup>8</sup> Le Parlement a adopté sa propre position sur le texte au terme d'un vote qui s'est tenu le 1<sup>er</sup> juin 2023.<sup>9</sup>

Des discussions interinstitutionnelles informelles (dites « *trilogues* ») se sont engagées le 8 juin 2023 entre le Conseil, le Parlement et la Commission afin de parvenir à un accord sur un texte commun.

Si les projets défendus par le Conseil et le Parlement divergent sur un certain nombre de points, ils ne remettent pas en cause l'architecture du texte proposé par la Commission qui, à l'instar de la loi française, (i) prévoit d'assujettir les entreprises d'une certaine taille à des obligations de vigilance et (ii) associe à ce dispositif des règles destinées à permettre l'engagement de la responsabilité civile des entreprises qui contreviennent à ces obligations.

**À la lumière des travaux précédents du HCJP, et dans la perspective des trilogues, la Direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice a souhaité solliciter l'avis des membres du HCJP sur le régime de responsabilité civile des sociétés envisagé par la proposition de directive.<sup>10</sup>**

Le HCJP a constitué un groupe de travail afin de livrer au ministère de la Justice ses réflexions et recommandations sur le sujet.<sup>11</sup> En parallèle des travaux du HCJP, le projet de texte européen a suscité des réflexions importantes, matérialisées notamment par des rapports du Club des juristes<sup>12</sup> et de l'Assemblée nationale.<sup>13</sup>

Le HCJP a plus spécifiquement traité de trois questions qui lui ont été soumises par la Direction des affaires civiles et du sceau au sujet :

---

<sup>7</sup> COM (2022) 71 final 2022/0051 (COD), Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937.

<sup>8</sup> Orientation générale du Conseil au sujet de la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, ST-15024-2022-REV-1, 30 novembre 2022.

<sup>9</sup> Amendements du Parlement européen, adoptés le 1<sup>er</sup> juin 2023, à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)).

<sup>10</sup> Cf. **Annexe 1**, Lettre de saisine du HCJP par la Direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice, 2 mars 2023.

<sup>11</sup> Cf. **Annexe 2**, Composition du groupe de travail.

<sup>12</sup> B. Cazeneuve (dir.), *Devoir de vigilance, quelles perspectives européennes ? Club des juristes*, juin 2023.

<sup>13</sup> Assemblée Nationale, *Rapport d'information sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité*, déposé par la Commission des affaires européennes n° 1449, 28 juin 2023.



- de la teneur et des conséquences en droit français des conditions prévues par la proposition de directive pour la mise en œuvre de la responsabilité civile (II) ;
- de l'articulation entre la responsabilité de la société mère et celle de ses filiales, notamment lorsqu'elles ont toutes vocations à être assujetties au devoir de vigilance et où la société mère prend en charge les obligations de ses filiales (III) ;
- des conséquences juridiques et pratiques, au regard notamment des règlements européens relatifs à la juridiction compétente et à la loi applicable, liées à l'exigence d'impérativité des dispositions de la directive relatives à la responsabilité civile (IV).

Dans le cadre de ses travaux, le groupe de travail a également jugé opportun de traiter d'une question supplémentaire à savoir celle des implications qu'aurait en droit français le « *devoir de sollicitude* » envisagé par les textes de la Commission et du Parlement (V).

Le groupe de travail fait observer que l'existence à ce stade de trois versions distinctes du projet de directive a parfois suscité des difficultés quant à son analyse ; lorsque de telles difficultés sont apparues, le présent rapport en fait état.

Avant d'aborder les quatre questions énumérées *supra*, les principales dispositions de la proposition de directive seront décrites.



## RÉSUMÉ

Le **régime de responsabilité** envisagé par le projet de directive est celui d'une responsabilité spéciale pour faute personnelle. Le caractère spécial de cette responsabilité découle tant des conditions que des effets du régime envisagé.

S'agissant des conditions de la responsabilité, les divers projets de textes retiennent un fait générateur plus étroit que ne l'est la clause générale de responsabilité civile et – pour certains d'entre eux – définissent l'identité des personnes susceptibles d'exercer l'action en responsabilité selon des critères plus restrictifs que ceux du droit commun français. Le groupe de travail estime que de telles restrictions à l'action en responsabilité ne sont pas opportunes, l'exigence d'un « *intérêt légitime* » posée par le droit procédural français constituant un filtre suffisant et pertinent. Les dispositions du projet de directive tenant au dommage et au lien de causalité ne présentent en revanche pas de particularité, encore que la version adoptée par le Parlement semble ouvrir la voie à une appréciation extensive de ce dernier (par la prise en considération de la simple « *contribution* » au dommage).

S'agissant des effets de la responsabilité, les rédacteurs du texte européen envisagent une réparation intégrale, exclusive notamment de dommages et intérêts punitifs, ce qui est conforme au droit français. Les diverses versions du texte divergent en revanche sur la présence (ou non) de causes spéciales d'exonération des entreprises assujetties. Une responsabilité solidaire pour les coauteurs du dommage est du reste prévue, ce qui est conforme au droit positif français qui veut en principe que les coauteurs d'un même dommage soient responsables pour le tout au stade de l'obligation à la dette (responsabilité *in solidum*).

La question de la cohabitation entre le régime de responsabilité spéciale édicté par la directive et le droit commun de la responsabilité français n'est pas résolue par les projets de texte. Des arguments juridiques peuvent être invoqués à l'appui d'une option ouverte à la victime ou, à l'inverse, en faveur d'un « *système clos* » qui contraindrait celle-ci à ne pouvoir agir que sur le fondement du droit spécial issu de la directive. Des incertitudes demeurent sur ce point. Ces dernières pourraient être en partie résolues si le législateur européen précisait le degré d'harmonisation qu'il poursuit, ne serait-ce que dans un considérant.

**L'articulation des responsabilités de la société mère et de celle de ses filiales** assujetties au devoir de vigilance suscite quant à elle de très fortes interrogations au regard des dispositions peu claires, et parfois contradictoires, des différentes versions du texte européen. Tel est particulièrement le cas dans l'hypothèse d'une consolidation des obligations de vigilance au niveau de la société mère (rendue possible par les textes du Parlement et du Conseil). Ces dispositions sont sources d'insécurité juridique et leur clarification apparaît nécessaire à la faveur des trilogues.

En conférant une « *nature impérative* » aux dispositions relatives à la responsabilité civile, le législateur européen a souhaité garantir l'application de la directive dans les hypothèses dans



lesquels les dommages suscités par un manquement au devoir de vigilance surviendront en dehors de l'Union européenne. De ce point de vue, le dispositif envisagé est efficace. Il apparaît cependant qu'il gagnerait à être précisé et affiné, afin notamment de (i) clarifier sa nature juridique (loi de police ou exception d'ordre public), (ii) prévoir une règle subsidiaire permettant d'attirer systématiquement le contentieux relatif aux entreprises assujetties au devoir de vigilance devant les juridictions européennes et (iii) préciser la loi nationale de transposition « *impérative* » que le juge saisi aura vocation à substituer à la loi étrangère.

Le **devoir de sollicitude** envisagé par les textes de la Commission et du Parlement, qui fait écho aux dispositions de la loi PACTE, irait (s'il est retenu dans le texte définitif) quant à lui remettre au centre des débats le rôle du conseil d'administration dans la détermination de la stratégie de la société et sa compétence pour apprécier, lors de sa prise de décisions, les différents enjeux sociaux et environnementaux. Le devoir de sollicitude devra le cas échéant faire l'objet d'une transposition attentive s'agissant des dirigeants concernés et des conditions dans lesquels il pourra être sanctionné. Les dispositions relatives au devoir de sollicitude ne semblent en tout état de cause pas contrarier les principes qui régissent l'ouverture des actions dirigées contre les administrateurs en droit français. Plus fondamentalement, l'incertitude demeure, d'un point de vue normatif européen, quant à l'utilité d'une telle disposition.



## I. Principales dispositions de la proposition de directive européenne

La proposition de directive « *réglemente les obligations liées au devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et couvre en même temps – dans la mesure où cela est lié à ce devoir de vigilance – les obligations des administrateurs des entreprises et les systèmes de gestion d’entreprise pour ce qui est de mettre en œuvre le devoir de vigilance* ». <sup>14</sup>

**L’article 1<sup>er</sup>** de la proposition de directive définit son objet, à savoir établir des règles concernant (i) les obligations des entreprises quant aux « *incidences négatives réelles* » et « *incidences négatives potentielles* » sur les droits de l’homme et sur l’environnement, en ce qui concerne leurs propres activités, celles de leurs filiales et celles de leurs partenaires commerciaux, et (ii) la responsabilité en cas de manquement à ces obligations.

**L’article 2** détermine son champ d’application personnel et prévoit que la directive s’appliquera :

- aux entreprises européennes dépassant un certain seuil en termes de nombre de salariés et de volume de chiffre d’affaires <sup>15</sup> ;
- aux entreprises étrangères ayant réalisé au sein de l’Union européenne un chiffre d’affaires excédant un certain seuil. <sup>16, 17</sup>

À la différence de ce que prévoit la loi française (selon laquelle toute filiale est « *réputée satisfaire* » à ses obligations au titre du devoir de vigilance dès lors que sa société mère « *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* ») le dispositif européen envisagé ne prévoit pas de consolidation systématique des obligations relatives au devoir de vigilance au niveau de la société mère. <sup>18</sup> Ainsi, plusieurs sociétés d’un même groupe pourraient (si elles dépassent respectivement les seuils fixés par la directive) être individuellement amenées à mettre en œuvre les obligations prévues au titre du devoir de vigilance.

---

<sup>14</sup> Exposé des motifs de la proposition de directive de la Commission, p. 12.

<sup>15</sup> Étant observé que les seuils sont abaissés s’agissant des entreprises qui réalisent une partie substantielle de leur chiffre d’affaires dans un secteur de l’économie considéré comme sensible (fabrication de textile, agriculture, exploitation de minerais etc.). Cf. article 2, 1 b) des versions de la Commission, du Conseil et du Parlement.

<sup>16</sup> Les seuils d’applicabilité de la directive étant nettement plus bas dans la version du texte proposée par le Parlement (le seuil général d’application du devoir de vigilance est notamment porté de cinq-cents salariés et cent-cinquante millions d’euros de chiffre d’affaires à deux-cent-cinquante salariés et quarante millions d’euros de chiffre d’affaires). Cf. version du Parlement, amendement 89.

<sup>17</sup> Le degré d’inclusion des entreprises financières réglementées au dispositif de vigilance et l’intensité des obligations qui pèseraient sur elles à cet égard varient selon les versions du texte. La version du Conseil laisse notamment à chaque État membre le soin de décider d’inclure ou non la fourniture de services financiers dans le dispositif de vigilance (cf. p. 5. des commentaires introductifs de la version du Conseil).

<sup>18</sup> Cette approche diverge également de celle adoptée par le législateur européen dans le cadre de la Directive (UE) 2022/2464 du 14 décembre 2022 dite « CSRD » qui prévoit qu’une filiale peut être exemptée de ses obligations de reporting dès lors qu’elle est incluse dans le rapport de gestion consolidée de sa société mère.



Les textes proposés par le Conseil et par le Parlement prévoient cependant (en des termes différents) la possibilité pour la société mère<sup>19</sup> de remplir certaines des obligations de ses filiales assujetties au devoir de vigilance, « *sans préjudice* » toutefois de la responsabilité de ces dernières.<sup>20</sup>

**L'article 3** définit les termes pertinents de la directive et notamment celui d'« *incidence négative* », qui s'entend d'une incidence sur les personnes ou l'environnement résultant de la violation de certains droits, obligations et interdictions découlant de conventions internationales qui sont énumérées en annexe à la directive.

**L'article 4** impose aux États membres de veiller à ce que les entreprises fassent preuve d'un devoir de vigilance en matière de droits de l'homme et d'environnement tel que défini aux articles 5 à 11 de la directive, lesquels prévoient notamment que les entreprises assujetties :

- intègrent le devoir de vigilance dans leur politique d'entreprise et disposent d'une politique de vigilance régulièrement mise à jour (**article 5**) ;
- veillent à prendre des mesures appropriées pour recenser les incidences négatives réelles ou potentielles (**article 6**) sur les droits de l'homme et l'environnement au niveau de leurs activités, celles de leurs filiales et celles de leurs partenaires commerciaux ;
- prennent les mesures appropriées pour prévenir ou atténuer les incidences négatives potentielles (**article 7**) ;
- prennent des mesures appropriées pour faire cesser les incidences négatives réelles qu'elles ont recensées ou auraient dû recenser aux termes de l'article 6 (**article 8**) ;
- veillent à établir et maintenir une procédure de recueil des plaintes (**article 9**) ;
- évaluent régulièrement la mise en œuvre de leurs mesures de vigilance (**article 10**).

**L'article 15** impose aux États membres de veiller à ce que certaines des entreprises assujetties au devoir de vigilance adoptent un plan destiné à garantir la compatibilité de leur modèle et de leur stratégie économique avec « *la transition vers une économie durable* » et les objectifs de l'Accord de Paris.

**L'article 17** prévoit l'obligation pour les États membres de désigner une autorité de contrôle nationale chargée de veiller au respect par les entreprises de leurs obligations de vigilance et de

---

<sup>19</sup> À supposer qu'elle soit elle-même assujettie, dans la version du Conseil (cf. article 4 bis). La version du Parlement ne formule pas une telle exigence. Cf. amendement n° 140.

<sup>20</sup> Le Conseil a par ailleurs invité la Commission à « faire rapport et évaluer si l'approche individuelle ne devrait pas être modifiée au profit d'une approche consolidée » (p. 5 des commentaires introductifs de la version du Conseil).



l'établissement d'un plan climatique.<sup>21,22</sup>

**Les articles 18 à 20** définissent les pouvoirs de contrôle et de sanction de ces autorités.

**L'article 22**, sur lequel s'est plus précisément penché le groupe de travail, impose aux États membres l'obligation de veiller à ce que les entreprises puissent être tenues responsables, sous certaines conditions, des dommages occasionnés à raison des manquements aux obligations prévues par la directive.

Les différentes versions du texte (défendues respectivement par la Commission, le Conseil et le Parlement) divergent notamment sur :

- la nature des manquements à la directive susceptibles de constituer des faits générateurs de responsabilité (les versions de la Commission et du Conseil limitent notamment cette possibilité à la seule violation des obligations prévues à ses articles 7 et 8) ;
- les éventuelles causes exonératoires de responsabilité (celles prévues par la Commission à l'article 22, paragraphe 2 ont été supprimées dans les versions du Conseil et du Parlement) ;
- l'existence de dispositions relatives à la prescription, au droit de la preuve et à la nécessité pour les États membres de prévoir une action en injonction (seul le texte adopté par le Parlement contient de telles dispositions,<sup>23</sup> étant observé toutefois que les trois versions du texte prévoient la possibilité pour toute personne de notifier l'autorité de contrôle – qui a vocation à disposer de pouvoirs de sanction – lorsqu'elles ont des raisons de penser qu'une entreprise ne se conforme pas à ses obligations.<sup>24</sup>).

Toutes les versions du texte prévoient en revanche que :

- les règles fixées par la directive en matière de responsabilité civile sont « *sans préjudice* » des règles de l'Union ou des règles nationales qui (i) ont trait aux incidences négatives sur les droits de l'homme ou sur l'environnement et (ii) prévoient une responsabilité dans des situations non

---

<sup>21</sup> Interrogés par le groupe de travail sur la question de savoir si cette autorité pourrait être le point de contact national français auprès de l'OCDE (« PCN »), les représentants du PCN ont estimé que, bien que ce dernier dispose de toute l'expertise et l'expérience requises en la matière, il est en l'état dépourvu des pouvoirs de sanction et d'injonction indispensables à l'accomplissement d'une telle mission.

<sup>22</sup> Pour les entreprises financières réglementées entrant dans le champ d'application de la directive la BCE propose, dans un avis rendu le 6 juin 2023, que les autorités actuellement désignées comme autorités compétentes pour la surveillance de ces entités (e.g. en France, l'ACPR) soient désignées comme autorité de contrôle de leurs obligations de vigilance.

<sup>23</sup> Cf. amendement 302 dans la version du Parlement.

<sup>24</sup> Article 19, paragraphe 1 des versions de la Commission, du Conseil et du Parlement.



couvertes par la directive ou une responsabilité plus stricte que cette dernière ;<sup>25</sup>

- la responsabilité civile d'une entreprise découlant de l'article 22 de la directive est « sans préjudice » de la responsabilité de ses filiales ou de ses partenaires commerciaux (les versions du Conseil et du Parlement précisent à cet égard que lorsque le dommage a été causé conjointement, la responsabilité est solidaire) ;

- les dispositions de droit national transposant l'article 22 sont de « nature impérative » dans les cas où la loi applicable aux actions en réparation n'est pas celle d'un État membre.

**L'article 25** (supprimé dans la version du Conseil) prévoit l'imposition d'un « *devoir de sollicitude* » aux administrateurs des sociétés soumises au devoir de vigilance européen.

**L'article 26** (supprimé dans les versions du Conseil et du Parlement) impose aux États membres de veiller à ce que les administrateurs soient par ailleurs chargés de mettre en place et de superviser les mesures de vigilance prévues par la directive.

---

<sup>25</sup> La version du Parlement propose une rédaction différente de celle proposée par la Commission et le Conseil qui paraît présenter un caractère plus général : « Les règles en matière de responsabilité civile prévues par la présente directive ne limitent pas la responsabilité des sociétés en vertu des systèmes juridiques de l'Union ou nationaux, y compris les règles en matière de responsabilité solidaire. » (Amendement n° 305). Cette formulation exclut toute limitation de la responsabilité civile des sociétés existante en droit national, la directive ne pouvant dès lors que renforcer, et non pas limiter la responsabilité des sociétés.



## II. La teneur et les conséquences sur le droit français des conditions prévues pour la mise en œuvre de la responsabilité civile<sup>26</sup>

Pour apporter quelques éléments de réponse à la question de savoir quels effets aura, sur le droit français, la transposition de la prochaine directive européenne relative au devoir de vigilance, il est utile de s'intéresser, tout d'abord, à la nature de la responsabilité qui pourrait découler de ce texte (2.1). Suivra ensuite une étude de l'articulation qui en résulterait avec le droit commun de la responsabilité civile (2.2).

### 2.1 - La nature de la responsabilité : quelle responsabilité spéciale ?

La responsabilité visée par le projet de directive est une responsabilité spéciale pour faute personnelle. La loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance n'avait d'ailleurs pas non plus retenu le schéma de la responsabilité du fait d'autrui.<sup>27</sup>

Le caractère spécial de la responsabilité qui résultera de la prochaine directive relative au devoir de vigilance découle tant des conditions que des effets du régime envisagé.

Concernant les **conditions**, le **fait générateur** est (dans les versions de la directive proposées respectivement par la Commission et le Conseil) plus étroitement défini qu'en droit commun de la responsabilité civile.

Dans les versions adoptées par la Commission et le Conseil, le fait générateur est déterminé par le non-respect de certaines prescriptions précises : l'article 22 vise les faits générateurs contenus aux articles 7 et 8.<sup>28</sup> Ces deux textes font peser sur les entreprises assujetties la prévention des incidences négatives potentielles et la suppression des incidences négatives réelles, sachant que ces incidences sont définies (à l'article 3) comme « *résultant de la violation de l'un des droits ou interdictions énumérés* » en annexe.<sup>29</sup> L'article 22 ne renvoie notamment pas à l'article 15 de la

---

<sup>26</sup> Cette section s'appuie sur des travaux initialement menés par Mme la Professeure Anne Danis-Fatôme, membre du groupe de travail, qui figurent en **Annexe 4** au présent rapport.

<sup>27</sup> CC 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, cons. 27.

<sup>28</sup> Dans les versions en date de février 2022 (adoptée par la Commission européenne), de novembre 2022 (adoptée par le Conseil). Le texte du Conseil s'écarte du reste du triptyque « fait générateur-causalité-dommage » connu du droit français en se référant à « quatre conditions à remplir pour qu'une entreprise soit tenue pour responsable » que sont l'existence (i) d'un dommage, (ii) d'un manquement à une obligation, (iii) d'un lien de causalité entre les deux et ainsi que (iv) d'une faute intentionnelle ou de négligence (cf. p. 9 des commentaires introductifs de la version du Conseil). La distinction entre un « manquement » à l'obligation et l'existence d'une « faute » n'est pas connue du droit français et ses implications sont incertaines.

<sup>29</sup> V. B. Parance, « L'ambition européenne d'un devoir de vigilance, une belle avancée ! Commentaire de la proposition de directive européenne relative au devoir de vigilance des entreprises du 23 février 2022 », JCP E 2022, 1153 ; B. Lecourt, « Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés », Chr. droit européen des sociétés, Revue des sociétés, mai 2022, p. 310 et s. ; E. Schlumberger, « Devoir de vigilance des grandes entreprises - Projet de directive du Parlement... dans l'attente de la proposition de la Commission », Dr. sociétés, novembre 2021, Chr. 2, p. 5 et s.



proposition de directive visant à faire adopter par les entreprises concernées un plan climat.<sup>30</sup> Ces textes retiennent donc un fait générateur plus étroit que ne l'est la clause générale de responsabilité civile.<sup>31</sup> Il en est de même de la loi française sur le devoir de vigilance qui nomme la faute pouvant être reprochée à la société mère ou à l'entreprise donneuse d'ordre.<sup>32</sup>

Le texte proposé par le Parlement prévoit pour sa part plus largement que la violation de l'une quelconque des « *obligations prévues par la présente directive* » (en ce compris donc notamment celles édictées par l'article 15 s'agissant de l'adoption d'un plan climat) matérialise un fait générateur de responsabilité. Une des ONG membre du groupe de travail a fait observer que seule la version du Parlement (qui dissipe tout doute sur le caractère contraignant de l'article 15 pour les entreprises) serait conforme aux exigences du droit international dont il résulte que les États ont l'obligation d'adopter un dispositif clair, effectif et contraignant sur la « *vigilance climatique* ».

Le texte du Parlement propose par ailleurs en annexe une liste plus large d'instruments internationaux dont la violation matérialise une « *incidence négative* ».<sup>33</sup>

Des représentants d'ONG auditionnés par le groupe de travail ont mis en cause le caractère trop circonscrit et lacunaire de l'approche consistant à définir la notion d'« *incidence négative* » par référence à la violation de normes de droit international public. Selon les ONG cette approche est critiquable notamment dans la mesure où la liste des conventions internationales qui figure en annexe à la directive n'est pas exhaustive et où il est – sur le plan des principes – envisageable qu'une atteinte à l'environnement survienne indépendamment de la violation de toute norme internationale. À cet égard le groupe de travail relève que le considérant 25 de la proposition de directive prévoit que – sous certaines conditions - peut constituer une « *incidence négative* » la violation d'un droit de l'homme non-expressément listé en annexe.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> A. Stévigton, « L'article 15 de la proposition de directive sur le devoir de vigilance : signe d'un renforcement normatif de la RSE ? », *RLDA*, 2023, n° 189.

<sup>31</sup> « Parfois critiquée (...), parce qu'elle conduirait à étendre excessivement la responsabilité et laisserait au juge une trop grande latitude, la *clausula generalis* de l'article 1240 du Code civil est emblématique du droit français de la responsabilité civile et reste le plus souvent admirée pour son élégance, sa souplesse et son universalité » (G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de responsabilité civile, Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2013, n° 439).

<sup>32</sup> Article L. 225-102-4 du Code de commerce auquel renvoie l'article L. 225-102-5., et 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 », *D.* 2017, p. 1610 et s., spéc. p. 1612.

<sup>33</sup> Un auteur a mis en lumière les difficultés suscitées par cette liste, notamment dans la mesure où elle contient des textes internationaux non contraignants ou qui n'ont pas été ratifiés par l'ensemble des États membres. Cf. R. Maurel, « Directive vigilance des entreprises en matière de durabilité - À propos de la proposition ambitieuse du Parlement européen ». *JCP G* 2023, n° 24 p. 1304 et s., spéc. p. 1306.

<sup>34</sup> Considérant 25 dans la version de la Commission : « Afin de couvrir la totalité des droits de l'homme, la violation d'une interdiction ou d'un droit non énumérés spécifiquement dans ladite annexe qui porte directement atteinte à un intérêt juridique protégé dans ces conventions devrait aussi faire partie des incidences négatives sur les droits de l'homme couvertes par la présente directive, pour autant que l'entreprise concernée ait raisonnablement pu être en mesure d'établir



La version de la directive proposée par le Conseil prévoit cependant qu'une entreprise assujettie au devoir de vigilance ne peut être tenue responsable d'un dommage causé à une personne physique ou morale que si « *le droit, l'interdiction ou l'obligation énumérés à l'Annexe I vise à protéger la personne physique ou morale* » en question. Cette disposition trouve vraisemblablement sa source dans des concepts de droit international public,<sup>35</sup> ce que confirme la référence en Annexe I à des instruments internationaux qui concernent les États. Cette approche est d'autant plus source d'insécurité juridique qu'il reviendra en principe au juge saisi de vérifier (voire de déterminer) – au cas par cas – quelles sont les personnes qui sont destinées à être protégées par les textes, obligations et interdictions visées par l'Annexe I. Un représentant d'ONG a souligné ce point à l'occasion de son audition par le groupe de travail. La référence à des traités étatiques imposera du reste au juge d'adapter aux entreprises des obligations auxquelles des États sont originellement assujettis, ce qui ajoute aux incertitudes suscitées par l'Annexe I. Une ONG membre du groupe de travail a toutefois fait valoir que ces incertitudes apparaissent limitées en matière climatique, diverses initiatives ayant été prises pour décliner à l'échelle des entreprises les obligations imposées aux États par l'Accord de Paris.

Un tel « *filtre* » à l'action en responsabilité apparaît du reste inutile du point de vue du droit procédural français dans la mesure où le demandeur n'est, en tout état de cause, recevable à agir que s'il dispose d'un « *intérêt légitime* ». <sup>36</sup> Le « *filtre* » envisagé par la version du Conseil introduirait du reste une restriction importante (i) au nombre des personnes susceptibles d'introduire une action judiciaire sur le fondement du devoir de vigilance (les actions de personnes morales agissant au nom d'intérêts collectifs – largement accueillies en droit procédural français – pourraient notamment être prohibées) ainsi qu' (ii) à la réparation de dommages écologiques « *purs* », indépendamment de leur répercussion sur les personnes ou sur les biens (étant observé que la réparation du préjudice écologique peut, en l'état actuel du droit français, être sollicitée par toute association habilitée à

---

<sup>34</sup> (suite) *le risque d'une telle atteinte et de prendre des mesures appropriées pour se conformer à ses obligations de vigilance en vertu de la présente directive, en tenant compte de toutes les circonstances propres à ses activités, telles que le secteur et le contexte opérationnel.*». Les versions du Parlement et du Conseil comportent un considérant 25 similaire. Par ailleurs, selon un membre du groupe de travail, il reste à déterminer si une « *incidence négative* » sera constituée ipso facto par la violation de l'une des normes visées à l'annexe du projet de directive ou si le juge devra apprécier si une « *incidence négative* » résulte de la violation de l'une de ces normes.

<sup>35</sup> En ce sens : S. Besson, *La due diligence en droit international*, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff, 2021, pp. 115 et s. : « *La due diligence étant par nature greffée sur une obligation de ne pas nuire spécifique à la protection de certains droits ou intérêts, c'est la nature propre de ces intérêts et ensuite de cette obligation spécifique qui déterminera, de cas en cas, si elle correspond à un « droit » stricto sensu du bénéficiaire. C'est donc cette obligation spécifique qui indiquera si le bénéficiaire est aussi le titulaire d'un droit au respect de l'obligation de ne pas lui nuire de manière négligente [...]. C'est à chaque régime spécial de droit international que revient le choix de déterminer si cette obligation doit être considérée comme « dirigée » ou non contre un bénéficiaire devenu par-là titulaire d'un droit.* ». Dans le cadre de son audition par le groupe de travail, l'AFEP a précisé que ce texte pourrait également s'inspirer de l'article 823 du Code civil allemand (« *BGB* »).

<sup>36</sup> Article 32 du Code de procédure civile.



agir en vertu de l'article 1248 du Code civil<sup>37</sup>). Une telle restriction apparaîtrait peu cohérente avec les objectifs affichés de la directive.<sup>38</sup>

La lettre du projet de texte européen ne restreint pas la catégorie des **dommages** susceptibles d'être réparés sur le fondement de l'article 22.<sup>39</sup> Comme en droit commun de la responsabilité civile français, le dommage réparable au sens de la directive constitue donc une catégorie ouverte.<sup>40</sup>

Enfin, rien n'indiquait, dans la première version de la proposition de directive, que le **lien de causalité** qui unit le dommage au fait générateur aura une nature particulière dans ce régime spécial de responsabilité. La version du Parlement contient cependant une innovation sur ce point. Reprenant un concept de causalité graduée déjà contenu dans les principes directeurs de l'OCDE,<sup>41</sup> l'article 22 utilise la formule suivante : « *à la suite de ce manquement l'entreprise a causé ou contribué à une incidence négative réelle qui aurait dû être recensée, hiérarchisée, évitée, atténuée, supprimée, réparée ou réduite au minimum par les mesures appropriées prévues par la présente directive et a entraîné des dommages* »<sup>42</sup>. Une telle rédaction allège l'exigence suivant laquelle pèse sur la victime la charge d'apporter la preuve d'un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage<sup>43</sup>. S'agissant du droit français, il a en tout état de cause pu être observé que la jurisprudence apprécie d'ores et déjà la causalité d'une façon « *empirique* » et « *très favorable aux*

---

<sup>37</sup> « 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.** »

<sup>38</sup> M. le Professeur Synvet, sollicité par le groupe de travail, a relevé que la notion d'« intérêt légitime » était plus sujette à appréciation que les critères envisagés par les textes européens, et dès lors protégerait moins les entreprises contre d'éventuelles actions en responsabilité intempestives. Un membre du groupe de travail a également estimé que le filtre prévu dans la version du Conseil pourrait permettre de limiter le « nombre considérable » de demandes qui pourraient être portées sur le fondement de la directive.

<sup>39</sup> C'est le cas dans les trois versions du texte.

<sup>40</sup> G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de responsabilité civile, Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2013, n° 248. S'agissant de la proposition de directive, il a été proposé par un membre du groupe de travail une lecture du texte selon laquelle il aurait principalement vocation à permettre la prise en charge de dommages d'une exceptionnelle gravité, à l'image du texte français, qui prévoit la réparation des « atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement » (cf. article L. 225-102-4 du Code de commerce auquel renvoie l'article L. 225-102-5). Cf. **Annexe 4** au présent rapport.

<sup>41</sup> Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'intention des multinationales de 2011 (v. principes généraux, n° 11). V. L. Dubin, « L'élaboration des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ou comment globaliser la régulation des activités d'un acteur global ? », in *Le pouvoir normatif de l'OCDE, Journée d'études de la Société Française de Droit international*, Pédone, 2014, p. 113 et s.

<sup>42</sup> Amendement 299.

<sup>43</sup> Un tel allègement de la charge de la preuve, voire un renversement de cette dernière, est appelé de ses vœux par une partie des observateurs : Ch. Hannoun, « Vers un devoir de vigilance des sociétés mères ? », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, supplément au JCP E, 2014, 105, spéc. p. 33 ; N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1, D. 2015, p. 1049 et s., spéc. p. 1054 ; v. aussi A. -M. Ilcheva, « Le droit commun de la preuve mis au service des enjeux environnementaux », *D. 2023*, p. 188 et s., spéc. p. 194 et 195.



victimes », ce qui se traduit par « *un relâchement du lien de causalité* »<sup>44</sup>. La rédaction proposée par le Parlement fait en outre écho à la théorie de l'équivalence des conditions, qui est privilégiée par la jurisprudence française<sup>45</sup> et selon laquelle tous les faits qui ont concouru à la production du dommage (et non seulement la cause prépondérante de ce dernier) sont reconnus de manière équivalente comme les causes juridiques dudit dommage. Enfin, le droit français postule en général une responsabilité *in solidum* qui veut que chacun des co-auteurs du dommage est, vis-à-vis de la victime, responsable pour le tout.<sup>46</sup> Ainsi, l'idée qu'un opérateur économique qui n'est pas l'auteur unique (ni même principal) du dommage puisse être conduit à le réparer entièrement est familière du droit français (cf. *infra* p. 28).<sup>47</sup>

Ceci renvoie à la question des **effets** de la responsabilité envisagés par la proposition de directive. C'est une réparation intégrale que les rédacteurs du texte européen souhaitent mettre en place.<sup>48</sup> L'exclusion des « *dommages et intérêts punitifs, multiples ou d'autres types de dommages et intérêts* »<sup>49</sup> est pour l'heure conforme au droit français.<sup>50</sup>

En outre, le jeu d'une cause exonératoire de responsabilité pourrait intervenir pour priver la victime de toute réparation sachant que le texte européen proposé par la Commission prévoit une cause spéciale d'exonération. Son article 22 paragraphe 2 alinéa 1<sup>er</sup> pourrait préciser que les États membres doivent faire en sorte que « *lorsqu'une entreprise a pris les mesures visées à l'article 7, paragraphe 2, point b), à l'article 7, paragraphe 4, ou à l'article 8, paragraphe 3, point c), et à l'article 8, paragraphe 5,*

---

<sup>44</sup> Ph. Le Tourneau, *Répertoire de droit civil, Responsabilité : Généralités*, Dalloz, mise à jour en 2022, §51 : « [I]l est assuré que les rédacteurs des jugements et arrêts apprécient le lien de causalité en s'interrogeant, plus ou moins consciemment, sur la normalité ou non de l'événement et du comportement de l'agent, revenant au critère général de la responsabilité ainsi que sur la gravité du préjudice, comme sur l'existence ou non d'une assurance du responsable. »

<sup>45</sup> Cf. P. Jourdain, *Jurisclasseur Responsabilité Civile – Fasc. 160 : Droit à réparation – Lien de causalité – Détermination des causes du dommage*, Lexis360, 31 décembre 2022, §29 : « Toutes les conditions nécessaires étant, en principe, retenues parmi les causes du dommage, la jurisprudence ne distingue généralement pas entre celles qui en seraient les antécédents immédiats et celles qui ne seraient que des causes médiate ou indirectes du dommage ou, pour reprendre une autre terminologie, entre les « causes génératrices » du dommage et celles qui n'en sont que de simples « occasions ». Il résulte de cette attitude, d'une part, que lorsque des fautes successives (ou autres faits générateurs) ont contribué à produire le dommage elles en sont toutes des causes [...] ».

<sup>46</sup> Ph. Brun, *Répertoire de droit civil - Responsabilité du fait personnel*, Dalloz, 2015 (actualisation : avril 2023), §125.

<sup>47</sup> Ce principe ne joue toutefois qu'en cas d'unicité du dommage, laquelle n'existe pas lorsque l'un des coresponsables a, par sa faute, suscité l'entier dommage alors qu'un autre n'a engendré qu'une perte de chance d'éviter ledit dommage. Dans un tel cas de figure, les coresponsables peuvent être condamnés *in solidum* à réparation mais, pour ce qui concerne le second, uniquement à concurrence de la perte de chance qu'il a suscité par sa faute. Cf. par exemple Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 1997, n° 95-15.797 et Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 8 février 2017, n° 15-21.528. En matière de vigilance, il peut notamment être envisagé des hypothèses dans lesquelles la filiale aura, par un manquement propre à ses obligations de vigilance, suscité un dommage ; dommage que la société mère aura par ailleurs – par une politique de vigilance défaillante – fait perdre une chance d'éviter.

<sup>48</sup> Article 22, paragraphe 2 dans la version du Conseil et celle du Parlement. La proposition de la Commission est mutique sur ce point.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> Le projet de réforme de la responsabilité civile française porté à la connaissance du public par la Chancellerie en mars 2017 se proposait de faire évoluer notre droit sur ce point.



*elle ne soit pas tenue responsable des dommages causés par une incidence négative résultant des activités d'un partenaire indirect avec lequel elle entretient une relation commerciale bien établie, à moins qu'il n'ait été déraisonnable, compte tenu des circonstances de l'espèce, de s'attendre à ce que les mesures effectivement prises, y compris en ce qui concerne la vérification du respect, soient suffisantes pour prévenir, atténuer, supprimer ou réduire au minimum l'incidence négative* ». <sup>51</sup> Ce texte, qui ne vise que les incidences négatives causées par les partenaires indirects, permettrait à un acteur économique d'être exonéré de toute responsabilité pour la raison qu'il a obtenu d'un de ses cocontractants des garanties contractuelles. <sup>52</sup>

Celles-ci pourraient notamment consister à prendre l'engagement de respecter un code de conduite, assorti de « *mesures appropriées* » pour en vérifier l'effectivité.

Les représentants d'entreprise auditionnés par le groupe de travail ont regretté que cette possibilité d'exonération soit absente des textes proposés respectivement par le Parlement et la Commission. Le texte proposé par le Parlement prévoit, au contraire de celui du Conseil, qu'il ne saurait y avoir d'exonération tenant à des clauses contractuelles ou à des vérifications faites par un tiers. <sup>53</sup>

Concernant par ailleurs une cause classique d'exonération, le fait du tiers (ici le cas échéant filiale ou partenaire commercial), celle-ci ne pourra jouer car une solidarité est prévue par le texte européen dans l'hypothèse spécifique où il y a une pluralité d'auteurs. <sup>54</sup>

À maints égards, la prochaine directive européenne relative au devoir de vigilance se distingue donc du droit commun de la responsabilité civile.

En outre, les différentes versions de la directive n'envisagent pas de soumettre l'introduction d'une instance fondée sur le devoir de vigilance à la délivrance d'une mise en demeure préalable. Une

---

<sup>51</sup> Article 22, paragraphe 2 dans la version de la Commission, les versions du Conseil et du Parlement supprimant cette possibilité.

<sup>52</sup> Le second alinéa de l'article 22, paragraphe 2 dans la version de la Commission et du Parlement ne paraît quant à lui pas édicter une cause d'exonération : « Lors de l'évaluation de l'existence et de l'étendue de la responsabilité au titre du présent paragraphe, il est dûment tenu compte des efforts déployés par l'entreprise, dans la mesure où ils sont directement liés au dommage en question, pour se conformer à toute mesure corrective qui lui est imposée par une autorité de contrôle, de tout investissement réalisé et de tout soutien ciblé fourni conformément aux articles 7 et 8, ainsi que de toute collaboration avec d'autres entités pour remédier à des incidences négatives dans ses chaînes de valeur. » (version de la Commission). Plutôt qu'à une cause d'exonération, ces dispositions s'apparentent aux critères qui déterminent généralement l'étendue et la sévérité des sanctions prononcées par une autorité de contrôle. Elles paraissent en toute état de cause incompatibles avec le principe de réparation intégrale du dommage qui prévaut en droit français.

<sup>53</sup> Amendement 303 proposé dans la version du Parlement. Certains estiment en outre que, au regard de la clause de non-régression figurant à l'article 1 paragraphe 2 de la proposition de directive, on peut envisager que certains aspects du régime de responsabilité prévu par la directive (par exemple la cause d'exonération tenant aux garanties contractuelles) ne fassent pas l'objet de transposition et qu'à ce sujet, le régime prévu par la loi française actuelle sur le devoir de vigilance soit maintenu.

<sup>54</sup> Article 22, paragraphe 3 dans la version du Conseil et celle du Parlement. La proposition de la Commission ne contient pas de disposition sur ce point.



des ONG membre du groupe de travail a fait valoir que, en droit français, l'exigence d'une mise en demeure préalable (qui existe s'agissant des actions en injonction)<sup>55</sup> a conduit à plusieurs décisions d'irrecevabilité et a constitué un obstacle excessif au succès des actions introduites par les ONG sur le terrain du devoir de vigilance. Un représentant d'entreprise auditionné par le groupe de travail a estimé opportun de conserver le principe d'une mise en demeure préalable « *car celle-ci permet de provoquer le dialogue avec les parties prenantes* ».

Plusieurs des ONG auditionnées ont également insisté sur la difficulté inhérente pour le demandeur à démontrer l'existence d'une violation des obligations de vigilance sans avoir accès à des informations et documents internes à l'entreprise concernée et ont suggéré l'instauration d'un renversement de la charge de la preuve à cet égard. Une autre des ONG auditionnées a émis pour sa part le souhait d'un « *renforcement* » des dispositions relatives à la preuve contenues dans le texte adopté par le Parlement.<sup>56</sup>

## **2.2 - L'articulation de la responsabilité : quelle place pour le droit commun ?**

Le droit commun de la responsabilité civile française contient déjà une obligation générale de vigilance. Elle a vu le jour en France dans l'affaire du Distilbène<sup>57</sup> et grâce au Conseil constitutionnel sur le fondement de la Charte constitutionnelle de l'Environnement de 2005. Ce dernier a interprété les articles 1<sup>er</sup> et 2 de la Charte, dans sa décision du 8 avril 2011, comme mettant à la charge de toute personne une obligation « *de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité* ».<sup>58</sup> Cette solution a été réaffirmée par la suite.<sup>59</sup> Si on part du postulat suivant lequel les juges du fond français pourraient, sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil, condamner pour faute de vigilance une personne morale dont les activités ont causé un dommage, il n'est pas pour autant évident que cette voie reste ouverte une fois la directive relative au devoir de vigilance transposée.

Il peut être avancé à la fois des arguments en faveur d'une option ouverte à la victime et des arguments contraires, prônant un « *système clos* »<sup>60</sup> qui contraindrait celle-ci à ne pouvoir agir que sur le fondement du droit spécial, issu de la directive.

Au soutien d'une option offerte à la victime, le texte de la future directive contient la formule suivante :

---

<sup>55</sup> Cf. article L. 225-102-4 du Code de commerce.

<sup>56</sup> Cf. version du Parlement, Article 22 paragraphe 2 bis, Amendement 302.

<sup>57</sup> Civ 1, 7 mars 2006, B. n°143, JCP G 2006 I 166, n° 8, obs. Ph. Stoffel-Munck, RCA 2006, comm. 164, obs. Ch. Radé.

<sup>58</sup> CC 8 avril 2011, QPC n° 2011-116, M. Michel Z. et autre.

<sup>59</sup> V. CC n° 2017-672 QPC du 10 novembre 2017 « Association Entre Seine et Brotonne et autre » et QPC n° 2019-823 du 31 janvier 2021 (D. 2020, p. 1159, n. B. Parance et S. Mabile, JCP G 2020, Act. 275, Y. Aguila et L. Rollini).

<sup>60</sup> J. Carbonnier, « Le silence et la gloire », D. 1951, p. 119.



« Les règles en matière de responsabilité civile prévues par la présente directive sont sans préjudice des règles de l'Union ou des règles nationales en matière de responsabilité civile ayant trait aux incidences négatives sur les droits de l'homme ou aux incidences négatives sur l'environnement qui prévoient une responsabilité dans des situations non couvertes par la présente directive ou une responsabilité plus stricte que cette dernière » (article 22 paragraphe 5).<sup>61</sup>

Une formule similaire a déjà été retenue par le passé dans des textes européens,<sup>62</sup> et retranscrite dans le droit français.<sup>63</sup> Sa présence dans le projet de directive pourrait laisser penser que, si le droit commun de la responsabilité civile est plus favorable aux victimes (fait générateur plus large, dommages plus variés, et absence de seuil des entreprises assujetties), il devra constituer un fondement disponible. En outre, il convient de rappeler que le droit commun de la responsabilité civile est<sup>64</sup> (et, selon le Conseil constitutionnel, doit être<sup>65</sup>) une voie cardinale ouverte à tous.<sup>66</sup>

Au soutien d'un non-cumul du droit spécial issu de la transposition de la future directive européenne et du droit commun de la responsabilité civile, deux arguments peuvent être avancés. Le premier tient au jeu de l'adage *specialia generalibus derogant* qui conduit à écarter le droit commun au profit du droit spécial. Puisqu'un droit spécial a été adopté, c'est en effet que le régime général a paru inadapté.<sup>67</sup> Pour un membre du groupe de travail, l'absence de possibilité d'un cumul est confortée par une décision du Conseil constitutionnel qui a jugé, au sujet de l'obligation de vigilance, qu'il était « loisible au législateur de définir les conditions dans lesquelles une action en responsabilité peut être engagée sur le fondement de la violation de cette obligation ». <sup>68</sup> Le second tient à la manière dont la Cour de justice de l'Union européenne pourrait interpréter le texte précité, prévoyant la cohabitation entre le nouveau régime spécial adopté et les autres régimes existant en droit national susceptibles d'être invoqués par les victimes. La jurisprudence rendue par cette

---

<sup>61</sup> Article 22, paragraphe 5 de la version de la Commission et 22, paragraphe 4 de la version du Conseil, non amendée par la version du Parlement.

<sup>62</sup> Directive du Conseil 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, Article 13.

<sup>63</sup> Article 1245-17 du Code civil relatif à l'articulation entre le droit spécial de la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit commun de la responsabilité civile.

<sup>64</sup> Le droit commun de la responsabilité civile était d'ailleurs présenté par les rédacteurs du Code civil comme un dogme universel (v. not. Portalis, *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, spéc. p. 26).

<sup>65</sup> Le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur spécifique au principe de responsabilité (v. not. DC n° 82-144 22 octobre 1982 ; DC n° 83-162 du 19 et 20 juillet 1983 ; DC n° 2005-522 du 22 juillet 2005).

<sup>66</sup> V. not. G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 4 éd., 2019, spéc. n° 14 et 84.

<sup>67</sup> H. Mazeaud, « L'absorption des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile », *DH* 1935, *Chr.*, p. 5 et s., spéc. p. 6 ; R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, *Chr.* p. 91, spéc. n° 2 ; N. Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies en droit », in *Les antinomies en droit*, dir. Ch. Perelman, Bruylant, 1965, p. 237 et s., spéc. p. 248 et 249 ; M. Poumadère, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 390.

<sup>68</sup> Conseil constitutionnel, *Décision n° 2011-116, QPC du 8 avril 2011.*



juridiction européenne<sup>69</sup> sur le fondement de la directive de 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux illustre une telle « canalisation ».<sup>70</sup>

Ces deux arguments ne sont néanmoins pas infranchissables. Le premier - le droit spécial écarte le droit commun – n'est pas d'application systématique<sup>71</sup>. En droit de la responsabilité civile française, précisément, il ne l'a jamais été pour résoudre la question de l'articulation d'un régime spécial avec le droit commun de la responsabilité civile.<sup>72</sup> Une doctrine avisée a d'ailleurs élaboré des méthodes de hiérarchisation des intérêts, entre auteur de dommages et victime de dommages, permettant de guider le juge qui doit choisir entre cumul ou non-cumul.<sup>73</sup> Le second – qui correspondrait à une interprétation « canalisante » de la CJUE - n'est sans doute pas non plus décisif, car le degré d'harmonisation requis des États membres ne sera probablement pas le même.<sup>74</sup> Certains membres du groupe de travail ont du reste souligné que la formulation

---

<sup>69</sup> CJUE 25 avril 2002, aff. C-183/00, D. 2002, p. 2462, n. Ch. Larroumet, D. 2002, chr. p. 2428, par J. Calais-Auloy, D. 2002, p. 2937, obs. J. -P. Pizzio, D. 2003, p. 463, obs. D. Mazeaud, RTDciv. 2002, p. 523, obs. P. Jourdain, RTDcom. 2002, p. 585, obs. M. Luby, RDC 2003, p. 107, obs. Ph. Brun et v. aussi G. Viney « L'interprétation par la CJCE de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », JCP G 2002 I 177. La CJUE a retenu ici que l'article 13 de ladite directive « ne saurait être interprété comme laissant aux États membres la possibilité de maintenir un régime général de responsabilité du fait des produits défectueux différent de celui prévu par la directive » et conclu que « les droits conférés par la législation d'un État membre aux victimes d'un dommage causé par un produit défectueux, au titre d'un régime général de responsabilité ayant le même fondement que celui mis en place par ladite directive, peuvent se trouver limités ou restreints à la suite de la transposition de celle-ci dans l'ordre juridique interne dudit État » (CJCE 25 avril 2002, préc., §§ 30 et 38).

<sup>70</sup> J. -S. Borghetti, *La responsabilité du fait des produits*, LGDJ, 2004, n° 589 et s., spéc. n° 593.

<sup>71</sup> M. Jeantin, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 149 et s. ; R. Libchaber, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », RTD civ. 1997, p. 792 et s. ; A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, 2013, n° 145 ; N. Balat, *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016, n° 170.

<sup>72</sup> S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Fondation Varenne, Coll. des thèses, 2011, n° 166 ; F. Leduc, « Les concours entre les régimes spéciaux et le droit commun », in *Les concours de responsabilité, Actes du colloque de Chambéry des 24 et 25 novembre 2011*, RCA 2012, Dossier 48, spéc. p. 49.

Pour des réflexions sur ce thème en droit de la presse : Ch. Bigot, « Le champ d'application de l'article 1382 du Code civil en matière de presse », in *Liberté de la presse et droits de la personne*, dir. J. -Y. Dupeux et A. Lacabarats, Dalloz, 1997, p. 63 et s. ; N. Mallet-Poujol, « De la « cohabitation » entre la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et l'article 1382 du Code civil », *Légipresse* 2006, n° 234 p. 93 ; E. Dreyer, « Disparition de la responsabilité civile en matière de presse », D. 2006, p. 1137 ; G. Viney, « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression », *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1165 et s. Pour des réflexions sur cette thèse en droit des procédures collectives : J. -J. Daigre, « De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou liquidation judiciaire », *Rev. sociétés* 1988, p. 199 et s. ; F. Pollaud-Dullian, « Du droit commun au droit spécial – et retour », in *Mélanges, Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 et s. ; Th. Mastrullo, « Responsabilité civile et droit des procédures collectives », in « *Responsabilité civile et autres disciplines du droit privé* », Dossier spécial, Actes du colloque de l'Université de Tours du 17 mars 2017, RCA 2017, p. 45 et s.

<sup>73</sup> J. Traulet, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, 2007, n° 187 et s.

<sup>74</sup> La directive du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (préc.) est d'harmonisation maximale (v. CJCE 25 avril 2002, préc., paragraphe 23). La CJCE a retenu à ce titre que : « la marge d'appréciation dont disposent les États membres pour réglementer la responsabilité du fait des produits défectueux est entièrement déterminée par la directive elle-même et doit être déduite du libellé, de l'objectif et de l'économie de celle-ci » (paragraphe 25).



adoptée sur ce point par la directive de 1985 et celle prévue dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance divergent, en sorte que la jurisprudence rendue sur le fondement du premier de ces textes n'est pas nécessairement pertinente pour apprécier la portée du second. Des incertitudes demeurent donc sur ce point à ce jour. Le groupe de travail fait observer qu'elles pourront être en partie dissipées si le texte final de la directive précise le niveau d'harmonisation poursuivi par le législateur européen.<sup>75</sup>

Le groupe de travail relève enfin que des modes de réparation distincts de l'action en responsabilité sont envisagés par certaines version du texte :

- la version du Conseil prévoit la possibilité pour l'autorité de contrôle nationale chargée de surveiller le respect du devoir de vigilance d'« ordonner [...] une réparation proportionnée à l'infraction et nécessaire pour y mettre un terme »<sup>76</sup> ;
- la version du Parlement semble également ouvrir cette possibilité étant donné que les « mesures correctives »<sup>77</sup> que peut prononcer l'autorité de contrôle nationale englobent des mesures d'« indemnisation ».<sup>78</sup>

De telles dispositions interrogent quant à leur articulation avec l'action en responsabilité prévue par l'article 22 du projet de directive.<sup>79</sup> Elles paraissent en tout état de cause difficilement transposables en droit français dans la mesure où les autorités administratives indépendantes, qui ne sont pas des juridictions, ne disposent en principe pas du pouvoir d'attribuer des dommages et intérêts.<sup>80</sup>

Le texte proposé par le Conseil anticipe toutefois la difficulté en mentionnant que « les autorités de contrôle exercent les pouvoirs visés au présent article conformément au droit national [soit] directement, [...] en coopération avec d'autres autorités ; ou [...] par la saisine des autorités judiciaires compétentes ».<sup>81</sup>

La version du Parlement impose par ailleurs aux États d'instaurer un « guichet unique d'assistance »,<sup>82</sup> qui doit être fonctionnellement indépendant de l'autorité de contrôle, et aide « les entreprises et les parties prenantes à trouver des solutions correctives » qui peuvent inclure des réparations.

---

<sup>75</sup> Tel est le cas de la version du Parlement qui envisage un « niveau complet d'harmonisation entre les États membres » (cf. article 3 bis, amendement 132).

<sup>76</sup> Article 18, paragraphe 5 de la version du Conseil.

<sup>77</sup> Article 18, paragraphe 5 (a) de la version du Parlement (qui ne modifie pas sur ce point le texte de la Commission).

<sup>78</sup> Considérant 41 bis et article 8 quater (2) de la version du Parlement.

<sup>79</sup> Sur ce point cf. Sherpa, Proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité – Analyse et recommandations, septembre 2022, p. 8.

<sup>80</sup> Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) de M. Patrice Gélard, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, déposé le 15 juin 2006, p. 110.

<sup>81</sup> Article 18, paragraphe 6 de la version du Conseil. La possibilité d'une saisine des autorités judiciaires suscite toutefois des difficultés pratiques importantes. Se pose notamment la question de l'identité des parties à une procédure indemnitaire qui trouverait son origine dans une saisine des autorités judiciaires par l'Autorité de contrôle.

<sup>82</sup> Le texte européen mentionne que ce rôle peut être confié aux Points de Contact Nationaux auprès de l'OCDE. Cf. article 14 bis (amendement 246) dans la version du Parlement.



Cette approche non-contraignante (mise en œuvre notamment dans le cadre de « médiations »,<sup>83</sup> ou de demandes formulées via le mécanisme traitement de plaintes prévu à l'article 9<sup>84</sup>) apparaît plus aisément transposable en droit français que celle visant à attribuer un pouvoir d'indemnisation à l'autorité de contrôle.

### III. L'articulation de la responsabilité de la société mère et de celle de ses filiales, sous-traitants et fournisseurs<sup>85</sup>

Les dispositifs relatifs au devoir de vigilance ont pour objectif de responsabiliser les sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre pour leurs activités et celles de leurs filiales et sous-traitants. Ces normes ont donc principalement pour but d'éviter que les risques découlant de ces activités soient compartimentés au point qu'une entité peu solvable puisse se trouver seule débitrice d'une éventuelle dette de réparation au profit des victimes.

Faut-il pour autant en déduire que l'entité « contrôlante » sera uniquement débitrice ou qu'une responsabilité solidaire pourra être retenue contre tous les maillons de la chaîne ayant contribué à causer le dommage subi ?

#### 3.1 - Rappel sur l'approche retenue par le législateur français

À cet égard, le texte de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance<sup>86</sup> et celui de la future directive européenne (dans ses diverses versions) divergent. Le droit français adopte une approche dite « consolidée » puisque l'article L. 225-102-4 du Code de commerce prévoit (dans son I alinéa 2) que « *Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations 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* ».

Les filiales qui atteignent les seuils légaux ne sont donc pas tenues d'établir leur propre plan de vigilance (ni d'accomplir les autres obligations imposées par la loi de 2017), dès lors que leur société mère publie et met en œuvre un plan de vigilance. En outre, l'alinéa 3 de ce même texte prévoit que le plan de vigilance de la société mère doit prendre en compte les risques découlant des activités des filiales et non seulement ceux découlant de ses propres activités. Il en est autrement, en

---

<sup>83</sup> Article 8 quater (3) de la version du Parlement.

<sup>84</sup> Article 9, paragraphe 1 (Amendement 208) et 9 paragraphe 3 quater (Amendement 216) de la version du Parlement.

<sup>85</sup> Cette section s'appuie sur des travaux initialement menés par Mme la Professeure Anne Danis-Fatôme, membre du groupe de travail, qui figurent en **Annexe 5** au présent rapport.

<sup>86</sup> B. Parance, « La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Gaz. Pal.* 18 avril 2017, p. 17.



revanche, pour les sous-traitants et les fournisseurs de la société donneuse d'ordre, car on ne peut pas considérer que cette dernière les contrôle, au sens du Code de commerce. Dans l'hypothèse où ces derniers atteindraient les seuils légaux et s'ils sont soumis à la loi française, ils seraient donc tenus d'établir leur propre plan de vigilance, alors même que celui la société donneuse d'ordre inclut les risques induits par leurs activités.

On peut en déduire en termes de responsabilité (par application de l'article L. 225-102-5 du Code de commerce) qu'une responsabilité solidaire - ou *in solidum* - pourrait être retenue par les juges français entre une société donneuse d'ordre et l'un de ses sous-traitants ou fournisseurs. Une telle responsabilité *in solidum* pourrait également vraisemblablement être retenue entre la filiale et sa société mère si le plan mis en place par cette dernière s'avère défaillant. Dans une telle hypothèse, il ne serait en effet plus possible de considérer que les filiales dépassant les seuils sont « réputées satisfaire » à leurs obligations au sens de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce ; leur responsabilité personnelle pouvant alors être engagée sur le terrain du devoir de vigilance, nonobstant la consolidation.<sup>87</sup>

## 3.2 - Les implications du futur texte européen

### 3.2.1 - Les dispositions relatives à la consolidation

La version de la directive européenne proposée par le Conseil<sup>88</sup> consacre un article 4bis au groupe de sociétés (intitulé, « *Devoir de vigilance au niveau d'un groupe* ») qui prévoit que :

*« 1. Les États membres veillent à ce que les sociétés mères relevant du champ d'application de la présente directive puissent remplir<sup>89</sup> les obligations énoncées aux articles 5 à 11 et à l'article 15 pour le compte d'entreprises qui sont leurs filiales et relevant du champ d'application de la présente directive. Cette disposition est sans préjudice de la responsabilité civile des filiales conformément à l'article 22. »<sup>90</sup>*

La version proposée par le Parlement maintient un article 4 bis mais sous un autre intitulé « *Soutien au niveau du groupe dans le cadre du devoir de vigilance* » et rédigé en des termes différents :

---

<sup>87</sup> Pour un avis divergent sur ce dernier point cf. **Annexe 5**, p. 1.

<sup>88</sup> La proposition de la Commission (février 2022) ne contient pas un tel texte. Seul son article 4 prévoit in fine que « Les États membres veillent à ce que, aux fins du devoir de vigilance, les entreprises soient autorisées à partager les ressources et des informations au sein des groupes d'entreprises auxquels ils appartiennent et avec d'autres entités juridiques conformément au droit de la concurrence applicable ». La version du Parlement contient pour sa part également un article 4 bis prévoyant que la société mère puisse assumer certaines obligations de sa filiale.

<sup>89</sup> La version du Parlement est quasiment similaire (« veillent à ce que les entreprises puissent accomplir des actions de nature à contribuer à ce que leurs filiales... »).

<sup>90</sup> Identique dans la version du Parlement.



*« 1. Les États membres veillent à ce que les entreprises mères puissent accomplir des actions de nature à contribuer à ce que leurs filiales relevant du champ d'application de la présente directive satisfassent aux obligations qui leur incombent en vertu des articles 5 à 11 et de l'article 15. Le présent paragraphe est sans préjudice de la responsabilité civile des filiales conformément à l'article 22. »*

Mais le f) du 2. de l'article 4 bis ainsi rédigé envisage la possibilité pour la société mère d'accomplir « des actions spécifiques pour le compte » de sa filiale :

*« 2. f) Lorsque l'entreprise mère accomplit des actions spécifiques pour le compte de la filiale, tant l'entreprise mère que la filiale le font savoir de manière claire et transparente aux parties prenantes concernées et au domaine public ; »*

Par ailleurs, la version proposée par le Conseil précise que :

*« 2. Le respect des obligations de vigilance par une société mère conformément au paragraphe 1 est soumis à toutes les conditions suivantes :*

- a) la filiale fournit toutes les informations nécessaires à sa société mère et coopère avec cette dernière pour remplir les obligations découlant de la présente directive ;*
- b) la filiale doit se conformer à la politique en matière de devoir de vigilance de sa société mère adaptée afin de garantir que les obligations énoncées à l'article 5, paragraphe 1, sont remplies à l'égard de la filiale ;*
- c) la filiale intègre le devoir de vigilance dans toutes ses politiques et tous ses systèmes de gestion des risques conformément à l'article 5 ;*
- d) le cas échéant, la filiale s'efforce d'obtenir les garanties contractuelles conformément à l'article 7, paragraphe 2, point b) ou à l'article 8 § 3 point c) ;*
- e) le cas échéant, la filiale s'efforce de conclure un contrat avec un partenaire commercial indirect conformément à l'article 7, paragraphe 3 ou à l'article 8, paragraphe 4 ;*
- f) le cas échéant, la filiale suspend temporairement ou met un terme à la relation commerciale conformément à l'article 7, paragraphe 5 ou à l'article 8, paragraphe 6 ».*

La version du Parlement indique :

*« 2. L'entreprise mère peut accomplir des actions qui contribuent à l'accomplissement des obligations de vigilance par la filiale conformément au paragraphe 1, sous réserve de l'ensemble des conditions suivantes : »*

et ajoute aux conditions posées par le Conseil, outre le f) précité, deux conditions relatives au climat :

*« c) l'entreprise mère adapte en conséquence sa politique en matière de devoir de vigilance pour s'assurer du respect des obligations énoncées à l'article 5, paragraphe 1<sup>er</sup> en ce qui concerne la filiale ; (...)*



g) la filiale intègre le climat dans ses politiques et systèmes de gestion des risques conformément à l'article 15 ».

Le texte du Parlement présente donc la particularité d'une part, de prévoir une consolidation graduée, « à la carte », la société mère pouvant contribuer à l'accomplissement par ses filiales de leurs obligations ou accomplir, pour leur compte, des actions spécifiques, et, d'autre part, d'intégrer le climat au titre des obligations pesant sur la filiale.<sup>91</sup>

### 3.2.2 - Les interrogations suscitées par l'article 4 bis

#### 3.2.2.1- Les modalités incertaines de la consolidation prévue par l'article 4 bis

À partir du moment où la filiale relève du champ d'application de la directive, il existerait trois hypothèses distinctes, compte tenu des termes retenus par le futur texte européen (le verbe « pouvoir » ayant été choisi et non le verbe « devoir ») :

- 1) la société mère choisit d'accomplir les obligations de vigilance pesant sur sa filiale « pour [le] compte » de cette dernière (version du Conseil) ; ou « accomplit des actions spécifiques pour le compte de la filiale » (version du Parlement) ;
- 2) la société mère « se contente » d'« accomplir des actions qui contribuent à l'accomplissement des obligations de vigilance par la filiale » (version du Parlement) ;
- 3) la société mère ne consolide pas, chaque filiale devant remplir les obligations prévues par la Directive.

#### 3.2.2.2- L'effet juridique incertain des « conditions » énumérées par l'article 4 bis paragraphe 2

**La manière dont est construit le texte de l'article 4 bis soulève d'emblée une interrogation :** les éléments énumérés aux paragraphes a) à f), qui décrivent les actions de la filiale permettant à la société mère d'exécuter cette obligation de vigilance pour son compte, induisent en effet des doutes quant à leurs effets juridiques.

Trois interprétations différentes de ces textes peuvent être proposées :

- 1) Les actions attendues de la filiale en cas de consolidation pourraient être qualifiées de causes d'exonération.

---

<sup>91</sup> Par ailleurs, et comme indiqué ci-dessus, à la différence du texte du Conseil (qui se réfère aux « sociétés mères relevant du champ d'application de la présente directive ») le texte du Parlement ne paraît pas imposer que la société mère soit elle-même assujettie au devoir de vigilance pour que la consolidation puisse intervenir.



Par exemple, une société mère qui a choisi de « *consolider* » pourrait-elle se prévaloir du fait que sa filiale a été défaillante dans l'exécution de son obligation de fournir « *toutes les informations nécessaires* » (article 4 bis, paragraphe 2 a)) ou d'intégrer « *le devoir de vigilance dans toutes ses politiques et tous ses systèmes de gestion des risques* » (article 4 bis, paragraphe 2 a) pour s'exonérer de toute responsabilité ?

2) Cette énumération (a à f) pourrait avoir pour effet de mettre des obligations spécifiques à la charge de la filiale, susceptible d'engager sa responsabilité propre.

3) Il pourrait s'agir de conditions de la consolidation : si la filiale n'informe pas la société mère (a) ou si elle n'intègre pas le devoir de vigilance dans ses politiques de gestion (c), alors la société mère ne peut pas « *consolider* ».

Une clarification des textes quant à l'effet juridique des conditions énumérées par l'article 4 bis paragraphe 2 serait donc bienvenue.

### **3.2.2.3 - La nature incertaine de la consolidation prévue par l'article 4 bis et de ses conséquences**

Si les versions du Conseil et du Parlement divergent dans leur conception de la consolidation, les deux textes indiquent toutefois que la possibilité de consolider est « *sans préjudice de la responsabilité civile des filiales conformément à l'article 22* ». <sup>92</sup> Cette formule laisse entière la question de savoir si lorsque la société mère choisit d'accomplir les obligations pesant sur sa filiale, cette dernière est exonérée de toute responsabilité.

Le Conseil comme le Parlement semblent écarter l'idée d'une exonération des filiales ainsi que cela résulte :

- du considérant 16 ter de la version du Conseil :

« *L'exécution des obligations de vigilance au niveau du groupe devrait être sans préjudice de la responsabilité civile des filiales à l'égard des victimes auxquelles le dommage est causé. Si les conditions de la responsabilité civile sont remplies, la filiale pourrait être tenue responsable des dommages occasionnés, que les obligations de vigilance aient été exécutées par la filiale ou par la société mère au nom de la filiale.* » ;

- du considérant 28 bis de la version du Parlement :

« *La responsabilité prévue à l'article 22 de la présente directive devrait être maintenue au niveau de l'entité afin de responsabiliser les filiales sans préjudice de la législation des États membres en matière de responsabilité solidaire.* »

---

<sup>92</sup> Une variante insignifiante tient au fait que la version du Parlement utilise le terme « *présent paragraphe* ».



Pour apporter quelques éléments de réflexion à l'analyse, on peut raisonner à partir des cas de responsabilités du fait d'autrui qui existent en droit français. Le raisonnement tient lorsque la société mère exécute son obligation de vigilance « *pour le compte* » de sa filiale. On sait que, hormis le cas de la responsabilité des commettants pour le fait de leurs préposés (où une immunité a été créée par la jurisprudence au profit de ces derniers<sup>93</sup>), la responsabilité du garant laisse en principe subsister celle de l'auteur direct du dommage.<sup>94</sup> Si on sort du schéma de la responsabilité du fait d'autrui, pour rester dans le cadre d'une responsabilité pour fait personnel, on peut souligner que les hypothèses de responsabilité de coauteurs d'un même dommage sont traditionnellement soumises à un régime de responsabilité solidaire (dite *in solidum*), en tout cas en droit français<sup>95</sup> et dans deux des trois versions du futur texte européen portées à notre connaissance.<sup>96</sup>

Il est également possible de tirer des enseignements d'une comparaison avec le régime de responsabilité civile mis en place par le RGPD<sup>97</sup> envers les responsables de traitement et les sous-traitants.<sup>98</sup> Il s'agit d'une responsabilité conjointe<sup>99</sup> pour l'application de laquelle les magistrats sont invités à déterminer « *la part de responsabilité de chaque responsable du traitement ou de chaque sous-traitant dans le dommage causé par le traitement, à condition que le dommage subi par la personne concernée soit entièrement et effectivement réparé* ». <sup>100</sup> Un recours en contribution est prévu entre eux,<sup>101</sup> ce qui semble peu cohérent avec l'idée d'une responsabilité conjointe, mais

---

<sup>93</sup> G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de responsabilité civile, Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2013, n° 810 et s.

<sup>94</sup> G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *ouvrage préc.*, n° 788 et s.

<sup>95</sup> *Solution constante* : Civ 11 juillet 1892, DP 1894, 1, 513.

<sup>96</sup> Article 22, paragraphe 3 dans la version du Conseil et dans la version du Parlement ; la version de la Commission est mutique sur ce point.

<sup>97</sup> V. J. Knetsch, « Les actions civiles en réparation fondées sur une violation du RGPD, Vers un nouveau contentieux de masse ? », JCP G 2022 1062 ; A. Danis-Fatôme, « Quelles actions judiciaires en cas de violation du RGPD ? », in *Dossier spécial « Entrée en vigueur du Règlement général de protection des données à caractère personnel ; quels changements pour les responsables de traitement ? »*, *Comm. com. élect.* 2018, avril 2018, p. 84 et s.

<sup>98</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 dit « RGPD ». Le RGPD a mis en place des obligations qui pèsent sur le sous-traitant, toutes celles qui incombent au responsable de traitement ne lui étant pas imputables (article 28 du RGPD).

<sup>99</sup> La comparaison prend du sens lorsqu'on constate que les termes retenus par le RGPD sont similaires à ceux qui sont utilisés par la proposition de directive sur le devoir de vigilance : cons. 79 du RGPD « La protection des droits et libertés des personnes concernées, de même que la responsabilité des responsables de traitement et des sous-traitants, y compris dans le cadre de la surveillance exercée par les autorités de contrôle et des mesures prises par celles-ci, exige une répartition claire des responsabilités au titre du présent règlement, y compris lorsque le responsable du traitement détermine les finalités et les moyens du traitement conjointement avec d'autres responsables du traitement, ou lorsqu'une opération de traitement est effectuée pour le compte d'un responsable de traitement ». Cette dernière situation vise l'hypothèse de l'intervention d'un sous-traitant.

<sup>100</sup> Cons. 146 du RGPD.

<sup>101</sup> Cons. 146 du RGPD.



au contraire classique dans l'hypothèse d'une responsabilité solidaire. Il est dans tous les cas exclu qu'un responsable de traitement puisse être exonéré ou voir sa responsabilité limitée en invoquant celle de son sous-traitant<sup>102</sup> (au sens du RGPD<sup>103</sup>). On retrouve ici une solution habituelle du droit de la responsabilité civile contractuelle.<sup>104</sup>

Les principes du droit français de la responsabilité ne paraissent donc pas incompatibles avec le fait que la responsabilité des filiales puisse être engagée sur le terrain du devoir de vigilance, alors même que c'est la société mère qui accomplit leurs obligations à ce titre.<sup>105</sup>

Les ONG entendues sur ce point ont estimé que toute cause d'exonération absolue devait être évitée, notamment dans la mesure où nombre de dommages résultent des activités des filiales de la société mère.

Le représentant d'une entreprise française a fait observer dans le cadre de son audition que la consolidation au sein d'un groupe « *ne peut fonctionner que si la filiale joue le jeu et procure les informations nécessaires à la société mère* », précisant qu'il arrive que certaines filiales récemment absorbées soient réticentes à coopérer avec la société mère, ce qui laisse perdurer un certain nombre de risques au niveau de la filiale. À cet égard cet intervenant a estimé de bon augure la responsabilisation des filiales. Dans la mesure où la loi n'opère pas de distinction basée sur la situation géographique des filiales<sup>106</sup> et/ou sur le caractère récent (ou non) de leur éventuelle acquisition, les exigences du devoir de vigilance font de l'intégration des nouvelles entités et de la remontée d'informations des sujets centraux pour les entreprises assujetties.

Il a par ailleurs été souligné par un membre du groupe de travail qu'une filiale n'est pas nécessairement détenue à cent pour cent par sa société mère et que la présence d'actionnaires minoritaires ou d'autres parties prenantes disposant d'une faculté de blocage pourrait *ipso facto* empêcher le plan de vigilance établi par la société mère d'être pleinement mis en œuvre.<sup>107</sup> À ce titre,

---

<sup>102</sup> V. not. CNIL, n° SAN-2023-006 du 11 mai 2023, spéc. paragraphe 33.

<sup>103</sup> Article 4, paragraphe 8 du RGPD le sous-traitant est « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable de traitement ».

<sup>104</sup> V. not. Civ 1, 17 mars 2011, n° 10-30.383, D. 2011, p. 1463, note B. Dondero. - Civ 2, 7 juillet 2011, n° 10-21.719 : Resp. civ. et assur. 2011, comm. 380.

<sup>105</sup> Un membre du groupe de travail a fait valoir qu'une telle exonération pourrait cependant permettre aux groupes internationaux avec une activité substantielle en Europe de mettre en place les obligations de vigilance de façon plus cohérente et robuste.

<sup>106</sup> Étant précisé que seules les « filiales (...) relevant du champ d'application de la présente directive » au sens de l'article 4 bis sont concernées, à savoir les filiales soumises aux lois nationales des États membres transposant la Directive.

<sup>107</sup> Un cas évoqué est celui de plans d'investissement qui pourraient faire l'objet d'un blocage par l'une de ces parties prenantes, notamment si l'injection de capitaux par la société mère a pour effet de diluer le minoritaire ou si certaines dépenses viennent réduire temporairement la participation due aux salariés.



ce membre du groupe de travail estime qu'il convient de responsabiliser les filiales. M. le professeur Synvet, sollicité par le groupe de travail, a – pour des raisons similaires – évoqué le fait qu'une absence de responsabilisation de la filiale serait de nature à faire trop facilement abstraction de l'existence de patrimoine distincts, notamment dans les hypothèses dans lesquelles la filiale n'est pas détenue à cent pour cent par sa mère.

Un représentant d'entreprise a du reste avancé qu'un régime de responsabilité solidaire - s'il était adopté - nécessiterait des adaptations importantes en pratique dans l'organisation des groupes, imposant notamment à la société mère de distinguer filiale par filiale les obligations qui sont assumées par elle et celles qui sont assumées par la filiale, ce qui est un processus extrêmement lourd dans des grands groupes pouvant contenir des milliers de filiales.

On peut enfin s'interroger sur le point de savoir si lorsque des actions sont menées par la société mère pour que sa filiale améliore ses modes de production conformément aux exigences sociales et environnementales (« *la société mère contribue par ses actions à l'exécution de son obligation de vigilance par sa filiale* » article 4 bis tel qu'amendé par le Parlement), la société mère ne pourrait pas alors être considérée comme ayant souscrit un engagement de porte-fort.<sup>108</sup> Une telle qualification, si elle était retenue (ce qui paraît incertain), permettrait d'engager la responsabilité contractuelle de la société mère en cas de défaillance de la filiale.

Sur le sujet de la « *consolidation* », les interrogations sont donc nombreuses à la lecture des articles 4 bis et 22 du futur texte européen. Ces dispositions manquent de clarté et sont source d'insécurité juridique.

Une clarification, à la faveur des trilogues, des modalités juridiques de la « *consolidation* », ainsi que de ses conséquences sur les responsabilités de la société mère et de ses filiales, apparaît donc indispensable. Dans ce cadre, le groupe de travail estime que l'autonomie des personnes morales et de leur patrimoine devront être préservées, ainsi que le principe d'une responsabilité personnelle.

#### **IV. Les conséquences liées à la « *nature impérative* » des dispositions relatives à la responsabilité civile<sup>109</sup>**

Les différentes versions de la directive prévoient que les dispositions du droit national qui transposeront l'article 22 de la directive (relatif à la responsabilité civile) devront être « *de nature impérative* ».

---

<sup>108</sup> On vise ici le porte-fort d'exécution (article 1204 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil) ; V. not. M. Fabre-Magnan, « Les fausses promesses des entreprises », in *Études en la mémoire de Ph. Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, Dalloz, 2018, p. 451 et s.

<sup>109</sup> Cette section s'appuie sur des travaux initialement menés par M. le Professeur d'Avout, membre du groupe de travail.



Les textes de la Commission et le Parlement disposent ainsi que :

« *Les États membres veillent à ce que la responsabilité prévue dans les dispositions de droit national transposant le présent article soit de nature impérative dans les cas où la loi applicable aux actions en réparation à cet effet n'est pas celle d'un État membre* ». <sup>110</sup>

Le Conseil a pour sa part proposé une version légèrement amendée, mais substantiellement similaire, de cette disposition :

« *Les États membres veillent à ce que les dispositions du droit national transposant le présent article soient de nature impérative dans les cas où la loi applicable aux actions en réparation à cet effet n'est pas celle d'un État membre* ». <sup>111</sup>

Ces dispositions doivent être mises en regard avec celles de l'article 2 de la proposition de directive, qui :

- déterminent le champ d'application personnel de la directive, laquelle s'applique aux entreprises européennes et étrangères qui dépassent certains seuils de nombre d'employés et/ou de chiffre d'affaires ;

- précisent que « *l'État membre compétent pour régler les questions relevant de la présente directive* » (i.e. l'État qui détaille les règles auxquelles l'entreprise doit se conformer) est :

• en ce qui concerne les entreprises européennes, « *l'État membre où l'entreprise a son siège statutaire* » ;

• en ce qui concerne les entreprises étrangères, « *l'État membre où l'entreprise possède une succursale* » ou, à défaut « *celui dans lequel l'entreprise a réalisé la majeure partie de son chiffre d'affaires* ». <sup>112</sup>

#### **4.1 - Nature du dispositif proposé à l'article 22, paragraphe 5**

Certains commentateurs <sup>113</sup> ont analysé l'article 22 paragraphe 5 comme invitant les États membres à élever les dispositions de transposition relative à la responsabilité au rang de « *loi de police* ». Le

---

<sup>110</sup> Article 22, paragraphe 5 de la version de la Commission, le Parlement n'a pas proposé d'amender ce paragraphe.

<sup>111</sup> Article 22, paragraphe 5 de la version du Conseil.

<sup>112</sup> Seule la version proposée par le Conseil (article 2(5)) traite de la question de l'État membre compétent s'agissant des entreprises étrangères assujetties. **Pour des raisons de sécurité juridique, il apparaît indispensable au groupe de travail que cette précision soit conservée dans le texte final de la directive.**

<sup>113</sup> En ce sens : B. Lecourt, « Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés », *Revue des sociétés* 2022, p. 310 ; A. Danis-Fatôme, « La responsabilité civile dans la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance », *D.* 2022, p. 1107 ; L. Bourgeois, C. Kessedjian, E. Pataut, « Droit international privé - Projet de codification - Réflexions pour un DIP adapté aux enjeux de la responsabilité des entreprises en cas d'atteintes aux droits humains et à l'environnement », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 2, mars-avril 2023, entretien 2.



propre d'une loi de police est d'être d'une « *telle importance pour l'État qui l'a édictée que le juge doit procéder à son application immédiate sans qu'il soit besoin de recourir à la règle de conflit de lois* ». <sup>114</sup>

La lecture du considérant 61 du texte proposé par le Conseil pourrait néanmoins susciter un doute à cet égard dans la mesure où il précise que les États membres « **choisissent les méthodes pour atteindre ce résultat [d'impérativité] [...] dans la mesure où elles sont [...] essentielles pour la sauvegarde des intérêts publics des États membres, tels que son organisation politique, sociale ou économique** ». Cette rédaction laisse entendre que les États membres pourraient, au stade de la transposition de la directive, mettre en œuvre d'autres techniques du droit international privé pour garantir l'application du régime de responsabilité prévu par la directive. On songe notamment à l'exception d'ordre public international. <sup>115</sup>

La lettre de l'article 22, paragraphe 5, qui n'opère aucune distinction quant au contenu de la loi étrangère (qui doit systématiquement être évincée dès lors qu'elle n'est pas celle d'un État membre), permet de pencher en faveur de la qualification de loi de police.

Le groupe de travail estime que ce point mériterait d'être clarifié à la faveur du trilogue.

## 4.2 - Les conséquences du dispositif proposé quant à la juridiction compétente

Ni l'article 22, ni les autres dispositions des textes proposés par le Parlement, la Commission et le Conseil n'édicte de règles de compétence juridictionnelle. La juridiction compétente pour connaître des actions en responsabilité a donc vocation à être déterminée à la lumière des règles européennes et nationales préexistantes en la matière :

- Si l'action est dirigée contre un défendeur domicilié dans un État membre de l'Union européenne la compétence sera fondée sur le règlement Bruxelles I bis. Les dispositions de ce dernier permettent principalement d'attirer le défendeur devant le Tribunal de son domicile <sup>116</sup> ou alternativement (i) en matière extracontractuelle, devant la juridiction du lieu du fait générateur ou du lieu de

---

<sup>114</sup> C. Latil, *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 552-100 : *Loi de police*, Lexis, 2022, paragraphe 1.

<sup>115</sup> L'exception d'ordre public international permet précisément d'évincer l'application de la loi étrangère dès lors que l'examen de son contenu révèle qu'elle heurte « des conceptions fondamentales de l'ordre juridique du for » cf. B. Audit, L. d'Avout, *Droit international Privé*, 9<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2022, paragraphe 389.

<sup>116</sup> Article 4 du Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 dit « Bruxelles I bis ». S'il existe plusieurs défendeurs, tous peuvent être attirés devant la juridiction du domicile de l'un d'eux si une bonne administration de la justice le justifie (cf. article 8, paragraphe 1 du Règlement Bruxelles I bis).



survenance du dommage,<sup>117</sup> (ii) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution du contrat.<sup>118</sup>

- Si l'action est dirigée contre un défendeur domicilié hors de l'Union européenne, le règlement Bruxelles I bis ne trouvera pas à s'appliquer et seront pertinentes les règles non harmonisées de droit international privé de chaque État membre.

En France, le principe est celui de l'extension à l'ordre international des règles internes de compétence. En l'absence d'un défendeur domicilié en France, les juridictions françaises pourront retenir leur compétence (i) en matière contractuelle, si le lieu de la livraison effective de la chose ou de la prestation de service se situe en France, (ii) en matière extracontractuelle, si le lieu de l'événement causal ou celui du dommage est situé en France.<sup>119</sup>

La compétence des juridictions françaises pourra du reste être retenue dans l'hypothèse (rare) où aucune autre juridiction étrangère ne peut être saisie et où le demandeur est par conséquent exposé à un risque de déni de justice.<sup>120</sup>

Cette compétence pourra enfin résulter de la mise en œuvre du privilège de juridiction offert par l'article 14 du Code civil, qui permet à un demandeur domicilié en France de saisir les juridictions françaises sur le seul fondement de sa nationalité française (à condition notamment, comme au cas présent, que le défendeur soit domicilié hors de l'Union européenne).

Afin d'éviter que, par application des principes immédiatement décrits *supra*, certains des contentieux relatifs au devoir de vigilance échappent aux juridictions des États membres, le groupe de travail estime qu'il serait opportun que la directive prévoie une règle subsidiaire de compétence judiciaire internationale permettant d'attirer systématiquement le contentieux relatif aux entreprises assujetties au devoir de vigilance devant les juridictions européennes.<sup>121</sup> Cette règle pourrait opportunément désigner l'État membre en charge de la réglementation et de la supervision au sens de l'article 2 (v. *supra*).<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> Article 7, paragraphe 2 du Règlement Bruxelles I bis et CJCE, 30 novembre 1976, *Sté Bier et Fond. Rheinwater c. Mines de Potasse d'Alsace*, Rec. 76.1735.

<sup>118</sup> Article 7 paragraphe 1a du Règlement Bruxelles I bis.

<sup>119</sup> B. Audit, L. d'Avout, *Droit international Privé*, 9<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2022, paragraphes 430 à 432. *Un défendeur domicilié hors de l'Union européenne pourrait être attiré devant une juridiction française par application de la règle des codéfendeurs (à supposer que l'un des autres codéfendeurs demeure en France, et que cet « ancrage » présente un caractère sérieux).*

<sup>120</sup> *Ibid.* Paragraphe 445.

<sup>121</sup> Le Groupe européen de droit international privé (GEDIP) a formulé une recommandation sur ce point cf. GEDIP, *recomm.* 8 octobre 2021 concernant les aspects de droit international privé du futur instrument de l'Union européenne sur le devoir de diligence et la responsabilité des entreprises et GEDIP, *recomm.*, 9-11 septembre 2022, concernant la proposition de directive du 23 février 2022 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, donnant suite à sa recommandation à la Commission en date du 8 octobre 2021.

<sup>122</sup> M. le Professeur Synvet estime qu'il n'est pas évident qu'il soit opportun de créer une règle de compétence spéciale ; l'impérialisme du droit européen n'étant pas à encourager de son point de vue (sur cette même idée, cf. *infra* note n° 142).



Dans l'hypothèse d'un groupe international constitué de sociétés établies dans divers pays (États membres ou État tiers), les demandeurs à l'action pourront, au constat de la diversité des domiciles, placer et consolider le contentieux devant l'État de leur choix. En l'état du droit actuel, la possibilité, classique, de *forum* et *law shopping* n'est pas atténuée (quand bien même le droit applicable pourrait ne pas être identique d'un État membre à l'autre, voir point suivant).

### **4.3 - Les conséquences du dispositif proposé quant à la loi applicable**

#### **4.3.1 - Les règles de conflit de lois européennes : l'application de principe de la loi du lieu du dommage (en cas de litige extracontractuel)**

Les actions en responsabilité mises en œuvre en application du devoir de vigilance européen seront le plus fréquemment des actions reposant sur des obligations non contractuelles.

Pour déterminer la loi applicable en la matière, les juridictions des États membres ont en principe<sup>123</sup> vocation à faire application des dispositions du règlement Rome II<sup>124</sup>, qui est d'application universelle, c'est-à-dire sans distinction suivant les lieux d'établissement des parties et de réalisation des dommages.

Le principe général fixé par le règlement Rome II est celui selon lequel «... *la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable 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* ».<sup>125</sup>

Ainsi, dès lors qu'un manquement au devoir de vigilance aura suscité un dommage dans un pays tiers à l'Union européenne, le règlement Rome II désignera en principe la loi de ce pays tiers comme applicable à l'action en responsabilité.

Une exception importante à ce principe est prévue en matière d'atteinte à l'environnement, où la victime dispose d'une option entre la loi du lieu du dommage et celle du fait générateur (article 7,

---

<sup>123</sup> Certaines conventions internationales antérieurement conclues peuvent prendre priorité sur le règlement.

<sup>124</sup> Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit « Rome II »).

<sup>125</sup> Article 4, paragraphe 1 du règlement Rome II. Lorsque le dommage est subi dans plusieurs pays, l'application de la loi de l'un de ces pays sera en principe limitée au dommage survenu dans ledit pays. Par application de l'article 4, paragraphe 3 du règlement Rome II, le litige pourra toutefois être soumis à la loi d'un seul de ces pays s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec ce dernier.

<sup>126</sup> Dans l'affaire *Milieudefensie v Shell* (Tribunal de la Haye, 26 mai 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337), le Tribunal de la Haye a fait application de cette règle pour retenir l'application du droit néerlandais à l'action en responsabilité dirigée contre Shell.



Rome II).<sup>126</sup> L'exception édictée par l'article 7 n'est toutefois pas de nature à couvrir toutes les « incidences négatives » sur lesquelles porte le devoir de vigilance, qui peuvent être non seulement des atteintes à l' « environnement », mais également aux « droits de l'homme ».<sup>127</sup>

Un autre tempérament au principe d'application de la loi du lieu du dommage figure à l'article 17 du règlement Rome II qui impose « pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée » de « tenir compte » des « règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité ». Ainsi, **même dans les cas où le règlement Rome II désigne l'application d'une loi étrangère à l'action en responsabilité, le juge européen doit tenir compte des « règles de sécurité et de comportement » applicables sur le lieu et au moment du fait dommageable** (ce qui, s'agissant des actions introduites contre des sociétés comprises dans le champ d'application personnel de la directive, inclura par hypothèse le devoir de vigilance)<sup>128</sup>. On voit ici que, même si la directive était demeurée silencieuse sur sa portée dans les contentieux internationaux, le droit positif européen aurait permis de lui donner un relais convenable d'efficacité (en imposant la prise en compte des règles européennes dans l'appréciation de la faute, génératrice de responsabilité).<sup>129</sup>

Enfin, l'article 4 paragraphe 3 du règlement Rome II prévoit que si « le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 [lieu du dommage] ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. ».

Il est précisé en outre que le règlement Rome II :

- exclut certains litiges en responsabilité relevant du droit des sociétés<sup>130</sup> ;

---

<sup>127</sup> Cf. Annexe I des différentes versions du projet de directive.

<sup>128</sup> En ce sens L. d'Avout, S. Bollée, « Chronique du droit du commerce international », D. 2017.2054 et V. Pironon, « Le devoir de vigilance et le droit international privé – influences croisées », Travaux du Comité français de droit International privé, 2018-2020.

<sup>129</sup> Il a néanmoins été souligné par certains membres du groupe de travail que l'on pouvait comprendre que le législateur européen ait souhaité clarifier le caractère impératif des dispositions issues de la directive au vu notamment, (1) des débats doctrinaux et désormais judiciaires en la matière relatifs à la loi française sur le devoir de vigilance, (2) de l'incertitude de la technique de la prise en considération (comme un fait) au titre de l'article 17, les effets de la responsabilité restant soumis par la loi désignée par la règle de conflit. Il a par ailleurs été souligné par un professeur de droit sollicité par le groupe de travail que le fait que l'article 17 du règlement Rome II puisse permettre la prise en compte de règles de conduite et de sécurité qui sont défavorables aux défendeurs n'est pas toujours partagée en doctrine.

<sup>130</sup> Article 1, 2, d du règlement Rome II : « Sont exclues du champ d'application du présent règlement [...] [l]es obligations non contractuelles découlant du droit des sociétés, des associations et des personnes morales concernant des matières telles que la constitution, par enregistrement ou autrement, la capacité juridique, le fonctionnement interne et la dissolution des sociétés, des associations et des personnes morales, de la responsabilité personnelle des associés et des organes pour les dettes de la société, de l'association ou de la personne morale et de la responsabilité personnelle des auditeurs vis-à-vis de la société ou vis-à-vis de ses organes chargés du contrôle légal des documents comptables. »



- contient une réserve tirée de l'application des lois de police<sup>131</sup> (seule la mise en œuvre des lois de police émanant du pays du juge saisi est toutefois prévue) ;
- affirme enfin la priorité des règles spéciales de conflit issues du droit dérivé de l'Union européenne sur celles de la matière délictuelle en général.<sup>132</sup>

### 4.3.2 - Les conséquences de l'élévation des dispositions transposant l'article 22 au rang de « loi de police »

#### 4.3.2.1 - L'effet recherché par le législateur européen

Le constat dressé par le législateur européen est celui du risque que, en application du règlement Rome II et en l'absence d'un dispositif correctif, le droit européen ne trouve pas à s'appliquer dès lors que les dommages suscités par un manquement au devoir de vigilance seront survenus en dehors de l'Union européenne.<sup>133</sup>

Une difficulté similaire avait été identifiée par plusieurs commentateurs s'agissant de la loi française sur le devoir de vigilance.<sup>134</sup>

Le groupe de travail estime que ce risque n'est pas inexistant, mais qu'il est peut-être surpondéré étant donné les outils classiques de sauvegarde des règles impératives de conduite<sup>135</sup> et principes essentiels rattachés à l'ordre public.

Quoi qu'il en soit, l'élévation, par le législateur européen, des dispositions transposant l'article 22 de la directive au rang de « loi de police » pourrait purger la difficulté identifiée en neutralisant l'application de la loi du lieu du dommage estimée moins protectrice (si cette dernière n'est pas celle d'un État membre), pour lui substituer le droit européen transposé.

Suivant la rédaction finalement retenue par la directive, on pourrait s'interroger sur le point de savoir si, ainsi qualifiée, la règle de l'article 22 viendrait à s'appliquer à travers l'article 16 du règlement Rome II (loi de police) ou en tant que *lex specialis* autonome au sens de l'article 27 du même règlement.

---

<sup>131</sup> Article 16 du règlement Rome II : « Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle. »

<sup>132</sup> Article 27 du règlement Rome II.

<sup>133</sup> En ce sens cf. Considérant n° 63 de la version du Parlement.

<sup>134</sup> Par exemple A. Danis-Fatôme et G. Viney, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », D. 2017.1610 et s., spéc. p. 1612 ; L. d'Avout, S. Bollée, « Chronique du droit du commerce international », D. 2017.2054 ; O. Boskovic, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », D. 2016.385 ; E. Pataut, « Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé », Droit Social 2017, p. 833 ; A. Pietrancosta, ECGI Law Working Paper n° 639/2022, p. 40.

<sup>135</sup> Cf. supra les développements relatifs à l'article 17 du règlement Rome II.



D'autre part et surtout, l'objectif légitime de sauvegarde de l'autorité de la directive européenne dans les rapports internationaux aurait pu se traduire à travers une clause générale<sup>136</sup> ou spécifique d'ordre public international. En application d'une telle clause, la loi non européenne serait demeurée applicable à l'action indemnitaire ; elle aurait été évincée dans la seule mesure de son incompatibilité concrète aux principes essentiels de la directive.

Enfin, tel que ceci est évoqué ci-après, la rédaction actuelle de l'article 22 paragraphe 5 et de son considérant dédié<sup>137</sup> présentent certaines ambiguïtés ou imprécisions qui susciteront des difficultés techniques.

#### **4.3.2.2 - Les interrogations et difficultés suscitées par l'article 22, paragraphe 5 de la proposition de directive**

Le groupe de travail observe que l'article 22, paragraphe 5 ne comporte aucune précision au sujet de :

(i) la loi nationale de transposition que le juge saisi aura vocation à substituer à la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois ; c'est un problème important en termes de commodité d'emploi des lois issues de la transposition de la directive ;

en l'absence de précision, il pourrait s'agir de la loi du juge saisi (solution classique en matière de loi de police)<sup>138</sup> ou, seconde hypothèse, de la loi de transposition d'un autre État membre (par exemple celle à laquelle la société défenderesse est assujettie *ab initio* aux termes de l'article 2) ; sans précision du texte final de la directive, la solution citée en second ne pourra pas être adoptée par un juge faisant une application combinée de la directive et du règlement Rome II (alors pourtant qu'elle serait la solution la plus opportune en termes de prévisibilité du droit applicable ; voir *infra*) ;

(ii) l'étendue précise des dispositions qui présenteront un caractère « impératif » et feront l'objet d'une application internationalement impérative ;

il pourrait s'agir soit de l'entière du régime de responsabilité de la loi substituée à la loi étrangère (en ce compris des règles – de prescription, de preuves etc. – non déterminées par la directive<sup>139</sup>), soit uniquement des éléments de transposition de la directive proprement dite (c'est-à-dire les règles édictées par les articles 22 relatives à la faute, au droit d'agir et au droit à réparation ; le droit étranger désigné par la règle de conflit de lois s'appliquant pour le reste) ;

---

<sup>136</sup> Article 26 du règlement Rome II.

<sup>137</sup> Cf. considérant n° 61 dans la version du Conseil.

<sup>138</sup> Il s'agit, en principe, de la seule possibilité offerte par l'article 16 du règlement Rome II.

<sup>139</sup> À la différence de la Commission européenne et du Conseil, le Parlement a proposé d'inclure certaines dispositions relatives à la preuve et à la prescription au sein de la directive cf. Version du Parlement, Amendement 302.



(iii) l'articulation éventuelle entre le recours à loi de police prévu à l'article 22 paragraphe 5 et les dispositions de l'article 2 de la directive ;

l'article 2 détermine en effet « l'État membre compétent pour régler les questions relatives à la directive » en fonction de critères qui tiennent à l'implantation de l'entreprise concernée ou à la localisation de son chiffre d'affaires ;

ainsi, la loi de transposition de la directive applicable à la société (qui fixera les obligations auxquelles elle est tenue de se conformer au titre du devoir de vigilance – *ex ante*) pourra en principe diverger de la loi applicable à l'action en responsabilité *ex post* (qui sera celle du lieu du dommage ou, si l'article 22 paragraphe 5 entre en jeu, la loi de police substituée au droit étranger) ;

(iv) l'articulation entre les « lois de police » européennes (si cette qualification était retenue) et des lois de police non européennes de même type ;

dans l'hypothèse où une société mère implantée dans un État tiers serait soumise à un devoir de vigilance résultant d'une loi de police étrangère, il pourrait être pertinent de considérer cette législation, si elle est substantiellement équivalente au droit européen parallèlement applicable.<sup>140</sup>

En l'état actuel des versions connues, la directive fait, en matière de droit international privé, trop ou bien trop peu :

- elle fait trop, dans la mesure où l'article 22 paragraphe 5 n'est en réalité pas nécessaire (pour une lecture divergente sur ce point cf. *supra* note n° 129) pour assurer l'autorité de la directive, qui n'est pas mise en danger par l'application des règles édictées par le règlement Rome II ;

un simple considérant suffirait, précisant aux États membres que l'autorité du droit harmonisé par la directive doit être sauvegardée par tous moyens lorsque la loi applicable à l'action est celle d'un État tiers ;

- ou bien trop peu : car si le législateur européen souhaite affirmer un rattachement impératif *ad hoc* à travers l'article 22 paragraphe 5 il convient alors de préciser :

- . la version de transposition qui devra être appliquée ;
- . l'étendue de l'application impérative attendue ;
- . le cas échéant, le juge européen compétent en cas de litige faiblement connecté à l'espace européen (sur ce point cf. 4.2 *supra*).

---

<sup>140</sup> Cf. L. d'Avout, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, Académie de la Haye, 2019, n° 278 s, spéc. 295 s.



Afin d'assurer une plus grande sécurité juridique et une cohérence dans l'application des dispositions relatives à la responsabilité, le groupe de travail estime que l'article 22 devrait préciser que (i) c'est la loi à laquelle l'entreprise défenderesse est assujettie *ex ante* au titre de l'article 2 qui sera applicable en qualité de loi de police et, par souci de simplicité, (ii) que cette loi s'appliquera à l'entière action en responsabilité (et non seulement pour ce qui relève *stricto sensu* de la transposition de la directive). Un membre du groupe de travail a exprimé un avis contraire, estimant qu'une telle disposition serait de nature à susciter un risque de « *legal shopping* » de la part des groupes de sociétés qui pourraient chercher à localiser leurs entités au sein du (des) pays européens disposant de la loi de transposition la moins contraignante pour eux. Un tel risque apparaît néanmoins faible au groupe de travail dans la mesure où l'organisation géographique d'un groupe de sociétés répond à de très nombreuses contraintes juridiques et fiscales. Il n'apparaît pas évident que les disparités de transposition de la directive sur le devoir de vigilance puissent constituer un critère déterminant dans ce cadre.

Des représentants d'ONG auditionnés par le groupe de travail ont pour leur part suggéré que, lorsque la loi d'un pays tiers est désignée applicable par le règlement Rome II, les victimes bénéficient d'une option entre cette loi étrangère (éventuellement plus protectrice que le droit européen) ou la loi de police européenne.

Le groupe de travail estime que si la règle de conflit de lois désigne une loi étrangère (non-européenne) qui est plus protectrice pour la victime, cette dernière devrait pouvoir s'en prévaloir. En revanche, il ne devrait pas être permis au plaignant de jouer sur les différents niveaux de sévérité qui pourront éventuellement exister entre les diverses lois de transposition (ce que la proposition formulée *supra* permet d'éviter en désignant comme loi de police européenne celle à laquelle l'entreprise est assujettie au titre de l'article 2).

#### **4.4 - Hypothèses concrètes d'actions en responsabilité contre une société assujettie au devoir de vigilance**

Trois hypothèses pratiques d'actions en responsabilité sont envisagées ci-après afin d'illustrer les développements qui précèdent et décrire les effets concrets du recours à la loi de police prévu à l'article 22, paragraphe 5.

##### **4.4.1 - Hypothèse 1 : action en responsabilité dirigée contre un défendeur unique, dont le siège est fixé dans un État membre, au sujet d'un dommage survenu dans un État tiers à l'Union européenne.**

###### ***- Sur la compétence juridictionnelle***

La compétence internationale des juridictions européennes ne pose pas de difficulté de principe dans une telle hypothèse : les tribunaux de l'État dans lequel le défendeur a fixé son siège seront compétents :



« Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. »<sup>141</sup>

#### **- Sur la loi applicable**

Les règles de conflit édictées par le règlement Rome II désigneront comme applicable au litige (i) la loi du lieu de survenance du dommage (celle de l'État tiers) ou (ii) alternativement, et uniquement si le dommage en question est un dommage environnemental, la loi du lieu du fait dommageable (*a priori* celle de l'État membre dans lequel le défendeur assujéti au devoir de vigilance est établi).

Dans le premier cas, le recours à la loi de police prévu à l'article 22, paragraphe 5 entrera en jeu et conduira à l'application impérative du droit transposé de la directive, en lieu et place de la loi étrangère.

En l'absence de la loi de police prévue à l'article 22, paragraphe 5, le règlement Rome II aurait imposé en tout état de cause qu'il soit tenu compte des « règles de sécurité et de comportement » en vigueur au sein de l'État membre dans lequel le défendeur est établi. ***Dans un tel cas, le non-respect du devoir de vigilance aurait donc pu être sanctionné sans qu'il soit nécessaire de faire application d'une loi de police.***

#### **4.4.2 - Hypothèse 2 : action en responsabilité dirigée contre un défendeur unique fixé hors de l'Union européenne (mais néanmoins assujéti au devoir de vigilance) s'agissant d'un dommage survenu hors de l'Union européenne.<sup>142</sup>**

##### **- Sur la compétence juridictionnelle**

S'agissant d'un défendeur établi hors de l'Union européenne, le règlement Bruxelles I bis est inapplicable (sauf rares exceptions, ayant trait notamment à la généralisation des privilèges de juridiction au bénéfice de demandeurs résidents). Les règles non harmonisées de droit international privé de chaque État membre trouveront à s'appliquer, sans qu'il existe de garantie qu'une (et une seule) juridiction d'un État membre retienne sa compétence.

Comme mentionné *supra*, ce cas justifie que la directive Devoir de vigilance puisse prévoir une règle subsidiaire de compétence judiciaire internationale permettant, lorsque le règlement Bruxelles I bis ne s'applique pas, d'attirer le contentieux relatif aux entreprises assujétiées au devoir de vigilance devant les juridictions de l'État membre compétent pour réguler l'entreprise défenderesse au titre de l'article 2.

---

<sup>141</sup> Article 4, paragraphe 1 du règlement Bruxelles I bis. Un tel litige pourrait néanmoins échapper à la compétence des juridictions des États membres s'il est compris dans le périmètre d'une clause de règlement des différends attribuant compétence à une juridiction d'un État tiers ou à un tribunal arbitral. Une telle circonstance pourrait apparaître problématique si elle permet d'attirer le contentieux devant une juridiction étrangère qui ne s'estimera pas liée par le caractère « impératif » du régime de responsabilité prévu par la directive.

<sup>142</sup> Il a été souligné par un membre du groupe de travail qu'une application illimitée du devoir de vigilance (qui ne serait pas restreinte aux actions en responsabilité liées aux chaînes de valeurs impliquant le territoire européen) serait contestable au regard des règles du droit du commerce international.



### **- Sur la loi applicable**

S'agissant d'un dommage causé hors de l'Union européenne par une entreprise établie elle-même hors de l'Union européenne, le règlement Rome II désignera en principe comme applicable une loi étrangère aux États membres.<sup>143</sup>

La loi de police pourrait encore entrer en jeu afin de garantir l'application du droit européen transposé alors qu'il aurait autrement pu être évincé. Comme mentionné *supra*, pour éviter tout risque de *forum shopping*, le groupe de travail suggère que la loi de police ayant vocation à être appliquée soit non pas celle du for mais celle de l'État membre compétent pour régler le défendeur au titre de l'article 2 de la directive.

### **4.4.3 - Hypothèse 3 : action en responsabilité dirigée contre plusieurs entités d'un même groupe assujetties au devoir de vigilance, s'agissant d'un dommage survenu dans un État tiers à l'Union européenne.**

#### **- Sur la compétence juridictionnelle**

Si l'une des sociétés défenderesses au moins a son siège dans un État membre, l'action en responsabilité pourra être concentrée devant les juridictions de cet État membre par application du règlement Bruxelles I bis<sup>145</sup> ou, le cas échéant, du droit commun non harmonisé,<sup>146</sup> en vertu des règles permettant d'attirer tous les défendeurs devant la juridiction du domicile de l'un d'entre eux.

Si aucune des sociétés défenderesses n'a son siège dans un État membre, les mêmes difficultés que celles qui sont décrites *supra*, s'agissant de l'hypothèse 2, pourraient survenir, en l'absence de toute règle subsidiaire de compétence internationale.

#### **- Sur la loi applicable**

Les principes décrits *supra* s'agissant des hypothèses 1 et 2 trouveraient à s'appliquer.

---

<sup>143</sup> Dans un tel cas, l'application du droit étranger ne pourrait pas nécessairement être tempérée en tenant compte « des règles de sécurité et de comportement » en vigueur « au jour et au lieu du fait qui a entraîné la responsabilité » (article 17 du règlement Rome II) puisque le « lieu » en question pourra, par hypothèse, être situé hors de l'Union européenne.

<sup>144</sup> L'application de la loi de police prévue par l'article 22, paragraphe 5 suppose entendu qu'un Tribunal d'un État membre ait pu retenir sa compétence juridictionnelle.

<sup>145</sup> Cf. article 8. 1 du règlement Bruxelles I bis. « Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut aussi être attirée [...] 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 ».

<sup>146</sup> Article 42 alinéa 2 du Code de procédure civile : « S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux. ».



## V. Les implications en droit français du « *devoir de sollicitude* »<sup>147</sup>

La proposition de directive publiée par la Commission comporte un article 25 dont l'objet est d'imposer un « *devoir de sollicitude* » aux administrateurs des sociétés européennes entrant dans le champ de la directive.

Aux termes de cet article :

*« Les États membres veillent à ce que, lorsqu'ils s'acquittent de leur obligation d'agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise, les administrateurs des entreprises visées à l'article 2, paragraphe 1, tiennent compte des conséquences de leurs décisions sur les questions de durabilité, y compris, le cas échéant, sur les droits de l'homme, le changement climatique et l'environnement, y compris à court, moyen et long terme.*

*Les États membres veillent à ce que leurs dispositions législatives, réglementaires et administratives en cas de manquement aux devoirs des administrateurs s'appliquent également aux dispositions du présent article. »*

Comme l'indique le Considérant 63 de la proposition, l'objectif du texte est de :

*« veiller à ce que ce devoir général soit compris et appliqué d'une manière cohérente et compatible avec les obligations de vigilance introduites par la présente directive et que les administrateurs prennent systématiquement en compte les questions de durabilité dans leurs décisions ».*

La place singulière (en ce qu'elle « *sort du périmètre strict du texte* »<sup>148</sup>) de cette disposition au sein de la directive s'explique par son origine. Cet article 25 fait partie du volet « *gouvernance durable* » que souhaitait introduire la Commission et durcir le Parlement, en complément des obligations de vigilance *stricto sensu*, en vue de contrer une tendance supposée des sociétés de l'UE à maximiser la valeur actionnariale à court terme<sup>149</sup>.

Les vives critiques adressées par la communauté scientifique au rapport Ernst & Young de juillet 2020<sup>150</sup> censé apporter la démonstration de cette tendance, ainsi que les résistances exprimées au sein des États membres face à cette intervention européenne dans une matière (la gouvernance

---

<sup>147</sup> Cette section s'appuie sur des travaux initialement menés par M. le Professeur Pietrancosta et Me Clémence Fallet, membres du groupe de travail.

<sup>148</sup> E. Schlumberger, *Revue - Droit des sociétés n° 7 du 1<sup>er</sup> juillet 2022 - Droit des sociétés - Chronique de droit européen des sociétés (septembre 2021 - avril 2022)*.

<sup>149</sup> V. A. Pietrancosta, *Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering Recent French Reforms and EU Perspectives (July 20, 2022)*. European Corporate Governance Institute - Law Working Paper N° 639/2022.

<sup>150</sup> *Study on directors' duties and sustainable corporate governance, EY Final report, July 2020*.



d'entreprise) jusque-là traitée nationalement (en application du principe de subsidiarité<sup>151</sup>) ont conduit la Commission à formuler au sein de l'article 25 précité une simple obligation de « *considération* » par les administrateurs des questions de durabilité.

Le Conseil s'est - pour sa part - opposé purement et simplement à l'introduction d'une telle disposition. Au soutien de cette suppression, le Conseil a souligné, dans une communication du 30 novembre 2022, les :

*« vives préoccupations exprimées par les États Membres qui considéraient que l'article 25 constituait une ingérence inappropriée dans les dispositions nationales relatives au devoir de sollicitude des administrateurs et risquait de porter atteinte au devoir des administrateurs d'agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise ».*<sup>152</sup>

Le désaccord est ainsi acté avec le Parlement qui a adopté, le 1<sup>er</sup> juin 2023, le texte de la Commission dans son article 25.

## **5.1 - Les dirigeants concernés par le devoir de sollicitude**

L'article 3 du texte proposé par la Commission définit les « *administrateurs* » comme :

- « i) tout membre d'un organe d'administration, de gestion ou de surveillance d'une entreprise ;*
- ii) lorsqu'ils ne sont pas membres d'un organe d'administration, de gestion ou de surveillance d'une entreprise, le directeur général et, si une telle fonction existe au sein d'une entreprise, le directeur général adjoint ;*
- iii) d'autres personnes qui exercent des fonctions similaires à celles exercées dans les cas visés au point i) ou ii). »*

La définition de l'« *administrateur* »<sup>153</sup> recouvre ainsi l'ensemble des mandataires sociaux, exécutifs ou non.<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> V. A. Pietrancosta, *op. cit.*

<sup>152</sup> Il est à noter que la proposition révisée adoptée le 8 mai 2023 par la Commission des affaires juridiques renforçait l'obligation pesant sur les dirigeants concernés, en leur imposant non plus seulement de « prendre en compte », mais d'« intégrer » (*integrate*) « les incidences négatives réelles et potentielles [...] dans leurs décisions » (« *integrate potential and actual adverse impacts identified pursuant to this Directive into their decisions on sustainability matters, including human rights, climate change and environmental consequences, including in the short, medium and long term* »). Cette proposition d'amendement n'a pas été retenue par le Parlement.

<sup>153</sup> La version anglaise de la version de la Commission fait usage du terme de « *directors* ».

<sup>154</sup> L'IFA souligne que, contrairement au droit français, qui vise le conseil d'administration, « sont visés ici les *directors* en emprunt à la tradition anglo-saxonne ce qui, là aussi, risque d'influencer l'état actuel de la responsabilité juridique des administrateurs ». IFA - Évolution de la responsabilité civile des administrateurs, 2023, p. 12.



Cette définition de l'« *administrateur* » est identique à la définition utilisée par la Directive 2007/36 (CE) sur l'exercice de certains droits des actionnaires des sociétés cotées pour définir le terme « *dirigeant* ». Le groupe de travail relève qu'une telle absence de cohérence terminologique entre les différents textes européens serait source de confusion.

Par ailleurs, le recours à une définition large, englobant l'ensemble des dirigeants, qu'ils soient des dirigeants exécutifs ou non, diffère de l'approche adoptée par d'autres textes européens. À titre d'exemple, la directive 2022/2381 du Parlement et du Conseil du 23 novembre 2022 relative à un meilleur équilibre entre les femmes et les hommes parmi les administrateurs des sociétés cotées distingue les « *administrateurs exécutifs* » des « *administrateurs non exécutifs* ».

Au regard du droit français, ce terme général devra être précisé avec attention lors de la transposition en fonction des sujets dont il est question (par exemple pour l'élaboration du plan ou s'agissant de la rémunération variable envisagée par la proposition de la Commission<sup>155</sup>) et compte tenu du principe de collégialité régissant la fonction des conseils d'administration ou de surveillance. En particulier, s'agissant du plan de vigilance, il n'est pas mis en œuvre par les administrateurs, mais par la société elle-même aux termes de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce. Ainsi, comme le font observer deux auteurs :

« *il serait nécessaire de distinguer ces deux notions afin de respecter les particularités nationales en termes de gouvernances d'entreprise et notamment le rôle des organes sociaux et la collégialité propre au conseil d'administration* ». <sup>156</sup>

## 5.2 - Intitulé et contenu du devoir de sollicitude

En premier lieu, l'intitulé « *devoir de sollicitude* » retenu par la version française de la proposition est ambiguë et pourrait être clarifiée.

L'expression est inédite en droit des sociétés. Cette terminologie est utilisée habituellement pour désigner l'obligation des institutions européennes de faire preuve de prévenance vis-à-vis de leurs agents.<sup>157</sup> Pour comprendre la portée de ce terme, il convient de se référer à la version anglaise de cette dernière qui fait référence à la notion – plus adéquate – de *duty of care*, dont le devoir de

---

<sup>155</sup> Article 15 de la version proposée par la Commission.

<sup>156</sup> L. Thébaud, M. Gillouard, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 5 septembre-octobre 2022, « Vers un devoir de vigilance européen : proposition de directive de la Commission européenne ».

<sup>157</sup> Pour une application : TFUE, 7 juillet 2010, *Tomas / Parlement* (F-116/07, F-13/08 et F-31/08) et TFUE, 12 décembre 2018, *SH / Commission* (T-283/17) not. paragraphe 101 : « [S]elon une jurisprudence constante, le devoir de sollicitude de l'administration à l'égard de ses agents [...] et le principe de bonne administration se rejoignent pour imposer à l'autorité hiérarchique, lorsqu'elle statue à propos de la situation d'un fonctionnaire, de tenir compte non seulement de l'intérêt du service, mais aussi de celui du fonctionnaire concerné. »



sollicitude est vraisemblablement une traduction maladroite.<sup>158</sup> « *Devoir de diligence* » conviendrait davantage, encore que certains soulignent que la notion de devoir de diligence est plus restreinte que celle de *duty of care*. L'expression de devoir de diligence est néanmoins retenue au Considérant 63 de la Proposition, qui vient éclairer les dispositions de l'article 25.

On ne s'explique pas cette divergence, si ce n'est peut-être le souci d'éviter de créer une confusion entre le terme français « *diligence* », qui correspond au « *care* », et le terme anglais « *diligence* », qui renvoie à vigilance.<sup>159</sup>

Le terme français « *sollicitude* » est en toute hypothèse inadéquat et emporte le risque de tromper sur sa signification en ce qu'il renvoie au registre de l'empathie envers les autres, alors que le « *duty of care* » classiquement compris, et pas seulement en droit anglais ou américain,<sup>160</sup> ne trouve à s'apprécier que dans les rapports juridiques entre la société et ses dirigeants. Un professeur de droit sollicité par le groupe de travail a dans le même sens relevé que la traduction de *care* par « *sollicitude* » était « *certainement inappropriée* », car « *très réductrice de la dimension obligatoire (et non anthropomorphique) que recouvre le care* ». Un membre du groupe de travail a pour sa part estimé qu'il n'était pas choquant que les devoirs des dirigeants s'étendent à la société civile dans son ensemble s'agissant des questions de durabilité.

S'agissant du **contenu** du devoir de sollicitude, l'article 25 de la proposition de directive fait écho aux dispositions issues de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, dite loi PACTE et notamment à l'article 1833 du Code civil<sup>161</sup> et à l'article L. 225-35 du Code de commerce.<sup>162</sup>

Son champ d'application est cependant plus restreint puisque, contrairement à la loi PACTE qui modifie le droit commun des sociétés, l'article 25 ne s'applique qu'aux sociétés de capitaux d'une certaine dimension, celles qui sont soumises au devoir de vigilance, à condition encore qu'elles relèvent du droit d'un État membre. Il reste que le « *devoir de sollicitude* » possède *a priori* un rayon

---

<sup>158</sup> V. A. Pietrancosta, *op. cit.* ; E. Schlumberger, *Chronique de droit européen des sociétés* (septembre 2021 - avril 2022), *Droit des sociétés* n° 7, juillet 2022, *chron.* 2.

<sup>159</sup> Un membre du groupe de travail a néanmoins fait observer sur ce point que (i) le « *duty of care* » est un élément de la responsabilité civile extracontractuelle (*tort*) pour faute d'imprudence ou de négligence en *Common Law*, et se rapproche donc dans ce cadre au devoir de vigilance (de droit commun) en droit français, (ii) c'est d'ailleurs sur le fondement du « *duty of care* » que les décisions *Vedanta* et *Okpabi* ont été rendues au Royaume-Uni en matière de responsabilité des sociétés-mères.

<sup>160</sup> Voir par exemple pour le droit allemand, G. Wagner, *Officers' and Directors' Liability Under German Law - A Potemkin Village*, *Theoretical Inquiries in Law* 16.1 (2015), vol. 16:69.

<sup>161</sup> « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».

<sup>162</sup> « Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en considérant les enjeux sociaux, environnementaux, culturels et sportifs de son activité. ». Pour une comparaison, v. A. Pietrancosta, *op. cit.*



d'action plus large que le « *devoir de vigilance* » strictement défini par la proposition européenne.<sup>163</sup> Il a par ailleurs pu être relevé que l'article 25 introduit une forme d'asymétrie entre les entreprises assujetties au devoir de vigilance : dans la mesure où la règle de conflit de lois désigne la *lex societatis* en matière de responsabilité des dirigeants pour faute dans l'exercice de leurs fonctions, une discrimination pourrait s'instaurer entre les entreprises européennes et celles implantées en dehors de l'Union européenne.

Dans la mesure où l'article 26, paragraphe 2, impose aux administrateurs « *de prendre des mesures pour adapter la stratégie de l'entreprise afin de tenir compte des incidences négatives réelles et potentielles identifiées* » et de « *toute mesure de diligence raisonnable* » adoptée en conséquence, certains ont pu douter de l'utilité de réglementer les devoirs des administrateurs au-delà des exigences de diligence raisonnable.<sup>164</sup> Il est à souligner toutefois que le Parlement a proposé la suppression de l'article 26.

Les domaines d'application matériels du devoir de sollicitude et du devoir de vigilance semblent distincts, ce qui laisserait penser que le premier a un champ d'application résiduel. Une connexion existe néanmoins entre les deux devoirs, puisque le devoir de sollicitude impose de tenir compte des conséquences des décisions directoriales « *sur les questions de durabilité, y compris, le cas échéant, sur les droits de l'homme, le changement climatique et l'environnement, y compris à court, moyen et long terme* ».

Il est également possible de songer à une articulation différente du devoir de sollicitude et du devoir de vigilance si l'on considère le devoir de sollicitude centré sur la protection de l'intérêt de la société, et le devoir de vigilance sur celui des tiers et de l'environnement (certains ont qualifié une telle lecture d'« *étonnante* ») ce qui pourrait donc conduire à de potentielles applications cumulatives notamment si les dommages causés aux tiers ont des conséquences négatives, notamment de réputation, pour la société elle-même.

Fondamentalement, en effet, l'obligation formulée à l'article 25 ne présente pas un caractère autonome en ce sens qu'elle doit s'apprécier dans le cadre de l'acquiescement par les dirigeants « *de leur obligation d'agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise* ». En présence d'une société, la référence à l'« *intérêt de l'entreprise* » ne doit à cet égard pas être comprise au sens où l'entend généralement la doctrine française, par opposition ou contraste avec l'intérêt social proprement dit, puisque la notion même d'« *entreprise* » est définie à l'article 3 de la proposition de directive

---

<sup>163</sup> E. Schlumberger, *Chronique de droit européen des sociétés (septembre 2021 - avril 2022)*, *Droit des sociétés* n° 7, juillet 2022, *chron.* 2 ; adde, IFA - *Évolution de la responsabilité civile des administrateurs*, 2023, p. 12 : « *en consacrant une obligation nouvelle, à mi-chemin entre l'obligation générale de comportement dit « de vigilance » et celle constituée du respect d'obligations spécifiques énumérées, la portée du projet de directive semble nettement plus importante que celle du devoir de vigilance à la française et témoigne de la volonté de l'Union européenne de promouvoir une « diplomatie des droits humains » véhiculée par les entreprises les plus importantes* ».

<sup>164</sup> SEC(2022) 95, 26.11.2021.



par renvoi à la structure juridique, donc en l'occurrence à la société.<sup>165</sup> Le terme « *company* » de la version anglaise du texte européen prête moins à confusion, de ce point de vue. C'est précisément parce qu'ils cherchent à satisfaire l'intérêt de la société que les dirigeants devraient tenir compte des questions de durabilité. La prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux qui concourent à la construction d'un intérêt social éclairé ne peut, en principe, justifier des décisions de gestion qui lui seraient antagonistes.<sup>166</sup> Des membres du groupe de travail estiment cependant qu'il est des cas de figure dans lesquels des décisions contraires à l'intérêt social peuvent être prises, au profit d'un intérêt supérieur lié à des questions de durabilité.

On notera que la proposition de directive reprend les termes « *tenir compte de* »<sup>167</sup> qui avaient fait l'objet de débats parlementaires lors de la loi PACTE à l'issue desquels la formulation « *prendre en considération* » avait été préférée.<sup>168</sup> Elle précise également qu'il convient de se référer à une approche à court, moyen et long terme.<sup>169</sup>

Cette formulation fera vraisemblablement l'objet de nombreux débats au niveau communautaire,<sup>170</sup> peu d'États membres disposant d'un dispositif juridique similaire à celui qui a été introduit par la loi PACTE.<sup>171</sup>

En tout état de cause, les articles 25 et 26 de la proposition de directive vont remettre au centre des débats le rôle du conseil d'administration dans la détermination de la stratégie de la société et sa compétence pour apprécier, lors de sa prise de décisions, les différents enjeux sociaux et

---

<sup>165</sup> C. Coupet, *La gouvernance durable*, in *Les transformations européennes du droit des sociétés*, Editions Panthéon-Assas, 2023, p. 109, spec. p. 120.

<sup>166</sup> A. Pietrancosta, *Gouvernance d'entreprise : l'intervention du législateur, national et européen*, intervention au Colloque de Deauville, 24 mars 2023, à paraître à la Gazette du Palais.

<sup>167</sup> La proposition de la Commission des affaires juridiques du Parlement avait précisé dans sa version anglaise, le devoir pour les administrateurs d'« intégrer » les incidences négatives sociales et environnementales dans leurs décisions. Ce glissement de terminologie n'a toutefois pas été retenu par le Parlement.

<sup>168</sup> Voir rapport du HCJP sur la responsabilité des administrateurs en matière sociale et environnementale - Rapport de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale n° 1237, Tome II, p. 92. Au cours des débats parlementaires ont en effet été opposées les expressions « tenir compte » et « prendre en considération ». Il a été défendu le fait que « tenir compte fait référence à la comptabilité, c'est être comptable, ce qui est différent d'avoir de la considération » ; l'expression « tenir compte » est ainsi « plus forte » (Propos de M. Dominique Potier in Rapport de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale n° 1237, Tome II, p.96 et in Compte rendu intégral de la première séance du vendredi 5 octobre 2018, Assemblée nationale).

<sup>169</sup> Le Code AFEP/MEDEF rappelle pour sa part que « le conseil d'administration exerce les missions dévolues par la loi et agit en toute circonstance dans l'intérêt social de l'entreprise. Il s'attache à promouvoir la création de valeur par l'entreprise à long terme en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de ses activités. »

<sup>170</sup> B. Parance, *l'ambition européenne d'un devoir de vigilance, une belle avancée ! JCPE*, 14 avril 2022, paragraphe 1153.

<sup>171</sup> Voir par exemple pour l'Allemagne, paragraphe 93 I 2 AktG : "there is no breach of duty, if the director, when taking a managerial decision, could reasonably assume to have acted, on the basis, of appropriate information, for the benefit of the company."



environnementaux et la portée des « *business judgement rules* » nationales existantes. Ils pourraient contribuer à développer la mise en place de comités des parties prenantes afin d’instaurer un dialogue avec ces dernières.<sup>172</sup>

Cette question centrale fait également écho à la décision du tribunal de la Haye du 26 mai 2021 ayant ordonné au groupe Shell de limiter le volume annuel de toutes ses émissions de CO2 conformément aux objectifs de l’Accord de Paris, sur la base d’une interprétation d’une norme générale de diligence non écrite énoncée dans le livre 6 section 162 du Code civil néerlandais.<sup>173</sup> Elle l’est aussi dans une décision concernant la société Shell plc rendue par le juge anglais le 12 mai 2023, qui refuse à l’ONG ClientEarth (titulaire de 27 actions de la société) la possibilité d’intenter une action *ut singuli* (*derivative action*) contre les administrateurs de Shell plc pour non-respect de leurs devoirs – « *the duty to promote the success of the Company (s.172 of CA 2006) and the duty to exercise reasonable care, skill and diligence (s.174 of CA 2006s)* ». <sup>174</sup> Ce jugement rappelle, d’une part, que la bonne exécution de ces obligations auxquelles sont soumis les administrateurs ne s’apprécie que dans les relations avec la société administrée, qui en est seule créancière ; et d’autre part, qu’il appartient par principe au conseil d’administration d’une société aussi vaste et complexe que Shell, de tenir compte, dans l’exercice de son pouvoir décisionnel, d’un large ensemble de considérations et de les mettre en balance d’une manière qui lui paraît conforme à l’intérêt social, cette mise en balance constituant une « *classic business decision* » qui doit en tant que telle être préservée de l’interférence judiciaire (*business judgment rule*).<sup>175</sup> Le fait que l’ONG actionnaire ait agi dans un intérêt personnel et non pour servir celui de l’intérêt de Shell est d’ailleurs retenu au soutien du refus de lui ouvrir la voie de l’action dérivée en responsabilité contre les dirigeants. Ce jugement a été confirmé par une décision du 24 juillet 2023.<sup>176</sup>

### 5.3 - Le manquement au devoir de sollicitude

L’article 25, paragraphe 2 renvoie directement aux dispositifs nationaux de responsabilité des administrateurs qui s’appliqueront en cas de manquement au devoir de sollicitude.

---

<sup>172</sup> B. Lecourt, *Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés*, *Revue des sociétés* 2022, p. 310.

<sup>173</sup> *Milieudefensie et al v. Royal Dutch Shell* (ECLI:NL:RBDHA:2021:5337).

<sup>174</sup> *ClientEarth v. Shell plc* [2023] EWHC 1137 (Ch).

<sup>175</sup> *ClientEarth v. Shell plc*, précité, paragraphe 25: “*The way in which ClientEarth puts its case seeks to impose absolute duties on the Directors which cut across their general duty to have regard to the many competing considerations as to how best to promote the success of Shell for the benefit of its members as a whole* »; adde paragraphe 48: « *There is a fundamental defect in ClientEarth’s case because it completely ignores the fact that the management of a business of the size and complexity of that of Shell will require the Directors to take into account a range of competing considerations, the proper balancing of which is classic management decision with which the court is ill-equipped to interfere* ».

<sup>176</sup> [2023] EWHC 1897 (Ch), Case n° BL-2023-000215.



L'article 25 permettrait donc de retenir la responsabilité des administrateurs en cas de manquement à leur devoir de sollicitude. Ces derniers devront donc tenir compte des conséquences de leurs décisions sur les questions de durabilité, y compris, le cas échéant, sur les droits de l'homme, le changement climatique et l'environnement.

L'articulation de cette disposition spécifique avec le régime français général de responsabilité des administrateurs pour manquement à leurs devoirs de façon plus générale (vis-à-vis de la société, en cas de faute, ou vis-à-vis des tiers, en cas de faute détachable) méritera d'être clarifiée.<sup>177</sup> La question est de savoir si l'on reconnaît des droits d'agir aux tiers, alors que le texte parle d'intégration dans un processus décisionnel destiné à satisfaire l'intérêt social (comp. le droit américain, britannique ou allemand sur le *duty of care*). Le considérant 63 de la proposition, rappelant que le devoir de diligence est dû « à la société », devrait limiter les risques d'une interprétation extensive de l'exigence ainsi posée.

Sur le *modus operandi*, on pourra se référer à l'analyse d'impact de la proposition, qui indique que :

*« [p]our se conformer à l'obligation générale d'agir dans le meilleur intérêt de la société, les administrateurs doivent identifier les principales parties prenantes de la société et les intérêts de ces parties prenantes »<sup>178</sup>. Il y est ajouté que « [l]es administrateurs doivent établir une forme appropriée pour s'engager régulièrement avec les parties prenantes, c'est-à-dire les représentants des salariés et les autres principaux groupes de parties prenantes (tels que les fournisseurs, les autres entités et les communautés locales le long des chaînes de valeur) et les organisations non gouvernementales pertinentes représentant les intérêts de l'environnement, par exemple »).*

Des auteurs se sont également exprimés sur la complexité – voire l'impossibilité – d'harmoniser au niveau européen des régimes de responsabilité des dirigeants nationaux. On note à cet égard le silence gardé par le texte européen sur les règles de procédure, malgré leur importance pratique en termes de responsabilité des dirigeants, et en particulier sur la disponibilité de droits d'action privés en vertu de ces dispositions. Plus fondamentalement, l'incertitude demeure, d'un point de vue normatif européen, quant à l'utilité d'une telle disposition, comme l'ont souligné à plusieurs reprises les premiers commentateurs<sup>179</sup>.

Une étude d'impact sérieuse aurait donné à ces dispositions une base de recherche plus solide en intégrant la vaste littérature juridique et financière qui doute de la nécessité d'une réforme législative

---

<sup>177</sup> Il pourrait être néanmoins considéré, notamment compte tenu des différents considérants de la proposition de directive, que le devoir de sollicitude est centré sur la protection des intérêts de la société et que le devoir de vigilance sur celui de tiers, v. A. Pietrancosta, *op. cit.*

<sup>178</sup> Annexe 13.

<sup>179</sup> Voir la conférence organisée par l'ECCI le 29 mars 2022.



pour inciter les administrateurs à prendre en considération les facteurs sociaux et environnementaux lorsqu'ils s'acquittent de leur devoir d'agir dans l'intérêt de leur société<sup>180</sup>, de l'impact de la loi, plutôt que de la culture et du caractère, sur les préférences des administrateurs<sup>181</sup>, de l'efficacité de la responsabilité civile en tant qu'outil de discipline managériale<sup>182</sup>, des effets négatifs involontaires de l'augmentation de la responsabilité civile des administrateurs<sup>183</sup> et de la meilleure façon d'inciter les administrateurs à investir de manière optimale dans la conformité.

---

<sup>180</sup> Voir A. N. Licht, R. B. Adams, *Shareholders and Stakeholders around the World : The Role of Values, Culture, and Law in Directors' Decisions*, Law Fin Working Paper, N° 13, Goethe University, Center for Advanced Studies on the Foundations of Law and Finance (LawFin), Frankfurt a. M., Décembre 2021, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3766934>.

<sup>181</sup> Voir A. N. Licht, R. B. Adams, *op. cit.*

<sup>182</sup> Voir par exemple H. Spamann, *La responsabilité monétaire en cas de violation du devoir de diligence ?* (1<sup>er</sup> septembre 2015), *Journal of Legal Analysis*, Vol. 8, N° 2 (Winter 2016), Harvard Law School John M. Olin Center Discussion Paper n° 835, European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper n° 300/2015, Disponible sur SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2657231> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2657231>.

<sup>183</sup> Voir, entre autres, S. Lakshmi Naaraayanan et Kasper Meisner Nielsen, *Does Personal Liability Deters Individuals from Serving as Independent Directors ?* (17 décembre 2020), *Journal of Financial Economics (JFE)*, Forthcoming, disponible sur SSRN : <https://ssrn.com/abstract=3466102> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3466102> ; R. Masulis, S. Shen et H. Zou, 2020, *Personal Liability and Board Quality*, document de travail de l'université de Hong Kong ; Y. Guan, L. Zhang, L. Zheng, H. Zou, *Managerial liability and corporate innovation : Evidence from a legal shock*, *Journal of Corporate Finance* 69 (2021) 102022 ; S. Choi and H. Jung, *Effects of the litigation risk coverage on corporate social responsibility*, *Applied Economics Letters*, Volume 28, 2021 - Issue 21 ; B. Van Rooij and M. Brownlee, *Does Tort Deter ? Inconclusive empirical evidence about the effect of liability in preventing harmful behaviour*, in B. Van Rooij & D. D. Sokol (Eds.), *Cambridge Handbook on Compliance*. Cambridge, UK : Cambridge University Press, 2021.



## ***ANNEXE 1***

### *Lettre de saisine du HCJP*



**HCJP – réunion de la commission de droit des sociétés du 15 mars 2023  
Responsabilité civile et devoir de vigilance**

La loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a un créé un dispositif constitué d'obligations substantielles, consistant à demander aux sociétés concernées (i) de réaliser un plan de vigilance permettant d'identifier les risques et de prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, (ii) de le mettre en œuvre de manière effective et (iii) de le publier (art. L.225-102-4 du code de commerce).

Contrepartie naturelle de ces nouvelles obligations, un régime de responsabilité civile fondé sur les critères de droit commun a été explicitement instauré en parallèle (art. L.225-102-5). À ce jour, une seule assignation a été établie en France sur le fondement de l'article L.225-102-5 du code de commerce mais aucune décision n'est encore intervenue.

Le 23 février 2022, la Commission européenne a présenté sa proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité. Suivant la même logique que le texte français, l'approche européenne met en place des obligations de vigilance substantielles tout en instaurant, en parallèle, un dispositif de responsabilité civile (art. 22 de la proposition).

Après plusieurs mois de négociation, le Conseil compétitivité a adopté une orientation générale le 1<sup>er</sup> décembre 2022 (en pièce-jointe) tandis que les discussions se poursuivent actuellement au Parlement européen. Ce dernier devrait examiner une proposition de texte de compromis lors d'une séance plénière à la fin du mois d'avril qui, si elle était adoptée, ouvrirait l'étape des négociations en trilogue.

Dans la perspective de ces trilogues, qui pourraient commencer à partir du mois de mai ou juin 2023, puis des travaux de transposition de la future directive, la Direction des affaires civiles et du sceau souhaiterait solliciter l'avis des membres du Haut comité juridique de place sur la question du régime de **responsabilité civile des sociétés envisagée en matière de vigilance par le projet de directive**, à la suite et à l'aune des conclusions établies à l'occasion du rapport réalisé au sujet de la responsabilité de ces derniers en matière sociale et environnementale (rapport publié le 19 juin 2020).

Dans ce cadre et au regard de l'orientation générale retenue par le Conseil, sans caractère limitatif, trois types de questions pourraient être spécifiquement abordées :

**1/ l'articulation entre la responsabilité de la société-mère et celle des filiales, sous-traitants et fournisseurs**

Le dispositif droit français privilégie une approche dite « consolidée » puisque le plan de la société mère doit couvrir les activités de ses filiales et certains de ses fournisseurs et sous-traitants avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie. En outre, une société qui serait au-dessus des seuils prévus est exemptée de ses propres obligations de vigilance si elle est couverte par le plan de vigilance d'une société qui la contrôle.



En revanche, le texte de compromis européen (articles 4 et 4 bis) n'envisage actuellement qu'une approche sociale, les seuils d'assujettissement au dispositif s'appréciant pour chaque société du groupe prise isolément, ce qui signifie que des mêmes acteurs, au sein d'une chaîne de valeur pourraient être soumis à plusieurs plans différents. Par ailleurs, les sociétés-mères pourraient remplir certaines obligations pour le compte de leurs filiales, mais sans exonération de responsabilité pour ces dernières.

**La lecture combinée des articles 22 et 4 bis du projet de directive apparaît soulever des incertitudes quant à la responsabilité relative de la société mère et de ou des sociétés filiales, en particulier sur les conséquences de la mise en œuvre, par la société mère, des obligations de sa fille (art. 4 bis) ?**

**2/ la teneur et les conséquences des conditions prévues pour la mise en œuvre de la responsabilité civile**

Les conditions prévues au premier paragraphe de l'article 22 dispose que :

*« Les États membres veillent à ce qu'une entreprise puisse être tenue pour responsable d'un dommage causé à une personne physique ou morale, à condition que : (i) L'entreprise ait manqué, intentionnellement ou par négligence, aux obligations énoncées aux articles 7 et 8, lorsque le droit, l'interdiction ou l'obligation énumérés à l'annexe I vise à protéger la personne physique ou morale ; et (ii) que, à la suite du manquement visé au point a), elle ait causé un dommage à l'intérêt juridique protégé par le droit national de la personne physique ou morale. »*

Ces points restreignent le champ des droits protégés par la directive en faisant référence à l'annexe I, qui définit le champ des atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement couvertes par la directive par référence à des instruments internationaux, et à la condition de respecter l'objectif de protection de l'instrument considéré.

**La mise en œuvre et les conséquences de ces conditions soulèvent un certain nombre de questions, en particulier celle de la manière de comprendre la portée de la condition liée à l'objectif de l'instrument.**

**3/ les conséquences liées à la nature « impérative » des dispositions relatives à la responsabilité civile**

Le cinquième paragraphe de l'article 22 prévoit que *« Les États membres veillent à ce que les dispositions de droit national transposant le présent article soient de nature impérative dans les cas où la loi applicable aux actions en réparation à cet effet n'est pas celle d'un État membre. »*

**Quelles seraient les conséquences juridiques et pratique, au regard notamment des règlements européens relatifs à la juridiction compétente et à la loi applicable dans des situations connaissant des éléments d'extranéité, du caractère impératif des règles de la directive ?**



## ***ANNEXE 2***

### *Composition du groupe de travail*



**COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL**  
**sur le régime de responsabilité civile envisagé par la proposition**  
**de directive européenne sur le devoir de vigilance**

**PRÉSIDENT**

- **Didier Martin**, Avocat, Bredin Prat

**RAPPORTEUR**

- **Tom Vauthier**, Avocat, Bredin Prat

**PARTICIPANTS**

- **Charlotte Ast**, Adjointe au chef du bureau Finance durable, droit des sociétés, comptabilité et gouvernance, Direction générale du Trésor
- **Clémentine Baldon**, Avocate, Baldon Avocats
- **Olivier Boulon**, Adjoint au directeur des affaires juridiques, AMF
- **Lucie Chatelain**, Responsable contentieux et plaidoyer, Sherpa
- **Sandra Cossart**, Directrice, Sherpa
- **Anne Danis-Fatôme**, Professeure à l'Université Paris-Nanterre
- **Louis d'Avout**, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas
- **Sylvie Delacourt**, Magistrat chargée de mission auprès de la Direction des services juridiques, Banque de France
- **Maxence Delorme**, Directeur des affaires juridiques, AMF
- **France Drummond**, Professeure à l'Université Paris-Panthéon-Assas
- **Sophie Duclos**, Ministère de la Justice
- **Clémence Fallet**, Avocate, Bredin Prat
- **Robin Fournier**, Adjoint au Chef de bureau Finance durable, droit des sociétés, comptabilité et gouvernance, Direction générale du Trésor
- **Gérard Gardella**, Secrétaire Général, HCJP
- **Aurélien Hamelle**, Directeur juridique & Directeur M&A, TotalEnergies



- **Nicolas Huet**, Directeur général des Établissements Peugeot Frères
- **Juliane Jacques Dessart**, Avocate, Emeriane Avocats
- **Françoise Labrousse**, Avocate, Jones Day
- **Brice Laniyan**, Juriste, Notre affaire à tous
- **Geoffroy Lelaseux**, Juriste, AMF
- **Océane Margaron**, Juriste, AMF
- **Helman Le Pas de Sécheval**, Secrétaire Général, Veolia
- **Catherine Malecki**, Professeure à l'Université Rennes 2
- **Anne Outin-Adam**, Vice-présidente de la commission juridique de l'IFA
- **Alain Pietrancosta**, Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne
- **Didier Poracchia**, Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne
- **Aurélien Prata**, Juriste, ACPR
- **Pierre Rohfritsch**, Chef du Bureau du droit des sociétés et de l'audit, Direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice
- **Caroline Ruellan**, Présidente, Sonj Conseil
- **Vincent Salafa**, Ministère de la Justice



## ***ANNEXE 3***

*Liste des personnes auditionnées  
par le groupe de travail*



## **LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES PAR LE GROUPE DE TRAVAIL**

- **Odile de Brosses et Elisabeth Gambert, AFEP**
- **François Jambin, EDF**
- **Helman Le Pas de Sécheval, Véolia**
- **Quentin Mautray, Client Earth**
- **Paul Mougeolle, Notre Affaire à Tous**
- **Juliette Renaud, Marcellin Jehl et Aurore Dorget, Les Amis de la Terre France**
- **Didier Seigneur et Clarence Lefort, CRF Assurances**
- **Maylis Souque, Pascal Carrère, Représentation française auprès de l'OCDE**



## **ANNEXE 4**

*Note de Mme la Professeure  
Anne Danis-Fatôme sur la teneur et  
les conséquences sur le droit français  
des conditions prévues pour la mise  
en œuvre de la responsabilité civile*



## HCJP

### Les conséquences sur le droit français de la responsabilité civile d'une transposition de la future directive vigilance<sup>1</sup>

A. Danis-Fatôme

Professeure à l'Université Paris Nanterre

La question de l'incidence de la transposition future de la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 est d'autant plus importante que ce texte contient une clause de non-régression. Cette clause est ainsi rédigée : art. 1<sup>er</sup> § 2 « la présente directive ne constitue pas un motif qui justifie une réduction du niveau de protection des droits de l'homme, de l'environnement ou du climat prévu par le droit des Etats membres au moment de l'adoption de la présente directive »<sup>2</sup>.

Pour apporter quelques éléments de réponse à la question de savoir quels effets aura sur le droit français la transposition de la prochaine directive européenne relative au devoir de vigilance, il est utile de s'intéresser, tout d'abord, à la nature de la responsabilité qui pourrait découler de ce texte (I). Suivra ensuite, une étude de l'articulation qui en résulterait avec le droit commun de la responsabilité civile (II).

#### I La nature de la responsabilité : quelle responsabilité spéciale ?

La responsabilité visée par le texte européen est une responsabilité spéciale pour faute personnelle, de même que la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance n'a pas retenu le schéma de la responsabilité du fait d'autrui<sup>3</sup>.

Le caractère spécial de la responsabilité qui résultera de la prochaine directive relative au devoir de vigilance découle tant des conditions que des effets du régime envisagé.

Concernant **les conditions**, le **fait générateur** est plus étroitement défini qu'en droit commun de la responsabilité civile. Le fait générateur est déterminé par le non-respect de certaines prescriptions précises : l'article 22 vise les faits générateurs contenus aux articles 7 et 8<sup>4</sup>. Ces deux textes font peser sur les entreprises assujetties la prévention des incidences négatives potentielles et la suppression des incidences négatives réelles, sachant que ces incidences sont définies (dans l'article 3) comme « résultant de la violation de l'un des droits ou interdictions énumérés » dans une annexe<sup>5</sup>. On peut s'étonner du fait que l'article 22 ne

<sup>1</sup> Le texte définitif de la directive du Parlement et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 n'étant pas encore adopté à la date de l'achèvement de cette note (juin 2023), nos analyses se baseront sur les versions en date du 23 février 2022 (adoptée par la Commission européenne), du 30 novembre 2022 (adoptée par le Conseil européen) et du 1<sup>er</sup> juin 2023 (adoptée par le Parlement européen).

<sup>2</sup> Dans une version identique qu'on prenne en compte le texte de février 2022 ou de novembre 2022. La version en date du 1<sup>er</sup> juin 2023 contient également une clause de non-régression qui est d'ailleurs « augmentée » d'une référence aux « droits sociaux et en matière d'emploi énoncés dans la législation de l'Union et dans la législation nationale existante » et « les conventions collectives applicables » (amendement 88).

<sup>3</sup> CC 23 mars 2017, n° 2017-750 DC, cons. 27. V. cep. l'analyse stimulante de Mme la Pr. M. Bacache, « Regard civiliste sur la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », Mélanges I. Urbain-Parleani, Dalloz, 2023, p. 253 et s., spéc. p. 27 et s.).

<sup>4</sup> Dans les versions en date de février 2022 (adoptée par la Commission européenne), de novembre 2022 (adoptée par le Conseil européen) mais pas dans celle du 1<sup>er</sup> juin 2023 (adoptée par le Parlement européen) qui présente l'intérêt de viser plus largement les « obligations prévues par la présente directive » (amendement 298).

<sup>5</sup> V. B. Parance, « L'ambition européenne d'un devoir de vigilance, une belle avancée ! Commentaire de la proposition de directive européenne relative au devoir de vigilance des entreprises du 23 février 2022 », JCP E



renvoie pas à l'article 15 de la proposition de directive visant à faire adopter par les entreprises concernées un plan climat<sup>6</sup>. Ces textes retiennent donc un fait générateur plus étroit que ne l'est la clause générale de responsabilité civile<sup>7</sup>. Il en est de même du texte français qui nomme la faute pouvant être reprochée à la société mère ou à l'entreprise donneuse d'ordre<sup>8</sup>.

En outre, il n'est pas évident qu'une transposition de la future directive aboutisse à la réparation sur le fondement de cette responsabilité spéciale de tous les **dommages** susceptibles d'être subis par les victimes. Il est vrai que l'article 22 de la proposition vise, de manière générale, « le dommage » ou « les dommages »<sup>9</sup>. Mais l'ambition de ce texte est, sans doute, avant tout de permettre la prise en charge de dommages d'une exceptionnelle gravité, à l'image du texte français, qui prévoit la réparation des « atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »<sup>10</sup>. Une autre interprétation pourrait être de plaider pour que, comme en droit commun de la responsabilité civile, le dommage reste une catégorie ouverte<sup>11</sup>. Il faudrait alors comprendre ces deux textes comme visant séparément les « atteintes » permettant de définir le fait générateur<sup>12</sup> et les dommages résultant de ces atteintes qui pourront alors être de toute nature<sup>13</sup>. Le texte même de l'article 22 permet cette lecture : « à la suite de ce manquement, une incidence négative qui aurait dû être recensée, évitée, atténuée, supprimée ou réduite au minimum par les mesures appropriées prévues aux articles 7 et 8 s'est produite et a entraîné des dommages ».

Enfin, rien n'indiquait, dans la première version de la proposition de directive, que le **lien de causalité** qui unit le dommage au fait générateur aura une nature particulière dans ce régime spécial de responsabilité. La version de ce texte, adoptée le 1<sup>er</sup> juin 2023 par le Parlement européen contient cependant une innovation sur ce point. Reprenant un concept de causalité graduée déjà contenu dans les principes directeurs de l'OCDE<sup>14</sup>, l'article 22 utilise, en effet, la formule suivante : « à la suite de ce manquement l'entreprise a causé ou contribué à une

2022, 1153 ; B. Lecourt, « Proposition de directive sur le devoir de vigilance : le nouveau tournant du droit européen des sociétés », *Chr. droit européen des sociétés*, Revue des sociétés, mai 2022, p. 310 et s. ; E. Schlumberger, « Devoir de vigilance des grandes entreprises -Projet de directive du Parlement européen... dans l'attente de la proposition de la Commission », *Dr. sociétés*, nov. 2021, Chr. 2, p. 5 et s.

<sup>6</sup> A. Stévignon, « L'article 15 de la proposition de directive sur le devoir de vigilance : signe d'un renforcement normatif de la RSE ? », *RLDA*, 2023, n°189.

La version de la proposition de directive européenne adoptée par le Parlement européen le 1<sup>er</sup> juin 2023 est cependant plus protectrice sur ce point (amendement 298).

<sup>7</sup> « Parfois critiquée (...), parce qu'elle conduirait à étendre excessivement la responsabilité et laisserait au juge une trop grande latitude, la *clausula generalis* de l'art. 1240 du Code civil est emblématique du droit français de la responsabilité civile et reste le plus souvent admirée pour son élégance, sa souplesse et son universalité » (G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de responsabilité civile, Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2013, n°439).

<sup>8</sup> Art. L. 225-102-4 du Code de commerce auquel renvoie l'article L. 225-102-5., et 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 », *D.* 2017, p. 1610 et s., spéc. p. 1612.

<sup>9</sup> C'est le cas dans les trois versions dont nous disposons au 6 juin 2023.

<sup>10</sup> Art. L. 225-102-4 du Code de commerce auquel renvoie l'article L. 225-102-5.

<sup>11</sup> G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de responsabilité civile, Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2013, n°248.

<sup>12</sup> A moins qu'il faille y trouver une trace de la distinction qui existe en théorie entre dommage et préjudice (v. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de responsabilité civile, Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2013, n°246-1).

<sup>13</sup> En ce sens : A. Danis-Fatôme, « La responsabilité civile dans la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance », *D.* 2022, p. 1107 et s., spéc. p. 1111.

<sup>14</sup> Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'intention des multinationales de 2011 (v. principes généraux, n°11). V. L. Dubin, « L'élaboration des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ou comment globaliser la régulation des activités d'un acteur global ? », in *Le pouvoir normatif de l'OCDE, Journée d'études de la Société Française de Droit international*, Pédone, 2014, p. 113 et s.



incidence négative réelle qui aurait dû être recensée, hiérarchisée, évitée, atténuée, supprimée, réparée ou réduite au minimum par les mesures appropriées prévues par la présente directive et a entraîné des dommages »<sup>15</sup>. Une telle rédaction est susceptible d'alléger l'exigence suivant laquelle pèse sur la victime la charge d'apporter la preuve d'un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage, appelé de ses vœux par une partie des observateurs<sup>16</sup>.

Quant aux **effets**, c'est une réparation intégrale que les rédacteurs du texte européen souhaitent mettre en place<sup>17</sup>. L'exclusion des « dommages et intérêts punitifs, multiples ou d'autres types de dommages et intérêts »<sup>18</sup> est pour l'heure conforme au droit français<sup>19</sup>. En outre, le jeu d'une cause exonératoire de responsabilité pourrait intervenir pour priver la victime de toute réparation sachant que le texte européen prévoit un mécanisme spécial d'exonération. Son article 22 pourrait préciser que les Etats membres doivent faire en sorte que « lorsqu'une entreprise a pris les mesures visées à l'article 7, paragraphe 2, point b), à l'article 7, paragraphe 4, ou à l'article 8, paragraphe 3, point c), et à l'article 8, paragraphe 5, elle ne soit pas tenue responsable des dommages causés par une incidence négative résultant des activités d'un partenaire indirect avec lequel elle entretient une relation commerciale bien établie, à moins qu'il n'ait été déraisonnable, compte tenu des circonstances de l'espèce, de s'attendre à ce que les mesures effectivement prises, y compris en ce qui concerne la vérification du respect, soient suffisantes pour prévenir, atténuer, supprimer ou réduire au minimum l'incidence négative »<sup>20</sup>. Ce mécanisme, qui ne vise que les incidences négatives causées par les partenaires indirects, permettrait à un acteur économique de se dédouaner de toute responsabilité au motif qu'il a obtenu d'un de ses cocontractants des garanties contractuelles. Celles-ci pourraient notamment consister à prendre l'engagement de respecter un code de conduite, assorti de « mesures appropriées » pour en vérifier l'effectivité et permettre à l'entreprise à qui une faute de vigilance est reprochée de s'en prévaloir.

Par ailleurs, et toujours au stade de l'obligation à la dette, une cause classique d'exonération, le fait du tiers (ici le cas échéant celui d'une filiale ou d'un partenaire commercial) ne pourra avoir aucun effet exonératoire, car une solidarité est prévue par le texte européen dans l'hypothèse spécifique où il y a une pluralité d'auteurs<sup>21</sup>.

A maints égards, la prochaine directive européenne relative au devoir de vigilance se distingue du droit commun de la responsabilité civile. Reste donc à savoir comment un futur régime, issu d'une transposition, pourra s'articuler avec ce droit commun.

<sup>15</sup> Amendement 299.

<sup>16</sup> Ch. Hannoun, « Vers un devoir de vigilance des sociétés mères ? », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, supplément au JCP E, 2014, 105, spéc. p. 33 ; N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D.* 2015, p. 1049 et s., spéc. p. 1054 ; v. aussi A. -M. Ilcheva, « Le droit commun de la preuve mis au service des enjeux environnementaux », *D.* 2023, p. 188 et s., spéc. p. 194 et 195.

<sup>17</sup> L'article 22 § 2 dans la version du 30 novembre 2022 et celle du 1<sup>er</sup> juin 2023 (celle du 23 février 2022 est mutique sur ce point).

<sup>18</sup> Article 22 § 2 dans la version du 30 novembre 2022 et celle du 1<sup>er</sup> juin 2023 (celle du 23 février 2022 est mutique sur ce point).

<sup>19</sup> Le projet de réforme de la responsabilité civile française porté à la connaissance du public par la Chancellerie en mars 2017 pourrait cependant faire évoluer notre droit sur ce point sans qu'on puisse en être certain.

<sup>20</sup> Article 22 § 2 dans la version du 23 février 2022, les deux versions ultérieures supprimant cette possibilité.

<sup>21</sup> Article 22 § 3 dans la version du 30 novembre 2022 et celle du 1<sup>er</sup> juin 2023 (celle du 23 février 2022 est mutique sur ce point).



## II L'articulation des responsabilités : quelle place pour le droit commun ?

Le droit commun de la responsabilité civile française contient déjà une obligation générale de vigilance. Elle a vu le jour en France dans l'affaire du Distylbène<sup>22</sup> et grâce au Conseil constitutionnel sur le fondement de la Charte constitutionnelle de l'Environnement de 2005. Ce dernier a interprété les articles 1er et 2 de la Charte, dans sa décision du 8 avril 2011, comme mettant à la charge de toute personne une obligation « de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité »<sup>23</sup>. Cette solution a été réaffirmée par la suite<sup>24</sup>. Si on part du postulat suivant lequel les juges du fond français pourraient sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil condamner pour faute de vigilance une personne morale dont les activités ont causé un dommage, il n'est cependant pas évident que cette voie reste ouverte une fois la directive relative au devoir de vigilance transposée.

On peut avancer des arguments à l'appui de cette analyse d'une option ouverte à la victime et des arguments contraires prônant un « système clos »<sup>25</sup> qui contraindrait celle-ci à ne pouvoir agir que sur le fondement du droit spécial, issu de la directive.

Au soutien d'une option offerte à la victime, le texte de la future directive contient la formule suivante : « Les règles en matières de responsabilité civile prévues par la présente directive sont sans préjudice des règles de l'Union ou des règles nationales en matière de responsabilité civile ayant trait aux incidences négatives sur les droits de l'homme ou aux incidences négatives sur l'environnement qui prévoient une responsabilité dans des situations non couvertes par la présente directive ou une responsabilité plus stricte que cette dernière » (article 22 § 5)<sup>26</sup>. La présence de cette formule qui a déjà été retenue par le passé dans des textes européens<sup>27</sup>, et retranscrite dans le droit français<sup>28</sup>, pourrait donc laisser penser que si le droit commun de la responsabilité civile est plus favorable aux victimes (fait générateur plus large, dommages plus variés, et surtout absence de seuil des entreprises assujetties), il devra constituer un fondement disponible. En outre, il convient de rappeler que le droit commun de la responsabilité civile est<sup>29</sup> - doit être<sup>30</sup> - une voie cardinale ouverte à tous<sup>31</sup>.

Au soutien, d'un non-cumul entre le droit spécial issu de la transposition de la future directive européenne et le droit commun de la responsabilité civile, on peut avancer deux arguments. Le premier tient dans le jeu de l'adage *specialia generalibus derogant* qui conduit à écarter le droit commun. En effet, puisqu'un droit spécial a été adopté, c'est que le régime général a paru inadapté<sup>32</sup>. Le second tient dans la manière dont la Cour de justice de l'Union

<sup>22</sup> Civ 1, 7 mars 2006, B. n°143, JCP G 2006 I 166, n°8, obs. Ph. Stoffel-Munck, RCA 2006, comm. 164, obs. Ch. Radé.

<sup>23</sup> CC 8 avril 2011, QPC n°2011-116, *M. Michel Z. et autre*.

<sup>24</sup> V. CC n° 2017-672 QPC du 10 novembre 2017 « Association Entre Seine et Brotonne et autre » et QPC n°2019-823 du 31 janvier 2021 (D. 2020, p. 1159, n. B. Parance et S. Mabile, JCP G 2020, Act. 275, Y. Aguila et L. Rollini).

<sup>25</sup> J. Carbonnier, « Le silence et la gloire », D. 1951, p. 119.

<sup>26</sup> Art. 22 § 5 de la version du 23 février 2022, dans celle du 30 novembre 2022 (art. 22 § 4), non amendée par celle du 1<sup>er</sup> juin 2023.

<sup>27</sup> Directive du Conseil 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, art. 13.

<sup>28</sup> Art. 1245-17 du Code civil relatif à l'articulation entre le droit spécial de la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit commun de la responsabilité civile.

<sup>29</sup> Le droit commun de la responsabilité civile était d'ailleurs présenté par les rédacteurs du Code civil comme un dogme universel (v. not. Portalis, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, spéc. p. 26).

<sup>30</sup> Le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur spécifique au principe de responsabilité (v. not. DC n°82-144 22 octobre 1982 ; DC n°83-162 du 19 et 20 juillet 1983 ; DC n°2005-522 du 22 juillet 2005).

<sup>31</sup> V. not. G. Viney, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 4 éd., 2019, spéc. n°14 et 84.

<sup>32</sup> H. Mazeaud, « L'absorption des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile », DH 1935, Chr., p. 5 et s., spéc. p. 6 ; R. Gassin, « Lois spéciales et droit commun », D. 1961, Chr. p. 91, spéc. n°2 ; N. Bobbio, « Des



européenne pourrait interpréter à l'avenir le texte, précité, prévoyant la cohabitation entre le nouveau régime spécial adopté et les autres régimes existant en droit national susceptibles d'être invoqués par les victimes. La jurisprudence rendue par cette juridiction européenne<sup>33</sup> sur le fondement de la directive de 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux<sup>34</sup> illustre une telle « canalisation »<sup>35</sup>.

Ces deux arguments ne sont néanmoins pas infranchissables. Le premier - le droit spécial écarte le droit commun - n'est pas d'application systématique<sup>36</sup> et précisément en responsabilité civile française, il ne l'a jamais été lorsque se posait la question de l'articulation d'un régime spéciale avec le droit commun de la responsabilité civile<sup>37</sup>. Une doctrine avisée a d'ailleurs élaboré des méthodes de hiérarchisation des intérêts, entre auteur de dommages et victime de dommages, permettant de guider le juge qui doit choisir entre cumul ou non-cumul<sup>38</sup>. Le second - le risque d'une interprétation « canalisante » de la CJUE - n'est sans doute pas non plus dirimant car le degré d'harmonisation requis des Etats membres ne sera probablement pas le même<sup>39</sup>. Des incertitudes demeurent sur ce point à ce jour.

---

critères pour résoudre les antinomies en droit », in *Les antinomies en droit*, dir. Ch. Perelman, Bruylant, 1965, p. 237 et s., spéc. p. 248 et 249 ; M. Poumadère, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n°390.

<sup>33</sup> CJUE 25 avril 2002, aff. C-183/00, D. 2002, p. 2462, n. Ch. Larroumet, D. 2002, chr. p. 2428, par J. Calais-Auloy, D. 2002, p. 2937, obs. J. -P. Pizzio, D. 2003, p. 463, obs. D. Mazeaud, RTDciv. 2002, p. 523, obs. P. Jourdain, RTDcom. 2002, p. 585, obs. M. Luby, RDC 2003, p. 107, obs. Ph. Brun et v. aussi G. Viney, « L'interprétation par la CJCE de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », JCP G 2002 I 177.

<sup>34</sup> Préc.

<sup>35</sup> J. -S. Borgheti, *La responsabilité du fait des produits*, LGDJ, 2004, n°589 et s., spéc. n°593.

L'ordonnance rendue par le Tribunal judiciaire de Paris le 3 juillet 2023 (n°RG 22/03403) ne rend pas non plus optimiste puisque le juge y soumet les articles 1246 et s. du Code civil aux articles L. 225-102-4 et s. du Code de commerce. Il faut néanmoins rester prudente dans l'analyse car il s'agit d'une décision de première instance du juge de la mise en état et que les motifs de l'irrecevabilité sont principalement procéduraux.

<sup>36</sup> M. Jeantin, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 149 et s. ; R. Libchaber, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », RTDciv. 1997, p. 792 et s. ; A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, 2013, n°145 ; N. Balat, *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016, n°170.

<sup>37</sup> S. Mauclair, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Fondation Varenne, Coll. des thèses, 2011, n°166 ; F. Leduc, « Les concours entre les régimes spéciaux et le droit commun », in *Les concours de responsabilité*, Actes du colloque de Chambéry des 24 et 25 novembre 2011, RCA 2012, Dossier 48, spéc. p. 49.

Pour des réflexions sur ce thème en droit de la presse : Ch. Bigot, « Le champ d'application de l'article 1382 du Code civil en matière de presse », in *Liberté de la presse et droits de la personne*, dir. J. -Y. Dupeux et A. Lacabarats, Dalloz, 1997, p. 63 et s. ; N. Mallet-Poujol, « De la « cohabitation » entre la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et l'article 1382 du code civil », *Légipresse* 2006, n°234 p. 93 ; E. Dreyer, « Disparition de la responsabilité civile en matière de presse », D. 2006, p. 1137 ; G. Viney, « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression », Mélanges Bouloc, Dalloz, 2007, p. 1165 et s.

Pour des réflexions sur ce thème en droit des procédures collectives : J. -J. Daigre, « De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou liquidation judiciaire », *Rev. sociétés* 1988, p. 199 et s. ; F. Pollaud-Dullian, « Du droit commun au droit spécial - et retour », in Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 925 et s. ; Th. Mastrullo, « Responsabilité civile et droit des procédures collectives », in « Responsabilité civile et autres disciplines du droit privé », Dossier spécial, Actes du colloque de l'Université de Tours du 17 mars 2017, RCA 2017, p. 45 et s.

<sup>38</sup> J. Traulet, *L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, 2007, n°187 et s.

<sup>39</sup> La directive du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (préc.) est d'harmonisation maximale (v. CJCE 25 avril 2002, préc., § 23).



## **ANNEXE 5**

*Note de Mme la Professeure  
Anne Danis-Fatôme sur l'articulation  
de la responsabilité de la société mère  
et de celles de ses filiales, sous-traitants  
et fournisseurs*



## Articulation entre la responsabilité de la société mère et celle des filiales, sous-traitants et fournisseurs

A. Danis-Fatôme<sup>1</sup>  
Professeure à l'Université Paris Nanterre

Les dispositifs relatifs au devoir de vigilance ont pour objectif de responsabiliser les sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre pour leurs activités et celles de leurs filiales et sous-traitants. Ces normes ont donc principalement pour but d'éviter que les risques découlant de ces activités soient compartimentés au point qu'une entité peu solvable puisse se trouver seule débitrice d'une éventuelle dette de réparation au profit des victimes.

Faut-il pour autant en déduire que l'entité « contrôlante » sera uniquement débitrice ou qu'une responsabilité solidaire pourra être retenue contre tous les maillons de la chaîne ayant contribué à causer le dommage subi ?

A cet égard, le texte de la loi française du 27 mars 1997 relative au devoir de vigilance<sup>2</sup> et celui de la future directive européenne<sup>3</sup> divergent. Le droit français adopte une approche dite « consolidée » puisque l'article L. 225-101-4 du Code de commerce prévoit (dans son I al. 2) que « Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations 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 ». Les filiales qui atteignent les seuils légaux ne sont donc pas tenues d'établir leur propre plan de vigilance (ni d'accomplir les autres obligations imposées par la loi de 2017). En outre, l'alinéa 3 de ce même texte prévoit que le plan de vigilance de la société mère doit prendre en compte les risques découlant des activités des filiales et non seulement ceux découlant de ses propres activités. Il en est autrement, en revanche, pour les sous-traitants et les fournisseurs de la société donneuse d'ordre, car on ne peut pas considérer que cette dernière les contrôle d'un point de vue capitalistique en tout cas. Dans l'hypothèse où ces derniers atteindraient les seuils légaux, et s'ils sont soumis à la loi française, ils seraient donc tenus d'établir leur propre plan de vigilance, alors même que la société donneuse d'ordre inclut les risques induits par leurs activités dans son plan de vigilance. On peut en déduire en termes de responsabilité (par application de l'article L. 225-101-5 du Code de commerce) qu'une responsabilité solidaire – ou *in solidum* – pourrait être retenue par les juges français entre une société donneuse d'ordre et l'un de ses sous-traitants ou fournisseurs, mais qu'en revanche seule la société mère serait responsable dans le cas où le dommage découlerait de l'activité d'une filiale.

<sup>1</sup> L'auteure remercie Madame la Pr. F. Drummond pour les échanges éclairants qu'elle a pu avoir avec elle sur ce sujet.

<sup>2</sup> Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (v. not. B. Parance, « La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *Gaz. Pal.* 18 avril 2017, p. 17).

<sup>3</sup> *Pe et Cons. UE, prop. de directive, sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937. Le texte définitif de la directive du Parlement et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 n'étant pas encore adopté à la date de l'achèvement de cette note (juin 2023), nos analyses se baseront sur les versions en date de février 2022 (adoptée par la Commission européenne), de novembre 2022 (adoptée par le Conseil de l'Union européenne) et du 1<sup>er</sup> juin 2023 (adoptée par le Parlement européen).*



Qu'en est-il du futur texte européen ?

La proposition de directive européenne<sup>4</sup> (version de novembre 2022)<sup>5</sup> consacre un article 4bis au groupe de sociétés, intitulé, « Devoir de vigilance au niveau d'un groupe ») qui prévoit que :

1. Les Etats membres veillent à ce que les sociétés mères relevant du champ d'application de la présente directive puissent remplir<sup>6</sup> les obligations énoncées aux articles 5 à 11 et à l'article 15 pour le compte d'entreprises qui sont leurs filiales et relevant du champ d'application de la présente directive. **Cette disposition est sans préjudice de la responsabilité civile des filiales conformément à l'article 22**<sup>7</sup>.

2. Le respect des obligations de vigilance par une société mère conformément au paragraphe 1 est soumis à toutes les conditions suivantes<sup>8</sup> :

- a) la filiale fournit toutes les informations nécessaires à sa société mère et coopère avec cette dernière pour remplir les obligations découlant de la présente directive<sup>9</sup> ;
- b) la filiale doit se conformer à la politique en matière de devoir de vigilance de sa société mère adaptée afin de garantir que les obligations énoncées à l'article 5, paragraphe 1, sont remplies à l'égard de la filiale<sup>10</sup> ;
- c) la filiale intègre le devoir de vigilance dans toutes ses politiques et tous ses systèmes de gestion des risques conformément à l'article 5 ;<sup>11</sup>
- d) le cas échéant, la filiale s'efforce d'obtenir les garanties contractuelles conformément à l'art. 7 § 2, point b) ou à l'art. 8 § 3 point c)<sup>12</sup>
- e) le cas échéant, la filiale s'efforce de conclure un contrat avec un partenaire commercial indirect conformément à l'art. 7 § 3 ou à l'art. 8 § 4
- f) le cas échéant, la filiale suspend temporairement ou met un terme à la relation commerciale conformément à l'art. 7 § 5 ou à l'art. 8 § 6 ».

La version du 1<sup>er</sup> juin 2023 (votée par le Parlement européen) ajoute :

« c) l'entreprise mère adapte en conséquence sa politique en matière de devoir de vigilance pour s'assurer du respect des obligations énoncées à l'art. 5 § 1<sup>er</sup> en ce qui concerne la filiale ;

<sup>4</sup> Le texte définitif de la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 n'étant pas encore adopté à la date de l'achèvement de cette note (juin 2023), nos analyses se baseront sur les versions en date du 23 février 2022 (adoptée par la Commission européenne), du 30 novembre 2022 (adoptée par le Conseil de l'Union européenne) et du 1<sup>er</sup> juin 2023 (adoptée par le Parlement européen).

<sup>5</sup> La version de février 2022 (Commission européenne) ne contenait pas un tel texte. Seul l'article 4 prévoyait *in fine* que « Les Etats membres veillent à ce que, aux fins du devoir de vigilance, les entreprises soient autorisées à partager les ressources et des informations au sein des groupes d'entreprises auxquels ils appartiennent et avec d'autres entités juridiques conformément au droit de la concurrence applicable ».

<sup>6</sup> La version du 1<sup>er</sup> juin 2023 (Parlement européen) est quasiment similaire (« veillent à ce que les entreprises puissent accomplir des actions de nature à contribuer à ce que leurs filiales ... »).

<sup>7</sup> Identique dans la version du 1<sup>er</sup> juin 2023 (Parlement européen).

<sup>8</sup> La version du 1<sup>er</sup> juin 2023 (Parlement européen) est assez différente : « L'entreprise mère peut accomplir des actions qui contribuent à l'accomplissement des obligations de vigilance par la filiale conformément au paragraphe 1, sous réserve de l'ensemble des conditions suivantes ». Et on retrouve ensuite l'énumération prévue aux paragraphes a) à f).

<sup>9</sup> Identique dans la version du 1<sup>er</sup> juin 2023 (Parlement européen) sauf que l'adjectif « pertinentes » a été ajouté.

<sup>10</sup> Identique dans la version du 1<sup>er</sup> juin 2023 (Parlement européen) sauf que le texte est rédigé ainsi : « la filiale respecte la politique en matière de devoir de vigilance de son entreprise mère ».

<sup>11</sup> Identique dans la version du 1<sup>er</sup> juin 2023 (Parlement européen) sauf que le texte est rédigé ainsi « la filiale intègre le devoir de vigilance dans toutes ses politiques en matière de devoir de vigilance pour s'assurer du respect des obligations énoncées à l'art. 5 § 1, en ce qui concerne la filiale ».

<sup>12</sup> Identique dans la version du 1<sup>er</sup> juin 2023 (Parlement européen) sauf que le texte condense dans un paragraphe unique les d) e) et f) : « si nécessaire, la filiale continue de prendre des mesures appropriées conformément aux articles 7 et 8, ainsi que de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu des articles 8bis, 8ter et 8quinquies ».



(...)

g) la filiale intègre le climat dans ses politiques et systèmes de gestion des risques conformément à l'article 15 ».

**Le texte datant du 1<sup>er</sup> juin 2023 présente donc l'intérêt d'intégrer le climat au titre des obligations pesant sur la filiale<sup>13</sup>.**

**La manière dont est construit ce texte soulève d'emblée une interrogation :** dans l'hypothèse où la société mère exécute l'obligation de vigilance « pour le compte » de la filiale (ou qu'elle contribue à permettre l'exécution de son obligation de vigilance par la filiale, dans la version du Parlement en date du 1<sup>er</sup> juin 2023), les éléments énumérés aux paragraphes a) à f), qui décrivent les actions de la filiale permettant à la société mère d'exécuter cette obligation de vigilance pour son compte induisent des doutes quant à leurs effets juridiques.

Trois interprétations différentes peuvent être proposées :

- 1) Ces actions (ou plutôt absences) de la filiale sont-elles susceptibles d'être qualifiées de causes d'exonération ? En bref, une société mère qui a choisi de « consolider » peut-elle se prévaloir du fait que la filiale a été défaillante à l'informer (a)) ou à intégrer « le devoir de vigilance dans toutes ses politiques et tous ses systèmes de gestion des risques » (c)) pour s'exonérer de toute responsabilité ? Il est difficile d'en être certain.
- 2) On peut aussi se demander si cette énumération (a à f) n'aurait pas pour effet de mettre des obligations spécifiques à la charge de la filiale, susceptible d'engager sa responsabilité propre. Mais comment concilier cette interprétation avec le fait que certains faits générateurs de responsabilité civile correspondent à des obligations qui semblent ne peser que sur la société mère ?
- 3) Une troisième interprétation possible consisterait à tenir ces éléments pour des conditions de la consolidation. Si la filiale n'informe pas la société mère (a) ou si elle n'intègre pas le devoir de vigilance dans ses politiques de gestion (c), alors la société mère ne peut pas « consolider ».

Il me semble difficile de trancher entre l'une ou l'autre de ces 3 interprétations à ce stade de l'analyse.

L'article 22 du futur texte européen, dédié à la responsabilité civile, complète utilement ce dispositif. L'article 22 (version novembre 2022) : prévoit, dans son paragraphe 3 que « La responsabilité civile d'une entreprise pour les dommages **découlant de la présente disposition** est sans préjudice de la responsabilité civile de ses filiales ou de tout partenaire commercial direct et indirect dans la chaîne d'activités de l'entreprise »<sup>14</sup>. Ce texte contient donc une affirmation très générale dont on peut déduire la coexistence possible entre une responsabilité de la société mère et celle de ses filiales ou de l'un des fournisseurs ou sous-traitants avec lequel la société donneuse d'ordre est en relation. **Mais cette affirmation doit être nuancée puisque, comme on l'a vu, l'article 4bis prévoit une hypothèse dans laquelle les sociétés mères remplissent les obligations de vigilance « pour le compte d'entreprises qui sont leurs filiales » (version novembre 2022). Peut-on alors en conclure qu'il est possible pour les sociétés mères de choisir de « consolider » et qu'un tel choix exonère ses filiales de toute responsabilité ?**

<sup>13</sup> Voir *infra*.

<sup>14</sup> La version de février 2022 (Commission européenne) contenait déjà une version presque identique à la différence près que le texte visait la chaîne de valeur et non la chaîne d'activités de l'entreprise.



Quelles sont les nuances introduites par les amendements proposés par le Parlement européen, le 1<sup>er</sup> juin 2023 ?

Suivant l'amendement 149 « l'entreprise mère peut accomplir des actions qui contribuent à l'accomplissement des obligations de vigilance par la filiale conformément au paragraphe 1<sup>er</sup>, sous réserve de l'ensemble des conditions suivantes »<sup>15</sup>. La logique est donc différente de celle retenue dans la version de novembre 2022. Ici, il ne s'agit pas de prévoir de manière générale les conséquences de l'hypothèse dans laquelle la société mère prend en charge les obligations de vigilance pesant sur sa filiale, mais celle dans laquelle la société mère contribue par ses actions à l'exécution de son obligation de vigilance par sa filiale. Le même amendement (149) énumère les actions de la filiale qui permettent à la société mère de contribuer « à l'accomplissement des obligations de vigilance par la filiale » (*ie* fournir des informations à la société mère). On trouve néanmoins au f) de ce texte la formule suivante « lorsque l'entreprise mère accomplit des actions spécifiques pour le compte de la filiale, tant l'entreprise mère que la filiale le font savoir de manière claire et transparente aux parties prenantes concernées et au domaine public ». Il s'agit donc à nouveau<sup>16</sup> de **l'hypothèse dans laquelle la société mère « accomplit des actions spécifiques pour le compte de la filiale »**<sup>17</sup>.

La différence entre la version du Conseil de l'Union européenne (novembre 2022) et celle du Parlement européen (juin 2023) tient au fait que dans celle de ce dernier, lorsqu'une « version consolidée » est choisie, « tant l'entreprise mère que la filiale le font savoir » (article 4 bis § 2 f)).

EN SOMME :

Il y aurait donc à partir du moment où la filiale relève du champ d'application de la directive, 3 hypothèses distinctes compte tenu des termes retenus par le futur texte européen (le verbe « pouvoir » ayant été choisi et non le verbe « devoir ») :

- 1) la société mère choisit d'accomplir « pour son compte » les obligations de vigilance pesant sur sa filiale<sup>18</sup> (version du Conseil de l'Union européenne);
- 2) la société mère choisit d'accomplir « pour son compte » les obligations de vigilance pesant sur la filiale et les 2 entités le font savoir aux parties prenantes et au domaine public (version du Parlement) ;
- 3) la société mère ne prend pas cette option et « se contente » d'« accomplir des actions qui contribuent à l'accomplissement des obligations de vigilance par la filiale » (version du Parlement).

**La formule suivant laquelle « cette disposition est sans préjudice de la responsabilité civile des filiales conformément à l'article 22 », qui figure tant dans la version du Conseil de l'Union européenne (novembre 2022) que dans celle du Parlement (juin 2023)<sup>19</sup>, laisse entière la question de savoir si lorsque la société mère choisit d'accomplir les obligations pesant sur sa filiale, cette dernière est exonérée de toute responsabilité.** Pour apporter quelques éléments de réflexion à l'analyse, on peut raisonner à partir des cas de responsabilités du fait d'autrui qui existent en droit français. Car le raisonnement tient lorsque la société mère exécute son obligation de vigilance « pour le compte » de sa filiale. On sait qu'hormis le cas de la responsabilité des commettants pour le fait de leurs préposés où une immunité a été créée par

<sup>15</sup> Voir *supra*.

<sup>16</sup> Voir *supra*.

<sup>17</sup> Voir *infra*.

<sup>18</sup> Les éléments énumérés aux paragraphes a) à f) sont-ils des conditions de la consolidation ? (voir *supra*).

<sup>19</sup> Une variante insignifiante tient au fait que la version de juin 2023 utilise le terme « présent paragraphe ».



la jurisprudence au profit de ces derniers<sup>20</sup>, la responsabilité du garant laisse en principe subsister celle de l'auteur direct du dommage<sup>21</sup>. Si on sort du schéma de la responsabilité du fait d'autrui, pour rester dans le cadre d'une responsabilité pour fait personnel, on peut souligner que les hypothèses de responsabilité de coauteurs d'un même dommage sont traditionnellement soumises à un régime de responsabilité solidaire (dite *in solidum*), en tout cas en droit français<sup>22</sup> et dans 2 des 3 versions du futur texte européen portées à notre connaissance<sup>23</sup>.

On pourrait également tirer des enseignements d'une comparaison avec le régime de responsabilité civile mis en place par le RGPD<sup>24</sup> envers les responsables de traitement et les sous-traitants<sup>25</sup>. Il s'agit d'une responsabilité conjointe<sup>26</sup> pour l'application de laquelle les magistrats sont invités à déterminer « la part de responsabilité de chaque responsable du traitement ou de chaque sous-traitant dans le dommage causé par le traitement, à condition que le dommage subi par la personne concernée soit entièrement et effectivement réparé »<sup>27</sup>. Un recours en contribution est prévu entre eux<sup>28</sup>, ce qui semble peu cohérent avec l'idée d'une responsabilité conjointe, mais au contraire classique dans l'hypothèse d'une responsabilité solidaire. Il est dans tous les cas exclu qu'un responsable de traitement puisse être exonéré ou voir limiter sa responsabilité en invoquant celle de son sous-traitant<sup>29</sup> (au sens du RGPD<sup>30</sup>). On retrouve ici une solution habituelle du droit de la responsabilité civile contractuelle<sup>31</sup>.

On peut également s'interroger sur le point de savoir si lorsque des actions sont menées par la société mère pour que sa filiale améliore ses modes de production conformément aux exigences sociales et environnementales (« la société mère contribue par ses actions à l'exécution de son obligation de vigilance par sa filiale » article 4 bis tel qu'amendé par le Parlement européen, le 1<sup>er</sup> juin 2023), la société mère ne pourrait pas alors être considérée comme ayant **souscrit un engagement de porte-fort**<sup>32</sup>. **Une telle qualification permettrait**

<sup>20</sup> G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de responsabilité civile, Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2013, n°810 et s.

<sup>21</sup> G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, ouvrage préc., n°788 et s.

<sup>22</sup> Solution constante : Civ 11 juillet 1892, DP 1894, 1, 513.

<sup>23</sup> Article 22 § 3 dans la version du 30 novembre 2022 et celle du 1<sup>er</sup> juin 2023 (celle du 23 février 2022 est mutique sur ce point).

<sup>24</sup> V. J. Knetsch, « Les actions civiles en réparation fondées sur une violation du RGPD, Vers un nouveau contentieux de masse ? », JCP G 2022 1062; A. Danis-Fatôme, « « Quelles actions judiciaires en cas de violation du RGPD ? », in Dossier spécial « Entrée en vigueur du Règlement général de protection des données à caractère personnel ; quels changements pour les responsables de traitement ? », *Comm. com. élect.* 2018, avril 2018, p. 84 et s.

<sup>25</sup> Art. 82 du RGPD.

Le RGPD a mis en place des obligations qui pèsent sur le sous-traitant, toutes celles qui incombent au responsable de traitement ne lui étant pas imputables (art. 28 du RGPD).

<sup>26</sup> La comparaison prend du sens lorsqu'on constate que les termes retenus par le RGPD sont similaires à ceux utilisés par la proposition de directive sur le devoir de vigilance : cons. 79 du RGPD « La protection des droits et libertés des personnes concernées, de même que la responsabilité des responsables de traitement et des sous-traitants, y compris dans le cadre de la surveillance exercée par les autorités de contrôle et des mesures prises par celles-ci, exige une répartition claire des responsabilités au titre du présent règlement, y compris lorsque le responsable du traitement détermine les finalités et les moyens du traitement conjointement avec d'autres responsables du traitement, ou lorsqu'une opération de traitement est effectuée pour le compte d'un responsable de traitement ». Cette dernière situation vise l'hypothèse de l'intervention d'un sous-traitant.

<sup>27</sup> Cons. 146 du RGPD.

<sup>28</sup> Cons. 146 du RGPD.

<sup>29</sup> V. not. CNIL, n°SAN-2023-006 du 11 mai 2023, spéc. § 33.

<sup>30</sup> Art. 4 § 8 du RGPD le sous-traitant est « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable de traitement ».

<sup>31</sup> v. not. Civ 1, 17 mars 2011, n°10-30.383, D. 2011, p. 1463, note B. Dondéro. - Civ 2, 7 juillet 2011, n°10-21.719 : Resp. civ. et assur. 2011, comm. 380.

<sup>32</sup> On vise ici le porte-fort d'exécution (art. 1204 al. 1<sup>er</sup> du Code civil) ; V. not. M. Fabre-Magnan, « Les fausses promesses des entreprises », in *Études en la mémoire de Ph. Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, Dalloz, 2018, p. 451 et s.



**d'engager la responsabilité contractuelle de la société mère en cas de défaillance de la filiale.**

Les interrogations sont donc très nombreuses à la lecture des articles 4bis et 22 du futur texte européen. Ces dispositions manquent en l'état de clarté.