



Protection de l'environnement et justice conflictuelle : une nouvelle équation pour le droit international privé ?

Cour de cassation (1^{re} civ.), 9 mars 2022, n° 20-22.444

Charlotte Guillard

DANS **REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 2022/2 N° 2**, PAGES 251 À 271
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0035-0958

ISBN 9782995422029

DOI 10.3917/rcdip.222.0251

Date de mise en ligne : 05/07/2022

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-privé-2022-2-page-251?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Protection de l'environnement et justice conflictuelle : une nouvelle équation pour le droit international privé ?

Charlotte Guillard

Maitre de conférences en droit privé à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas

Résumé

Le contentieux environnemental international est en plein essor. La présente étude propose une analyse des enjeux qui gravitent autour de ces questions fondamentales, sous le prisme de la distinction – traditionnelle chez les internationalistes – entre la justice conflictuelle et la justice matérielle. Que ce soit sur le terrain du conflit de lois ou sur celui de la compétence internationale, le mouvement global de matérialisation qui gagne le droit international privé est très visible en matière environnementale. Or, le phénomène n'est pas anodin: les résultats substantiels portés par les règles de droit international privé, tournés vers la protection de l'environnement, peinent à sa réaliser, tandis que la coordination des ordres juridiques sur ces questions pourtant cruciales est rarement atteinte. En dépit d'une forte volonté politique, force est de constater la stagnation importante de ces contentieux aux questions préalables de droit international privé, au détriment de la réalisation de l'objectif commun de lutte contre les atteintes faites à l'environnement, que s'est fixé la communauté des États. Les ressources de la justice conflictuelle – justice de conciliation, du vivre ensemble – peuvent, dans cette perspective, être utilement exploitées aux fins de promouvoir cet objectif, dont la réalisation est urgente, au regard des défis qu'il sous-tend.

Summary

International environmental litigation is booming. The current study analyzes the main issues around the fundamental questions underlying such evolution through the prism of the traditional distinction between conflictual and substantive justice. Whether in the field of conflict of laws or in that of international jurisdiction, the global movement of materialization that is gaining ground in private international law is very visible in

environmental matters. And this is not an insignificant phenomenon: the substantial results brought by the rules of private international law regarding the protection of the environment, struggle to materialize, while the coordination of legal orders on these crucial issues is rarely achieved. In spite of a strong political will, one can only note the limitation of these litigations to the preliminary questions of private international law, to the detriment of the realization of the common goal to fight against the attacks made to the environment, set by the community of the States. The resources of conflictual justice - justice of conciliation - can, in this perspective, be usefully used to promote this objective, the achievement of which is urgent, in view of the challenges it underlies.

La protection de l'environnement est un besoin global qui appelle un régime juridique adapté. De nombreux efforts politiques tendent aujourd'hui en ce sens, tant sur le plan international – par exemple par la conclusion d'accords ou de protocoles de nature à répondre au défi du changement climatique¹ – que dans la sphère nationale, où juges et législateurs explorent le potentiel offert par différents outils juridiques de droit public ou privé². La capacité du droit international privé à contribuer à cette entreprise semble toutefois plus modeste, ou demeure en tout cas moins visible. Pourtant, des pas importants ont été accomplis récemment, sur le terrain

du contentieux international³, ou à travers diverses lois nationales, à commencer par la loi française⁴, relatives à la responsabilité environnementale dans les chaînes internationales de valeur.

La présente contribution tient compte de ces développements pour poser une question plus générale. Et si on se servait de la distinction, d'origine doctrinale, entre justice conflictuelle et justice matérielle, pour renouveler notre grille d'analyse ?

De longue date, on le sait, cette distinction offre un prisme privilégié à travers lequel peuvent être envisagés la struc-

- (1) Parmi les nombreux accords et protocoles internationaux existants, on retiendra particulièrement ceux conclus dans le cadre de la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) du 9 mai 1992, ayant notamment donné lieu au Protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 et à l'accord de Paris du 12 décembre 2015, par lesquels les Etats signataires se sont engagés à lutter contre les effets du changement climatique par une réduction des émissions de gaz à effet de serre.
- (2) On pense notamment au régime spécial de responsabilité civile institué par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (intégré aux articles 1246 à 1252 du code civil); à l'instauration de tribunaux judiciaires spécialisés en matière d'atteinte à l'environnement par la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée (v. article 706-2-3.-I. du code de procédure pénale); ou encore à la proposition de la Convention citoyenne pour le climat d'intégrer à l'article 1^{er} de la Constitution l'alinéa suivant « La République garantit la préservation de la biodiversité, de l'environnement et lutte contre le dérèglement climatique », reprise par le projet de loi constitutionnelle n° 3787.
- (3) V. la récente condamnation de Shell par le tribunal de La Haye le 26 mai dernier, qui a enjoint au groupe pétrolier à réduire de 45 % ses émissions nettes d'ici 2030 (26 mai 2021, aff. C/09/571932, *Rechtbank Den Haag*, sur laquelle, v. J.-M. Moulin, Les entreprises face au défi (enthousiasmant) du risque environnemental, *Bull. Joly juill.* 2021, p. 6; F-G. Trébulle, La responsabilité des entreprises de diminuer leurs émissions de gaz à effet de serre: réflexions à propos d'une décision du tribunal de district de la Haye, *EEL*, n° 11, nov. 2021, comm. 86; A-M. Ilcheva, Condamnation de Shell aux Pays-Bas: la responsabilité climatique des entreprises pétrolières se dessine, *D.* 2021. 1968. V. pour un recensement et une analyse des décisions récentes sur ces questions: M. Torres-Schaub, Bilan et perspectives pour la justice climatique, *EEL*, n° 10, oct. 2021, dossier 23; C. Cournil, Les prémises de révolutions juridiques? Récents contentieux climatiques européens, *RFDA* 2021. 957.
- (4) V. la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre.

ture de la discipline, les objectifs qu'elle poursuit et les méthodes qu'elle choisit pour leur réalisation⁵. Son image semblait cependant quelque peu ternie. Le déclin, ou la normalisation de la pensée réaliste américaine qui lui a donné un certain lustre voici un demi-siècle y est sans doute pour une part importante. Mais aujourd'hui, l'émergence de la question climatique offre une occasion unique non seulement pour revisiter les ressorts de cette catégorisation particulière des « deux justices », mais aussi pour poser les premières fondations d'un régime juridique international qui réponde, avec toute la mesure et toute la profondeur propres à notre discipline, à la grande « affaire du siècle »⁶.

À un niveau de lecture très général, la distinction – en dépit des zones d'ombre et des ambiguïtés qui l'affectent – a permis de mettre en avant une idée centrale qui a exercé et exerce toujours aujourd'hui une influence déterminante sur le droit international privé. C'est l'idée, assez intuitive, que les rapports

privés internationaux exigent un traitement particulier devant se traduire par une justice adaptée: la justice conflictuelle. Traditionnellement pensée à travers la seule question du conflit de lois, cette dernière est la plupart du temps assimilée à la méthode conflictuelle bilatérale classique et à la neutralité dont cette méthode serait prétendument parée. Aussi, est-elle classiquement présentée comme détachée des considérations substantielles entourant la situation de droit international privé. Ces considérations sont prises en charge par une autre forme de justice, dite matérielle. Celle-ci ne saurait certes être totalement absente de la résolution des problèmes liés à l'existence d'une relation privée internationale; mais elle ne doit intervenir que de façon exceptionnelle. Sur le plan méthodologique, la justice matérielle s'incarne usuellement par le jeu de l'exception d'ordre public international. L'articulation des justices en un rapport de principe à exception au profit de la justice conflictuelle s'inscrit ainsi comme un point de repère et

- (5) Connue de chaque internationaliste, la distinction entre justice de droit international privé et justice matérielle a été systématisée par le Professeur allemand Gerhard Kegel au milieu du XX^e siècle dans un cours à l'Académie de La Haye resté célèbre, dédié à la crise du conflit de lois (*The crisis of conflict of laws, RCADI*, t. 112, 1964). La crise trouve son origine dans les attaques adressées Outre-Atlantique à la conception savignienne du conflit de lois, accordant une prééminence à la méthode conflictuelle bilatérale, abstraite et neutre. Prenant appui sur le règlement du conflit de lois en matière délictuelle, la doctrine américaine a ardemment défendu l'adoption de méthodes de réglementation fonctionnalistes des rapports privés internationaux (sur l'analyse de cette crise, v. H. Muir Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse, Paris I, 1985). On retrouve toutefois des traces des réflexions entourant la distinction dès le XII^e siècle (v. sur ce point: Gutzwiller, *Le développement historique du droit international privé, RCADI*, 1929, I, t. 29, p. 291; A. Lainé, *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le code civil*, t. I, 1888, et t. II, 1892; H. Lewald, *Conflits de lois dans le monde grec et romain*, Rev. crit. DIP 1968. 419; E.-M. Meijers, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Âge, spécialement dans l'Europe occidentale, RCADI*, 1934, t. 49, p. 543). Pour une analyse de cette distinction dans le champ du droit de la famille, v. C. Guillard, *Justice conflictuelle et justice matérielle: pertinence et pérennité de la distinction. Etude de droit international privé de la famille*, Thèse Paris 2, 2021.
- (6) L'expression trouve son origine dans l'affaire née de l'action en responsabilité engagée contre l'Etat français par les associations Oxfam France, Notre Affaire À Tous, la Fondation pour la Nature et l'Homme et Greenpeace France. L'action a mené à la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat dans la réalisation du préjudice écologique découlant de sa carence à respecter les objectifs qu'il s'était fixé en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Si le juge administratif a dans un premier temps refusé d'assortir cette responsabilité de mesures de nature à réparer le préjudice constaté en ordonnant un supplément d'instruction (v. TA Paris, 3 févr. 2021, n° 1904967, 1904968, 1904972 et 1904976/4-1), le Tribunal administratif de Paris a, dans une décision du 14 octobre 2021, enjoint « au Premier ministre et aux ministres compétents de prendre toutes les mesures utiles de nature à réparer le préjudice écologique et prévenir l'aggravation des dommages à hauteur de la part non compensée d'émissions de gaz à effet de serre au titre du premier budget carbone [...] au 31 janvier 2022 » (TA Paris, 14 oct. 2021, n° 1904967). Pour des condamnations similaires en droit comparé, v. le précédent donné par l'affaire *Urgenda* (Cour d'appel de La Haye, 9 oct. 2018, n° 200.178.245/01, *Urgenda c/ Pays-Bas*); mais également les décisions récemment rendues en Allemagne (Federal Constitutional Court, 24 mars 2021, *Neubauer v. Allemagne*, n° 1 BvR 2656/18, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20, 1 BvR 288/20) et en Belgique (Tribunal de première instance de Bruxelles, 17 juin 2021, *Klimaatzaak*). Sur lesquelles, v. C. Cournil, *Les prémises de révolutions juridiques...*, art. préc.

sert souvent de support au renouvellement des réflexions relatives à la théorie générale du droit international privé⁷.

C'est ainsi que la grille de lecture offerte par la distinction peut utilement être sollicitée pour tout type de questions de droit international privé. Celles relatives au contentieux environnemental s'y prêtent particulièrement : prises dans leur dimension internationale, elles offrent un prisme d'analyse privilégié de la théorie générale du droit international privé contemporain.

L'observateur du contentieux environnemental international ne peut en effet manquer de constater d'emblée la variété des sources et des méthodes de droit international privé sollicitées aux fins de traiter les questions qui l'entourent, aussi bien en matière de conflits de lois que de compétence internationale. Sont ainsi mobilisés des règles indirectes de rattachement⁸, des règles matérielles internationales⁹, des normes de *soft law*¹⁰, des règles de prise en considération¹¹, des mécanismes procéduraux

originaux tels que celui offert par le *forum non conveniens*¹², ou encore les droits fondamentaux¹³.

Ce panel d'instruments se justifie aisément au regard de la complexité qu'engendre le contentieux environnemental international, et du renouvellement des données qu'il implique. Ce renouvellement se constate à un double niveau, tant sur les questions de fond en lien avec le droit de l'environnement que sur le terrain épistémologique.

Sur le fond, on perçoit sans mal qu'incertitude et complexité règnent ici en maître. Pour s'en tenir au droit de la responsabilité civile qui constitue actuellement le fondement privilégié des actions en justice en matière environnementale, on constate que les traditionnelles conditions exigées en la matière – faute, dommage, lien de causalité – sont particulièrement difficiles à caractériser. Or, cette indétermination rejaillit inéluctablement sur les règles classiques de droit international privé qui retiennent précisément comme rattachements les

- (7) La distinction des justices se retrouve en effet de façon quasi-systématique dans les travaux récents proposant des réflexions de théorie générale de droit international privé (v. par ex : L. Gannagé, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures*, *RCADI*, t. 357, 2013; Y. Lequette, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ?*, *RCADI*, t. 387, 2017; S. Fulli-Lemaire, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Thèse, Paris 2, 2017; R. Legendre, *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale*, Dalloz Nouvelle Bibliothèque de Thèses, n° 195, 2020; D. Moya, *L'autorité des règles de conflit de lois. Réflexion sur l'incidence des considérations substantielles*, *IRJS Éd.*, 2020; E. Lenglard, *La théorie générale des conflits de lois à l'épreuve de l'individualisme*, Thèse, Paris 2, 2019.
- (8) Sur lesquelles, v. *infra*.
- (9) Par ex. Régl. UE 2017/821 du Parlement et du Conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantalum et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, JOUE n° L 130 du 19 mai 2017.
- (10) Le Conseil d'Etat a récemment jugé que les dispositions de l'accord de Paris sur le climat, bien que ne produisant aucun effet direct, devaient toutefois « être prises en considération dans l'interprétation des dispositions de droit national » (CE, sect., cont., 19 nov. 2019, n° 427301, *Commune de Grande-Synthe*, AJDA 2021. 217, note S. Cassella; D. 2020. 2292).
- (11) L'article 17 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») – d'application générale – réserve la prise en considération des « règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité ».
- (12) Pour un exemple récent, v. l'affaire *Mariana Damn* et l'analyse de C. Chalas et H. Muir Watt, *Vers un régime de compétence adapté à la responsabilité environnementale des entreprises multinationales ? Point d'étape post-Brexit (affaires Municipio de Mariana v. BHP plc & BHP group Ltd; Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and anoter)*, *Rev. crit. DIP* 2021. 616.
- (13) L'intervention des droits fondamentaux dans ce type de contentieux ne saurait étonner. Les atteintes à l'environnement génèrent en effet des atteintes au droit à la vie protégé par l'article 2 de la Convention européenne, à celui de mener une vie privée et familiale consacré par l'article 8, ou encore au droit de propriété en vertu de l'article 1 du Protocole n° 1. Pour un état des lieux de la jurisprudence de la Cour européenne, v. sur le site de la Cour le *Guide sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme. Environnement*, mis à jour au 31 août 2021.

éléments constitutifs de la responsabilité. Les difficultés sont par ailleurs exacerbées par la diversité des revendications et des actions engagées : actions de groupe, actions dirigées contre les États ou contre des firmes multinationales, actions préventives... Aussi, le droit manque de ressources pour encadrer sereinement et efficacement les contentieux environnementaux. Comme il l'a récemment été observé à propos de la catastrophe de Tchernobyl, « qu'elle soit théorique ou pratique, toute espèce d'approche normative devient impossible. Le droit ne sait pas appréhender un phénomène dans lequel le temps serait inconnu, l'espace indéfini et la matière insaisissable »¹⁴.

Et pourtant le droit tente, dans ce domaine, de remplir sa fonction normative. La multiplication des normes, des contentieux, des initiatives – citoyennes, supranationales, ou interétatiques – témoignent d'une volonté politique forte de régulation de la matière. Toutefois et pour ce qui concerne le contentieux environnemental international qui seul nous intéresse ici, force est de constater la stagnation d'un nombre important d'affaires aux questions préalables de droit international privé, et plus loin, l'absence d'adéquation entre le politique et le juridique. Les blocages que l'on retrouve dès cette étape liminaire révèle, par ailleurs, l'importance des enjeux qui se nouent autour de la détermination des juridictions compétentes et des lois susceptibles de régir les questions de droit qui y sont soulevées.

Ce décalage se trouve amplifié par le bouleversement épistémologique que provoquent les questions relatives à la protection de l'environnement. On constate également sur ce terrain un ébranlement des postulats que l'on croyait les plus établis.

La mondialisation a atteint un tel niveau de sophistication que certaines notions structurantes du droit international privé sont mises à mal : souveraineté, territoire, frontières, ne s'inscrivent plus comme des concepts efficients. Les dommages écologiques qui trouvent en bonne partie leur cause dans les excès de cette mondialisation, incarnent la relativisation de ces notions cadres de la discipline. Comme il a pu être observé, avec le « nouveau régime climatique », « ni la souveraineté des États, ni l'étalement des frontières ne peuvent tenir lieu de politique »¹⁵.

Il en résulte un phénomène perturbant pour le droit : les catégories juridiques deviennent artificielles¹⁶. Plus loin, la systématisation des problèmes et des solutions pouvant y être apportées devient plus difficile à concevoir. Cette perturbation est d'autant plus déroutante pour le droit international privé, discipline qui s'est forgée sur le travail de systématisation de la doctrine.

Il pourrait donc, de prime abord, paraître paradoxal de vouloir appréhender le problème du droit international privé de l'environnement à travers le prisme de la distinction entre la justice conflictuelle et la justice matérielle, qui s'inscrit comme l'une des plus célèbres illustrations de l'attraction de la matière pour la systématisation et le travail de classification. Mais à y regarder de plus près, le paradoxe peut être levé.

La distinction et les tensions entre les justices peuvent apparaître comme le révélateur de la mission que se donne le droit international privé, à savoir une fonction stabilisante des rapports privés internationaux. La matière est en effet tournée vers la recherche de la coordination, du vivre ensemble, par une quête constante visant à dépasser, sans

(14) F. Defferrard, Tchernobyl ou l'impossibilité du droit, D. 2021. 737.

(15) B. Latour, *Où atterrir ? Comment s'orienter en politique*, Éd. La Découverte, Paris, 2017.

(16) A ce propos, v. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Puf, 5^e éd., 2021, spéc. § 1205.

le bafouer, le particularisme des justices étatiques aux fins d'assurer une circulation harmonieuse des normes et des opérateurs privés. Se pose ainsi la question de savoir si l'équilibre entre ces deux pôles directeurs de la discipline est adapté à la particularité du contentieux environnemental international et plus loin, de déterminer ce que la distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle peut apporter à son appréhension.

La distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle est ainsi un prisme

d'analyse fructueux pour le contentieux environnemental international, et ce à deux égards.

D'abord, parce que le droit international privé de l'environnement se fait l'écho des problèmes que soulève la distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle (I), ensuite, parce qu'il est urgent que le projet porté par cette distinction – assurer la justice des rapports privés internationaux – s'applique en matière environnementale (II).

I – La résonance des problèmes relatifs à la distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle en droit international privé de l'environnement

La distinction entre justice conflictuelle et matérielle se heurte classiquement à une objection fondamentale : le mouvement de « matérialisation »¹⁷ de la discipline qui vient remettre en question l'étanchéité présumée entre les deux justices. Le contentieux environnemental en offre une brillante illustration (A). Le phénomène est loin d'être inoffensif dès lors que la grille de lecture offerte par la distinction n'est pas purement dogmatique. Le brouillage des frontières entre les deux justices comporte, comme le contentieux environnemental international en témoigne, le risque d'une mise en échec des objectifs traditionnellement portés par les règles de droit international privé (B).

A – La matérialisation des règles de droit international privé

Il convient d'exposer brièvement le problème que pose la matérialisation au

regard de la distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle avant de voir comment le droit international privé environnemental s'en fait l'écho.

Il est fréquent de lire que l'articulation classiquement retenue des deux justices en un rapport de principe à exception au profit de la justice conflictuelle est mise à mal : les frontières entre chacune des justices sont poreuses et la discipline est en voie de matérialisation. Les considérations matérielles sont, en effet, de plus en plus visibles dans le traitement des questions de droit international privé. Les lois de police, les droits fondamentaux ou encore la généralisation des règles de rattachement à finalité matérielle, en sont autant de manifestations. De plus en plus, les méthodes du droit international privé mélangent les logiques propres à chacune des justices.

Les causes de ce phénomène sont multiples : sous l'impulsion d'une évolution des sources de la discipline – on pense

(17) Le terme est désormais inscrit dans le langage du droit international privé et s'entend de la « pénétration du droit international privé par des normes et des considérations d'ordre substantiel » (M.-C. Najm, *Les principes directeurs du droit international privé. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, Paris, 2005, spéc., n° 19, p. 23).

notamment à l'émergence d'ordres juridiques supranationaux prenant en charge les questions de droit international privé – les différents acteurs de l'élaboration des normes de droit international privé se tournent de plus en plus vers une approche substantielle de la matière. On constate, par ailleurs, un changement de physionomie de la discipline qui laisse de plus en plus de place à l'autonomie de la volonté des acteurs juridiques. Or, l'articulation des justices en un rapport de principe à exception est, à l'égard des destinataires des normes de droit international privé, bien souvent inopérante dès lors que leur attention est plus volontiers tournée vers le résultat concret de la résolution du problème de droit international privé dans lequel ils sont impliqués. Aussi c'est bien plus la justice matérielle, que la justice conflictuelle qui est recherchée.

Si l'ampleur et les conséquences de ce mouvement sont diversement appréciées, il n'en demeure pas moins qu'il se retrouve pleinement dans les questions de droit international privé environnementales. Le problème qui sous-tend la distinction entre les justices – celui de l'articulation entre le substantiel et le conflictuel – se manifeste, en effet, de façon flagrante dans cette matière.

La structure des règles de droit international privé appliquées en matière

de responsabilité environnementale témoigne en effet du mouvement de matérialisation de la discipline. Si le droit international privé de l'environnement reste à titre principal régi par des règles à caractère indirect, celles-ci sont loin d'être parées de la neutralité qui caractérise traditionnellement les règles de rattachement, que ce soit sur le terrain de la compétence internationale ou plus encore en matière de conflit de lois.

Sur le terrain de la compétence internationale, les règles sont, pour l'heure, celles du droit commun de la responsabilité civile, issues du célèbre arrêt *Mines de potasse d'Alsace*, portant on le sait sur un délit pluri-localisé trouvant son origine dans des faits de pollution fluviale¹⁸. Prenant acte de l'obstacle que constitue, en matière de délits complexes, la difficulté d'identifier un siège naturel à la situation litigieuse, la Cour de justice a entendu élargir la liste des fors disponibles. Le demandeur à l'action bénéficie ainsi d'un choix entre la compétence générale des juridictions du domicile du défendeur, de celles du lieu de réalisation du dommage et de celles où le fait générateur s'est accompli. La solution, dégagée sous l'empire de la Convention de Bruxelles de 1968, a été maintenue sous celui des Règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis. Si la nature des critères retenus reste fondée sur l'idée de proximité¹⁹, leur diversité témoigne d'une politique de faveur pour

- (18) CJCE, 30 nov. 1976, aff. C-21/76, *Mines de potasse d'Alsace*, D. 1977. 613, note G. A. L. Droz; Rev. crit. DIP 1977. 563, note P. Bourel; JDI 1977. 728, note A. Huet.
- (19) Le considérant n° 16 du Règlement Bruxelles I bis indique à cet égard que « le for du domicile du défendeur devrait être complété par d'autres fors autorisés en raison du lien étroit entre la juridiction et le litige ou en vue de faciliter la bonne administration de la justice. L'existence d'un lien étroit devrait garantir la sécurité juridique et éviter la possibilité que le défendeur soit attiré devant une juridiction d'un État membre qu'il ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Cet aspect est important, en particulier dans les litiges concernant les obligations non contractuelles ». La doctrine oppose d'ailleurs souvent, en matière délictuelle, le caractère matériellement orienté des règles de conflit de lois et l'objectivité des règles de compétence. En ce sens, v. D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, préc., spéc. § 973. S'interrogeant sur l'opportunité « d'admettre une instrumentalisation de la compétence juridictionnelle au service des finalités poursuivies par le droit substantiel applicable à chaque catégorie de délit », les auteurs observent que pour séduisante qu'elle soit, une telle orientation « risquerait de faire oublier qu'au stade de la compétence juridictionnelle, les objectifs de la bonne administration de la justice (commodité pour les plaideurs; administration de la preuve) sont essentiels; les objectifs de fond réapparaissent en revanche au niveau du conflit de lois ». V. égal., F. Giansetto, *Le droit international privé à l'épreuve des nouveaux contentieux en matière de responsabilité climatique*, JDI, n° 2, avr. 2018. Doctr. 6, militant pour la reconnaissance de « la vocation matérielle des règles de compétence internationale » (§ 14), à l'heure où la théorie générale du conflit de juridictions met « la proximité et la prévisibilité au cœur de ses préoccupations » (§ 27).

le demandeur à l'action en responsabilité. Aussi, et comme il l'a été observé, en dépit du « fin vernis proximiste »²⁰ qui habille les règles de compétence internationale en matière délictuelle, celles-ci traduisent une volonté politique de faciliter la mise en œuvre de la responsabilité des auteurs de dommages. Cette tendance à une approche substantielle des règles de compétence internationale en matière de délits complexes est accentuée par la solution que le législateur européen a spécialement retenu pour les dommages environnementaux, sur le terrain du conflit de lois.

Le règlement Rome II consacre, en effet, une règle de conflit spéciale et originale, aux actions en responsabilité pour atteinte à l'environnement. L'article 7 offre ainsi au demandeur à l'action un choix entre la loi du dommage – rattachement de principe en matière de responsabilité civile – et celle « du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit ». Le texte opère ainsi un alignement sur l'option consacrée en matière de compétence. Dans le même temps et comme il l'a été observé, cette règle témoigne de « la volonté de se départir de la traditionnelle neutralité de la règle de conflit de lois » au profit d'une solution « dont l'objectif clairement substantiel est à la fois de protéger la victime et, au-delà de celle-ci, l'environnement dans son ensemble »²¹.

La pluri-localisation fréquente des délits en matière environnementale d'un côté et l'impératif de prévention et de réparation des dommages causés à l'environnement de l'autre, aboutissent ainsi

à une remise en cause en puissance du fondement purement proximiste traditionnellement assigné aux règles de droit international privé²².

Toutefois, l'objectif matériel poursuivi par les règles de droit international privé dans ce domaine peine à se réaliser. En retenant des critères de rattachement tributaires du fond du problème – fait générateur, dommage et incidemment mais inéluctablement lien de causalité – les incertitudes entourant les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile rejaillissent inéluctablement sur l'efficacité des règles de droit international privé.

À cet égard, c'est d'abord le « caractère diffus des dommages à l'environnement »²³ qui pose problème. La matérialité et la localisation des dommages environnementaux peuvent en effet s'avérer complexes à déterminer. Comment, par exemple, localiser les émissions de gaz à effet de serre qui sont « à la fois non circonscrites dans le temps (en ce qu'elles ont des effets différés fréquents) et dans l'espace »²⁴ ? Les difficultés se retrouvent encore sur le terrain du fait générateur de responsabilité. L'opacité des structures et des activités mises en place par les firmes multinationales engendrent un cloisonnement des divers acteurs de la chaîne de production, et plus loin une dissolution du fait générateur de responsabilité. C'est encore la détermination du lien de causalité qui constitue souvent un obstacle insurmontable à l'établissement de la responsabilité civile des auteurs de dommages écologiques. Comme il l'a été observé « si le lien de causalité

(20) E. Farnoux, *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions. Réflexion autour de la matière délictuelle*, LGDJ, 2022, p. 20, § 16, relevant que « l'organisation actuelle de la compétence internationale, loin de la vision neutre et localisatrice, est en fait constituée d'une architecture de choix politiques, rendus invisibles par un fin vernis proximiste ».

(21) E. Pataut, *Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé*, Dr. soc. 2017. 833.

(22) L'objectif est clairement assumé dans le Règlement Rome II qui énonce, dans son considérant 25 qu'« en matière d'atteintes à l'environnement, l'article 174 du traité, qui postule un niveau de protection élevé et qui est fondé sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de correction à la source et sur le principe du pollueur-payeur, justifie pleinement le recours au principe du traitement favorable à la personne lésée ».

(23) F. Giansetto, *Le droit international privé...*, art. préc., spéc. § 10.

(24) *Ibid.*, § 11.

entre le fait générateur et le dommage est incertain, il n'est pas sûr que le litige présente des liens étroits avec le territoire désigné par ces règles de conflit, soulevant des difficultés à la fois en matière de conflit de juridictions et de conflit de lois »²⁵.

La porosité des frontières entre justice conflictuelle et justice matérielle – telle que traditionnellement envisagée – est certaine en matière environnementale. Cette imbrication du conflictuel et du substantiel n'est pas sans conséquence dès lors qu'elle porte en elle le risque de mettre en échec les règles de droit international privé et les objectifs poursuivis par ces normes.

B – La mise en échec des règles de droit international privé

Si la matérialisation de la discipline est bien souvent perçue d'un mauvais œil, c'est qu'elle aboutit à mettre en échec l'objectif de justice conflictuelle par principe poursuivi par les règles de droit international privé. Cet objectif est traditionnellement identifié dans l'impératif de coordination des systèmes²⁶.

Le caractère engagé sur le plan substantiel des règles de droit international privé constitue en effet un frein important à la réalisation de l'objectif de coordination qui tend à ce que les règles de droit international privé, par leur abstraction et leur neutralité, dépassent la diversité des points de vue matériel éventuellement dissonants des ordres juridiques étatiques sur une question donnée. Aussi, plus les règles de droit international privé intègrent des considérations substantielles, plus

le risque est grand qu'elles butent sur l'hétérogénéité normative et qu'elles ne parviennent pas à assurer leur rôle coordinateur.

On pourrait relativiser ce constat en considérant que la matérialisation permet, à tout le moins, la réalisation de l'objectif de justice matérielle portée par les règles de droit international privé. L'analyse des solutions en matière environnementale interdit toutefois de tirer un tel constat.

La jurisprudence offre en effet plusieurs exemples dans lesquels la trop grande indétermination des conditions présidant à la mise en œuvre de la responsabilité du défendeur à l'action en réparation constitue un obstacle à la réalisation de l'objectif recherché par les règles de droit international privé en matière environnementale.

Si la configuration de ces contentieux est assez variable, une constante se retrouve tout de même dans la volonté des demandeurs – associations de défense de l'environnement implantés dans le for saisi ou victimes étrangères des dommages réalisés à l'étranger – d'engager la responsabilité de sociétés donneuses d'ordre ou de sociétés mères implantées dans des États soucieux de lutter contre les atteintes faites à l'environnement, mais exportant par le biais de leurs filiales ou de leurs sous-traitants, leurs activités – polluantes – dans des États moins engagés dans cette cause.

Cette stratégie des plaideurs passe le plus souvent par le canal du devoir de vigilance, récemment intégré à notre arsenal juridique par une loi du 27 mars 2017, et directement inspiré du *duty of care* de la *common law*²⁷. Le devoir de vigilance impose

(25) *Ibid.*, § 12.

(26) Comme le relevait le Doyen Batiffol, la coordination « paraît bien rester dans l'état actuel des choses [...], l'objectif du droit international privé » (H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, réimpr. Dalloz, 2002, n° 149, p. 333).

(27) Pour une analyse comparative des deux modèles, v. B. Parance et E. Groulx, *Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care*, *JDI*, n° 1, janv. 2018. Doctr. 2.

aux grandes sociétés françaises d'adopter des « mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation »²⁸. Ce devoir se comprend avant tout, comme un outil de prévention des dommages. Il s'inscrit toutefois également comme un nouveau fondement de responsabilité civile pour faute chaque fois que le manquement au devoir de vigilance aura occasionné un préjudice²⁹. L'intérêt, sur le plan du droit international privé est de faciliter l'attraction et la concentration du contentieux dans un for disposant d'une réglementation engagée sur le terrain de la responsabilité sociale des entreprises et plus particulièrement, pour ce qui nous intéresse, dans la protection de l'environnement. Comme l'a souligné le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de la loi instaurant le devoir de vigilance, celui-ci permet « le cas échéant, que la responsabilité d'une société puisse être engagée, sur le fondement de ces dispositions, à raison de dommages survenus à l'étranger »³⁰.

Nouveau fait générateur de responsabilité, le devoir de vigilance offre ainsi un instrument de droit substantiel, permettant de dépasser le cloisonnement résultant de l'autonomie traditionnellement attachée aux entreprises pourtant reliées entre elles dans une même chaîne de valeurs et toutes impliquées à des degrés différents dans la réalisation de dommages environnementaux. Le législateur français n'a toutefois assorti ce devoir d'aucune règle spéciale de compétence internationale ou de conflit de lois, alimentant ainsi de nombreuses discussions sur sa combinaison avec les règles de droit international privé actuellement en vigueur³¹.

L'analyse des décisions rendues sur ce terrain permet de voir que le haut potentiel du devoir de vigilance en matière internationale est loin d'être réalisé.

Sur le terrain de la compétence internationale, en dépit de l'éventail de fors disponibles et des instruments procéduriers permettant de concentrer des contentieux souvent éclatés, les demandeurs rencontrent de nombreux obstacles à la saisine des tribunaux du pays d'établissement de la société-mère. On songe notamment à l'abus de procédure récemment opposé par les juges anglais aux victimes brésiliennes dans l'affaire *Mariana Dam*³². C'est encore l'exigence du caractère sérieux de la demande formée

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

(29) L'article L. 225-102-5 du code de commerce prévoit en effet que « dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter. L'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin ».

(30) Décis. n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, pt 28.

(31) Parmi les nombreuses contributions, v. O. Boskovic, Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé, D. 2016. 385; L. d'Avout, Devoir de vigilance des sociétés mères et « entreprises donneuses d'ordre », D. 2017. 2054; E. Pataut, Le devoir de vigilance – Aspects de droit international privé, Dr. soc. 2017. 833; H. Muir Watt, Devoir de vigilance et droit international privé. Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017, Rev. int. Compliance et éthique des affaires, 14 décembre 2017, n° 50, p. 48; A.-S. Epstein, La portée extraterritoriale du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Cahiers de droit de l'entreprise, n° 4, juill. 2018, dossier 30; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, préc.*, spéc. § 1064-2; V. Pironon, Le devoir de vigilance et le droit international privé. Influences croisées, *Trav. Com. fr. DIP*, 2018-2020, p. 223 s. Sur ce point, v. les propositions formulées *infra*.

(32) Le contentieux est né de l'effondrement d'un barrage brésilien exploité par une société brésilienne appartenant en partie au groupe anglo-australien BHP. Les tribunaux anglais du siège du groupe ont estimé que leur saisine était abusive dès lors que les victimes avaient obtenu au Brésil un début d'indemnisation les privant d'intérêt à agir en Angleterre. Sur cette affaire, v. : C. Chalas et H. Muir Watt, Vers un régime de compétence adapté à la responsabilité environnementale des entreprises multinationales? [...], art. préc.

à l'encontre du défendeur qui, en dépit de l'existence du devoir de *duty of care*, fait encore souvent barrage à la compétence du for d'établissement des sociétés-mères, et plus loin, à l'élargissement de cette compétence aux filiales implantées à l'étranger par le jeu de la théorie des co-défendeurs³³. En effet, la preuve du caractère sérieux de la demande exige du demandeur qu'il établisse l'existence d'un lien de causalité entre le fait générateur – le manquement au devoir de vigilance – et le dommage réalisé à l'étranger, exigence qui déborde sur le fond du litige et qui est strictement appréciée³⁴.

Les difficultés sont accrues sur le terrain du conflit de lois. On trouve une récente illustration des illusions créées par le devoir de vigilance dans une affaire portée en référé, devant la cour d'appel de Paris³⁵. L'action a été engagée devant les juridictions françaises par deux associations de défense de l'environnement – Sherpa et Les amis de la Terre France – à l'encontre d'une société ayant son siège en France – la société Perenco – prestataire de services et de conseils en ingénierie dans l'industrie pétrolière. L'action était fondée sur l'article 145 du code de procédure civile, aux fins d'obtenir du juge français

des mesures d'instruction *in futurum*. Les associations entendaient recueillir des preuves permettant d'établir, dans la perspective d'un futur procès, la responsabilité de Perenco en sa qualité de société de pilotage d'entreprises congolaises d'exploitation de champs pétroliers, dont l'activité a généré de graves préjudices écologiques dans plusieurs villages en République démocratique du Congo. Les demandeurs souhaitaient ainsi obtenir des informations portant notamment sur la structure de la société Perenco et les liens entretenus avec les sociétés congolaises. L'action avait, autrement dit, un objet limité: l'établissement de l'existence du devoir de vigilance à l'égard de la société défenderesse.

Alors que la procédure sur requête introduite par les associations a abouti au prononcé de certaines des mesures d'instruction sollicitées, le défaut d'exécution de ces mesures a amené les parties à débattre contradictoirement de leur bien-fondé, devant le juge des référés. Jugées recevables mais mal fondées dans leur action en première instance au motif que le procès au fond projeté par les associations était voué à l'échec³⁶, les associations ont renouvelé leurs demandes

- (33) Cette exigence ne concerne, il est vrai, que les co-défendeurs non-domiciliés dans un Etat membre, en application de l'article 42 alinéa 2 du code de procédure civile. Lorsque, à l'inverse, le co-défendeur est domicilié dans un Etat membre, l'article 8, § 1, du Règlement Bruxelles I *bis* s'applique et autorise l'agrégation des demandes à condition qu'elles « 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 ». Il reste qu'en matière de responsabilité environnementale, c'est bien souvent le droit international privé commun qui a vocation à s'appliquer sur ce point, les filiales ou sous-traitants impliqués étant la plupart du temps implantés dans des Etats tiers.
- (34) V. toutefois l'admission du caractère sérieux de l'action devant les tribunaux anglais: l'affaire *Vedanta v. Lungowe & others* (Cour suprême du Royaume-Uni, 10 avr. 2019, UKSC 20), sur laquelle v. H. Muir Watt, La saga juridictionnelle Vedanta (suite): le devoir de vigilance de la société-mère à l'égard des tiers, *Rev. crit. DIP* 2019. 504; l'affaire *Okpabi and others v. Royal Dutch Shell Plc and another* (Cour suprême du Royaume-Uni, 12 févr. 2021, UKSC 3), sur laquelle v. C. Chalas et H. Muir Watt, Vers un régime..., art. préc.
- (35) Paris, 17 sept. 2020, n° 19/20669. V. le communiqué publié à propos de cette affaire, sur le site de Sherpa par S. Cossart et L. Bourgeois, L'article 145 du code de procédure civile: un outil insuffisant pour la preuve des violations économiques des droits fondamentaux (<https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2020/10/Larticle-145-CPC-un-outil-insuffisant-pour-la-preuve-violations-économiques.pdf>).
- (36) Par ordonnance du 2 août 2019, le président du tribunal de grande instance a estimé que les mesures d'investigations demandées n'étaient pas soutenues par un motif légitime dès lors que le procès au fond projeté par les associations était voué à l'échec. Selon le premier juge, si les associations ont bien qualité à agir en droit français, le litige au fond sera soumis au droit congolais. Le tribunal relève à cet égard que la France n'est ni le lieu du dommage, ni le lieu du fait générateur et précise que les décisions ayant été prises au siège social de la société défenderesse ne constituaient pas le fait générateur du dommage écologique. Or, en application du droit congolais, et au regard des fondements de l'action engagée, aucune responsabilité de la société défenderesse ne pouvait être retenue.

à hauteur d'appel. Ces dernières ont, en substance, fait valoir que le juge des référés avait outrepassé ses pouvoirs en portant une appréciation sur le bien-fondé de l'action au fond envisagée et que c'est à tort qu'il avait jugé que les décisions prises par la société Perenco ne pouvaient pas être considérées comme le fait générateur du dommage réalisé au Congo, dès lors qu'il était allégué que cette société était l'organe de décision des sociétés congolaises, quelle que soit, par ailleurs, la loi applicable au fond du litige. La société défenderesse faisait quant à elle valoir que la question du droit applicable au fond du litige était essentielle puisque c'est en vertu de ce droit qu'il convenait de déterminer si les associations pouvaient ou non se prévaloir de l'article 1248 du code civil pour justifier de leur qualité à agir. Or, le droit congolais dont elle réclamait l'application – qui ne connaît pas les actions attitrées du droit français en matière de réparation de dommage écologique – faisait obstacle à la recevabilité de l'action projetée.

Cette ligne de défense a convaincu la cour d'appel de Paris qui a déclaré l'action des associations irrecevables. La Cour a, pour ce faire, adopté un raisonnement en plusieurs étapes. Elle a d'abord constaté qu'en principe, la loi française était normalement applicable, en tant que *lex fori*, à l'action fondée sur l'article 145 du code de procédure civile. Elle a toutefois ensuite observé que dans l'hypothèse où, comme dans la présente affaire, c'est une action attitrée qui est exercée « c'est en fait le droit substantiel lui-même qui est réservé » et qu'il convenait donc de vérifier que le droit applicable au fond du litige à venir, admettait une telle action. C'est ainsi qu'elle a ensuite recherché quel serait le droit applicable au fond de l'action en responsabilité que les associations envisageaient d'introduire en France à l'encontre de la société française. Appliquant l'article 7 du Règlement Rome II, la Cour a relevé, aux fins de justifier l'application du droit congolais que « force est de constater qu'en la présente espèce, il n'y a pas de distorsion

entre le lieu d'émission des substances polluantes et le lieu de survenance des dommages lesquels sont tous les deux situés en République Démocratique du Congo ». La Cour a par ailleurs relevé que « comme l'a exactement énoncé le premier juge, la rédaction même des allégations des parties demandresses qui reprochent à la société Perenco une immixtion ou un défaut de contrôle des activités n'établissent pas l'existence d'un fait générateur en France qui correspond à l'événement ayant une causalité directe et immédiate par rapport au dommage environnemental ». Or, dans la mesure où, selon la Cour, les appelantes n'établissaient pas que la loi congolaise leur donne qualité à agir en réparation du préjudice subi au titre de l'atteinte aux intérêts collectifs qu'elles représentent, leur action devait être jugée irrecevable.

La solution retenue par la cour d'appel témoigne de l'impasse dans laquelle le devoir de vigilance peut conduire les demandeurs. L'action des demandresses avait précisément pour objet de réunir les preuves nécessaires à l'établissement d'un devoir de vigilance à la charge de la société défenderesse. L'issue de cette action commandait plus loin, la possibilité pour les associations de se prévaloir de l'existence d'un fait générateur en France, permettant, en application de l'article 7 du Règlement Rome II, d'appliquer *in fine* le droit français à l'action au fond qui reconnaît aux associations qualité à agir sur le fondement de l'article 1248 du code civil.

Aussi, en justifiant sa solution sur le fait que les allégations des associations ne permettaient pas d'établir que l'immixtion de la société défenderesse correspondait « à l'événement ayant une causalité directe et immédiate par rapport au dommage environnemental », la Cour prive en réalité les demandresses de toute possibilité de démontrer l'existence d'un fait générateur de responsabilité en France. L'application du droit étranger à l'action au fond paraît prématurée et inopportune. Elle

revient, en réalité, à préjuger que les mesures sollicitées par les associations seront insuffisantes à établir le fait générateur de responsabilité. La position des juges témoigne d'un empiètement excessif du fond du litige à un stade de la procédure où l'ordre juridique français était parfaitement légitime à activer ses règles procédurales (mesures d'instruction ; recevabilité des actions d'associations de défense de l'environnement) et substantielles (devoir de vigilance), en matière de protection de l'environnement.

Cette décision, bien que non définitive pour avoir fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation³⁷, illustre avec force le regret exprimé par certains auteurs vis-à-vis du devoir de vigilance, à savoir « l'occasion manquée de réfléchir sérieusement à l'articulation entre la norme substantielle française et les règles de conflit de lois qui gouvernent

la matière »³⁸. Ce manque d'articulation semble faire obstacle à la réalisation de chacune des justices. L'objectif de coordination peine à se réaliser et la politique substantielle portée par les règles de droit international privé en matière environnementale a du mal à s'imposer.

On voit combien les questions de fond et les questions de droit international privé sont liées et que les difficultés affectant les premières rejaillissent directement sur l'efficacité des secondes. Cette interdépendance constitue-t-elle pour autant un obstacle infranchissable à la promotion d'une justice internationale en matière environnementale ? L'exploration d'une autre façon de concevoir le problème de l'articulation entre justice conflictuelle et justice matérielle pourrait, à cet égard, offrir des perspectives intéressantes qui méritent, au regard de l'importance des enjeux, d'être explorées.

II – Le renouvellement de la distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle au profit d'une justice internationale en matière environnementale

Une fois exposées les grandes lignes du renouvellement de la réflexion entourant la distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle (A), il s'agira

de voir comment ces réflexions pourraient servir la promotion d'une justice internationale en matière environnementale (B).

(37) Le présent article était sous presse lorsque la Cour de cassation a statué sur le pourvoi formé par les associations. Par une décision du 9 mars 2022, la première chambre civile a censuré l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, au visa des articles 3 du code civil, 31 et 145 du code de procédure civile (v. Civ. 1^{re}, 9 mars 2022, n° 20-22.444, publication au *Bulletin* à paraître). La Cour de cassation a ainsi jugé qu'« il résulte de ces textes que la qualité à agir d'une association pour la défense d'un intérêt collectif en vue d'obtenir une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile s'apprécie, non au regard de la loi étrangère applicable à l'action au fond, mais selon la loi du for en ce qui concerne les conditions d'exercice de l'action et selon la loi du groupement en ce qui concerne les limites de l'objet social dans lesquelles celle-ci est exercée ». Aussi, en retenant, pour déclarer l'action des associations irrecevables, qu'elles ne justifiaient pas, s'agissant d'une action attitrée, que la loi congolaise leur donnait qualité à agir au titre de dommages survenus en République démocratique du Congo, la Cour d'appel a violé les textes visés. Bienvenue, cette censure ne préjuge toutefois pas de l'application de la loi française au fond, au titre de la loi du fait générateur de responsabilité – le manquement au devoir de vigilance de la société Perenco. En effet, la Haute juridiction oppose « la loi étrangère applicable à l'action au fond » et la *lex fori* applicable à la recevabilité de l'action en référé fondée sur l'article 145 du code de procédure civile. La décision de la Cour de cassation autorise toutefois – et c'est heureux – les associations à réunir devant le juge français, les preuves suffisantes pour établir le manquement éventuel de la société Perenco à son devoir de vigilance.

(38) E. Pataut, art. préc.

A – Le renouvellement de la distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle : le dépassement du problème de l'imbrication du conflictuel et du substantiel

Le renouvellement des réflexions entourant la distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle implique de dépasser le problème que constitue l'imbrication des deux types de considérations dans la réglementation des rapports privés internationaux. Deux pistes peuvent, dans cette perspective, être envisagées. La première porte sur la reconsidération du sens devant être attribué à chacune des justices. La seconde consiste à admettre de façon plus assumée, l'engagement axiologique des règles de droit international privé.

Se poser la question de la réalisation de la justice en droit international privé implique de concilier le rôle que se donne toute conception juste des rapports sociaux – une prétention à un idéal d'égalité³⁹ – et ce qui fait la spécificité des relations privées internationales. Celles-ci constituent, en effet, une catégorie de relations impliquant des *intérêts* spécifiques. Ces intérêts sont ceux des ordres juridiques producteurs de normes d'un côté (étatiques et supra-étatiques), et ceux des opérateurs privés de l'autre. Mais ces intérêts doivent, pour chacun, intégrer la dimension internationale dans laquelle ils sont impliqués ainsi que leur

inéluçtable empreinte substantielle. Ce sont des rapports internationaux qu'il s'agit de régler et toute réglementation, quel que soit l'espace dans lequel elle opère – interne ou international –, obéit à des considérations politiques. Comment intégrer ces données dans la grille de lecture proposée par la distinction entre justice conflictuelle et justice matérielle ?

Il est possible d'envisager, à rebours de la conception classiquement retenue⁴⁰, que les justices prennent en charge les mêmes types d'intérêts, ceux du droit international privé, et qu'elles se distinguent en réalité dans la façon de gérer la diversité des intérêts impliqués dans une relation privée internationale. C'est ainsi qu'il peut être proposé que la justice de droit international privé opère une conciliation des intérêts pourvoyeuse d'une réglementation harmonieuse des rapports privés internationaux, là où la justice matérielle devrait être en charge de les départir en cas de tensions entre eux.

Une telle lecture du sens des justices fait théoriquement réapparaître la possibilité pour la distinction de s'inscrire comme une grille de lecture convaincante de la matière : les méthodes du droit international privé ne peuvent, en effet, logiquement pas procéder dans le même temps, à une conciliation des intérêts en présence et à une hiérarchisation de ceux-ci. Elle permet par ailleurs de voir que l'enjeu ne se situe pas dans l'existence de considérations substantielles qui entourent néces-

(39) La prétention à l'égalité est inhérente à la notion même de justice. Comme il a pu être relevé, la « notion de justice suggère à tous inévitablement l'idée d'une certaine égalité » (C. Perelman, *De la justice, in Justice et raison*, Presse Universitaire de Bruxelles, 1963, spéc., p. 25). En droit international privé, cette connexion renvoie plus précisément à l'idée classique d'égalité des lois. On retrouve ce lien dans les réflexions menées par Kegel en ces termes : « il est acquis aujourd'hui que le droit international privé a pour objet la régulation des relations internationales, conformément à un principe de justice et à cet égard un consensus se dégage pour admettre qu'en principe, la loi du for et la loi étrangère doivent être appliquées selon les mêmes règles ; elles sont soumises à une égalité de traitement » (G. Kegel, *Fundamental Approaches, International encyclopedia of comparative law*, vol. 3 « Private international law », chapitre 3, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Martinus Nijhoff Publishers, Tübingen, 1986, p. 13, trad. libre).

(40) Il est en effet souvent considéré que chacune des justices prend en charge des intérêts différents. Comme on l'a récemment observé, il est « généralement enseigné que l'intérêt de l'ordre juridique étatique, auquel est affecté l'objectif de cohésion de l'ordre interne, traduit une conception matérielle de la justice tandis que l'intérêt des parties auquel est rattaché l'objectif de continuité des situations juridiques exprime davantage une approche conflictuelle de la justice » (R. Legendre, *Droits fondamentaux et droit international privé*..., thèse préc., spéc., n° 209, p. 171).

sairement tout rapport social, qu'il s'épanouisse ou non dans l'ordre international.

Transposée aux questions environnementales, la lecture proposée invite à admettre que l'objectif d'un traitement égalitaire des normes et des situations par-delà la diversité législative, puisse être orienté vers un but matériel, tenant dans la prévention et la protection des atteintes pouvant être causées à l'environnement. Cette orientation n'est, dans la conception renouvelée, pas incompatible avec l'idée que la justice de droit international privé puisse s'épanouir. Reste toutefois à déterminer quel intérêt se cache derrière cet objectif matériel afin d'identifier celui devant le cas échéant prévaloir dans l'hypothèse où la conciliation des divers intérêts en présence serait impossible à atteindre.

On l'a vu, les règles de droit international privé offrent au demandeur à l'action en responsabilité civile un panel d'options, tant sur le terrain de la compétence internationale que sur celui du conflit de lois. La méthode rappelle notamment celle consacrée en droit international privé de la consommation dont on sait qu'il a pour objectif la protection d'un intérêt catégoriel, celui du consommateur. Est-ce la protection de l'intérêt catégoriel de la victime d'un dommage environnemental qui

est recherchée par les règles de droit international privé ? Ce n'est pas la lecture qui est généralement retenue en doctrine qui s'accorde sur le fait que les considérations écologiques prises en compte à travers les règles de droit international privé sont plus volontiers assimilées à la défense d'un intérêt mixte et transcendant la conception téléologique classique opposant l'intérêt général à l'intérêt individuel.

Comme il a pu être observé, le « demandeur individuel agit [...] en quelque sorte pour le bien de la société (nationale mais aussi internationale) qui a tout intérêt à ce que les violations des normes écologiques soient sanctionnées »⁴¹. Concernant plus spécifiquement l'article 7 du Règlement Rome II, il est admis qu'il « s'explique non par la volonté de favoriser la victime en tant que telle, mais bien plutôt par la volonté de protéger l'environnement »⁴². La règle intègre ainsi à la fois l'intérêt des victimes de dommages environnementaux, et l'intérêt des ordres juridiques étatiques et régionaux, engagés dans la protection de l'environnement.

Une telle perception s'inscrit dans le mouvement actuel défendant l'existence d'un intérêt tout entier dédié à la nature⁴³, qui trouve un certain relais en droit positif à l'heure où le Conseil constitutionnel a qualifié l'objectif de protec-

(41) D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, préc., § 974.

(42) O. Boskovic, L'efficacité du droit international privé en matière environnementale, in O. Boskovic (ss. la dir. de), *L'efficacité du droit de l'environnement, Mise en œuvre et sanctions*, 2010, Dalloz, spéc., p. 5-6. Dans le même sens, v. S. C. Symeonides, *Rome II and tort Conflicts: A Missed Opportunity*, *American Journal of Comparative Law*, 2008, vol. 56, p. 173-222, spéc. p. 213 relevant, à propos de l'article 7 du Règlement Rome II que la raison pour laquelle cette disposition offre à la victime un choix « *is not to benefit the victim as such. Rather, the reason is to promote the interests of the respective countries and of the Union as a whole in deterring pollution* » et insistant sur la philosophie sous-jacente à cette règle « *of the European substantive law of the environment and the "polluter pays" principle* ».

(43) V. sur l'idée de faire de la Nature un sujet de droit à part entière : B. Parance, Personnification de la nature : techniques et opportunités pour le système juridique français, JCP 2020, doctr. 249. V. par ailleurs et pour une approche non juridique, les riches réflexions de B. Lautour, *Où atterrir?..*, ouvrage préc. L'idée que cet auteur développe interpelle l'internationaliste : il met en avant l'obsolescence de la grille classique d'analyse constituée par l'opposition Global/Local. Selon l'auteur, « on peut supposer que, jusqu'ici, chacun de ceux qui acceptaient de se plier au projet de la modernisation pouvait retrouver sa place grâce à un vecteur qui allait, pour simplifier, du local au global » (p. 38). Démontrant que cette opposition constitue un « ancien combat pour ou contre la modernisation de la planète entière », dès lors que « les tenants de la globalisation comme ceux du retour en arrière se sont tous mis à fuir le plus rapidement possible, en rivalisant d'irréalisme » (*ibid*, p. 44-45), l'auteur met en avant l'émergence d'un troisième pôle. L'« attracteur Terrestre » s'inscrit, dans cette perspective comme le nouvel « acteur-politique » (*ibid*, p. 56), c'est-à-dire, nous dit l'auteur que « l'événement massif qu'il s'agit d'encaisser concerne en effet la puissance d'agir de ce Terrestre qui n'est plus le décor, l'arrière-scène, de l'action des humains » (*ibid*). Sur de possibles prolongements de ces analyses en droit international privé, v. D. Bureau, H. Muir Watt, *op. cit.*, spéc. § 1205 s.

tion de l'environnement, de « patrimoine commun des êtres humains »⁴⁴.

Dans cette perspective, l'article 7 du Règlement Rome II a pu être analysé comme un instrument permettant à la fois la régulation économique et sociale des rapports privés internationaux, mais encore comme un outil « au service d'une bonne gouvernance des relations juridiques transfrontières »⁴⁵. Ainsi perçue, la règle paraît, en dépit de son indéniable « transformation fonctionnelle »⁴⁶, en mesure d'assurer l'objectif poursuivi par la justice de droit international privé, de conciliation des intérêts en présence.

Encore faut-il pour ce faire, assumer clairement l'engagement axiologique des règles encadrant le contentieux environnemental international. Si la justice matérielle doit prendre le relais lorsque la conciliation des intérêts n'est pas envisageable, comment concrètement identifier et justifier le passage de la recherche de la justice idéale de droit international privé à celui de la mise en œuvre de la justice matérielle ? C'est le rôle des valeurs, présentes dans tous les litiges privés internationaux, que de préciser ce basculement. Telle que repensée, la distinction entre justice matérielle et justice de droit international privé impose donc de préciser la place des valeurs dans la discipline.

Loin d'être l'apanage de la justice matérielle, l'expression des valeurs passe également par la justice de droit international privé. Lorsqu'elles ne sont pas trop antagonistes, le choix entre les valeurs autorise un traitement harmonieux des relations privées internationales et permet de satisfaire les différents intérêts

impliqués dans ces relations. La justice de droit international privé peut alors s'épanouir. Autrement, lorsqu'une tension irrémédiable se constate sur le terrain des valeurs, la justice matérielle doit prendre le relais. En effet, l'approche conciliatrice est impuissante « lorsque des valeurs opposées s'affrontent »⁴⁷.

Quelles sont, en droit de l'environnement, les valeurs à l'honneur et les antagonismes éventuels de valeurs susceptibles de faire obstacle au rayonnement de la justice de droit international privé ?

On pourrait être tenté de considérer que le droit de l'environnement échappe aux antinomies de valeurs en ce qu'il défend un projet indiscutablement universaliste de préservation des espèces. Force est toutefois d'admettre qu'un tel but commun ne postule pas l'adhésion à des valeurs universelles et indiscutables. L'antinomie principale se retrouve entre les valeurs cardinales de précaution d'un côté, et de prévisibilité de l'autre. Les tensions entre ces deux valeurs, généralement incarnées juridiquement par la formulation de principes juridiques, proviennent de l'incompatibilité entre la fonction classiquement assignée à la responsabilité civile de n'appréhender que le domaine du certain et la raison d'être du principe de précaution qui a précisément pour but de prévenir la réalisation des risques, de réguler l'incertitude. Ces tensions traduisent plus loin deux conceptions du droit de la responsabilité civile, entre lesquelles le droit positif tente actuellement de trouver un équilibre.

Il reste qu'en matière environnementale, cette antinomie se développe dans

(44) DC n° 2019-823, QPC du 31 janvier 2020, Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques].

(45) H. Muir Watt, Rome II et « les intérêts gouvernementaux » : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle, in S. Corneloup et N. Joubert (ss. la dir. de), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, 2008, Litec, p. 129-140, spéc., p. 134.

(46) *Ibid.*

(47) H. Muir Watt, Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité), *RCADI*, t. 389, 2018, n° 302, p. 305.

le cadre d'une communauté de droit suffisamment élaborée et orientée vers l'objectif de protection de l'environnement. Or, un tel but commun correspond intrinsèquement à un objectif à visée préventive, qui justifie d'ailleurs que le principe de précaution trouve ses racines en matière environnementale⁴⁸. Aussi, il paraît concevable d'assumer plus clairement en ce domaine particulier l'ordonnement des règles autour de la valeur précaution, comme valeur devant, le cas échéant, permettre d'opérer le choix entre les intérêts en présence.

Il est ainsi permis de militer en faveur d'un engagement axiologique plus visible des normes de droit international privé et de leur mise en œuvre, privilégiant la valeur précaution, afin de dépasser les incertitudes qui règnent en matière environnementale et, plus loin, de promouvoir, en ce domaine, une véritable et efficace justice de droit international privé.

B – La réalisation d'une justice internationale en matière environnementale

La voie idéale à la réalisation d'une justice internationale en matière environnementale serait d'adopter une uniformisation des règles matérielles à l'échelle globale, sanctionnées par des tribunaux internationaux spécialisés en charge d'interpréter harmonieusement ces règles. L'hétérogénéité normative disparue, les points de vue entre les divers ordres juridiques seraient unifiés au profit d'une politique commune de protection de l'environnement. Bien qu'en la matière le projet soit plus avancé qu'ailleurs – en témoigne la coopération interétatique poussée qui se développe à

travers la conférence des Nations unies sur les changements climatiques et sa dernière manifestation par la tenue de la Cop 26 à Glasgow – il reste, en l'état actuel, illusoire. Une telle harmonisation est toutefois envisageable à l'échelle régionale. Les discussions actuellement en cours au sein de l'Union européenne relatives à la consécration – par voie de directive – d'un régime européen de responsabilité sociale des entreprises centré sur la protection des droits de l'homme, illustrent la volonté des États membres de promouvoir une justice unifiée sur ces questions. Toutefois, alors qu'il était initialement proposé d'adapter aussi bien les règles de compétence internationale que celles relatives aux conflits de lois à ce nouveau régime, le dernier état des travaux montre un recul de l'Union européenne sur ces deux terrains.

En matière de compétence, la proposition initialement formulée par la commission des affaires juridiques du Parlement européen le 11 septembre 2020⁴⁹, préconisait l'introduction de deux nouvelles règles de compétence internationale. La première proposait d'ajouter un nouveau chef de compétence spéciale – l'article 8, § 5 – au Règlement Bruxelles I *bis* donnant compétence aux juridictions de l'État-membre où la société-mère a son domicile ou son activité pour statuer sur les « violations des droits de l'homme commises par leurs filiales ou leurs fournisseurs dans des pays tiers ». La seconde proposition projetait d'intégrer à ce même règlement un article 26 *bis* établissant un *forum necessitatis* en cas de risque de déni de justice dans le pays tiers où la violation des droits de l'homme a été commise et à condition pour le demandeur de justifier d'un lien suffisamment étroit avec l'État membre concerné.

(48) V. à cet égard : C.-O. Doron, Le principe de précaution : de l'environnement à la santé, Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem, 2009/1 (n° 3), p. 3-40.

(49) V. la proposition sur https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-657191_FR.pdf

Ces propositions d'élargissement des fors disponibles, diversement appréciées⁵⁰, n'ont toutefois pas été reprises dans la proposition de directive, formulée à travers une résolution adoptée par le Parlement européen le 10 mars 2021⁵¹. Il reste qu'elles témoignent d'un « glissement méthodologique »⁵² qui va dans le sens de l'engagement axiologique préconisé des règles de droit international privé. Comme il l'a été observé « si les normes mises en place ont valeur de principes universels, ne convient-il pas de s'assurer qu'un tribunal soit à même de les appliquer ? »⁵³. Les craintes d'une délocalisation en masse des sociétés européennes dans des pays tiers pour se soustraire au nouveau chef de compétence spéciale envisagé peuvent paraître excessives à une époque où la plupart de ces sociétés prennent conscience de l'impact de leur engagement en matière de responsabilité sociale sur le choix des consommateurs et plus loin, sur les bénéfices générés par leurs activités. Quant au *forum necessitatis*, on sait que les conditions de son admission sont appréciées strictement en jurisprudence⁵⁴.

Si de nouveaux chefs de compétence ne devaient pas être consacrés dans la directive qui sera finalement adoptée, il reste toutefois nécessaire d'introduire un peu plus de souplesse dans l'appréciation des critères de rattachement actuellement retenus. On songe particulièrement à l'hypothèse dans laquelle c'est le for du siège de la société-mère défenderesse qui est saisi lorsqu'il est allégué par les demandeurs un man-

quement au devoir de vigilance de cette dernière. Il paraît en effet nécessaire que la question préalable de l'existence de ce devoir, qui se pose lorsqu'il est exigé du demandeur qu'il établisse le caractère sérieux de son action, ou celle de sa qualité à agir, soit appréciée sans empiètement excessif sur le fond du procès, et ce d'autant plus que le tribunal saisi s'inscrit, en tout état de cause, comme un for prévisible pour le défendeur.

Une telle proposition ne saurait toutefois suffire sans être prolongée sur le terrain du conflit de lois.

La résolution adoptée par le Parlement en mars 2021 comprend, à cet égard, une disposition spéciale relative au « Droit international privé ». Selon l'article 20 du projet de directive, « Les États membres veillent à ce que les dispositions pertinentes de la présente directive soient considérées comme des dispositions impératives dérogatoires au sens de l'article 16 » du Règlement Rome II. Il convient d'observer que la résolution fait donc également un pas en arrière par rapport aux propositions antérieures qui prévoyaient d'intégrer à ce règlement « un nouvel article 26 bis [...] afin de permettre aux victimes de violations des droits de l'homme commises par des entreprises de choisir entre la loi du pays dans lequel le dommage est survenu (*lex loci damni*), la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit (*lex loci delicti commissi*) et la loi du lieu où l'entreprise défenderesse est domiciliée ou

(50) V. A. d'Ornano, Eclairages... sur une proposition de directive relative à la responsabilité sociale des entreprises, Rev. crit. DIP 2021. 249.

(51) V. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_FR.pdf; v. pour un exposé de cette proposition : Q. Chatelier, Devoir de vigilance : de la loi vigilance à une directive européenne ?, D. actualité, 1^{er} avr. 2021; v. égal. B. Lecourt, Vers une directive sur le devoir de vigilance des sociétés, Rev. soc. 2021. 335; Y. Kerbrat, Le renforcement des obligations de diligence des États en droit international et son impact pour les entreprises, RLDA, juin 2021. 27; J. Camy, La résolution du Parlement européen sur le devoir de vigilance, JCP E 2021, n° 1396.

(52) A. d'Ornano, Eclairages..., art. préc.

(53) *Ibid.*

(54) V. not. Soc., 14 sept. 2017, n° 15-26.737, *Comilog*, D. 2017. 1836; *ibid.* 2018. 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke; Rev. sociétés 2018. 467, note O. Boskovic; Rev. crit. DIP 2018. 267, note E. Pataut; JCP S 2017, 1374, note L. d'Avout.

bien, si elle n'est pas domiciliée dans l'État membre, du lieu où elle exerce ses activités »⁵⁵.

La seule proposition subsistante consistant à faire des futures règles relatives à la responsabilité sociale des entreprises européennes « des dispositions impératives dérogeant au sens de l'article 16 », relance ainsi le débat qui s'est tenu sur ce point à propos du devoir de vigilance consacré par le législateur français en 2017. La qualification du devoir de vigilance au rang de lois de police a, en effet, été très discutée⁵⁶. Si un consensus « semble s'être dégagé dans la doctrine internationaliste française contre la qualification de la loi de vigilance de 2017 en loi de police »⁵⁷, la proposition européenne, si elle était consacrée, viendrait le remettre en cause, sans pour autant contrarier les raisons justifiant le rejet d'une telle qualification à l'échelle nationale. Ce rejet tenait en partie au fait que « le dispositif procédural de vigilance prend appui sur le droit français des sociétés. Il ne paraît guère possible de détacher ce régime du droit français des sociétés pour le projeter *ubi et orbi*, alors que le législateur français ne l'a pas souhaité »⁵⁸.

Manifestation d'une justice matérielle internationale en ce qu'elle met de côté l'intérêt des points de vue normatifs dissonants éventuellement impliqués, la solution a l'avantage d'octroyer au devoir de vigilance une véritable efficacité internationale.

Si le sort de ces deux solutions prospectives est incertain, il reste qu'elles auraient chacune permis une issue plus satisfaisante dans l'affaire Perenco. L'ap-

plication de la loi française en tant que loi du domicile de la société défenderesse – d'ailleurs évoquée par la cour d'appel⁵⁹ – ou au titre de loi de police, aurait permis d'admettre la recevabilité de l'action des associations et de faire la lumière sur l'implication de la société française dans les dommages survenus en République Démocratique du Congo.

En tout état de cause, et à s'en tenir aux solutions de droit positif, les juges du fond disposaient d'une autre alternative. La Cour aurait, en effet, pu trancher la question procédurale relative à la recevabilité de l'action attitrée en application de sa *lex fori* en gardant en tête que la question de la qualité à agir se posait, à ce stade, uniquement pour l'exercice d'une action préalable visant à obtenir des mesures d'instruction⁶⁰. Ce n'est pas à dire que les juges auraient dû être aveugles à la question de la loi applicable au fond du litige. Seulement, la prospection sur ce point aurait dû être plus avancée qu'elle n'a été. Il convenait en effet d'envisager que le résultat de l'action en référé permette d'établir l'existence d'un devoir de vigilance à l'égard de la société française et son éventuelle violation, ce qui aurait autorisé dans un second temps, celui du procès au fond, de déterminer l'existence ou non d'un fait générateur de responsabilité en France et plus loin, l'application du droit français à l'action en responsabilité conformément à l'article 7 du Règlement Rome II.

Un tel effort de prospection – en adéquation avec le principe de précaution devant surplomber ces questions – nous semble plus en adéquation avec l'en-

- (55) Sur cette proposition, v. O. Boskovic, La loi applicable aux "actions pour violations des droits de l'homme en matière commerciale, D. 2021. 252.
- (56) Sur ce point, v. H. Muir Watt, Devoir de vigilance et droit international privé..., art. préc.; L. d'Avout, Devoir de vigilance des sociétés mères..., art. préc.; E. Pataut, Le devoir de vigilance..., art. préc.; V. Pironon, art. préc.
- (57) O. Boskovic, La loi applicable..., art. préc.
- (58) L. d'Avout, art. préc. L'auteur, relevant l'avant-gardisme du droit français en matière de RSE, exprime par ailleurs le souhait que « l'Union européenne lui emboîte rapidement le pas ».
- (59) L'arrêt relève en effet qu'il « y a lieu constater que le texte n'a pas prévu que la loi du lieu du siège social du défendeur pourrait être retenue comme loi applicable ».
- (60) C'est, on l'a vu (*supra*, note 37), la solution que la Cour de cassation vient de retenir dans cette affaire.

gagement de l'ordre juridique français en matière de responsabilité environnementale et, plus loin, de meilleure justice. En effet, la solution retenue par la Cour aboutit, *in fine*, à priver les plaignants de la possibilité de recueillir des preuves qui auraient pu, en tout état de cause, servir aux victimes directes des dommages aux fins d'engager la responsabilité de la société française à l'étranger.

À l'heure où les dispositifs encadrant le contentieux environnemental ne sont, en tant que tel, pas dotés d'une impérativité assurant leur efficacité dans l'ordre international, les tribunaux disposent en tout état de cause de la ressource insuffisamment exploitée en ce domaine, des droits fondamentaux. Transcendant les questions de compétence et de loi applicable, le cloisonnement du droit privé et du droit public, les droits fondamentaux s'inscrivent comme des outils efficaces de régulation des rapports internationaux. On notera à cet égard deux récentes initiatives qui méritent l'attention. La première, savante, est issue des travaux de l'Institut de droit international qui a, le 25 février dernier, adopté un projet de résolution « Droits de l'homme et droit international privé », rappelant en préambule être « convaincu que le droit international privé peut inspirer et guider la mise en œuvre et l'interprétation des droits de l'homme, notamment en assurant le respect de la pluralité des traditions, cultures et systèmes de droits »⁶¹. C'est ainsi que la résolution prévoit, dans son article 3 § 1 que « les critères de compétence judiciaire internationale doivent se fonder sur des rattachements substantiels au litige ou aux parties de celui-ci, en tenant compte du droit fondamental

des parties à l'accès à la justice et en évitant toute discrimination interdite par le droit international ». Il est par ailleurs proposé un article 19 dédié à la responsabilité sociale des entreprises aux termes duquel « Les États et les organisations internationales doivent promouvoir la responsabilité sociale des entreprises concernant les droits de l'homme dans les relations transfrontières, compte tenu des standards fondamentaux de protection sociale et de l'environnement ».

La seconde est d'origine citoyenne. Une action inédite et audacieuse vient en effet d'être engagée devant la Cour européenne des droits de l'homme par six ressortissants portugais âgés de 8 à 20 ans. Les requérants reprochent à 33 États membres du Conseil de l'Europe, le non-respect de leurs obligations positives en vertu des articles 2 et 8 de la Convention, lus à la lumière des engagements pris dans le cadre de l'Accord de Paris sur le climat de 2015 relatif à la lutte contre le réchauffement climatique. Les requérants allèguent également une violation de l'article 14 de la Convention, combinée avec les articles 2 et 8 « arguant que le réchauffement climatique touche plus particulièrement leur génération et que, compte tenu de leur âge, les ingérences dans leurs droits sont plus prononcées que celles dans les droits des générations précédentes, eu égard à la détérioration des conditions climatiques qui se poursuivra au fil du temps ». L'atteinte au droit de propriété protégée par l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel est également invoquée en raison des difficultés d'exploitation agricoles provoquées par les sécheresses et incendies récurrents au Portugal, que les requérants imputent au réchauffement climatique⁶². Si

(61) V. le texte sur le site internet de l'Institut de droit international : <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2021/05/Report-4th-commission-human-rights-and-private-international-law-vol-81-yearbook-online-session.pdf>

(62) CEDH, 13 nov. 2020, n° 39371/20, *Claudia Duarte Agostinho et autres c/ Portugal et 32 Etats*; v. le résumé de la requête sur le site de la Cour.

la recevabilité d'une telle action est douteuse, en raison, notamment, de l'absence d'épuisement des voies de recours devant l'ensemble des juridictions internes des États attraites devant la Cour de Strasbourg, son accueil ne manquerait pas de susciter de fortes réactions. Elle aurait toutefois le mérite d'inciter davantage les États à assumer plus énergiquement les engagements pris en matière de protection de l'environnement.

Les pistes ici envisagées répondent à inspiration commune tenant à ce que les règles de droit international privé toutes orientées qu'elles soient vers la conciliation des intérêts en présence, et plus loin vers la réalisation de la justice de droit international privé, se réservent des mécanismes efficaces permettant de faire prévaloir, en cas de conflits ou de doute, l'intérêt fondamental de protection de l'environnement.