



HAL
open science

CHAPITRE 7. Le devoir de vigilance dans le réseau d'entreprises offshore

Florian Thomas

► **To cite this version:**

Florian Thomas. CHAPITRE 7. Le devoir de vigilance dans le réseau d'entreprises offshore. Patrick Chaumette. Wealth and miseries of the oceans: Conservation, Resources and Borders Richesses et misères des océans: Conservation, Ressources et Frontières, GOMILEX, 2018. hal-01983651

HAL Id: hal-01983651

<https://hal.science/hal-01983651>

Submitted on 16 Jan 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



CHAPTER 7

Le devoir de vigilance dans le réseau d'entreprises offshore

Florian THOMAS

Centre de Droit Maritime et Océanique,
Université de Nantes, France

Abstract: *The offshore oil and gas activity is a transnational activity that falls, however, within the competence of coastal states. Various companies, organised in networks, intervene in and around the site of production. This reticular organisation by contracts promotes the development of the power of oil transnational corporations (TNCs). The responsibility of these TNCs is a major legal issue. Duty of care appears as one of the legal instruments of responsibility. This duty of care, developed by corporate social responsibility as well as by some national laws, is a hybrid instrument of co-regulation whose analysis raises many questions.*

Résumé : *L'activité gazière et pétrolière offshore est une activité transnationale qui relève toutefois de la compétence des États côtiers. Diverses entreprises organisées en réseau interviennent sur le site de production. Cette organisation réticulaire contractuelle favorise le développement du pouvoir des entreprises pétrolières transnationales (ETN). La responsabilisation de ces ETN constitue un enjeu juridique majeur. Le devoir de vigilance apparaît comme un des instruments juridiques de responsabilisation. Le devoir de vigilance, développé par la responsabilité sociale des entreprises ainsi que par certaines lois nationales, est un instrument hybride de co-régulation dont l'analyse soulève de nombreuses interrogations.*



Introduction

L'activité pétrolière et gazière offshore est une activité transnationale en prise directe avec son environnement local. C'est une activité transnationale, en premier lieu, car elle est réalisée par des entreprises organisées en groupes de sociétés qui développent des réseaux contractuels globaux, ce qui implique *a priori* deux situations interdépendantes. Il s'agit, d'une part, des liens entre la société mère et ses filiales¹ au sein d'un même groupe d'entreprises et, d'autre part, des rapports entre les sociétés donneuses d'ordre, ou les maîtres d'ouvrages, entre eux, et avec leurs sous-traitants. L'activité offshore est transnationale, en second lieu, à raison des circuits empruntés par la production, ponctuellement situés sur différents territoires terrestres².

L'activité est par ailleurs locale, à tout le moins physiquement située, de prime abord car elle est en prise avec le fond marin d'un État, sur la localisation duquel les opérateurs privés n'ont pas de pouvoir³. La « localisation » s'entend encore de l'inscription de l'industrie offshore dans son environnement naturel, économique et social⁴. Les risques que fait peser l'activité offshore sur son environnement se traduisent en faits : John Ruggie, dans le rapport additionnel de 2008 des Nations Unies relatif à l'étendue et aux types de violations présumées des droits de l'homme mettant en cause des entreprises, a dénombré que, sur les 320 cas signalés sur le site web du Centre de ressources sur les entreprises et les droits de l'homme entre février 2005 et décembre 2007, 28 % concernaient le secteur extractif⁵. Les plaintes répertoriées étaient en grande partie relatives au droit social tant sur le lieu de travail qu'en dehors⁶. Dès lors,

-
- 1) Par filiale nous faisons référence aux filiales directes ainsi qu'aux chaînes de filiales, plus fréquentes.
 - 2) Certains modes de traitement et de revente de la production, notamment par FPSO, conduisent à n'entretenir aucun lien physique entre la production et le territoire terrestre de l'État d'accueil, ce qui a pu donner lieu à des difficultés relatives à la détermination de la production et à son imposition par l'État d'accueil.
 - 3) L'inscription territoriale des ressources, pétrolière et gazière, a pour conséquence directe d'éluider en partie la problématique des délocalisations relatives à la globalisation des activités industrielles.
 - 4) Les pollutions dépassent évidemment les frontières maritimes et terrestres des États. Néanmoins, la dimension locale des pollutions est importante, que ce soit en matière de conséquences économiques ou sociales. Au plan juridique, les incriminations pénales et les diverses poursuites contre les responsables présumés des pollutions se réalisent encore principalement à une échelle locale. Les moyens mis en œuvre pour la dépollution des sites et les procédures d'urgence sont le plus souvent prévus par un encadrement juridique local ou régional.
 - 5) Ce qui place le secteur extractif largement en tête du nombre de plaintes déposées. Précisons que les plaintes déposées concernent majoritairement l'Asie et le sud-est du Pacifique (28 %) et l'Afrique (22 %), selon le même rapport, p. 10.
 - 6) *Ibid.*, au titre des plaintes relevées, le rapport mentionne les atteintes à la liberté d'association, le droit à un salaire égal pour un travail égal, le droit d'organisation et de négociation collective, le droit à l'égalité de traitement au travail, le droit de ne pas être l'objet d'une discrimination, le droit à une rémunération équitable et satisfaisante, l'abolition de l'esclavage et du travail forcé, le droit à un environnement de travail sûr, l'abolition du travail des enfants, le droit au repos et aux loisirs, le droit au travail, le droit à une vie de famille etc.

le devoir de vigilance se présente comme un moyen de régulation de l'activité par l'imposition de mécanismes de prévention susceptibles d'engager la responsabilité des entreprises concernées.

Une première étape nécessaire à la compréhension des avancées que pourrait constituer l'établissement d'un devoir de vigilance effectif dans l'activité offshore, consiste à présenter la constitution du réseau des entreprises qui interviennent sur le site de production afin de souligner les spécificités de l'activité pétrolière et gazière, au plan juridique, qui nous intéresseront plus particulièrement pour la suite des développements (I).

Les risques liés à l'activité offshore sur son environnement naturel, économique et social, associés à la problématique de l'organisation sociétaire contractuelle et complexe des opérateurs privés, ont rendu nécessaire le développement d'une réflexion sur la responsabilité des parties au réseau d'entreprises. Le devoir de vigilance s'est ainsi développé à travers deux axes. En premier lieu, les opérateurs privés transnationaux, principalement les opérateurs principaux des champs de production, ont établi des instruments sous la forme d'engagements unilatéraux, autonomes et volontaires. À travers ces instruments dits de responsabilité sociale des entreprises⁷, ces dernières s'engageaient à contrôler leurs filiales et leurs sous-traitants au sein de la chaîne de production.

Le second axe s'est développé pour pallier aux incertitudes tenant à la nature juridique des normes de RSE, par la consécration législative du devoir de vigilance, coercitif, imposé, hétéronome. Pourtant, l'étude du régime juridique des normes de RSE développées par les opérateurs privés d'une part, et de la loi sur le devoir de vigilance⁸ d'autre part révèle la convergence des deux axes. Le devoir de vigilance apparaît alors comme un instrument hybride de responsabilisation des opérateurs (II).

7) Cutler A. C., *Private Power and Global authority, Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge University Press, 2003, 306 pages, v. aussi Danielsen D., «How Corporations Govern: Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance», *Harvard International Law Journal*, 2005, vol. 46, p. 411. En ce sens également, le livre vert de la Commission européenne introduit la RSE de la manière suivante : « La plupart des définitions de la responsabilité sociale des entreprises décrivent ce concept comme l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes », et continue en prévoyant : « être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir « davantage » dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes ». Commission européenne, *Livre vert « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises »*, COM/2001/0366 final, points 21 et 22.

8) Notre étude est plus spécifiquement ordonnée autour de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JO 28 mars 2017.

I La constitution du réseau d'entreprises offshore

Selon un schéma classique, l'activité offshore est réalisée par un opérateur principal, cocontractant de l'État d'accueil sur lequel se situent les ressources naturelles. Au plan juridique, la réalisation de l'activité naît de cette relation contractuelle entre l'État d'accueil, qui détient une compétence exclusive sur l'exploitation des ressources de son sous-sol marin, et l'opérateur principal (A). À cette relation initiale se greffe un réseau contractuel d'entreprises composé de nombreuses sociétés, filiales de l'opérateur principal, des sociétés de travaux sous-traitantes, ainsi que des sociétés spécialisées qui se déclinent selon un schéma identique en sociétés sous-filiales et sous-traitantes (B).

A. La relation contractuelle entre l'opérateur principal et l'État d'accueil

1. La compétence exclusive des États sur leurs ressources

Les ressources pétrolières et gazières en mer sont, pour l'heure, exclusivement situées dans le sous-sol marin d'un État côtier, selon la terminologie du droit international public, ou de l'État d'accueil selon les termes du commerce international. Les ressources se situent plus précisément dans le sous-sol marin du plateau continental, qui s'étend jusqu'à 200 milles des lignes de base de l'État côtier, sous réserve de son extension dans la limite des 350 milles⁹.

L'État d'accueil exerce, dans cet espace, des compétences exclusives en matière d'exploration et d'exploitation des ressources de son sous-sol marin¹⁰. En ce sens, l'Assemblée générale des Nations Unies évoque dans sa résolution 1803, « le droit de souveraineté permanente des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles »¹¹. Le Traité sur la Charte de l'énergie, en matière d'investissements internationaux, affirme par ailleurs que « les parties contractantes reconnaissent la souveraineté nationale et les droits souverains sur les ressources énergétiques. Elles réaffirment qu'ils doivent être exercés en conformité et sous réserve des règles du droit international »¹². La compétence exclusive des États côtiers en matière d'exploration et d'exploitation des ressources de leur sous-sol marin est

9) Art. 76, 1., de la Convention de Montego Bay.

10) Sur la question de l'océan en tant qu'espace à polyrégimes, voir l'introduction et la superbe cartographie réalisée par Jean-Pierre Beurier, *Droits maritimes*, *op. cit.*, p. 74-83.

11) Résolution 1803 (XVII) en date du 14 décembre 1962 sur « la souveraineté permanente sur les ressources naturelles », point 1.

12) Article 18 du Traité sur la Charte de l'Énergie signé à Lisbonne le 17 décembre 1994, entré en vigueur depuis avril 1998.

également prévue par la Convention de Montego Bay¹³. L'exclusivité conduit à ce que personne ne puisse mener une campagne d'exploration ou exploiter les ressources sous-marines de l'État côtier sans son accord.

Les États d'accueil assignent par ailleurs aux ressources minérales et à leur exploitation des fonctions en miroir de leurs fonctions régaliennes, à savoir qu'elles doivent servir au développement de l'État nation et bénéficière, *in fine*, au bien-être de la population de l'État d'accueil. Le pétrole et le gaz sont des ressources énergétiques fondamentales dans le développement des États modernes. À la compétence exclusive de l'État sur ses ressources, se dédoublent les fonctions sociales essentielles assignées aux ressources et à leur exploitation. Cette double nature attachée aux ressources détermine l'essentiel du régime contractuel d'accession à l'activité qui s'étend au réseau d'entreprises offshore.

2. Les contrats de partage de la production et les contrats de concession

En réalité, deux systèmes contractuels existent. Le débat qui s'est tenu, particulièrement en France du fait de la dualité marquée des juridictions¹⁴, a porté sur la nature juridique de la concession. Plus précisément, il s'est agi de déterminer si une concession était un contrat ou un acte administratif unilatéral. Le débat s'est concentré sur l'accord des volontés. Rappelons qu'en droit français, y compris en droit administratif¹⁵, un contrat se définit comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »¹⁶. Le contrat de concession de mines est de nature mixte¹⁷, puisqu'il repose sur la combinaison de clauses à caractère réglementaire, c'est par exemple le cas du cahier des charges types, et de nombreuses clauses exorbitantes du droit

13) Art. 77, 1., CMB. Par ailleurs l'art. 77, 4., CMB précise que les ressources concernées sont « les ressources minérales et autres ressources non biologiques des fonds marins et de leur sous-sol, ainsi que les organismes vivants qui appartiennent aux espèces sédentaires, c'est-à-dire les organismes qui, au stade où ils peuvent être pêchés, sont soit immobiles sur le fond ou au-dessous du fond, soit incapables de se déplacer autrement qu'en restant constamment en contact avec le fond ou le sous-sol ». Les ressources minérales comprennent le pétrole et le gaz. Voir également la Résolution 1803 (XVII) en date du 14 décembre 1962 sur « la souveraineté permanente sur les ressources naturelles », point 1.

14) Dans d'autres États, les difficultés tenant à la qualification des contrats de concession se posent en termes moins dogmatiques, mais plus pragmatiques, car le dualisme juridictionnel n'est pas aussi marqué et les catégories du droit privé et du droit public sont plus perméables.

15) DELVOLVÉ P., « Les contrats de la *commande publique* », *RFDA*, 2016, p. 202. L'auteur rappelle, dans un autre article, que le droit des contrats administratifs, bien que autonome par rapport au droit civil, comporte des solutions qui en font une application directe et s'inspire de ses principes, DELVOLVÉ P., « Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif », *RFDA*, 2016, p. 619.

16) Art. 1101 du Code civil.

17) Généralement sur le sujet des actes mixtes en droit public français, voir MADIOT Y., *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1972, tome 103, 390 pages.

commun, mais il repose aussi sur des clauses contractuelles négociées avec les opérateurs privés.

Le premier système repose sur le contrat de partage de la production et le second sur le contrat de concession¹⁸. À grands traits, le régime des contrats de concession concerne principalement les États développés, traditionnellement producteurs de pétrole, et les contrats de partage de la production sont davantage présents dans les États d'accueil plus pauvres. Le contrat de partage de la production ainsi que le contrat de concession sont des contrats par lesquels une entité privée est autorisée à explorer ou exploiter les ressources de l'État d'accueil dans une zone géographique et pour une durée déterminée en contrepartie d'une rémunération.

La principale différence entre ces deux contrats résidait traditionnellement dans le mode de rémunération et dans l'étendue laissée à la liberté contractuelle. Les contrats de concession se rapprocheraient des contrats d'adhésion, l'opérateur souhaitant conclure le contrat devant satisfaire aux exigences prévues à la concession et les contrats de partage de la production seraient davantage négociables, souvent en faveur de l'entreprise pétrolière transnationale plus puissante que l'État d'accueil cocontractant. Par ailleurs, l'un donnait lieu au paiement d'une somme en contrepartie de la concession et le second mettait en place une rémunération assise sur la production. Cet état des faits est moins vrai aujourd'hui et les deux systèmes ont tendance à converger. Malgré tout, la distinction est intéressante pour souligner les différents moyens juridiques d'accession à l'activité, et pour évoquer la question des rapports de force qui se développent au moment de la négociation de ces contrats.

À travers ces contrats, l'État confie la réalisation de l'activité pétrolière et gazière à une entreprise privée transnationale¹⁹. Quelques réflexions s'imposent. Il faut bien avoir à l'esprit que l'activité pétrolière et gazière n'est pas une activité anodine. D'une part, elle occupe une fonction sociétale primordiale, nous l'avons évoqué et, d'autre part, elle est une activité risquée et aux conséquences environnementales importantes en termes de fonctionnement et, potentiellement, en cas d'accidents²⁰.

18) Sur la problématique en général, se référer à l'étude de Tina Hunter, «Access to Petroleum under the licensing and concession system», in HUNTER T. (dir.), *Regulation of the Upstream Petroleum Sector. A Comparative Study of Licensing and Concession Systems*, éd. Edward Elgar publishing, coll. New Horizons in Environmental and Energy law, 2015.

19) Ici schématisé, il existe des compagnies pétrolières domestiques, nationales, qui se sont développées. Par ailleurs, certains États imposent que les opérateurs principaux travaillent avec les compagnies pétrolières nationales.

20) L'importance des risques est, de surcroît, corrélée aux données structurelles de l'activité, à savoir un amenuisement des ressources faciles d'accès qui nécessite que les opérateurs explorent et produisent dans des environnements plus fragiles et dans des conditions plus difficiles en termes de climat et de profondeur.

Au cœur de la relation initiale, s'opère une forme de transfert par voie contractuelle des fonctions sociales normalement assurées par l'État d'accueil vers l'opérateur principal, que ce transfert s'opère par la voie de clauses sociales ou environnementales précises, ou par les fonctions générales associées au contrat. Les fondements contractuels sont également à la base du réseau des entreprises offshore.

B. Organisation réticulaire des entreprises offshore

L'intérêt de la mise en œuvre d'un devoir de vigilance effectif sera particulièrement perceptible après avoir présenté la logique de constitution du réseau et les rapports, juridiques et de pouvoirs, qui en lient les différentes parties.

L'activité offshore est donc en premier lieu menée par un opérateur principal, qui est généralement une entreprise pétrolière transnationale. Cette dernière accède au marché par la conclusion d'un contrat avec l'État d'accueil. Or, une première difficulté émerge sur la réalité juridique de cet opérateur principal et les structures qui vont, en pratique, exécuter le contrat (1). L'opérateur principal n'est pas le seul intervenant sur le champ pétrolier offshore. Lui-même, la structure qu'il aura créée, ou l'organisation à laquelle il est associé, se lie à une entreprise de forage qui dirige, par l'intermédiaire d'un contrat d'entreprise, les travaux sur la plateforme (2). À cette seconde relation contractuelle structurante sont attachés une multitude de contrats avec différents sous-traitants.

1. L'opérateur principal et la *joint-venture*

a) L'opérateur principal et l'autonomie des sociétés

L'évocation des grandes compagnies pétrolières transnationales fait naturellement penser aux principales d'entre elles, comme autant d'entités qui apparaissent, chacune, comme une unité, citons *British Petroleum, Exxon, Shell, Total, etc.* Cette unité, économique, ne répond pourtant pas à la réalité de l'organisation sociétaire de ces entreprises au plan juridique. Au niveau international, aucune définition de l'entreprise multinationale n'existe. Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales évoquent simplement qu'il « s'agit généralement d'entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières ». Les principes précisent que : « une ou plusieurs de ces entités peuvent être en mesure d'exercer une grande influence sur les activités des autres, mais leur degré d'autonomie au sein de l'entreprise peut être très variable d'une multinationale à l'autre. Leur actionnariat peut être privé, public ou mixte »²¹. La relativité de la définition ainsi formulée doit être précisée afin

21) Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 1976, version adoptée et mise à jour le 25 mai 2011, p. 19-20.

VII. Le devoir de vigilance dans le réseau d'entreprises offshore

de soulever les problématiques qui naissent de la dissociation entre la réalité économique et organisationnelle des entreprises et leur existence juridique. Au plan juridique, ces entreprises sont décomposées en une multitude d'entités autonomes, des filiales, dont elles sont les sociétés mères.

La société *Total SA*, société mère dont le siège social est situé en France est, par exemple, composée d'au moins²² 934 filiales²³, ou sociétés affiliées, qui forment autant d'entités juridiques distinctes de la société mère²⁴. Ainsi, l'entreprise transnationale en tant qu'organisation économique, contrôle et dirige les opérations de l'entreprise à l'échelle mondiale, mais n'est pas liée juridiquement à ses filiales. Le groupe n'a pas d'existence légale, et les entités juridiques qui le composent sont autonomes et indépendantes les unes des autres. De cette manière, la société Y n'aura *a priori* pas à répondre des actes de sa filiale, ou de sa sous-filiale X. Ce cloisonnement des sociétés du groupe est opérationnel à travers la reconnaissance de la personnalité morale²⁵, de leur autonomie²⁶, et de la relativité des conventions²⁷. Concrètement, par ce type de montage, la société mère n'engage pas sa responsabilité du fait de ses filiales au-delà du risque lié à son engagement financier dans la structure, et ce alors même qu'elle exercerait un contrôle sur ces dernières²⁸.

22) PETITJEAN O., « Transparence fiscale. Les filiales «oubliées» de Total », 1^{er} juin 2015, disponible à ce lien : <http://multinationales.org/Transparence-fiscale-les-filiales-oubliees-de-Total>, consulté le 28 août 2017.

23) Le site internet de Total, qui a publié la liste de ses filiales consolidées pour la première fois en 2015, fait état, au 31 décembre 2016, d'un périmètre de consolidation composé de 934 sociétés dont 839 font l'objet d'une intégration globale, et 95 d'une mise en équivalence. Total, *Document de référence 2016*, p. 292-308.

24) RUGGIE J. G., «Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy», *Regulation & Governance*, 2017, p. 2 ; Alain DENEULT évoque, en 2015, une participation de Total au sein de 882 sociétés situées dans plus de 130 États, v. DENEULT A., *De quoi Total est-elle la somme ? Multinationales et perversion du droit*, éd. Rue de l'échiquier, 2017, p. 507. Ces chiffres sont susceptibles de varier rapidement dans un secteur d'activité où les restructurations internes et les acquisitions d'envergure sont courantes, à l'instar du rachat par Total de la filiale pétrolière de l'entreprise danoise de transport maritime A.P. Moller-Maersk, Maersk Oil & Gas, le 21 août 2017.

25) L'article L. 210-6 du code de commerce prévoit que : « les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés ». L'article 1842 du code civil, dispose de son côté que « les sociétés autres que les sociétés en participation (...) jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ».

26) V. par exemple sur l'autonomie des personnes morales d'un même groupe, Cass. com. 29 juin 1993, n° 91-20.380, Bull. civ. IV, n° 271, et Cass., ass. plén., 9 oct. 2006, n° 06-11.056.

27) Aux termes de l'article 1199 du code civil : « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter ».

28) Sur ce sujet, v. RUGGIE J. G., «Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy», *Regulation & Governance*, *op. cit.*, et ROBÉ J.-P., LYON-CAEN A., VERNAC S., *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, Routledge, 2016, 246 pages et, plus précisément, ROBÉ J.-P., «Firms and Power: Globalization and constitutionalization of the world-power system», p. 11-52. L'auteur exprime l'idée que la globalisation, par l'affaiblissement des États-nations et l'autonomie accordée aux pouvoirs privés, a institué un système de pouvoirs à l'échelle mondiale, devenu un véritable « système constitutionnel ».

L'entreprise transnationale qui s'engage par le contrat initial avec l'État d'accueil le fait généralement à travers une de ses filiales, en réalité des sous-filiales spécialisées et implantées physiquement sur le territoire de l'État d'accueil, pour ce qui concerne la partie opérationnelle²⁹. Poursuivons l'exemple de *Total*, à travers ses activités au Nigeria. *Total* est présente au Nigeria pour la production de gaz naturel liquéfié, à travers sa filiale *Total Nigeria LNG Limited*. Cette société, pour ses activités opérationnelles, est associée à *Shell Gas B.V.*, *Eni International B.V.*, et la *Nigerian National Petroleum Corporation*, la société nationale de pétrole du Nigeria, dans le cadre d'une *joint-venture* dénommée *Nigeria LNG Limited*. Ainsi, quatre entités sont impliquées dans les décisions que prend l'entreprise sur le terrain. Trois de ces sociétés sont des filiales d'autres entreprises transnationales. En décousant le fil du réseau, il s'avère que *Total LNG Nigeria Limited*, partie majoritaire à la *joint-venture*, est immatriculée aux États-Unis, sous la dénomination de *Total Gaz & Electricité Holdings France*, qui est elle-même une filiale contrôlée par *Total SA*, la société mère française³⁰. Entre la société mère et la société filiale opérationnelle, se situent au moins deux filiales, et une *joint-venture* transnationale. Par ces constructions juridiques, la société mère peut ne pas être responsable des préjudices occasionnés par sa filiale, sauf circonstances exceptionnelles³¹ ou en vertu de mécanismes propres à des branches du droit de certains droits internes, à l'instar du droit social³² ou du droit de la concurrence. Bien que physiquement située sur le territoire d'un État, la ressource est donc extraite par des opérateurs privés structurés en groupes d'entreprises situés dans différents États. Le corpus juridique de l'État d'accueil s'applique ainsi à l'entreprise qui est implantée juridiquement sur son territoire mais pas à l'entreprise en tant qu'unité économique, ce qui entraîne des conséquences directes en matière de responsabilité et de droit international privé.

L'opérateur principal du champ pétrolier offshore doit s'analyser au regard de cette lecture sociétaire et du contrat initial qu'il a conclu avec l'État d'accueil. Il est l'entreprise autorisée à explorer et à exploiter la zone, et dont l'activité comporte une dimension fondamentale d'intérêt général. Il est également une organisation économique

29) Il est possible que les capitaux financiers soient affectés dans des sociétés établies dans des États aux régimes fiscaux avantageux. Par ailleurs, la dissociation du financier et de l'opérationnel au sein de sociétés différentes, établies dans plusieurs États, peut permettre de limiter les pertes financières en cas d'engagement de la responsabilité de la société opérationnelle.

30) NARESH A., « Big Data decoding Big Oil: Nigerian corporate Networks », 22 janvier 2014, disponible à ce lien : <http://openoil.net/2014/01/22/big-data-decoding-big-oil-nigerian-corporate-networks/>, consulté le 28 août 2017.

31) Relevons ici la négligence grave, la fraude, la connaissance du préjudice et l'absence d'action pour l'arrêter.

32) À ce sujet, voir les travaux d'Elsa Peskine, notamment *Réseau d'entreprises en droit du travail*, LDGJ, coll. Thèses, tome 45, 2008, pages 243 et s., « L'imputation en droit du travail », *RDT*, 2012, p. 347, ou encore, avec Stéphane VERNAC, « Pouvoirs et responsabilités dans les organisations pluri-sociétaires », in BORENFREUND G., PESKINE E. (dir.), *Licenciements pour motif économique et restructurations : vers une redistribution des responsabilités*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2015, pages 119 et s.

dissociée, au plan juridique, de ses filiales, qui ont conclu le contrat initial, qui effectuent l'activité et se lient contractuellement avec d'autres opérateurs à cette fin.

Au contrat initial liant l'opérateur principal, qui recouvre souvent une relation horizontale entre la société mère et ses filiales, s'ajoutent deux rapports contractuels fondateurs. Le premier est celui qui relie l'opérateur principal à une *joint-venture*. Le second est celui qui lie l'opérateur principal, ou la *joint-venture*, à l'entreprise de forage.

b) L'opérateur principal et la *joint-venture*

Pour mener son activité, l'opérateur principal s'associe généralement au sein d'une *joint-venture*. Une *joint-venture* s'entend d'« une association, de deux ou plusieurs personnes, fondée sur un contrat, qui a pour objet la mise en commun d'un capital, de propriétés, de compétences, de connaissances, d'expérience, de temps et d'autres ressources pour la réalisation d'un projet ou d'une action particulière, et par lequel les parties s'accordent à partager les profits et les pertes, tout en se répartissant le contrôle du projet pour la réalisation duquel ils sont associés »³³.

Les fondements de la *joint-venture* sont contractuels. Appliqué à l'activité offshore, c'est un contrat qui lie plusieurs entreprises, privées ou publiques, en vue de la réalisation de l'exploration ou de la production de gaz et de pétrole. Ces entreprises peuvent être des financeurs, ou d'autres entreprises pétrolières locales ou transnationales. Cette association a bien évidemment pour objet central d'apporter un capital suffisant tout en limitant les risques que fait courir l'activité offshore. Pour ce faire, la *joint-venture* adopte régulièrement la forme sociétaire afin de bénéficier de la personnalité morale, à l'instar des filiales de la société mère.

2. Les entreprises de forage et de service

a) Les entreprises de forage

Les opérateurs principaux, pour mener à bien leur activité, font appel à des entreprises de forage spécialisées, qui sont elles-mêmes généralement d'importantes entreprises transnationales revêtant les mêmes caractéristiques que l'opérateur principal sur le plan sociétaire. Trois principaux types de contrats sont conclus entre l'opérateur principal et l'entreprise de forage. Ces contrats établissent des clauses particulières relatives à l'implication des sociétés concernées, les modes de rémunération, la répartition de la main-d'œuvre ou encore leur responsabilité en cas d'accident. Il

33) Nous reprenons ici la définition issue de l'ouvrage de référence de Samuel WILLISTON, *Treatise on the Law of Contracts, op. cit.*, p. 554. En anglais : «The joint venture is an association of two or more persons based on contract who combine their money, property, knowledge, skills, experience, time or other resources in the furtherance of a particular project or undertaking, usually agreeing to share the profits and the losses and each having some degree of control over the venture».

s'agit des *day work drilling contract*, les *footage drilling contract* et les *turnkey drilling contract*³⁴.

Sur l'établissement de travail, pour utiliser un vocabulaire travailliste, c'est-à-dire sur la plateforme offshore, l'entreprise réellement en charge de mener l'activité est la plupart du temps l'entreprise de forage. Ces entreprises, ainsi que les entreprises avec qui elles contractent pour la réalisation d'opérations spécifiques telles que la plongée, le grutage, etc., représentent le plus gros contingent de travailleurs. Très peu de travailleurs de l'opérateur principal sont présents sur l'établissement, si ce n'est aux postes centraux de direction.

b) Les entreprises de services

Des entreprises de services, c'est-à-dire détachées de l'exploration et de l'exploitation directe du champ pétrolier, interviennent sur la plateforme offshore. Il peut s'agir des entreprises de ravitaillement de la plateforme, mais aussi des personnels de santé ou de cuisine. Ces entreprises également peuvent être transnationales à l'instar du leader sur le marché de la restauration collective, la société *Sodexo*.

c) Les entreprises de main-d'œuvre

Enfin, des entreprises de main-d'œuvre, à l'instar des entreprises de *manning* maritimes, sont sollicitées pour recruter dans le cadre de certaines missions du personnel compétent afin de réaliser une activité généralement ponctuelle que ce soit en matière de travaux, comme le forage, ou en matière de services. Cela intègre dans le schéma un énième tiers aux relations entre les entités du site, ou entre les entités et leurs travailleurs.

Nous retiendrons donc que le contrat initial par lequel l'État autorise l'opérateur principal à explorer ou exploiter les ressources minérales de son sous-sol marin, dépasse l'accord entre deux volontés individuelles privées, mais qu'il opère une sorte de transfert des fonctions étatiques d'intérêt général à une entité privée.

Cette entité, l'opérateur principal, est une entreprise transnationale dont il faut bien, d'une part, dissocier son existence en tant qu'organisation économique et son existence en tant qu'entité juridique autonome et, d'autre part, comprendre le réseau qu'elle crée pour mener à bien son activité, par l'association en *joint-venture* et par les liens qui l'unissent aux entreprises de forage et aux entreprises de services dont il faut affecter le même souci de dissociation de l'organisation économique et de l'existence légale. Un réseau de contrats liant ces entreprises sert donc d'outil juridique dans le but de générer le maximum de profits tout en subissant le moins de pertes, ce qui

34) LOWE J. S., *Oil and Gas Law in a Nutshell*, op. cit., p. 513, CORTS K., «Turnkey Contracts as a Response to Incentive Problems: Evidence from the Offshore Drilling Industry», *Working paper*, Harvard University, 2000.

passer par une suppression des risques et des responsabilités ou, au moins, par leur dilution dans le réseau constitué.

Mais les buts assignés aux entreprises dans ce secteur d'activité, qui sont des buts sociaux d'une importance capitale, l'environnement, sensible, dans lequel se trouvent les plateformes offshore, ainsi que les préjudices et les risques considérables que cette activité fait peser sur l'environnement, sur l'économie, sur le social, doivent nécessairement s'accompagner d'obligations, et de mécanismes d'imputation de la responsabilité qui, par-delà les montages juridiques en réseau de contrats, permettent d'identifier des personnes juridiques responsables. Il s'agit, non pas seulement de réfléchir en termes de sanction, mais d'envisager la responsabilisation des acteurs tout au long de l'activité.

Le devoir de vigilance est un des mécanismes qui pourrait permettre de réguler le réseau de contrats sur lequel s'est construite l'activité pétrolière et gazière offshore.

II Le devoir de vigilance, instrument de responsabilisation hybride au sein du réseau d'entreprises

La centralité juridique des entreprises privées transnationales est le produit d'un décentrement normatif dont un premier mouvement est initié par les obligations incombant à l'opérateur principal en vertu du contrat initial qui le lie à l'État d'accueil. Le canal contractuel a également favorisé la dynamique de décentrement à travers le déploiement du pouvoir des entreprises transnationales, en premier lieu des opérateurs principaux, au sein du réseau à travers lequel l'activité est conduite. Par le jeu d'un rapport réflexif interne entre les « codes privés » et les « codes publics »³⁵. La responsabilité sociale des entreprises (RSE) s'est particulièrement diffusée dans l'ensemble du réseau. Or, la nature des normes de RSE, qui sont des normes d'origine privée, volontaires et *a priori* non contraignantes, se heurte paradoxalement à l'importance qu'elles ont prise dans l'organisation de l'activité des entreprises offshore au plan international, au point que certaines fractures ont pu être relevées à l'occasion de catastrophes récentes à l'instar du *Deepwater Horizon*³⁶, entre la portée des normes

35) Voir particulièrement les travaux de Gunther TEUBNER à ce sujet, par exemple, « L'auto-constitutionnalisation des entreprises transnationales ? Sur les rapports entre les codes de conduite « privés » et « publics », des entreprises », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2015, p. 3-21. Plus généralement, TEUBNER G., *Fragments constitutionnels : le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, éd. Classiques Garnier, coll. Bibliothèque de la pensée juridique, 2016, 326 p. v. ROBÉ J.-P., LYON-CAEN A., VERNAC S., *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, *op. cit.*

36) CHERRY M. A., SNEIRSON J. F., « Beyond Profit: Rethinking Corporate Social Responsibility and Greenwashing after the BP Oil Disaster », *Tulane Law Review*, vol. 85:93, 2011, spécialement p. 988 à 1009.

de RSE et leur nature juridique³⁷. Plusieurs perspectives s'offrent alors face à la nécessité de responsabiliser des acteurs dotés de pouvoirs normatifs cruciaux au sein de la société, et du réseau auquel ils appartiennent, des travailleurs aux autres entreprises cocontractantes. La première possibilité consiste à envisager les voies de juridicisation de la responsabilité sociale des entreprises par référence aux structures traditionnelles de l'État, c'est-à-dire, en résumé, de rendre contraignantes ces normes *a priori* non contraignantes en leur donnant une consistance juridique³⁸. Une autre voie est de les considérer telles qu'elles sont, des normes éthiques d'application volontaires non contraignantes, disons tout au plus des normes déclaratives susceptibles d'orienter des comportements. Une troisième voie consiste à asseoir la réflexion sur le caractère hybride de la responsabilité sociale des entreprises et à développer des instruments de responsabilisation eux-mêmes hybrides, en ce qu'ils sont autant des instruments d'orientation des comportements, que des instruments contraignants, considérant les enjeux qu'ils sont censés réguler³⁹. Le devoir de vigilance s'inscrit dans cette troisième voie.

Le devoir de vigilance s'est d'abord imposé comme un outil de responsabilité sociale des entreprises. Il s'est en effet développé en premier lieu dans les codes d'entreprises, autonomes et volontaires, ce qui soulève les mêmes questions que celles que nous avons posées précédemment au regard de sa nature et de sa portée⁴⁰. En France, la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, promulguée le 27 mars 2017⁴¹, opère une avancée timide⁴² en mettant à la

37) On s'accordera à embrasser les liens entre responsabilité et pouvoir au sein du réseau dans leur interdépendance. Au même titre que la responsabilité est productrice de pouvoir, le pouvoir est producteur de responsabilités. Il ne saurait, en effet, y avoir de pouvoir sans responsabilité à moins de se satisfaire que des obligations de nature sociale, économique et environnementales cruciales, ne donnent pas lieu, en cas de non-respect, à la possibilité d'engager la responsabilité de celui qui ne les respecte pas, ce qui constituerait une autorisation à tout faire, y compris des actions irrémédiables, sans avoir à y répondre. Dans un autre sens, la responsabilité conduit nécessairement à l'accroissement des pouvoirs

38) Ce qui relève principalement d'une volonté politique des États, à savoir de légiférer sur la question de la responsabilité sociale des entreprises, ou en ouvrant des techniques de responsabilité classique à ces normes de RSE en fonction de leur nature, ce qui peut ouvrir à leur reconnaissance au plan juridictionnel.

39) Cette voie s'appuie en partie sur la première voie présentée, à savoir une juridicisation à travers les techniques existantes du droit de la responsabilité, et l'ouverture du droit de la responsabilité délictuelle et contractuelle, éventuellement par le truchement juridictionnel. Il s'agit également d'encadrer les pouvoirs de RSE par des dispositifs législatifs hybrides, composés de dispositions contraignantes et non contraignantes.

40) Notons toutefois que des voies de juridicisation sont empruntées, notamment en droit des contrats et en droit de la concurrence. À ce sujet, v. not. BROWNSWORD R., VAN GESTEL R. A. J., MICKLITZ H.-W., *Contract and Regulation: A Handbook on New Methods of Law Making in Private Law*, Edward Elgar Publishing, coll. Handbooks of Research Methods in Law series, 2017, 416 pages.

41) Notons que le devoir de vigilance apparaît également dans la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 destinée à lutter contre la concurrence sociale déloyale entre sous-traitants ou prestataires de services, JORF n° 0159 du 11 juillet 2014 page 11496, qui prévoit trois obligations à la charge de l'entreprise donneuse d'ordre ou du maître d'ouvrage afin de combattre la fraude organisée en matière de détachement international de main-d'œuvre à bas coût : la vérification lors de la conclusion du contrat de sous-traitance

charge des grandes entreprises françaises⁴³ un devoir de vigilance dont l'objectif est de prévenir et réparer les dommages causés par l'activité, à travers la prise en compte du réseau et de la centralité de l'opérateur principal au sein de ce dernier⁴⁴ (A).

Le devoir de vigilance aménage le droit de la responsabilité civile délictuelle en vue de la régulation de certaines activités, notamment des activités à risque et à fonction sociale élevée, à l'instar de l'activité offshore, réalisée par des entreprises dites cruciales⁴⁵. Il apparaît à ce titre comme un instrument de co-régulation marqué par son caractère incitatif tout en mettant en œuvre un régime de responsabilité en cas de non-respect des obligations qu'il prévoit à la charge des entreprises qui entrent dans son champ d'application. Il participe ainsi de la volonté d'imputation des obligations à une partie *a priori* autre que celle qui constitue le cœur de la relation juridique en cause (B).

A. Le devoir de vigilance et la centralité de l'opérateur principal

La loi sur le devoir de vigilance trouve son origine⁴⁶ dans la catastrophe du Rana Plaza, cet immeuble qui s'est effondré au Bangladesh le 24 avril 2013 du fait de la

que son cocontractant a bien déclaré auprès de l'administration du travail les travailleurs qu'il emploie ou qu'il détache ; au cours de l'exécution du contrat, enjoindre à son cocontractant de faire cesser immédiatement toute infraction à la législation du travail dont il a eu connaissance ; enfin, l'information des services de contrôle si le sous-traitant ne donne aucune suite à l'injonction du donneur d'ordre. Enfin, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « sapin II », JORF n° 0287 du 10 décembre 2016, déploie également le devoir de vigilance afin de mettre en place des « mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence », Art. 17, II, 3°. Sur la question, BOUCOBZA X., SERINET Y.-M., « Loi «Sapin 2» et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *D.*, 2017, p. 1619.

42) VINEY G., DANIS-FATÔME A., « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.*, 2017, p. 1610.

43) Le devoir de vigilance constituerait ainsi un désavantage compétitif pour les entreprises françaises. En ce sens, v. SCHILLER S., « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *La Semaine Juridique Édition Générale*, LexisNexis, n° 22, 29 mai 2017, p. 622.

44) La question de la centralité de l'opérateur principal à travers une approche du droit de la responsabilité peut également être établie par la production normative de ce dernier qui, à travers ses codes d'entreprises, internalise un devoir de vigilance à l'égard de ses filiales, et de ses sous-traitants au plan international. Néanmoins, le parti a été pris, dans le cadre de cet article, de nous concentrer sur l'étude de la centralité de l'opérateur principal à travers la seule loi sur le devoir de vigilance. Soulignons toutefois que l'opérateur principal n'est pas le seul à être visé par le devoir de vigilance, puisque peuvent également entrer dans le champ d'application les grandes entreprises parapétrolières, certaines entreprises techniques, ainsi que les grandes entreprises de services, de *supply* ou de restauration.

45) FRISON-ROCHE M.-A., « Réguler les entreprises cruciales », *D.*, 2014, p. 1556.

46) Voir l'article de Sophie SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *La Semaine Juridique Édition Générale*, LexisNexis, n° 22, 29 mai 2017, p. 622.

surpopulation de petits producteurs dans un bâtiment/usine entraînant la mort, officielle, de 1 129 personnes, et occasionnant des blessures à plus de 2 500 travailleurs. Or, il a été révélé lors de l'enquête consécutive à l'accident, que des étiquettes de marques françaises, entre autres, ont été retrouvées dans les ruines de l'usine, ce qui atteste que les sociétés françaises y faisaient fabriquer leurs vêtements par des sous-traitants sans avoir mis en place des procédures de vigilance suffisantes⁴⁷. Il est dès lors aisé de comprendre que, à travers l'établissement d'une loi sur le devoir de vigilance, s'instille l'idée d'une méfiance de l'État vis-à-vis des entreprises transnationales, puisque *de facto* la confiance est brisée⁴⁸, qui aurait conduit à laisser le loisir aux entreprises transnationales de s'autoréguler sans intervention hétéronome.

La fin de la confiance ne signifie pas pour autant le retour à un étatsisme normatif. La loi sur le devoir de vigilance institue un instrument de co-régulation qui, tout en faisant peser des obligations contraignantes et hétéronomes sur les entreprises transnationales (2), ne les place pas moins au centre du processus normatif d'encadrement de leur activité et au centre du réseau, ainsi que le révèle l'étude du champ d'application de la loi (1).

1. Le champ d'application de la loi et objectif général de la loi

La loi du 27 mars 2017 prévoit que : « Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au

47) Les marques retrouvées sur place attestent de la présence de nombreuses entreprises étrangères. Certaines des entreprises présentes dans le bâtiment avaient procédé à des audits de conformité, qui se sont révélés insuffisants. A ce sujet, se référer à l'étude réalisée par RÜHMKORF A., *Corporate Social Responsibility, Private Law and Global Supply Chains*, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 215, qui relève que la société *Primark* avait réalisé deux audits de conformité relatifs à ses sous-traitants, avant que le bâtiment ne s'effondre.

48) Le devoir de vigilance se développe bien souvent en parallèle d'une relation contractuelle et sert de complément à la bonne foi et au principe de loyauté. Il intègre une triple méfiance. La méfiance entre les opérateurs liés contractuellement. La méfiance de l'État vis-à-vis des organisations réticulaires complexes, qui permettent d'échapper aux solidarités nationales et à ses responsabilités. Enfin, le devoir de vigilance est développé par les entreprises au regard de la méfiance que certaines industries font naître chez les consommateurs, ce qui est typiquement le cas de l'industrie offshore. Sur ces questions en général, v. Georg SIMMEL, *Secret et sociétés secrètes*, Circé, 1996, qui estime que la confiance échappe à la logique d'intérêt et de calcul. Elle est nécessairement énigmatique et indéterminée, ce qui en fait la condition de son efficacité symbolique. L'objectif de vouloir rationaliser la confiance revient à en dissiper le mystère, la croyance qui l'entoure et donc à l'annihiler. La confiance relèverait de l'être intuitif et non de l'être rationnel, cf. pages 109-110. Pour reprendre les mots de Anthony GIDDENS : « Toute confiance est d'une certaine manière confiance aveugle », *Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan, 1994, p. 40. Le contrat est de prime abord perçu comme un instrument de confiance puisqu'il entend rationaliser les attentes des individus qui, par l'échange de leur volonté, l'accord de leur consentement, s'imposent des obligations réciproques. En réalité, le contrat intègre la méfiance originelle des parties l'une vis-à-vis de l'autre, chacune des parties espérant en tirer le plus grand profit. Le contrat s'analyse alors comme un instrument d'intermédiation, un tiers de confiance entre les parties.

moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance »⁴⁹. La centralité de la société mère, ou donneuse d'ordre, est renforcée par la présomption de conformité aux obligations de vigilance qui pèse sur les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent ces seuils dès lors que la société qui les contrôle a établi et mis en œuvre un plan de vigilance relatif à son activité propre et à celle de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle⁵⁰. En outre, le texte précise que : « le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle⁵¹ (...) directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie⁵², lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ».

49) Article L. 225-102-4, I, alinéa 1 du Code de commerce. Il s'agit des sociétés de capitaux c'est-à-dire des sociétés anonymes, des sociétés en commandite par action et des sociétés par actions simplifiées. Cette dernière a soulevé certaines hésitations, v. CUZACQ N., « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D*, 2014, p. 1049. Néanmoins le renvoi opéré par l'article L 227-1 du Code de commerce permet d'inclure les SAS, v. SCHILLER S., « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*

50) Au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce. I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, [...] comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

51) Au sens du II de l'article L. 233-16 du code de commerce, le contrôle résulte :

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

2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ;

3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet.

52) Cass. com. 15 septembre 2009, n° 08-19.200. La relation commerciale établie est qualifiée par sa durée, son intensité et sa stabilité. Il n'y a pas d'obligation de formalisation de la relation par écrit. Le caractère significatif, la stabilité et la poursuite pour l'avenir de la relation commerciale suffisent à démontrer l'existence d'une relation commerciale établie. Cette relation commerciale établie sera facilement constituée en matière d'activité offshore, eu égard à la relative inertie contractuelle du secteur et à la durée moyenne des relations contractuelles nouées entre les opérateurs.

Selon un rapport produit par le gouvernement français, environ 150 sociétés françaises seraient concernées par la loi⁵³. Parmi ces sociétés, la plus importante société pétrolière française, *Total*, qui a son siège social à Paris, est évidemment concernée, elle qui revendique employer directement plus de 98 000 personnes⁵⁴ à travers plus de 130 pays, dont 31,1 % en France, *Technip* qui revendique 44 000 collaborateurs exerçant leur activité dans 44 pays⁵⁵, *Sodexo*, en matière de services de qualité de vie et de restauration collective qui emploie, selon ses dires, 425 000 collaborateurs dans 80 pays, parmi lesquels 34 000 en France⁵⁶, ou encore *CEGELEC* qui a fusionné avec *Vinci* dans la filiale *Vinci Energies*, et qui, sans prendre en compte cette dernière, emploierait environ 22 000 collaborateurs dans plus d'une trentaine de pays⁵⁷. L'obligation relative au plan de vigilance repose sur les sièges sociaux de ces sociétés et, à travers eux, sur les filiales qu'ils contrôlent et les sous-traitants auxquels ils font appel pour la réalisation de leur activité.

Le champ d'application de la loi sur le devoir de vigilance est donc centré sur les sociétés mères et les sociétés donneuses d'ordre dont le siège social est situé en France. La restriction est de taille puisqu'elle permet aux entreprises dont le siège social est situé à l'étranger de ne pas être concernées par les obligations que met en place la loi⁵⁸.

2. Les obligations pesant sur les sociétés mères et les sociétés donneuses d'ordre

Les sociétés visées doivent établir et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance⁵⁹. Le plan comprend des mesures de vigilance nécessaires pour identifier

53) Observations présentées par le gouvernement devant le Conseil constitutionnel (NOR : CSCL1708427X).

54) Ce personnel est tantôt qualifié par Total d'employé, tantôt de collaborateur, mais ne correspond certainement pas à une qualification juridique précise. Les chiffres sont à consulter sur le site de Total, <http://fr.total.com/fr/total-en-france/total-en-france>, consulté le 27 juin 2017.

55) Voir le lien du site Technip : <http://www.technipfmc.com/fr-FR/who-we-are>, consulté le 23 octobre 2017.

56) Voir le lien du site Sodexo : <http://fr.sodexo.com/qui-sommes-nous/sodexo-en-france.html>, consulté le 23 octobre 2017.

57) Voir le lien sur le site CEGELEC : <http://www.cegelec.fr/fr/presentation/profil/cegelec/>, consulté le 23 octobre 2017.

58) À ce titre, l'ambition de la loi est considérablement amoindrie, et les entreprises françaises pourraient à l'avenir pâtir d'une situation qui leur serait défavorable vis-à-vis des entreprises étrangères qui réalisent pourtant une activité en France. Néanmoins, nous le verrons, le régime de responsabilité institué atténue les effets néfastes du texte sur les sociétés françaises par rapport à leurs homologues dont le siège social serait situé à l'étranger.

59) Les sociétés concernées sont censées établir et faire figurer le plan de vigilance dans le rapport de gestion de l'exercice 2017 qui sera présenté lors de leur assemblée générale de clôture de l'année 2017. La responsabilité des sociétés en cas de non-respect des obligations relatives au plan de vigilance pourra

les risques et prévenir les atteintes envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé, la sécurité des personnes ainsi que l'environnement. À ce titre, le plan doit comprendre :

- Une cartographie des risques, destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation.
- Des procédures d'évaluation régulières de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques.
- Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves.
- Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives de ladite société.
- Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

Par ailleurs, le plan de vigilance concerne les atteintes aux droits humains et les dommages environnementaux dans l'ensemble de la chaîne de production des entreprises concernées. Le plan de vigilance élaboré par la société concernée couvre les sociétés qu'elle détient directement ou indirectement⁶⁰. Le plan de vigilance couvre également les sous-traitants et les fournisseurs avec lesquels la société concernée, tenue de mettre en place le plan, entretient une relation commerciale établie. Le périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de

être engagée dès 2018. Le compte rendu sur la mise en œuvre du devoir de vigilance n'est exigé qu'à partir de la publication du rapport portant sur le premier exercice ouvert après la publication de la loi, soit le 28 mars 2017, c'est-à-dire généralement à compter de 2019, cf. article 4 de la loi sur le devoir de vigilance.

60) L'article L. 225-102-4 du Code de commerce renvoie ici à l'article L. 233-3 du même Code qui prévoit :

- « Toute personne, physique ou morale, est considérée (...) comme en contrôlant une autre :
- 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;
 - 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;
 - 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;
 - 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II.- Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose, directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III.- Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale ».

vigilance est donc particulièrement vaste. Cependant, un doute demeure quant à son étendue à l'ensemble du réseau, notamment aux sous-traitants et aux fournisseurs de second, de troisième degré, etc.⁶¹.

3. L'association des parties prenantes de la société

Il revient à l'entreprise d'élaborer le plan, mais l'article L 225-102-4 précise que « le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale ». Les voies d'intégration des parties prenantes à l'élaboration du devoir de vigilance, ainsi que leur identité, peuvent faire l'objet d'interprétations diverses. Eu égard aux champs couverts par le plan de vigilance, il s'agit sans doute d'impliquer, d'une part, les acteurs de l'entreprise au premier titre desquels les salariés directement, ou à travers leurs institutions représentatives du personnel, ou leurs syndicats⁶² et, d'autre part, les organisations non gouvernementales, des entreprises sous-traitantes et des filiales, les fournisseurs, les consommateurs, des collectivités locales. Toutefois, l'élaboration du plan de vigilance ne fait pas l'objet de mesures contraignantes susceptibles d'engager la responsabilité des sociétés mères ou des sociétés donneuses d'ordre en raison de l'absence de sollicitations des parties prenantes.

Une telle implication des parties prenantes n'est pas originale en ce qui concerne l'activité pétrolière et gazière offshore. De nombreux États d'accueil subordonnent l'attribution des permis de recherche et d'exploitation aux opérateurs principaux à une phase préalable de consultation du public. Les périodes de consultations et de commentaires, qui précèdent l'attribution, permettent ainsi de recueillir l'avis de la société civile sur le permis octroyé, et l'exercice, si ce n'est d'un contrôle, puisque la procédure est consultative, au moins d'une information des parties prenantes.

L'Article 4 de la loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la Banque publique d'investissement permet de dresser une identité plus stable des parties prenantes « entendues comme l'ensemble de ceux qui participent à [la] vie économique et des acteurs de la société civile influencés, directement ou indirectement, par les activités de la banque ».

61) Précisons que la sphère d'influence des entreprises donneuses d'ordre vis-à-vis des sous-traitants de sous-traitants, et des fournisseurs de fournisseurs (etc.), est généralement couverte par des clauses de *compliance* intégrées aux contrats liant la première chaîne de contrats et à travers lesquelles les entreprises sous-traitantes, et les fournisseurs, s'obligent à mettre en œuvre un devoir de vigilance à l'égard de leurs propres sous-traitants et fournisseurs. Il ne s'agit bien évidemment pas ici du même régime de responsabilité, puisqu'il s'agit de la responsabilité contractuelle entre les parties au contrat.

62) Précisons toutefois que le plan de vigilance n'est ni un règlement intérieur de l'entreprise, ni un accord collectif de travail.

B. Les « maigres avancées »⁶³ du devoir de vigilance en matière de droit de la responsabilité civile

1. Éléments généraux sur la responsabilité et le devoir de vigilance

Les entreprises pétrolières transnationales occupent des fonctions sociales, environnementales et économiques centrales dans la plupart des États où elles opèrent. La réalisation de leurs activités à travers une organisation réticulaire contractuelle complexe, au sein de laquelle elles déploient leurs pouvoirs organisationnels et économiques sur d'autres structures qu'elles contrôlent en réalité directement ou indirectement, impose d'aménager le droit de la responsabilité civile de manière à ajouter à sa fonction de réparation, une fonction de prévention et d'ordonnancement des pouvoirs au sein du réseau⁶⁴. Le devoir de vigilance, appliqué aux entreprises pétrolières, apparaît alors comme un outil de prise en compte d'une part des fonctions d'intérêt général assurées par les entreprises pétrolières ainsi que de la dépendance organisationnelle et économique des sociétés opérationnelles, filiales, ou sous-traitantes vis-à-vis de la société mère et de la société donneuse d'ordre.

S'il en restait à des énoncés incitatifs, le devoir de vigilance n'apporterait en réalité pas grand-chose à ce qui existe déjà, puisque la grande majorité des entreprises transnationales d'envergure, telles que celles visées par la loi, ont déjà développé des mesures s'apparentant au devoir de vigilance dans le cadre de leurs instruments de responsabilité sociale, et particulièrement au sein de leurs codes d'entreprises⁶⁵. La loi sur le devoir de vigilance a le mérite de s'intéresser à la mise en œuvre des obligations, à travers leur articulation avec le régime de responsabilité. La responsabilité des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre n'est plus restreinte à une démarche autonome et volontaire, mais se trouve renforcée par un mécanisme hétéronome et imposé. En réalité, le devoir de vigilance, en France, impose de dépasser l'opposition entre volontaire et autonome d'une part, imposé et hétéronome d'autre part⁶⁶. Il fait appel à l'autonomie des opérateurs privés tout en étant contrôlé et ordonné par le pouvoir législatif qui établit un régime de sanction en cas de non-

63) Nous reprenons ici le qualificatif employé par Anne DANIS-FATÔME et Geneviève VINEY, dans leur article « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.*, 2017, p. 1610.

64) Il s'agit de considérer le lien entre pouvoir et responsabilité à travers un mouvement circulaire, les responsabilités fondent le pouvoir autant que les pouvoirs exercés au sein du réseau instituent des responsabilités pour ceux qui le détiennent.

65) L'intérêt du texte serait alors d'obliger les entreprises qui ne l'avaient pas fait à développer leurs instruments de responsabilité sociale par l'intermédiaire du plan de vigilance.

66) RUGGIE J. G., « Multinationals as global institution: Power, authority and relative autonomy », *Regulation & Governance*, 2017, p. 2.



FLORIAN THOMAS

respect des obligations liées au devoir de vigilance⁶⁷. Le texte s'inscrit plus généralement dans un débat sur les aménagements de la responsabilité civile en vue d'intégrer les risques que soulèvent certaines activités transnationales.

Les risques industriels contemporains d'une ampleur phénoménale rendent nécessaire une évolution du régime de la responsabilité, déjà amorcée par des passerelles techniques, susceptibles d'aboutir à une responsabilité préventive, non plus seulement tournée vers la réparation des dommages causés mais vers l'évitement de ces dommages, graves et irréversibles, pour lesquels la seule logique de réparation perd son sens, ce qui pose la question de la faute et de la prise en compte du risque dans le régime de responsabilité⁶⁸. La responsabilité, traditionnellement, nécessite un fait ou une faute, un dommage, et un lien de causalité entre le fait et le dommage. Or, la portée causale⁶⁹ des industries à risque notamment s'est considérablement étendue, à l'instar de l'industrie offshore qui est en première ligne des risques sociaux et environnementaux, s'agissant de la pollution des eaux par hydrocarbures, ou de la pollution climatique que génère particulièrement l'activité d'extraction. L'accroissement de la portée causale des activités nécessite de responsabiliser en premier lieu les entreprises transnationales avant que le dommage ne se produise, ce qui conduit à envisager des questions techniques sur la caractérisation du lien de causalité et sur la prise en considération de la faute.

Par exemple, le caractère personnel est difficile à prouver en matière de préjudice environnemental, car c'est un préjudice collectif, qui touche au bien commun. Or, la responsabilité civile délictuelle impose traditionnellement l'existence d'un préjudice personnel et certain. Cette exigence porte la responsabilité vers un subjectivisme⁷⁰ qui se traduit notamment par le développement d'un droit individuel à un environnement, à sa qualité, voire à l'établissement de l'environnement comme sujet de droit⁷¹. Une dernière donnée ne doit pas être occultée à savoir que, face à ces

67) SACHS T., « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *Revue de droit du travail*, 2017, p. 380.

68) Il s'agirait d'assouplir les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile par la reconnaissance d'une responsabilité préventive. Les travaux de Catherine THIBIERGE mettent particulièrement en avant la nécessité de ces évolutions du droit de la responsabilité, v. « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD civ.*, 1999, p. 561 et « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D*, 2004, p. 577, où l'auteure envisage un droit de la responsabilité « universelle », détachée de la responsabilité civile, remplissant une fonction préventive.

69) JONAS H., *Le principe responsabilité - Une éthique pour la civilisation technologique*, Flammarion, coll. Champs essais, 1979, rééd. 2013, 470 pages.

70) MEKKI M., « Le droit privé de la preuve... à l'épreuve du principe de précaution », *D*, 2014, p. 1391.

71) À ce titre, voir récemment la loi néozélandaise qui fait de la rivière « Te Awa Tupua », autrement dénommée rivière Whanganui, un sujet de droit, cf. Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017 (2017/7), entré en vigueur le 21 mars 2017, particulièrement l'article 14 intitulé « Te Awa Tupua declared to be legal person », et qui dispose dans son (1) : « Te Awa Tupua is a legal person and has all the rights, powers, duties, and liabilities of a legal person », et dans son (2) : « The rights, powers, and

risques dont il n'est pas possible d'appréhender l'envergure, le droit de la responsabilité intègre la recherche d'un responsable capable de répondre de ses actes, notamment financièrement, dès la phase de prévention.

Il s'avère que le régime institué par la loi sur le devoir de vigilance reste frileuse face à ces développements⁷². Tandis que la proposition de loi entendait instituer un devoir de vigilance substantiel des sociétés sur leurs filiales et autres partenaires d'affaires, « sanctionné par une responsabilité délictuelle présomptive du fait des tiers, la loi se contente d'instaurer un devoir procédural et documentaire, dont l'inaccomplissement pourra engendrer la responsabilité individuelle de la société à raison de sa faute propre »⁷³.

2. Les sanctions encourues en cas de manquements aux obligations issues du devoir de vigilance

L'injonction de faire sous astreinte

Si l'entreprise n'établit pas de plan, si elle ne l'exécute pas ou ne le rend pas public, après une mise en demeure infructueuse de trois mois, elle pourra être contrainte par le juge, dans le cadre d'une action en référé, de se conformer à ses obligations légales, éventuellement sous astreinte⁷⁴. La question demeure de savoir si cette injonction est un préalable à l'action en responsabilité ou une simple option.

L'engagement de la responsabilité civile personnelle

La société s'expose également à ce que sa responsabilité extracontractuelle soit engagée dès lors qu'il pourra être démontré l'existence d'une faute ou d'un

duties of Te Awa Tupua must be exercised or performed, and responsibility for its liabilities must be taken, by Te Pou Tupua on behalf of, and in the name of, Te Awa Tupua, in the manner provided for in this Part and in Ruruku Whakatupua—Te Mana o Te Awa Tupua». Cette loi met fin à un conflit entre les *Whanganui Iwi* et le gouvernement néozélandais depuis les années 1870, aux fins de reconnaissance des relations entre les *Whanganui Iwi* et le fleuve *Whanganui*.

72) Notamment eu égard aux avant-projets de réforme du droit des obligations. CATALA P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006, article 1360, et TERRÉ F., *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, article 7.

73) D'AVOUT L., « Droit du commerce international août 2016-juillet 2017 », *D*, 2017, p. 2054. L'auteur salue ces évolutions entre la proposition de loi et la loi, au nom de l'« Orthodoxie juridique seule à même de prévenir contre des délocalisations massives de sièges sociaux initialement français ». Il poursuit : « adoptant un principe de responsabilité de plein droit des sociétés mères françaises, du fait de leurs filiales et sous-traitants, la France aurait une fois de plus joué contre son camp en traitant plus mal les entités établies sur son territoire par rapport à leurs homologues étrangers. Elles ne seront qu'indirectement saisies par la réglementation française ».

74) Le Conseil constitutionnel a censuré l'amende civile de dix millions d'euros qui était prévue en cas de manquement, à raison de l'insuffisance de caractérisation du périmètre de la vigilance. Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, sur la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises

manquement ou d'une omission de la société concernée qui a causé dommage à autrui. Ainsi, en cas de préjudice subi par un tiers dans le champ du périmètre de vigilance, attribuable à l'une des entités couvertes par le plan, les manquements à l'origine de ces préjudices pourront constituer une faute civile génératrice de responsabilité personnelle au sens des articles 1240 et 1241 du Code civil. Comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, « en renvoyant aux articles 1240 et 1241 du code civil dans le nouvel article L. 225-102-5 du code de commerce, le législateur a seulement entendu rappeler que la responsabilité de la société à raison des manquements aux obligations fixées par le plan de vigilance est engagée dans les conditions du droit commun français, c'est-à-dire si un lien de causalité direct est établi entre ces manquements et le dommage »⁷⁵. La responsabilité contractuelle, les responsabilités de plein droit ou pour faute présumée, ainsi que la responsabilité du fait d'autrui sont donc écartées.

La référence au droit commun de la responsabilité civile impose l'exigence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux. Pourtant, comme l'analysent Geneviève Viney et Anne Danis-Fatôme, « ces trois notions sont affectées d'un particularisme marqué dans le texte » puisque la faute est nommée, le dommage englobe le risque de dommage et le lien de causalité est très difficile à prouver⁷⁶.

La faute susceptible d'être invoquée concerne en effet le manquement à l'obligation d'élaborer et de mettre en œuvre le plan de vigilance qui comporte les activités relevant de la sphère d'influence de la société mère ou de la société donneuse d'ordres et les mesures listées par la loi⁷⁷. Les dommages sont également visés par le texte et doivent être graves, mais couvrent un large éventail de possibilités, des dommages patrimoniaux aux dommages extrapatrimoniaux. Un point essentiel du texte est de considérer les dommages réalisés comme les dommages futurs, ainsi que le permet le principe de précaution⁷⁸. Un dommage pourra à ce titre résulter de l'absence du respect d'une norme susceptible de causer des dommages concrets, ce qui justifie la restriction de l'étendue de la sphère d'influence aux entreprises dont la société mère

donneuses d'ordre, point 13.

75) *Ibid.*, point 27.

76) DANIS-FATÔME A., VINEY G., « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*

77) La formulation du Code de commerce, dans son article L 225-102-4, I, alinéa 3 : « le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement... », pourrait servir d'assise à un élargissement de la portée du devoir de vigilance et justifier une déclinaison de la responsabilité personnelle à la limite de la responsabilité du fait d'autrui, *Ibid.*, citant ABADIE P. « La responsabilité sociale et environnementale des entreprises », *Gazette du Palais*, 2015, hors-série 2, p. 2019 et s.

78) VINEY G., « Principe de précaution et responsabilité civile des personnes privées », *D.*, 2007, p. 1542 et s.



VII. Le devoir de vigilance dans le réseau d'entreprises offshore

ou la société donneuse d'ordres peut s'assurer du respect des obligations. Enfin, le texte prévoit que l'auteur des manquements aux obligations relatives au plan de vigilance sera obligé de réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter, seulement si un lien de causalité direct est établi entre les manquements et le dommage, ce qui renvoie aux difficultés tenant à la preuve de la causalité entre le manquement et le dommage. Dans le cadre du réseau d'entreprises offshore, prenons l'hypothèse d'un opérateur principal opérant dans un État d'accueil étranger à travers une filiale au 3^{ème} degré, laquelle fait appel à un fournisseur local pour s'approvisionner en matériaux, lesquels sont construits par un sous-traitant du fournisseur local qui réalise les pièces confectionnées dans des conditions qui portent atteinte aux droits de l'homme⁷⁹. Il ne sera pas aisé d'établir le lien direct entre le manquement à la vigilance de la société mère, à travers sa sous-filiale qui s'est contentée de passer commande auprès d'un fournisseur qui ne respecte pas les droits de l'homme. Il est envisageable que le manquement au devoir de vigilance soit analysé au regard de la perte de chance d'éviter le dommage subi par la société mère, ce qui ne donnera lieu qu'à une réparation partielle⁸⁰. Ainsi, il est proposé d'assouplir les conditions d'établissement du lien de causalité, à travers les notions de « rôle actif » de la société mère ou donneuse d'ordre, ou par l'établissement d'une présomption de causalité⁸¹. Dans notre hypothèse, la société mère devrait démontrer

79) L'hypothèse arrive fréquemment eu égard aux clauses de *local content* intégrées au contrat initial.

80) Il paraît difficile de concilier l'ambition préventive de la loi sur le devoir de vigilance avec les exigences tenant à ce qu'un préjudice, pour donner lieu à réparation, doit être actuel, direct et certain. La perte de chance autorise la prise en compte de l'incertitude sur le lien de causalité entre la faute commise par la société mère ou la société donneuse d'ordre et le dommage occasionné. Dans notre cas, il serait possible d'envisager qu'une attention plus poussée de la part de la société aurait permis de relever l'atteinte aux droits de l'homme et de mettre en œuvre des procédures pour y remédier, mais cela n'est pas certain. L'incertitude tenant à la causalité peut constituer une perte de chance pour la personne victime du dommage, et ainsi engager la responsabilité de la société mère. On dira que la responsabilité est partielle, en ce sens que le préjudice tenant à la chance perdue est autonome du préjudice total subi, c'est-à-dire que les indemnisations ne seront pas équivalentes. Ainsi, le calcul du préjudice résultant de la perte de chance est élaboré par l'application d'un ratio fonction de la perte de chance. Par exemple, le juge peut établir que si la société mère avait été plus diligente dans la mise en œuvre de son obligation de vigilance, la victime des dommages aurait bénéficié de quatre chances sur dix de ne pas subir le dommage, alors la réparation du dommage sera de 4/10^{ème} le montant du dommage intégral. La perte de chance résulterait alors de l'apparition d'un risque ou d'un événement compromettant des chances réelles d'éviter qu'une situation se détériore. Certains auteurs ne partagent pas la conception de la perte de chance comme susceptible de couvrir la création d'un risque, et entendent réserver la perte de chance à la probabilité d'un événement favorable et non d'un dommage, c'est-à-dire les « chances perdues d'éviter un dommage » v. BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 4^{ème} éd., 2016, n° 184. L'auteur précise qu'en tout état de cause, le fait imputé au défendeur, s'il n'a fait disparaître qu'une probabilité, « n'en doit pas moins l'avoir oblitéré de manière certaine », n° 185.

81) DANIS-FATÔME A., VINEY G., « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*, les auteures plaidant pour le choix de la présomption de causalité, le rôle actif se rapprochant de l'immixtion déjà retenue par la jurisprudence pour engager la responsabilité d'une société mère auprès du cocontractant d'une filiale, dès lors que cette immixtion a créé une apparence trompeuse faisant croire à ce dernier que la société mère était effectivement engagée. Sur la présomption de causalité, v. HANNOUN C., « Propositions pour un devoir

que ses obligations tenant à l'élaboration et à la mise en œuvre du plan de vigilance n'ont pas permis de relever les dommages subis consécutivement au non-respect des droits de l'homme par le fournisseur de sa sous-filiale⁸².

Enfin, concernant la réparation du dommage, en dehors de l'hypothèse de la perte de chance, et l'amende civile ayant été censurée par le Conseil constitutionnel, celle-ci pourra consister en une réparation du dommage en nature, lorsque le manquement au devoir de vigilance demeure cantonné au risque du dommage. La réparation du dommage pourra également donner lieu à des dommages et intérêts obéissant aux règles de la responsabilité civile. La question se pose également de la possibilité pour la société mère qui a pris en charge le dommage de se retourner contre sa filiale par l'intermédiaire du recours en contribution. Écartant la responsabilité du fait d'autrui, il semble que la société mère et la filiale puissent être envisagées comme des coauteurs dont les fautes respectives ont participé à la réalisation d'un même dommage. À ce titre, une responsabilité *in solidum* pourra être prononcée à l'encontre des deux sociétés si elles étaient toutes deux attraites en la cause, ce qui permettrait de s'assurer la réparation intégrale du préjudice.

3. L'applicabilité internationale de la loi sur le devoir de vigilance

Reste une question de taille à résoudre, celle de l'applicabilité internationale de la loi sur le devoir de vigilance concernant l'activité offshore. À l'occasion de sa décision relative à la loi sur le devoir de vigilance, le Conseil constitutionnel affirme que « les dispositions de la loi permettent, 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 »⁸³. Cette affirmation semble ne pas tenir compte des implications de la loi en matière de droit international privé. Le problème soulevé au regard de l'application internationale du devoir de vigilance aux entreprises offshore ayant leur siège social en France est particulièrement saisissant dans la mesure où l'exploration ou l'exploitation pétrolière offshore se réalisent quasi-exclusivement selon le schéma d'une entreprise transnationale organisée en sous-filiales sises dans divers États, liées contractuellement à une multitude d'autres entreprises sous-traitantes, pour la réalisation d'une activité à l'étranger. Or, l'application de la loi sur le devoir de vigilance lorsque le dommage survient à l'étranger pose paradoxalement de sérieuses questions de droit international privé, notamment en matière de conflits de lois.

Si nous reprenons notre exemple, il s'agit de savoir quelle est la loi compétente⁸⁴ à l'occasion d'un litige opposant la victime étrangère d'un dommage, par exemple un

de vigilance des sociétés mères », in *Mélanges offerts en l'honneur du Professeur Michel GERMAIN*, LexisNexis, 2015, p. 381 et s.

82) On pourrait dire que pèse alors sur la société mère ou donneuse d'ordre une obligation de moyens.

83) Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, *op. cit.*, point 28.

84) Nous n'évoquerons pas ici les questions relatives à la compétence juridictionnelle, et à la problématique

travailleur de la société locale de fournitures qui subit des dommages en raison du non-respect des droits de l'homme par son employeur, à la sous-filiale sise à l'étranger et à la société mère dont le siège social est situé en France. La question se posera principalement de savoir si on considère la qualification sociétaire, désignant la loi du siège social⁸⁵, la qualification délictuelle, relevant généralement de la loi du lieu de survenance du dommage, ou la qualification de règle impérative de comportement civilement sanctionnée, relevant du mécanisme de la prise en compte incidente ou de l'application des lois de police du for⁸⁶.

En matière extracontractuelle, la loi sur le devoir de vigilance devra être analysée au regard du Règlement 864/2007/CE du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit « Rome II ». Le règlement prévoit des règles générales, ainsi que des critères de rattachement spécifiques à certains dommages. À ce titre, l'article 7 du Règlement Rome II concerne l'atteinte à l'environnement. Il précise que : « la loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un dommage environnemental ou de dommages subséquents subis par des personnes ou causés à des biens est celle qui résulte de l'application de l'article 4, paragraphe 1⁸⁷, à moins que le demandeur en réparation n'ait choisi de fonder ses prétentions sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit ». En cas de saisine du juge français, en se fondant sur l'article 7 du Règlement Rome II, il sera possible pour la victime d'un dommage lié à une atteinte à l'environnement de choisir l'application de la *lex fori*, étant donné la localisation du siège social de la société mère qui élabore et met en œuvre le plan de vigilance dont le manquement constituera certainement le fait générateur du dommage. Il s'agira ensuite de se demander si la loi étrangère doit être consultée pour caractériser l'atteinte grave constitutive de la faute.

La plupart du temps, il est nécessaire de revenir à l'article 4 du Règlement qui pose la règle générale relative à la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable. Sauf dispositions contraires, cette loi est celle du pays où survient le dommage, 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, sauf lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, alors cette loi s'applique⁸⁸. Enfin, l'article 4 § 3 comporte

plus générale de l'accès à la justice dans ces situations.

85) Comment remonter à la tête lorsque les sociétés dont la responsabilité est engagée sont des sociétés liées à la société mère à un degré éloigné, et situées dans des États étrangers.

86) Voir les articles 17 et 16 du Règlement « Rome II », cf. *infra*. Sur ces possibles qualifications, v. PIRONON V., QUEINNEC Y., « Les aspects «transfrontières» de la responsabilité dans les groupes », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, mai 2017, dossier 3.

87) Il s'agit de la loi 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.

88) Article 4 § 2.

une clause d'exception, par laquelle « s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé précédemment », alors cette loi s'applique. La caractérisation du lien étroit peut être fondée sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question. Concernant les réseaux d'entreprise offshore, cette relation existe généralement concernant les filiales ou les entreprises de sous-traitance de premier degré, mais elle ne sera généralement pas constituée pour les autres. Il n'est par ailleurs pas évident que ces contrats puissent permettre un rattachement au droit français étant donné qu'ils comportent bien souvent des clauses concernant la loi applicable à la relation contractuelle qui permettent d'éloigner la proximité du lien avec la France. De plus, ni le mécanisme de l'exception d'ordre public, qui permettrait d'écarter la loi désignée par la règle de conflit lorsqu'elle est contraire aux principes généraux reconnus par le droit français, ni le recours aux lois de police⁸⁹, clairement écarté du texte de la loi, ne semblent être des solutions satisfaisantes⁹⁰. Les chances d'application de la loi française à la situation seront d'autant plus minces que les fautes seront commises par des filiales ou des sous-traitants de 2^{ème}, 3^{ème} degrés, etc., situés à l'étranger.

En pratique, il est probable que dans la situation que nous prenions en exemple, à savoir une société de droit français dont la responsabilité est invoquée par une personne victime de dommages à l'étranger résultant du non-respect des obligations relatives au plan de vigilance en matière de droits de l'homme par la société mère, la loi sur le devoir de vigilance s'appliquerait à la société mère, en tant que *lex societatis*⁹¹. Néanmoins, la loi étrangère pourrait s'appliquer comme loi de lieu de survenance du dommage de nature à caractériser la faute génératrice de responsabilité. En revanche, le juge pourrait tenir compte des « règles de comportement » prévues par le Règlement « Rome II » en vigueur en France, sans passer par la loi de police afin de caractériser la faute génératrice de responsabilité.

Les voies pour « ancrer la RSE des multinationales »⁹² sont encore à défricher, tant on voit que la loi sur le devoir de vigilance, malgré ses bonnes intentions, n'est pas aboutie en la matière. Bien sûr, comme le remarque Olivera Boskovic, une des voies

89) Les lois de police sont prévues à l'article 16 du Règlement.

90) BOSKOVIC O., « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D.*, 2016, p. 385. Il nous semble que, concernant des atteintes manifestes et graves aux droits de l'homme, l'exception d'ordre public pourrait éventuellement être amenée à jouer un rôle.

91) Sur ce point, v. PIRONON V., QUEINNEC Y., « les aspects «transfrontières» de la responsabilité dans les groupes », *op. cit.*

92) Nous reprenons ici en partie le titre d'un article de Laurence SINOPOLI, « Ancrer la «RSE» des multinationales. Pistes sur le terrain des conflits de lois », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, septembre 2017, dossier 31. L'auteure évoque, en sus des pistes que nous avons évoquées, la possibilité d'ancrer l'obligation de prévenir les risques en matière de droits humains et libertés fondamentales et de droit social international à l'autre bout de la chaîne de valeur par l'intermédiaire de l'information du consommateur.

VII. Le devoir de vigilance dans le réseau d'entreprises offshore

les plus efficaces consisterait d'abord à lever le voile des personnalités morales, puis à faire des sociétés transnationales qui s'organisent et réalisent leur activité en s'affranchissant et en se servant des frontières étatiques, des sujets du droit international susceptibles de voir leur responsabilité engagée pour non-respect du droit international. Cette voie ne semble pas être adoptée pour l'heure mais, dans la combinaison et l'enchevêtrement des instruments du droit de la responsabilité, il est d'ores et déjà possible de responsabiliser les entreprises transnationales. Cette responsabilisation naissante, fondée sur des mécanismes de co-régulation, n'est toutefois pas encore un contrepoids satisfaisant aux pouvoirs et fonctions exercés par certaines entreprises cruciales, notamment par les entreprises pétrolières transnationales offshore.

