



Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

Rapport

**Responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et
environnementale et examen des conséquences juridiques associées aux
modifications apportées aux articles 1833 et 1835 du Code civil**

Table des matières

1. Examen des normes existantes en matière de RSE.....	12
2. RSE et responsabilité civile des sociétés et de leurs dirigeants.....	17
La mise en cause de la responsabilité civile des sociétés sur le fondement de la faute de droit commun.....	18
2.1. Responsabilité civile et normes RSE existantes	19
2.2. Les conditions du droit commun de la responsabilité applicables à ces actions : recevabilité, préjudice, lien de causalité :	32
2.3. Le cas des groupes de sociétés	37
3. Les nouveautés en matière de RSE introduites par la loi Pacte.....	38
3.1. La gestion de la société en conformité avec son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité	38
3.2. La mission du conseil d'administration et du directoire explicitée.....	47
3.3. Modalités de prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux dans le processus de décision des organes sociaux des sociétés.....	48
3.4. Le rôle du conseil d'administration et du directoire en matière d'offre publique.....	53
3.5. L'inscription facultative d'une raison d'être dans les statuts de la société.....	55
3.6. La société à mission	57
4. Le régime de la responsabilité civile en matière de RSE après la loi Pacte	58
4.1. Responsabilité civile de la société	58
4.2. La mise en cause de la responsabilité civile des dirigeants	60
2.1. La mise en cause de la responsabilité civile des dirigeants par les associés.....	60
2.2. La mise en cause de la responsabilité civile des dirigeants par les tiers	62

Le Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP) a constitué un groupe de travail afin de dresser l'état actuel du droit positif applicable en cas d'engagement de la responsabilité civile des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale et d'examiner la portée et les conséquences juridiques des modifications apportées par la loi Pacte du 22 mai 2019 aux articles 1833 et 1835 du Code civil.

Les normes RSE sont nombreuses et tout à la fois internationales, européennes et françaises : on peut citer à cet égard les principes directeurs de l'OCDE, les normes européennes en matière de reporting et notamment la directive du 22 octobre 2014 et, à l'échelle nationale, les dispositions des lois NRE, Grenelle2, la charte de l'environnement, la loi sur le devoir de vigilance, de lutte contre la fraude fiscale et contre la corruption, cf. lois Sapin I et II, ainsi que les nombreuses autres normes spécifiques en matière sociale, environnementale, sociétale...

Le rapport précise, à titre liminaire, qu'en dehors de l'action judiciaire, l'OCDE a mis en place des points de contact nationaux (PCN) pour encourager la mise en œuvre de ses principes directeurs. La Direction Générale du Trésor assure la présidence et le secrétariat du PCN français. Ce dernier officie comme plateforme de médiation entre les sociétés françaises ayant des activités à l'étranger et les parties prenantes, dont les ONG. Certaines ont émis des réserves sur le rôle du PCN qui selon elles auraient tendance à faire primer les intérêts économiques nationaux. Toutefois en contrepoint, on peut relever que des décisions du PCN ont permis de résoudre des conflits opposant des sociétés françaises aux intérêts de populations locales à l'étranger.

En ce qui concerne la responsabilité judiciaire, l'absence de définition de la faute est caractéristique du droit français de la responsabilité civile. Le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation important pour la caractériser comme ceci pourrait être le cas en matière de RSE. La Cour de cassation procède certes à un contrôle de la qualification, mais les juges du fond ont un rôle déterminant dans sa constatation.

Outre les sanctions que les autorités de contrôle peuvent prononcer en cas de diffusion d'informations de nature à porter atteinte à la protection des investisseurs, des actionnaires ou des tiers peuvent agir devant les tribunaux en cas de violation des déclarations erronées ou mensongères faites par les sociétés : les différents fondements pourraient être notamment l'engagement unilatéral de volonté, l'obligation naturelle, la responsabilité contractuelle, les pratiques commerciales trompeuses ou encore la concurrence déloyale. Le manquement à des règles internes, même lorsqu'elles n'ont pas été diffusées auprès du public, peut aussi caractériser une faute.

La frontière entre engagements susceptibles de mettre en cause la responsabilité d'une société et ceux qui sont dépourvus de juridicité pourrait passer par le caractère plus ou moins précis des engagements assumés.

Le devoir de vigilance imposé aux sociétés dépassant certains seuils (pour l'essentiel, les sociétés cotées) est aussi une source potentiellement importante de responsabilité. Les contours de l'obligation de vigilance doivent encore être précisés par la jurisprudence. Des zones d'incertitudes existent plus particulièrement entre l'application de la loi française et l'application du droit local aux activités à l'étranger ou pour des actions comme les actions climatiques qui correspondent pour certaines à la remise en cause d'activités économiques qu'il semble difficile de faire cesser à court terme.

La responsabilité d'une société mère, sous réserve de constater une faute de contrôle, pourrait être engagée en cas de comportement fautif de l'une de ses filiales.

La loi Pacte ne semble pas correspondre à un changement radical mais serait plutôt dans le prolongement d'une tendance déjà inscrite en droit positif.

L'intérêt social mentionné à l'article 1833 modifié du Code Civil peut comporter deux acceptions. La première serait de considérer que l'intérêt social est l'intérêt propre de la société qui intègre non seulement les intérêts des associés mais également ceux des parties prenantes pour assurer son succès à long terme. Mais les enjeux sociaux et environnementaux seraient pris en considération dans un mode mineur par rapport à l'intérêt propre de la société. Une seconde interprétation peut se fonder sur l'évolution du texte à la suite d'un amendement et des débats parlementaires relatifs à cet amendement. Par suppression de la conjonction « et » et substitution par une virgule, les auteurs de cet amendement ont souhaité que les intérêts sociaux et environnementaux puissent être intégrés pleinement à l'intérêt social. Il n'y aurait plus de prise en considération mineure pour les intérêts sociaux et environnementaux, ces intérêts devant être appréciés sur le même plan que l'intérêt strictement propre de l'entreprise.

Quelle que soit l'interprétation de la notion d'intérêt social, l'obligation de la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux telle qu'elle découle de la loi Pacte tend avant tout à tenter de concilier des intérêts qui peuvent être contraires au moment de la décision qui doit être prise. Il s'agit d'une obligation de réflexion sur ses conséquences. Le juge aura pour mission de vérifier si, dans la prise de décision, les enjeux ont été pris en considération et dans quelle mesure. Le juge n'arbitrera pas entre les uns et les autres mais appréciera les conséquences de la décision en termes de responsabilité. Il n'a pas le pouvoir de la remettre en cause ou de l'annuler, comme ceci ressort pour ce dernier point d'un amendement adopté spécifiquement à cet effet.

La société et ses dirigeants devraient, afin de se prémunir contre un risque contentieux, documenter le processus décisionnel ayant permis la prise en considération. Cette analyse doit être ajustée en fonction du type de structure de société concerné, de sa taille, ses moyens et contraintes opérationnels, et de la présence ou non d'organes délibérants. Il s'agit d'une appréciation *in concreto*. Les nouveautés introduites par la loi Pacte en matière de RSE ne devraient pas avoir de grandes incidences sur l'organisation et les modalités de prise de décision des sociétés déjà soumises aux obligations de publications d'informations. Le changement sera beaucoup plus significatif pour les sociétés plus petites n'étant pas soumises aux obligations de reporting ou aux différentes lois comme celle du devoir de vigilance. Toutefois, plus les sociétés sont petites, moins elles ont en pratique de risques d'être exposées à un contentieux judiciaire. Que ce soit pour la raison d'être ou la société à mission, tout comme pour les engagements pris par les sociétés, le risque judiciaire sera d'autant plus faible que les formulations adoptées dans les statuts seront générales et imprécises.

Le rapport conclut que le risque induit par la loi Pacte pourrait être celui du développement à l'avenir d'un contrôle par les juges de l'opportunité des décisions de gestion. Ce risque apparaît toutefois limité dans la mesure où le juge peut examiner les conditions d'une mise en cause de la responsabilité sans avoir pour autant à juger de l'opportunité de la décision. Le rapport préconise que les membres des conseils d'administration soient davantage formés et sollicités compte tenu du rôle important que le conseil doit jouer en matière de RSE.

Introduction

1. L'article 169 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (la « **loi Pacte** ») a modifié certaines dispositions du chapitre 1^{er} du titre IX du livre III du Code civil concernant les sociétés. Un second alinéa a ainsi été ajouté à l'article 1833 du Code civil, rédigé comme suit : « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* », tandis que l'article 1835 du même code dispose désormais que « *les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité* ».
2. Le droit spécial des sociétés anonymes a également été adapté afin de prendre en compte ces innovations. Les articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce prévoient en effet respectivement que le conseil d'administration ou le directoire d'une société anonyme détermine « *les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». Ils prennent « *également en considération, s'il y a lieu, la raison d'être de la société définie en application de l'article 1835 du code civil* ». L'étude d'impact relative au projet de loi Pacte daté du 20 juin 2018 expliquait que ces modifications proposées dans le Code de commerce sont des « *précisions, adaptées aux sociétés connaissant une organisation complexe et abritant les activités et les enjeux les plus importants, permettant de saisir un organe en particulier de la tâche de réfléchir à ces enjeux* ». L'attention est donc tout particulièrement portée sur les organes collégiaux que sont les conseils d'administration et les directoires des sociétés anonymes qui devront à présent respecter ces nouvelles obligations imposées par le législateur dans le cadre de l'exercice de leur mission.
3. Ces modifications, largement inspirées des recommandations du rapport intitulé « *L'entreprise, objet d'intérêt collectif* » réalisé par Nicole Notat et Jean-Dominique Senard, et remis le 9 mars 2018 aux ministres de l'Économie et des Finances, de la transition écologique et solidaire, du Travail et de la Justice (le « **Rapport Notat-Senard** »), figuraient initialement à titre de propositions sous le titre « Repenser la place des entreprises dans la société » dans le projet de loi Pacte présenté le 18 juin 2018 au Conseil des ministres. Comme l'a mentionné le Conseil d'État dans son avis sur le projet de loi Pacte rendu le 14 juin 2018, cette loi poursuit des objectifs vastes, parmi lesquels figurent notamment « *la préservation des intérêts de long terme des sociétés, la volonté de rétablir une relation équilibrée entre les actionnaires et la gouvernance statutaire de l'entreprise, la recherche d'une plus grande confiance entre les entreprises et les citoyens, la promotion d'un capitalisme plus responsable sur le plan social et*

environnemental »¹. Les nouveautés susmentionnées instituées par la loi Pacte ont ainsi pour ambition de rendre les entreprises « plus justes », mais également de réconcilier l'opinion publique avec l'entreprise (et, notamment, les grandes entreprises), en attribuant à cette dernière une place particulière en matière de préservation, voire d'amélioration, de leur environnement social et environnemental, et de développement durable.

4. Certains annoncent ainsi un changement de paradigme² en faveur d'un « droit des sociétés sociétal »³ et nombreux sont les débats et déclarations florissant sur le rôle de l'entreprise au sein de la société et sur l'impact de celle-ci sur son écosystème⁴. Ces réflexions dépassent les frontières. À titre d'exemple, la déclaration de la *Business Roundtable*⁵ signée le 19 août 2019 par plus de 180 grands patrons américains annonce la remise en cause de la poursuite de la maximisation de la valeur pour les seuls actionnaires et invite les entreprises à œuvrer pour l'ensemble des parties prenantes, en repensant leur rôle et leur mission, au service des intérêts de leurs actionnaires sur le long terme, ainsi que ceux de leurs employés, fournisseurs et de la société en général. Le *corporate social responsibility*, dont les racines sont anciennes, et qui s'est

¹ Ne doit pas être confondue l'entreprise, qui correspond à un ensemble de moyens humains et matériels utilisés pour une activité économique, avec la société, qui a pour objet d'organiser et de structurer une activité ou un patrimoine. Ainsi, une entreprise n'est pas nécessairement exploitée sous forme sociétaire, comme c'est le cas de l'entreprise individuelle, et une société n'exploite pas obligatoirement une entreprise, comme une SCI qui a pour objet de gérer un patrimoine.

² J. Battilana, professeure de Harvard, *Une possible refonte du rôle des entreprises*, Le Monde, 27 août 2019.

³ P.-H. Conac, *L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Revue des sociétés 2019, p. 570.

⁴ V. par ex. en ce sens les déclarations de Bernard Arnault, Président-directeur général de LVMH dans Les Échos, 2 décembre 2019, p. 16 : « tous ceux qui imaginent pouvoir régler les problèmes du monde, environnementaux ou sociaux, sans les entreprises s'illusionnent grandement sur la portée et la continuité de leurs moyens d'action. Les entreprises demeurent les seuls moteurs de croissance économique fiables, parce qu'elles se fondent sur une combinaison difficilement dépassable d'ambitions collectives et d'idéaux individuels ». V. le Club des juristes, *le rôle sociétal de l'entreprise – éléments de réflexion pour une réforme*, groupe de travail co-présidé par A. Frérot et D. Hurstel, avril 2018. V. les mémos de Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, Publications@wachtell.com ; V. G. Lacroix et R. Slitine *L'économie de demain : sociale, solidaire et circulaire ?* Les carnets de l'Institut Diderot.

⁵ V. *Statement on the Purpose of a Corporation*, publiée sur le site Internet de la *Business Roundtable* ; notons toutefois qu'en 1981, les déclarations de la Business Roundtable faisaient déjà référence au fait que « *the future of this nation depends upon the existence of a strong and responsive business enterprises and that, in turn, the long-term viability of the business sector is linked to its responsibility to the society of which it is part* » (v. l'article de J.-P. Robé publié dans Le Monde le 26 août 2019, « Quand le big business réinvente la recette de l'eau chaude »). V. également les rapports publiés par The British Academy, *Reforming business for the 21st century* en 2018 et *Principles for Purposeful Business* en 2019, ainsi que les propos de Klaus Schwab, fondateur et président exécutif du Forum économique mondial publié sur le site Internet de la fondation, *Quel type de capitalisme souhaitons-nous vraiment ?* et *Davos Manifesto 2020 : The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution*.

développé aux États-Unis à partir du milieu du XX^e siècle, a été traduit en France comme la responsabilité sociétale des entreprises (RSE). Elle a pu être définie par la commission européenne comme « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* » et « *couvre au moins les droits de l'Homme, les pratiques en matière de travail et d'emploi, les questions environnementales et la lutte contre la fraude et la corruption* »⁶. Cette pression en faveur d'entreprises plus responsables s'exerce également au niveau de l'actionnariat des sociétés, notamment cotées. La Cour d'appel de Paris a ainsi pu constater dans un arrêt du 19 décembre 2013 : « *Un nombre croissant d'investisseurs pratiquent l'engagement, c'est-à-dire une approche qui consiste à faire pression sur les entreprises par l'exercice du droit de vote ou par le dialogue dans le but de faire évoluer leurs pratiques et tant les investisseurs institutionnels que les sociétés de gestion, associations d'actionnaires individuels, organisations non gouvernementales (ONG) utilisent ce levier d'actions pour pousser l'entreprise à élargir une responsabilité sociale et environnementale passée dans le droit positif, laquelle ne se limite plus au social tel que résultant du code du travail et notamment de l'obligation de sécurité ni à l'environnement stricto sensu au sens du code portant ce nom, mais s'étend à ce qui constitue l'entreprise comme acteur de la société où elle intervient quel qu'en soit le lieu* »⁷. De plus en plus de gérants affirment désormais juger la performance des sociétés sur des critères environnementaux, sociaux et de gouvernance, en sus de ceux traditionnels fondés sur la performance financière de la société^{8 9}.

5. Le nouvel alinéa de l'article 1833, qui s'applique à toutes les formes juridiques de sociétés, consacre la notion jurisprudentielle d'« intérêt social » au sein du Code civil, sans pour autant en proposer une définition légale, et érige en principe la gestion de la société (civile ou commerciale) conformément à son intérêt social. L'utilisation de l'adjectif possessif « son » impose que la société doit être gérée dans son intérêt propre ; un intérêt autonome qui ne s'identifie pas exclusivement à l'intérêt des associés de la société. Il conviendra de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société dans le cadre de la gestion de cette dernière. L'expression « prendre en considération » a été imposée par le Conseil d'État qui l'a préférée aux mots « en considérant » dans la mesure où, en traduisant une « *préoccupation générale dont on a conscience et non un but précis que l'on se donne*

⁶ Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'U.E pour la période 2011-2014 Com. (2011) 681 final.

⁷ CA Paris 19 décembre 2013 : Rev. Sociétés 2014, p. 306, note A. Viandier.

⁸ I. Chaperon, *Pourquoi les actionnaires disent vouloir des entreprises plus responsables*, Le Monde, 2 octobre 2019.

⁹ Afin d'éviter les risques de verdissage (greenwashing), l'AMF a précisé dans une position-recommandation du 11 mars 2020 que seules les sociétés de gestion de portefeuille ayant une politique d'investissement correspondant à un engagement significatif puissent présenter les critères extra-financiers comme un élément central de la communication du produit (Doc-2020-03).

ou que l'on doit atteindre, [elle] explique mieux la portée de la disposition »¹⁰. Cette expression a également été préférée au verbe « prendre en compte » qui « aurait signifié une matérialité des obligations pour les entreprises »¹¹. Sur ce thème, rappelons que l'article L. 225-102-1¹² du Code de commerce disposait d'ores et déjà que la déclaration de performance extra-financière insérée dans le rapport de gestion doit présenter des informations sur la manière dont la société « prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ». Selon le Conseil d'État, la référence aux exigences sociales et environnementales n'est pas inédite puisqu'« au cours des années récentes le législateur, en accord avec l'évolution générale des esprits, s'est largement attaché à conduire les sociétés à mesurer les conséquences sociales et environnementales de leurs décisions »¹³. Alain Couret avait déjà relevé depuis 2012 : « Puisque la RSE passe aujourd'hui avant tout par la production d'informations et que les questions sociales et environnementales tendent à être posées aux sociétés de façon de plus en plus précise, ceux qui détiennent le pouvoir opérationnel (les dirigeants sociaux) ou structurel (les actionnaires) ne peuvent plus faire abstraction de cette nouvelle variable de l'activité commerciale dans leur prise de décision »¹⁴. Le Rapport Notat-Senard indique que le terme « enjeux » renvoie à ce qui est *en jeu* ; « la mise, est ce que l'on risque dans une entreprise, mais aussi ce qui pourra être gagné en fin de partie »¹⁵. Les enjeux impliquent alors que « les dirigeants [aient] une considération pour les risques sociaux et environnementaux et les opportunités sociales et environnementales de leur activité »¹⁶. Les enjeux « sociaux et environnementaux » recouvrent une réalité vaste, englobant « tout ce qui touche aux activités humaines et à l'environnement social de l'entreprise », ainsi qu'à « l'environnement naturel de la société »¹⁷. Le Rapport Notat-Senard précise d'ailleurs que la responsabilité sociale est entendue au sens large et fait écho aux « enjeux sociaux (reconnaissance des

¹⁰ Avis du Conseil d'État sur un Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, n° 394.599 et 395.021, 14 juin 2018, point 102.

¹¹ Rapport de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale n°1237, Tome II, p.92. Au cours des débats parlementaires ont en effet été opposées les expressions « tenir compte » et « prendre en considération ». Il a été défendu le fait que « tenir compte fait référence à la comptabilité, c'est être comptable, ce qui est différent d'avoir de la considération » ; l'expression « tenir compte » est ainsi « plus forte » (Propos de M. Dominique Potier *in* Rapport de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale n°1237, Tome II, p.96 et *in* Compte rendu intégral de la première séance du vendredi 5 octobre 2018, Assemblée nationale).

¹² Tel que modifié par l'ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises.

¹³ Avis du Conseil d'État sur un Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, n° 394.599 et 395.021, 14 juin 2018, point 100.

¹⁴ A. Couret « Corporate Governance, RSE et communication financière ». La responsabilité sociale des entreprises : Un nouvel enjeu fiscal. Dr. fisc. 2012, 6, 131.

¹⁵ Rapport Notat-Senard, p. 46.

¹⁶ Rapport Notat-Senard, p. 46.

¹⁷ Propos de Madame Delphine Gény-Stephann *in* Compte rendu intégral de la première séance du vendredi 5 octobre 2018, Assemblée nationale.

travailleurs), sociétaux (pratiques inclusives), économiques (création et partage de la valeur) ou encore territoriaux »¹⁸.

6. Quant à la raison d'être, il pourrait être considéré que comme l'édicte l'article 1832 du Code civil, la raison pour laquelle les associés constituent une société est de « *partager le bénéfice ou de profiter d'une économie qui pourra en résulter* ». Mais le législateur a voulu qu'au-delà de l'objectif initial de la société une raison d'être puisse être adoptée par les associés. Il s'agit alors de « *l'affirmation des valeurs que la société entend poursuivre dans l'accomplissement de son objet social* »¹⁹. Elle n'est pas ainsi un objet social qui se définit comme l'activité mentionnée dans les statuts que la société a vocation à exercer. Elle n'est pas non plus l'intérêt social qui correspond à l'intérêt propre de la société, transcendant le seul intérêt des associés ou actionnaires et ayant un spectre de résonance plus large que ce dernier (cf. notion d'intérêt social, infra par. 62). Le Conseil d'État a relevé que rien n'interdit aujourd'hui à une société d'inscrire dans ses statuts une « raison d'être », c'est-à-dire « *un dessein, une ambition, ou toute autre considération générale tenant à l'affirmation de ses valeurs ou de ses préoccupations de long terme* »²⁰. Le Conseil d'État souligne cependant que cette faculté « *n'est pas dépourvue de portée normative dans la mesure où l'inscription dans les statuts obligera à s'y conformer* ».
7. Cette constatation est d'autant plus pertinente pour la société à mission prévue par l'article 176 de la loi Pacte et dont les caractéristiques sont décrites aux articles L. 210-10 à L. 210-12 du Code de commerce. Qualifiée d'« *objet juridique non identifié* »²¹, il ne s'agit pas d'une nouvelle forme juridique de société, mais plutôt d'un « label légal » auquel peuvent prétendre toutes les sociétés commerciales sous réserve de respecter certaines conditions énumérées par la loi²².

¹⁸ Rapport Notat-Senard, p. 46.

¹⁹ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 32^e édition, LexisNexis, p. 73.

²⁰ Avis du Conseil d'État sur un Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, n° 394.599 et 395.021, 14 juin 2018, point 105.

²¹ E. Masset, *Vers la société à mission ?* Revue des sociétés, 11 novembre 2018, p.635.

²² Ces conditions sont énumérées à l'article L. 210-1 du Code de commerce qui dispose qu'une société peut faire publiquement état de la qualité de société à mission lorsque les conditions suivantes sont respectées :

- ses statuts précisent (i) une raison d'être, au sens de l'article 1835 du code civil, (ii) un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité et (iii) les modalités du suivi de l'exécution de la mission poursuivie ;
- un comité de mission, distinct des organes sociaux de la société et devant comporter au moins un salarié, est chargé exclusivement de ce suivi et présente annuellement un rapport joint au rapport de gestion, mentionné à l'article L. 232-1 du code de commerce, à l'assemblée chargée de l'approbation des comptes de la société. Ce comité procède à toute vérification qu'il juge opportune et se fait communiquer tout document nécessaire au suivi de l'exécution de la mission. À noter que l'article L. 210-12 du Code de commerce indique que, s'agissant des sociétés qui emploient au cours de

8. Outre les initiatives et démarches volontaires des entreprises, le législateur ne cesse de renforcer progressivement les obligations de *reporting* et de transparence à la charge des sociétés depuis quelques années²³. Cette transparence accrue imposée aux sociétés, et notamment aux sociétés cotées, « *se présente comme dirigée vers les actionnaires, mais elle est inspirée non seulement par le souci d’informer ceux-ci, mais aussi, voire surtout, dans certains cas, le public en général. Ces obligations fréquemment modifiées ont ainsi conduit à un alourdissement considérable de l’information imposée aux émetteurs, devenue indigeste pour les actionnaires, les investisseurs et le public* »²⁴.
9. En complément de ces obligations d’informations, le législateur a imposé aux sociétés dépassant certains seuils de rendre compte de la mise en œuvre d’obligations légales comme la lutte contre la corruption, la fraude fiscale ou le devoir de vigilance²⁵.
10. Cet « *alourdissement significatif des contraintes pesant sur les sociétés* »²⁶ avait bien avant la loi Pacte suscité la question de l’impact de cet ensemble d’obligations mises à la charge des sociétés sur leur organisation et sur les responsabilités qui en découlent, ainsi que sur la responsabilité de leurs organes dirigeants.

l’exercice moins de cinquante salariés permanents, les statuts de ladite société peuvent prévoir qu’un référent de mission (qui peut être un salarié) se substitue au comité de mission ; et

- l’exécution des objectifs sociaux et environnementaux mentionnés ci-dessus fait l’objet d’une vérification par un organisme tiers indépendant.

Le décret n° 2020-1 du 2 janvier 2020 relatif aux sociétés à mission précise le rôle de l’organisme tiers indépendant et les modalités de la vérification effectuée par ce dernier sur l’exécution par la société à mission des objectifs sociaux et environnementaux mentionnés dans ses statuts et que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité.

²³ Voir notamment les articles L. 225-102-1 et R. 225-105 et suivants du Code de commerce imposant aux sociétés (cotées et non cotées) dépassant certains seuils, d’insérer dans leur rapport de gestion une déclaration de performance extra-financière, présentant « *des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* », et ce « *dans la mesure nécessaire à la compréhension de la situation de la société, de l’évolution de ses affaires, de ses résultats économiques et financiers et des incidences de son activité* » Paul Le Cannu, Bruno Dondero. Droit des sociétés, Précis Domat n° 1266.

²⁴ AFEP, MEDEF et ANSA, *Modernisation et simplification du droit des sociétés*, décembre 2017, p. 33. La Déclaration de Performance Extra-Financière (DPEF) prévue par la Directive Barnier de 2014 correspond à une description du modèle d’affaires des risques identifiés en matière sociale et environnementale et aux politiques menées par l’entreprise conformément à cette description et illustrée sous forme d’indicateurs clés de performance. Seules les informations significatives pour l’entreprise devraient être retenues.

²⁵ Les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce relatifs au plan de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre ; les articles 17 et 18 de la Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « Sapin II », concernant les mesures de lutte contre la corruption et divers manquements à la probité, etc.

²⁶ AFEP, MEDEF et ANSA, *Modernisation et simplification du droit des sociétés*, décembre 2017, p. 3.

11. La réécriture de l'article 1833 du Code civil est un symbole fort dans la mesure où cet article n'avait, jusque-là, jamais été modifié depuis 1804 et certains s'interrogent sur les répercussions de cette réécriture, notamment en matière contentieuse. Il est vrai que la loi impose maintenant aux dirigeants de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société, cette obligation s'imposant à l'ensemble des sociétés. Est-ce à dire que cette réforme est nécessairement source de contentieux ? Ce n'est pas évident. D'aucuns craignent toutefois un risque d'accroissement des actions contentieuses sur le fondement de la responsabilité civile - responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants -, tandis que d'autres ne l'anticipent pas. L'AFEP, l'ANSA et le MEDEF avaient insisté par le passé sur le fait qu'une telle réforme du code civil était « *source de risques majeurs pour les entreprises françaises sans bénéfice démontré pour les parties prenantes alors que l'utilité de cette réforme n'est pas démontrée et qu'elle n'a en outre pas d'équivalent en droit comparé* »²⁷. Était spécifiquement visée l'« *absence de critères pour identifier les parties prenantes et hiérarchiser leurs intérêts potentiellement contradictoires* » et le « *risque de contentieux : l'obligation juridique pour les organes dirigeants de la société de prendre en compte les intérêts, souvent contradictoires, des parties prenantes, pourrait nourrir un contentieux pléthorique* »²⁸. Quoiqu'il en soit, il y a fort à parier que, s'inscrivant dans l'immédiateté et bien en amont du temps judiciaire, le risque réputationnel ainsi que les répercussions médiatiques qui l'accompagnent, provoqués par le comportement (jugé par l'opinion publique) inadapté d'une société car contraire à certains intérêts sociaux ou environnementaux supérieurs seront parfois bien plus importants pour cette dernière que les conséquences judiciaires. En ce sens, on peut penser que si des organisations non gouvernementales ou des associations ayant pour objet la défense des intérêts sociétaux et environnementaux décident de s'emparer de ces nouvelles dispositions légales pour introduire des contentieux, elles le feront pour des considérations tant médiatiques qu'aux fins de structurer et de faire avancer le débat sociétal sur les enjeux sociaux et environnementaux et de peser sur le comportement des sociétés, quelles que soient les chances de succès de leur action sur le fond.

12. Il convient de préciser également que les modifications apportées au Code civil n'imposent pas une énième obligation d'information ou de *reporting* à la charge des sociétés et de leurs dirigeants. Il s'agit plutôt de favoriser, ou de mettre en exergue, une nouvelle norme comportementale, un cheminement de réflexion dans la prise de

²⁷ Contribution de l'AFEP, de l'ANSA et du MEDEF sur les aspects de droit des sociétés, Plan d'action pour la croissance et la transparence des entreprises, Novembre 2017, p. 6.

²⁸ Contribution de l'AFEP, de l'ANSA et du MEDEF sur les aspects de droit des sociétés, Plan d'action pour la croissance et la transparence des entreprises, Novembre 2017, p. 66 ; en sens contraire, pour le constat de l'absence d'apport de la loi au droit préexistant, D. Schmidt Loi Pacte et intérêt social, D. 2019.633.

décision, intégrant les problématiques sociales et environnementales qui sont les conséquences de l'activité de la société²⁹.

13. Le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris (HCJP) a constitué un groupe de travail³⁰ afin de dresser l'état actuel du droit positif de la responsabilité civile des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale et d'examiner la portée et les conséquences juridiques des modifications apportées par la loi Pacte aux articles 1833 et 1835 du Code civil.

1. EXAMEN DES NORMES EXISTANTES EN MATIERE DE RSE

14. **Constat.** La responsabilité sociale des entreprises (« **RSE** ») est une matière en constante évolution. Initialement apparue comme relevant du droit souple, ayant pour vocation de modifier ou d'orienter le comportement des entreprises et de leurs dirigeants dans un contexte de mondialisation, la RSE se composait alors principalement de normes d'application volontaire. Mais en France, comme à l'étranger, ces dernières décennies ont été propices au développement et au renforcement du cadre législatif et réglementaire. Ainsi, de nouvelles normes contraignantes ont été mises à la charge des sociétés, relatives notamment à l'information extra-financière et au *reporting* en matière de responsabilité sociale et environnementale.

15. Peuvent être cités au titre des principes directeurs que les sociétés déclarent vouloir respecter ou des normes applicables :

(i) Principes directeurs internationaux

- Les Principes pour l'investissement responsable des Nations Unies, à la suite de l'initiative du programme des Nations Unies pour l'environnement et le pacte mondial de l'ONU appelé Global Compact. La diligence raisonnable fondée sur les principes de « *Protéger, respecter et remédier* » explicitée par trente-deux principes directeurs telle qu'adoptée en 2011 par le Conseil de l'ONU.
- Les déclarations et conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) notamment sa déclaration de Principe Tripartite sur les Entreprises Multinationales et la politique sociale de 1977 revue en 2017.
- Les Principes directeurs de l'OCDE de 1976 revus en 2011, le guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises de 2018, à l'intention des entreprises multinationales constituant un code de conduite

²⁹ Il est vrai que le texte s'applique à toutes les sociétés, ce qui se comprend aisément pour les sociétés exploitant une entreprise. Cette évidence s'estompe lorsqu'il s'agit d'une société patrimoniale, comme une SCI familiale propriétaire d'un bien immobilier.

³⁰ La composition de ce groupe de travail figure en Annexe 1 du présent rapport.

détaillé, qui regroupe un ensemble de recommandations juridiquement non contraignantes que les États parties conviennent de promouvoir auprès de leurs grandes entreprises. Ces recommandations s'adressent aux grandes entreprises afin que ces dernières adoptent des pratiques de diligence adaptées aux risques qu'elles créent et traitent les impacts négatifs liés à leurs activités, à leurs chaînes d'approvisionnement et à leurs relations d'affaires³¹. Les entreprises multinationales sont notamment encouragées à « *exercer une diligence raisonnable fondée sur les risques, par exemple en intégrant cette dimension dans leurs systèmes de gestion des risques, afin d'identifier, de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, (...), et rendre compte de la manière dont elles répondent à de telles incidences. La nature et la portée de la diligence raisonnable dépendent des circonstances propres à une situation particulière* »³².

- La norme internationale ISO 26000 élaborée en 2010 par un groupe de travail composé d'environ 500 experts internationaux.
- L'accord de Paris issu de la COP 21, les recommandations juridiquement non contraignantes de la Task Force on Climate-related Financial Disclosures³³, en matière de transparence financière des entreprises liée au climat et aux risques et opportunités associés à l'attention des entreprises³⁴.
- Les différents recommandations ou principes en application de la convention sur les zones humides (1971) ou celles qui concernent la diversité biologique (COP 11).

(ii) Les normes européennes

- Directive européenne 2014/95/UE du 22 octobre 2014 relative à la publication d'informations sociales et environnementales conjointement à d'autres directives sectorielles prévoyant un *reporting* pays par pays, comme par exemple, celle du 26 juin 2013³⁵ pour les entreprises actives dans l'industrie

³¹ Audition de Madame Maylis Souque, secrétaire générale du PCN français, par les membres du groupe de travail le 12 juin 2019.

³² OCDE, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, édition 2011, p. 23.

³³ Groupe d'experts créé en 2015 lors de la COP21 par le Conseil de stabilité financière du G20 et présidé par Michael Bloomberg.

³⁴ V. le site Internet de la *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* : <https://www.fsb-tcfd.org/>.

³⁵ V. plus particulièrement : les piliers de la directive, les lignes directrices de 2017 ainsi que celles de juin 2019 sur le climat. Le rapport de l'AMF de novembre 2019 ayant précisé quant à la double matérialité introduite par la directive que « *cette nouvelle approche marque une étape structurelle dans le paysage*

extractive et forestière (paiements effectués au profit de gouvernements dans les pays où elles exercent leurs activités) ou celle de la même date concernant les établissements de crédit (liste des pays dans lesquels ils sont établis) ou également la directive concernant la communication par certaines entreprises d'informations relatives à l'impôt sur les bénéfices.

Initialement, la RSE avait été définie par la Commission européenne comme « *un concept qui désigne l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes* ». La RSE est maintenant entendue comme étant « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* » (définition de 2011).

(iii) Les normes françaises

- Mesure de transparence et de *reporting* sur les sujets relatifs à la responsabilité sociale et environnementale (loi NRE³⁶, Grenelle 2³⁷, transparence en matière de rémunération des dirigeants, lutte contre les discriminations, politiques de diversité, *reporting* climatique, d'économie circulaire, lutte contre le gaspillage alimentaire, de respect des droits de l'Homme et de lutte contre la fraude fiscale, informations concernant les sociétés d'extractions minières, transposition de la directive RSE sur l'information extra-financière, *etc.*).
- Loi constitutionnelle relative à la charte de l'environnement : « *toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* » (article 2)³⁸.
- Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre³⁹
- Mesures de lutte contre la corruption et divers manquements à la probité (loi Sapin 2)⁴⁰ ;

du reporting extra-financier français dans la mesure où elle est fondée sur des notions de matérialité et de pertinence des informations pour les parties prenantes et les sociétés elles-mêmes et/ou les anciennes dispositions réglementaires (dites « Grenelle 2 ») mettaient l'accent sur l'exhaustivité de l'information ».

³⁶ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

³⁷ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

³⁸ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

³⁹ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

⁴⁰ 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.

- Lois et règlements substantiels en matière sociale et environnementale imposant des règles précises sur de nombreux aspects de l'activité de la société (droit social, droit de l'environnement, *etc.*).

16. **Manque de clarté et de lisibilité.** En raison de l'accumulation de ces diverses obligations, auxquelles s'ajoutent les nombreuses initiatives prises par les entreprises afin de rendre compte de leurs pratiques RSE (en utilisant des référentiels d'ailleurs variables comme GRI, SASB, IIRC...), la quantité d'informations mises à la disposition du public par les entreprises devient excessive. Cette inflation peut s'expliquer par les demandes des différentes parties prenantes (investisseurs, agences de notation, ONG, sociétés civiles, salariés...) et a des conséquences sur la qualité de l'information transmise, ces éléments rendant alors difficile la comparaison entre les sociétés (plus particulièrement entre des sociétés de nationalités différentes) des pratiques et des données communiquées en matière de RSE. Ces superpositions de textes législatifs et réglementaires avec des champs d'application différents, associées à la création de nombreuses normes⁴¹, peuvent ainsi se révéler préjudiciables à la qualité, à la clarté et à la lisibilité de l'information transmise par les sociétés en matière de RSE⁴². La Commission européenne a initié une consultation en vue d'une révision de la directive RSE de 2014. À cette occasion, de nombreuses questions sont posées : quelles informations faut-il reporter ? Faut-il imposer un standard de *reporting* ?... Il est très probable qu'à l'issue de cette consultation, la directive RSE soit à nouveau modifiée en vue de l'amélioration de l'information communiquée au marché.

17. À ce sujet, l'AFEP, l'ANSA et le MEDEF ont souligné que la superposition des dispositions obligatoires et des initiatives volontaires des entreprises, sans cohérence, était source de difficultés d'application et de coûts pour ces dernières, mais aussi d'interprétation pour les parties prenantes. Ils préconisent donc « *de retravailler leur articulation et leur cohérence d'ensemble afin de simplifier l'exercice de conformité et de donner au marché non pas une information sans cesse plus volumineuse, mais une information lisible et pertinente adaptée à l'activité de la société et à son environnement* »⁴³.

⁴¹ V. l'avis publié en novembre 2019 par la Plateforme RSE « *RSE et performance globale : mesures et évaluations, État des lieux des pratiques* » détaillant les normes volontaires, généralistes ou thématiques, élaborées par des organismes publics nationaux ou internationaux sur lesquelles peuvent s'appuyer les entreprises.

⁴² Dans son rapport sur la RSE publié le 14 novembre 2019, l'AMF précise que « *la multiplicité des initiatives privées et publiques renforce le besoin d'un cadre plus uniforme et largement partagé* ». Ce même rapport mentionne que « *l'AMF est favorable à une révision de la directive n°2014/95 UE par la Commission européenne pour faire évoluer le cadre de reporting extra-financier au niveau européen dans le sens de la complétude, la cohérence et la comparabilité* ».

⁴³ Contribution de l'AFEP, de l'ANSA et du MEDEF sur les aspects de droit des sociétés, Plan d'action pour la croissance et la transparence des entreprises, Novembre 2017, Fiche 2.

18. Plusieurs travaux de place militent ainsi en faveur d'une « rationalisation » de l'information en matière de RSE⁴⁴. Quant à l'Union européenne, elle a présenté un ensemble législatif en mai 2018 sur la finance durable « dont l'objectif est d'aider à réorienter les flux financiers vers la transition écologique afin d'en assurer le financement »⁴⁵. La Commission européenne a notamment proposé d'établir un système européen de classification unifié des activités durables en matière de changement économique (« taxonomie »). Les acteurs économiques pourraient ainsi identifier les activités considérées comme durables et prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause⁴⁶. Une fois que sera prête la taxonomie en matière de climat, elle entend également présenter une initiative d'harmonisation des indicateurs de référence incluant les émetteurs bas carbone, sur la base d'une méthodologie solide pour calculer leur empreinte carbone⁴⁷. La Commission prévoit enfin de créer un laboratoire européen sur le *reporting* d'entreprise afin de promouvoir l'innovation en matière de comptabilité environnementale et d'évaluer l'incidence des IFRS sur les investissements durables en étudiant la possibilité de traitements comptables autres que l'évaluation de la juste valeur pour les portefeuilles d'investissement à long terme en actions et instruments assimilés⁴⁸. À ce titre, certains auteurs recommandent une modification des règles

⁴⁴ En ce sens notamment, voir les propositions formulées par les entreprises de l'AFEP dans le rapport intitulé « *Vers une rationalisation du reporting RSE* », Octobre 2019. Dans ce rapport, au moins trois directions sont estimées nécessaires aux fins de parachever l'effort de rationalisation : (i) continuer de faire converger les critères de détermination du champ d'application des obligations de *reporting*, (ii) éviter les obligations d'information redondantes ou inutiles et (iii) redonner sa cohérence à la réglementation par sa focalisation sur les informations significatives et son renvoi vers des référentiels sectoriels pour harmoniser les indicateurs. Voir également : le rapport intitulé « *Garantir la pertinence et la qualité de l'information extra-financière des entreprises : une ambition et un atout pour une Europe durable* » présenté au ministre de l'Économie et des Finances par Patrick de Cambourg, président de l'Autorité des normes comptables, mai 2019 ; le rapport intitulé « *Toward Common Metrics and Consistent Reporting of Sustainable Value Creation* » mis en consultation en janvier 2020 par le *World Economic Forum*, proposant la création d'un ensemble commun d'indicateurs et d'informations ESG que les entreprises pourraient utiliser aux fins d'harmonisation leurs différents rapports et déclarations réalisés en matière RSE. Cf. également rapport de novembre 2019 publié par l'AMF « *afin de répondre pleinement à l'esprit de la déclaration de performance extra-financière, il est important de privilégier la concision de la déclaration de performance extra-financière en la limitant aux seuls risques et opportunités que la société considère comme matériels (ENJEU n°II)* »

⁴⁵ https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/green-finance_fr.

⁴⁶ Finance durable : plan d'action de la Commission pour une économie plus verte et plus propre, 8 mars 2018, Action n°1.

⁴⁷ Finance durable : plan d'action de la Commission pour une économie plus verte et plus propre, 8 mars 2018, Action n°5.

⁴⁸ Finance durable : plan d'action de la Commission pour une économie plus verte et plus propre, 8 mars 2018, Action n° 7. Cf. le discours de Valdis Dombrovskis du 19 février 2020 à la *IFRS Foundation conference*, « *Financial reporting: remaining relevant in a changing environment* » et le rôle que pourrait jouer l'EFRAG.

comptables afin que la performance sociale et environnementale de l'entreprise ait une incidence directe sur sa performance financière⁴⁹.

2. RSE ET RESPONSABILITE CIVILE DES SOCIETES ET DE LEURS DIRIGEANTS

19. **Alternative à la saisine du juge.** À titre liminaire, lorsque les Principes directeurs de l'OCDE ont vocation à s'appliquer, la saisine des Points de contact nationaux (PCN) peut constituer une solution de remplacement au contentieux judiciaire pour les parties prenantes, compte tenu des difficultés qu'elles rencontrent parfois pour engager la responsabilité civile des sociétés multinationales en matière sociale et environnementale. Les PCN sont « *des instances établies par les gouvernements adhérents pour promouvoir et mettre en œuvre [c]es Principes directeurs. Les PCN aident les entreprises et leurs parties prenantes à prendre les mesures adéquates pour en renforcer encore l'application. Ils constituent un pôle de médiation et de conciliation permettant de résoudre les problèmes pratiques susceptibles de se poser* »⁵⁰. Le PCN français est ainsi une « *instance de règlement non juridictionnel des différends* »⁵¹ (composé de représentants des entreprises, des syndicats et de l'Administration sous le contrôle de la Direction Générale du Trésor), chargé notamment d'examiner les questions, dites « circonstances spécifiques », dont il est saisi. Le règlement intérieur du PCN français indique que « *ces circonstances spécifiques concernent des activités susceptibles d'être non conformes aux Principes et qui sont le fait d'entreprises multinationales françaises en quelque pays que ce soit ou qui sont le fait d'entreprises étrangères en France* ». Ces saisines ne peuvent être assimilées à des procédures judiciaires. Ainsi, le PCN doit « *veiller à éviter toute interférence avec d'éventuelles procédures judiciaires ou administratives ayant cours en France et concernant les cas traités. S'il est saisi de cas qui font par ailleurs l'objet d'une procédure judiciaire ou administrative, il ne poursuivra son examen que si son intervention apporte une valeur*

⁴⁹ J.-P. Robé, *Les entreprises doivent rendre compte de leur viabilité environnementale*, Le Monde, 21 décembre 2017.

B. Colasse, *Comptabilité et vision de l'entreprise – Sur les normes comptables internationales*, Le Débat 2016/5, n°192, p. 83-93 : Concernant la vision de l'entreprise, telle que découlant des normes comptables internationales actuelles : « *Il semble évident que de nombreuses parties concernées par ses activités ne peuvent se satisfaire d'une telle vision de l'entreprise qui fait en particulier l'impasse sur les impacts sociaux et écologiques de ses activités, sauf, évidemment, lorsque ces impacts ont une incidence négative sur sa performance financière* ».

À noter également que des projets très innovants de comptabilité environnementale existent, mais sont encore au stade expérimental : dans son ouvrage « *Comptabilité et développement durable* » (Economica 2012), J. Richard promeut une méthode de comptabilité environnementale en cours d'expérimentation, la méthode CARE (Comptabilité Adaptée au Renouvellement de l'Environnement).

⁵⁰ *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, édition 2011, OCDE, p. 3.

⁵¹ V. Mercier, *Le rôle des parties prenantes dans l'évolution du droit des sociétés*, Joly Sociétés, 01/11/2019, n°11, p. 44.

ajoutée réelle par rapport à ces procédures, notamment du fait de son caractère transnational »⁵².

La mise en cause de la responsabilité civile des sociétés sur le fondement de la faute de droit commun

20. Afin de caractériser une faute, il convient en principe « *d'établir la méconnaissance d'un devoir ou d'une obligation imposée par l'ordre juridique* »⁵³. Toutefois, les articles 1240 et 1241 du Code civil (anciennement articles 1382 et 1383) ont déjà permis au juge de sanctionner des fautes de négligence ou d'imprudence sans que ne soit requise la violation d'une norme légale ou réglementaire décrivant un devoir ou un comportement précis. Il existe ainsi des « *devoirs extra-contractuels qui ne sont explicités par aucune disposition écrite* »⁵⁴, la jurisprudence française affirmant que « *l'observation de toutes les dispositions légales et réglementaires ne suffit pas à mettre l'auteur d'un dommage à l'abri d'une action en responsabilité civile et en se reconnaissant la possibilité de sanctionner comme « fautifs » tous les comportements qui, bien que non incriminés par un texte particulier, paraissent contraires à ce que certains auteurs ont appelé la « norme fondamentale de comportement » et d'autres la « norme générale de civilité* »⁵⁵. L'article 1241 du Code civil prévoit expressément que la négligence ou l'imprudence permet d'engager la responsabilité : il y a bien une base légale au fait de sanctionner une imprudence ou une négligence, même si celle-ci peut être appréciée en référence à une norme fondamentale de comportement (qui se rattache quand même le plus souvent à une disposition légale ou réglementaire de manière certes plus ou moins lointaine).

21. Cela d'autant plus qu'en l'absence de définition légale de la faute en droit français⁵⁶ (à noter qu'il n'existe pas en outre de disposition spécifique à la responsabilité pour faute

⁵² Règlement intérieur du PCN français, 17 mars 2014, par. 30. Voir les décisions Devcot, Sodexo, Molea, Accor, Socaripalm commentées dans *Entreprise et développement durable* par F.G. Trébulle, environnement n°12, Lexis 360.

⁵³ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Traité de droit civil Les conditions de la responsabilité*, 4^e édition, LGDJ 2013, par. 445.

⁵⁴ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Traité de droit civil Les conditions de la responsabilité*, 4^e édition, LGDJ, par. 450.

⁵⁵ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Traité de droit civil Les conditions de la responsabilité*, 4^e édition, LGDJ, par. 450.

⁵⁶ L'article 1242 du projet de réforme de la responsabilité civile rendu public par le ministère de la Justice le 13 mars 2017 définit la faute de la manière suivante : « constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ». Au-delà de la violation d'une prescription légale, la référence aux manquements au devoir général de prudence ou de diligence permettra certainement d'accueillir l'ensemble des fautes aujourd'hui reconnues sur le fondement de l'article 1240.

d'une personne morale⁵⁷), les juges du fond ont d'ores et déjà la faculté de retenir une conception très large de la notion, lorsqu'ils sont amenés à en déterminer les éléments caractéristiques⁵⁸. Il n'est de ce fait pas nécessaire qu'une disposition légale soit violée pour caractériser une faute qui peut également résulter de l'inobservation d'un principe général du droit, d'une coutume impérative ou même d'un simple usage, d'une réglementation d'origine purement privée (comme, par exemple, le règlement d'une compétition sportive ou des règles déontologiques), ou encore des directives imposées par un syndicat, une association ou un ordre professionnel à leurs membres, notamment sur le plan déontologique, *etc.*⁵⁹.

2.1. Responsabilité civile et normes RSE existantes

a) Responsabilité sur le fondement de déclarations et d'engagements

22. Qu'ils résultent de dispositions légales et réglementaires ou de démarches volontaires, les engagements ou déclarations en matière sociale et environnementale des entreprises sont d'ores et déjà susceptibles de fonder des actions en responsabilité de la part des tiers.

23. **Déclarations et engagements issus de dispositions légales et réglementaires.** À titre d'exemple, en cas d'information incomplète ou trompeuse contenue dans la déclaration de performance extra-financière intégrée au rapport de gestion, un tiers pourrait en principe engager la responsabilité civile de la société selon le régime de droit commun, sous réserve de justifier que la violation d'une disposition légale, laquelle constitue une faute, lui a causé un préjudice.

24. **Le secteur bancaire et financier** est tout particulièrement visé par cette nécessité d'identifier et d'appréhender les risques sociaux et climatiques et par cette volonté d'inscrire la transition économique, sociale et environnementale au cœur de la stratégie des entreprises et des investisseurs. L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) considère en effet que « *les enjeux liés à ce changement climatique sont*

⁵⁷ L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile publié par la chancellerie le 13 mars 2017 a proposé un nouvel article 1242-1 ainsi rédigé : « La faute de la personne morale résulte de celle de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement. » Toutefois, cet article a été présenté entre crochets, ce qui traduit les hésitations du ministère sur cette question. Le Rapport sur l'introduction des règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extra-contractuelle (HCJP sous la présidence de G. Canivet) a recommandé de ne pas retenir une telle disposition dans ce projet de réforme.

⁵⁸ Les juges du fond apprécient souverainement les faits dont ils déduisent l'existence ou l'absence de faute, mais la Cour de cassation contrôle la qualification juridique de la faute, même si elle n'en a jamais proposé de définition. G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Traité de droit civil Les conditions de la responsabilité*, 4e édition, LGDJ, par. 440.

⁵⁹ G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Traité de droit civil Les conditions de la responsabilité*, 4ème éd., LGDJ 2013, n° 461.

considérables et le rôle du secteur financier dans le financement de la transition vers une économie bas carbone déterminant » et relève qu'il convient de « *protéger les institutions financières des risques liés au changement climatique en s'assurant qu'elles les ont clairement identifiés et qu'elles ont mis en place une structure et des modalités appropriées de gestion de ces risques dans une perspective de stabilité financière* »⁶⁰. Afin d'illustrer les nouveaux contentieux liés aux risques climatiques, l'ACPR indique dans son rapport de 2019 qu'une banque australienne a fait l'objet de poursuites par des actionnaires qui lui reprochaient d'avoir violé le droit des sociétés australien en ne divulguant pas les risques commerciaux liés aux changements climatiques. La banque ayant publié des informations supplémentaires, un désistement s'en est suivi. Il est maintenant fréquent de voir des banques mises en cause dans le financement de l'industrie du charbon par différents activistes ayant déjà agi ou menaçant d'agir à cet effet⁶¹. Mais comme le relève l'ACPR, « *une première revue des débats juridiques en cours suggère que l'identification d'un lien de causalité entre les conséquences du changement climatique et l'action d'une entreprise, et a fortiori d'une banque, demeure un défi considérable. Si l'ampleur du risque à proprement parler de responsabilité (directe ou indirecte) pour les établissements bancaires semble donc limitée à court et moyen terme, la jurisprudence pourrait rapidement évoluer...* ». En l'état, cette évolution ne semble pas envisageable à court terme.

25. Sanctions pour informations trompeuses. De même, un émetteur qui diffuserait des informations donnant des indications fausses ou trompeuses sur sa situation ou ses perspectives dans le cadre des déclarations qu'il effectue⁶² ou de l'adoption de (ou de références faites à) sa raison d'être statutaire, pourrait faire l'objet d'une sanction pécuniaire prononcée par la commission des sanctions de l'AMF⁶³, voire d'une sanction

⁶⁰ ACPR, Analyses et synthèses, rapports intitulés « *Le changement climatique : quels risques pour les banques et assurances ?* » p.2 et n°101-2019 « *Les groupes bancaires français face au risque climatique* ».

⁶¹ Climat : les banques sous la menace de procédures judiciaires, G. Nedelec, les Échos vendredi 6 mars 2020.

⁶² V. les accusations récentes, ayant donné lieu à un procès devant la Cour suprême de l'État de New York, à l'encontre de l'une des plus grandes entreprises pétrolières américaines, accusée d'avoir fait des déclarations inexactes sur ses pratiques et procédures en matière d'action climatique ayant trompé les investisseurs. Le 10 décembre 2019, le juge américain a rejeté les poursuites du Procureur général de l'État de New York contre ladite société pétrolière, précisant qu'il devait rendre une décision dans un dossier de fraude boursière, et non une décision en matière de changement climatique ; en l'espèce, la Cour n'a pas été convaincue que les éléments litigieux qualifiés d'inexactes et de trompeurs communiqués au marché aient pu avoir une incidence importante sur les décisions des investisseurs (Cour suprême de New York, 10 décembre 2019, n° 452044/2018).

⁶³ L'article 12.1.c) du Règlement (UE) n°596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché dispose que la notion de « *manipulation de marché* » couvre la diffusion « *des informations, que ce soit par l'intermédiaire des médias, dont l'internet, ou par tout autre moyen, qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses en ce qui concerne l'offre,*

pénale pour délit de fausse information du marché⁶⁴. Il est toutefois loin d'être évident que cette information puisse s'analyser en une manipulation de marché. Il faudrait prouver qu'elle donne des indications trompeuses sur l'offre ou la demande ou fixe le cours à un niveau anormal de l'instrument financier concerné. En revanche, elle pourrait constituer un manquement à l'information susceptible d'être sanctionné sur le fondement de l'article L. 621-15 par renvoi à l'article L. 621-14 II qui vise « *Tout autre manquement de nature à porter atteinte à la protection des investisseurs* ». Ces sanctions sont également susceptibles de viser les dirigeants⁶⁵ de la société. Dans ce cas, pourrait être également initiée une action en responsabilité civile par une partie lésée sur le fondement d'une telle condamnation. Suivant les circonstances, la diffusion de telles informations (RSE spécialement) pourrait également constituer une pratique commerciale trompeuse⁶⁶.

26. Engagements pris volontairement par les entreprises⁶⁷. Les engagements pris volontairement par les entreprises dans le domaine environnemental ou sociétal⁶⁸ sont d'ores et déjà susceptibles d'engager leur responsabilité, sur le fondement de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle.

Il convient cependant qu'il s'agisse d'engagements suffisamment précis : la Cour d'appel de Versailles a ainsi jugé que le non-respect des engagements souscrits du fait de l'adhésion au Pacte mondial ou de code éthique n'avait aucune incidence juridique.

la demande ou le cours d'un instrument financier, (...), ou fixent ou sont susceptibles de fixer à un niveau anormal ou artificiel le cours d'un ou de plusieurs instruments financiers, (...), y compris le fait de répandre des rumeurs, alors que la personne ayant procédé à une telle diffusion savait ou aurait dû savoir que ces informations étaient fausses ou trompeuses ». V. surtout l'article L.621-15 du Code monétaire et financier.

⁶⁴ Code monétaire et financier, art. L. 465-2-3 : « *est puni des peines prévues au A du I de l'article L. 465-1 [soit cinq ans d'emprisonnement et de 100 millions d'euros d'amende, ce montant pouvant être porté jusqu'au décuple du montant de l'avantage retiré du délit, sans que l'amende puisse être inférieure à cet avantage] le fait, par toute personne, de diffuser, par tout moyen, des informations qui donnent des indications fausses ou trompeuses sur la situation ou les perspectives d'un émetteur ou sur l'offre, la demande ou le cours d'un instrument financier ou qui fixent ou sont susceptibles de fixer le cours d'un instrument financier à un niveau anormal ou artificiel* ».

⁶⁵ S'agissant des sanctions administratives et pénales en matière d'information, c'est en principe le directeur général (voire le directeur financier) qui est concerné et non le conseil d'administration.

⁶⁶ Cf. C. cons. Art. L. 121-1 et s. ; *infra* n° 30.

⁶⁷ À compter de 2020 « *l'ACPR et l'AMF publieront annuellement un rapport fournissant une indication sur les engagements pris par les entités de la place en faveur du climat et les conditions de leur mise en œuvre effectives. Le rapport annuel des autorités fera toute recommandation visant à améliorer le suivi des engagements individuels des acteurs de la place et à développer les outils et le cadre réglementaire en faveur du développement de la finance durable* » (extrait du communiqué de l'AMF du 2 juillet 2019).

⁶⁸ Il s'agit par exemple d'engagements pris par le biais de chartes, de codes de bonne conduite ou de déclarations sur le site internet.

En effet, elle a considéré que « *le Pacte mondial, comme les codes d'éthique, expriment des valeurs que les sociétés souhaitent voir appliquer par leur personnel dans le cadre de leurs activités pour l'entreprise. Cadres de référence, ils ne contiennent que des recommandations et des règles de conduite sans créer d'obligations ni d'engagements au bénéfice de tiers pouvant en solliciter le respect* »⁶⁹. Comme il est relevé dans le rapport sur l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extra-contractuelle du HCJP : « *La frontière entre engagements susceptibles de mettre en cause la responsabilité d'une société et ceux qui sont dépourvus de juridicité pourrait passer par le caractère plus ou moins précis des engagements assumés. Comme le souligne la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire précitée, il ne s'agissait que de valeurs revendiquées par la société, et non d'engagements précis. On peut penser que la probabilité sera, à l'inverse, beaucoup plus grande pour une société de voir sa responsabilité engagée en cas de violation d'engagements précis* ».

27. Les juges pourraient prendre en compte le fait que les entreprises sont susceptibles de tirer un profit (notamment économique) de tels engagements volontaires⁷⁰.

28. Une société ayant agi en contrariété avec des engagements sociaux ou environnementaux formulés publiquement, selon une démarche volontaire, en des termes précis⁷¹ pourrait voir sa responsabilité engagée par des investisseurs institutionnels socialement responsables⁷² qui invoqueraient le triptyque classique de la responsabilité : faute, lien de causalité et préjudice. Ces derniers pourraient en effet arguer que leur décision d'investissement a été prise sur la base d'informations trompeuses données par la société, et que, la société cible ne respectant pas leurs critères d'investissement responsable, ils ont été contraints de céder leur participation à un prix décoté et ont, de ce fait, subi un préjudice financier et, éventuellement, moral. Il convient toutefois de rappeler que la jurisprudence n'indemnise les investisseurs que pour une perte de chance d'investir ses capitaux dans un autre placement ou de renoncer

⁶⁹ CA Versailles, 22 mars 2013, n° 11/05331 rendu à l'occasion d'une action de l'Association France Palestine Solidarité et de l'Organisation de Libération de la Palestine contre des sociétés du groupe Alstom et Veolia ayant participé à la construction du Tramway de Jérusalem.

⁷⁰ F.G. Trébulle, *Responsabilité sociétale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale : Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mars 2003, n° 43 : « *L'éthique paye* ». « *Si les consommateurs achètent davantage, si des partenaires se présentent en confiance, c'est sur la foi de la promesse d'une relation non seulement profitable, mais en plus respectueuse de l'environnement et des droits fondamentaux* ».

⁷¹ Certaines sociétés assument des engagements très précis : à titre illustratif, telle société s'est engagée sur son site internet à cesser d'investir dans toute entreprise dont le chiffre d'affaires est lié au carbone pour plus de 30%, telle autre société s'est engagée, par déclaration publique de son dirigeant, à ce que toutes ses matières premières renouvelables soient issues de sources responsables d'ici 2020.

⁷² L'investissement dit ISR est un concept défini comme rassemblant « *toutes les démarches qui consistent à intégrer des critères extra-financiers, en plus des critères financiers, dans les décisions de placements et la gestion de portefeuilles* » V. Mercier et D. Poracchia, *L'investissement socialement responsable : quelle crédibilité ?* BJB, sept. 2014, n°111, p. 407.

à celui déjà réalisé, ce qui peut dissuader les investisseurs d'agir en responsabilité (cf. discussion infra sur le préjudice indemnisable)⁷³.

29. De même, la responsabilité d'une société pourrait être engagée par des organismes non gouvernementaux ou des associations⁷⁴ ayant pour objet la défense des intérêts sociétaux et environnementaux au motif que le non-respect des engagements éthiques de ladite société, dont on retiendrait qu'il constitue une faute, leur a causé un préjudice moral⁷⁵ (cf. également discussion sur la recevabilité de ces actions § 45 et suivants). Un auteur relève ainsi que « *le préjudice moral éprouvé par des consommateurs – ou des associations de consommateurs ou de défense de l'environnement – (pourrait être) caractérisé chaque fois que l'entreprise a fait naître une attente, déterminé par ses affirmations un comportement d'achat ou d'investissement : elle devra répondre des désillusions que ses manquements provoquent* »⁷⁶.

30. **Règles internes à la société.** Quelques arrêts ont retenu que la faute d'une société pouvait être caractérisée en cas de manquement à ses règles internes, constitutives d'un droit souple⁷⁷ :

- dans l'affaire Erika⁷⁸, les juges du fond approuvés par la Cour de cassation se sont notamment fondés sur des documents internes de la société mère afin de caractériser une carence fautive dans l'exercice de son contrôle sur sa filiale. Ces documents comportaient des règles de contrôle privé (*vetting*)⁷⁹ qui ont pour objet la prévention des risques de pollution maritime.

⁷³ Cass. Com. 9 mars 2010 n°08-21.793, Bull. 2010, IV, n° 48. Voir J.VJ Klein L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées pour une meilleure appréhension du préjudice subi par les victimes. JCPG 13 avril 2015, n° 15, Doctr. 455.

⁷⁴ L'article 31 du Code de procédure civile, qui pose le principe de l'intérêt légitime à agir, n'est aujourd'hui plus un obstacle à l'action en responsabilité d'une ONG. La Cour de cassation considère désormais qu'une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs, dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social (Cass. 2e civ., 27 mai 2004 : D. 2004, p. 293 ; RTD com. 2004, p. 255. – Cass. 3e civ., 26 sept. 2007 : D. 2007, p. 2760, obs. F. Nési).

⁷⁵ Exemple en matière environnementale : Cass. 3e civ., 8 juin 2011, n° 10-15.500 : « *L'infraction à la police des installations classées de nature à créer un risque de pollution majeure pour l'environnement porte atteinte aux intérêts collectifs défendus par les associations et leur cause un préjudice moral indirect dont elles peuvent obtenir réparation.* »

⁷⁶ F. G. Trébulle, *Responsabilité sociétale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale : Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mars 2003, n° 35, 56

⁷⁷ Bien qu'ils ne s'appliquent pas à des engagements sociétaux ou environnementaux en tant que tels, ils révèlent que les engagements volontaires pris par les sociétés peuvent être source de responsabilité.

⁷⁸ Cass. Crim., 25 septembre 2012, n°10-82.938, D. 2012. 2711.

⁷⁹ Le *vetting* est un instrument de prévention répandu dans le transport maritime qui renvoie à un ensemble de règles et procédures d'origine privée et facultative ayant pour objet d'examiner la qualité des navires affrétés.

- La Cour de cassation a également condamné une société éditrice d'un journal, la société Trader Com France, sur le fondement de sa charte interne. Cette charte garantissait en effet un contrôle des annonces diffusées. Or, le journal avait laissé paraître une annonce comportant des mentions erronées. L'absence de contrôle de son contenu, contrairement à ce que laissait présager la charte, a été considérée comme constitutive d'une faute à l'égard du lecteur au titre de la responsabilité délictuelle⁸⁰.

31. **Différentes sources d'obligations.** En présence d'engagements non contraignants, la société pourrait également être poursuivie par des tiers sur d'autres fondements (le présent paragraphe ne correspond pas à proprement parler au droit objectif mais plutôt à un droit prospectif), tels que :

- **l'obligation naturelle** : la notion a été introduite dans le Code civil par le nouvel article 1100 selon lequel les obligations « *peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui* ». Un engagement d'une entreprise pourrait ainsi être rendu juridique lorsqu'il est soutenu par un devoir de conscience. Un tel devoir de conscience ne serait pas difficile à caractériser pour toute entreprise qui aurait attenté aux droits de l'homme ou causé de graves dommages à l'environnement. Dès lors, un engagement même « mou » de sa part qui concernerait ces comportements pourrait constituer une promesse d'exécution d'un devoir de conscience et être rendu exécutoire⁸¹ ;
- **l'engagement unilatéral de volonté** : en dehors même de l'obligation naturelle, si une société manifeste unilatéralement sa volonté de s'engager, son engagement peut devenir une obligation juridique reconnue par le droit positif⁸². Pour certains auteurs⁸³, une déclaration revêtant un caractère suffisamment précis, faite par une entreprise dans le cadre d'une charte éthique ne peut constituer une simple proclamation de principe et doit s'analyser comme la reconnaissance d'une obligation (quand bien même l'entreprise aurait précisé qu'une telle déclaration ne constitue pas un engagement juridique). À ce titre, la Cour de cassation a reconnu qu'un simple engagement moral, c'est-à-dire sans manifestation d'une volonté de

⁸⁰ Cass. 2e Civ., 10 juin 2004, n° 02-19600 (Hebdo Mag France – Trader Com France).

⁸¹ M. Fabre-Magnan, *Les fausses promesses des entreprises : RSE et droit commun des contrats*, Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, LGDJ, 2018, p. 451, spé. p. 454

⁸² Certains auteurs soulignent que l'analyse de l'engagement éthique comme engagement unilatéral de volonté peut être une solution intéressante « *dans le contexte social actuel, traversé par des attentes écocitoyennes fortes, [où] les acteurs économiques ont un devoir moral de contribuer au bien commun.* » (M.-P. Blin, I. Desbarats, G. Jazottes, V. Vidalens, *Entreprise et Développement durable* : Lamy Axe Droit, 2011, 120).

⁸³ F.G. Trébulle, *Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale)*, Rép. Sociétés Dalloz mars 2003, n° 50.

s'obliger, pouvait avoir une valeur juridiquement contraignante s'il était suffisamment précis pour l'auteur de cet engagement⁸⁴ ⁸⁵. On notera à cet égard que le Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 reconnaît l'engagement unilatéral en tant que manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit.⁸⁶

- **le quasi-contrat** : l'engagement d'une entreprise en matière de développement durable, formalisé par la diffusion auprès de ses parties prenantes via un site internet ou un code de bonne conduite pourrait constituer un quasi-contrat⁸⁷ ⁸⁸. Ce fondement ne semble pas remis en cause par la modification récente du Code civil en prévoyant que « *les quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié* », le nouvel article 1300 du Code civil laisse entendre qu'il existe d'autres types de quasi-contrats qui ne sont pas appréhendés par le sous-titre en question, conférant ainsi une certaine marge de manœuvre aux juges pour créer de nouvelles catégories de quasi-contrats⁸⁹ ; un membre du groupe de travail a souhaité émettre d'expresses réserves sur la possibilité d'avoir un tel fondement pour une action judiciaire.

- à l'égard des cocontractants, **la responsabilité contractuelle** : si l'entreprise signifie à ses cocontractants l'importance des engagements éthiques mais également climatiques ou environnementaux par exemple et en fait un outil de communication, ces engagements pourraient s'intégrer au champ contractuel et

⁸⁴ Cass. Com., 23 janvier 2007, n° 05-13.189 : « *Mais attendu qu'en s'engageant, fût-ce moralement, "à ne pas copier" les produits commercialisés par la société Créations Nelson, la société Camaieu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente ; que la cour d'appel [...] en a donc exactement déduit que cette clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable.* »

⁸⁵ Voir J. Mestre, *L'article 1134 du code civil et la pesée juridique des mots*, RTD Civil, 2007, p. 340.

⁸⁶ Les juges devraient toutefois déterminer la portée des réserves que peuvent contenir les déclarations ; discussion juridique déjà connue entre la volonté réelle et la volonté déclarée.

⁸⁷ Le tribunal d'instance de Lyon, sur le fondement de l'article 1371 (ancien) du Code civil, a jugé que : « *En l'espèce, vu la copie du site internet de la société AFFCOM et le label qualité AFFIGEST qui y figure prétendant garantir une prestation conforme aux réglementations en vigueur, force est d'observer, eu égard aux infractions mentionnées ci-dessus, que la société AFFCOM a manqué à son engagement volontaire, unilatéral et public de respecter la réglementation en matière de publicité et de pré enseignes* » (TI Lyon, 13 février 2015, n°11-13-002572). Le nouvel article 1300 du Code civil (anciennement article 1371) prévoit désormais une liste des quasi-contrats : la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié.

⁸⁸ V. Mercier, *Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés*, Dr. Sociétés, avril 2011. Parachkevoca, J.-P. Gastaud, E. Mouial Bassilana, M.-P. Blin-Franchomme et M. Teller, *Droit des sociétés et responsabilité civile – Perspectives et évolutions récentes*, Actes pratiques et ingénierie sociétariaire n° 127, janvier 2013, dossier 1.

⁸⁹ O. Deshayes, T. Genicon, Y.M. Laithier, *Réforme du droit des contrats et du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e édition, LexisNexis, 10/2018.

tout manquement pourrait être assimilable à une inexécution contractuelle⁹⁰ ; de même, lorsque les déclarations volontaires sont intégrées ou annexées à des contrats, les engagements sont contractualisés « *ils peuvent alors donner lieu, de la part des cocontractants, à une action en responsabilité contractuelle sur le fondement des articles 1231 et suivants du code civil ...* »⁹¹.

- à l'égard des consommateurs, **les pratiques commerciales trompeuses**⁹² : sur la base des engagements éthiques pris par une entreprise, mais non respectés, les consommateurs pourraient s'estimer trompés par celle-ci⁹³ ;
- à l'égard des entreprises du même secteur d'activité, **la concurrence déloyale** : la mise en valeur d'engagements éthiques a également pour objet de créer un avantage concurrentiel au profit de l'entreprise en améliorant sa réputation. Leur violation pourrait être analysée comme caractérisant un acte de concurrence déloyale justifiant une action engagée sur le fondement de l'article 1240 du Code civil par les autres entreprises du secteur qui subiraient un dommage tel qu'une perte de clientèle⁹⁴. Ce préjudice pourrait se révéler difficilement quantifiable en pratique dans la mesure où il conviendrait de prouver que la clientèle s'est détournée vers ce concurrent en raison de son comportement éthique apparent⁹⁵.

⁹⁰ Jcl Travail Traité, Fasc. 1-50 « *Responsabilité sociétale des entreprises* » : la responsabilité de l'entreprise pourrait être engagée au motif que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* » ; E. Daoud, J. Ferrari, *La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique*, JCP 2012, n°1391.

⁹¹ Rapport sur l'introduction des règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extra-contractuelle (HCJP).

⁹² Sur le fondement des articles L. 121-2 à 121-5 et L. 132-1 à L. 132-9 du Code de la consommation.

⁹³ À titre d'exemple, dans l'affaire Nike c/ Kasky aux États-Unis, le groupe Nike avait été poursuivi pour publicité mensongère à propos d'une campagne sur les conditions de travail chez ses sous-traitants. Assimilant cette campagne à de la publicité, la Cour suprême de Californie a admis la recevabilité de l'action intentée contre le groupe Nike estimant que lorsqu'une entreprise, dans la promotion et la défense de ses ventes et profits, formule des considérations factuelles sur ses propres produits ou son activité, elle est astreinte à une obligation de vérité. Finalement, l'affaire s'était conclue en septembre 2003 par une transaction. Le 25 juin 2018, les ONG Sherpa et ActionAidFrance ont annoncé le dépôt d'une nouvelle plainte (à la suite de celles qui ont été classées sans suite en 2013, 2014 et janvier 2018) avec constitution de parties civiles contre Samsung et sa filiale Samsung Electronics France (SEF), en invoquant des manquements similaires une mise en examen s'en est suivie le 17 avril 2019.

⁹⁴ À ce sujet, la Cour de cassation a déjà admis que le non-respect du droit de l'environnement pouvait être analysé comme caractérisant des actes de concurrence déloyale (Cass. Com., 21 janvier 2014, n° 12-25443).

⁹⁵ On notera cependant que la Cour de cassation a récemment admis que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes – Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31614, publié. Pour la Cour : « *si les effets préjudiciables de pratiques tendant à détourner ou s'approprier la clientèle ou à désorganiser l'entreprise du concurrent peuvent être assez aisément démontrés, en ce qu'elles induisent des*

Pour ce faire, rien n'empêcherait toutefois de faire appel à des associations de consommateurs afin de prouver que leur choix s'est fondé sur la base des engagements éthiques pris publiquement par ce concurrent.

b) Le devoir de vigilance légal

32. Le devoir de vigilance institué par la loi. Les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce, issus de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, imposent aux entreprises employant « *à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger* » d'établir et mettre en œuvre de manière effective un « plan de vigilance », comportant 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 contrôle [...] ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation* ».

Le plan de vigilance et le compte-rendu de sa mise en œuvre doivent être rendus publics. Ils sont insérés dans le rapport de gestion des sociétés concernées.

Ce plan doit notamment inclure une cartographie des risques, des actions adaptées d'atténuation des risques, un mécanisme d'alerte, et un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et l'évaluation de leur efficacité⁹⁶.

conséquences économiques négatives pour la victime, soit un manque à gagner et une perte subie, y compris sous l'angle d'une perte de chance, tel n'est pas le cas de ceux des pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, ou à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût, tous actes qui, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu. Lorsque tel est le cas, il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes ».

⁹⁶ À la lecture des premiers plans publiés en 2018, une étude menée par plusieurs associations avait dressé le constat selon lequel « *Ils ne répondent que très partiellement aux objectifs et aux exigences de la loi, notamment en termes d'identification des risques de violation, de leur localisation et des mesures mises en œuvre pour les prévenir* ». M. Hautereau-Boutonnet : Première assignation d'une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique : quel rôle préventif pour le juge ? Rec. Dalloz 2020, p. 609.

Un tel devoir de vigilance fait l'objet aujourd'hui de discussions européennes⁹⁷.

33. **Sanctions applicables en cas de manquement au devoir de vigilance.** Les sanctions de la méconnaissance du devoir de vigilance sont les suivantes :

- après mise en demeure restée infructueuse plus de trois mois, la juridiction compétente peut être saisie par toute personne justifiant d'un intérêt à agir et enjoindre à l'entreprise de respecter les obligations lui incombant au titre de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, ce qui – au regard du texte – devrait pouvoir inclure *a priori* l'établissement, la mise en œuvre et la publicité du plan de vigilance⁹⁸ ;
- le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ses obligations aurait permis d'éviter », dans « les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil »⁹⁹, le texte précisant expressément que la juridiction saisie peut ordonner sous astreinte l'exécution de sa décision, la publication, la diffusion ou l'affichage de celle-ci, et que les frais sont supportés par la personne condamnée.

34. Dans une décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions relatives à l'amende civile initialement prévue par la loi, en considérant que le caractère large et indéterminé de certaines notions, tout comme le périmètre des sociétés, entreprises et activités concernées rendaient les dispositions contraires au principe de légalité des délits et des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme.

35. Les contours exacts de l'obligation qui pèse sur les entreprises et dont la violation est susceptible de justifier une mise en demeure ou de fonder une action en responsabilité, ne sont pas clairement définis, laissant une large marge d'appréciation aux juridictions qui seront saisies pour définir la portée précise de ces dispositions.

⁹⁷ EC, Study on due diligence requirements through the supply chain, Final Report, Jan. 2020 ; v. B. Lecourt, « Pour un texte européen sur le devoir de vigilance des sociétés », Chronique de droit européen des sociétés, Rev. soc. mai 2020, à paraître.

⁹⁸ Article L. 225-102-4 du Code du commerce.

⁹⁹ Sur le sujet de la responsabilité civile des sociétés en matière de vigilance : A. Danis-Fatôme, G. Viney, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, D. 2017 p. 1610 ; D. Poracchia, *Observations sur la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre*, RTDF n°4, 2017 ; S. Schiller, *Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre*, JCP 2017, 1193.

36. Les juridictions se contenteront-elles de vérifier l'existence d'un plan de vigilance comprenant les mesures indiquées à l'article L. 225-102-4, ou analyseront-elles, par exemple, le caractère adapté des actions d'atténuation des risques proposées ?

À ce titre, le rapport du Conseil général de l'économie précité¹⁰⁰ évoque trois questions sans réponse évidente :

- « *la cartographie des risques prévus au 1° de l'article L. 225.102-4 doit-elle comporter les risques de toutes natures portés par les entreprises de toute la chaîne d'approvisionnement ou les hiérarchiser pour se concentrer sur les plus graves ? Quel degré de précision doit avoir sa publication dans le plan de vigilance ?*
- *De même, les procédures d'évaluation régulière doivent-elles être annuelles ou plus fréquentes, annoncées ou impromptues ? Sur quelle partie de la chaîne d'approvisionnement ?*
- *Les actions adaptées d'atténuation des risques et de prévention des atteintes graves doivent-elles entrer dans le détail pays par pays ou projet par projet au risque de signaler ouvertement les risques et de faciliter les attaques malveillantes ? » (p. 27).*

37. Les travaux parlementaires fournissent en revanche un éclairage sur les préjudices réparables : « *L'interrogation porte sur les préjudices qui pourraient résulter du non-respect des obligations en matière de plan de vigilance : si l'absence de plan ou son absence de mise en œuvre effective pourrait difficilement être considérée comme un préjudice en soi, les dommages causés par l'activité de la société, de ses filiales et de ses sous-traitants seraient assurément des préjudices, dont la cause première pourrait être recherchée dans l'absence de plan ou son absence de mise en œuvre effective, sur le fondement du texte, à condition évidemment de démontrer le lien de causalité entre le dommage et l'absence de plan ou de mise en œuvre effective du plan, démonstration qui semble assez difficile à assurer selon votre rapporteur »¹⁰¹. Le Conseil général de l'économie a relevé dans son rapport de janvier 2020 que certaines entreprises soumises à l'obligation n'avaient pas publié de plan. Certaines ont procédé à des exercices de cartographie incomplète. Ces sociétés encourent bien évidemment des risques judiciaires.*

38. Cette obligation nouvelle va inévitablement fonder un contentieux nourri. Les sociétés mères sont à cet égard exposées à des risques au titre de leurs activités, mais également

¹⁰⁰ Rapport sur l'évaluation de la mise en œuvre de la loi du 27 mars 2017 par le Conseil général de l'économie, janvier 2020.

¹⁰¹ Rapport n° 74 (2015-2016) de C.-A. Frassa, fait au nom de la commission des lois, déposé le 14 octobre 2015 relatif à la loi au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre.

au titre des activités de leurs filiales, nonobstant le principe d'autonomie de toute personne morale.

39. Les premières actions judiciaires permettent de constater que les procédures peuvent être assez diverses. Citons le rapport du Conseil général de l'économie de janvier 2020 sur l'évaluation de la mise en œuvre de la loi : « *Les premières indications données par les trois premières mises en demeure déjà enregistrées sur des plans de vigilance jugés insuffisants semblent montrer des exigences dépassant largement cet esprit de progrès puisque :*

Les deux premières mises en demeure s'adressent à Total, d'une part sur l'impact de l'ensemble de son activité en termes de changement climatique, d'autre part sur l'absence de mention de l'impact sur les populations locales d'un projet précis en Ouganda. S'agit-il de lacunes du plan de vigilance ou de sujets distincts, l'un plus large, l'autre plus local¹⁰² ?

La troisième s'adresse à Téléperformance entreprise française spécialisée dans les centres d'appels et d'assistance téléphonique des entreprises du numérique et de la vente à distance notamment à l'échelle mondiale, et met en cause « des atteintes graves aux droits des travailleurs en Colombie, au Mexique et aux Philippines » qui ne sont pas intégrées dans le plan de vigilance de l'entreprise. Là aussi s'agit-il d'une lacune du plan de vigilance ou de sujets sociaux locaux ? »¹⁰³.

c) Le devoir de vigilance de droit commun

40. **Manquement à une obligation générale de vigilance issue du droit commun de la responsabilité délictuelle.** La doctrine affirme que l'existence d'une obligation générale de vigilance « *apparaît [...] comme un exemple caractéristique de l'extension de la notion de faute sous l'influence du principe de précaution* »¹⁰⁴. Une décision du Conseil constitutionnel du 8 avril 2011 consacre par ailleurs, à la charge des personnes privées, l'existence d'une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement, en affirmant que : « *le respect des droits et devoirs énoncés en termes*

¹⁰² Le président du tribunal judiciaire de Nanterre, dans deux ordonnances du 30 janvier 2020, a constaté que : « *Le plan de vigilance et son compte-rendu de mise en œuvre font ainsi partie intégrante de la gestion de la société* ». De ce fait, le tribunal de commerce est compétent pour une demande d'injonction (L. Mongin-Archambeaud et E. de Dreuille. Devoir de vigilance. Quels enseignements tirés des premiers contentieux. BRDA 6/20, p. 29)

¹⁰³ Rapport sur l'évaluation de la mise en œuvre de la loi du 27 mars 2017 par le Conseil général de l'économie, janvier 2020, p. 45. Le 26 septembre 2019, des plaignants mexicains soutenus par des ONG ont aussi mis en demeure EDF après s'être désistés d'une demande devant le PCN français (en critiquant ses modalités de fonctionnement) de respecter les obligations imposées par le devoir de vigilance afin de lutter contre la construction de parcs d'éoliennes.

¹⁰⁴ G. Viney, *Précaution et responsabilité civile des personnes privées*, D. 2007, n° 22, Dossier *Principe de précaution*, p. 1542.

*généraux par [les articles 1 et 2 de la Charte de l'Environnement] s'impose non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif, mais également à l'ensemble des personnes ; qu'il résulte de ces dispositions que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité ».*¹⁰⁵

41. Certes, en matière d'environnement comme de santé, les plaideurs qui introduisent des actions fondées sur les articles 1240 ou 1245 et s. du Code civil en invoquant le « principe de précaution » ou une « obligation de vigilance » et la nécessité pour un opérateur économique de s'abstenir de commercialiser un produit ou d'adopter un comportement, succombent dans la plupart des cas lorsqu'aucune norme n'est violée et qu'il existe un doute sur les effets précis du produit ou les conséquences précises du comportement litigieux. Il existe néanmoins plusieurs décisions qui admettent un tel raisonnement fondé sur l'obligation de vigilance ou le principe de précaution. Ainsi, la Cour de cassation a, par exemple, approuvé les juges du fond d'avoir retenu la responsabilité de la société UCB Pharma en raison d'une défectuosité du Distilbène aux motifs que : « ... la société UCB Pharma qui, devant ces risques connus et identifiés sur le plan scientifique, n'avait pris aucune mesure, ce qu'elle aurait dû faire même en présence de résultats discordants quant aux avantages et inconvénients »¹⁰⁶.
42. Le même type de raisonnement a motivé la solution dégagée par trois arrêts publiés au Bulletin du 10 octobre 2018 : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si un examen de la comptabilité matière de la société PIP, que la société TRLP avait déclaré vérifier au cours de sa mission de surveillance, ne lui aurait pas permis de constater que les quantités de gel de silicone de marque Nusil acquises par la société PIP étaient manifestement sans rapport avec le nombre d'implants mammaires vendus, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».¹⁰⁷
43. La doctrine a commenté ces arrêts de la façon suivante : « *Par une série d'arrêts en date du 10 octobre 2018, la Cour de cassation admet la possibilité de retenir la responsabilité des organismes de certification à l'égard des patientes porteuses de prothèses mammaires fabriquées par la société Poly Implant Prothèse (PIP), pour violation de leur obligation de vigilance. Ces arrêts révèlent les formidables*

¹⁰⁵ Cons. Const., 8 avril 2011, n° 2011-116 QPC. Plus largement, on notera que le Conseil constitutionnel (Cons. Const. 31 janv. 2020, n° 2019-823 QPC) considère que « *la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle* ». Il en va également ainsi de la protection de la santé. Il en déduit notamment « *qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation des objectifs précités avec la liberté d'entreprendre. À ce titre, le législateur est fondé à tenir compte des effets que les activités exercées en France peuvent porter à l'environnement à l'étranger* ».

¹⁰⁶ Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n° 04-16.179. Voir également Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2018, n° 17-21.271, arrêt dans lequel la Cour de cassation a de nouveau consacré ce raisonnement : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, nonobstant les mentions figurant dans la notice, la gravité du risque thromboembolique encouru et la fréquence de sa réalisation excédaient les bénéfices attendus du contraceptif en cause et si, par suite, les effets nocifs constatés n'étaient pas de nature à caractériser un défaut du produit, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* »

¹⁰⁷ Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2018, n° 15-26.093 ; n° 16-19.430 ; n° 17-14.401.

potentialités du principe général de responsabilité pour faute de l'article 1382 (devenu 1240) du Code civil qui fait toute la richesse du droit français de la responsabilité civile ; [...]

La Cour de cassation met à la charge de l'organisme de contrôle une obligation de vigilance dont le non-respect est de nature à engager sa responsabilité à l'égard des tiers victimes. [...]

La consécration (par les arrêts précités dont l'un a fait l'objet du présent commentaire) d'une obligation de vigilance à la charge des organismes certificateurs ne surprend pas. Outre qu'elle est conforme à l'interprétation de la directive relative aux dispositifs médicaux, elle illustre naturellement les pouvoirs du juge français dans l'enrichissement des devoirs généraux et s'inscrit plus largement dans un mouvement favorable à pareille obligation en droit français. Les rédacteurs du Code civil ont en effet délaissé la méthode casuistique des délits spéciaux et consacré à travers l'article 1382, le principe général de responsabilité pour faute. Il résulte de ce principe qu'un devoir n'a pas besoin d'être expressément consacré par la loi pour que sa violation constitue une faute civile de sorte que le respect de toutes les dispositions légales et réglementaires ne suffit pas à mettre l'auteur d'un dommage à l'abri d'une action en responsabilité. Le juge a la possibilité d'enrichir au fur et à mesure et selon les besoins nouveaux d'indemnisation, la liste des devoirs généraux dont la violation constitue une faute en s'inspirant notamment de la morale, de l'utilité sociale ou de l'équité. »¹⁰⁸

44. Cette tendance identifiée par la doctrine pourrait être de nature à inspirer par exemple des actions climatiques à de futurs demandeurs¹⁰⁹, ainsi que les juridictions saisies de telles actions.

2.2. Les conditions du droit commun de la responsabilité applicables à ces actions : recevabilité, préjudice, lien de causalité :

45. **Recevabilité.** L'ensemble des actions précitées sont soumises aux conditions classiques de recevabilité de l'action en justice définies par le Code de procédure civile, et plus particulièrement l'article 31, lequel dispose : « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ». Tout demandeur devra donc disposer de la qualité et de l'intérêt pour agir, dont le défaut est sanctionné par une fin de non-recevoir.¹¹⁰

46. Dans l'hypothèse d'une action fondée sur les règles du droit commun de la responsabilité civile délictuelle tendant à la réparation d'un préjudice subi personnellement par une personne physique ou morale (par exemple, un dommage matériel ou corporel), la qualité pour agir découlera bien souvent de l'intérêt lui-même,

¹⁰⁸ M. Bacache, *Prothèses PIP : responsabilité pour faute des organismes de certification*, JCP G, n° 48, 26 novembre 2018.

¹⁰⁹ V. note J. Rochfeld, « *Justice pour le climat, les nouvelles formes de mobilisation citoyenne* », O. Jacob, 2019

¹¹⁰ Articles 32 et 122 du Code de procédure civile.

en l'absence d'attribution légale du droit d'agir. Cet intérêt est aisément identifiable dans un tel contexte – toute personne ayant subi un dommage étant fondée à en solliciter la réparation. Celui-ci devra toutefois revêtir les qualités essentielles suivantes : être légitime, né et actuel, direct et personnel.

47. Au-delà de la simple hypothèse du préjudice subi par une personne identifiée, il pourrait exister certaines actions de nature collective, parfois symbolique. En principe, le contentieux dit « objectif », qui n'aurait pas trait aux droits du demandeur, est prohibé, la défense de l'intérêt général étant réservée au ministère public. Une association qui aurait pour unique but de défendre l'intérêt général de la planète, par exemple, se heurterait à un tel obstacle.
48. Toutefois, depuis quelques années, la Cour de cassation admet que, « *hors habilitation législative, les associations agissent pour la défense d'intérêts collectifs distincts de ceux de ses membres et de l'intérêt général, dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social* »¹¹¹. La définition de l'objet des associations est donc un point d'attention particulier en matière de contentieux lié à des problématiques RSE.
49. La défense des intérêts des membres de l'association est également envisageable, notamment dans le cas d'une association de victimes, celle-ci pouvant, conformément à son objet, réclamer la réparation de l'atteinte portée aux intérêts collectifs de ses membres.
50. La question de la défense d'intérêts collectifs est plus aisée à résoudre lorsque la qualité pour agir résulte d'une attribution légale de l'action, notamment en matière de préjudice écologique. L'article 1248 du Code civil dispose en effet que l'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir telles que, entre autres, « *les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement* ».
51. En matière de devoir de vigilance, les règles applicables sont comparables au droit commun puisque l'article L. 225-102-4 du Code de commerce dispose que la mise en place, par les entreprises concernées, d'un plan de vigilance peut faire l'objet d'une action en justice « *à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir* », afin d'enjoindre celles-ci à respecter les dispositions applicables en la matière. Il est donc permis d'envisager une action introduite par une association ou une organisation non gouvernementale dont l'objet serait, par exemple, la protection de l'environnement, à l'encontre d'une entreprise ne respectant pas les dispositions légales applicables en matière de plan de vigilance (et pas seulement les associés ou les personnes liées contractuellement à la société). Cette question constitue notamment l'objet d'actions pendantes devant le tribunal judiciaire et le tribunal de commerce de Nanterre, à l'occasion desquelles plusieurs organismes ont assigné une grande entreprise pétrolière française.

¹¹¹ JCl. Procédure civile, Fasc. 500-80 « *Action en justice – Recevabilité – Conditions subjectives – Qualité* », n° 62.

52. Au-delà de ces actions associatives, les sources de contentieux dits « collectifs » pourraient naître de l'institution désormais bien connue qu'est l'action de groupe. Ce mécanisme est ouvert à un groupe de personnes, placées dans une situation similaire et qui subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles.¹¹²
53. Cette action peut être exercée en vue soit de la cessation du manquement constaté, soit de l'engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis, soit de ces deux fins.
54. Le législateur a toutefois circonscrit l'objet de l'action de groupe en consacrant, au fur et à mesure, de nouveaux domaines au sein desquels elle peut être exercée (par exemple, en matière de droit de la consommation, de la santé ou de la concurrence).
55. En l'absence de dispositions spécifiques en ce sens, il n'est donc *a priori* pas permis de penser qu'une telle action puisse, en l'état, être exercée pour la mise en œuvre du nouvel article 1833 du Code civil.
56. Ce type de contentieux collectif spécifique n'est pas pour autant étranger du domaine environnemental. L'article L. 142-3-1 du Code de l'environnement prévoit en effet que l'action de groupe peut être exercée lorsque les personnes placées dans une situation mentionnée *supra* subissent un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 du Code de l'environnement (notamment la protection de l'eau, des sols, et des sites et paysages).¹¹³
57. D'autre part, l'article L. 225-102-5 du Code de commerce prévoit l'hypothèse d'une action en responsabilité dirigée contre la société « *dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil* ». La société responsable devra alors réparer le préjudice « *que l'exécution de ses obligations aurait permis d'éviter* » à la demande, là aussi, de « *toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin* ».

¹¹² Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, art. 62.

¹¹³ Art. 142-2 du Code de l'environnement : « *Les associations agréées mentionnées à l'article L. 141-2 peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, à la pêche maritime ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection, les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales ainsi qu'aux textes pris pour leur application.*

Ce droit est également reconnu, sous les mêmes conditions, aux associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits et qui se proposent, par leurs statuts, la sauvegarde de tout ou partie des intérêts visés à l'article L. 211-1, en ce qui concerne les faits constituant une infraction aux dispositions relatives à l'eau, ou des intérêts visés à l'article L. 511-1, en ce qui concerne les faits constituant une infraction aux dispositions relatives aux installations classées. »

58. **Établissement d'un préjudice.** Conformément au droit commun de la responsabilité civile, le dommage doit être direct, certain et personnel. Les types de préjudices pouvant être invoqués par les demandeurs peuvent être très variés en matière de RSE :

- Dommages matériels ou corporels, tels que la destruction de biens ou d'infrastructures, des dépenses effectuées pour les éviter¹¹⁴, surcoût des primes d'assurance, atteintes à l'intégrité physique ou psychique ou pathologies particulières comme des maladies cardiaques ou des insuffisances cardiaques et respiratoires. Les dommages allégués peuvent être actuels ou futurs.
- Le « *préjudice écologique* » : l'article 1246 du Code civil dispose que « *toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer* ». Le préjudice écologique est défini à l'article 1247 du Code civil, comme « *une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* ».
- La perte de chance (cf. supra n°28) : des investisseurs ISR pourraient fonder une action lorsqu'ayant investi dans la société sur la base d'informations RSE publiées par la société, celles-ci se sont révélées être trompeuses, leur dommage étant alors constitué par la perte de chance d'investir leurs capitaux dans un autre placement ou de renoncer à celui qui était déjà réalisé.

59. **Établissement d'un lien de causalité.** Bien que la modification de l'article 1833 soit susceptible de « *conforter la juridicité des engagements RSE* »¹¹⁵, dans la mesure où elle crée une nouvelle obligation à la charge des sociétés, sa mise en œuvre semble ardue. La démonstration de l'existence d'un lien de causalité entre une éventuelle absence de prise en considération suffisante des enjeux sociaux et environnementaux et un éventuel préjudice risque de se révéler particulièrement délicate. Il est vrai que cette démonstration peut être plus ou moins difficile en fonction des secteurs d'activités. Certaines sociétés spécialisées, par exemple, dans l'extraction minière, le transport de carburants ou les incinérateurs, présentent plus de risques en terme environnemental et social.

60. L'annexe 4 comporte de plus amples développements sur cette problématique de l'établissement du lien de causalité entre la faute et les dommages invoqués dans le cadre des contentieux climatiques.

61. **Mise en demeure et injonction.** Face aux difficultés à établir un lien de causalité entre une éventuelle faute et un préjudice, ce type de demande est probablement le plus susceptible de se développer, particulièrement en cas de non-respect des obligations

¹¹⁴ Cf. l'article 1251 du code civil, applicable à la réparation du préjudice écologique : « Les dépenses exposées par le demandeur pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable. » L'article 1237 de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile publié par le ministère de la Justice le 13 mars 2017 propose d'élargir la portée en droit commun, à condition que ces dépenses aient été « raisonnablement engagées ».

¹¹⁵ Rapport sur l'introduction de règles spécifiques aux personnes morales dans le droit de la responsabilité extracontractuelle du HCJP du 1^{er} octobre 2018.

RSE mises à la charge des entreprises ou des engagements pris par ces dernières. Cette mise en demeure ou injonction ne doit pas être confondue avec celle qui est spécifiquement prévue en cas de manquement aux devoirs de vigilance.

62. Comme l'a indiqué le Professeur Béatrice Parance au cours de son audition par les membres du groupe de travail, les différentes parties prenantes ou ONG pourraient en effet engager des actions ayant vocation à mettre en demeure la société de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité et/ou, le cas échéant, de respecter sa raison d'être. Le juge pourrait soumettre la société concernée à une injonction de faire, de cesser d'adopter un comportement ou encore de mettre en œuvre des mesures de prévention. Relevons cependant qu'une telle injonction ne paraît pas évidente dans la mesure où une telle action n'est pas expressément prévue par le législateur français pour l'application des articles 1833 et 1835 du Code civil, contrairement au dispositif de sanctions prévu dans le cadre de la loi sur le devoir de vigilance. Il est vrai toutefois qu'en cas de dommage ou de trouble manifestement illicite, on peut se demander si une violation caractérisée de l'article 1833 ne pourrait pas faire l'objet d'une demande d'injonction telle que prévue par le droit commun des procédures d'urgence. Il ne fait guère de doute que le juge des référés dispose du pouvoir juridictionnel d'ordonner la suspension d'une décision prise par une société en violation d'un texte¹¹⁶. Cette suspension pourrait s'accompagner d'une injonction ayant pour objet de contraindre la société à revoir le processus de prise de décision litigieux. Par exemple, lorsqu'un comité RSE délégué aux questions sociales et environnementales n'aura pas été consulté avant le vote et la mise en œuvre d'une résolution ayant un impact sur ces questions alors qu'il apparaîtrait, à la lecture même du document de référence, que cette consultation s'imposait, une telle injonction pourrait être envisagée dans la mesure où il y aurait une violation flagrante des conditions dans lesquelles le conseil d'administration prend ses décisions en matière de RSE. Les juges pourraient, par exemple, être amenés à s'inspirer de la jurisprudence enjoignant à la société, sur le fondement du droit commun, et après avoir suspendu les effets d'une décision, de procéder à la consultation préalable d'un organe social, au besoin sous astreinte¹¹⁷.

¹¹⁶ Par exemple : « *Par l'effet dévolutif de l'appel d'une ordonnance de référé, la cour d'appel statue avec les seuls pouvoirs du juge des référés. Elle ne peut donc annuler une décision d'un conseil d'administration ; en revanche, elle peut en suspendre provisoirement les effets dans l'hypothèse où les critères de l'article 873 du CPC sont établis* » (CA PAU, 19 décembre 2019, n° 19/01046).

¹¹⁷ Par exemple : « *Que le fait que la décision du 4 juillet 2011 ait été prise alors que le processus de consultation du comité central d'entreprise ne pouvait assurément pas être tenu pour achevé [...] constitue un trouble manifestement illicite qu'il entre dans les pouvoirs du juge des référés de faire cesser en prescrivant les mesures de remise en état qui s'imposent, lesquelles consistent en la suspension de la décision susmentionnée et en l'interdiction faite à l'intimée de poursuivre la mise en œuvre du projet litigieux tant que le comité central d'entreprise n'aura pas émis un avis dans le délai de quinze jours suivant la transmission qui lui sera faite des avis des CHSCT, sans qu'il s'avère nécessaire d'assortir cette transmission d'une astreinte* » (CA Versailles, 7 mars 2012, n° 11/07506, pourvoi rejeté par Soc. 10

2.3. Le cas des groupes de sociétés

63. **Groupe de sociétés.** Une société tête de groupe pourrait-elle faire l'objet de poursuites du fait de l'inaction ou du comportement inapproprié, non diligent voire imprudent d'une de ses filiales ? C'est clairement le cas pour la violation du devoir de vigilance, la loi permet de poursuivre tant la maison-mère que la ou les filiales concernées. Qu'en est-il pour la loi Pacte ? Le principe de l'autonomie des personnes morales prévaut en droit français. Il n'existe pas en effet de principe de responsabilité d'une personne morale du fait d'une autre personne morale. En outre, la nouvelle rédaction de l'article 1833 du Code civil n'impose la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux qu'au niveau de la société (de droit français), *a priori* appréhendée de façon singulière, autonome, sans référence à l'éventuelle appartenance de cette société à un groupe et à l'existence de filiales (notamment étrangères) de cette dernière, contrairement au texte relatif au devoir de vigilance par exemple.

64. Des décisions récentes prises par des juridictions étrangères tendent à caractériser une obligation de diligence à la charge de la société mère à l'égard de tiers lésés par les activités de sa filiale¹¹⁸. Au Royaume-Uni, dans le cadre de l'affaire dite « *Vedanta* »¹¹⁹, plusieurs juridictions ont ainsi considéré qu'une société mère pouvait engager sa responsabilité au titre des activités d'une filiale étrangère, dans la mesure où cette société avait notamment :

- publié un rapport évoquant la supervision de ses filiales par ses soins ;
- conclu un pacte d'associés en vertu duquel elle était obligée de fournir divers services à ses filiales, notamment au sujet de la formation des employés ;

juillet 2013, n° 12-17.196) ; dans le même sens : « *Au vu de ces éléments, il convient de constater que la procédure de consultation est entachée d'une irrégularité [...], ce qui justifie la tenue d'une nouvelle réunion laquelle sera organisée par une nouvelle convocation adressée dans le délai d'un mois à compter de la signification de l'arrêt. [...] La suspension du projet de réorganisation sera prévue dans cette limite, afin de respecter la consultation encadrée par un délai préfix. [...] Par ces motifs : [...] Enjoint à la société La Poste d'organiser une nouvelle réunion du CHSCT avec l'ordre du jour fixé par lettre du 18 mai 2017* » (CA Paris, 24 novembre 2017, n° 17/12727).

¹¹⁸ V. le contentieux opposant Shell à certains habitants du Delta du Niger depuis plusieurs années : de manière synthétique, les tribunaux britanniques estiment que la Royal Dutch Shell ne peut faire l'objet de poursuites au Royaume-Uni dans la mesure où la société mère ne peut être tenue légalement responsable d'agissements imputables à sa filiale nigérienne (Shell Petroleum Development Company of Nigeria) au Niger (EWCA Civ 191, *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another*, 14 février 2018) ; tandis qu'un tribunal néerlandais a déclaré en 2013 recevable une action menée contre la société mère directement pour des agissements de sa filiale nigérienne ; cette possibilité pour les habitants nigériens de poursuivre la Royal Dutch Shell et sa filiale nigérienne devant les tribunaux hollandais pour des agissements au Niger a été confirmée par la cour d'appel de La Haye en 2015 (décision n° 200.126.843-01 du 18 décembre 2015).

¹¹⁹ Cour suprême du Royaume-Uni, 10 avril 2019, *Vedanta Resources PLC and another v. Lungowe and others* [2019] UKSC 20.

- mis en place des formations en matière de santé, de sécurité et d'environnement dans toutes les sociétés du groupe ;
- apporté un soutien financier à la filiale concernée ;
- publié plusieurs déclarations soulignant son engagement à remédier aux risques environnementaux et aux faiblesses techniques de l'infrastructure minière de sa filiale ;
- exercé un contrôle sur sa filiale, comme en témoigne un ancien employé.

65. Le juge français pourrait à l'avenir retenir une obligation de diligence à la charge de la société mère française en considérant que celle-ci émet certaines politiques et directives à l'échelle du groupe en matière de RSE, elle doit alors s'assurer de leur respect par ses filiales (notamment étrangères). Rappelons qu'une proposition visant à réformer la responsabilité civile sous l'égide du Professeur François Terré avait prévu en son article 7 alinéa 2 « *Une personne morale ne répond du dommage causé par une autre personne morale qu'elle contrôle ou sur laquelle elle exerce une influence notable que si par une participation à un organe de cette personne morale, une instruction, une immixtion ou une abstention dans sa gestion, elle a contribué de manière significative à la réalisation du dommage* ».

3. LES NOUVEAUTES EN MATIERE DE RSE INTRODUITES PAR LA LOI PACTE

66. La loi Pacte s'inscrit dans la lignée du droit préexistant. Cela étant, la RSE dispose maintenant d'un fondement légal d'ordre général dans le droit commun des sociétés. Toutes les sociétés sont désormais concernées. Il s'agit d'un véritable changement. On peut cependant mentionner pour les sociétés d'une certaine importance les observations du Conseil général de l'économie dans son rapport de janvier 2020 sur l'évaluation de la mise en œuvre de la loi relative au devoir de vigilance : « *La loi Pacte votée en mai 2019 va dans le même sens en introduisant dans les objectifs de gestion des entreprises la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux de leur activité* ». Ces dispositions figuraient de longue date dans le code de commerce au moins pour les entreprises cotées depuis 2002 et pour les grandes entreprises depuis 2011 qui doivent indiquer dans leur rapport de gestion « *la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* » (article L.225-102-1).

3.1. La gestion de la société en conformité avec son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité

67. **Notion d'intérêt social.** Le législateur consacre la notion d'intérêt social en l'inscrivant au sein de l'article 1833 du Code civil sans toutefois en donner de définition alors qu'il n'existe toujours pas de définition légale. Traditionnellement, deux conceptions

doctrinales s'opposent¹²⁰. Pour certains, l'intérêt social se résumerait à l'intérêt collectif des associés ou des actionnaires, tandis que pour d'autres, il s'agit de l'intérêt propre de la société, transcendant le seul intérêt des associés ou actionnaires et ayant un spectre de résonance plus large que ce dernier¹²¹.

68. Qualifié de « *notion plastique, à contenu variable, standard dont la définition ne peut être déconnectée d'une réflexion sur la finalité de l'exercice du pouvoir sociétaire et sur la structuration de ce dernier* »¹²² ou encore de « *boussole* »¹²³ utile « *aux dirigeants sociaux dans le choix et la mise en œuvre de la politique sociale* »¹²⁴, l'intérêt social est largement mobilisé par la jurisprudence¹²⁵, à l'instar de la bonne foi, pour apprécier certains actes de la société et de ses organes, principalement donc dans des « *situations de crise* »¹²⁶. Comme indiqué par le Professeur Didier Poracchia au cours des séances du groupe de travail¹²⁷, la jurisprudence tend à considérer que l'intérêt social est celui de la société, autonome de celui des associés, sans préciser pour autant ce qu'il est¹²⁸. Lorsque la jurisprudence est confrontée à une question impliquant l'intérêt de la société, elle s'attache le plus souvent à une analyse de la conséquence de l'acte sur la société et, plus précisément, sur sa « *capacité* » à mener, à poursuivre son activité ou, plus spécifiquement, constate que l'acte ou l'action lui a causé un préjudice, à savoir le plus souvent un appauvrissement ou l'a exposée à un risque anormal de sanction pénale, fiscale, ou de cessation des paiements¹²⁹.

¹²⁰ Étude d'impact relative au projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 20 juin 2018, p. 537.

¹²¹ L'École de Rennes a analysé l'intérêt social comme celui de la société traduisant une analyse fonctionnelle et institutionnelle de cette dernière. Le Rapport Viénot de 1995 avait défini l'intérêt social comme « *l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considérée comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires de ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspond à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise* ».

¹²² D. Poracchia et D. Martin, *Regard sur l'intérêt social*, Rev. Sociétés, n°09, 7 septembre 2012.

¹²³ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 32^e édition, LexisNexis.

¹²⁴ G. Goffaux-Callebaut, *La définition de l'intérêt social*, RTD Com. 2004, p. 35.

¹²⁵ Référence au concept de l'intérêt social par le juge pour caractériser un abus du droit de vote, une faute du dirigeant dans la gestion ou encore annuler un acte sociétaire ou un acte conclu par la société. En ce sens également, A. Tadros, *Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE*, Recueil Dalloz 2018, p. 1765 ; D. Schmidt, *La loi Pacte et l'intérêt social*, Recueil Dalloz 2019, p. 633.

¹²⁶ G. Goffaux-Callebaut, *La définition de l'intérêt social*, RTD Com. 2004, p. 35.

¹²⁷ Voir Annexe 3 pour l'intervention de Monsieur le Professeur Didier Poracchia sur la notion d'intérêt social en jurisprudence.

¹²⁸ Voir par exemple l'utilisation récente de la notion d'intérêt social dans le cadre d'un groupe de sociétés : Com. 22 mai 2019, n°17.13.565, publié.

¹²⁹ Crim., 8 décembre 1971, n° 70-93020 ; Crim., 16 décembre 2015, n°14-86.602.

69. **Prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux.** Cette question a donné lieu à d'importantes discussions à la fois en doctrine et dans le cadre des travaux parlementaires. Comme le relèvent les Professeurs Couret et Dondero, « *les opinions sont très partagées quant aux conséquences de la nouvelle rédaction de l'article 1833 du Code civil. Les plus optimistes considèrent que cette nouvelle écriture est la condition première pour que la société intègre mieux la réalité de l'entreprise. Pour d'autres, les modifications opérées relèvent de l'ordre du symbole et n'auront donc pas de véritable incidence en pratique* »¹³⁰.
70. Des auteurs¹³¹ considèrent que la réécriture de l'article 1833 du Code civil est davantage un constat qu'une révolution¹³². Cette obligation de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société n'est pas vraiment nouvelle, mais a été intégrée au fil du temps par les grandes entreprises, du fait de convictions de leurs dirigeants ou au gré de pressions externes (réglementation, opinion publique) ou internes (aspirations des collaborateurs).
71. Le Conseil d'État avait remplacé le terme « en considérant » par l'expression « en prenant en considération » « *qui, traduisant une préoccupation générale dont on a conscience et non un but précis que l'on se donne ou que l'on doit atteindre, explique mieux la portée de la disposition* » (cf. supra par. 5)¹³³. Le ministre de l'Économie et des Finances, Monsieur Bruno Le Maire, a pour sa part indiqué que « *l'expression « prendre en considération » a été mûrement pesée par le Conseil d'État et par de nombreux juristes, discutée avec les entreprises, et qu'elle est porteuse d'une signification bien distincte de l'expression « prendre en compte », qui aurait signifié une matérialité des obligations pour les entreprises* »¹³⁴.
72. Au cours des débats parlementaires, ont en effet été opposées les expressions « tenir compte » et « prendre en considération ». Il a été défendu que « *tenir compte fait référence à la comptabilité, c'est être comptable, ce qui est différent d'avoir de la considération* », l'expression « en tenant compte » est « *plus forte* »^{135 136}.

¹³⁰ A. Couret, B. Dondero, *Loi Pacte et droit des affaires*, Francis Lelevbre, 2019, n°105, p. 13.

¹³¹ D. Schmidt, *La loi Pacte et l'intérêt social*, Recueil Dalloz 2019, p. 633 ; A. Pietrancosta, Intérêt social et raison d'être. Considérations sur deux dispositions clés de la loi PACTE amendant le droit commun des sociétés, *Annales des Mines - Réalités industrielles* 2019/4, novembre 2019, p. 55.

¹³² V. également Avis du Conseil d'État sur le projet de Loi Pacte, n° 394.599 et 395.021, 14 juin 2018, point 100.

¹³³ Avis du Conseil d'État sur le projet de loi Pacte, n° 394.599 et 395.021, 14 juin 2018, point 102.

¹³⁴ Rapport de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale n°1237, Tome II, p.92.

¹³⁵ Propos de M. Dominique Potier *in* Rapport de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale n°1237, Tome II, p.96 et *in* Compte rendu intégral de la première séance du vendredi 5 octobre 2018, Assemblée nationale.

¹³⁶ L'article L. 225-102-1 du Code de commerce dispose, quant à lui, que la déclaration de performance extra-financière insérée dans le rapport de gestion doit présenter des informations sur la manière dont la société « *prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* ».

73. **Articulation entre intérêt social et « enjeux sociaux et environnementaux »**. Selon une partie de la doctrine, le nouvel alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil peut être lu comme établissant une hiérarchie entre les enjeux sociaux et environnementaux, d'une part, et l'intérêt social, d'autre part, donnant la primauté à ce dernier. La lecture du texte conduirait à considérer que la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux se fait **en complément** de la gestion conforme à l'intérêt social, mais en présence d'une contrariété entre l'intérêt social et un enjeu social ou environnemental identifié, **la préférence devra être donnée à l'intérêt social**¹³⁷. Bien évidemment, cette primauté ne peut être au préjudice de l'application du droit commun de la responsabilité ou des lois spécifiques protégeant les tiers ou parties prenantes. Toujours selon cette lecture, les enjeux sociaux et environnementaux ne « constituent pas une nouvelle composante de l'intérêt social : ils n'entrent donc pas dans le champ de l'obligation de gérer dans l'intérêt social »¹³⁸.

74. En se fondant sur une analyse des travaux parlementaires et de l'évolution du projet de loi, certains auteurs ne partagent pas cette opinion qui fait des « enjeux sociaux et environnementaux » une notion « extérieure » à l'intérêt social.

Comme il a pu être relevé¹³⁹, un amendement parlementaire dit de « ponctuation signifiante »¹⁴⁰ a été adopté, « remplaçant la conjonction "et" par une virgule ». Le texte initialement déposé au Parlement proposait, en effet, de rédiger ainsi le second alinéa de l'article 1833 du Code civil.

*« La société est gérée dans son intérêt social **et en prenant** en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. »*

Or, pendant les travaux parlementaires, cette version initiale a fait l'objet d'un amendement¹⁴¹, adopté avec le soutien du Gouvernement, de sorte que le second alinéa de l'article 1833 du Code civil, tel qu'adopté par le Parlement, s'énonce ainsi en droit positif :

¹³⁷ V. en ce sens l'étude d'impact relative au projet de loi Pacte, p. 547 : « Il importe de souligner à cet égard que la rédaction de l'article 1833 est à même de résoudre une difficulté résultant d'une éventuelle contradiction entre l'intérêt social et certains enjeux sociaux et environnementaux. Pour tout acte de gestion, elle affirme en effet la primauté du respect de l'intérêt social ; les enjeux sociaux et environnementaux doivent quant à eux seulement être « pris en considération ».

¹³⁸ D. Schmidt, la loi Pacte et l'intérêt social, précité ndp 129.

¹³⁹ M. Tirel, La réforme de l'intérêt social et la « ponctuation signifiante », D. 2019, p. 2317 ; P.-H. Conac, L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale de l'entreprise, Revue des sociétés 2019, p. 570.

¹⁴⁰ Ass. nat., Rapport de la Commission spéciale, t. I, enregistré à la présidence de l'Ass. nat. le 15 sept. 2018, p. 26.

¹⁴¹ Amendement n° 1477, déposé par C. Dubost et R. Lescure, Ass. nat., 3 sept. 2018.

« La société est gérée dans son intérêt social, **en prenant** en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. »

L'exposé des motifs de cet amendement éclaire l'intention du législateur¹⁴² :

« Cet amendement précise que la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité d'une société **s'inscrit pleinement dans** le principe de gestion de la société dans son intérêt social. Il s'agit d'affirmer que **la déconnexion**, proposée par le présent projet de loi, de l'intérêt de la société et de la prise en considération de ces enjeux **n'est pas de nature à produire un effet juridique suffisant**. Au contraire, les dirigeants de la société, en charge de sa « gestion », devront bien prendre en considération les enjeux environnementaux et sociétaux lorsqu'ils rechercheront d'agir dans l'intérêt social. **C'est le sens profond de la réforme** »¹⁴³.

Comme l'a relevé le Rapport fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi Pacte, il s'agissait, par cet amendement, d'assurer que les enjeux sociaux et environnementaux soient « reconnectés » à l'intérêt social, autrement dit intégrés à cette notion :

« C'est ainsi qu'a été adopté un amendement de « ponctuation signifiante » remplaçant la conjonction « et » par une virgule, mais **dont les implications sur le droit des sociétés sont significatives**. Il s'agira de préciser que la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité d'une société **s'inscrit pleinement dans le principe de gestion de la société dans son intérêt social, et non en dehors, de façon déconnectée**. »¹⁴⁴

Une partie de la doctrine souligne ainsi que « la loi Pacte exige que la société poursuive son intérêt social, « en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Ces éléments **font donc désormais partie de l'intérêt social et ne viennent pas s'y rajouter**. C'est le sens de la suppression par l'Assemblée nationale de la conjonction « et » qui avait été introduite à la suite de l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi Pacte »¹⁴⁵.

¹⁴² Ainsi qu'il a été observé, « en réécrivant l'article 1833 du code civil, le législateur a voulu faire des enjeux sociaux et environnementaux une composante de l'intérêt social. Tel est bien le sens de l'adoption de l'amendement dit de « ponctuation signifiante » ayant remplacé le mot « et » du projet de loi déposé à l'Assemblée nationale par une virgule. Aussi la clarté de l'amendement adopté contraste-t-elle avec la persistance des divergences doctrinales. » (M. Tirel, La réforme de l'intérêt social et la « ponctuation signifiante », D. 2019, p. 2317).

¹⁴³ Exposé des motifs, Amendement n° 1477, déposé par C. Dubost et R. Lescure, Ass. nat., 3 sept. 2018.

¹⁴⁴ Ass. nat., Rapport de la Commission spéciale, t. I, enregistré à la présidence de l'Ass. nat. le 15 sept. 2018, p. 26.

¹⁴⁵ P.-H. Conac, L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale de l'entreprise, Revue des sociétés 2019, p. 570. V. égal. M. Tirel, La réforme de l'intérêt social et la « ponctuation signifiante », D. 2019, p. 2317.

75. Dans la mesure où l'intérêt social n'est pas défini par le législateur et qu'il peut être entendu de façon large, il pouvait être considéré comme intégrant d'ores et déjà des considérations sociales et environnementales dès lors que ces dernières contribuent à la pérennité de la société et à la préservation de son intérêt sur le long terme. Cependant, l'intérêt social ne se confond pas avec les intérêts des parties prenantes, extérieures à la société même s'il peut intégrer leur protection¹⁴⁶.
76. Des enjeux sont également susceptibles d'entrer en concurrence ou pourront même se révéler antagonistes, d'où la nécessité pour la société et ses dirigeants de procéder à des arbitrages. En présence d'un conflit entre deux enjeux relatifs à l'activité de la société et lorsqu'aucune norme permettant de trancher ce conflit n'est susceptible de s'appliquer, les dirigeants devront en effet pondérer leur importance¹⁴⁷ afin de procéder à un choix.
77. Afin d'en apprécier la limite, un parallèle pourrait être fait avec les critères dégagés par la loi et les tribunaux¹⁴⁸ en matière d'opérations de mécénat afin de s'assurer de la non-contrariété de celles-ci à l'intérêt social de la société : (i) la dépense de mécénat doit être proportionnée aux capacités de l'entreprise mécène, ce critère étant apprécié au regard d'une analyse *in concreto*, spécifique à chaque structure et opération, (ii) l'opération ne doit pas répondre à l'intérêt personnel des dirigeants et (iii) l'opération doit être envisagée en fonction des retombées identifiées par l'entreprise, la doctrine relevant à ce titre que l'opération de mécénat n'est pas contraire à l'intérêt social dans la mesure où « *elle permet bien potentiellement à l'entreprise de communiquer de manière positive et d'obtenir des **contreparties sociales et morales** qui, bien qu'indirectes, incertaines, diffuses et difficilement quantifiables, sont également **bien réelles*** »¹⁴⁹. Le même raisonnement *mutatis mutandis* pourrait guider l'application de l'article 1833 du Code civil.

¹⁴⁶ Cf. en ce sens notamment R. Salomon *Vers un élargissement de l'abus de biens sociaux*, Rev. Dr. Sociétés 6 juin 2019 « *Comme le souligne très justement certains auteurs, on peut considérer que le nouvel article 1833 du Code civil ne définit pas stricto sensu l'intérêt social, puisque les termes en prenant en considération suggèrent que les enjeux sociaux et environnementaux ne sont pas nécessairement attachés à la notion d'intérêt social* ».

¹⁴⁷ Voir le parallèle avec les propos de J. Tirole, *Économie du bien commun*, PUF, 2016, p. 257 : « (...) *La multiplicité des objectifs crée un conflit entre ces objectifs : quand on donne un objectif à une organisation, celui-ci est aisément contrôlable ; quand on lui en donne plusieurs, éventuellement concurrents, on confère en fait un pouvoir discrétionnaire au management qui va devoir et pouvoir choisir le poids à accorder à chacun des objectifs* ».

¹⁴⁸ D. Roskis, Rép. Dalloz, *Mécénat d'entreprise*, oct. 2017, n° 30. Butstraën, *Le Mécénat d'intérêt social de l'entreprise à l'heure de l'entreprise à mission*, Droit et Patrimoine, n° 282, juillet 2018, p. 55.

¹⁴⁹ L. Butstraën, *Le Mécénat d'intérêt social de l'entreprise à l'heure de l'entreprise à mission*, Droit et Patrimoine, n° 282, juillet 2018, p. 56.

78. **Débiteur de l'obligation.** L'identité du ou des débiteurs de l'obligation nouvellement insérée à l'alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil a fait l'objet d'interrogations au sein du groupe de travail.

79. À la lettre du texte, le ou les débiteurs de cette obligation de gérer la société dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ne peuvent être que le ou les dirigeants de la société, en charge de la gestion de la société. Toutefois, certains auteurs invitent à ne pas « surenchérir sur le verbe « gérer » et constatent que la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux pourrait également être opposable aux associés¹⁵⁰. Pour la grande majorité des membres du groupe de travail, la société elle-même, personne morale, est également débitrice de cette obligation¹⁵¹.

80. **Nature de l'obligation.** L'alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil revêt un caractère impératif¹⁵², il s'agit d'un texte principal. En ce sens, un jugement très récent du tribunal de grande instance de Paris¹⁵³ indique que : « *Si plusieurs auteurs soulignent la portée très symbolique de la réécriture de cet article 1833 dans le but de redonner une perspective à la société, certains y voient une importance pratique immédiate. En effet, avec cette nouvelle précision de l'article 1833 du code civil, quand bien même la décision sociétaire n'a pas à satisfaire un intérêt autre que celui de la société, le fait de devoir prendre en considération l'impact des décisions de la société sur les enjeux*

¹⁵⁰ Tadros, *Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE*, Recueil Dalloz 2018, p. 1765 ; Poracchia, *De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés*, BJS, n°6, juin.

¹⁵¹ Sur la responsabilité des actionnaires. cf. la responsabilité sociale et environnementale des entreprises F.G Trébulle, gaz pal. 6 juin 2016 N. 266 v 7 p. 55. « *Les actionnaires qui doivent voter doivent aussi s'interroger précisément sur les enjeux en termes d'environnement, de conditions de travail, de droits de l'Homme ou de corruption* ». Les devoirs des actionnaires « *permettront de concourir à identifier des manquements fautifs dont l'actionnaire pourrait avoir à répondre s'ils sont en lien direct avec un préjudice infligé à autrui* ». L'auteur cite, pour caractériser un exemple de devoir, la déclaration sur la gouvernance d'entreprise, dans sa version adoptée par le Parlement européen le 8 juillet 2015 quant au considérant 11 : celui-ci précisait : « *Les investisseurs institutionnels et les gestionnaires d'actifs devraient élaborer une politique d'engagements des actionnaires qui précise notamment comment ils intègrent le suivi des entreprises détenues notamment en ce qui concerne les risques environnementaux et sociaux... et comment ils exercent leurs droits de vote* ». Depuis, ce considérant a été intégré dans la directive sur le droit des actionnaires et à l'article L. 533-22 du Code monétaire et financier. Si la responsabilité des actionnaires sur ce fondement n'apparaît pas évidente, l'auteur évoque une hypothèse pour laquelle la mise en jeu de la responsabilité n'apparaît pas impossible en fonction des circonstances « *Poussons un peu le raisonnement et envisageons le cas où l'attention des actionnaires est attirée par la société civile sur un risque environnemental ou social ou encore sur un risque de violation des droits de l'Homme ou un risque de corruption. Ont-ils le droit d'user de leurs pouvoirs ? Ont-ils le devoir d'attirer l'attention de la direction sur la prise en compte effective de cette situation ...doivent-ils le cas échéant sanctionner par leur vote la direction ?* »

¹⁵² En ce sens, v. l'étude d'impact relative au projet de Loi Pacte, p. 544 : cette obligation est une « *une étape impérative de la réflexion menée* ».

¹⁵³ Tribunal de grande instance de Paris, 31^{ème} chambre – 2^{ème} section, 20 décembre 2019, n°0935790257.

sociaux et environnementaux oblige les organes sociétaires à intégrer ces impacts dans leur processus de décision. L'analyse de l'impact social ou environnemental de la décision sociétaire est désormais obligatoire ». On peut rappeler qu'une obligation d'information sur une telle prise en considération existait pour les sociétés cotées et dépassant une certaine taille comme nous l'avons vu précédemment.

81. Toutefois, le non-respect de cette nouvelle disposition ne sera pas sanctionné par la nullité dans la mesure où l'article 1844-10 du Code civil dispose désormais que « *la nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions de l'article 1832 et du premier alinéa des articles 1832-1 et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. (...) La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général* ».
82. Au cours des débats parlementaires, le Gouvernement a indiqué que l'utilisation de l'expression « prendre en considération » a pour intérêt de ne pas introduire une obligation de résultat, mais de constituer une obligation de moyens à la charge de la société¹⁵⁴. Le ministre de l'Économie et des Finances, Monsieur Bruno Le Maire, a ainsi fait remarquer qu'« *en l'état actuel du texte, [il était] simplement [demandé] à l'entreprise d'estimer les conséquences sociales et environnementales de ses choix avant de prendre ses décisions, ni plus, ni moins* »¹⁵⁵.
83. Des parlementaires ont toutefois critiqué l'absence de précisions sur le contenu et les modalités de cette obligation de moyens : « *le ministre a évoqué une obligation de moyens, mais sans préciser à quel niveau ces moyens devaient être engagés : suffira-t-il pour l'entreprise de démontrer qu'elle a fait un petit effort, ou devra-t-elle en faire davantage pour dégager sa responsabilité ?* »¹⁵⁶. En ce sens également, le Rapport d'information présenté aux sénateurs indiquait qu'il s'agissait d'une « *obligation de moyens dont les modalités ne sont pas précisément définies* »¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Rapport de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale n°1237, Tome II, p.88.

¹⁵⁵ Rapport de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale n°1237, Tome II, p.83. Voir également les propos de Mme Coralie Dubost, rapporteure : « *Nous n'introduisons pas une obligation de résultat : nous demandons aux chefs d'entreprise de se poser la question* » in Compte rendu intégral de la première séance du vendredi 5 octobre 2018, Assemblée nationale.

¹⁵⁶ Propos de M. Charles de Courson in Rapport de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale n°1237, Tome II, p.84.

¹⁵⁷ Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur le projet de loi PACTE n°207 par M. Jean-François Rapin, sénateur.

84. D'autres parlementaires ont remis en cause la qualification d'obligation de moyens et considèrent qu'il s'agit en réalité d'une obligation de résultat¹⁵⁸. Il convient de souligner que ces déclarations opèrent une confusion en ce que les obligations de moyens et de résultat ne concernent que les obligations contractuelles et en aucune façon la responsabilité délictuelle qui est seule en cause dans ce cas.
85. Les dispositions nouvelles de l'article 1833, si elles n'obligent pas la société et ses dirigeants à prendre des décisions en faveur d'enjeux sociaux et environnementaux ni à atteindre certains résultats en la matière, posent explicitement une obligation de prise en considération. Elles imposent désormais à la société et à ses dirigeants de considérer l'impact social et environnemental de leurs décisions prises en matière de gestion sans toutefois exiger de leur part que ces décisions soient favorables à ces enjeux. Comme indiqué ci-dessus, il existe cependant une lecture plus extensive de la réforme de l'intérêt social opérée par la loi Pacte, selon laquelle les enjeux sociaux et environnementaux ne sont pas « extérieurs » à l'intérêt social mais en constitue une composante à part entière¹⁵⁹. Les dirigeants disposeraient alors d'un pouvoir sans impératif précis pour arbitrer entre les différents intérêts inclus dans l'intérêt social (cf. les observations de J. Tirole, ndp 145).
86. Pour autant, doit-on craindre l'immixtion du juge dans les décisions sociales ? Certains auteurs estiment que ce risque existe : *« Il faudrait donc admettre que la gestion sociale n'ait pas pour préoccupation première ou du moins exclusive l'intérêt commun des associés et donc la recherche d'un profit. Cela laisse donc admettre que d'autres intérêts environnementaux ou sociaux (par exemple maintien de l'emploi) puissent freiner dans une certaine mesure plus ou moins large cette recherche de profit. Cet ajout risque ainsi de créer des perturbations dont ces auteurs n'ont peut-être pas eu conscience. En effet, si une règle impérative impose dans la gestion des sociétés la prise en considération de l'intérêt des associés et des préoccupations sociales et environnementales, cela revient légalement à imposer un arbitrage qu'il appartiendra au juge de vérifier. Or ce sera une grande nouveauté que de faire du juge l'arbitre de la gestion sociale et de contredire la règle traditionnelle de non-immixtion du juge »*¹⁶⁰. Il nous semble toutefois que si cet arbitrage est susceptible d'être contrôlé dans son existence et ses modalités, il paraît peu vraisemblable que le juge décide de l'opportunité de la décision de gestion (cf. infra par. 119). Dans cette perspective, il ne s'agirait pas en fait pour la société d'opposer l'intérêt social aux enjeux environnementaux et sociaux mais de les concilier dans la mesure du possible dans la prise de décision. Le juge aura pour mission de vérifier si dans la prise de décision les enjeux ont été pris en

¹⁵⁸ Notamment M. Daniel Fasquelle in Compte rendu intégral de la première séance du vendredi 5 octobre 2018, Assemblée nationale.

¹⁵⁹ M. Tirel, La réforme de l'intérêt social et la « ponctuation signifiante », D. 2019, p. 2317 ; P.-H. Conac, L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale de l'entreprise, Revue des sociétés 2019, p. 570.

¹⁶⁰ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, Droit des sociétés, LexisNexis, 2019, n° 198.

considération et dans quelle mesure et non d'arbitrer entre les uns ou les autres. Il doit apprécier les conséquences de la décision en termes de responsabilité pour la société et les tiers mais il n'a pas le pouvoir de la remettre en cause et *a fortiori* de l'annuler.

87. **Contenu de l'obligation.** Le législateur n'a pas détaillé, ni renseigné ou précisé le contenu de cette obligation nouvelle.

88. En l'absence de jurisprudence sur ce nouveau texte, il pourrait être considéré que ce n'est pas une obligation de ne pas porter atteinte aux enjeux sociaux et environnementaux identifiés. Il s'agirait plutôt d'une obligation de réflexion sur les conséquences des décisions prises¹⁶¹. Dans le cadre de cette réflexion, il faudra faire preuve de prudence et de diligence.

89. En ce sens, il s'agirait d'une norme comportementale qu'on adopterait pour orienter ses propres actions. Le devoir de prise en considération peut se présenter « *a priori comme une transposition très allégée d'une véritable obligation de vigilance* »¹⁶². Le Conseil d'État a d'ailleurs indiqué dans son avis que « *dans la mesure où chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité, il est loisible au législateur, dans le respect des principes constitutionnels, de prescrire aux sociétés de prendre en considération ces objectifs* »¹⁶³.

90. Un parallèle pourrait également être fait avec la notion retenue par les Principes directeurs de l'OCDE : « *exercer une diligence raisonnable* » (cf. paragraphe [14 ci-dessus]). Ce principe peut éclairer les modalités pratiques du devoir de prise en considération dans la mesure où il correspond au respect d'une procédure établie et détaillée (identifier, prendre en compte, rendre compte, mettre en place un plan d'action et agir)¹⁶⁴ (cf. infra par. 90).

3.2. La mission du conseil d'administration et du directoire explicitée

91. La loi Pacte a modifié les articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce afin que le conseil d'administration (ou le directoire) d'une société anonyme détermine « *les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux*

¹⁶¹ Étude d'impact sur le projet de loi Pacte, 20 juin 2018, p. 546 : il s'agit d'une « *obligation de moyens [qui] ne présage pas de l'orientation ou du contenu de la décision de gestion. Elle n'est qu'une étape impérative de la réflexion menée* »

¹⁶² T. Massart, *Réforme des articles 1833 et 1835 du Code civil : l'équilibre entre performance financière et extra-financière des sociétés*, Gazette du Palais, n°44, 18 décembre 2018, p. 51.

¹⁶³ Avis du Conseil d'État sur le projet de loi Pacte, n° 394.599 et 395.021, 14 juin 2018, point 102.

¹⁶⁴ Cf. « *La diligence raisonnable en matière de RSE – recueil de pratiques opérationnelles des entreprises de l'AFEP* », 2017.

de son activité ». Le conseil d'administration (ou le directoire) prend « également en considération, s'il y a lieu, la raison d'être de la société définie en application de l'article 1835 du code civil ».

92. Il convient tout d'abord de préciser que seul le droit spécial des sociétés anonymes a été modifié pour préciser l'identité de l'organe chargé de réfléchir aux enjeux sociaux et environnementaux qui entourent l'activité de la société. La nouvelle obligation insérée à l'article 1833 du Code civil semble s'imposer à tout dirigeant de société. Toutefois, le législateur a mis en évidence le rôle particulier du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes en la matière¹⁶⁵. Une décision prise en violation des articles précités ne devrait pas encourir la nullité en raison de la nouvelle rédaction de l'article 1844-10 du Code civil (cf. supra par. 76).

3.3. Modalités de prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux dans le processus de décision des organes sociaux des sociétés

93. L'attention est donc tout particulièrement portée sur les organes collégiaux que sont les conseils d'administration et les directoires des sociétés anonymes qui devront à présent intégrer dans l'exercice de leurs attributions la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société et, le cas échéant, de la raison d'être de cette dernière qui aurait été mentionnée dans les statuts¹⁶⁶. Cela revient à inclure les considérations des parties prenantes de la société (salariés, clients, fournisseurs, associations de défense de l'environnement, *etc.*), lors de la prise de décision, à sensibiliser les dirigeants à ces dernières en veillant à ce que la prise en considération de ces éléments soit pleinement intégrée à leurs décisions de gestion plus particulièrement celles qui sont susceptibles d'avoir une incidence significative sur l'intérêt ou la situation de tiers à l'entreprise. À cet effet, lorsqu'ils l'estiment nécessaire, certains conseils consultent en amont de leurs décisions les parties prenantes afin de recueillir leurs opinions, notamment via la pratique des *shadow boards*¹⁶⁷. Une telle pratique devra bien entendu être maintenue sans préjudice de l'encadrement de ces décisions par une méthode appropriée de préparation des décisions de gestion (cf. supra par. 93 et s.).

¹⁶⁵ L'étude d'impact relative au projet de loi Pacte expliquait que ces modifications proposées dans le Code de commerce sont des « *précisions, adaptées aux sociétés connaissant une organisation complexe et abritant les activités et les enjeux les plus importants, permettant de saisir un organe en particulier de la tâche de réfléchir à ces enjeux* ».

¹⁶⁶ On ne peut exclure qu'une société qui violerait une raison d'être qui ne serait pas intégrée dans les statuts puisse engager sa responsabilité (cf. infra La responsabilité sur le fondement des déclarations et engagements, par. 22 et suivants.).

¹⁶⁷ En ce sens, v. Rapport Notat-Senard : « *la création d'un comité des parties prenantes est probablement l'une des méthodes les plus efficaces pour permettre à la direction de l'entreprise de viser l'intérêt propre et la considération mentionnées* ».

94. Comme l'avait indiqué un auteur, « *la réforme va modifier les habitudes pour les sociétés les plus exposées à des enjeux sociaux et environnementaux ou simplement renforcer les tendances déjà existantes. Des processus nouveaux devront parfois être mis en place* »¹⁶⁸. Ce changement ne devrait pas être majeur pour les sociétés qui étaient déjà soumises aux déclarations extra-financières et aux différentes obligations légales du devoir de vigilance ou de la lutte contre la corruption. Quoi qu'il en soit, les dirigeants doivent s'interroger sur la façon dont ils appréhendent et respectent cette nouvelle obligation. Les membres du groupe de travail partagent le constat suivant : il existe déjà de nombreuses normes en matière de RSE mises à la charge des grandes entreprises, mais le respect de ces différentes normes ne suffit pas à satisfaire à l'obligation nouvelle insérée à l'article 1833 du Code civil dans la mesure où cette dernière est bien autonome¹⁶⁹.
95. Que ce soit pour les déclarations simplement informatives ou celles qui rendent compte de la mise en place de plans de conformité et de leur mise en œuvre (devoir de vigilance, lutte contre la corruption...) il s'agit d'informer les actionnaires et les parties prenantes soit pour anticiper les mesures et les décisions de gestion à prendre, soit pour rendre compte de ce qui a été fait et décidé. La loi Pacte encadre le moment où est prise la décision alors que les déclarations régissent les décisions à prendre ou déjà prises. La loi Pacte impose aux dirigeants le respect des normes au moment de l'action et ce en cohérence avec les déclarations qui ont pu être faites avant et qui seront faites après.
96. La société et ses dirigeants doivent pouvoir documenter cette prise en considération dans le cadre du processus décisionnel pour se prémunir contre le risque contentieux¹⁷⁰. Ce processus pourrait désormais permettre à certains dirigeants de justifier leurs décisions et constituerait alors un moyen de défense contre des mises en cause visant leur gestion de la société. Certains identifient un effet pervers : un risque de bureaucratisation, de « procéduralisation » et de formalisation de la prise de décision¹⁷¹ qui serait inhérent à la satisfaction de cette nouvelle obligation. Serait cependant illusoire de considérer que l'utilisation de formules standard permettrait de constater que la loi a été respectée.
97. Au cours des auditions menées par les membres du groupe de travail, ont été évoquées les décisions d'investissement de sociétés qui requièrent, pour certaines, l'autorisation

¹⁶⁸ P.-H. Conac, *L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Revue des sociétés 2019, p. 570.

¹⁶⁹ D. Poracchia, *De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés*, BJS, n°6, juin 2019.

¹⁷⁰ V. A. Pietrancosta, *Intérêt social et raison d'être. Considérations sur deux dispositions clés de la loi Pacte amendant le droit commun des sociétés*, Annales des Mines - Réalités industrielles 2019/4, novembre 2019, p. 55.

¹⁷¹ D. Poracchia, *De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés*, BJS, n°6, juin 2019. P.-H. Conac, *L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Revue des sociétés 2019, p. 570.

préalable d'un comité spécifique du comité exécutif (type comité d'investissement). En amont de leur prise de décisions, les membres de ces comités bénéficient de plusieurs notes portant principalement sur des éléments financiers et produites par les différentes directions du groupe. Selon certaines personnes auditionnées, il est probable que les relevés de décisions des comités et du conseil d'administration feront désormais davantage référence aux impacts sociaux et environnementaux des décisions qu'ils sont amenés à prendre ; ces références étant pour le moment relativement marginales.

98. Le Professeur Pierre Berlioz lors de son audition par les membres du groupe de travail a exposé qu'il apparaît nécessaire que les organes dirigeants soient en mesure d'identifier les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société dans le cadre de l'élaboration de la stratégie et de la politique de gestion de la société à moyen et long terme, déclinées par la suite dans les différentes décisions prises au quotidien par les dirigeants de la société, par exemple, en :

- préparant en amont de l'élaboration de la stratégie et de la politique de gestion une phase d'audit/de « *due diligence* »¹⁷² de l'activité de la société qui consisterait à :
 - cartographier les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société (un parallèle peut alors être fait avec la loi sur le devoir de vigilance) ; et
 - déterminer les conséquences/externalités positives et négatives de l'activité de la société en matière sociale et environnementale,

ce qui requiert de former et sensibiliser les membres du conseil d'administration, en charge de déterminer les orientations de l'activité de la société et de veiller à leur mise en œuvre sur les sujets RSE afin qu'ils prennent leurs décisions en connaissance de cause¹⁷³ ;

¹⁷² En ce sens, T. Massart, *Réforme des articles 1833 et 1835 du code civil, l'équilibre entre performance financière et extra-financière des sociétés*, Gaz. Pal. 2018, p. 51 : « Même si la substance de cette prise en considération n'est pas précisée, ni dans la nature des actes à accomplir ni dans leurs modalités, on imagine que les dirigeants, y compris les conseils d'administration, seront tenus de procéder à une sorte de « *due diligence* », un bilan préalable des avantages et des inconvénients de leurs décisions. Concrètement, un genre d'étude d'impact devra être joint aux projets de résolutions ».

¹⁷³ Dans son rapport intitulé « Le rôle du conseil d'administration dans la prise en compte des enjeux climatiques » publié le 9 décembre 2019, l'Institut Français des Administrateurs relève que les conseils d'administration sont encore insuffisamment formés, informés et sollicités au sujet des enjeux climatiques : « aujourd'hui le sujet remonte encore trop peu, au regard de son importance, jusqu'au conseil d'administration. Il apparaît plutôt considéré comme relevant de la gestion courante que de la prise de décision stratégique. Pour 58% des personnes sondées, les enjeux climatiques ne font pas l'objet d'un examen périodique en conseil d'administration. La formation et l'information des administrateurs

- hiérarchisant éventuellement les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société pour justifier à terme certaines décisions ;
- élaborant une politique de gestion qui prend en compte ces éléments identifiés, ainsi qu'une grille d'analyse des risques et opportunités de chaque secteur d'activité de la société à destination du management ; et
- s'octroyant de la flexibilité par le biais d'une procédure de révision à échéance plus ou moins fixe afin d'étudier si certains enjeux ne sont plus d'actualité ou, au contraire, si de nouveaux sont apparus.

99. Il semble également opportun d'intégrer une telle phase d'identification au stade de la prise de décisions (i) lorsque ces dernières se révèlent être importantes et structurantes pour le développement et la pérennité de la société ou (ii) lorsqu'il est anticipé que ces décisions seront susceptibles d'avoir un effet particulièrement significatif dans le domaine social ou environnemental, étant précisé, toujours selon le Professeur Pierre Berlioz, que :

- les dirigeants devront se conformer à la politique de gestion préalablement définie par le conseil d'administration ou le directoire ;
- en cas de dérogation, ils devront être en mesure de la justifier ;
- en présence d'un nouvel enjeu social ou environnemental identifié, le dirigeant devra, dans la mesure du possible, le prendre en considération dans le cadre de son processus décisionnel, en précisant éventuellement les externalités positives et négatives en matière sociale et environnementale liées à leurs décisions et leur impact sur sa prise de décision.

100. Enfin, le Professeur Pierre Berlioz a précisé que dans l'hypothèse où une décision aurait des conséquences défavorables en matière sociale ou environnementale, il conviendra de pouvoir justifier par les travaux des organes sociaux de la société ou d'expertises que (i) cette dernière a tout de même pris en considération les enjeux identifiés et a essayé de les concilier avec l'intérêt social et (ii) lesdits enjeux n'ont pas conduit à modifier la décision ou alors ont conduit à la maintenir avec des aménagements.

101. Cette analyse doit cependant être ajustée en fonction du type de structure de société concernée, de sa taille, ses moyens et contraintes opérationnelles, et de la présence ou

font défaut : 82% des personnes sondées n'ont pas entendu d'experts sur ce sujet pour se former et étayer leurs réflexions ».

non d'organe délibérant mais également du secteur d'activité. Il s'agit en effet d'une appréciation *in concreto*. Il existe notamment une différence importante entre (i) les « grandes » sociétés au sein desquelles existe déjà une direction de la conformité et/ou des risques et qui, dans la mesure où elles sont déjà soumises à certaines contraintes de *reporting* légales ou réglementaires, disposent déjà de procédures internes relatives à l'identification et à la maîtrise des risques, et ont créé des comités spécifiques dédiés à ces sujets au sein du conseil d'administration, et (ii) les plus petites sociétés, qui, pour leur part, ne faisait pas l'objet d'une telle réglementation auparavant.

102. Dès 2008, s'agissant des grandes sociétés, notamment cotées, Emmanuel Dray¹⁷⁴ faisait remarquer que « *la RSE engendre (...) des contraintes opérationnelles et juridiques qui doivent être prises en compte par le Conseil d'administration et le Comité d'Audit* ». Il expliquait ainsi qu'« *en matière de RSE et de critères ESG, dire ne suffit pas. Ces critères touchent aux activités et comportements quotidiens des membres de l'entreprise. Le contrôle interne doit donc viser à mettre en œuvre une organisation permettant d'instaurer une culture de la conformité dans le cadre des opérations courantes.* ».

103. Dès lors, ces sociétés n'ont pas attendu la modification de l'article 1833 du Code civil pour mettre en place au sein de leurs structures ce type de procédure leur permettant d'identifier les risques relatifs à leur activité, notamment sociaux et environnementaux. La plupart d'entre elles disposent déjà au sein de leur conseil d'administration de comités spécifiques en charge des questions RSE et du développement des actions, politiques et pratiques mises en œuvre par la société dans les domaines couverts par la RSE (social, environnemental, respect des droits de l'Homme, éthique, gouvernance, *etc.*) et d'une direction de la conformité et/ou des risques en charge d'identifier, évaluer et contrôler l'ensemble des risques de manquement aux diverses obligations, voire engagements pris par la société susceptibles d'entraîner pour la société des sanctions judiciaires, administratives, financières et/ou d'atteindre son image. Le comité d'audit¹⁷⁵ joue également un rôle très important puisque ce dernier est responsable, en vertu de la loi, du suivi de l'efficacité et de la fiabilité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques. Les nouveautés introduites par la loi Pacte en matière de RSE ne devraient par conséquent pas avoir de grandes incidences sur l'organisation et le processus décisionnel de ces sociétés. Rappelons tout de même une fois de plus que le comité des risques doit apprécier ce qui concerne l'entreprise alors qu'il s'agit maintenant de prendre en considération en complément les risques concernant les tiers aux sociétés. En ce qui concerne les autres sociétés, le changement sera beaucoup plus

¹⁷⁴ E. Dray, *La Responsabilité Sociétale de l'Entreprise (« RSE ») : conséquences juridiques pour les entreprises cotées et pour leurs dirigeants en matière de communication extra-financière*, RTDF n°4, 2008.

¹⁷⁵ L'existence d'un comité d'audit est devenue obligatoire pour les sociétés cotées en 2008 et demeure une faculté pour les autres sociétés en application de l'article L. 823-19 du Code de commerce.

significatif ; ainsi, seulement 16% des 133 sociétés cotées suivies par Middlednext, dans son baromètre RSE (synthèse 2018) impliquent leur conseil d'administration dans leurs démarches RSE.

104. **Opportunité de la désignation d'un administrateur référent RSE**¹⁷⁶. De nombreuses sociétés cotées disposent déjà d'un comité RSE. L'administrateur référent, qui existe déjà, pourrait assumer cette fonction, qui revient à s'assurer du « bon » comportement des conseils, mais il ne semble pas nécessaire aux membres du groupe de travail d'ajouter un autre administrateur référent, spécialiste de la RSE¹⁷⁷.

3.4. Le rôle du conseil d'administration et du directoire en matière d'offre publique

105. L'articulation des nouvelles dispositions insérées dans le Code civil et dans le Code de commerce par la loi Pacte avec celles qui régissent les offres publiques n'a pas fait l'objet de développements spécifiques au cours des travaux parlementaires. Il convient toutefois de s'interroger sur l'incidence éventuelle de ces nouveautés sur le droit des offres publiques et, plus particulièrement, sur le rôle du conseil d'administration et du directoire de la société cible¹⁷⁸.

106. Pendant la période d'offre publique visant une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, le conseil d'administration ou le directoire de la société cible (après autorisation du conseil de surveillance) peut prendre toute décision dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre, sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées générales dans la limite de l'intérêt social de la société¹⁷⁹. Les décisions prises par le conseil d'administration ou le directoire doivent ainsi s'inscrire dans le respect du droit commun des sociétés et, par conséquent, ne pas être en contrariété avec l'intérêt social de la société cible¹⁸⁰.

107. La décision du conseil d'administration (ou du directoire) de recommander aux actionnaires de la société d'apporter - ou de ne pas apporter - leurs titres à une offre publique qui leur est adressée devra désormais être prise en prenant en considération

¹⁷⁶ Rapport intitulé « *Garantir la pertinence et la qualité de l'information extra-financière des entreprises : une ambition et un atout pour une Europe durable* » présenté au ministre de l'Économie et des Finances par Patrick de Cambourg, président de l'Autorité des normes comptables, mai 2019, p. 216.

¹⁷⁷ À l'exception du Professeur Anne Danis-Fatôme qui juge utile cette innovation.

¹⁷⁸ A. Gaudemet, *La loi Pacte et le droit des offres publiques*, BJS, n°4, juillet 2019 ; D. Poracchia, *De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés*, BJS, n°6, juin 2019 ; P.-H. Conac, *L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Revue des sociétés 2019, p. 570. ; D. Martin, B. Kanovitch, F. Haas, M. Epelbaum, *Chronique Public M&A – Offres publiques*, RTDF n°1, 2019.

¹⁷⁹ Code de commerce, L. 233-32.

¹⁸⁰ AMF, Règlement général, art. 231-7 : « *pendant la période d'offre publique, l'initiateur et la société visée s'assurent que leurs actes, décisions et déclarations n'ont pas pour effet de compromettre l'intérêt social* ».

l'impact de l'offre sur (i) les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société et, le cas échéant, (ii) la raison d'être de la société. L'obligation faite à ces organes de prendre en considération lesdits enjeux les oblige en effet désormais à examiner avec attention les mesures devant être adoptées notamment au regard des « *risques et opportunités* »¹⁸¹ en matière sociale et environnementale soulevés par le projet de l'initiateur. Il convient de préciser que le règlement général de l'AMF prévoyait déjà que l'avis du conseil d'administration ou du directoire de la société cible porte notamment « *sur l'intérêt de l'offre ou sur les conséquences de celle-ci pour la société visée, ses actionnaires et ses salariés* »¹⁸².

108. La légitimité du conseil d'administration et du directoire à prendre des mesures, qu'il s'agisse de mesures défensives ou visant à solliciter des engagements de nature extra-financière dans le cadre de l'offre, pourrait ainsi se trouver renforcée sur le fondement de l'article 1833, voire de l'article 1835, du Code civil et des articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce, en présence notamment d'une offre hostile¹⁸³. En ce sens, il a pu être affirmé que la loi Pacte permettrait désormais au conseil d'administration ou au directoire de se prononcer contre un projet d'offre initiée par un concurrent « *aux pratiques douteuses en termes, par exemple, de respect des libertés fondamentales, de respect des standards internationaux en matière d'éthique, d'écologie ou de conformité aux dispositifs pénaux ; voire à son historique en matière de gestion des ressources humaines* »¹⁸⁴. Le conseil d'administration et le directoire pourraient ainsi disposer de plus de marge dans leur prise de décision, sous réserve d'agir en conformité avec l'intérêt social. Un membre du groupe de travail considère que l'hypothèse précitée ne lui paraît pas pouvoir justifier sérieusement le rejet d'une offre.

109. Toutefois, ce type de décision pourra se révéler difficile à prendre et à assumer lorsque l'initiateur proposera une prime conséquente aux actionnaires de la société¹⁸⁵ comment l'intérêt social s'apprécie-t-il alors et comment s'applique dans ce cadre le principe de libre jeu des offres et de leurs surenchères ?.

¹⁸¹ Rapport Notat-Senard, p. 46.

¹⁸² AMF, Règlement Général, art. 231-19,4°.

¹⁸³ Pour plus de développements, v. D. Martin, B. Kanovitch, F. Haas, M. Epelbaum, *Chronique Public M&A – Offres publiques*, RTDF n°1, 2019. V. égal. A. Gaudemet, *la loi Pacte et le droit des offres publiques*, précité, ndp 176.

¹⁸⁴ Ph. Portier, *Loi Pacte et intérêt social : contrainte ou opportunité ?* Option Finance, n°1484, 5 novembre 2018.

¹⁸⁵ V. en ce sens l'affaire ABN Amro dans laquelle la prise de contrôle n'a pu être empêchée alors même que la Cour suprême des Pays-Bas avait légitimé l'action du conseil qui s'était opposé à cette prise de contrôle, en affirmant que ce dernier n'avait pas pour seule obligation d'obtenir le meilleur prix pour le compte des actionnaires en cas d'offre publique ; le conseil devant également prendre en compte les intérêts de la société et de ses parties prenantes (pour plus de développements, v. D. Martin, B. Kanovitch, B.-O. Becker, *Chronique Public M&A – Offres publiques*, RTDF n°4, 2007).

3.5. L'inscription facultative d'une raison d'être dans les statuts de la société

110. La loi Pacte a également intégré dans le Code civil la faculté pour les sociétés d'adopter dans leurs statuts une raison d'être¹⁸⁶, « *constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité* »¹⁸⁷. Le Conseil d'État avait relevé que « *rien [n'interdisait par le passé] à une société d'inscrire dans ses statuts dans le respect des règles d'ordre public, une « raison d'être », c'est-à-dire un dessein, une ambition, ou toute autre considération générale tenant à l'affirmation de ses valeurs ou de ses préoccupations de long terme* »¹⁸⁸.
111. « *Inédite dans la législation comme dans la jurisprudence* »¹⁸⁹, la raison d'être est toutefois qualifiée de concept flou, nébuleux ou encore énigmatique par la doctrine¹⁹⁰.
112. Le Rapport Notat-Senard indiquait que « *si quelques-uns pourraient être tentés d'en faire un objet marketing, la raison d'être fournira à la plupart des conseils d'administration un guide pour les décisions importantes, un contrepoint utile au critère financier de court-terme, qui ne peut servir de boussole* »¹⁹¹.
113. L'adoption d'une raison d'être dans les statuts de la société oblige cette dernière à se conformer aux principes qui y sont édictés, en y affectant des « *moyens* »¹⁹². Comme évoqué par la suite, elle est alors susceptible, selon son degré de précision rédactionnelle, de donner lieu à une action en responsabilité sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, de la part de tiers qui seraient en mesure d'établir qu'un manquement à la raison d'être leur a causé un préjudice. Plus elle sera rédigée en des termes précis et formulée sous forme d'engagements ou d'objectifs (notamment

¹⁸⁶ Il s'agit toutefois d'une obligation si la société souhaite obtenir le statut de société à mission.

¹⁸⁷ C. civ., art. 1835.

¹⁸⁸ Avis du Conseil d'État sur le projet de loi Pacte, n° 394.599 et 395.021, 14 juin 2018, point 105.V. en ce sens les « raisons d'être » adoptées par Atos, Danone ou encore Camif avant l'introduction de la loi Pacte.

¹⁸⁹ Avis du Conseil d'État sur un Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, n°394.599 et 395.021, 14 juin 2018, point 105.

¹⁹⁰ A. Viandier, *La raison d'être d'une société (C. civ., art. 1835)*, BRDA 10/19 ; T. Massart, *Réforme des articles 1833 et 1835 du Code civil : l'équilibre entre performance financière et extra-financière des sociétés*, Gazette du Palais, n°44, 18 décembre 2018, p. 51 ; A. Tadros, *Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE*, Recueil Dalloz 2018, p. 1765 ; I. Urbain-Parleani, *L'article 1835 et la raison d'être*, Rev. Sociétés 2019, p. 575 ; A. Pietrancosta, *Intérêt social et raison d'être. Considérations sur deux dispositions clés de la loi PACTE amendant le droit commun des sociétés*, Annales des Mines - Réalités industrielles 2019/4, novembre 2019, p. 55.

¹⁹¹ Rapport Notat-Senard, p. 4.

¹⁹² Tribunal de grande instance de Paris, 31^{ème} chambre – 2^{ème} section, 20 décembre 2019, n°0935790257 : « *ainsi, à côté de l'objet social qui constitue les activités de la société, la raison d'être serait constituée des principes, optionnels, qui la guident pour réaliser cette activité, le tout ayant pour but la réalisation de l'intérêt de la société* ».

chiffrés) dont le respect (ou le non-respect) peut être vérifié, plus les conséquences juridiques seront importantes¹⁹³. À l'inverse, la contrariété à la raison d'être sera d'autant plus difficile à prouver que celle-ci fait seulement référence à de grands principes formulés « *en termes incitatifs et de préférence au futur* »¹⁹⁴. Afin de diminuer le risque de contentieux, la raison d'être pourrait même, selon certains, être assortie de « *réserves ou d'exceptions pour en atténuer la portée* »¹⁹⁵. Pour autant, elles ne devraient être acceptables que si elles ne remettent pas en cause l'objectif même de la raison d'être inscrite dans les statuts. À ce titre, on observe que la rédaction des premières adoptées par les sociétés¹⁹⁶ est très hétéroclite et témoigne d'une période de « rodage » plus particulièrement au regard des sociétés qui les ont adoptées hors statuts, tout en s'en prévalant publiquement (cf. infra note de pied 164 sur la responsabilité éventuelle de la société et supra par. 22 et suivants). Une décision prise en violation de la raison d'être ne devrait pas encourir de nullité.

En effet, la Cour de cassation estime sur le fondement de l'article L. 235-1 du Code de commerce que « *sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci, le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionnée par la nullité* » (Cass. com. 18 mai 2010, n° 09-14855, Larzul). La Cour de cassation a par ailleurs eu l'occasion de préciser que l'exception qu'elle vise ainsi, « *se rencontre notamment toutes les fois que la loi, tout en subordonnant une décision sociale à certaines conditions de majorité, autorise cependant les statuts à stipuler d'autres conditions et ainsi, sans décider du caractère impératif de la règle, à en aménager le contenu. Elle ne devrait pas s'étendre, en revanche, aux cas où la loi, en restant silencieuse ou même en abandonnant expressément aux statuts le soin de régir une question, s'abstient de poser elle-même une quelconque règle.* »¹⁹⁷ (Cour de cassation, Bulletin d'information, 15 oct. 2010, n° 729, p. 44). L'article 1835 abandonne précisément aux statuts le soin de prévoir ou non une raison d'être et de la définir, et il s'abstient de poser une quelconque règle, de sorte que la violation de la disposition statutaire définissant la raison d'être ne devrait pas être cause de nullité des délibérations sociales. Les actes externes conclus en violation de la raison d'être ne devraient pas plus encourir de nullité puisque les clauses limitant les pouvoirs des dirigeants (si tant est que la raison d'être soit définie de manière suffisamment précise pour être qualifiée ainsi), sont inopposables aux tiers.

¹⁹³ A. Viandier, La raison d'être d'une société (C. civ. Art. 1835), BRDA, 17 mai 2019, par. n°53 ; I. Urbain-Parleani, L'article 1835 et la raison d'être, Rev. Sociétés 2019, p. 575, par. n°30.

¹⁹⁴ Mémento Sociétés commerciales 2020, Éditions Francis Lefebvre, par. n° 921 ; exemples « *apporter la santé par l'alimentation au plus grand nombre* » et « *rendre aux gens leur souveraineté alimentaire* » (Danone) ou « *contribuer à façonner l'espace informationnel* » (Atos).

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ V. les raisons d'être insérées par Carrefour dans ses statuts, ainsi que celles qui ont été adoptées hors statuts par Veolia, Michelin ou encore Crédit Agricole.

¹⁹⁷ Com. 18 mai 2010 n° 09-14855 ; Com. 15 octobre 2010, Bull. d'inf. n° 729, p. 44 ; Com. 10 février 2015 n°13-25.588 : D.R. sociétés 2015 n°67 obs. D. Cochet-Gallois.

114. Par ailleurs, rien dans la loi ne relie la raison d'être aux enjeux sociaux et environnementaux mentionnés à l'article 1833 du Code civil. Dès lors, il est tout à fait concevable d'inscrire dans les statuts une raison d'être déconnectée de ces enjeux (*e.g.*, favoriser l'actionnariat familial¹⁹⁸).

115. Les sociétés ne devraient engager leur responsabilité que dans la mesure où celle-ci serait suffisamment précise pour caractériser une forme d'engagement (cf. discussion supra sur la responsabilité des sociétés pour les engagements volontaires).

3.6. La société à mission

116. Le statut de société à mission a été créé par la loi Pacte. Il ne s'agit pas d'une nouvelle forme de société, mais plutôt d'un « label légal » auquel peuvent prétendre toutes les sociétés commerciales¹⁹⁹ sous réserve de respecter certaines conditions énumérées à l'article L. 210-1 du Code de commerce :

- les statuts de la société doivent préciser (i) une raison d'être, au sens de l'article 1835 du code civil, (ii) un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité et (iii) les modalités du suivi de l'exécution de la mission poursuivie ;
- un comité de mission, distinct des organes sociaux de la société et devant comporter au moins un salarié, doit être créé et est chargé exclusivement de ce suivi et présente annuellement un rapport joint au rapport de gestion, mentionné à l'article L. 232-1 du code de commerce, à l'assemblée chargée de l'approbation des comptes de la société. Ce comité procède à toute vérification qu'il juge opportune et se fait communiquer tout document nécessaire au suivi de l'exécution de la mission. À noter que l'article L. 210-12 du Code de commerce indique que, s'agissant des sociétés qui emploient au cours de l'exercice moins de cinquante salariés permanents, les statuts de ladite société peuvent prévoir qu'un référent de mission (qui peut être un salarié) se substitue au comité de mission ; et
- l'exécution des objectifs sociaux et environnementaux, mentionnés ci-dessus, doit faire l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant dont les

¹⁹⁸ Étant précisé que dans le cas d'une société cotée, l'AMF pourrait décider qu'il y a lieu à mise en œuvre d'une offre publique de retrait sur le fondement de l'article 236-6, 2° de son Règlement général si, par exemple, l'actionnariat familial contrôlant la société se proposait de soumettre à l'AGE une telle modification des statuts de la société.

¹⁹⁹ La MAIF, la CAMIF, Yves Rocher, Danone notamment ont fait part de leur volonté d'adopter le statut de société à mission ; les entreprises de l'économie sociale et solidaire pourraient également adopter le statut de société à mission, *L'économie de demain : sociale, solidaire et circulaire ?* cf. supra ndp 4.

modalités de la mission sont détaillées à l'article R. 210-21 du Code de commerce en ce qui concerne les sociétés commerciales.

117. L'adoption du statut de société à mission impose donc à la société de se doter d'un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux qu'elle se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité, en sus de l'intégration d'une raison d'être dans ses statuts. Ces objectifs pourront être plus ou moins précis et donc engageants. De ce fait, les risques juridiques pour une telle société, dans l'hypothèse où le non-respect de ses objectifs ou engagements suffisamment précis causerait un préjudice à un tiers, sont plus importants que ceux encourus par les sociétés ayant adopté une raison d'être à formulation générale. En effet, le tiers lésé ou l'actionnaire pourrait plus facilement caractériser le défaut s'il y avait une plus grande précision des engagements pris par la société. Toutefois, l'intervention de l'organisme tiers indépendant devrait permettre par ses vérifications d'exercer un premier contrôle. Par ailleurs, en cas de difficulté, le comité de mission, en assurant le suivi du respect des objectifs fixés dans les statuts devrait également permettre de garantir la bonne exécution de la mission poursuivie. À ce titre, le contentieux devrait normalement être limité.

4. LE REGIME DE LA RESPONSABILITE CIVILE EN MATIERE DE RSE APRES LA LOI PACTE

4.1. Responsabilité civile de la société

118. Des avis très divergents ont été exprimés sur le risque d'accroissement du nombre d'actions en responsabilité visant les sociétés et leurs dirigeants à la suite de la modification des articles 1833 et 1835 du Code civil. En tout état de cause, le risque réputationnel, ainsi que les répercussions médiatiques qui l'accompagnent, sont et seront les plus grandes sources de préoccupations pour les entreprises car ils s'inscrivent dans l'immédiateté et bien en amont du temps judiciaire.

119. **Recevabilité.** Il est peu vraisemblable que les nouvelles dispositions de l'article 1833 du Code civil aient un impact sur les conditions de recevabilité des actions en responsabilité. Même si ces dispositions sont susceptibles de constituer le siège d'un nouveau type de faute ou de préjudice, toute action en justice restera subordonnée à l'intérêt et la qualité pour agir du demandeur (particulier, entreprise, association ou encore ONG).

120. **Absence de création d'un nouveau régime de responsabilité civile à la suite des nouveautés introduites par la loi Pacte en matière de RSE.** Dans le cadre de la modification des articles du Code civil et du Code de commerce susvisés, le législateur français n'a pas prévu de régime de sanctions spécifiques en cas de manquement à ces nouvelles dispositions. En ce sens, le Conseil d'État a relevé que « *le projet de loi n'assortit ce principe de gestion diligente et raisonnable d'aucune sanction autre que*

celle relevant, le cas échéant, des mécanismes de droit commun de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, et notamment pas répressive (...) »²⁰⁰.

121. Application du régime du droit commun de la responsabilité civile.

L'engagement de la responsabilité d'une personne morale reste donc subordonné, conformément aux règles de droit commun de la responsabilité civile, à la preuve de la réunion du triptyque classique, à savoir l'existence (i) d'un fait générateur (la faute), (ii) d'un préjudice et (iii) d'un lien de causalité entre ces deux éléments (voir supra ; voir également l'annexe 4 sur les contentieux climatiques).

122. Les contentieux en matière de RSE étant encore relativement rares (bien que se développant ces dernières années en particulier pour les actions dites climatiques), les nouvelles dispositions de l'article 1833 du Code civil pourront peut-être fonder des actions ultérieures en responsabilité dans le cadre de catastrophes majeures avec des répercussions sociales et environnementales importantes qui ne pourraient être fondées sur des dispositions légales existantes. Mais observation doit être faite que le droit français permet déjà par le droit commun ou des lois spécifiques, de mettre en cause largement la responsabilité des sociétés.

123. Examen par le juge des modalités de la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux.

Le juge dispose d'un certain pouvoir d'appréciation lorsque la règle de droit n'est pas précise ou ne détaille pas le comportement attendu du sujet de droit. En l'espèce, le législateur n'a pas formulé d'indications quant aux modalités de la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société dans le cadre de la gestion de cette dernière. La doctrine reconnaît généralement que dans ce type de situation, « *le juge civil doit se référer, pour déterminer l'attitude qui devrait être observée par ceux qui ont participé à la réalisation du **dommage** à un type abstrait, celui de « l'homme normal », ou de « l'homme raisonnable et avisé »* »²⁰¹. Ce standard devra être adapté en fonction de la taille, de la nature de l'activité et des ressources de la société.

124. Certains auteurs ont fait **remarquer** que « *si une règle impérative impose dans la gestion des sociétés la prise en considération de l'intérêt des associés et des préoccupations sociales et environnementales, cela revient légalement à imposer un arbitrage qu'il appartiendra au juge de vérifier. Or ce sera une grande nouveauté que de faire du juge l'arbitre de la gestion sociale et de contredire la règle traditionnelle de non-immixtion du juge* »²⁰². Cette conclusion peut ne pas être partagée. Conformément

²⁰⁰ Avis du Conseil d'État sur un Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, n° 394.599 et 395.021, 14 juin 2018, point 103.

²⁰¹ J. Ghestin, Traité de droit civil, G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, 4^e édition, Lextenso éditions, par. 463.

²⁰² M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 32^e édition, LexisNexis, p. 72

au principe de non-immixtion dans la gestion des entreprises²⁰³, le juge devrait en effet se limiter à rechercher si la décision a été prise de manière raisonnable par un organe normalement diligent, sans avoir pour autant à contrôler l'opportunité des décisions de gestion²⁰⁴. Une telle recherche devrait suffire pour caractériser ou non la responsabilité revendiquée.

125. **L'engagement de la responsabilité civile de la société grâce aux lanceurs d'alerte.** Il pourrait également être envisagé que l'entrée en vigueur de la loi PACTE nourrisse l'engagement de nouvelles formes de contentieux dont les lanceurs d'alerte seraient à l'origine.

126. Depuis la loi Sapin II et la loi sur le devoir de vigilance du 27 mars 2017, les grandes entreprises ont l'obligation de mettre en place certains dispositifs d'alerte interne destiné à recueillir les signalements notamment relatifs aux risques d'atteinte aux droits humains ou à l'environnement.

127. Si, pour l'heure, les dispositifs de protection des lanceurs d'alerte ont surtout été mis en lumière en matière pénale, par exemple en matière de fraude fiscale ou de corruption, il n'est pas impossible que ce mécanisme se développe en matière environnementale à l'avenir.

128. Le développement du contentieux environnemental pourrait ainsi passer par les signalements, par exemple, de la part de certains salariés d'une grande entreprise qui seraient témoins de la violation de différentes normes environnementales, voire du code de conduite mis en place par la société elle-même.

129. L'Union européenne s'est d'ailleurs saisie du sujet en adoptant la Directive n° 2019/1937 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, qui devrait être transposée en droit français d'ici 2021 et qui harmonisera et élargira le champ de cette protection.

4.2. La mise en cause de la responsabilité civile des dirigeants

2.1. La mise en cause de la responsabilité civile des dirigeants par les associés

130. **L'action *ut singuli*.** Si la société subit un préjudice à la suite d'une faute de son dirigeant, l'action sociale pourra être diligentée par les associés au nom et pour le

²⁰³ E.g., CA Versailles, 11 juin 1998, n°346-96, CA Versailles, 12 mai 2010, n°08-9130, CA Douai, 13 septembre 2018, n°16/04789.

²⁰⁴ En ce sens, v. D. Poracchia et D. Martin, *Regard sur l'intérêt social*, Rev. Sociétés, n°09, 7 septembre 2012.

compte de la société en cas de violation des articles 1833 ou 1835 du Code civil pour « soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans la gestion »²⁰⁵ :

131. Certains ont fait remarquer que la rédaction de ces nouvelles obligations insérées dans le Code civil et le Code de commerce peuvent potentiellement faire l'objet d'une interprétation large par le juge afin de leur conférer une portée normative « *notamment en termes de responsabilité des dirigeants* »²⁰⁶. L'édition d'une procédure au sein de la société contraindra les dirigeants à intégrer dans leur processus de décision l'étape qui doit aujourd'hui être consacrée à l'examen des enjeux sociaux et environnementaux (cf. supra par. 191). Si la procédure est respectée et si les organes ont joué leur rôle, on peut en effet supposer que le dirigeant n'a pas manqué à son obligation de diligence et donc que le juge ne peut venir le sanctionner en venant substituer son jugement sur les affaires de la société.²⁰⁷
132. **L'action *ut universi*.** Il s'agit de l'action dirigée contre les dirigeants par la société. Pour des raisons compréhensibles, cette action est rarement initiée sauf par exemple par les nouveaux dirigeants à la suite d'une succession tumultueuse ou à la suite d'une cession de contrôle.
133. **L'action individuelle.** Dans cette hypothèse, l'associé demandera réparation d'un préjudice personnel, distinct du préjudice éventuellement subi par la société. Ce type d'action est peu fréquente, d'autant plus en matière de RSE dans la mesure où la jurisprudence se montre très rigoureuse dans l'appréciation du préjudice personnel de l'associé. En ce sens, l'action engagée par un associé contre le dirigeant est irrecevable lorsqu'il invoque la perte de valeur de ses titres alors que ce préjudice résulte en réalité uniquement du dommage causé à la société ; ce préjudice n'ayant donc aucun caractère personnel²⁰⁸. La question du préjudice personnel pourra cependant à nouveau se poser lorsque l'actionnaire pourra établir que son investissement a été guidé par les principes RSE violés ou méconnus par le dirigeant fautif, une telle faute pouvant au moins avoir causé un préjudice moral à cet actionnaire particulier.

²⁰⁵ Code de commerce, art. L. 225-251, al. 1 applicable aux sociétés anonymes.

²⁰⁶ Rapport de la Commission spéciale de l'Assemblée nationale n°1237, Tome II. V. égal. M. Tirel, La réforme de l'intérêt social et la « ponctuation signifiante », D. 2019 p. 2317.

²⁰⁷ D. Poracchia et D. Martin, *Regard sur l'intérêt social*, Rev. Sociétés, n°09, 7 septembre 2012 ; A. Pietrancosta, Intérêt social et raison d'être. Considérations sur deux dispositions clés de la loi Pacte amendant le droit commun des sociétés, *Annales des Mines - Réalités industrielles* 2019/4, novembre 2019, p. 55.

²⁰⁸ Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, Bull. 2010, IV, n° 48., RJDA 2010, n° 637, où en l'espèce l'action en responsabilité était dirigée contre le dirigeant, et CA Limoges, 17 janv. 2013, n° 11/01356.

2.2. La mise en cause de la responsabilité civile des dirigeants par les tiers

134. Tout tiers ayant un intérêt à agir pourrait *a priori* tenter d'engager la responsabilité civile d'un dirigeant qui, selon lui, n'aurait pas suffisamment pris en considération les enjeux sociaux et environnementaux dans le cadre de son activité de gestion.

135. Il reviendrait alors au tiers d'établir que l'absence de prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux constitue pour le dirigeant une faute séparable de ses fonctions²⁰⁹. Cette faute doit être, même dans le cadre des limites des attributions du dirigeant, une faute (i) intentionnelle, (ii) d'une particulière gravité et qui soit (iii) incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales. L'existence d'une faute séparable est appréciée de façon stricte par la jurisprudence, qui n'admet donc qu'exceptionnellement la responsabilité personnelle du dirigeant²¹⁰. L'obligation de prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux étant principalement envisagée comme une règle de gestion, il paraît en l'état peu probable qu'une violation de celle-ci suffise à établir l'existence d'une faute séparable des fonctions²¹¹.

Conclusion²¹²

La loi Pacte a eu pour objet de donner, par la nouvelle rédaction de l'article 1833, un fondement général de la RSE pour la gestion des sociétés. Ce texte a été adopté à un moment où se développe depuis plusieurs années un contentieux extra-financier et plus particulièrement en matière climatique tant à l'étranger qu'en France. Le groupe de travail a pu constater que le droit positif antérieur permettait déjà une large mise en cause des sociétés pour la violation

²⁰⁹ Cass. com. 27 janvier 1998, n° 93-11.437, Bull. 1998, IV, n° 48. Il convient toutefois de noter que la Chambre criminelle de la Cour de cassation, lorsqu'il s'agit de la réparation d'une faute pénale du dirigeant, n'exige pas le caractère détachable à l'inverse des juridictions civiles et commerciales (Cass. crim., 5 avr. 2018, n°16-83.961, non publié (1ère espèce) ; Cass. crim., 5 avr. 2018, n°16-87.669, F-P+PB (2nde espèce). Encore faudrait-il qu'une infraction pénale ait été commise.

²¹⁰ Cf. à titre d'exemple, un dirigeant sanctionné pour avoir volontairement trompé un fournisseur sur la solvabilité de la société (Cass. com. 20 mai 2003, n° 99-17092, Bull. 2003, IV, n° 84).

²¹¹ En ce sens, M. Roussille, projet de loi Pacte : quel impact ? Réflexion sur la consécration de l'intérêt social et de la raison d'être de la société, Droit des sociétés 2018, étude 10 : « *Ici encore, la règle se présente aux dirigeants comme une règle de gestion (« doit être gérée »), de sorte que l'on peut douter du fait qu'elle offre aux tiers (partenaires, clients, États, associations d'utilité publique) une quelconque possibilité d'en tirer des moyens d'action contre la société elle-même. Pas plus ne permettra-t-elle à ces tiers d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants, sauf à établir que l'indifférence aux enjeux environnementaux ou sociaux de leurs décisions constitue une faute détachable de leurs fonctions, par exemple en cas d'infraction pénale. Mais ici, rien de nouveau. L'injonction ne pourra donc a priori avoir d'impact qu'en interne là encore, les dirigeants pouvant se voir reprocher par les associés ou actionnaires de ne pas avoir assez tenu compte des aspects sociaux et environnementaux des actions qu'ils ont conduites* ».

²¹² Un membre du groupe de travail a fait état de fortes réserves sur un certain nombre d'orientations choisies dans le rapport et regrette que toutes les pistes d'extension de la portée juridique de la RSE, même les plus improbables, aient été explorées.

d'engagements ou de devoirs ou d'autres lois récentes relatives à la responsabilité sociale de l'entreprise. Si l'objectif du législateur n'a pas été de créer une nouvelle cause de responsabilité, il n'en reste pas moins que la loi est impérative. Il s'agit avant tout d'une incitation certes légale en vue de favoriser une prise en considération des intérêts des tiers. Le contentieux ne pouvant être exclu, le présent rapport a tenté de donner un éclairage sur les conditions dans lesquelles les sociétés peuvent engager leur responsabilité au titre du nouvel article 1833. Constat peut être fait que la responsabilité encourue relève du droit commun de la responsabilité avec notamment la nécessité de se prévaloir d'un intérêt légitime d'un préjudice subi et d'un lien de causalité. Certaines lois comme celles relatives au droit de vigilance sont plus précises pour leur exigence et pourraient être invoquées dans des cas où l'article 1833 aurait également vocation à s'appliquer. La spécificité de cette nouvelle responsabilité tient à l'appréciation que le juge devra faire de la prise en considération d'intérêts tiers à la société. Les dirigeants de sociétés se devront à l'avenir d'appréhender dans les meilleures conditions les risques inhérents à l'activité de leur entreprise afin de prendre au mieux en considération les enjeux sociaux et environnementaux.

À ces deux derniers titres, deux observations finales peuvent être faites :

- Le juge devrait apprécier les conséquences des décisions sociales querellées au regard de la responsabilité encourue à l'égard de la société, des associés ou des tiers. Il n'a pas, comme ceci a été rappelé, le pouvoir de sanctionner la décision en l'annulant mais il ne faudrait pas que la décision de condamnation puisse procéder de l'appréciation de l'opportunité de la décision de gestion. Il est donc à souhaiter que les tribunaux ne remettent pas en cause, à l'occasion d'actions en responsabilité contre les sociétés ou leurs dirigeants sur le fondement de la loi Pacte, le principe de non-immixtion dans la gestion des sociétés sauf à créer une grande insécurité juridique.
- Comme le recommande l'IFA pour les enjeux climatiques, mais ceci est également vrai de façon générale pour les enjeux sociaux et environnementaux, les organes de gestion comme le conseil d'administration, ou de contrôle devraient être davantage formés, informés et sollicités pour les prendre en considération.

LISTE DES ANNEXES

- Annexe 1 :** Composition du groupe de travail « Responsabilité RSE »
- Annexe 2 :** Liste des personnes auditionnées
- Annexe 3 :** Intervention de Monsieur le Professeur Didier Poracchia sur la notion d'intérêt social en jurisprudence
- Annexe 4 :** Contentieux climatique et problématiques relatives à l'établissement du lien de causalité

Annexe 1

COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL « Responsabilité RSE »

PRÉSIDENT

- Didier MARTIN, avocat associé, Cabinet Bredin Prat, membre du HCJP*

MEMBRES :

- Anne DANIS-FÂTOME, Université de Bretagne Occidentale
- Aurélien HAMELLE, Directeur Juridique – Total
- Peter HERBEL, avocat, Cabinet Herbel
- Loïc LEGOUET et Fabrice BUSSIÈRE, Direction des Affaires Juridiques - Amundi
- Helman LE PAS DE SÉCHEVAL, Secrétaire Général –Veolia
- Flavie LE TALLEC, Magistrate, Chef du Bureau du droit des sociétés et de l’audit du ministère de la Justice
- Alice NAVARRO, Conseillère juridique de la directrice générale du trésor
- Charline PELTIER, juriste au ministère de la justice
- Didier PORACCHIA, Professeur à l’Université Paris I
- Pierre ROHFRITSCH, adjoint au bureau de la stabilité financière, de la comptabilité et de la gouvernance des entreprises de la direction générale du trésor
- Hervé SYNDET, Professeur émérite de l’Université Panthéon-Assas
- Pierre TODOROV, Secrétaire Général EDF

.

* Avec l’assistance de Pauline Le Faou, avocate, Cabinet Bredin Prat.

REPRÉSENTANTS DE L'AMF :

- Stéphanie CABOSSIORAS, Direction des Affaires Juridiques
- Patricia CHOQUET, Conseillère à la direction des affaires juridiques
- Maryline DUTREUIL-BOULIGNAC, Directrice Régulations et Affaires internes
- Anne MARÉCHAL, Directrice Juridique

EN PRÉSENCE DE :

- Charlotte de CABARRUS, Conseillère référendaire à la Cour de cassation
- Olivier DOUVRELEUR, Avocat général à la Cour de cassation
- Christine PENICHON, Avocat Général à la Cour de cassation

Annexe 2
LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

- Pierre BERLIOZ, Professeur des Universités ;
- Fabrice BONNIFET, Directeur Développement Durable & QSE au sein du Groupe Bouygues et Président du Collège des Directeurs du développement durable ; et
- Sandra COSSART, Directrice de Sherpa ;
- Nicolas HUET, Secrétaire Général et membre du directoire d'Eurazeo ;
- Helman LE PAS DE SÉCHEVAL, membre du Groupe de Travail, en qualité d'administrateur de société cotée ;
- Nicole NOTAT, Présidente de l'agence Vigeo Eiris et co-auteure du rapport « L'entreprise, objet d'intérêt collectif » ;
- Béatrice PARANCE, Professeur des Universités.
- Christophe SCHMEITZKY, associé chez EY en charge de la pratique développement durable ;
- Maylis SOUQUE, Secrétaire Générale du PCN français de l'OCDE ;
- Elisabeth GAMBERT et Nicolas BOQUET, AFEP : présentation du rapport sur la simplification et la rationalisation du reporting RSE.

Annexe 3
Intervention de Monsieur le Professeur Didier Poracchia sur la notion d'intérêt social en
jurisprudence

L'INTÉRÊT SOCIAL DANS LA JURISPRUDENCE

Didier Poracchia

Si la loi prévoit désormais que la société est gérée dans son intérêt social..., la notion d'intérêt social reste fondamentalement indéterminée. Standard utilisé par la jurisprudence, à l'instar de la bonne foi, pour apprécier soit certaines actions de la société et de ses organes, soit certaines demandes portant sur la société, l'intérêt social ne connaît pas de définition précise.

À cet égard, il ne semble pas que la jurisprudence majoritaire reprenne les idées portées en doctrine, les unes tendant à considérer que l'intérêt social se résumerait à l'intérêt collectif des associés ou des actionnaires, les autres voyant dans l'intérêt social l'intérêt de l'entreprise. La jurisprudence, plus simplement tend à considérer que l'intérêt social est celui, autonome, de la société, sans préciser pour autant, ce qu'il est.

A la vérité, la jurisprudence, lorsqu'elle est confrontée à une question impliquant l'intérêt de la société, s'attache le plus souvent à une analyse de la conséquence de l'acte sur la société et plus précisément sur sa « capacité » à mener, à poursuivre son activité ou plus spécifiquement constate que l'acte ou l'action lui a causé un préjudice, à savoir le plus souvent un appauvrissement ou l'a exposé à un risque anormal de sanction pénale, fiscale, ou de cessation des paiements.

Cela étant, la seule constatation qu'un acte sociétaire a causé un préjudice à la société en l'appauvrissant (notamment) n'implique pas que la société a été gérée contrairement à son intérêt ou que tel organe social a commis une faute. Cette faute ne ressurgira que si l'action préjudiciable, appréciée à la date à laquelle elle a été réalisée, l'a été soit en pleine conscience²¹³, soit lorsque tel n'est pas le cas, si son auteur cherchant à poursuivre l'intérêt de la société n'a pas agi de manière suffisamment prudente et diligente.

Cela étant, et même si l'on se concentre sur la contrariété à l'intérêt de la société, on constate que les juges n'adoptent pas nécessairement une analyse uniforme des situations caractérisant une telle situation comme le montrent les jurisprudences rapportées ci-dessous.

²¹³. Rapp. en matière fiscale où l'acte anormal existe lorsque la société décide de s'appauvrir à des fins étrangères à son intérêt. Cette situation est parfois présumée. Tel est le cas lorsque l'administration soutient qu'une cession d'un bien a été réalisée par la société à un prix significativement inférieur à la valeur vénale qu'elle a retenue et que la société n'apporte aucun élément de nature à remettre en cause cette évaluation. Dans ce cas, l'administration doit être regardée comme apportant la preuve du caractère anormal de l'acte de cession si le contribuable ne justifie pas que l'appauvrissement qui en est résulté a été décidé dans l'intérêt de l'entreprise, soit que cette dernière se soit trouvée dans la nécessité de procéder à la cession à un tel prix, soit qu'elle en ait tiré une contrepartie, CE plén., 21 déc. 2018, n° 402006

Intérêt social et faute :

- Abus du droit de vote²¹⁴ :

On sait qu'en la matière, la jurisprudence considère depuis 1961²¹⁵ qu'une décision sociétaire peut être annulée lorsqu'elle a été prise par les majoritaires contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité.

Si cette formule est répétée en jurisprudence et que l'abus suppose que les deux éléments précités soient présents, la contrariété à l'intérêt de la société retenue par les juges peut largement varier suivant les circonstances. Ainsi, le plus souvent cette contrariété est caractérisée par l'adoption d'une décision préjudiciable à la société en ce qu'elle l'appauvrit. Plus précisément, la décision est contraire à l'intérêt de la société car elle est contraire aux exigences de bonne gestion de la société.

Tel est par exemple le cas d'une société qui décide de supporter l'intégralité du passif d'une de ses filiales sans contrepartie pour elle (et au bénéfice des majoritaires)²¹⁶ ou vend un élément d'actif, à l'initiative de l'assemblée générale, à un prix très inférieur à sa valeur réelle²¹⁷.

Cela étant, le seul appauvrissement de la société ne constitue pas toujours une violation de l'intérêt de la société. Ainsi, l'intérêt de la société ne sera pas violé si la décision de l'assemblée de réaliser telle opération l'appauvrissant apparaît fondée économiquement en raison, notamment, de la situation de la société²¹⁸.

²¹⁴. Ne seront envisagés ici que les abus de majorité. La jurisprudence sanctionne également l'abus de minorité et l'abus d'égalité

²¹⁵ Cass. civ., 18 avril 1961, D. 1961, p. 661

²¹⁶. Cass. com., 29 mai 1972, Bull. civ. IV, n° 164.

²¹⁷. Cass. com., 24 mai 2016, n° 14-28121

²¹⁸ V. not. Cass. com., 26 avril 1994, n° 92-19953: « Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt constate que si M. Y... avait, lors de l'assemblée générale des actionnaires du 20 janvier 1988, voté contre la mesure proposée tendant à céder le contrat Nintendo et son stock de produits et à adopter des dispositions de reclassement pour le personnel, il n'a toutefois pas, sur la demande qui lui en a été faite, été en mesure de proposer une autre solution "pour éviter le dépôt de bilan", tandis qu'ultérieurement, lors de l'assemblée générale du 28 juin 1988, le rapport du conseil d'administration faisait apparaître une perte d'exercice pour 1987 de 1 737 819 francs ; que l'arrêt retient aussi que le développement commercial des jeux Nintendo au moment de la cession du contrat n'était pas encore acquis et que la société Bendai avait accepté de reprendre le stock au prix de revient et d'acquiescer dès leur arrivée les marchandises commandées en novembre 1987 ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, la cour d'appel a estimé que M. Y... ne démontrait pas que le risque d'un dépôt de bilan n'existait pas, ni qu'une autre solution que la vente du contrat ait été sérieusement envisageable, ni qu'il l'ait proposée en temps utile, ni enfin, que la cession du contrat Nintendo à la société Bendai pour 1 franc, fût suspecte ; qu'ainsi, sans modifier l'objet du litige, en respectant les limites et en se prononçant sur ce qui lui était demandé, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ni de répondre à des allégations non étayées de moyens de preuve, a motivé sa décision »

Par ailleurs, l'abus de droit de vote peut également être retenu par la jurisprudence même si la décision en cause ne nuit pas directement à la société. Il en est ainsi lorsque, sous couvert de poursuite de l'intérêt de la société, les majoritaires prennent une décision dans leur intérêt qui nuit aux minoritaires, sans souhaiter poursuivre l'intérêt de la société. Dans ces situations, il n'y a pas à strictement parler contrariété à l'intérêt social mais instrumentalisation de l'intérêt de la société pour justifier une décision rompant l'égalité entre associés ou actionnaires. Partant, pour la jurisprudence, ces décisions caractérisent un abus de majorité et sont considérées comme contraire à l'intérêt social, alors qu'elles ne nuisent pas à la société. Par exemple les juges ont pu annuler une augmentation de capital dont le but réel était la dilution des minoritaires :

« Attendu qu'ayant, par motifs propres et adoptés, relevé que l'associé majoritaire avait entièrement souscrit à l'augmentation du capital à laquelle, nonobstant l'absence de prime d'émission, M. X... n'avait pu participer eu égard à sa situation de fortune, au très court délai imparti et à l'importance de l'augmentation, qu'auparavant détenteur du tiers du capital social, M. X... avait vu sa part réduite à 11, 1 % après l'opération, qu'alors que l'augmentation du capital social était exclusivement justifiée par la nécessité de financer le coût de travaux de rénovation, ces travaux n'avaient été réalisés qu'à hauteur de 5, 90 %, que la SOGEB avait régularisé une promesse de vente avec un tiers le 15 avril 2009, l'acte de vente ayant été signé le 9 juin suivant, que dès le 12 mars 2009 une assemblée générale était convoquée aux fins de modification des statuts pour permettre la cession de l'immeuble, et retenu, sans dénaturation, qu'il résultait du rapport de gestion pour l'exercice clos au 31 décembre 2009 que la perspective d'une vente, qui rendait inutile une entreprise de rénovation d'envergure, était envisagée dès le début de l'année 2009, qu'une facture d'une société spécialisée dans le diagnostic amiante-réglée par la SOGEB au mois d'avril 2009- avait été établie dans le courant du mois de mars précédent, comme l'ensemble des études et autres diagnostics obligatoires à la charge du vendeur, tous datés de la mi-mars, que compte tenu du délai normal d'établissement et d'obtention d'un tel nombre de documents, de nature et d'origine diverses, lesquels ne s'imposent que lorsque la vente est quasi parfaite, soit à l'issue de pourparlers dont la durée est nécessairement liée à l'importance de la transaction, la seule existence de ces pièces au mois de mars 2009 établissait qu'à la date à laquelle l'assemblée générale du 16 janvier 2009 avait décidé de l'augmentation du capital, le principe d'une vente de l'immeuble, à très court terme, était déjà acquis, la cour d'appel, qui a pu en déduire que l'augmentation de capital était contraire à l'intérêt social dès lors qu'elle se trouvait sans cause légitime, et n'avait pour seul objet que de diluer la participation de M. X... avant que le produit de la vente ne soit perçue par la SOGEB, a, par ces seuls motifs, sans statuer par des motifs dubitatifs ou hypothétiques ni être tenue de répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, légalement justifié sa décision d'annuler la délibération pour abus de majorité ; »²¹⁹

²¹⁹. Cass. 3^e civ., 8 juillet 2015, n° 13-14348. Cette jurisprudence s'est principalement développée à propos de la mise en réserve des bénéfiques, jugée exceptionnellement abusive (v. not. Cass. 3^e civ., 12 nov. 2015, n° 14-23716 : « Attendu qu'ayant relevé que les délibérations, affectant la quasi-totalité des bénéfiques réalisés par la SCI en 2008 et 2009 à un compte de réserve, n'étaient pas justifiées par des besoins ou des projets précis ni dictées par l'intérêt social et avaient eu pour effet de placer M. Scaramozzino dans une situation personnelle précaire, la cour d'appel qui a pu en déduire, sans

- Intérêt social et faute dans la gestion :

À côté de la faute dans l'exercice d'un droit du droit de vote, l'intérêt social peut également être pris en considération pour caractériser une faute dans la gestion de la société.

Dans cette perspective, la question se posera lorsque l'acte ou l'action du dirigeant aura causé un préjudice à la société, se caractérisant le plus souvent par un appauvrissement. Pour autant, le juge ne tirera pas nécessairement comme conséquence de l'existence d'un tel appauvrissement l'existence d'une faute du dirigeant. Il se placera à la date de l'acte pour examiner le comportement de ce dernier²²⁰.

Soit le dirigeant a agi consciemment en plaçant la société dans une situation de risque ou de perte de valeur sans contrepartie suffisante pour la société et la faute dans la gestion de la société sera constituée.

Soit le dirigeant a agi pour poursuivre l'intérêt de la société mais son action, finalement préjudiciable pour la société n'a pas été réalisée de manière prudente et diligente et partant est fautive.

Le dirigeant peut tout d'abord consciemment faire agir la société en méconnaissance de son intérêt.

Il est par exemple ainsi lorsque le dirigeant d'une filiale ne déclare pas, volontairement, sa créance sur la société mère en procédure collective :

« Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 223-22, alinéa 1er, du code de commerce que le gérant d'une SARL est personnellement responsable envers les tiers des fautes commises dans sa gestion, lorsqu'elles sont séparables de ses fonctions ; qu'engage sa responsabilité à ce titre le gérant qui commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions ; qu'ayant retenu que M. X..., en s'abstenant de mentionner la créance de la société PAAM logistique sur la liste des dettes de la société PAAM investissements remise au mandataire judiciaire de celle-ci et en ne la déclarant pas, avait

dénaturation, que les décisions de la SCI étaient constitutives d'un abus de majorité privant M. Scaramozzino de son droit à la distribution de dividendes, a légalement justifié sa décision), notamment lorsque cette mise en réserve est corrélée avec une augmentation de la rémunération des dirigeants, par ailleurs actionnaires majoritaires, v. réc. Cass. com., 20 févr. 2019, n° 17-12050 ; rapp. égal. à propos d'une opération de réduction de capital à zéro suivi de son augmentation, Cass. com., 11 janvier 2017, n° 14-27052.

²²⁰. Comme le rappelle la Cour d'appel de Versailles dans l'affaire Rhodia (CA Versailles, 12 mai 2010, 12^e ch., sect. 2, n° 08-9130) : « la faute personnelle d'un dirigeant, à l'occasion de la gestion qui lui est confiée ne relevant pas de la collectivité des associés, doit être appréciée en considération de ce que l'obligation générale de compétence de diligence et d'action dans l'intérêt de la société à laquelle il est tenu est une obligation de moyen, et en se situant à la date de l'acte de gestion ou du comportement allégué comme fautif ».

sciemment voulu avantager la société mère au détriment de la filiale et de ses créanciers, les privant de la possibilité d'obtenir un règlement dans le cadre du plan de redressement, la cour d'appel a légalement justifié sa décision, peu important que la créance omise ait pu être connue des organes des procédures collectives »²²¹.

En dehors du droit des procédures collectives, il en est encore ainsi lorsque le dirigeant refuse de rembourser des sommes dont la société s'est reconnue débitrice et l'expose ainsi à payer des intérêts moratoires :

« Mais attendu qu'ayant retenu que M. X..., qui était le dirigeant de la Sadia, avait différé le remboursement des sommes dont cette société s'est reconnue débitrice envers Mme Z..., la cour d'appel a pu décider que M. X... avait, en ne payant pas en temps utile la créance de Mme Z..., commis une faute, préjudiciable à ladite société, qu'il devait réparer en la garantissant du paiement des intérêts moratoires »²²²

Ou encore approuve ou à tout le moins ne s'oppose pas à la vente d'un actif immobilier à un prix minoré alors qu'il en connaît parfaitement la valeur :

« Mais attendu que l'arrêt retient, d'abord, que si l'acte notarié de vente n'a pas été signé par M. Y... et si ce dernier produit aux débats l'attestation d'un associé faisant état de son opposition au prix de vente incriminé, il a, à l'occasion de la consultation écrite organisée par le président de la société GL Investissements en février 2007, émis un vote favorable à la réalisation des ventes litigieuses au prix global de 12 000 000 euros et que surtout, il a, ès qualités, fait consentir par le nouvel acquéreur, la société Yranas, dès le 14 septembre suivant et au profit de la société Gesim dont il était gérant, un mandat de gestion de ces immeubles dont il connaissait à l'évidence la valeur réelle, à telle enseigne qu'il avait deux jours auparavant accepté, toujours ès qualités, de procéder à une délégation de vente de ces mêmes immeubles au bénéfice d'une société tierce pour un total net vendeur de 19 100 000 euros ; qu'il en déduit que contrairement à ses allégations, M. Y... ne s'est pas opposé en février 2007 à la vente des immeubles litigieux pour un prix minoré, cependant qu'il lui incombait, en tant que dirigeant social, d'agir avec prudence et diligence pour préserver les intérêts de cette société ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu décider que M. Y... avait commis des fautes dans la gestion de la société GL Investissements ; que le moyen n'est pas fondé »²²³

Cette situation peut encore se rencontrer, notamment en matière pénale, lorsque le dirigeant a exposé la société à des risques de sanction, considérés comme incompatibles avec l'intérêt de la société. On sait en particulier que lorsque les actes du dirigeant exposent la société à des

²²¹. Cass. com., 27 mai 2014, n° 12-28657 ; v. égal. Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-23671 considérant que l'organisation et le vote d'une distribution de réserves à titre de dividende était contraire à l'intérêt de la société.

²²². Cass. com., 12 janv. 1993, n° 91-11588. Il en est encore ainsi lorsque le dirigeant perçoit une rémunération importante non proportionnée au travail effectué et alors que la société était en situation financière difficile, v. not. Cass.com., 3 déc. 2013, n° 12-19881

²²³. Cass. com., 26 avril 2017, n° 15-14627

sanctions pénales et/ou fiscales, les juges considèrent que l'usage des biens de la société a été volontairement réalisés contrairement à son intérêt :

*Attendu que, pour déclarer Jean-Paul M... coupable d'abus de biens sociaux, la cour d'appel énonce que le prévenu a pris en charge, en juin 1996, le prix d'un billet d'avion pour la Tunisie de Philippe XB... et son hébergement pendant six jours au Club Méditerranée et inscrit cette dépense dans les comptes de la société ; qu'il est manifeste que cette dépense est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle exposait la société Stem à des poursuites pénales et/ou fiscales et n'apparaît avoir été effectuée que dans l'intérêt personnel de Jean-Paul M..., qui cherchait, par ce moyen, à sauvegarder le chiffre d'affaires de son entreprise et ses propres intérêts ;*²²⁴

Le dirigeant peut également commettre une faute dans la gestion de la société même s'il souhaite poursuivre la réalisation de l'intérêt de la société lorsque ces décisions finalement préjudiciables à cette dernière n'ont pas été prises de manière prudente et diligente.

Tel est par exemple le cas lorsque l'opération décidée par le dirigeant reposait sur une analyse erronée des besoins réels de l'entreprise, qu'elle a été réalisée par une personne dont les compétences n'étaient pas avérées, pour un budget largement dépassé et que l'opération en cause n'avait pas été menée jusqu'à son terme...

*M. X... a commis une erreur initiale en n'élaborant pas un projet prenant réellement en compte les besoins de l'entreprise, puis en confiant à M. B... un projet dépassant les compétences d'un informaticien travaillant individuellement et ayant précédemment fourni des prestations d'une qualité douteuse et ce, malgré la réticence du conseil de surveillance ; qu'ayant relevé que le coût initialement prévu avait été multiplié par sept, que le logiciel commandé n'avait jamais été livré, et que tous les acomptes versés étaient inférieurs à 10 000 euros, seuil en-dessous duquel la validation du conseil de surveillance n'était pas requise, il retient que M. X... a commis une erreur en maintenant le contrat cependant que le cocontractant ne respectait pas ses obligations ; qu'il retient enfin une erreur de M. X... qui, jusqu'à la décision du conseil de surveillance de bloquer le paiement des factures, a laissé faussement croire aux cadres de la société RM qui se plaignaient de l'inefficacité de la société Ideal concept, que le contrat avec cette société allait être rompu ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de s'expliquer sur les pièces qu'elle décidait d'écarter, ni de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu décider que M. X... avait commis une faute de gestion*²²⁵ ;

²²⁴. Cass. crim., 10 mars 2004, n° 02-85285. V. déjà Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.698 ; add. Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 14-86.602 ; Cass. crim., 6 avril 2016, n° 15-81859 : « Attendu qu'en statuant ainsi, et dès lors que, d'une part, la dissimulation d'une partie de l'activité de vente de métaux de la société Arcueil métaux, exposant celle-ci à un risque anormal de sanctions pénales ou fiscales, caractérise l'usage abusif des biens de cette société, d'autre part, le produit de ces opérations, dont il n'est pas justifié qu'il ait été utilisé dans le seul intérêt de la société, l'a nécessairement été dans l'intérêt personnel du dirigeant social qui s'est vu remettre les sommes en espèces, la cour d'appel a justifié sa décision »

²²⁵. Cass. com., 5 avril 2018, n° 16-23365

Tel est encore le cas lorsque les décisions prises par le dirigeant étaient non seulement inadaptées mais ont créé une désorganisation de l'entreprise, ensemble caractérisant des fautes ayant porté atteinte à l'intérêt social :

« M. X... a pris, en 2011, une décision inadaptée d'augmentation des tarifs de vente des biens commercialisés, suivie presque aussitôt de décisions contradictoires qui, provoquant une désorganisation des équipes commerciales ainsi qu'un manque de clarté tarifaire pour la clientèle, ont été à l'origine d'une perte de parts de marchés qui s'est traduite par un exercice 2011 en baisse par rapport au précédent ; que l'arrêt retient encore que les revirements successifs de M. X... démontrent son inadaptation aux fonctions de direction, au détriment du bon fonctionnement et des résultats de la société qu'il dirigeait ; que de ces constatations et appréciations, faisant ressortir l'existence de fautes personnelles imputables au directeur général qui portaient atteinte à l'intérêt social, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve et qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu déduire que la révocation de M. X... était intervenue pour un motif grave, peu important le quitus donné au président de la société pour sa gestion »²²⁶

²²⁶. Cass. com., 5 juill. 2017, n° 15-22936. Sur l'exigence d'une atteinte à l'intérêt social pour fonder une révocation pour juste motif née d'une perte de confiance, Rapp. égal. Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-21633, justifiant une révocation pour juste motif (laquelle ne suppose pas nécessairement une faute de la part du dirigeant) au motif que la politique suivie par le dirigeant a créé une perte de confiance compromettant l'intérêt social (sur cette exigence lorsque la révocation pour juste motif est fondée sur la perte de confiance : Cass. com., 14 nov. 2018, n° 17-11103) : « Mais attendu que l'arrêt constate, d'abord, que la note jointe au courrier de convocation à la réunion du comité de surveillance de la société Arbatax appelé à se prononcer sur la proposition de révocation de M. X... mentionnait que le niveau des résultats de l'exercice en cours des sociétés du groupe, inférieur aux prévisions les moins optimistes, avait été évoqué lors de précédentes réunions des organes de direction et de surveillance et que l'existence entre la direction générale et l'encadrement de véritables dissensions, ayant une influence sur le climat social de l'entreprise ainsi que sur les relations de cette dernière avec ses distributeurs, était apparue au cours de ces réunions ; que l'arrêt relève, ensuite, qu'un rapport sur la situation du groupe avait révélé la nécessité d'opérer un changement radical d'orientation au regard d'une productivité insuffisante ainsi que d'appréciations négatives sur un défaut d'efficacité de l'organisation des concessions et de l'animation de celles-ci, comme sur les perspectives insuffisantes de développement commercial, contribuant à l'émergence d'un climat négatif ; que l'arrêt constate, encore, qu'un procès-verbal du comité de surveillance du 1er août 2012 établissait la défiance des principaux cadres à l'encontre de M. X... et une détérioration du climat social à la suite de la volonté manifestée par le directeur administratif et financier de la société ainsi que par le responsable administratif et comptable de quitter l'entreprise en raison, selon le cas, de la mauvaise gestion du système de distribution ou de doutes sur la légitimité de la direction ; que l'arrêt relève, enfin, non seulement que la proposition d'un nouveau contrat de partenariat faite par M. X... n'avait pas été comprise par les membres du réseau, lequel avait subi depuis 2008 la perte de quinze concessionnaires, mais encore qu'une quarantaine de sociétés membres avaient rejeté ce contrat et, faute de dialogue, exprimé leur perte de confiance envers le président de la société Arbatax ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche inopérante invoquée par la quatrième branche ni de suivre les parties dans le détail de leur argumentation et qui n'a pas statué par un motif hypothétique, a pu déduire que la révocation de M. X... reposait sur un juste motif et a ainsi légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé »

En revanche, on rappellera que même si les actes des dirigeants peuvent conduire à un appauvrissement de la société, cela ne signifie pas nécessairement d'une part que les dirigeants n'ont pas poursuivi l'intérêt social et qu'ils ont d'autre part manqué de prudence et de diligence lors de la conclusion de ces derniers.

Pour illustrer les propos, on peut citer un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation portant sur l'abus, par les dirigeants, des biens de la société :

« Attendu qu'il appert de l'arrêt attaqué qu'Emmanuel Z... et Jacques Y..., mandataires légaux des sociétés anonymes SEB, VOGALU et SFMO, ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel, notamment du chef d'abus de biens sociaux ; qu'il leur était reproché, sur plainte de Claude X... actionnaire minoritaire, partie civile, d'avoir fait acquérir par la société VOGALU des actions SFMO détenues par la société SEB et surévaluées par elle, et fait prendre par la même société le fonds de commerce de SFMO en location gérance, dans des conditions désavantageuses ;

Attendu que, pour relaxer les susnommés du chef précité et débouter la partie civile de ses demandes, la cour d'appel, après avoir observé que les prévenus s'étaient adressés à un cabinet d'expertise pour faire estimer la valeur globale des actions SFMO et déterminer le montant de la redevance de location-gérance, relève que, compte tenu de l'inflation, le prix de cession de ladite action en 1982 était en réalité inférieur à celui de 1977, et que si les résultats de la société VOGALU ont diminué c'est en raison d'une baisse générale dans son secteur d'activité ;

Qu'elle constate que l'opération, dans son ensemble, n'était pas dénuée d'intérêt pour la société VOGALU et qu'il existait pour elle une contrepartie économique et commerciale ; qu'elle ajoute que si cette société a connu, du fait de la location-gérance, des difficultés et des pertes, il n'est pas établi que les conventions critiquées aient été élaborées de mauvaise foi dans le but de favoriser la société SEB ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel, qui a répondu comme elle le devait aux conclusions dont elle était saisie, a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués ;

Que, dès lors, les moyens, qui remettent en question l'appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause par les juges du fond, ne sauraient être accueillis ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi »

Nullité de l'acte conclu par la société à risque illimité contrairement à son intérêt :

La jurisprudence considère depuis quelques années, dans les sociétés à risque illimité²²⁷ que l'acte conclu contrairement à l'intérêt de la société est nul²²⁸ et semble-t-il de nullité absolue²²⁹. La question reste cependant posée de savoir ce que recouvre cette contrariété à l'intérêt de la société. La jurisprudence est ici délicate à cerner.

Dans un arrêt récent, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a ainsi pu considérer qu' « *ayant souverainement retenu que la valeur de l'immeuble donné en garantie par la SCI excédait le montant de son engagement, de telle sorte que la mise en jeu de la garantie ne pourrait pas entraîner la disparition de son entier patrimoine, la SCI pouvant réinvestir les sommes lui revenant après la vente conformément à son objet, la cour d'appel a pu en déduire que cet engagement, qui n'était pas de nature à compromettre son existence, n'était pas contraire à son intérêt social* »²³⁰.

Un autre arrêt du 14 février 2018, la Cour de cassation a cassé une décision des juges du fond ayant admis la validité d'une hypothèse consentie par une société civile bailleuse en garantie d'une dette de la société locataire (toutes deux appartenant à un même groupe familial), au motif « *qu'en se déterminant par ces seuls motifs, impropres à caractériser la conformité à l'intérêt social d'une garantie prise sur l'immeuble dont la société garante faisait valoir, sans être démentie, qu'il constituait tout son patrimoine immobilier et qu'elle ne tirait aucune contrepartie de l'opération, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »²³¹.

Il semble donc que la contrariété à l'intérêt de la société envisagée par le juge pour annuler (pour ce motif) un acte juridique conclu par une société à risque illimité réside dans la mise en péril de la société ; dans l'atteinte à sa pérennité et non dans la seule inutilité de l'acte l'appauvrissant. Plus précisément, il semble que seule la mise en péril sans contrepartie réelle et proportionnée caractérise une telle contrariété²³², ce qui tranche avec les situations visées plus haut où la contrariété à l'intérêt de la société est caractérisée lorsque l'acte appauvrissant la société a été conclu (ou autorisé) en connaissance de cause.

Autres situations dans lesquelles l'intérêt de la société est pris en considération :

²²⁷. Pour une solution contraire pour les sociétés à risque limité : pour une SARL, Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-28.504 ; pour une SAS : Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-16.013

²²⁸. V. not. Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15826 ; Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-24-438 ; Cass. com., 12 sept. 2012, n° 11-17948 ; Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-17347

²²⁹. Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 2017, n° 16-17184

²³⁰. Cass. 3^e civ., 21 déc. 2017, n° 16-26500

²³¹. Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-19762

²³² V. not. Cass. com., 2 nov. 2016, n° 16-10363: « *Mais attendu que l'arrêt relève que le cautionnement litigieux a permis à la SCI d'acquérir un patrimoine immobilier et de percevoir les revenus tirés du bail commercial exploité par le débiteur cautionné ou par les exploitants ultérieurs et retient que, sans ce cautionnement, elle n'aurait pu se doter ni d'immeubles, ni de revenus fonciers ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche, dès lors inopérante, du risque pouvant peser sur l'existence même de la société en raison du possible engagement de son entier patrimoine en cas de réalisation de la sûreté, a pu déduire que le cautionnement litigieux n'était pas contraire à l'intérêt social de la SCI ; que le moyen n'est pas fondé* »

Ces situations sont multiples. Il peut tout aussi bien s'agir de la révocation du dirigeant, de la demande d'expertise de gestion, de celle tendant à nommer un administrateur provisoire, de celle relative à la convocation²³³ ou à l'ajournement d'une assemblée générale... Dans toutes ces situations le juge peut être conduit à s'interroger sur l'intérêt de la société. Pour autant, et pas plus que précédemment, la jurisprudence est venue définir précisément la notion d'intérêt social. Si certaines décisions sont restées célèbres²³⁴, on ne peut en inférer une définition générale de l'intérêt de la société. On notera à nouveau que la jurisprudence s'attache moins à définir l'intérêt social, qu'à caractériser la contrariété à cet intérêt à travers la stigmatisation des actes préjudiciables à la société²³⁵, préjudice résultant le plus souvent de l'appauvrissement

²³³. V. not. Cass. com., 19 juin 1990, n° 89-14092 : « *Mais attendu qu'après avoir relevé que les associés pouvaient justement s'inquiéter plusieurs mois après l'assemblée générale du 25 septembre 1987 du résultat des réflexions, qui devaient se poursuivre au-delà de cette assemblée, sur des questions restées sans réponse telles que la résiliation de caution de M. Christian Z..., le rachat des parts demandées par M. X... et l'évolution prévue des ventes à l'étranger, la cour d'appel a considéré que c'était dans un but légitime d'information et dans l'intérêt du devenir de la société que la désignation d'un mandataire judiciaire aux fins de convocation d'une assemblée générale avait été demandée ; qu'en retenant ainsi que cette demande tendait bien à des fins conformes à l'intérêt social, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

²³⁴. En particulier CA Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, 14274 bis, concl. Nepveu : « *Mais considérant que les pièces versées aux débats démontrent sans contestation sérieuse, non seulement l'intérêt évident que présente pour la Société Fruehauf-France la bonne exécution du contrat passé avec son principal client, la Société Berlet, qui lui procure 40 % environ de ses exportations, mais surtout les incidences catastrophiques qu'aurait entraînés, à la veille des livraisons promises, et qu'entraînerait encore aujourd'hui la réalisation de ce marché, puisque l'acheteur serait apparemment fondé à réclamer à son fournisseur la réparation intégrale de son préjudice commercial, évalué à plus de cinq millions de francs, consécutif à la rupture de ses négociations avec la chine ; Considérant que ces incidences, dont Fruehauf-Corporation ou Fruehauf-International n'ont point manifesté l'intention d'assumer la charge, seraient de nature à ruiner définitivement l'équilibre financier et le crédit moral de la Société Fruehauf-France et à provoquer sa disparition et le licenciement de plus de 600 ouvriers ; que ces circonstances établissent suffisamment l'urgence et le bien-fondé de la mesure conservatoire prévue, étant observé que pour nommer un administrateur provisoire le juge des référés doit s'inspirer des intérêts sociaux par préférence aux intérêts personnels de certains associés, fussent-ils majoritaires, et qu'il n'est nullement certains, au surplus, que cette nomination soit contraire aux intérêts réels des appelants ; Considérant toutefois que le mandat général conféré à l'administrateur judiciaire ne doit pas conduire à lui imposer l'exécution de commandes dont il est seul en mesure d'apprécier, dans chaque cas particulier, l'opportunité pour la société... »*

²³⁵. Ou d'une situation préjudiciable à la société. En outre, le degré de prise en considération de l'intérêt social variera suivant la nature de la demande. A cet égard, on rappellera que la nomination d'un administrateur provisoire suppose d'établir « *la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent* », v. not. Cass. com., 6 févr. 2007, n° 05-19008. Cette absence de fonctionnement normal peut résulter d'une paralysie de la société mais aussi d'une gestion contraire à l'intérêt de la société, plaçant cette dernière en péril. V. not. Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-13255 : « *Mais attendu qu'après avoir relevé que MM. Y... et Z... manifestent une volonté persistante d'ignorer les droits de M. et Mme X..., bien qu'ils soient associés presque majoritaires, qu'ils ont mis en vente des biens immobiliers de la société sans en aviser ces derniers, ni l'administrateur et refusé de leur communiquer des documents comptables et les contrats d'assurance et de convoquer les*

« net » de la société c'est-à-dire sans contrepartie ou au moins sans espoir légitime de contrepartie.

assemblées générales, l'arrêt retient qu'ils utilisent la société pour en tirer un profit exclusivement personnel au détriment de l'intérêt social; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir le péril imminent auquel était exposée la société, la cour d'appel a légalement justifié sa décision; que le moyen n'est pas fondé » ; v. égal. Cass. com., 27 févr. 2001, n° 99-16238

Annexe 4

Contentieux climatique et problématiques relatives à l'établissement du lien de causalité

CONTENTIEUX CLIMATIQUE ET PROBLEMATIQUES RELATIVES A L'ETABLISSEMENT DU LIEN DE CAUSALITE*

1. L'explosion récente des actions dites « climatiques » devant les juridictions de nombreux États, notamment aux États-Unis,²³⁶ qui s'inscrit dans un contexte global de multiplication des engagements et initiatives destinés à limiter l'impact du changement climatique, va nécessairement connaître un écho sous diverses formes en France (I). Les contentieux susceptibles d'être introduits en France contre des entreprises de droit privé risquent néanmoins de se heurter à plusieurs obstacles relatifs notamment à l'établissement du lien de causalité entre la faute et les dommages invoqués (II).

I. LE CONTENTIEUX CLIMATIQUE : UN CONTENTIEUX EN DEVELOPPEMENT

2. L'intérêt croissant pour la notion de « *contentieux climatique* » en France se traduit notamment par de nombreux projets de recherche et publications consacrés à la question²³⁷.

Cette actualité doctrinale et universitaire tranche avec le faible développement judiciaire de la matière à ce jour, puisque les procédures en cours devant les juridictions françaises et relevant de ce type de contentieux sont encore très peu nombreuses.

3. Il n'y a pas de définition claire ou unique de la notion de « *contentieux climatique* ».

Aux États-Unis, David MARKELL et J.B. RUHL ont défini le contentieux climatique de la façon suivante :

*« ... tout type de contentieux administratif ou judiciaire devant une juridiction fédérale, étatique ou provinciale, dans le cadre duquel les prétentions des parties ou les décisions rendues soulèvent directement et expressément une question de fait ou de droit relative aux causes et impacts du changement climatique ou à la politique climatique ».*²³⁸

Meredith WILENSKY propose la définition suivante :

* Note rédigée par Eve Duminy, avocate associée et Alexandre Desveaux-Florek, avocat, Cabinet Bredin Prat.

²³⁶ La majorité des actions dites climatiques introduites dans le monde sont recensées sur le site <http://climatecasechart.com/>.

²³⁷ À titre d'exemples : C. Huglo : « *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale* » publié en avril 2018 (*Bruylant*) ; Projet de Recherche dirigé par Mme Torre-Schaub (directrice de recherche au CNRS), soutenu par la Mission de recherche Droit et Justice, sur « *Les dynamiques du contentieux climatique, usages et mobilisations du droit pour la cause climatique* », au sein de l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne ; Dossier « *Environnement et développement durable* » du numéro d'août 2018 de la Revue Énergie – Environnement – Infrastructures ; S. Mabile, L. Karila-Cohen, « *Typologie du contentieux climatique en France* », Revue des Juristes de Sciences Po n° 18, Janvier 2020, p. 13.

²³⁸ D. Markell et J.-B. Ruhl, « *An empirical assessment of climate change in the courts: a new jurisprudence or business as usual ?* », Fla. L. Rev. (64/15), 2012. Traduction libre.

*« Un litige est considéré comme relevant du contentieux climatique à la condition essentielle et unique que la question du climat joue un rôle majeur dans le raisonnement juridique final de la juridiction saisie ou, si l'on préfère, si ce raisonnement sert de base légale au procès ».*²³⁹

Les définitions retenues par la doctrine sont en règle générale très larges et recouvrent des problématiques juridiques diverses, faisant du « contentieux climatique » un sujet particulièrement hétérogène.

4. Plusieurs éléments d'actualité confirment l'accroissement du risque lié au contentieux climatique **pour les entreprises**, tant en France qu'à l'étranger, bien que les actions recensées soient principalement dirigées contre les États²⁴⁰.
5. En France, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision QPC du 31 janvier 2020, jugé en des termes inédits que la protection de l'environnement constituait un objectif de valeur constitutionnelle et qu'il appartenait au législateur d'assurer la conciliation de cet objectif avec l'exercice de la liberté d'entreprendre – en tenant compte des effets que les activités exercées en France peuvent porter à l'environnement à l'étranger :

*« En faisant ainsi obstacle à ce que des entreprises établies en France participent à la vente de tels produits partout dans le monde et donc, indirectement, aux atteintes qui peuvent en résulter pour la santé humaine et l'environnement et quand bien même, en dehors de l'Union européenne, la production et la commercialisation de tels produits seraient susceptibles d'être autorisées, le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte qui est bien en lien avec les objectifs de valeur constitutionnelle de protection de la santé et de l'environnement poursuivis. »*²⁴¹

6. Dès le mois de février 2018, le Conseil de la ville de Paris avait adopté un « *Vœu pour un Paris décarboné* » dans lequel il avait annoncé « *étudie[r] la faisabilité d'assigner en justice les pétroliers* »²⁴², à l'instar d'actions engagées par plusieurs grandes villes aux États-Unis afin de solliciter la prise en charge des coûts des mesures d'adaptation nécessaires pour protéger les villes et les populations du changement climatique²⁴³.
7. Après avoir mis une grande entreprise pétrolière française en demeure, en octobre 2018, de se conformer aux nouvelles dispositions du Code de commerce issues de la loi de février 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, treize collectivités et cinq associations de défense des droits humains et de l'environnement ont récemment assigné cette société devant le tribunal judiciaire de Nanterre.

²³⁹ M. Wilensky, « *Climate change in the courts: an assessment of non U.S. climate litigation* », Duke environmental law & policy forum, 2015, p.137. Traduction libre.

²⁴⁰ Une base de données ayant vocation à recenser l'intégralité des contentieux climatiques dans le monde est disponible sur le site suivant : <http://climatecasechart.com>.

²⁴¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020.

²⁴² <http://elus-paris.eelv.fr/2018/01/23/voeu-pour-un-paris-decarbone/>.

²⁴³ Y. Aguila, *Petite typologie des actions climatiques contre l'État*, AJDA 2019, p. 1853 ; L. D'Ambrosio, *La « responsabilité climatique » des entreprises : une première analyse à partir du contentieux américain et européen*, Énergie – Environnement – Infrastructures, n° 8-9, Août 2018.

Elles reprochent notamment au plan de vigilance intégré dans les trois derniers documents de référence de l'entreprise de ne pas refléter la réalité de l'impact de ses activités sur le système climatique, et de ne comporter aucune action adaptée d'atténuation des risques et de prévention des atteintes graves qui résultent du changement climatique.

La même entreprise a, en outre, été assignée en référé devant le président du tribunal judiciaire de Nanterre par deux ONG françaises et quatre associations ougandaises de défense de l'environnement, au titre des agissements de l'une de ses filiales à l'étranger et sur le fondement là encore des nouveaux textes relatifs au devoir de vigilance. Le président du tribunal judiciaire de Nanterre s'est déclaré incompétent au profit du tribunal de commerce par ordonnance du 30 janvier 2020.

8. À l'étranger, les actions individuelles de « victimes » du changement climatique à l'encontre de personnes privées, principalement des entreprises, se multiplient et font l'objet d'une très large publicité.²⁴⁴
9. À titre d'exemple, l'affaire *LLIUYA c/ RWE* (l'un des principaux émetteurs de gaz à effet de serre dans le monde), dans le cadre de laquelle un agriculteur péruvien sollicite, en invoquant la responsabilité civile de RWE, la réparation du préjudice résultant pour lui de la fonte de glaciers, est toujours pendante devant les juridictions allemandes.²⁴⁵
10. Aux Pays-Bas, le groupe SHELL a été assigné en avril 2019 par un groupe d'associations de protection de l'environnement qui sollicitent qu'il « s'aligne avec l'Accord de Paris » et qu'il « établisse un plan visant à atteindre des émissions de gaz à effet de serre nulles d'ici 2050 ». ²⁴⁶

La Cour suprême des Pays-Bas vient par ailleurs, le 20 décembre 2019, de confirmer la décision emblématique rendue dans l'affaire dite « *Urganda* » aux termes de laquelle l'État a été condamné à réduire de 25%, d'ici la fin de l'année 2020, le volume annuel de ses émissions de gaz à effet de serre par rapport à leur niveau en 1990.²⁴⁷

11. Au Royaume-Uni, une action a également été introduite à l'encontre de SHELL, par deux collectifs regroupant plus de 40.000 nigériens, en réparation de préjudices subis suite à une fuite de pétrole (prétendument imputable à la filiale nigérienne du groupe). La société mère a été mise hors de cause, jugée non responsable des agissements de sa filiale, et le juge anglais s'est déclaré incompétent s'agissant de la filiale nigérienne²⁴⁸. L'affaire est désormais pendante devant la Cour suprême.

La Cour suprême du Royaume-Uni a par ailleurs récemment considéré que les juridictions anglaises étaient compétentes pour connaître de l'action introduite par 1.826 citoyens zambiens contre *Vedanta Resources Plc*, société mère britannique, et *Konkola Copper Mines Plc*

²⁴⁴ Les demandeurs à l'instance sont le plus souvent des associations de protection de l'environnement, des personnes privées, des États ou collectivités publiques ou des actionnaires.

²⁴⁵ *Essen District Court, Lliuya v. RWE AG*, n° 14/0354Z/R/rv, 15 décembre 2016.

²⁴⁶ « *Climat : des ONG attaquent Shell en justice aux Pays-Bas* », Le Point, 5 avril 2019.

²⁴⁷ Cour suprême des Pays-Bas, 20 décembre 2019, *Urganda Foundation v. State of the Netherlands*, n° 19/00135.

²⁴⁸ EWCA Civ 191, *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another*, 14 février 2018.

(« KCM »), sa filiale zambienne. Ces citoyens allèguent que les déchets rejetés par la mine de cuivre de Nchanga - appartenant à KCM et exploitée par elle – ont pollué les voies navigables locales, causant des blessures aux résidents locaux ainsi que des dommages matériels et des pertes de revenus.²⁴⁹

12. Au Canada, la Cour suprême a récemment rendu une décision contraignant une entreprise pétrolière faisant l'objet d'une procédure collective à respecter ses obligations environnementales avant de désintéresser ses créanciers.²⁵⁰
13. Aux États-Unis, des actions en responsabilité délictuelle ont été introduites par les villes de New York, d'Oakland et de San Francisco à l'encontre de cinq pétroliers (EXXON MOBIL, CHEVRON, SHELL, BP et CONOCO PHILIPS). Les villes invoquent une violation de textes relatifs aux « nuisances publiques » et demandent une réparation des dommages futurs résultant du réchauffement climatique notamment une prise en charge des coûts d'infrastructures encourus du fait de l'augmentation du niveau de la mer. Leurs demandes ont été rejetées en première instance, mais des appels sont toujours pendants.²⁵¹

La Cour suprême de New York s'est par ailleurs récemment prononcée sur la responsabilité de la société ExxonMobil, à laquelle il était reproché d'avoir trompé ses investisseurs sur sa prise en compte des risques liés aux changements climatiques. Elle a rendu une décision favorable à ExxonMobil le 10 décembre 2019, après avoir fait observer que le bureau de l'*Attorney General* n'avait pas rapporté la preuve de l'existence d'agissements frauduleux.²⁵²

La même société a récemment été poursuivie dans l'État du Massachusetts, au nom d'investisseurs, mais également de consommateurs. La procédure, initiée le 24 octobre 2019, est toujours pendante.²⁵³

14. La récente multiplication des rapports scientifiques établissant un lien entre les émissions de gaz à effet de serre et le réchauffement climatique (à titre d'exemple, le rapport du GIEC, rendu le 8 octobre 2018²⁵⁴), est sans nul doute de nature à constituer une base potentielle de réflexion (et d'action) pour de futurs demandeurs.²⁵⁵

II. PROBLEMATIQUES RELATIVES A L'ETABLISSEMENT D'UN LIEN DE CAUSALITE

²⁴⁹ Cour suprême du Royaume-Uni, 10 avril 2019, *Vedanta Resources PLC and another v. Lungowe and others*.

²⁵⁰ Cour suprême du Canada, 31 janvier 2019, n° 2019CSC5.

²⁵¹ *City of Oakland, the people of the State of California v. BP PLC., Chevron Corporation, Conophillips, ExxonMobil Corporation, Royal Dutch Shell PLC.*, United States District Court (9 cir.), 25 juin 2018, n° C17-06011 WHA, n° C17-06012 WHA) ; « *Climat : New York déboutée de son action contre cinq géants pétroliers* », La Tribune, 20 juillet 2018 ; « *Oil majors win dismissal of New York City climate lawsuit* », Reuters, 19 juillet 2018 ; « *San Francisco, Oakland appeal dismissal of Climate lawsuits* », Climate Liability News, 13 mars 2019.

²⁵² Cour suprême de New York, 10 décembre 2019, n° 452044/2018.

²⁵³ « *Climat : ExxonMobil placé sur le banc des accusés* », Les Échos, 25 octobre 2019.

²⁵⁴ Rapport spécial du GIEC consacré aux impacts du réchauffement climatique, 8 octobre 2018.

²⁵⁵ H. Waisman, co-auteur du rapport du GIEC, intervention sur France Culture, « *Justice climatique : la nature peut-elle reprendre ses droits ?* ».

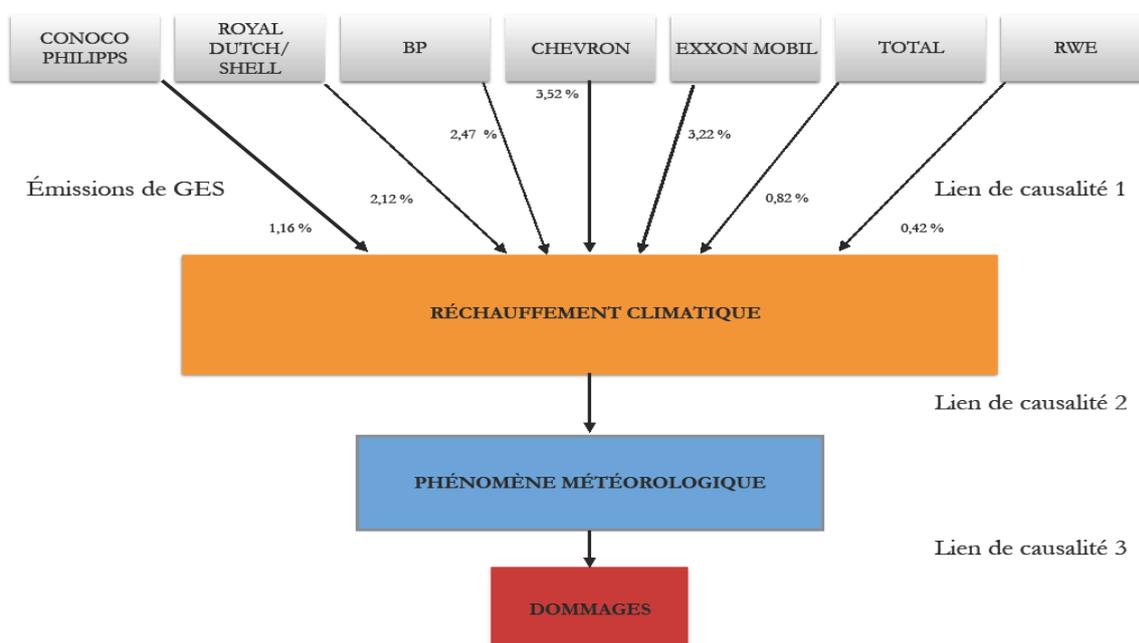
15. Les vellétés des associations et autres demandeurs potentiels désireux de rechercher la responsabilité des entreprises en France risquent, nonobstant le contexte favorable décrit ci-dessus, de se heurter à plusieurs obstacles qui ont essentiellement trait notamment à la nécessité pour eux de caractériser un lien de causalité entre cette faute et les dommages invoqués.
16. L'introduction de toute action en responsabilité civile suppose d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute imputée et le préjudice allégué.

Cette preuve risque d'être particulièrement délicate à rapporter en matière de contentieux climatique puisqu'il s'agira, pour le demandeur, de démontrer une véritable chaîne de causalité²⁵⁶.

Certains auteurs ont mis en lumière ces difficultés en synthétisant la problématique :

« En matière de climat, et eu égard à la multitude et la diversité des sources d'émissions, la démonstration de ce lien de causalité direct entre un préjudice résultant du changement climatique (inondation, feu de forêt, submersion, fonte d'un glacier etc.) et un manquement aux obligations résultant de la loi se heurtera à des difficultés certaines. »²⁵⁷

17. En effet, trois différents types de liens de causalité (illustrés dans le schéma ci-dessous) devront être établis : un lien entre les émissions de gaz à effet de serre d'une société et le réchauffement climatique, un lien entre le réchauffement climatique et le phénomène météorologique en cause et un dernier entre le phénomène météorologique en cause et le dommage :



²⁵⁶ M. Bacache, « *Changement climatique, responsabilité civile et incertitude* », Énergie – Environnement – Infrastructures, n° 8/9 août 2018.

²⁵⁷ S. Mabile, F. de Cambiaire, « *L'affirmation d'un devoir de vigilance des entreprises en matière de changement climatique* », Énergie – Environnement – Infrastructures n° 5 mai 2019.

18. Dernier maillon de la chaîne de causalité, le lien entre le phénomène météorologique en cause et le dommage allégué peut certes être assez simple à établir, d'un point de vue factuel.

19. S'agissant du lien de causalité entre le réchauffement climatique et le phénomène météorologique en cause, le degré de certitude scientifique varie selon le phénomène en cause.

En l'absence de certitude scientifique, la jurisprudence admet que soit établi un tel lien de causalité en invoquant des présomptions graves, précises et concordantes.²⁵⁸

20. Le premier maillon de la chaîne de causalité suscite bien davantage de difficultés.

Le lien de causalité *général* entre (i) les activités émettant du gaz à effet de serre et (ii) le réchauffement climatique ne suscite plus aucune difficulté en ce qu'il est désormais universellement reconnu comme scientifiquement établi.²⁵⁹

En revanche, le lien de causalité *spécifique* entre (i) les activités d'une société et (ii) le réchauffement climatique pose la question de l'imputabilité à une société de tout ou partie des émissions de gaz à effet de serre et du réchauffement climatique et il est source de bien des incertitudes. Un lien de causalité peut-il par exemple exister entre les activités d'une société qui ne se traduiraient pas directement par l'émission de gaz à effet de serre, mais par la vente de produits susceptibles d'être utilisés pour émettre des gaz à effet de serre ?

À titre d'exemple, dans une affaire opposant les villes d'Oakland et San Francisco à cinq entreprises pétrolières, les entreprises n'étaient pas mises en cause pour leurs propres émissions de gaz à effet de serre, mais pour celles des entreprises auxquelles elles avaient vendu des combustibles fossiles brûlés par ces dernières.²⁶⁰

21. La démonstration de la « part » des émissions de gaz à effet de serre d'une entreprise dans les émissions globales et le réchauffement climatique pourrait être facilitée par le développement d'analyses spécifiques sur ces questions.

Par exemple, le rapport dit « HEEDE » a procédé à un calcul de la part contributive de plusieurs entreprises au réchauffement climatique²⁶¹. Il est cité à la fois dans la lettre de mise en demeure

²⁵⁸ F. Lafforgue, « *L'établissement du lien de causalité en matière de santé-environnement devant le juge français et son potentiel pour le contentieux climatique* », Énergie - Environnement - Infrastructures, n° 8-9, Août 2018, dossier 31 ; Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2009, n°08-11.073, relatif à la survenance de maladies comme la sclérose en plaques suite à une vaccination contre l'Hépatite B. La causalité juridique a été retenue en présence d'un doute sur la causalité scientifique à l'aide de présomptions graves précises et concordantes ; P. Jourdain, « *Lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques : la Cour de cassation assouplit sa jurisprudence* », RTD Civ. 2008, p. 492.

²⁵⁹ Convention cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques, 1992, Rapport spécial du GIEC consacré aux impacts du réchauffement climatique, 8 octobre 2018.

²⁶⁰ *City of Oakland, the people of the State of California v. BP PLC., Chevron Corporation, Conophillips, ExxonMobil Corporation, Royal Dutch Shell PLC.*, United States District Court (9 cir.), 25 juin 2018, n°C17-06011 WHA, n° C17-06012 WHA).

²⁶¹ Rapport Heede, *Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854-2010* ; Voir not., C. Huglo, « *L'utilité du recours au rapport Heede dans le contentieux climatique* », Énergie – Environnement – Infrastructures, n° 8/9 août 2018.

récemment adressée à une grande entreprise pétrolière française et par le demandeur dans l'affaire *LLIUYA c. RWE*.

Mais faut-il là encore prendre en compte uniquement le gaz à effet de serre directement émis par la société, ou également celui émis en amont ou en aval de son activité directe ?

22. En outre, plusieurs auteurs ont souligné les grandes difficultés qui se posent au regard des théories de l'équivalence des conditions²⁶² et/ou de la causalité adéquate²⁶³, dès lors que ces dernières ne permettent pas une « répartition » de l'obligation de réparer un préjudice en fonction de la contribution au fait générateur du dommage.²⁶⁴
23. Le projet de réforme de la responsabilité civile pourrait venir en aide aux futurs demandeurs à des actions climatiques puisqu'il prévoit l'introduction d'un nouveau texte qui disposerait que :

« Lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé.

Les responsables contribuent alors entre eux à proportion de la probabilité que chacun ait causé le dommage. »

Mais outre que l'adoption d'un tel texte demeure très incertaine, cette approche serait très difficile à mettre en œuvre dans le cadre d'actions climatiques du fait du nombre très important de responsables potentiels²⁶⁵.

²⁶² Cette théorie implique que « plusieurs événements aient concouru à la réalisation d'un dommage, il convient alors de considérer que chacun d'eux a la même importance, dès lors que si un seul d'entre eux n'étant finalement pas survenu, le dommage ne se serait pas produit. Il est dès lors possible pour la victime d'agir contre n'importe lequel des acteurs ayant concouru à la réalisation du dommage afin de demander réparation de son entier préjudice, à charge ensuite pour celui qui sera désigné responsable de se retourner contre les autres par le biais d'une action récursoire » ; Voir not., M. Bacache, précité.

²⁶³ Concept appliqué tant en droit civil qu'en droit administratif ; Y. Aguila, op. cit. Parmi tous les facteurs possibles d'un dommage, seuls ceux qui en constituent la cause déterminante doivent être considérés comme des faits générateurs du dommage.

²⁶⁴ M. Bacache, *Changement climatique, responsabilité civile et incertitude*, cité supra : « L'obligation in solidum permet d'éviter la recherche de la part contributive de chacun au stade de l'obligation à la dette. Chacun est responsable de l'entier dommage à l'égard de la victime. Celle-ci peut réclamer la réparation de l'entier dommage sans avoir à fractionner ses recours. Quant à la contribution à la dette entre coresponsables, la jurisprudence retient comme critère de répartition, non pas la part causale de chacun dans le dommage, mais la nature subjective ou objective des responsabilités » ; cela « n'a concerné en France que la contribution à la dette dans un cas particulier de causalité alternative et non de causalité partagée. C'est l'hypothèse dans laquelle le dommage est causé par un seul responsable, sans qu'on sache lequel, l'incertitude affectant l'identité de l'auteur du dommage et non sa part contributive dans le préjudice ».

²⁶⁵ L'alinéa 2 du texte permet ainsi de répartir la dette entre coresponsables en fonction de leurs parts de marché. Cette solution a été mise en œuvre par la cour d'appel de Versailles dans l'affaire du Distilbène, mais seuls deux laboratoires avaient produit le médicament litigieux (Versailles, 14 avr. 2016, RCA 2016, no 254, note S. Hocquet-Berg).

C'est d'ailleurs l'argumentation retenue par la *United States District Court, Northern District of California* dans l'affaire opposant les villes d'Oakland et de San Francisco à cinq entreprises pétrolières, à savoir ExxonMobil, Chevron, Shell, BP et Conoco Philips.²⁶⁶

24. Les difficultés liées à la démonstration du lien de causalité ont du reste été mises en lumière dans le cadre de nombreuses autres actions climatiques introduites à l'étranger.

Par exemple dans l'affaire *Lliuya v. RWE*, le demandeur affirmait que le niveau d'eau avait atteint un statut dangereux entraînant un risque d'inondation. En se fondant sur des rapports scientifiques, il affirmait que (i) RWE avait contribué à hauteur de 0.47% au réchauffement climatique en raison de ses émissions de gaz à effet de serre et que (ii) ce rôle de RWE dans le réchauffement climatique aurait ainsi induit des risques d'inondation et *in fine* des risques de dégradation de ses biens. Il sollicitait par conséquent la réparation des dommages futurs susceptibles d'être engendrés par ces inondations.

En première instance, les juges du tribunal d'Essen ont considéré que la contribution de la défenderesse au réchauffement climatique par le biais de ses émissions de gaz à effet de serre n'était pas suffisante pour établir un lien de causalité juridique. Ils se sont appuyés pour parvenir à cette conclusion sur la théorie allemande de la « *condition sine qua non* », qui implique que si l'événement (ici le réchauffement climatique) aurait de toute manière eu lieu en l'absence des fautes imputées (ici les activités de RWE), alors la causalité n'est pas établie.²⁶⁷

25. Les incertitudes scientifiques et régimes de responsabilité qui compromettent l'imputation à telle ou telle entreprise d'un rôle dans la survenance du réchauffement climatique et des dommages causés par ce dernier risquent pour l'heure de faire assez largement échec aux actions susceptibles d'être introduites.

²⁶⁶ *City of Oakland c. BP P.L.C, Chevron Corporation, ConocoPhillips, ExxonMobil Corporation, Royal Dutch Shell Plc.*, 25 June 2018, *United States District Court, Northern District of California*, n° C 17-06011 WHA, n° C 17-06012 WHA.

²⁶⁷ *Lliuya v. RWE AG*, n° 14/0354Z/R/rv, *District Court Essen*, 15 décembre 2016.