



HAL
open science

Exploitation de l'énergie des mers et adaptation aux changements climatiques dans la zone sud-ouest de l'océan Indien

Anne-Françoise Zattara-Gros

► **To cite this version:**

Anne-Françoise Zattara-Gros. Exploitation de l'énergie des mers et adaptation aux changements climatiques dans la zone sud-ouest de l'océan Indien. Anne-Sophie Tabau. Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques ? L'expérience de l'Île de La Réunion, Droits International, Comparé et européen, pp.99-117, 2018, Confluence des droits, 979-10-97578-03-9. hal-02291194

HAL Id: hal-02291194

<https://hal.science/hal-02291194>

Submitted on 19 Sep 2019

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

**EXPLOITATION DE L'ÉNERGIE DES MERS
ET ADAPTATION AUX CHANGEMENTS CLIMATIQUES
DANS LA ZONE SUD-OUEST DE L'OCÉAN INDIEN**

Anne-Françoise ZATTARA-GROS¹

Résumé

À l'heure des phénomènes climatiques extrêmes mais aussi tendancielles, il apparaît que les entreprises particulièrement du secteur énergétique doivent tenir compte des risques liés à l'exploitation d'énergies fossiles et des enjeux liés à l'émission des gaz à effet de serre. La lecture du droit de l'entreprise révèle que celui-ci constitue, selon la situation de celle-ci, un outil d'adaptation au changement climatique ou un frein dans la prévention du risque résultant de ce changement. Fort de cet état des lieux, il conviendra selon une démarche descendante de construire un « droit climatique » de l'entreprise, ce qui impose de revisiter la notion d'objet social, de penser les principes applicables et dessiner les nouvelles formes que l'entreprise climatique peut emprunter, de nature à favoriser des propositions d'actions de bas en haut au regard des pouvoirs qui sont conférés aux collectivités territoriales ultramarines en matière de développement durable et de développement de l'économie sociale et solidaire.

Abstract

At the time of extreme climatic phenomena, it seems that companies (particularly of the energy sector) have to take account of the risks associated with the use of fossil energy and the issues connected to the greenhouse gases emissions. The reading of the business law reveals that this one establishes according to the situation of the company a tool of adaptation to the climate change or a brake in the prevention of the risk resulting from this change. Hardly of this current situation, according to a topdown approach, a « climate company law » should be created. It will impose to revisit the notion of business purpose, to think principles and to draw the new forms of the climatic company, likely to propose ways for discussion, from the bottom up, in view of the skills of the overseas territories (sustainable development and social and solidarity economy).

¹ Maître de conférences HDR en droit privé, Université de La Réunion, Faculté de droit et d'économie, Membre du Centre de recherche juridique (CRJ – EA 14).

Le sujet de l'exploitation de l'énergie des mers envisagé à la lumière de l'adaptation aux changements climatiques dans la zone sud-ouest de l'océan Indien appelle quelques observations préliminaires, d'ordre terminologique.

Exploitation ? Elle se définit comme la mise en valeur d'une source de richesse, et par extension vise l'entreprise dont l'activité consiste à accomplir les actes nécessaires à la mise en valeur de cette source de richesse. Il s'agira d'envisager ici l'entreprise dont l'objet est l'exploitation de l'énergie des mers.

Énergie des mers ? L'expression doit être distinguée d'autres notions avec lesquelles elle peut se confondre souvent : énergies marines ou énergies bleues ou encore énergies des océans, lesquelles bien souvent amputées de leur attribut « renouvelables » désignent toutes les formes d'énergie produites de manière durable à partir de sources renouvelables présentes dans l'eau ou en mer : marées, courants, vagues, chaleur, salinité², voire biomasse marine ou vents exclus de la directive de 2009³ mais présents dans d'autres instruments⁴. Elle est plus large en ce qu'elle vise toutes les formes d'exploitation des ressources issues de la mer au sens du droit international public⁵, renouvelables ou non (pétrole, gaz en mer).

Adaptation aux changements climatiques ? L'expression désigne ici l'ajustement du système juridique face à la variation significative ou la variabilité persistante d'un environnement et à ses effets sur les espaces et/ou les populations afin de réduire leur vulnérabilité.

Zone sud-ouest océan Indien ? Il s'agit d'une région géopolitique à la définition lâche couvrant les pays de l'Afrique australe et les îles de l'océan Indien situées à l'est de ce continent, soit celles qui relèvent de l'archipel des Comores, de celui des Mascareignes, de celui des Seychelles ainsi que Madagascar et de toutes les autres dépendances situées autour de ces îles.

Le sujet soulève ensuite des interrogations.

Une première : que de commun entre ces termes et expressions associés ? À l'évidence, des liens factuels. Le sujet de l'exploitation du patrimoine énergétique marin dans la zone doit être corrélé avec celui de la transition démographique, qui est un phénomène connu dans l'océan Indien où le bassin de population, formé par près de 60 millions de personnes aujourd'hui, si l'on prend les seules îles du Sud-Ouest, est en forte croissance. Quelques chiffres pour l'évoquer : La Réunion en 1946 240 000 personnes, aujourd'hui 850 000 personnes et 1 050 000 d'habitants en 2040⁶ ;

² D. 2009/28/CE, 23 avr. 2009, *JOUE*, L 140, 5 juin 2009, art. 2, a). V. en ce sens, P. SABLIERE, *Droit de l'énergie*, Dalloz, 2013, p. 881. Contra F. SCHNEIDER, *Les énergies renouvelables marines*, Pedone, 2015, p. 23.

³ *Ibid.*

⁴ V. encore GIEC, Rapport spécial sur les sources d'énergie renouvelable et l'atténuation du changement climatique (SRREN), Résumé à l'intention des décideurs et Résumé technique, 2011, annexe I.

⁵ P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, 2009, p. 1277 : « le droit international de la mer concerne non seulement l'eau qui la compose, mais aussi son sol et son sous-sol et même, par certains aspects, l'espace aérien sur-jacent ».

⁶ CESE, *Les énergies renouvelables outre-mer : laboratoire pour notre avenir* (rap. P. GALENON), juill. 2011, La documentation française, 2011, p. 31.

Madagascar en 1946 4 millions d'habitants, aujourd'hui 25 millions et 55 millions d'habitants en 2050⁷, Mayotte taux actuel de 5 enfants par femme).

Ce phénomène, qui a des conséquences évidentes sur le terrain de la demande énergétique, pose une autre question, celle de la transition énergétique sachant que cette zone offre toutes les ressources nécessaires pour parvenir rapidement à l'autonomie énergétique (2030), que ce soit en termes d'énergies renouvelables, puisque ces pays et îles possèdent, du fait de leur position géographique, des éléments produisant de l'énergie en permanence (courants, salinité) ou intermittente (vagues, alizés), ou non renouvelables avec les gisements en mer (pétrole, gaz).

Partant de ce que l'exploitation de ces ressources de proximité est une donnée qui s'impose au vu du contexte et serait, par ailleurs, source de développement économique et de gain financier (pour La Réunion qui importe 2/3 des produits pétroliers et charbon contre 2 % de gaz et Mayotte, laquelle reste fortement dépendante des importations d'hydrocarbures (92 % en 2009)⁸), il reste à en évaluer les effets sur l'environnement tant l'exploitation du patrimoine énergétique est, de façon générale, facteur de risques de ce point de vue : destruction des habitats et des écosystèmes (taux d'extinction des espèces de 10 à 100 fois le rythme naturel d'extinction sur une période de 500 millions d'années), dissémination des espèces (thon, espadon et requins), et changement climatique global si l'on souhaite éviter la réalisation de la prédiction d'un effondrement total et irréversible des écosystèmes de la planète d'ici 2100 (atteinte d'un seuil critique, qui correspondrait à l'utilisation de 50 % des ressources terrestres) au regard de ce qu'aujourd'hui, 43 % des écosystèmes terrestres sont déjà utilisés pour subvenir aux besoins des hommes.

Sachant que les émissions de CO₂ ont augmenté de 35 % depuis l'ère préindustrielle du fait de la combustion d'énergies fossiles et sont dues pour 75 % à l'exploitation de ces ressources, l'on comprend vite que le choix de la mise en valeur de telle ou telle source d'énergie et des modalités d'exploitation associées sont fondamentaux. En effet, les ressources énergétiques marines, qui présentent la caractéristique d'être renouvelables car inépuisables, s'inscrivent en droite ligne des engagements internationaux, nationaux⁹ et régionaux en matière de lutte contre le changement climatique dans la mesure où elles n'émettent pas de gaz à effet de serre ou ont un bilan d'émission de CO₂ équilibré¹⁰. Le Schéma Régional Climat Air Énergie (SRCAE) approuvé par le Conseil Régional le 7 novembre 2013 et arrêté par le Préfet le 18 décembre 2013, qui se conforme à l'article 68 de la loi Grenelle II et traduit les engagements européens sur le climat, l'énergie et la qualité de l'air à l'échelle régionale, se compose d'un volet Atténuation de gaz à effet de serre (GES) et d'un volet Adaptation au changement climatique. Il fixe plusieurs objectifs chiffrés de réduction de GES et de

7 V. Propositions de résolution n° 571 relative à une nouvelle politique énergétique et à un codéveloppement durable et solidaire dans l'océan Indien, Sénat, 3 juin 2014 (caduque).

8 CESE, *Les énergies renouvelables outre-mer : laboratoire pour notre avenir*, préc., p. 24-25.

9 V. « Livre bleu des engagements du Grenelle de la mer » (juillet 2009) : « l'objectif général d'assurer au plus tôt l'autonomie énergétique des DOM/COM conduira à faire des outre-mer la vitrine française des énergies renouvelables marines ». V. Livre bleu « Stratégie nationale pour la mer et les océans » (décembre 2009) qui retenait, parmi ses priorités de « développer une économie durable de la mer » et de « promouvoir la dimension maritime des outre-mer ».

10 L. n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

carburant d'ici 2020 (10 % en 2020 par rapport à 2011), grâce à des actions de développement des énergies renouvelables en vue d'atteindre l'autonomie énergétique (électrique) à l'horizon 2030. S'y ajoutent différents programmes de coopération entre les îles de l'océan Indien élaborés en la matière au sein de la COI¹¹.

L'on saisit, alors le rôle du droit, concourant à la réalisation d'objectifs globaux et locaux en matière de changements climatiques, dans la promotion de l'utilisation d'énergies émanant de ressources renouvelables, en particulier marines, et la gestion des activités énergétiques marines. L'on perçoit aussi toute la complexité du droit en la matière puisqu'il combine ordre juridique interne et ordre juridique international mais encore, au sein du droit national, différentes branches du droit dont celui de l'entreprise et de l'environnement. Si le rôle du droit international dans la lutte contre le changement climatique est connu, tel n'est pas le cas des autres disciplines du droit interne et en particulier du droit de l'entreprise, abordée ici dans sa dimension sociétaire au vu du secteur concerné et selon une double approche, *in bonis* et en difficultés, lequel répond à des objectifs différents¹². Alors que le droit des sociétés comme le droit des procédures collectives tend à la sauvegarde d'intérêts privés (principalement l'intérêt de l'entreprise¹³), le droit du climat tend à assurer la sauvegarde des objectifs environnementaux (nature, humanité)¹⁴, qui sont des intérêts publics. Pourtant, « Business and Climate Summit » ne sauraient être dissociés, ainsi que l'évoque le titre du forum annuel organisé par le réseau d'entreprises EPE en mai 2015 à Paris. En effet, à l'heure des catastrophes écologiques d'envergure¹⁵ et autres phénomènes climatiques extrêmes mais aussi tendanciels, il apparaît que tous les acteurs, y compris « non étatiques », et donc les entreprises doivent tenir compte des risques liés à l'exploitation d'énergies fossiles et des enjeux liés à l'émission des gaz à effet de serre. C'est intégrer qu'aux côtés de l'État, les entreprises, au-delà du risque résultant du changement climatique qu'elles sont appelées à prévenir et gérer, « aspirent à participer à la réponse qui doit y être apportée »¹⁶.

Pour ce faire, l'une des priorités d'action, pour répondre à la question qui nous est posée, est, à côté des actions et pistes déjà évoquées, de faire intervenir le droit non seulement davantage mais sans

11 V. Document cadre pour la stratégie régionale d'adaptation au changement climatique des pays membres de la Commission de l'océan Indien 2012-2020, Asconi Consultants, oct. 2012.

12 Sur la contradiction entre droit des procédures collectives et droit de l'environnement, V. B. ROLLAND, « Environnement et droit des entreprises en difficulté », in P. ROUSSEL GALLE (dir.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, coll. Droit 360°, 2012, p. 681 ; M. MENJUCQ, D. MIQUEL, J.-L. MERCIER et A. MOUSTARDIER, « Les procédures collectives confrontées au droit de l'environnement », *Rev. Proc. Coll.*, 2011, table ronde 1 ; G. TEBOUL, « Défense de l'environnement et entreprises en difficulté », *LPA*, n° 97, 2006, p. 7 ; D. VOINOT (dir.), « Colloque Droit des entreprises en difficulté et protection de l'environnement », Univ. Lyon II, 24 oct. 2003, *Rev. proc. coll.*, n° 2, 2004.

13 C. com., art. L. 620-1, L. 631-1 et L. 640-1.

14 C. env., art. L. 110-1.

15 Si l'on prend le secteur de l'énergie, pour ne citer que : 1978, c'est le naufrage de l'Amoco cadiz. Plus de 220 000 tonnes de pétrole brut et de fioul sont déversées sur les côtes bretonnes. 1989, le pétrolier Exxon Valdez s'échoue sur la côte de l'Alaska et provoque une importante marée noire (40 000 tonnes de pétrole brut). 10 ans après (2 décembre 1999), c'est le tour de l'Erika au large des côtes du Finistère. 2002 : nouvelle marée noire, qui touche les côtes atlantiques française, espagnole et portugaise après que le pétrolier Prestige se soit fissuré (environ 125 tonnes de fioul par jour pendant 4 semaines). 2006, c'est l'affaire du Probo Koala, (qui tire son nom du pétrolier, lequel, après un nettoyage, a déversé 600 tonnes de déchets toxiques en Côte d'Ivoire). Le 20 avril 2010, la plate-forme pétrolière Deepwater Horizon exploitée par BP explose, donnant lieu à l'une des plus importantes catastrophes environnementales de ces 10 dernières années (environ 780 millions de litres de pétrole se répandent dans le golfe du Mexique). L'océan Indien est, pour l'heure, quelque peu épargné si l'on met de côté l'échouage du vraquier turc « Gulser Ana » au large des côtes Sud de Madagascar en 2009 avec ses 39 000 tonnes de phosphate brut, 8 000 litres de lubrifiants, 568 tonnes de carburant et 66 tonnes de fuel. En 2014, une catastrophe écologique a été évitée de justesse au large de la côte Est de Maurice, où le pétrolier libérien Wisdom, en proie à une avarie de moteur, menaçait de s'échouer à 5 km de la plage du Belle-Mare.

16 Fr.-G. TRÉBULLE, « Quelle entreprise face au changement climatique ? », *D.*, 2015, p. 2272.

doute autrement¹⁷, incontestablement à renouveler les concepts et méthodes¹⁸. Appliquée au droit de l'entreprise, il s'agit donc de dresser d'abord un état des lieux : lire le droit de l'entreprise, applicable notamment aux entreprises du secteur énergétique, pour en extraire le droit dit climatique (I). De là, il conviendra peut-être de repenser le droit de l'entreprise pour construire un « droit climatique »¹⁹ (II).

I. Lire le droit de l'entreprise pour extraire le « droit climatique »

Si l'on part du postulat selon lequel toutes les entreprises, quels que soit leur forme sociale et leur secteur d'activité, sont exposées à un changement radical et sans précédent, l'on perçoit que le changement climatique est appelé nécessairement à avoir un impact sur le droit de l'entreprise.

L'on en saisit les premiers effets puisque l'entreprise, *in bonis* ou en difficulté, est déjà contrainte, lorsqu'elle n'en est pas l'initiatrice, d'intégrer la dimension environnementale dans l'exercice de son activité ou au moment de la cessation de celle-ci. La lecture du droit de l'entreprise met en évidence que si l'articulation du droit climatique et du droit de l'entreprise *in bonis* se réalise par l'intégration du premier au sein du second sans difficulté particulière, faisant de celui-ci un outil d'adaptation au changement climatique (A), celle entre droit climatique et droit de l'entreprise en difficulté laisse place à une certaine confrontation, dessinant des résistances de celui-ci (B).

A. Le droit de l'entreprise *in bonis*, outil d'adaptation au changement climatique

S'il est audacieux de parler d'environnementalisation du droit des sociétés, il est patent que, par touches discrètes et successives, le droit climatique vient doucement, si ce n'est irradier²⁰, mais sûrement irriguer cette branche du droit. Ce résultat, qui est parfois le fruit de mesures incitatives à destination des sociétés²¹, se traduit le plus souvent par la création d'obligations d'information environnementale à la charge de celles-ci à l'effet de prévenir les effets de ces changements climatiques ou de responsabiliser les dirigeants face à ceux-ci, lesquelles trouvent leur traduction dans les comptes (1) ou le rapport de gestion des sociétés (2).

1. Les comptes sociaux environnementaux, outils de prévision

Parce que l'information est un outil de prévention des risques, « [...] les actionnaires doivent être informés parfaitement de la situation de la société, y compris des risques éventuels qu'elle fait courir à l'environnement, et partant des risques financiers qu'elle encourra à plus ou moins brève échéance à ce titre »²².

17 M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Quel droit face au changement climatique ? », *D.*, 2015, p. 2259.

18 S. MALJEAN-DUBOIS, « Quel droit international face au changement climatique ? », *D.*, 2015, p. 2263.

19 M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Quel droit face au changement climatique ? », *op. cit.*

20 Sur l'irradiation des branches du droit par le droit de l'environnement, V. A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, PUF, 2007, p. 7.

21 Par exp, CE, *recomm.*, 30 mai 2001, *ann.*, § 1 et § 4.2. V. N. HERVÉ-FOURNEREAU (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, 2008.

22 B. ROLLAND, « Toutes les sociétés doivent rendre compte des comptes environnementaux ! », *Dr. sociétés*, nov. 2003, p. 4.

Contenu de l'obligation. Cette information des associés mais aussi des tiers, qui passe par la publicité des comptes annuels incombant aux sociétés commerciales, suppose d'abord un enregistrement de données environnementales en comptabilité, que la société soit cotée ou non, auquel cas s'appliquent la recommandation n° 2003-R02 du Conseil national de la comptabilité (CNC)²³ ou, sur option, les normes IFRS. Figurent ainsi dans les comptes les dépenses environnementales soit celles effectuées en vue de prévenir, réduire ou réparer les dommages que l'entreprise a occasionnés ou pourrait occasionner par ses activités à l'environnement, par exemple à la qualité de l'air et au climat (dépenses en matière de recherche pour prévenir ou réduire l'émission de GES)²⁴, à l'exclusion des coûts encourus du fait d'amendes ou de pénalités pour non-respect de la législation environnementale ainsi que dommages-intérêts versés pour réparer des dommages matériels résultant de la pollution de l'environnement²⁵. Tournées souvent vers le passé et figurant parfois au passif du bilan (dette de réparation d'un dommage environnemental), les dépenses enregistrées évoquent cependant aussi le futur dès lors que le montant ou l'échéance du passif ne sont pas fixés de façon précise, obligeant à la nécessité de constituer des provisions pour risques et charges²⁶ lorsqu'elles ne s'analysent pas en une charge figurant au compte de résultat prévisionnel, auquel les entreprises de certains secteurs, ce qui souvent le cas dans le secteur énergétique, sont assujetties²⁷. L'on perçoit dès lors combien le traitement comptable de ces données environnementales constitue un outil indispensable de prévention mais encore de prévision du risque d'atteinte à l'environnement (dont les émissions de CO₂) dès lors que prévenir, c'est avant tout prévoir.

L'information des associés et des tiers passe ensuite par la mention d'informations environnementales dans l'annexe des comptes, destinées à prévoir non plus le seul futur mais encore à intégrer l'éventuel, soit la simple exposition à un risque environnemental. Prolongeant la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 dite loi NRE et son décret d'application n° 2002-221 du 20 février 2002 applicable aux sociétés cotées, la recommandation du CNC du 21 octobre 2003 impose de faire figurer dans l'annexe certaines informations comme la mention, nature des passifs environnementaux éventuels, accompagnées de commentaires pour comprendre la nature de l'éventualité et d'une estimation de leurs effets financiers²⁸.

Sanctions. Des sanctions sont prévues en cas de non-respect de ces dispositions. Vis-à-vis des associés, les dirigeants de sociétés sont, pour mémoire, responsables envers la société des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, ce qui inclut le non-respect des dispositions ci-dessus rappelées concernant les comptes²⁹. À l'égard des tiers, la jurisprudence commande l'accomplissement d'une faute séparable des fonctions qui soit imputable personnellement au dirigeant, soit une faute

23 V. CNC, recomm. n° 2003-R02, 21 oct. 2003 concernant la prise en considération des aspects environnementaux dans les comptes individuels et consolidés des entreprises.

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*

26 PCG, art. 212-3.

27 C. com., art. L. 232-2, L. 612-2 ; art. R. 232-2, al. 1^{er} et R. 612-3, al. 1^{er}.

28 CNC, recomm. 21 oct. 2003, 5.1 et 5.2.

29 C. com., art. 223-22, al. 1^{er} (SARL), L. 225-251, al. 1^{er} et L. 225-256, al. 1^{er} (SA), L. 226-12, al. 2 (SCA) et L. 227-8 (SAS).

intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales (non-souscription d'une assurance)³⁰. Lorsque la société est en difficultés, des responsabilités et sanctions spécifiques sont susceptibles d'être prononcées contre les dirigeants. Ces derniers peuvent, en cas de liquidation judiciaire, être condamnés à combler le passif si des irrégularités comptables de nature à masquer la situation de la société ont contribué à l'insuffisance d'actif³¹. Par ailleurs, sont exposés à des sanctions professionnelles (faillite personnelle³² ou interdiction de gérer³³) et des sanctions pénales (banqueroute³⁴) les dirigeants d'une société en redressement ou liquidation judiciaire qui ont commis des irrégularités comptables (absence de comptabilité, comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions applicables).

2. *Le « rapport de gestion environnemental », outil de responsabilisation*

Au-delà des obligations de nature comptable, le législateur a imposé que des informations environnementales soient contenues dans le rapport de gestion des dirigeants, à l'effet de sensibiliser mais responsabiliser surtout ces derniers face aux conséquences de l'exploitation sur l'environnement et particulièrement le climat, l'obligation de rendre compte aux associés de la politique environnementale poursuivie par l'entreprise exploitante présupposant que le dirigeant se soit approprié l'idée qu'exploitation et risque climatique ne peuvent plus être dissociés.

Contenu de l'obligation. C'est le fait d'abord du législateur européen. La directive 2003/51/CE du 18 juin 2003 a exigé que le rapport de gestion annuel et le rapport consolidé ne se limitent pas aux seuls aspects financiers de la vie de la société mais comportent une analyse des « aspects sociaux et environnementaux nécessaires à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation de la société »³⁵. Poursuivant sur la transparence des informations sociales et environnementales fournies par les sociétés de tous les secteurs, la directive 2014/95 du 22 octobre 2014 modifie la directive 2013/34 en ce qui concerne la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises considérées d'intérêt public, isolées ou formant un groupe (de plus de 500 salariés)³⁶. Elle impose que des informations relatives à la description des politiques, des résultats et des risques liés aux questions d'environnement (incidences actuelles et prévisibles des activités de l'entreprise sur l'environnement et, le cas échéant, sur l'utilisation d'énergie renouvelable et/ou non renouvelable, sur les émissions de gaz à effet de serre) doivent être incluses dans le rapport de gestion. Les États membres ont jusqu'au 6 décembre 2016 pour transposer le texte sachant que l'obligation de reporting s'appliquera aux entreprises concernées à compter de l'exercice débutant le 1^{er} janvier 2017 ou dans le courant de l'année 2017. Pour ce qui est de la France, une proposition

30 Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, Bull. civ. 2003, n° 84 ; Cass. com., 10 févr. 2009, *RJDA*, 2009, n° 45 : pour un défaut de provisions.

31 C. com., art. L. 651-2. Cass. com., 30 oct. 2000, n° 98-12.349 ; Cass. com., 16 oct. 2001, n° 98-22.168.

32 C. com., L. 653-5, 6°.

33 C. com., L. 653-8.

34 C. com., art. L. 654-2, 4° et 5°.

35 Dir. 2003/51/CE, 18 juin 2003, *JOCE*, 17 juill. 2003, art. 1^{er}, § 14 et 2, § 10.

36 Dir. 2014/95/UE, 22 oct. 2014, *JOUE*, 15 nov. 2014.

de loi a été déposée³⁷, qui consiste à créer au sein du commerce deux nouveaux articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 instituant une obligation, pour certaines sociétés, de prévoir un reporting *a priori*, qui comporte des « mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques [...] de dommages [...] environnementaux graves [...] résultant des activités de la société et des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16 [...] ainsi que des activités de leurs sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie ». D'abord estimée attentatoire à la liberté de concurrence³⁸, elle a finalement été adoptée par l'assemblée nationale le 21 février 2017³⁹. Le nouvel article L. 225-102-4, I, alinéas 3 et 4 du Code de commerce⁴⁰ institue l'obligation d'établir un plan de vigilance pour les sociétés de plus de 5 000 salariés en France ou 10 000 salariés dans le monde, y compris pour leurs sociétés mères, les sociétés qu'elle contrôle et leurs fournisseurs et sous-traitants, en France, comme à l'étranger. Ce plan, appelé à être intégré au rapport de gestion prévu à l'article L. 225-102-1 du même code, doit comporter cinq mesures : une cartographie destinée à identifier et hiérarchiser les risques, des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels la société entretient une relation commerciale établie, des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques et un dispositif de suivi et d'évaluation des mesures mises en œuvre. À défaut, la société assujettie à l'obligation peut, après mise en demeure restée vaine dans un délai de trois mois, se voir enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de s'y conformer par la juridiction compétente ou le Président du Tribunal saisi en référé, voire sa responsabilité engagée sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil par application de l'article L. 225-102-5 au risque⁴¹, à l'exclusion de toute amende civile, le Conseil constitutionnel ayant censuré les dispositions instituant cette sanction à raison du caractère trop général et indéterminé des termes employés par le législateur et du périmètre très étendu des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ de l'infraction.

Si l'on note globalement un effort du législateur national de mettre le droit français en conformité avec les exigences européennes en la matière, la décision révèle cependant une certaine résistance à l'adoption de mesures coercitives environnementales, nonobstant l'existence de régimes différenciés suivant la taille de l'entreprise ou la possibilité de faire de l'offre au public, ce qui nuit à la lisibilité de la règle de droit.

L'assertion se vérifie d'abord pour les sociétés cotées, pour lesquelles des incertitudes demeurent. La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 dite loi NRE complétée de son décret d'application n° 2002-221 du 20 février 2002, a introduit au sein du Code de commerce un article L. 225-102-1, lequel modifié par la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite « Grenelle II », fait obligation aux sociétés anonymes ou en commandite par actions dont les titres

37 Prop. loi n° 2578 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 11 fév. 2015.

38 V. rapport CMP, 2 nov. 2016.

39 AN, Prop. L., 21 févr. 2017, TA n° 924, lecture définitive.

40 L. n° 2017-399, 27 mars 2017, art. 1^{er}.

41 « [...] la juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise. Les frais sont supportés par la personne condamnée. La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte ».

sont admis aux négociations sur un marché réglementé d'indiquer dans leur rapport annuel « la manière la société prend en considération les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable ». L'article R. 225-105-1 précise les informations à fournir à titre principal (politique générale en matière d'environnement, utilisation durable des ressources, changement climatique) (C. com. art. R. 225-105-1, I) et complémentaires (montant des provisions et garanties pour risques en matière d'environnement (C. com., art. R. 225-105-1, II), sauf à ne pas être pertinentes, eu égard à la nature des activités ou à l'organisation de la société moyennant toutes explications utiles (C. com., art. 225-105). En présence d'un groupe de sociétés, l'article L. 225-102-1, alinéa 6 du Code de commerce indique que « lorsque la société établit des comptes consolidés, les informations fournies sont consolidées et portent sur la société elle-même ainsi que sur l'ensemble de ses filiales au sens de l'article L. 233-1 ou les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3. Le « ou » positionné entre les « filiales au sens de l'article L. 233-1 » et les « sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 ». Ce texte est-il de nature à laisser penser que les entreprises pourraient choisir de donner des informations soit sur leurs filiales soit sur les sociétés contrôlées ? L'esprit du texte est d'informer sur la politique environnementale du groupe de sorte qu'aucune option ne devrait pouvoir être ouverte⁴².

De même pour les sociétés non cotées, des interrogations sont de mise. L'article L. 225-100, alinéa 3 du code de commerce, applicable aux sociétés en nom collectif dont l'ensemble des parts est détenu par une SA, une SCA ou une SARL (C. com., art. L. 221-7, al. 4 et L. 222-2), aux SARL par renvoi, aux sociétés anonymes et aux sociétés en commandite par actions (C. com., art. L. 226-1), dispose que le rapport de gestion doit, « dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation de la société » comprendre « des indicateurs clés de performance de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement » et une « description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée ». Pour certaines sociétés répondant à des seuils importants fixés par le décret n° 2012-557 du 24 avril 2012, l'article L. 225-102-1, alinéa 6 s'applique de surcroît, sauf pour les filiales ou sociétés contrôlées les dépassant dès lors que la société qui les contrôle publie ces informations de façon détaillée filiale par filiale ou par société contrôlée et que ces filiales ou sociétés contrôlées indiquent comment y accéder dans leur propre rapport de gestion. Comment alors articuler ce texte avec l'article L. 225-100 du Code de commerce ? Pour ces sociétés non cotées, seul l'article L. 225-100 est applicable alors que pour les sociétés cotées, les deux dispositions doivent recevoir cumulativement application.

Sanctions. Le non-respect de ces obligations légales donne lieu à des sanctions, qui varient suivant que les irrégularités portent sur les informations contenues dans le rapport ou intéressent la publicité de celui-ci.

⁴² Communication ANSA, comité juridique n° 11-007, 5 janv. 2011, BRDA/11, p. 3.

Sur le contenu, le rapport annuel peut tout d'abord ne pas comporter l'ensemble des mentions obligatoires relatives à l'environnement. Dans ce cas, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de communiquer ces informations⁴³. Le rapport peut ensuite contenir des informations inexactes. Les dirigeants peuvent voir leur responsabilité civile engagée dans les conditions du droit spécial. Enfin, le rapport peut ne pas être établi. Ce défaut entraîne la nullité des délibérations de l'assemblée générale des actionnaires⁴⁴.

Sur la publicité, le rapport de gestion, qui est communiqué aux actionnaires, est déposé au greffe du tribunal de commerce avec les comptes annuels⁴⁵, sous peine de sanctions civiles. Cette obligation de publicité est cependant supprimée pour ce qui est des autres sociétés, où le rapport doit être seulement tenu à la disposition de toute personne qui en fait la demande⁴⁶.

Pour finir, et aller au-delà du code de commerce, l'on relèvera que cette obligation d'information, à destination des sociétés que l'on pourrait qualifier d'exploitantes, se retrouve également chez les investisseurs institutionnels appelés à financer ou garantir ces entreprises (entreprises d'assurance, mutuelles, institutions de retraite complémentaire et prévoyance, sociétés de gestion de portefeuille...)⁴⁷. Un « reporting » climat, issu de l'article 173 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, pèse sur ces derniers, qui sont appelés à décrire dans leur rapport annuel les modalités de prise en compte dans leur politique d'investissement des critères environnementaux, notamment expliciter comment ils prennent en compte leur exposition aux risques climatiques et leur contribution à la transition énergétique et écologique (cohérence de l'investissement immobilier ou de l'infrastructure avec les objectifs climats et mise en place d'indicateurs (PIB et facteurs ESG, macro-financiers et résilience énergétique) ou scénari (taxe carbone ou prix carbone), sans que leur soit imposé de méthode.

B. Le droit de l'entreprise en difficultés, outil de résistance au changement climatique ?

La capacité d'ajustement du droit de l'entreprise face aux changements climatiques se mesure également dans les règles de droit régissant l'entreprise en difficulté. Mais les finalités poursuivies par cette matière, qui sont, d'une part, d'assurer la sauvegarde de l'entreprise, de l'activité et de l'emploi et, d'autre part, d'apurer le passif, limitent une telle capacité d'adaptation⁴⁸. Des résistances demeurent, qui s'expriment par l'insuffisance des obligations d'information environnementale pesant sur le débiteur (1) et par une certaine indifférence à l'égard du créancier titulaire d'une créance environnementale (2), auxquelles il convient de remédier si l'on souhaite faire de cette branche du droit,

43 C. com., art. L. 225-102, al. 3 et 4, sur renvoi de l'article L. 225-102-1, al. 10.

44 C. com., art. L. 225-121.

45 C. com., art. L. 232-23 (sociétés par actions).

46 C. com., art. L. 232-21 (SNC), L. 232-22 (SARL).

47 Plus largement, V. C. MALECKI, « Finance durable et RSE », *RTDBanc. fin.*, janv. 2015, dossier 12.

48 T. SOLEILHAC et G. LEGRAND, « Entreprises en difficulté et droit de l'environnement : une délicate articulation », *Rev. Lamy dr. aff.*, mars 2009, 87.

via des mesures ou dispositifs curatifs à effet de limiter l'exercice d'une activité économique dans des conditions de nature à conduire à la réalisation de risques ou de dommages environnementaux graves (remise en état de site/statut de la créance environnementale), par effet boomerang un outil de prévention des effets du changement climatique.

1. *Analyse du point de vue du débiteur : résistance par l'insuffisance*

L'obligation d'information environnementale est présente, et ce dès l'ouverture de la procédure collective puisque le débiteur doit fournir, dans l'acte de saisine du tribunal, des renseignements sur la situation de son entreprise au regard de la protection de l'environnement de façon à permettre au tribunal et aux organes de la procédure de savoir si l'entreprise est une installation classée (ICPE) ou non dans la perspective, le cas échéant, de l'établissement du bilan environnemental⁴⁹, mesure phare de la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages⁵⁰, qui concerne les procédures de sauvegarde ou redressement judiciaire ouvertes contre les personnes morales de droit privé exploitant une ou plusieurs ICPE, avec un administrateur judiciaire nommé⁵¹. Il faut en déduire qu'un tel bilan n'est pas exigé en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire immédiate, laquelle conduira à la cessation de l'activité⁵².

Sauvegarde de l'entreprise. La procédure collective peut déboucher sur l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise. Dans cette perspective, des documents doivent être établis en vue d'éclairer le tribunal appelé à statuer sur le sort de l'entreprise. Il faut distinguer le cas du débiteur exploitant ou non une installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE). Seules ces dernières nous intéressent car les entreprises exploitant l'énergie des mers, dont les installations situées en mer, échappent à cette législation. Pour celles-ci, un bilan économique et social est requis aux fins d'élaborer le projet de plan soumis au tribunal⁵³. Un bilan environnemental n'est donc pas exigé, contrairement aux entreprises exploitant une ICPE⁵⁴. Ceci est regrettable si l'on s'oriente vers l'adoption d'un plan car le recours à un audit environnemental de nature à révéler l'existence de charges environnementales pesant sur le débiteur est opportun dès lors que la situation du débiteur pourrait le justifier à raison de l'activité exercée et des informations contenues dans le rapport de gestion, voire essentiel en cas de cessation d'une branche d'activité⁵⁵ puisque se pose la question du démantèlement des installations en mer (pipeline sous-marin) voire de la remise en état du site au regard de ce que le domaine public maritime n'a pas vocation à recevoir des implantations permanentes⁵⁶ conformément aux deux grands principes de la domanialité publique que sont

49 C. com., art. L. 623-1, al. 3 et R. 623-2 (sauvegarde) ; art. L. 631-18 et R. 631-28 (RJ).

50 B. ROLLAND, « Les nouvelles incidences du droit de l'environnement sur le droit commercial (L. 30 juill. 2003) », *JCP E*, 2004, 333 ; D. VOINOT, « Le bilan environnemental dans la procédure collective », *Dr. env.*, 2004, n° 127, p. 280.

51 L'entreprise doit atteindre certains seuils : un chiffre d'affaires de 3 000 000 euros et un nombre de salariés de 20. V. C. com., art. L. 621-4 et R. 621-11.

52 CA Paris, 3 juill. 2012, n° 12/07985, JurisData n° 2012-016587.

53 C. com., art. L. 626-2, al. 1^{er}, L. 631-19.

54 C. com., art. L. 623-1, al. 3 et R. 623-2 (sauvegarde) ; art. L. 631-18 et R. 631-28 (RJ).

55 C. com., art. L. 626-1 et L. 631-19.

56 Circ., 20 janv. 2012 relative à la gestion durable et intégrée du domaine public maritime, § 5, al. 1.

l'occupation et l'utilisation temporaire du domaine maritime de l'État⁵⁷ et au régime d'autorisation préalable. Or, qu'il s'agisse de l'audit ou du démantèlement, il s'agit là de mesures coûteuses, qui vont peser sur l'entreprise en difficultés, voire déjà en état de cessation des paiements. Se pose la question de la prise en charge. Pour ce qui est de l'audit, tout dépend de l'activité exercée car pour tout ce qui est exploitation du fond des mers ou sous-sol marin, il est prévu qu'un état biologique et écologique du milieu marin dans la zone couverte par le titre concerné doit être fait, aux frais de l'exploitant, au moins une fois par an au cours de la durée de validité de ce titre⁵⁸ sous peine de sanctions pénales⁵⁹. Au-delà (immersion d'ouvrages ou de plates-formes), plusieurs pistes peuvent être envisagées. L'on peut penser, à titre curatif, à la création d'un fonds dédié, alimenté par la perception de taxes sur les entreprises polluantes (ICPE, nucléaire). Il serait possible aussi de reconnaître un statut privilégié à la créance de la personne qui finance la réalisation de cet audit. Préventivement, l'on pourrait prévoir en amont la constitution de garanties financières en vue de réaliser un tel audit à ce stade à l'instar de ce qui est exigé en matière de démantèlement⁶⁰, lequel doit être en principe total, sauf si celui-ci laisse apparaître des risques environnementaux supérieurs à ceux pouvant résulter du démontage partiel des installations ou ouvrages (nuisances sonores, perte d'habitats...)⁶¹, ainsi qu'il en résulte de l'étude des différents arrêtés pris en la matière⁶². Tout sera fonction du cahier des charges. Ce qui a été dit pour la cessation d'une branche d'activité dans le cadre d'un plan vaut en cas de cessation d'activité découlant du prononcé d'une liquidation judiciaire⁶³.

Reprise de l'entreprise. La procédure collective peut donner lieu ensuite à l'adoption d'un plan de cession. Dans cette hypothèse, la question se pose de l'information des acquéreurs concernant les risques encourus et les conséquences de l'exploitation au regard de l'environnement. Le code de commerce indique que le mandataire donne au greffe une description des « caractéristiques essentielles de l'entreprise ou de la ou des branches d'activité susceptibles d'être cédées »⁶⁴. On aura beau chercher une disposition imposant une exigence relative à la communication d'informations sur les données environnementales... Les textes brillent ici non plus par leur insuffisance en la matière mais tout simplement par leur absence⁶⁵. Il faut dès lors aller du côté du code de l'environnement pour savoir si des dispositions seraient de nature à mettre à la charge du cédant une information circonstanciée du repreneur de ce point de vue. Une telle obligation d'information est prévue. Cependant, elle est circonscrite aux cessions de biens immobiliers d'une entreprise exploitant une installation classée soumise à autorisation⁶⁶. Et à supposer que l'hypothèse puisse nous intéresser pour développer un

57 CG3P, L. art. 2122-1 et L. 2122-2.

58 C. env., L. 218-32.

59 C. env., L. 218-34.

60 D. n° 2013-611, 10 juill. 2013 relative à la réglementation applicable aux îles artificielles, aux installations, ouvrages et à leurs installations connexes sur le plateau continental et dans la zone économique et la zone de protection écologique ainsi qu'au tracé des câbles et pipe-line sous-marins, art. 13.

61 F. SCHNEIDER, *Les énergies marines renouvelables, Approche juridique en droit international, européen et comparé, préc.*, p. 386-398.

62 Pour le site MISTRAL (démantèlement d'éoliennes flottantes), V. Arr. préf. n° 2014206-0069, 25 juill. 2014. Pour le site de Paimpol-Bréhat (enlèvement notamment de câbles sous-marins), V. arr. préf., 9 mai 2011.

63 C. com., art. L. 640-1, al. 2.

64 C. com., art. R. 642-40.

65 B. ROLLAND, « Les risques technologiques dans les transmissions d'entreprise », *Environnement*, 2007, étude 3.

66 C. env., art. L. 514-20.

raisonnement par analogie, reste à savoir si le texte pourrait s'appliquer à une telle cession, arrêtée par le juge. La jurisprudence ne répond pas clairement, cassant un arrêt rendu au visa de l'article L. 514-20⁶⁷ de sorte qu'il n'est pas certain qu'elle ait entendu écarter l'application de cet article au motif qu'il s'agit d'une cession judiciaire d'immeuble dans le cadre d'un plan de cession. Sans doute serait-il judicieux si l'on souhaite environnementaliser le droit des procédures collectives de prévoir que parmi les caractéristiques essentielles à décrire doivent figurer les données environnementales d'autant que le cessionnaire ne peut remettre en cause la cession ni invoquer les garanties découlant de l'application du droit commun de la vente en raison de sa nature judiciaire⁶⁸.

2. Analyse du point de vue du créancier : résistance par l'indifférence

Le droit des entreprises en difficulté a pour finalité également le désintéressement des créanciers⁶⁹. Dans cette perspective, l'ensemble des créanciers doivent se faire connaître aux fins d'obtenir le paiement de leur créance. Le créancier, titulaire d'une créance environnementale, n'est pas régi par des règles particulières. Encore faut-il cerner la notion de créance environnementale, qui correspond au sens strict à une créance résultant d'une obligation légale de mise en sécurité ou remise en état d'un site ou milieu utilisé par une entreprise au nom d'un ordre public écologique⁷⁰. Ce n'est pas cette acception qui prévaut ici puisque par créance environnementale l'on entendra toute créance qui résulte d'une atteinte à l'environnement⁷¹, étant compris que ne doivent pas entrer dans notre champ d'étude les créances de mise en sécurité et de réhabilitation du site concerné par l'arrêt définitif de l'exploitation d'une ICPE, dont la législation n'est pas applicable aux installations des énergies marines renouvelables ou non renouvelables.

La créance environnementale est donc, classiquement, soumise au régime des créances antérieures ou postérieures à l'ouverture de la procédure. Selon, elle sera plus ou moins bien traitée puisque les textes des procédures collectives établissent un ordre des créanciers qui est établi suivant la nature des créances et diffère selon la procédure ouverte⁷². L'on saisit que la qualification de la créance en créance antérieure ou postérieure est essentielle puisque si le critère temporel est rempli, elle peut accéder au rang de créance privilégiée sous réserve qu'elle réunisse encore les exigences de régularité et d'utilité. Tout est fonction des règles de détermination de la naissance de la créance. Or, la jurisprudence n'est pas stable en la matière. S'agissant d'une créance environnementale de nature contractuelle, elle reconnaît en principe la date de conclusion du contrat⁷³, voire d'exécution de l'obligation principale en matière contractuelle. Pour ce qui est du sort de la créance environnementale de nature délictuelle (explosion en mer d'une plate-forme pétrolière), laquelle est de nature à nourrir

67 Cass. 3^e civ., 18 juin 2008, n° 07-12.966, Gaz. Pal. 27-29 juill. 2008, p. 39, note D. VOINOT.

68 Cass. com., 12 oct. 1993, *Rev. proc. coll.*, 1993, p. 496, obs. J.-P. SÉNÉCHAL ; *RTD com.*, 1994, p. 559, note J.-P. HAEHL.

69 C. com., art. L. 620-1, L. 631-1 et L. 641-4 et L. 641-5.

70 Sur la législation relative aux ICPE, V. C. env., art. L. 512-12-1 et R. 512-66-1 : pour les installations soumises à déclaration ; C. env., art. R. 512-46-25, R. 512-46-26, R. 512-39-1 et R. 512-39-2 : pour les installations soumises à autorisation ou enregistrement. C. env., L. 511-1 et s. ; Sur la législation sur l'eau, V. C. env., L. 210-1 et s.

71 M.-P. BLIN-FRANCHOMME, I. DESBARATS, G. JAZOTTES, V. VIDALENS, *Entreprise et développement durable*, Lamy, 2011, p. 67.

72 C. com., art. L. 622-17 (sauvegarde), L. 631-14 (RJ) et L. 641-13 (LJ).

73 Cass. com., 2 oct. 2012, n° 10-25.633, *JurisData* n° 2012-022225.

le contentieux à la faveur de la jurisprudence sur la reconnaissance du « préjudice écologique »⁷⁴, il n'est pas plus fixé. La jurisprudence oscille entre la date de la réalisation du dommage (explosion, pollution)⁷⁵ et la date de la condamnation de l'auteur du fait dommageable⁷⁶. Selon que l'événement ou la décision intervient avant ou après le jugement d'ouverture de la procédure, la créance sera qualifiée d'antérieure ou postérieure. Quoiqu'il en soit, elle ne saurait constituer une créance privilégiée car il faudrait qu'elle soit ou née « pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation », ou « en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur »⁷⁷, ce qui n'entre dans aucune de ces hypothèses. Elle devra être déclarée⁷⁸. C'est dire que le droit des procédures collectives, soucieux du sauvetage des entreprises et conscient de ce que le montant important d'une telle créance serait de nature à faire échec à un tel objectif, n'entend pas à ce jour reconnaître la spécificité de la créance environnementale pour lui accorder un traitement particulier, qui pourrait être celui soit de la mettre hors champ de la procédure collective à l'instar de certaines créances (alimentaires) soit de lui réserver un régime de faveur, et ce pour deux raisons : au nom d'un principe de solidarité au regard de ce qu'il s'agit d'une véritable dette sociale à l'égard des générations présentes et futures, particulièrement dans notre champ d'étude, puisque « l'eau fait partie du patrimoine commun de la nation »⁷⁹.

II. Repenser le droit de l'entreprise pour construire un droit climatique

Dans deux directions, il serait possible de repenser le droit de l'entreprise aux fins de l'adapter aux changements climatiques. D'une part, il s'agirait d'acclimater l'entreprise de façon générale en repensant l'objet social (A). D'autre part, il s'agirait de penser, au travers l'étude de l'exploitation de l'énergie des mers, « l'entreprise climatique » (B).

A. Acclimater l'entreprise

La réflexion peut se nourrir du projet de loi Macron devenue la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 et plus particulièrement de son article 83, objet d'un amendement rejeté, qui prévoyait l'ajout d'un second alinéa à l'article 1833 du code civil selon lequel toute société « doit être gérée dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental ». Cet article du code de 1804, dont la robe n'a pas été modifiée par la loi du 4 janvier 1978 refondant le titre IX du Code civil, dispose que « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés »⁸⁰. Tourné tout entier vers des intérêts particuliers, celui des associés, il fallait sans doute comprendre

74 CA Paris, 30 mars 2010, *JCP G*, 2010, 432, note K. LE COUVIOUR ; Cass. crim., 25 sept. 2012, *JCP G*, 2012, 1243, note K. LE COUVIOUR.

75 Cass. com., 20 janv. 2000, *Act. proc. coll.* 2000, comm. 63. V. P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *LPA*, 9 nov. 2004, p. 49.

76 Cass. com., 11 juin 2003, n° 00-21.775, *Act. proc. coll.*, 2003, comm. 196, note J. VALLANSAN.

77 C. com., art. L. 622-17, L. 631-14 et L. 641-13.

78 C. com., art. L. 622-24.

79 C. env., art. L. 210-1.

80 M. MEKKI, « Le projet "Macron" et le nouvel article 1833 du Code civil : quand la force du droit vient de la force des mots », *V. http://daloz-actu-étudiant.fr*

qu'il devait être modifié. L'objet de l'ajout était d'opérer un rééquilibrage entre intérêts privés et intérêts publics, opérant une publicisation de l'intérêt social sachant que s'est substituée au fil du temps à la conception classique de l'intérêt social réduit à la somme des intérêts des associés⁸¹ et correspondant à l'intérêt commun de l'article 1833 du Code civil, une conception renouvelée de l'intérêt social⁸², élargie d'abord à celui de la personne morale⁸³, distinct des intérêts particuliers, puis celui de l'entreprise, entendue comme une réalité économique, humaine et financière, propre à englober l'intérêt des associés mais encore des salariés et, au-delà...⁸⁴).

L'initiative, présentée comme innovante, n'est pas nouvelle puisque les associations de défense de l'environnement réclamaient déjà, depuis longtemps, une réécriture de l'article 1833, dont la lettre était jugée trop réductrice car, d'une part, limitée aux seuls intérêts des personnes (notamment des associés) à l'exclusion de la nature, et, d'autre part, aux seuls intérêts financiers, écartant tout autre élément (social et environnemental). Trouvant probablement son assise dans une théorie anglo-saxonne venue des sciences de gestion, la *Stakeholders Theory*⁸⁵, qui vise à prendre en compte les intérêts légitimes des différentes parties prenantes dans les décisions de gestion, elle fait écho à la proposition de loi n° 2578 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre⁸⁶, qui met à la charge de certaines sociétés (cotées ou de grande taille) l'adoption d'un plan de vigilance pour éviter que leur activité et surtout celle de leurs filiales et partenaires (sous-traitants ou fournisseurs) ne puissent porter atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales, sous peine de responsabilité civile. C'est l'idée que le droit des sociétés doit s'inscrire dans une démarche plus globale « visant à éviter et atténuer les impacts négatifs sociaux, environnementaux et économiques, réels et potentiels, qui résultent des décisions et activités d'une organisation sur tout le cycle de vie d'un de ses projets ou activités » en cohérence avec les lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale issues de la norme internationale ISO 26000⁸⁷, d'application volontaire. Autrement dit, c'est repenser l'entreprise de façon à la mettre au service de l'humanité tout entière et des générations futures avec le risque que, peu à peu, le citoyen évince l'associé ou l'actionnaire⁸⁸, dont le destin se trouve désormais lié à celui de tous les partenaires, présents ou potentiels, de la société (salariés, cocontractants, État, collectivités locales, ONG, peuples autochtones⁸⁹...), que le droit des sociétés devienne le droit de la société contenue tout entière dans le groupement qu'il régit.

La traduction de cette volonté en droit des sociétés passe à l'évidence par un encadrement légal de l'objet social. Et de ce point de vue, la rédaction de l'article 1833 du code civil ne donne pas

81 D. SCHMIDT, « De l'intérêt commun des associés », *JCP*, 1994, I, n° 3793.

82 A. PIROVANO, « La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise », *D.*, 1997, p. 189.

83 J. MESTRE, « Les devoirs de l'actionnaire », *Gaz. Pal.*, 6 juin 2016, h-s. n° 2.

84 J. PAILLUSSEAU, « Les fondements modernes du droit des sociétés », *JCP E*, 1984, I, 14193 ; CL. CHAMPAUD, « Les fondements sociétaux de la « doctrine de l'entreprise », in *Mélanges Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 117.

85 F.-G. TRÉBULLE, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », *Bull. Joly*, 2006, 1337.

86 La proposition adoptée le 30 mars 2015 par l'Assemblée nationale n'a pas donné lieu à un accord devant la commission mixte paritaire le 2 novembre 2016.

87 V. notamment ISO 26000 : 2010, 6.5.5.

88 D. BOMPOINT, « Peu à peu, le citoyen évince l'actionnaire », *JCP E*, 2015, n° 1305. Sur les salariés citoyens de l'entreprise, V. R. BADINTER, JOAN CR, séance du 10 avr. 1984, p. 1413.

89 B. PARANCE, *Un droit économique pour quels sujets ? Des peuples autochtones aux générations futures, La Paix, un possible objectif pour les juristes de droit des affaires ?*, Lextenso, 2016, p. 43 et s.

expressément satisfaction sauf à utiliser le canal de l'objet licite pour sanctionner l'exercice d'une activité en contrariété avec des règles d'« ordre public écologique »⁹⁰, ce qui semble théorique à la lumière de la jurisprudence européenne, qui pour retenir la nullité d'une société pour illicéité de l'objet prend en considération l'objet statutaire et non l'objet réel de la société⁹¹. Une des propositions pourrait consister à supprimer la référence à l'intérêt commun des associés et la remplacer par la notion d'intérêt social, qui est « une notion floue que chacun remplira à sa guise⁹². Mais le changement ne sera que de pure forme au regard de l'évolution de la notion d'intérêt commun. Il aura néanmoins le mérite de laisser de côté une conception qui n'a plus cours. La construction d'une entreprise citoyenne, voire climatique pourrait passer encore par d'autres voies : limitation de la capacité des sociétés ou des pouvoirs des mandataires sociaux au sein du droit spécial mais encore création de nouvelles formes sociales dédiées.

B. Penser « l'entreprise climatique »

La construction d'un droit climatique invite à renouveler les concepts et ainsi à concevoir les traits de « l'entreprise climatique » au travers celles exploitant l'énergie des mers. Dans cette perspective, construire le cadre de l'entreprise climatique est essentiel (1) pour dessiner sur la toile les modèles à abriter (2).

1. *Le cadre : construire les principes de l'entreprise climatique*

Le droit français offre des instruments intéressants, susceptibles de fournir de cadre à l'entreprise climatique. L'on peut évoquer l'entreprise solidaire qui, relevant, comme son nom l'indique, de l'économie sociale et solidaire redéfinie par la loi ESS du 31 juillet 2014, constitue une catégorie à part d'entreprise dès lors qu'elle répond à des principes et formes fixés par la loi. Digne d'intérêt, l'entreprise solidaire pourrait si ce n'est inspirer la création d'une nouvelle catégorie, qui serait celle de l'entreprise solidaire d'énergie à l'instar de l'entreprise solidaire de presse⁹³, du moins, dans l'attente, accueillir l'entreprise climatique sous toutes ses formes, et ce pour trois raisons. D'une part, elle est ouverte « à tous les domaines de l'activité humaine auquel adhèrent des personnes morales de droit privé ». D'autre part, elle constitue « un mode d'entreprendre et de développement économique » alternatif car concevant l'exercice d'une activité économique dans le respect de l'intérêt collectif. Enfin, elle permet de bénéficier, sous certains aspects, d'un soutien financier des personnes publiques, dont les collectivités territoriales⁹⁴. L'on exclura les aspects financiers pour se concentrer sur les aspects statutaires. De ce point de vue, l'entreprise solidaire répond à

90 V. M. BOUTELET et J.-C. FRITZ, *L'ordre public écologique*, Bruylant, 2005 ; M. BOUTONNET, « Le contrat, un instrument opportun de l'ordre public environnemental ? », *D.*, 2013, p. 2528.

91 CJCE 13 nov. 1990, *Bull. Joly*, 1991, p. 190, B. SAINTOURENS, p. 123 ; *JCP éd. G.*, 1991, II, 21658, note P. LEVEL ; *Rev. soc.* 1991, p. 532, note Y. CHAPUT.

92 A. COURET, « L'intérêt social », *Cah. dr. entr.*, 1996-4, p. 1 s.

93 V. L. n° 2015-433 du 17 avr. 2015, portant diverses dispositions tendant à la modernisation du secteur de la presse, *JORF*, 18 avr. 2015, p. 6881, spéc. art. 16.

94 C'est vrai des sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC), dont le plafond de participation des collectivités territoriales au capital social passe de 20 à 50 %. V. L. n° 47-1775 du 10 sept. 1947, art. 19 *septies*, al. 4 mod.

un régime original, gouverné par trois principes⁹⁵, qui la distingue de celui des sociétés classiques : une lucrativité limitée, une gouvernance démocratique, transparente et participative⁹⁶, une gestion durable. Pour juger sur pièces, l'on étudiera trois points : la finalité, l'organisation et la gestion de l'entreprise solidaire.

L'entreprise climatique, qui pourrait se réclamer de ce régime, devrait, aux fins d'obtenir l'agrément d'entreprise solidaire d'utilité sociale⁹⁷, poursuivre un but, qui est autre que le partage des bénéfices⁹⁸, plus spécialement rechercher l'utilité sociale⁹⁹, lequel doit figurer dans les statuts¹⁰⁰. L'article 2, 3° de la loi du 31 juillet 2014 répute d'utilité sociale les entreprises dont l'objet social est de concourir « au développement durable dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative, à la transition énergétique ». Sous cet angle, les structures exploitant des énergies marines renouvelables qui, s'inscrivent dans la lutte contre les changements climatiques en contribuant à un développement durable et solidaire propre à réduire la vulnérabilité des populations et des territoires rempliraient une telle condition. Il n'y a pas là d'incompatibilité avec l'article 1832 du code civil qui prévoit le partage de bénéfices ou la réalisation d'économies, pas plus qu'avec l'article 1833 relatif à l'objet social sous réserve de ce qui a été dit précédemment de sorte que de telles dispositions, applicables à toute société selon l'article 1834.

Ensuite, l'entreprise climatique devrait adopter une gouvernance démocratique et égalitaire¹⁰¹. Sur ce point, rien n'est dit pour les sociétés si ce n'est que chaque associé a le droit de participer aux décisions collectives¹⁰² de sorte que les règles de chaque forme sociale seraient applicables. Sans doute y a-t-il là matière à adapter le droit des sociétés et prévoir, à l'instar des mutuelles, des dérogations pour que les décisions soient prises selon le principe « une personne, une voix » et non sur le principe « une action, une voix ».

Enfin, l'entreprise climatique devrait appliquer des principes de gestion orientés vers le développement durable de l'activité¹⁰³ avec la constitution de réserves obligatoires¹⁰⁴ et impartageables¹⁰⁵ et l'encadrement des opérations sur capital (réduction)¹⁰⁶. Pour ce qui est de l'obligation d'une réserve légale, il ne serait pas utile de prévoir des dérogations pour acclimater le droit des sociétés, en particulier des SARL et sociétés par actions¹⁰⁷. Sur la question du partage, là il y aurait lieu de prévoir des dérogations notamment pour régler le sort du boni de liquidation.

95 L. ESS, art. 1^{er}, al. 10.

96 D. HIEZ, « La richesse de la loi économie sociale et solidaire », *Rev. sociétés*, 2015, p. 147.

97 Le décret n° 2015-719 du 23 juin 2015 précise les modalités d'application des conditions d'agrément et la procédure d'agrément applicable. V. C. trav., art. L. 3332-17-1.

98 L. ESS, art. 1^{er}, al. 2.

99 L. ESS, art. 1^{er}, al. 11.

100 L. ESS, art. 1^{er}, al. 15.

101 L. ESS, art. 1^{er}, al. 3.

102 C. civ., art. 1844, al. 1^{er}.

103 L. ESS, art. 1^{er}, al. 5.

104 Obligation d'affecter une fraction au moins égale à 20 % du bénéfice à une réserve statutaire obligatoire dite fond de développement, dans une limite qui ne dépasse pas le capital social pour l'ensemble des réserves, V. L. ESS, art. 1^{er}, al. 13.

105 L. ESS, art. 1^{er}, al. 6 et 14 (affectation d'au moins 50 % des bénéfices au report bénéficiaire ou aux réserves).

106 L. ESS, art. 1^{er}, al. 14.

107 C. com. art. L. 232-10.

2. *La toile : Dessiner les formes de l'entreprise climatique*

L'entreprise solidaire ne peut emprunter que des formes énumérées par la loi¹⁰⁸, véhiculant des modèles collaboratifs ou mutualistes, soit celles de coopérative, mutuelle, association, fondation, auxquelles ont été ajoutées, par la loi ESS, les sociétés commerciales à finalité sociale¹⁰⁹. Sans doute, y a-t-il matière à réflexion si l'on souhaite développer l'entreprise climatique comme déclinaison de l'entreprise solidaire ou en faire une catégorie à part. Deux options sont alors ouvertes : renouveler les formes ou rénover les formes existantes.

Renouveler, l'on peut regretter tout d'abord que le renouvellement des formes de l'entreprise solidaire ne soit pas plus abouti. En particulier, l'on peut déplorer l'exclusion des sociétés civiles, qui en tant que groupements de personnes et non de capitaux, pourraient rejoindre la liste limitative de l'article 1^{er} de la loi ESS. Plus utopique pour la zone, l'on peut penser à dupliquer des modèles, inspirés de ceux existants tels la société européenne ou à venir comme l'association européenne¹¹⁰, ce qui suppose de construire un système d'harmonisation du droit sans la zone ou doter une entité indo-océanique d'un pouvoir normatif.

Rénover, le législateur a déjà entrepris de réformer les dispositions applicables à certaines des formes de l'entreprise solidaire. En particulier, le statut de la société coopérative a été revu avec les modifications apportées à la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération du 10 septembre 1947. L'on évoquera les plus emblématiques : le recul du principe de l'exclusivisme, avec l'autorisation conférée aux coopératives de réaliser 20 % de l'activité avec des non-membres¹¹¹ et l'affirmation d'une gratuité de principe des fonctions de direction¹¹², qui n'est pas de nature à inciter le choix de tels modèles sauf à interpréter largement la notion « d'indemnités compensatrices ». Là encore, l'innovation pourrait consister à ouvrir à d'autres sociétés commerciales que la SARL ou la SA le choix de se constituer en coopérative.

108 L. ESS, art. 1^{er}, II.

109 J. MONNET, « L'ouverture du secteur de l'économie sociale et solidaire aux sociétés commerciales », *Dr. sociétés*, 2014, n° 11, p. 15-16.

110 V. Résolution du Parlement européen du 2 juillet 2013 sur la proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la fondation européenne (FE) (COM(2012)0035 – 2012/0022(APP)).

111 L. n° 47-1175, art. 3 mod.

112 L. n° 47-1175, art. 6, al. 2 mod. : « Les fonctions de membre du conseil d'administration ou de membre du conseil de surveillance sont gratuites et n'ouvrent droit, sur justification, qu'à remboursement de frais, ainsi qu'au paiement d'indemnités compensatrices du temps consacré à l'administration de la coopérative ».

Conclusion

Pour conclure, et puisque l'intitulé de ce beau colloque, dessine un sens à la réflexion, nous invitant à des propositions d'actions de bas en haut, il faut considérer que nombre des propositions faites relèvent d'une démarche descendante mais il faut rappeler que certaines d'entre elles pourraient participer d'une démarche ascendante, la Constitution de 1958 reconnaissant aux collectivités territoriales ultramarines un pouvoir normatif d'expérimentation mais encore d'adaptation, qui pourrait pleinement s'exprimer dans l'élaboration des schémas directeurs régionaux de développement durable et la définition des orientations en matière de développement de l'économie sociale et solidaire, dont la compétence est désormais reconnue aux régions¹¹³.

113 CGCT, art. L. 4521-1 et L. 4251-13 : « La région élabore un schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation. Ce schéma définit les orientations en matière d'aides aux entreprises, de soutien à l'internationalisation et d'aides à l'investissement immobilier et à l'innovation des entreprises, ainsi que les orientations relatives à l'attractivité du territoire régional. Il définit les orientations en matière de développement de l'économie sociale et solidaire, en s'appuyant notamment sur les propositions formulées au cours des conférences régionales de l'économie sociale et solidaire ».