



HAL
open science

L'entreprise sobre : essai sur un concept juridique émergent

Valentin Baudouin

► **To cite this version:**

Valentin Baudouin. L'entreprise sobre : essai sur un concept juridique émergent. Droit. Université de Strasbourg, 2019. Français. NNT : 2019STRAA003 . tel-03839361

HAL Id: tel-03839361

<https://hal.science/tel-03839361v1>

Submitted on 4 Nov 2022

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 4.0 International License

ÉCOLE DOCTORALE des sciences juridiques – ED 101

Sociétés, Acteurs et Gouvernements en Europe – UMR 7363

L'ENTREPRISE SOBRE
ÉTUDE SUR UN CONCEPT JURIDIQUE EMERGENT

THÈSE

pour obtenir le grade de : Docteur de l'Université de Strasbourg

Discipline : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement le 19 juin 2019 par

Valentin BAUDOUIN-FEIG

THÈSE dirigée par :

Madame Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRÈNE, Professeure, Université de Strasbourg

Membres du jury :

M. HANNOUN Charley, Professeur, Université de Cergy-Pontoise

M. HIEZ David, Professeur, Université du Luxembourg

Mme MARTIN-CHENUT Kathia, chargée de recherche au CNRS, HDR, Université Paris I

M. TRÉBULLE François-Guy, Professeur, Université Paris I

Mme VAN LANG Agathe, Professeure, Université de Nantes

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Les opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À mes parents

À chacun le sien

REMERCIEMENTS

J'adresse naturellement mes premiers remerciements à ma directrice de thèse, Madame la professeure Marie-Pierre Camproux-Duffrène, pour sa confiance, dès son choix de m'intégrer au sein du master II droit de l'environnement et des risques à l'université de Strasbourg, pour sa très grande disponibilité et ses réflexions, toujours stimulantes et encourageantes tout au long de la thèse avec aussi, un indéfectible soutien et une impressionnante implication, merci !

Cette thèse débutée en convention CIFRE avec l'aide de l'ANRT, n'aurait probablement pas vue le jour sans l'engagement et la persévérance de Monsieur Denis Welsch, entrepreneur et créateur de la *SAS iS2 iron solar* qui m'a encouragé à adopter une nouvelle vision de l'entreprise.

Je remercie également tous ceux qui ont contribué au cours de ces années à enrichir mon parcours au-delà de la thèse. J'adresse en ce sens mes remerciements au premier président de la cour d'appel de Colmar de 2016 à 2017, Monsieur Rémy Heitz qui m'a accordé sa confiance pour exercer la fonction d'assistant de justice. Je suis également reconnaissant envers l'ensemble du personnel et collègues de la cour pour ce merveilleux cadre de travail. Je sais gré également à l'université de Strasbourg d'avoir retenu ma candidature au poste d'ATER durant deux années m'assurant les moyens de conclure mon travail.

Ma gratitude va ensuite aux membres du jury de cette thèse, Monsieur Charley Hannoun et Monsieur David Hiez, pour avoir accepté d'endosser le rôle de rapporteur, ainsi que Madame Kathia Martin-Chenut, Madame Agathe Van Lang et Monsieur François-Guy Trébulle, pour tout l'intérêt porté à la présentation de mes travaux.

Je tiens également à remercier l'ensemble des personnes qui, trop nombreuses pour être citées individuellement, ont su constamment stimuler ma réflexion par leurs qualités humaines et la richesse intellectuelle de nos échanges.

Merci aux personnes les plus proches pour leur inestimable soutien tout au long de ce parcours, pour leur amour, leur amitié et leur indéfectible soutien moral qui ont grandement participé de l'aboutissement de ces travaux. Mille mercis également aux amis et à l'ensemble de ma famille qui, bien que n'ayant pas toujours su se retenir pour me demander si ma thèse était terminée, ont toujours été présent pour me témoigner leurs encouragements.

Je rends en dernier lieu le plus bel hommage qui puisse être exprimé par un enfant, à ma mère Myriam ainsi qu'à mon père Dominique pour la force et la lumière transmises en plus du temps consacré à l'avènement de ces travaux, sans oublier ma sœur Clara et mon frère Noël, au sein desquels j'ai pris la place du juste milieu.

Principales abréviations

Arch. phil.	Archives de philosophie
AJ	Actualité juridique
art.	article
<i>Et al.</i>	<i>et alii</i> , et autres
Ex.	exemple
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
BJS	Bulletin Joly des sociétés
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. env.	Code de l'environnement
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CIC	Community interest company
CP	Communiqué de presse
CESE	Conseil économique social et environnemental Comité économique et social européen (UE)
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNTE	Conseil National de la Transition Ecologique
CNUED	Commission des Nations-Unies sur l'environnement et le développement
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Comp.	à comparer avec
COP	Conférence des parties à la Convention sur les changements climatiques
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
ESS	Economie sociale et solidaire
ESUS	Entreprise solidaire d'utilité sociale
Ed°	Edition(s)
IFOP	Institut français d'opinion publique
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , au même endroit, dans le même ouvrage
<i>In</i>	dans, au sein de
JA	Juris association
JCPE	Juris-classeur périodique entreprises et affaires
JCPG	Juris-classeur périodique édition générale
LPA	Les Petites Affiches
N°	numéro(s)
Not.	notamment
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> , ouvrage cité
P., pp.	Page(s)
PME	Petites et moyennes entreprises
PPS	Publications périodiques spécialisées
Préc.	Précité
Rapp.	à rapprocher de
Réf.	Référence, se référer à

RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RJE	Revue juridique de l'environnement
RSE	Responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise
RLDC	Revue Lamy droit civil
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rev. trav.	Revue de droit du travail
RECMA	Revue internationale de l'économie sociale
S.	Suivant ; Recueil Sirey
SPC	Social Purpose corporation
Spéc.	Voir spécifiquement au n°/ à la page
SOSE	Société à objet social étendu
T.	Tome
Th.	Thèse
TLFI	Trésor de la langue française informatisé
Trad.	traduit de, traduction
UE	Union européenne
V°, V.	<i>Verbo</i> , sous l'entrée, voyez, voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	13
PARTIE 1 - LA SOCIETE COMMERCIALE : UNE ENTITE SOUMISE A PERTURBATIONS	47
TITRE 1 – LA RSE UNE RESPONSABILITE SINGULIERE	51
CHAPITRE 1 Le concept de RSE accueilli par le droit	53
CHAPITRE 2 L’engagement volontaire : expression d’une RSE à la juridicité évolutive	119
TITRE 2 – DE LA NOTION DE SOCIETE COMMERCIALE A CELLE D’ENTREPRISE RESPONSABLE	201
CHAPITRE 1 L’entreprise comme entité juridique pertinente	203
CHAPITRE 2 L’existence d’entités plus responsables sociétalement de par leur statut	261
PARTIE 2 - INSTITUER UNE ENTREPRISE SOBRE	331
TITRE 1 – LA CONCEPTUALISATION D’UNE ENTREPRISE SOBRE	337
CHAPITRE 1 Réalisme juridique de l’entreprise encadré par l’ordre public écologique	339
CHAPITRE 2 Caractérisation d’une entreprise au comportement sobre	409
TITRE 2 – ELEMENTS DE CONCRETISATION DE L’ENTREPRISE SOBRE	515
CHAPITRE 1 L’entreprise sobre dans sa constitution	517
CHAPITRE 2 L’entreprise sobre dans son fonctionnement	595
CONCLUSION GENERALE	657

« Encore bercé dans les douces illusions du sommeil, Érysichthon demande et voit des mets imaginaires. Il ouvre une bouche avide, fatigue ses dents sur ses dents, et son gosier ne reçoit que du vent. Il s'éveille; une faim ardente le presse et le déchire. Elle règne dans sa gorge aride et dans ses entrailles, gouffre toujours avide. Il ordonne, et sur sa table les mets se succèdent en vain. On dépeuple pour lui les airs, les forêts, et les mers. Il dévore sans cesse, demande d'autres mets, d'autres mets encore, et reste insatiable. Ce qui nourrirait un peuple tout entier ne peut lui suffire ; et plus il avale, il engloutit, et plus sa faim s'augmente. Tel l'Océan qui boit tous les fleuves de la terre, appelle encore leurs flots. Telle la flamme croît plus elle a d'aliments; tout ce qui la nourrit étend sa rage au lieu de la calmer, et consumant sans cesse, elle s'irrite en consumant : tel Érysichthon reçoit, dévore, et demande toujours. Rien ne peut apaiser l'horrible faim qui le travaille, et plus il veut l'assouvir, plus elle est implacable. (...) Cependant, lorsque la violence de son mal eut épuisé tous les aliments et eut donné de nouvelles pâtures à sa pénible maladie, il déchira lui-même ses propres membres, se mit à les arracher en se mordant, et le malheureux se nourrit de son corps en le mutilant. »

OVIDE, *Métamorphoses*, Livre VIII, Mythe d'Erysichthon, I^{er} siècle

« Dans notre situation, médiocrité ou génie c'est tout un. Qui parle de conquérir l'Espace ? Ce que nous voulons, c'est étendre la Terre jusqu'à ses confins reculés. Les autres mondes ? Pour quoi faire ? Nous cherchons un miroir. S'épuiser à trouver un contact qui ne sera sans doute jamais établi ? Nous sommes dans la position ridicule de celui qui se précipite vers un but qui l'effraie et dont il n'a que faire. C'est de l'homme que l'homme a besoin ! »

TARKOVSKY Andrei, *Solaris*, 1972

INTRODUCTION

1. L'entreprise est une liberté d'agir par laquelle s'exerce une activité économique¹. Cette liberté peut se montrer ambiguë car elle est autant un facteur de progrès que de risque². Permettant à la fois d'aboutir à de formidables ou de terrifiantes découvertes scientifiques et techniques, d'améliorer ou de dégrader les conditions de vie, de protéger l'Homme de son environnement ou de détruire ce dernier, cette liberté interpelle. Si l'entreprise est assurément contrainte par les limites finies de la Nature³, le droit n'intègre pas nécessairement cette donnée dans son approche des libertés économiques puisque la liberté d'entreprendre est discutablement placée au même rang que les droits de l'Homme⁴. Les déclarations, conventions, textes, rapports, études relatifs à l'existence d'une crise écologique sans précédent se succèdent au gré d'une liste qui s'allonge⁵ : réchauffement climatique, perte, voire effondrement de la biodiversité⁶, artificialisation

¹ SUPIOT Alain (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontière – Perspectives économiques et juridiques*, coll. Les sens du droit, Dalloz, 2015, introduction, p.17 : « Du point de vue juridique, l'entreprise se présente donc comme la mise en œuvre d'une liberté d'agir. ».

² Rapp. SUPIOT Alain (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontière – Perspectives économiques et juridiques*, coll. Les sens du droit, Dalloz, 2015, introduction, p.17 : « Du point de vue juridique, l'entreprise se présente donc comme la mise en œuvre d'une liberté d'agir. » ; ZAFRANI Avishag, « Quelle économie pour quel avenir ? Hans Jonas et la responsabilité », *Arch. phil.*, 2016/3, t.79, p.192 : « Le pouvoir technologique ne crée pas seulement un nouveau champ de possibles pour l'agir humain, mais aussi de nouvelles nécessités, de nouveaux besoins, qui ont toujours un temps d'avance sur la question de leur caractère désirable, de sorte que sous l'impulsion économique, nous sommes voués à produire, non seulement des biens, mais aussi de nouvelles servitudes. ».

³ V° MEADOWS Donella, MEADOWS Dennis, RANDERS Jorgens, BEHRENS William, *Halte à la croissance ! Rapport sur les limites de la croissance*, Massachusetts Institute of Technology, trad. de l'anglais par Jacques Delaunay, Paris, Fayard, coll. Ecologie, 1972 ;

⁴ Sur la question de la fundamentalité des libertés économiques et leur confrontation avec les droits de l'Homme v. CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Rev. trav.*, Dalloz, 2007, pp.19-25 : « La fundamentalité au sens axiologique renvoie à l'expression de valeurs indispensables à l'humanité. Les droits fondamentaux sont inhérents à l'homme en tant qu'il est homme, et sont nécessaires à l'épanouissement individuel, à la dignité et à l'identité même de l'homme dans la société. Soutenir le caractère fondamental des libertés économiques revient alors à considérer qu'il est inhérent à l'homme d'entreprendre et de se constituer dans des rapports marchands. L'état d'*homo economicus* devient une qualité humaine substantielle qui prétend à une protection équivalente à celle dont bénéficient les autres qualités de l'humanité. Une telle conception suppose d'adhérer, au moins partiellement, à une ontologie libérale au sens économique du terme. » ; à noter que la liberté du commerce et de l'industrie - issue du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et de la loi Le Chapelier du 14 juin 1791, regroupe la libre entreprise et la libre concurrence – n'est pas une liberté fondamentale reconnue par le Conseil constitutionnel et ne se confond pas avec la liberté d'entreprendre dont la constitutionnalité est reconnue, v° FAVOREU Louis et a., *in Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. précis, 21^{ème} éd°, 2019, p.994, spéc. 1377.

⁵ V. not. WHITE Lynn Townsend, « The Historical Roots of Our Ecological Crisis », *Science*, vol. 155, n°3767, 10 mars 1967, pp.1203-1207 ; 1^{ère} Conférence des Nations-Unies sur l'environnement et le développement (CNUED), *Déclaration de Stockholm Plan d'action pour l'environnement*, 16 juin 1972 ; JONAS Hans, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, trad. de l'allemand par J. Greisch, Paris, éd° du Cerf, 1990 ; BECK Ulrich, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, (1986), trad. de l'allemand par L. Bernardi, Paris, Aubier, 2001, 521 p. BRUNDTLAND Gro Harlem (dir.), Commission des Nations-Unies sur l'Environnement et le Développement, *Notre avenir à tous*, rapport, 20 mars 1987, 349 p. ; CNUED, *Déclaration de Rio de Janeiro, Agenda 21, Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques*, 14 juin 1992 ; Conférence des parties à la Convention sur les changements climatiques (COP), *Protocole de Kyoto*, 11 décembre 1998 ; JONAS Hans, *Une éthique pour la nature*, Desclé de Brouwer, 2000 ; Pape FRANCOIS, *Laudato Si', Sur la sauvegarde de la maison commune*, Lettre encyclique, 18 juin 2015 ; COP, *Accord de Paris sur le climat (COP21)*, 12 décembre 2015 ; Groupe d'expert intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), *Réchauffement planétaire de 1,5°C*, rapport spécial, 8 oct. 2018.

⁶ DUROUSSEAU Michel, « Le constat : la biodiversité en crise », *RJE*, 2008, hors-série, pp. 11-19.

des sols⁷, pollutions diffuses⁸, etc. Aujourd’hui, l’acteur le plus à même de freiner ce phénomène apparaît également en être le premier responsable. C’est là toute la difficulté, l’entreprise constitue à la fois le problème et la solution alors que celle-ci : « se sait sur la sellette. Elle n’ignore pas que ses pratiques sont scrutées et sa finalité questionnée »⁹. En parallèle, un désir prégnant de responsabilisation des entreprises s’exprime au sein de la société civile et 51 % des français considèrent qu’une entreprise « doit être utile pour la société dans son ensemble, devant ses clients (34 %), ses collaborateurs (12%) ou ses actionnaires (3%) »¹⁰. Il est ainsi attendu de l’entreprise qu’elle fasse preuve d’une responsabilité sociétale et environnementale, qu’elle démontre – plutôt que sa capacité à créer « une société d’abondance pour en perdre les fruits »¹¹ – son utilité, sa fonction sociale, qu’elle mette fin à son ambivalence entre volonté de croissance et comportement considéré comme responsable. À travers l’entreprise, c’est l’ensemble du système économique actuel qui est questionné. Aussi, les notions de développement durable¹² et de transition écologique¹³ n’apparaissent satisfaisantes qu’à la lumière d’une direction précise et claire donnée à cette durabilité ou cette transition en droit. À travers la « stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable 2015-2020 » adoptée en Conseil des ministres le 4 février 2015 et visant à « faire émerger un nouveau modèle de société qui allie progrès économique, écologique et humain »¹⁴, c’est la liberté ambiguë de

⁷ Plateforme ouverte des données publiques françaises, « Les nouveaux indicateurs de richesse », [En ligne, <https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/les-nouveaux-indicateurs-de-riche-1/> consulté le 2 octobre 2018] : « Selon Eurostat, les sols artificialisés recouvrent les sols bâtis et les sols revêtus et stabilisés (routes, voies ferrées, parkings, chemins...). Le ministère de l’Agriculture en France retient une définition plus large, qui recouvre également d’autres « sols artificialisés », comme les chantiers, les terrains vagues, et les espaces verts artificiels ». La surface de territoire artificialisé est ainsi passé de 6,9 % en 1992 à 9,3 % en 2016, essentiellement au détriment des terres agricoles.

⁸ V° par exemple la procédure d’infraction engagée par la Commission européenne devant la CJUE contre la France pour non-respect de la directive 2008/50/CE sur la qualité de l’air ambiant : Commission européenne, « Qualité de l’air : la Commission prend des mesures pour protéger les citoyens contre la pollution atmosphérique », CP, 17 mai 2018.

⁹ DUROUSSEAU Michel, « Le constat : la biodiversité en crise », RJE, 2008, hors-série, pp. 11-19.

¹⁰ IFOP, Terre de Siègne, *La valeur d’utilité associée à l’entreprise*, 15 septembre 2016, in Ministère de l’économie, Le projet de loi Pacte en détail - Plan d’action pour la croissance et la transformation des entreprises, juin 2018, v° *Rédéfinir la raison d’être des entreprises*, p.70.

¹¹ POTTIER Antonin, *L’économie dans l’impasse climatique : développement matériel, théorie immatérielle et utopie auto-stabilisatrice*, Paris, Ecole des hautes études en sciences sociales, Centre international de recherche sur l’environnement et le développement, Thèse, 2014, p.474 : « L’esprit du capitalisme produit une abondance matérielle inouïe, mais il détruit en même temps les arts de la vie que Keynes chérit tant. Les arts de la vie font partie des biens désirables eux-mêmes, que l’homme doit rechercher pour mener une vie bonne. » ; *ibid.*, p.475 : « Telle est l’ambivalence de l’esprit du capitalisme. Le développement et l’instrumentalisation méthodique de l’esprit de lucre conduisent vers une société délivrée des contingences matérielles, mais en même temps, l’amour de l’argent détruit “ les coutumes ou les conventions chéries d’une société traditionnelle ” [KEYNES John Manyard, « Perspectives économiques pour nos petits-enfants » (1930), in *Essai de persuasion*, trad. de l’anglais par Herbert Jacoby, Paris, Gallimard, 1933, 2^e éd°, 278 p.] et les arts de la vie. ».

¹² BRUNDTLAND Gro Harlem (dir.), Commission des Nations-Unies sur l’Environnement et le Développement, *Notre avenir à tous*, rapport, 20 mars 1987, 349 p. : « développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs ». Définition reprise dans la Déclaration Rio en 1992, préc.

¹³ Selon le Conseil national de la transition écologique (prévu à l’article 133-2 du code de l’environnement) la transition écologique, puis la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte et sa mise en application par, qui succède à la Stratégie nationale de développement durable 2010-2013.

¹⁴ Ministère de l’écologie, du développement durable et de l’énergie, *Stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable 2015-2020*, adopté en Conseil des ministres le 4 février 2015, p.127 : « Transition écologique : évolution vers un nouveau modèle économique et social, un modèle de développement durable qui renouvelle nos façons de consommer, de produire, de travailler, de vivre ensemble pour répondre aux grands enjeux environnementaux, ceux du changement climatique, de la rareté des ressources, de la perte accélérée de la biodiversité et de la multiplication des risques sanitaires environnementaux. »

l'entreprise qui est interrogée : quelle liberté pour l'entreprise¹⁵, quelle entreprise pour quelle économie, quelle économie pour quel avenir¹⁶ ? Cette stratégie nationale construite en neuf axes place en priorité « la mutation écologique des activités économiques » et « l'exercice de sa responsabilité par chaque acteur »¹⁷. Ces orientations visent principalement à encourager une modification des comportements des acteurs économiques au premier rang desquels figure l'entreprise et le développement de la responsabilité sociétale et environnementale¹⁸.

2. Si la prise en considération de préoccupations sociétales et environnementales par les entreprises peut apparaître nouvelle, la question de la place de l'entreprise dans la Société¹⁹ n'est pas fondamentalement moderne comme sa mise en perspective historique peut le montrer (I). Ce constat laisse apparaître la difficulté liée à une inconsistance juridique des termes employés dans ce domaine. Dès lors, il est nécessaire de préciser les termes d'entreprise, de responsabilité sociétale et environnementale, de développement durable, de transition écologique puis de sobriété en vue d'une délimitation du champ des recherches (II). En considération de la montée en puissance de ces notions dans le droit, la forme classique de la société commerciale peut être discutée laissant place à une proposition d'institutionnaliser une entreprise sobre (III). Selon l'analyse retenue, ce phénomène de métamorphose de l'entreprise peut alors apparaître comme le témoin d'un mouvement récurrent d'un droit écarté, laissé à la disposition des acteurs privés, vers un droit retrouvé par la nécessité de la prescription juridique (IV).

¹⁵ V. sur cette question TOMADINI Aurélie, *La liberté d'entreprendre et la protection de l'environnement : contribution à l'étude des mécanismes de conciliation*, Thèse Dijon, 2014, LGDJ 2016, 691 p.

¹⁶ ZAFRANI Avishag, « Quelle économie pour quel avenir ? Hans Jonas et la responsabilité », *Arch. phil.*, 2016/3, t.79, p.192 : « la sagesse économique développée par Jonas consiste en une réflexion sur notre liberté pour l'extraire de l'emprise conceptuelle économique et technologique de l'auto-cumulation, et de l'auto-régulation, opposées – dans leur propension à déterminer des automatismes – à la liberté en tant que telle. ».

¹⁷ Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, *Stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable 2015-2020*, p.99 et s. Les neuf axes transversaux se déclinent de la façon suivante : développer des territoires durables et résilients ; s'engager dans l'économie circulaire et sobre en carbone ; prévenir et réduire les inégalités environnementales, sociales et territoriales ; inventer de nouveaux modèles économiques et financiers ; accompagner la mutation écologique des activités économiques ; orienter la production de connaissances, la recherche et l'innovation vers la transition écologique ; éduquer, former et sensibiliser pour la transition écologique et le développement durable ; mobiliser les acteurs à toutes les échelles, promouvoir le développement durable aux niveaux européen et international.

¹⁸ V° *infra* pour la signification à donner à une telle responsabilité.

¹⁹ Le terme Société est employée avec une majuscule lorsqu'est désignée la société au sens large comme un ensemble de personnes afin d'en différencier la société au sens juridique de groupement d'associés. V° Centre national de ressources textuelles et lexicales, *Trésor de la langue française informatisé*, [en ligne : www.cnrtl.fr, consulté le 17 décembre 2018], v° *société* : « État de vie collective; mode d'existence caractérisé par la vie en groupe; milieu dans lequel se développent la culture et la civilisation. »

I. MISE EN PERSPECTIVE HISTORIQUE DE LA PLACE DE L'ENTREPRISE DANS LA SOCIÉTÉ

3. En affirmant comme droit de l'Homme et du citoyen la liberté de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui²⁰, la Révolution française acte l'apparition d'un libéralisme économique²¹. Dès le début de cette période, le législateur est amené à réglementer les activités économiques nuisibles pour l'homme et l'environnement. En 1810, un décret, prémisses du droit de l'environnement, réglemente les établissements incommodes ou insalubres²², ancêtres des installations classées pour la protection de l'environnement. La préoccupation environnementale n'est alors pas la principale préoccupation du législateur qui poursuit surtout un objectif d'ordre public, c'est-à-dire assurer la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques. Avec le formidable essor de l'industrie et du machinisme au XIX^{ème} siècle, les techniques d'organisation de la production économique changent, de nouvelles conditions de travail créent un rapport de force inégalitaire entre ouvriers et patrons d'industrie²³. Pour diverses raisons, dont notamment celle de fidéliser et de fixer sur site la main d'œuvre employée, certains patrons – souvent imprégnés d'une approche sociale religieuse²⁴ – décident la mise en place de caisses mutuelles de secours. Par exemple pour parer aux conséquences d'accidents du travail, ce que Frédéric Le Play qualifie de « patronage volontaire »²⁵. L'expression « paternalisme », plus condescendante ou péjorative quant à elle²⁶, ne renvoie pas tout à fait à l'idée de Le Play selon laquelle le patronage relève de liens volontaires et d'entente mutuelle des intéressés. Il indique : « Le régime de patronage se reconnaît surtout à une permanence de rapports maintenue par un ferme sentiment d'intérêts et de devoirs réciproques. »²⁷. La responsabilité sociale et environnementale est ainsi originellement un « concept fondamentalement libéral »²⁸. Selon Norbert Olszak, elle naît dans un « cadre contractuel libéral »²⁹ au sein duquel, ouvriers et patrons recherchent sécurité du travail et continuité de la production. La

²⁰ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789, art. 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. ». Le Conseil constitutionnel se fonde sur cet article 4 de la DDHC pour protéger la liberté d'entreprendre au même rang que les autres libertés garanties par la Constitution : Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation* ; Décision n°2000-439 DC du 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*.

²¹ V. le décret D'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et la loi Le Chapelier du 14 juin 1791 qui met en place la liberté du commerce et de l'industrie.

²² Décret du 15 octobre 1810 et ordonnance du 14 janvier 1815 sur les manufactures et ateliers insalubres, incommodes et dangereux.

²³ V° pour un aperçu OLSZAK Norbert, « La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept fondamentalement libéral », in TUFFERY-ANDRIEU Jeanne-Marie (dir.), *La responsabilité sociale de l'entreprise en Alsace et en Lorraine du XIXe au XXIe siècle*, Presses universitaires de Rennes, coll. Pour une histoire du travail, 2011, pp. 19-27.

²⁴ BAMBERG Anne, « Le renvoi du législateur à la loi civile et la responsabilité sociale de l'Eglise catholique : réflexion autour de l'interprétation du canon 1286 du code de droit canonique », in TUFFERY-ANDRIEU Jeanne-Marie (dir.), op. cit., pp. 99-105 ; DERMANGE François, « La responsabilité sociale de l'entreprise est-elle responsable ? Un point de vue protestant », Ibid, pp. 107-118.

²⁵ LE PLAY Frédéric, *La réforme sociale en France : déduite de l'observation comparée des peuples européens*, Tours, A. Mame et fils, 1874, 5^{ème} éd°, t.2, chap. 50, p. 464 et s. [en ligne : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k2099435?rk=21459:2>, consulté le 26 septembre 2018].

²⁶ OLSZAK Norbert, art. préc., p.21.

²⁷ LE PLAY Frédéric, op. cit., pp. 465-466.

²⁸ OLSZAK Norbert, art. préc., p.21

²⁹ OLSZAK Norbert, art. préc., p.21

responsabilité sociale dans sa forme primaire perd de son importance à compter de la fin du XIX^{ème} siècle du fait de l'intervention du législateur qui réduit ce cadre libéral et contractuel pour imposer progressivement une législation contraignante en matière de conditions de travail et de sécurité sociale³⁰. C'est à partir de la seconde moitié du XX^{ème} siècle qu'émerge véritablement la terminologie de responsabilité sociale de l'entreprise chez les économistes. Milton Friedman indique dans un article resté célèbre que « la responsabilité sociale de l'entreprise est de maximiser son profit »³¹. Néanmoins, les conséquences croissantes des activités économiques sur l'Homme et l'environnement entraînent des réactions de la société civile à partir des années 1970 tandis que la mondialisation a pour effet que des entreprises transnationales violent les droits fondamentaux dans des pays à la législation peu contraignante³². La catastrophe nucléaire de Tchernobyl en 1986 marque un tournant dans la perception de l'environnement par les pouvoirs publics en France, la diplomatie française s'évertue alors à mobiliser les autres Etats sur l'environnement afin d'adopter de nouvelles conventions internationales³³ jusqu'au récent Accord de Paris en 2015.

Les années 2000 marquent le basculement de la terminologie originelle de responsabilité sociale vers celle de responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise. Emboîtant le pas aux Etats et répondant à de nouvelles « normes sociales »³⁴ – soit des normes qui ne relèvent pas de la juridicité³⁵ – les entreprises adoptent des engagements volontaires. En adoptant des instruments de conduite privés³⁶ elles cherchent ainsi à s'obliger spontanément. Le plus souvent, ces comportements sont principalement dictés par des préoccupations économiques -baisse des coûts de production, valorisation du produit- ou des préoccupations dites « réputationnelles » liées à « l'image de marque » de

³⁰ V. par ex. pour les textes les plus emblématiques, la loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes qui octroie une indemnité à la charge du chef d'entreprise au salarié victime d'un accident survenu par le travail en cas d'accident survenu par le fait du travail, JORF, 10 avril 1898, p. 2209 ; lois des 5 avril 1928 et 30 avril 1928 sur les assurances sociales ; ordonnances des 4 et 19 octobre 1945 assurant la création d'un régime général de sécurité sociale.

³¹ HOWARD Bowen, *Social Responsibilities of the Businessman*, University of Iowa Press, 2013 [1953], 298 p. ; FRIEDMAN Milton, « The social responsibility of business is to increase its profits », *The New York Times Magazine*, 13 septembre 1970.

³² Pour un aperçu complet CAILLET Marie-Caroline, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises: étude à partir des entreprises transnationales*, Thèse, Bordeaux, 2014.

³³ V° Commission française du développement durable, *Contribution au débat national sur le développement durable. Eléments de bilan*, Rapport 1996, 239 p., spéc. 7 : « Dans le contexte très sensibilisé de l'Après Tchernobyl, Paris a en effet fait de l'environnement un des atouts de la diplomatie française, en mobilisant des dizaines de pays sur des dossiers fondamentaux pour l'avenir de la planète ». Sont not. cités le protocole de Montréal sur la réduction des gaz CFC responsables de la destruction de la couche d'ozone ; la ratification des conventions de Bonn sur les espèces migratrices et la convention de Berne sur la protection de la faune, de la flore et des habitats ; le protocole de Sofia sur la pollution atmosphérique transfrontière ; la convention de Bâle sur les mouvements transfrontières de déchets ; la convention de Rio.

³⁴ BENISTY Samuel, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Institut Universitaire Varenne, Coll. des Thèses, LGDJ, 2014, 364 p. M. Benisty indique qu'une norme sociale exerce sur l'individu une *contrainte sociale* qui le pousse à respecter un certain devoir de conduite.

³⁵ CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, PUF, Quadriga manuel, 4^{ème} éd°, 2016, p. 305 : « Le droit, les phénomènes juridiques sont inclus dans la masse des phénomènes sociaux. La part de société qui est juridique doit être séparée du reste, qui n'est pas. C'est une exigence rationnelle pour la sociologie: avant de s'aventurer dans le droit, il lui faut se convaincre de la spécificité du juridique – ce que l'on appelle juridicité. ».

³⁶ FARJAT Gérard, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, Litec, 1982, pp. 47- 66.

l'entreprise. L'adoption de codes de conduite privés par les entreprises est essentiellement guidée par la volonté de répondre aux attentes croissantes des consommateurs et des parties prenantes³⁷, désormais plus sensibles aux discours axés sur la responsabilisation de l'entreprise (entreprise responsable, citoyenne, vertueuse,...). Selon le Livre vert de la Commission européenne de 2001, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises* : « un nombre croissant d'entreprises européennes promeuvent leurs stratégies de responsabilité sociale en réponse à une série de pressions sociales, environnementales et économiques. Elles visent à envoyer un signal aux différentes parties prenantes auxquelles elles ont affaire : salariés, actionnaires, investisseurs, consommateurs, pouvoirs publics et ONG »³⁸. Ce phénomène performatif n'est pas nouveau puisqu'avant les années 2000, les entreprises répondaient déjà aux demandes de leurs parties prenantes, préoccupées davantage alors par les tendances de consommation et les discours publicitaires sur l'aspect « qualitatif » ou « prix » des produits. C'est à cette période qu'il est constaté l'apparition de grandes surfaces dites *discounts* ou le développement des marques de distributeurs.

Un phénomène de balancement entre une « politisation de l'entreprise » et une « entreprisation de la politique » analysé par certains auteurs³⁹, renforce l'idée selon laquelle l'entreprise tend à modifier son comportement par l'endossement d'un rôle nouveau qui éloigne celle-ci de sa fonction première de partage de résultats. Prenant conscience de la nécessité de tenir compte de l'apparition de nouvelles « normes sociales »⁴⁰ - non encore traduite dans le droit par le législateur - et des conséquences néfastes qu'elles peuvent induire par leur activité, les entreprises sont pour la plupart surtout sensibles au fait qu'elles peuvent être pointées du doigt en cas de comportement considéré comme « irresponsable » dans une société de l'information⁴¹ et avide de droit⁴².

³⁷ Sur la définition des parties prenantes v. infra et not. pour une approche récente CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », Rev. trav. n°2, 28 février 2018, p. 107

³⁸ Livre vert, COM (2001) 366, spéc. 1

³⁹ V° MUSSO Pierre (dir.), *L'entreprise contre l'Etat ?*, ed° Manucius, Institut d'Etudes Avancées de Nantes, 2017 ; et du même auteur, « Et l'industrie naquit dans les monastères », Le Monde diplomatique, juillet 2017, p.3. ; v. dans le même sens SUPLOT Alain, *La gouvernance par les nombres*, Institut d'études avancées de Nantes, Fayard, 2015, p. 279 et s. à propos de « l'inversion de la hiérarchie public/privé ».

⁴⁰ BENISTY Samuel, op. cit.

⁴¹ Les motivations qui guident une entreprise dans une telle démarche sont nombreuses, néanmoins, le plus souvent ces comportements sont principalement dictés par des préoccupations économiques, baisse des coûts de production, valorisation du produit ou des préoccupations dites « réputationnelles », liées à « l'image de marque » de l'entreprise et à la volonté de répondre aux attentes croissantes des consommateurs, qui sont désormais plus sensibles aux discours axés sur l'entreprise dite « responsable » ou « citoyenne ». Dans les années 2000 la tendance de consommation et les discours publicitaires étaient encore principalement axés sur des produits de « qualité » ou des produits à prix réduits avec l'apparition de grandes surfaces dites *discounts* ou le développement des marques de distributeurs. Les entreprises insistaient par exemple sur leur certification relative au management de la qualité. S'y ajoute aujourd'hui un nouveau critère de choix du consommateur, le bien ou service fabriqué doit être conçu de manière « responsable », « éthique », « respectueux de l'environnement », « durable », « issu de produits recyclés », « local », etc. En répondant à ces nouvelles attentes et en adaptant leurs discours et leur manière de produire, les entreprises savent tirer profit de ces changements de comportement du consommateur. Elles ont pu par exemple réduire le poids des emballages (quantité ou concentration du produit, réduction du format d'emballage, etc.) et par conséquent profiter d'une réduction des coûts de production (emballage, manutention, stockage, transport, consommation de ressources naturelles.). Ainsi, les économistes, les gestionnaires et les dirigeants d'entreprises ont aisément traduit les nouvelles « normes sociales » par de nouvelles méthodes d'organisation, de gestion, de production et d'utilisation de ressources.

De manière pragmatique, l'entreprise tend à faire d'une difficulté une opportunité par l'adoption de règles spontanées⁴³ plus ou moins affichées. Par un intérêt bien compris d'accroissement de compétitivité⁴⁴, les entreprises multiplient les engagements vertueux dans le cadre d'une démarche de responsabilité sociétale et environnementale. À l'aspect qualitatif ou relatif au prix, s'ajoute aujourd'hui un nouveau critère de choix du consommateur, le bien ou service conçu et fabriqué doit l'être de manière « responsable » ou « sobre en ressources ». En répondant à ces nouvelles attentes et en adaptant leurs discours et leur manière de produire, les entreprises tirent profit de ces changements de comportement du consommateur, par exemple en réduisant le poids des emballages, profitant par conséquent d'économies substantielles des coûts de production. Ainsi : « on ne compte plus aujourd'hui les déclarations d'entreprises vantant leurs bonnes pratiques environnementales, affichant avec ferveur une nouvelle conscience écologique, mettant en avant leur adhésion à tel principe directeur ou tel code de conduite, ou encore louant les bienfaits de la conversion au *green business* »⁴⁵. Résultat de la multiplication d'instruments de conduite privés et donc de l'élaboration de règles par des personnes morales de droit privé, le professeur Alain Supiot observe un phénomène d'« inversion de la hiérarchie public/privé », un « mouvement de privatisation du pouvoir normatif »⁴⁶. Véritable droit post-moderne⁴⁷, le phénomène d'élaboration de normes par l'entreprise conduit celle-ci à s'ériger en régulateur de ses propres comportements économiques. Les économistes, les gestionnaires et les dirigeants d'entreprises traduisent aisément les nouvelles « normes sociales » par de nouvelles méthodes d'organisation, de gestion, de production, d'utilisation de ressources, etc. Ces changements de comportements, formalisés par la création de nouvelles normes de conduite élaborées en internes ou inspirés de normes externes, sont communément désignées comme procédant d'une démarche de

⁴² BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd°, p.15 : « Les sociétés modernes semblent avides de droit »

⁴³ V. DEUMIER Pascale, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, p.2, l'auteur relève qu'il n'y a pas de société sans droit spontané, *ubi societas ibi jus spontaneus*, « il est, sinon le premier, du moins primordial. ».

⁴⁴ Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Livre vert, COM (2001) 366, spéc. 21 : « L'expérience acquise avec l'investissement dans des technologies et pratiques commerciales écologiquement responsables suggère qu'en allant plus loin que le respect de la législation, les entreprises pouvaient accroître leur compétitivité. L'application de normes sociales dépassant les obligations juridiques fondamentales, par exemple dans le domaine de la formation, des conditions de travail ou des relations entre la direction et le personnel, peut également avoir des retombées directes sur la productivité. »

⁴⁵ ABADIE Pauline, *Entreprise responsable et environnement. Recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Thèse, Paris I, 2011, p. 11.

⁴⁶ SUPIOT Alain, *La gouvernance par les nombres, Cours au collège de France (2012-2015)*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015, p. 279 : « Au plan juridique, cette inversion du rapport privé/public entraîne un mouvement de *privatisation du pouvoir normatif*. Ce mouvement résulte tout d'abord du rétrécissement de la sphère publique au profit de la sphère privée. La privatisation est alors une conséquence directe de l'attribution à des opérateurs privés de missions jadis assurés par l'Etat. »

⁴⁷ GEA Frédéric, « La responsabilité sociale de l'entreprise sous l'angle de la théorie du droit », in TUFFERY-ANDRIEU Jeanne-Marie (dir.), *La responsabilité sociale de l'entreprise en Alsace et en Lorraine du XIXe au XXIe siècle*, Presses universitaires de Rennes, coll. Pour une histoire du travail, 2011, pp. 45-56 ; CHEVALLIER Jacques, « Vers un droit postmoderne », in CLAM Jean et MARTIN Gilles J. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p.21 ; DE SADELEER Nicolas, « Les approches volontaires en droit de l'environnement, expression d'un droit post-moderne ? », in HERVE-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2008, p.52.

responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise (désignée par l'acronyme RSE).

4. Alors qu'il souhaite simplifier le droit, le législateur perçoit les engagements volontaires avec bienveillance. Cette liberté d'agir pour les entreprises se révèle peu enserrée par le droit⁴⁸. Ces engagements appartiennent, dans leur très grande majorité, au droit souple, c'est-à-dire à un droit dénué de contrainte, dépourvu des voies et des moyens d'action de droit spécifiques qui permettent d'en obtenir la sanction devant un juge⁴⁹. Doit alors être acceptée l'idée que l'émergence d'un ensemble de règles édictées par des entreprises ne constitue pas du non-droit⁵⁰, mais relève bien du droit, même spontané⁵¹. Le débat ne porte plus vraiment sur la question de savoir si ces pratiques relèvent du droit – ce qui est désormais tranché positivement par la doctrine – mais sur celle de savoir comment appréhender cette élévation spontanée du standard du comportement attendu de l'entreprise qui adopte de tels engagements⁵². Or, il faut bien constater qu'en cherchant à se soumettre à une nouvelle forme de responsabilité – qui peut apparaître singulière car dénuée de la contrainte – les entreprises semblent ouvrir « la boîte de Pandore »⁵³ par laquelle le droit, élément premier de réglementation des comportements, s'échappe pour saisir ce phénomène. En réalité, l'état juridique se resserre sur l'entreprise et ses engagements volontaires, en considération de la multiplication de textes relatifs à la protection de l'environnement articulés avec le droit des sociétés. Il peut être relevé l'adoption successive par le législateur français du Code de l'environnement, d'une Charte de l'environnement adossée à la Constitution, d'une législation portant engagement national pour l'environnement, d'une loi sur la transition énergétique pour la croissance verte ainsi qu'une loi sur la reconquête de la biodiversité⁵⁴. Plus particulièrement, c'est la diffusion d'informations extra-financières qui fait désormais l'objet d'un encadrement législatif pour certaines entreprises, d'une part à travers la déclaration de performance extra-financière et d'autre part, à travers l'obligation de respecter un devoir de vigilance

⁴⁸ Centre national de ressources textuelles et lexicales, *Trésor de la langue française informatisé*, [en ligne : www.cnrtl.fr, consulté le 28 septembre 2018], v° *Enserrement*: « Action d'enfermer une personne ou une chose dans des limites étroites, d'exercer sur elle, une pression, de manière à empêcher sa liberté ou son développement ».

⁴⁹ Pour un aperçu général, Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La documentation française, Rapport annuel, 2013, pp.55-56 ; THIBIERGE Catherine, *Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit*, RTD civ., 2003, p.599.

⁵⁰ En réf. à CARBONNIER Jean, « L'hypothèse du non-droit », Archives de philosophie du droit, Sirey, Paris, 1963 ; *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd°, 2001, p. 26.

⁵¹ DEUMIER Pascale, *Le droit spontané*, op. cit.

⁵² TRÉBULLE François-Guy, « Responsabilité sociale des entreprises », répertoire Dalloz, avril 2017, spéc. 37 : « Celui qui revendique haut et fort le fait de se soumettre à des règles particulières en matière sociale et environnementale ne se place plus sous la seule comparaison du bon professionnel normalement diligent mais se situe volontairement à un degré d'exigence renforcé dont il faut tenir compte : la violation des obligations souscrites dans ce cadre devra donc nécessairement être sanctionnée alors même que le droit commun conduirait à l'excuser ». L'auteur renvoie à OSMAN Filali, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », RTD civ. 1995, p. 509, spéc. p. 524 ; et BERGEL Jean-Louis (dir.), *Droit et déontologies professionnelles*, Lib. univ. Aix-en-Provence, 1997, p. 13.

⁵³ ABADIE Pauline, th. préc., p.12

⁵⁴ Ordonnance n°2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de l'environnement ; loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement ; loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement ; loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement ; loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte ; loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

pour les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre⁵⁵. La confrontation entre responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise et le droit est inévitable. Le juriste doit s'efforcer de définir, qualifier et faire entrer ces pratiques dans les canons et catégories connues du droit positif. Il peut aller plus loin et proposer de nouvelles approches en considération des nouveaux objectifs fixés par le législateur, en particulier celui consistant à « faire émerger un nouveau modèle de société qui allie progrès économique, écologique et humain »⁵⁶.

II. CONTEXTUALISATION ET DELIMITATION DU SUJET

5. Alors que la notion de développement durable était jusqu'à présent essentiellement utilisée pour aborder les enjeux entre économie, homme et environnement, la transition écologique intervient comme une notion qui renouvelle les perspectives en sciences de l'environnement⁵⁷. Conçue plus globalement comme une nouvelle « ontologie politique »⁵⁸, la transition écologique se décline en réalité au pluriel à travers l'existence de différentes transitions écologiques⁵⁹ (énergétique, agricole, urbaine, territoriale, solidaire, temporelle, sociétale, culturelle, etc.). Elle est d'abord étudiée par les économistes ou les sociologues et plus rarement par les juristes⁶⁰. Comme le souligne Agathe Van Lang, la faible littérature juridique relative à la transition écologique s'explique par le phénomène spontané de cette transition qui a précédé le droit de telle sorte que : « les textes officiels se revendiquant de la transition écologique semblent prendre le train en marche, avec un minimum de bagage conceptuel, pour tenter de donner un cadre à ces expériences d'innovation sociétale »⁶¹. Aussi, puisque la transition écologique existe dans le champ législatif, il est possible à partir des textes existants, de dresser l'esquisse d'une définition permettant d'appréhender cette transition écologique comme cadre de nos recherches (A). Or, d'après les éléments qui caractérisent la transition écologique, il peut être considéré que celle-ci s'effectue « par le bas », de

⁵⁵ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 116 sur l'élaboration d'un rapport de développement durable; désormais « déclaration de performance extra-financière » suite à l'ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises et son décret d'application n°2017-1265 du 9 août 2017 ; loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

⁵⁶ Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, *Stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable 2015-2020*, adopté en Conseil des ministres le 4 février 2015, p.127, préc.

⁵⁷ BOILLET Nicolas, « Le droit des espaces marins et littoraux : la promesse d'une transition écologique », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.177 : « La transition écologique est une approche renouvelée de la poursuite du développement durable ».

⁵⁸ DESPRÉS Laure, « La transition écologique. Vers un capitalisme régulé ou vers un changement de modèle économique ? », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.110

⁵⁹ Aspect parfaitement mis en lumière dans l'ouvrage collectif dirigé par VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018

⁶⁰ VAN LANG Agathe, « Introduction », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.15 : « une recherche menée à partir des termes *transition* et *transition écologique* fournit une moisson d'articles particulièrement pauvre ».

⁶¹ VAN LANG Agathe, « Introduction », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.16

manière diffuse, plutôt que « par le haut »⁶², c'est-à-dire non pas par l'effet d'une seule volonté politique et législative, mais par un changement des comportements et des pratiques. Les économistes Geels et Loorbach ont théorisé ce phénomène de transition à travers les « niches d'innovations », ou « arènes de la transition »⁶³ qui influent les politiques publiques voire le droit existant. L'approche horizontale constitue pour un auteur « la voie la plus prometteuse » de la transition écologique⁶⁴. Aussi, si l'entreprise est envisagée dans la transition écologique comme l'un des acteurs essentiels et si la transition s'effectue « par le bas »⁶⁵, il s'agit plus particulièrement de s'intéresser aux petites et moyennes entreprises qui semblent les plus à même d'adopter ladite transition par un changement de pratiques et de comportements. Se présente alors la difficulté de l'absence de définition de l'entreprise en droit français car seule la société commerciale apparaît définie à l'article 1832 du Code civil. Toutefois, il est possible de procéder à la délimitation des présentes recherches aux petites et moyennes entreprises (B). Par ailleurs, parce que l'entreprise est un acteur privilégié de cette transition écologique, essentiellement par la prise en considération des effets nés de son activité économique, c'est une nouvelle approche de la RSE – *singulae litterae*⁶⁶ qui doit être entendue comme celui de responsabilité sociétale et environnementale – qu'il convient de mettre en avant, alors que celle-ci prenait appui jusqu'à présent sur des engagements volontaires et la notion de développement durable. Le cas échéant, la signification d'une telle responsabilité sociétale et environnementale mérite d'être précisée au regard de la définition classique de la responsabilité juridique. En effet, le substantif « responsabilité », auquel sont adjoints les adjectifs « sociétale et environnementale », se dissocie de la responsabilité classiquement entendue comme un synonyme de la responsabilité civile, pénale ou administrative, ce qui amène à s'interroger sur la « juridicité »⁶⁷ d'une telle responsabilité (C). À côté de ces nombreuses indéterminations, seul « l'environnement » se révèle véritablement circonscrit par le droit, comme en témoigne la définition qui y est

⁶² COLLART DUTILLEUL François, « Le droit au service des transitions écologiques », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p. 45

⁶³ GEELS Frank, « Technological transitions as evolutionary reconfiguration processes: A multi-level perspective and a case-study », *Research Policy*, n°31, 2002, p.1257 ; LOORBACH Derk, « Transition Management: new mode of governance for sustainable development », *North*, n° 193, avril 2007, spéc. p. 20 et p. 85 : « A transition arena in this respect becomes a protected space or a niche, in which alternative visions, agendas and actions can be developed and emerge. Conceptually, a transition arena then is the 'field' in which actors involved in long-term and sustainable innovation can interact, cooperate, discuss and compete under another logic than dominant in the regular policy or market arena ».

⁶⁴ COLLART DUTILLEUL François, préc.

⁶⁵ COLLART DUTILLEUL François, « Le droit au service des transitions écologiques », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p. 45

⁶⁶ Au sens de sigle, qui constitue une abréviation de *singulae litterae* pour désigner des lettres isolées employées comme signe abrégé.

⁶⁷ CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, préc., p. 305. Comp. avec l'effectivité juridique qui est, selon LASCOUMES Pierre, « Effectivité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit. ». Le droit étant entendu dans cette formule comme la législation élaborée par le législateur et dont l'application est plus ou moins effective.

donné à l'article L110-1, I du Code de l'environnement⁶⁸. C'est à partir de ces considérations qu'il convient de délimiter le champ des recherches envisagées.

A. La transition écologique comme cadre de réflexion

6. L'apparition de la terminologie de transition écologique dans le champ législatif⁶⁹ remonte à la première conférence environnementale des 14 et 15 septembre 2012, au cours de laquelle émerge une « Feuille de route pour la transition écologique »⁷⁰. Cette feuille de route ne vient pas évacuer la notion de développement durable mais en dresse une critique, puisqu'il y est exprimé « la volonté d'engager la transition vers un nouveau modèle de développement durable »⁷¹. Cette formule revient à considérer que « l'ancien » modèle de développement durable s'avère insatisfaisant. C'est en réalité le constat de l'urgence et de la gravité de la situation environnementale⁷² qui motive un changement de politique environnementale et la mise en place d'une nouvelle législation relative à la transition écologique. Selon la feuille de route pour la transition écologique, « le Président de la République, dans son discours d'ouverture, a fixé le cap pour notre pays : faire de la France la nation de l'excellence environnementale. Il a indiqué clairement la voie à suivre pour engager la France dans la transition énergétique, fondée sur la sobriété et l'efficacité, ainsi que sur le développement des énergies renouvelables, et plus globalement dans la transition écologique »⁷³. Le premier objectif affiché réside ainsi dans la poursuite d'une sobriété énergétique⁷⁴. Ces travaux aboutissent, outre la création d'un Conseil national pour la transition écologique⁷⁵, à la mise en place d'une Stratégie nationale pour la transition écologique adoptée en Conseil des ministres le 4 février 2015. Celle-ci définit la transition écologique comme « l'évolution vers un nouveau modèle économique et social,

⁶⁸ En réalité ce n'est pas l'environnement lui-même qui est défini mais les éléments qui le compose et énumérés à l'article L110-1 du Code de l'environnement. Font ainsi partie du patrimoine commun de la nation : espaces, ressources, milieux naturels terrestres et marins, sites, paysages diurnes et nocturnes, qualité de l'air, êtres vivants, biodiversité...

⁶⁹ En dehors du domaine législatif, des études existent déjà au sein du courant des « transitions vers la durabilité » depuis les années 1990 selon BOLDRINI Jean-Claude, « Transition sociotechnique », in COLLART DUTILLEUL François, PIRONON Valérie, VAN LANG Agathe (dir.), *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Institut Universitaire Varenne, coll. Transition & Justice, 2018, p.820. Par ailleurs Agathe Van Lang (« Introduction », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.14) attribue la paternité de l'expression transition écologique à l'anglais HOPKINS Rob, *Manuel de transition. De la dépendance au pétrole à la résilience locale*, Montréal, éd° Écosociété, 2010.

⁷⁰ Conférence environnementale pour la transition écologique, Paris, Palais d'Inéa, 14 et 15 septembre 2012, v° *Feuille de route pour la transition écologique*, septembre 2012, [en ligne, <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/conference-environnementale#e3>], consulté le 18 octobre 2018], 24 p.

⁷¹ *Ibid.*, p. 2

⁷² Un rapport parlementaire de 2013 désigne la transition écologique comme « l'impérieuse nécessité de notre temps, comme la condition à satisfaire pour léguer à nos enfants une France préservée dans un monde viable. Le Gouvernement a pris la mesure de l'urgence comme il a compris la nécessité d'un consensus national fort pour une transition réussie. » : CHANTEGUET Jean-Paul (présenté par), *Contribution au débat sur le volet énergétique de la transition écologique*, Assemblée nationale, Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, rapport d'information n°1122, 11 juin 2013, v° *introduction*.

⁷³ Feuille de route pour la transition écologique, préc., p.2.

⁷⁴ V° la Feuille de route pour la transition écologique et le rapport d'information de CHANTEGUET Jean-Paul, préc.

⁷⁵ Créé par la loi n°2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement, art. 13. Codifié aux art. L133-1 à L133-4 du code de l'environnement.

un modèle de développement durable qui renouvelle nos façons de consommer, de produire, de travailler, de vivre ensemble pour répondre aux grands enjeux environnementaux, ceux du changement climatique, de la rareté des ressources, de la perte accélérée de la biodiversité et de la multiplication des risques sanitaires environnementaux.»⁷⁶. La traduction législative de cette stratégie avant tout politique est donnée à travers la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte⁷⁷, puis par la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité.

7. Aucune définition de la transition écologique n'est donnée dans le Code de l'environnement. Toutefois, ce code donne une définition s'en approchant à travers la « transition vers une économie circulaire »⁷⁸. Selon l'article L110-1-1 du même code, elle vise à « dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires »⁷⁹. Dans le choix du terme transition, du latin *trans-ire* qui signifie aller au-delà⁸⁰, apparaît surtout l'idée de passer d'un modèle à un autre, du déséquilibre à l'équilibre entre économie et environnement, de poursuivre « une logique différente de l'économie traditionnelle, que d'aucuns qualifieront de linéaire et de productiviste »⁸¹. Plus généralement, la transition écologique « traduit l'adoption d'un système de production, distribution et consommation plus respectueux de l'environnement, plus sobre en ressources naturelles épuisables – singulièrement en énergies fossiles – et partant plus résilient et durable »⁸².
8. Lorsque les deux termes de « transition écologique » sont associés, leur combinaison ne soulève guère de débats tant cette combinaison entre en résonance avec l'idée d'anthropocène⁸³. S'agissant toutefois du terme « transition » pris isolément, celui-ci pose

⁷⁶ Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, *Stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable 2015-2020*, adopté en Conseil des ministres le 4 février 2015, p.127

⁷⁷ Il y a lieu de noter le changement de terminologie entre la stratégie politique de transition écologique et le nom de cette loi.

⁷⁸ Cinquième engagement au titre de l'objectif de développement durable fixé par l'article L110-1, III du Code de l'environnement.

⁷⁹ Rapp. du rapport CHANTEGUET, préc., : « La transition écologique, en privilégiant la sobriété énergétique, le respect de l'environnement et l'économie circulaire, poursuit une logique différente de l'économie traditionnelle, que d'aucuns qualifieront de linéaire et de productiviste. Il est prévisible que les premiers temps de l'évolution verront entrer en conflit ces deux logiques, dans les faits comme dans les positions des parlementaires. Cette confrontation sera parfaitement légitime : il ne s'agit pas de mettre à bas le monde ancien, mais de le faire évoluer progressivement ; il s'agit d'organiser une transition et non de fomenter une révolution. »

⁸⁰ VAN LANG Agathe, « Introduction », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.14

⁸¹ CHANTEGUET Jean-Paul, rapport préc.

⁸² PIRONON Valérie, « Sources du droit », in COLLART DUTILLEUL François, PIRONON Valérie, VAN LANG Agathe (dir.), *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Institut Universitaire Varenne, coll. Transition & Justice, 2018, p.763

⁸³ VAN LANG Agathe, « Introduction », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.17 : « L'expression désigne une nouvelle époque géologique, caractérisée par l'empreinte que les activités humaines laissent sur la planète, dont les aspects les plus visibles sont la modification de la composition de l'atmosphère par les gaz à effet de serre et l'effondrement de la biodiversité, lui-même accéléré par le changement climatique.»

davantage de difficultés car il peut être considéré comme un euphémisme au regard de l'urgence de la situation. C'est alors l'envergure de cette transition qui est soulevée dont il est indiqué qu'elle est « un cheminement n'excluant pas les ruptures »⁸⁴. Le terme de transition peut alors paraître inadapté si l'on considère que la réalité des faits nécessite un changement plus radical en profondeur. En ce sens, François-Guy Trébulle observe que « d'aucuns considèrent qu'un terme plus fort pourrait être préférable tant l'heure semble davantage appeler des ruptures, des changements, des mutations – y compris parfois brutales – que des transitions que l'on suppose souples et négociées ». L'auteur admet toutefois que l'« on peut comprendre le parti pris retenu avec un terme qui illustre le *continuum* entre ce qui a déjà été fait et ce qui reste à faire »⁸⁵. Le danger consiste alors à tomber dans les mêmes écueils que la notion de développement durable en ce qu'elle put initialement paraître prometteuse puis décevante par la suite en raison de son inhérente contradiction entre développement et durabilité. En réalité, il faut reconnaître que la transition écologique connaît les mêmes difficultés que celle du développement durable⁸⁶. Elle s'en distingue néanmoins par sa dimension plurielle et holistique.

9. La transition écologique peut être définie au pluriel à travers l'existence de différentes transitions écologiques (transition énergétique, agricole, alimentaire, etc)⁸⁷ - ce qui permet de « souligner la multiplicité des approches interdisciplinaires mais aussi au sein d'une même discipline⁸⁸ ». Toutefois, il ne s'agit pas d'après Agathe Van Lang, d'exclure la recherche de singularité de la transition écologique, cette dernière peut alors être définie comme « la démarche globale, abstraite, fusionnant toutes les conceptions et expérimentations »⁸⁹. Cette dimension holistique de la transition écologique comprend assurément un changement de paradigme économique⁹⁰, mais elle implique également pour y parvenir, d'envisager une « transition juridique »⁹¹. Pour Valérie Pironon, il s'agit de modifier l'esprit des lois selon lequel « l'exercice des libertés économiques reste le

⁸⁴ VAN LANG Agathe, « Introduction », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.16

⁸⁵ TRÉBULLE François-Guy, « Vers une transition positive ? », *Environnement*, nov. 2013, repère 10

⁸⁶ Comme le relève Agathe Van Lang, la transition écologique navigue entre deux approches : une approche « positive » ou « utopiste » (VAN LANG Agathe, « Introduction », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.16-17) à travers une transition perçue comme pouvant se faire par un processus linéaire et « indolore » (*ibid.*) ; à l'opposé, la transition peut être appréhendée de façon négative ou critique en ce qu'elle masque l'avènement de l'ère d'anthropocène, conçue comme un point de non-retour elle s'éloigne de l'idée que la transition puisse être douce et permette de revenir à un état antérieur (BONNEUIL Christophe, FRESSOZ Jean-Baptiste, *L'évènement Anthropocène. La Terre, l'histoire et nous*, Paris, éd° du Seuil, 2013, p.39).

⁸⁷ COLLART DUTILLEUL François, « Le droit au service des transitions écologiques », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p. 43

⁸⁸ VAN LANG Agathe, « Introduction », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.12

⁸⁹ *Ibid.*, p.12.

⁹⁰ V° en ce sens les notions d'« économie positive » : ATTALI Jacques (groupe de réflexion présidé par), *Pour une économie positive*, Fayard, La documentation française, Paris, 2013 ; de « bioéconomie » LORMETEAU Blanche, « Bioéconomie », in COLLART DUTILLEUL François, PIRONON Valérie, VAN LANG Agathe (dir.), *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Institut Universitaire Varenne, coll. Transition & Justice, 2018, p154.

⁹¹ V° COLLART DUTILLEUL François, « Le droit au service des transitions écologiques », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p. 43

principe, le respect de l'environnement – toujours conçu comme une ressource à gérer – l'exception »⁹². La transition écologique est ainsi conçue comme un « objectif à atteindre », des « étapes à franchir », des « instruments à mobiliser pour passer d'un modèle " non soutenable " à un nouvel ordre permettant d'ajuster l'exploitation des ressources et la satisfaction des besoins sociaux et, au-delà de conjuguer respect de la nature et bien-être humain »⁹³. Au-delà de ces louables affirmations, il ne s'agit pas de tomber dans les écueils similaires à un développement durable tellement partagé qu'il abouti à être vidé de son essence originelle.

10. Pour échapper au piège d'un consensus mou sur la nécessité d'une transition écologique, il convient donc de délimiter au minimum l'horizon de cette transition écologique. Caractériser le point d'arrivée de la transition écologique s'avère nécessaire pour ne pas « transitionner » indéfiniment. Toutefois, cette perspective dépend de l'approche adoptée. Deux approches fonctionnelles de la transition écologique peuvent être dégagées⁹⁴. L'une est restreinte, limitée ou *a minima* et correspond à la poursuite d'une croissance verte qui réitère l'ambivalence inhérente au développement durable entre croissance économique et protection de l'environnement. L'autre est large ou holistique et donne une vision étendue – qualifiée d'économie écologique et souvent d'utopique⁹⁵ – de la transition écologique par laquelle l'ensemble des transitions est pris en considération et articulé les unes entre les autres, notamment à travers les idées de réduction des inégalités socio-environnementales, de solidarité écologique, d'applications à l'échelle territoriale, etc. La transition écologique peut alors désigner la convergence de plusieurs transitions existantes dans la pratique et articulée en quatre axes essentiels qui peuvent s'appuyer sur un raisonnement *ratione materiae, loci, temporis* et *personae*⁹⁶. La transition écologique est ainsi à la fois : *matérielle* (baisse de la consommation, efficacité énergétique), *spatiale* (échelle territoriale, groupement d'utilisateurs, changement par le bas, internalisation des effets nés de l'activité économique, ...) ; *temporelle* (prise en compte du temps long, lutte contre l'obsolescence programmée, durabilité des produits...) et *comportementale* ou altruiste (solidarité écologique, générations futures...). La vision restreinte de la transition écologique se limitant à une dimension matérielle.

11. Dans la vision holistique, l'aspiration à un « nouveau modèle de société » dessiné par la transition écologique ne peut alors « advenir dans l'ignorance du Droit »⁹⁷. À s'en tenir aux textes relatifs à l'objectif de transition écologique, une idée essentielle peut être

⁹² PIRONON Valérie, « Sources du droit », préc., p.764

⁹³ COLLART DUTILLEUL François, PIRONON Valérie, VAN LANG Agathe (dir.), *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Institut Universitaire Varenne, coll. Transition & Justice, 2018, 4ème de couverture.

⁹⁴ On attribuera plus précisément ces deux approches à DESPRÉS Laure, « La transition écologique. Vers un capitalisme régulé ou vers un changement de modèle économique ? », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.99. Vision mais également partagées par les autres auteurs de cet ouvrage collectif.

⁹⁵ *Ibid.*, p.99

⁹⁶ Au sens large de raisonnement rationnel fondé sur la substance, le lieu, le temps et les personnes.

⁹⁷ VAN LANG Agathe, « Introduction », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.13

dégagée comme moyen juridique privilégié d'y parvenir, celle de la sobriété⁹⁸. L'un des acteurs essentiels désigné par la stratégie nationale pour la transition écologique vers un développement durable 2015-2020 est l'entreprise et notamment la petite et moyenne entreprise⁹⁹. Or, si l'on considère que la mise en application de la sobriété énoncée dans le cadre de la transition écologique se fait « par le bas », dans « l'arène de la transition »¹⁰⁰, ces entreprises par leur taille ou leur ancrage territorial semblent en être les acteurs privilégiés.

B. La petite ou moyenne entreprise comme acteur pertinent de la transition écologique

12. Le champ d'étude vise de manière générale à saisir la personne exerçant une activité économique en sa qualité de « bioacteur ». Selon le néologisme exposé par Malo Depincé, « le bioacteur est alors celui qui peut agir sur son environnement, en bien ou en mal (...). L'ambiguïté qui pèse sur le terme bioacteur permet d'insister sur la propre ambiguïté de l'homme quant à son rapport à l'environnement: il en dépend et dans le même temps il le détériore. Il peut également agir pour le protéger »¹⁰¹. L'entreprise est assurément un bioacteur, sinon le premier. Cependant, l'entreprise n'est pas définie par le droit français¹⁰² alors que l'Union européenne en donne une définition¹⁰³. Plus exactement, le droit français ne reconnaît une définition de l'entreprise que pour les besoins de l'analyse statistique et économique à travers la notion d'« unité légale »¹⁰⁴ immatriculée au répertoire Sirene¹⁰⁵.

⁹⁸ Ainsi que l'indique la définition donnée de la « croissance verte » par l'article 1^{er} de la loi n°2015-992 du 17 août 2015, il s'agit pour effectuer la transition écologique, d'adopter un « mode de développement économique respectueux de l'environnement, à la fois sobre et efficace en énergie et en consommation de ressources et de carbone, socialement inclusif, soutenant le potentiel d'innovation et garant de la compétitivité des entreprises » (article codifié à l'article L100-1 du Code de l'énergie). De façon similaire, la définition de l'économie circulaire figurant à l'article L110-1-1 du code de l'environnement prévoit qu'elle s'effectue par le biais d'une « consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires »

⁹⁹ Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, Stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable 2015-2020, adopté en Conseil des ministres le 4 février 2015, p.75

¹⁰⁰ V. *supra* COLLART DUTILLEUL François, « Le droit au service des transitions écologiques », préc. ; GEELS Frank, « Technological transitions as evolutionary reconfiguration processes: A multi-level perspective and a case-study », préc.

¹⁰¹ DEPINCÉ Malo, « D'un droit privé de l'environnement », RLDC, juill.-août 2008, n°51, étude, pp.65-78, spéc. p.66

¹⁰² HILAIRE Jean, « Une histoire du concept d'entreprise », Arch. phil. droit, 41, 1997, pp.341-353 : « Il manque en droit français une définition très générale de l'entreprise, valable en toute circonstance ou dans tous les cas. Au contraire l'entreprise y apparaît assez flou et, en quelque sorte, à géométrie variable suivant qu'elle est considérée au regard de telle ou telle branche du droit. »

¹⁰³ CJCE, 23 avril 1991, aff. C41-90, *Höfner et Elser c/ Macrotron GmbH*, Rec. CJCE 1991, p. I, point 21 : « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ». La notion d'entreprise s'applique dans cette affaire à un office public pour l'emploi exerçant des activités de placement, entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique générale qui doit par conséquent obéir aux règles de concurrence ; v. également Commission européenne, recommandation du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, 2003/361/CE, art.1 : « Est considérée comme entreprise toute entité, indépendamment de sa forme juridique, exerçant une activité économique. Sont notamment considérées comme telles les entités exerçant une activité artisanale ou d'autres activités à titre individuel ou familial, les sociétés de personnes ou les associations qui exercent régulièrement une activité économique.»

¹⁰⁴ V° Observatoire des PME, *PME 2017. Rapport annuel sur l'évolution des PME*, BPI France, mars 2018, 13^{ème} éd°, p.146. Il est précisé que les entreprises de taille intermédiaire (ETI) qui emploient de 250 à 4 999 salariés n'appartiennent pas à la catégorie des PME. Les grandes entreprises (GE) emploient plus de 5 000 salariés.

Selon la définition retenue par le décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008 en application de la loi LME¹⁰⁶, l'entreprise est « la plus petite combinaison d'unités légales qui constitue une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes»¹⁰⁷. En dehors de l'approche statistique et sous la forme d'une définition juridique, l'entreprise n'existe pas et ce, malgré le fait qu'elle soit visée par de nombreux textes¹⁰⁸. L'entreprise prend véritablement forme juridique à travers le contrat de société commerciale, tel que défini à l'article 1832 du Code civil¹⁰⁹. Cette absence de définition de l'entreprise ne doit cependant pas occulter la responsabilité des effets nés de l'exercice d'une activité économique. Il s'agit surtout, dans les présentes recherches, de confronter entreprise et société commerciale pour en proposer un angle renouvelé. En effet, il semble que les pratiques de RSE, les formes sociétaires originales d'exercice d'activité économique - notamment dans le secteur de l'économie sociale et solidaire ou inspirés de modèles sociétaires étranger comme la *benefit corporation* - participent d'une modification du modèle classique de la société commerciale uniquement tournée vers la poursuite d'un but lucratif. En témoigne le débat sur la définition de l'entreprise dont le législateur s'est emparé avec la loi Pacte du 22 mai 2019¹¹⁰. Un rapport précédent la préparation du projet de loi Pacte définit l'entreprise comme un « objet d'intérêt collectif »¹¹¹, expression qui renvoie à la doctrine de « l'intérêt de l'entreprise »¹¹², paroxysme de l'intérêt social de la société commerciale le plus large et incluant les tiers intéressés, aussi appelées parties prenantes¹¹³. Ces dernières se distinguent des « parties constituantes »¹¹⁴, ce qui permet de

¹⁰⁵ Système informatique pour le répertoire des entreprises et des établissements, un identifiant à neuf chiffres est attribué à la création de l'entreprise et appelé numéro Siren.

¹⁰⁶ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

¹⁰⁷ Décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique, art. 1. Le décret reprend la distinction opérée par l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, entre quatre catégories d'entreprises: les microentreprises, les petites et moyennes entreprises, les entreprises de taille intermédiaire et les grandes entreprises.

¹⁰⁸ Par ex. dans la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, il peut être recensé 34 occurrences ; le projet de loi n°1088 du 19 juin 2018 relatif à la croissance et à la transformation des entreprises contenait, quant à lui, 386 fois le terme « entreprise » contre 198 fois le terme « société », exposé des motifs de la loi y compris. La loi Pacte du n°2019-486 du 22 mai 2019 contient finalement 515 instances du terme « entreprise » et 331 occurrences pour « société ».

¹⁰⁹ Art. 1832 c. civ. : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes.».

¹¹⁰ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relatif à la croissance et à la transformation des entreprises ; Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, n°1088, déposé le 19 juin 2018 à l'Assemblée nationale ; JANUEL Pierre, « Projet de loi PACTE : revue d'un catalogue législatif », Dalloz actualité, 21 juin 2018.

¹¹¹ NOTAT Nicole, SENARD Jean-Dominique, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », Rapport remis aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances, et du travail, le 9 mars 2018, Obs. DE RAVEL D'ESCLAPON Thibault, « Rapport Notat-Senard : l'entreprise, « objet d'intérêt collectif », Dalloz actualité, 13 mars 2018.

¹¹² CHAMPAUD Claude, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise. Sortir de la crise du financialisme*, Larcier, 2011 ; et les observations critiques sur cet ouvrage de ROBE Jean-Philippe, « L'au-delà de la doctrine de l'entreprise », Cahiers de droit de l'entreprise n°2, mars 2013, dossier 8, étude

¹¹³ V. not. CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », Rev. trav. n°2, 28 février 2018, p. 107, l'auteur y distingue les parties constituantes et les parties prenantes ; HAMELIN Jean-François., « Gérer la société en prenant en compte les intérêts des tiers... ou le flou artistique », Droit des contrats, 5 février 2018, n°2, p.1 ; PAILLUSSEAU Jean, « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », D., 2018, p. 1395 ; SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », D., 2017, p. 2380.

distinguer les personnes relevant de l'ordre interne et de l'ordre externe de l'entreprise. Cette vision pluraliste de l'entreprise¹¹⁵ est de plus en plus présente dans la littérature et soulève, outre la question des parties prenantes, l'hypothèse des devoirs de l'entreprise¹¹⁶. Une réflexion sur une fonction sociale de l'entreprise peut alors être envisagée, à travers les réflexions sur l'élargissement de son objet et de son intérêt social aux enjeux sociaux et environnementaux, et donc vers des activités qui ne soient plus seulement lucratives¹¹⁷. Aussi, il sera nécessaire de procéder à l'étude de la notion d'entreprise et de la confronter avec celle de société commerciale pour identifier les leviers juridiques qui amènent à penser l'entreprise autrement.

13. Envisager les petites et moyennes entreprises (PME) en transition écologique apparaît pertinent au regard du phénomène horizontal ou diffus qui la caractérise. En effet, la PME est amenée à répondre plus directement – « par le bas »¹¹⁸ – aux nouvelles normes sociales propres à la transition écologique. Ces petites ou moyennes entreprises ayant des activités inexistantes ou limitées à l'étranger, apparaissent davantage exposées que les grandes entreprises aux nouvelles normes sociales, discours politiques, attentes de l'économie nationale et territoriale et objectifs fixés par le législateur. C'est donc la conception même de la transition écologique qui justifie l'adoption d'un point de vue à partir des PME. Celles-ci illustrent l'origine d'une transition écologique s'effectuant par la pratique, « par le bas » ou au sein de « l'arène de la transition », amenant le politique et le législateur à appréhender la transition écologique comme notion générique qui permet de regrouper et désigner les différentes transitions écologiques pratiquées dans les faits¹¹⁹. Ancrées dans leurs territoires, les PME répondent à la notion d'économie circulaire et plus précisément à celle qui en constitue son application, celle d'écologie industrielle et territoriale telle qu'inscrite à l'article L110-1 du code de l'environnement. Elles vont par exemple mettre l'accent sur l'implantation locale de l'activité économique, parfois facteur essentiel de pérennité pour se démarquer par rapport aux activités concurrentes. Il faut par ailleurs

¹¹⁴ CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », art. préc., l'auteur opère une distinction entre « parties prenantes » et « parties constituantes » pour écarter la confusion héritée du jeu de mot anglo-saxon entre *stakeholders* et *shareholders* qui amène à considérer d'un côté les actionnaires, de l'autre toutes les « parties prenantes ». Selon l'auteur cette *summa divisio* n'est pas satisfaisante car en général, la distinction n'est pas faite entre les parties prenantes qui méritent une protection légale et les autres, la distinction amène à confondre parties prenantes et parties constituantes. Pour Christophe Clerc : « Il est important de bien distinguer entre les parties qui *subissent le risque de l'activité de l'entreprise* et celles qui *investissent dans l'entreprise et en subissent le risque*. La première catégorie, puisqu'elle subit un risque qu'elle ne peut jamais complètement contrôler, mérite une forme de protection juridique. La seconde catégorie, en risque elle aussi, mérite également une protection, mais elle a une caractéristique supplémentaire : elle a investi dans l'entreprise. Cela concerne l'actionnaire, qui investit son argent, et le salarié, qui investit ses compétences, son temps, sa vie. Elle doit donc faire l'objet d'un traitement particulier. Cette distinction ne crée ainsi pas une hiérarchie entre les deux catégories mais elle permet de donner des solutions différentes à des problèmes distincts. ».

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ FREROT Antoine (entretien avec), « Revoir les droits et les devoirs des parties prenantes », Revue d'économie financière, Association d'économie financière, 1^{er} juin 2018, pp. 21-30. Antoine Frerot a co-présidé avec Daniel Hurstel la commission « contrat de société » commandée par le Club des juristes en préparation du projet de loi Pacte en juillet 2017.

¹¹⁷ SEGRESTIN Blanche, LEVILLAIN Kevin, VERNAC Stéphane, HATCHUEL Armand, *La Société à Objet Social Étendu. Un nouveau statut pour l'entreprise*, Presses des Mines, coll. Economie et gestion, 2015, 126 p.

¹¹⁸ COLLART DUTILLEUL François, « Le droit au service des transitions écologiques », préc.

¹¹⁹ V^o VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, préc.

souligner que les PME représentent environ 99 % du nombre d'entreprises pour plus de la moitié des emplois salariés en France¹²⁰. Ce sont également les PME qui constituent les entreprises les plus innovantes¹²¹ ainsi que celles étant le moins susceptibles d'être sous le contrôle d'un groupe étranger¹²². Les PME sont en ce sens les plus sujettes à modifier facilement leur comportement car ancrées localement¹²³.

14. À l'inverse des PME, les entreprises transnationales (ETN) sont des lieux de pouvoir aux intérêts divergents qui semblent limiter la mise en place d'une transition écologique en leur sein. Surtout, la grande complexité du système juridique international rend difficile la recherche de la responsabilité des entreprises transnationales si bien qu'elles ne sont guères incitées, au-delà de la *compliance*, à se responsabiliser davantage par des engagements volontaires¹²⁴. Il faut également remarquer que dans la littérature juridique, la RSE est appréhendée le plus souvent à travers l'étude des entreprises transnationales. Il nous semble donc plus judicieux de bâtir notre réflexion à partir des petites et moyennes sociétés commerciales *largo sensu*¹²⁵, soit : les micros, petites et moyennes entreprises, c'est-à-dire les entreprises qui n'excèdent pas 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43

¹²⁰ INSEE, *Tableaux de l'économie française, éd° 2018, 27 février 2018, v° système productif, catégories d'entreprises.*

¹²¹ Observatoire des PME, *PME 2017. Rapport annuel sur l'évolution des PME*, BPI France, mars 2018, 13^{ème} éd°, p.10.

¹²² Indépendante au sens où elles ne sont pas sous le contrôle d'un groupe étranger: INSEE, *Tableaux de l'économie française, éd° 2018, 27 février 2018, v° système productif, catégories d'entreprises.*

¹²³ Rapp. DESPRÉS Laure, « La transition écologique. Vers un capitalisme régulé ou vers un changement de modèle économique ? », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.107

¹²⁴ Première difficulté, la responsabilité de ces ETN au niveau mondial représente un véritable obstacle. Selon le professeur Mireille Delmas-Marty, « le principe de souveraineté semble contredire l'impératif de solidarité internationale », alors que les ETN « ne peuvent être poursuivies ni devant les juridictions des droits de l'homme, ni devant l'OMC, ni devant la CPI qui ne juge que les personnes physiques, leur responsabilité se limite pour l'essentiel aux juridictions nationales » (DELMAS-MARTY Mireille, « Anticiper et responsabiliser : La métamorphose du droit face aux risques incertains », in MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René de, *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?*, éd. A. Pédone, 2016, pp. 26-27 ; l'affaire *Chevron/Texaco* est révélatrice de la difficulté d'obtenir la condamnation de telles ETN, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye a par décision du 30 août 2018 demandé à l'Equateur d'annuler la décision condamnant l'entreprise à verser 9,5 milliards de dollars pour la pollution engendrée.). Seconde difficulté, par définition la responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise est originellement conçue comme visant à améliorer le droit positif existant, ainsi que le montre l'approche historique de la responsabilité sociale et le patronage volontaire décrit par Frédéric Le Play. En ce sens, la Commission européenne indique qu'« être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables mais aussi aller au-delà et "investir" davantage dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes » (Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Livre vert, COM (2001) 366, spéc. 21.). Or, le plus souvent, l'approche de la responsabilité sociétale et environnementale des ETN revient à s'assurer, au minimum du respect de la législation du pays d'accueil, au mieux, du respect des droits de l'Homme et du droit français. En réalité, le contrôle du respect du droit ne relève pas véritablement d'une amélioration du niveau de responsabilité de l'entreprise. Une telle approche appartient davantage aux sciences de gestion et plus spécialement des missions du dirigeant social, de prévenir les risques juridiques auxquels peut être exposée l'entreprise lorsqu'elle ne respecte pas la législation qui lui est applicable. En ce sens, la RSE se distingue de la *compliance* qui consiste à adopter des engagements pour s'assurer de la conformité des pratiques au droit (THIBOUT Oriane, « La responsabilité sociale des entreprises : un système normatif hybride », RJE 2016/2, vol. 41, p. 208 : « La notion de *compliance*, trouvant un écho particulier en matière de RSE, suppose un engagement au respect de la légalité par les entreprises auteurs de différentes formes de chartes éthiques. »).

¹²⁵ Il n'est toutefois pas écarté que les ETN participent de la mise en oeuvre de la transition écologique et les présents travaux peuvent, le cas échéant, leur être appliqués.

millions¹²⁶ ; sans oublier les entreprises de taille intermédiaire (ETI)¹²⁷ de taille modeste qui dépassent les 250 salariés et qui peuvent également être incluses dans une approche large de la notion de PME, soit essentiellement des entreprises de taille régionale ou limitant principalement leurs activités à l'échelon national. Aussi, lorsque sont additionnées les micro-entreprises, les PME et les ETI, elles représentent environ 70 % de la valeur ajoutée créée en 2015¹²⁸. En outre, s'attacher à l'étude de la RSE à l'échelle des PME permet de s'inscrire dans l'objectif politique de l'Union européenne de favoriser les dites PME¹²⁹. En droit des sociétés sont donc essentiellement visées les sociétés à responsabilité limitée (SARL), les sociétés anonymes (SA) et les sociétés par actions simplifiées (SAS)¹³⁰. La petite comme la moyenne entreprise doivent alors être envisagées comme des « bioacteurs »¹³¹ pertinents pour une mise en œuvre de la transition écologique. Celle-ci trouvant son expression au sein des entreprises à travers la notion de responsabilité sociétale et environnementale, il convient d'en préciser son sens au regard de l'articulation qui peut en être faite avec la transition écologique.

¹²⁶ Commission européenne, recommandation n°2003/361/CE: « La catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros. 2. Dans la catégorie des PME, une petite entreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros. 3. Dans la catégorie des PME, une microentreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros. » ; v. également l'article 51 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et son décret d'application n°2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique.

¹²⁷ Les entreprises de taille intermédiaire (ETI) constituent une catégorie d'entreprises intermédiaire entre les PME et les grandes entreprises, selon le décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique, est considéré comme une entreprise de taille intermédiaire, l'entreprise qui a entre 250 et 4999 salariés, et soit un chiffre d'affaires n'excédant pas 1,5 milliards d'euros soit un total de bilan n'excédant pas 2 milliards d'euros. Peuvent ainsi être considérées comme des ETI les entreprises de taille régionale ou se limitant essentiellement au marché national.

¹²⁸ INSEE, *Tableaux de l'économie française*, éd° 2018, 27 février 2018, v° système productif, catégories d'entreprises, p.149. L'INSEE définit la valeur ajoutée comme le solde du compte de production. Elle est égale à la valeur de la production diminuée de la consommation intermédiaire (valeur des biens et services transformés ou entièrement consommés au cours du processus de production. L'usure des actifs fixes mis en œuvre n'est pas prise en compte ; elle est enregistrée dans la consommation de capital fixe).

¹²⁹ Règlement UE n°1287/2013 du 11 décembre 2013 établissant un programme pour la compétitivité des entreprises et des petites et moyennes entreprises, spéc. (11) : « la Commission estime que les mesures encourageant le passage à une économie verte, telles que l'utilisation rationnelle des ressources, l'efficacité énergétique et les politiques en matière de changement climatique, pourraient déboucher sur la création de plus de cinq millions d'emplois à l'horizon 2020, en particulier dans le secteur des PME.». L'annexe au règlement prévoit comme but à long terme l'augmentation de la proportion de PME de l'Union fabriquant des produits «verts», c'est-à-dire des produits respectueux de l'environnement ; ou encore l'augmentation de la proportion de PME de l'Union qui prévoient de mener des actions supplémentaires pour être efficaces dans l'utilisation des ressources (ce qui peut concerner l'énergie, les matériaux ou l'eau, le recyclage, etc.).

¹³⁰ INSEE, *Tableaux de l'économie française*, éd° 2018, 27 février 2018, v° système productif, catégories d'entreprises, p.144 : « en 2016, le succès des sociétés par actions simplifiées (SAS) se poursuit : plus d'une société sur deux nouvellement créées est une société par actions simplifiée. Elle est pour la première fois majoritaire parmi les créations de sociétés. Les SAS représentent en effet 56 % des créations de sociétés en 2016, après 48 % en 2015. Cette hausse est principalement due aux SAS à associé unique ou uni- personnelles. À l'opposé, la part des sociétés à responsabilité limitée (SARL) continue de décroître : en 2016, elles ne constituent plus que 40 % des créations de sociétés, après 48 % en 2015. »

¹³¹ DEPINCÉ Malo, « D'un droit privé de l'environnement », préc.

C. Une responsabilité sociétale et environnementale à réinterroger au prisme de la transition écologique

15. Dans son acception la plus communément admise et historiquement la plus ancienne, la RSE renvoie à la dénomination de « responsabilité sociale de l'entreprise » ou dans sa version anglaise, *Corporate social responsibility*¹³². Elle est définie comme « l'intégration volontaire des préoccupations du développement durable au sein de l'entreprise dans ses activités commerciales et avec ses parties prenantes »¹³³. Dans cette définition donnée par la Commission européenne, la RSE apparaît donc comme la déclinaison à l'échelle de l'entreprise d'un « développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs »¹³⁴. Une autre définition - qui ne reprend pas la notion de développement durable - désigne la responsabilité sociale des entreprises comme la « responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »¹³⁵. Dans cette dernière définition, l'acception de responsabilité « sociale » de l'entreprise, peut apparaître restrictive et laisse à penser qu'elle ne concerne que la branche du droit du travail avec les relations entre salarié et employeur ou encore uniquement le secteur de l'économie sociale et solidaire. Le sigle RSE est encore employé pour désigner la « responsabilité sociétale de l'entreprise », ce qui pose alors la question de la différenciation entre responsabilité *sociale* et *sociétale* de l'entreprise. Le Comité économique et social européen résout cette équation en distinguant la responsabilité *sociale*, qui ne concerne que le lieu de travail et la responsabilité *sociétale*, qui ne concerne que les activités qui dépassent le cadre du lieu de travail¹³⁶. La responsabilité *sociale* est ainsi davantage centrée sur la structure interne de l'entreprise tandis que la responsabilité *sociétale* envisage l'activité de l'entreprise par les effets qu'elle exerce à l'extérieur de celle-ci sur l'ensemble de la Société. Enfin, l'acronyme RSE renvoie à une troisième dénomination qui permet d'y inclure la prise en compte de l'environnement, celle de « responsabilité sociétale et environnementale ». Cette approche, plus globale, envisage l'activité de l'entreprise, non seulement à travers les effets exercés sur les personnes, en son sein et à l'extérieur, mais aussi les effets causés sur l'environnement et les éléments qui le composent. Cependant, la terminologie de responsabilité sociale de l'entreprise continue de dominer au sein de la littérature la plus autorisée¹³⁷. Dans tous les cas, il s'agit du devoir de répondre des effets des activités économiques sur la Société et

¹³² De nombreux auteurs font remonter l'origine de la RSE à la CSR américaine avec l'ouvrage de HOWARD Bowen, *Social Responsibilities of the Businessman*, University of Iowa Press, 2013 [1953], 298 p. Or, elle trouve ses fondements historiques plus en amont comme nous le verrons dès le début du XIX^{ème} siècle avec le patronage volontaire et l'occurrence de « responsabilité sociale » qui apparaît chez NAUDET Joseph, *De la responsabilité graduelle des agents du pouvoir exécutif*, Paris, Delaunay, 1819, 46 p., p. 6

¹³³ Commission européenne, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Livre vert, COM (2001) 366.

¹³⁴ Soit la définition du développement durable tel qu'énoncée par CNUED, *Déclaration de Rio de Janeiro*, Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques, 14 juin 1992.

¹³⁵ Commission européenne, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour le période 2011-2014, 25 octobre 2011, COM (2011) 681 final.

¹³⁶ CESE (européen), *La responsabilité sociale des entreprises*, avis sur COM(2011)681 final, 24 mai 2012, SOC/440.

¹³⁷ V° par ex. PRIEUR Michel et al., *Droit de l'environnement*, Dalloz, précis, 7^{ème} éd°, 2016, p.105, spéc. 88.

l'environnement, c'est-à-dire pour l'entreprise de prendre en compte les enjeux socio-environnementaux afférents à ses activités¹³⁸. C'est pourquoi la terminologie de responsabilité sociétale et environnementale paraît plus adéquate. Il convient donc pour être exact, de préciser que dans ces développements l'emploi de la terminologie « responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise » est privilégiée en souscrivant à l'idée que la responsabilité sociale de l'entreprise y est incluse. Enfin, la terminologie de « responsabilité sociétale et environnementale des entreprises » est celle retenue par le législateur à l'article L133-2, 2° du code de l'environnement relatif aux missions du Conseil National de la Transition Ecologique (CNTE)¹³⁹. Il faut alors prendre acte que cette responsabilité singulière fondée sur la notion de développement durable et s'appuyant sur la prise d'engagements volontaires par l'entreprise devrait évoluer (1), tant au regard de la transition écologique que dans la traduction juridique de cette responsabilité (2).

1. Engagements volontaires et développement durable : soutiens de la RSE à consolider

16. Il est aujourd'hui difficile de ne pas lier développement durable, engagements volontaires et RSE. Ces trois éléments semblent même constituer une notion unique alors que chacune est autonome. Comme précédemment relevé, la RSE qui est d'abord comprise comme une responsabilité sociale, trouve ses origines historiques dans le patronage volontaire. Les engagements volontaires y constituant l'outil privilégié de dépassement du droit positif. Aux préoccupations sociales, s'ajoutent des préoccupations environnementales qui émergent dès les années 1960. L'écologie politique¹⁴⁰ et la loi n°76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, mettent en avant le devoir des acteurs privés de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel¹⁴¹. Ce n'est que plus tard qu'apparaît la première

¹³⁸ Voir de considérer les effets causés par un secteur de l'économie dans lequel s'inscrit l'entreprise ou de manière plus globale, de prendre en considération l'ensemble des effets causés par les activités économiques sur l'homme et l'environnement.

¹³⁹ Art. L133-2 c. env. : « Le Conseil national de la transition écologique est consulté sur : 1° Les projets de loi concernant, à titre principal, l'environnement ou l'énergie ; 2° Les stratégies nationales relatives au développement durable, à la biodiversité et au développement de la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises. (...) ».

¹⁴⁰ V° DOLIQUE Laure, *Risques globaux et développement durable. Fausses pistes et vraies solutions*, L'Harmattan, coll. L'esprit économique, 2007, 115p., p. 9 : « On assimile souvent, et à tort, le développement durable à l'écologie politique (...) Le terme [d'écologie] est créé en 1866 par le biologiste allemand Ernst Haeckel. Il fait alors résonance à la crainte d'une détérioration de la nature, née à la fois des révolutions industrielles, dont l'impact sur le milieu naturel est sans précédent, et d'une modification radical de la relation que l'Homme entretient avec son environnement, du fait de l'action conjuguée de l'urbanisation et de la mécanisation des processus de production des biens de consommation courante.»

¹⁴¹ L'article premier dispose alors que « la protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation sont d'intérêt général. Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit. Les activités publiques ou privées d'aménagement, d'équipement et de production doivent se conformer aux mêmes exigences. (...) ».

formulation¹⁴² du développement durable dans le rapport Brundtland en 1987 et sa reprise dans la Déclaration de Rio en 1992¹⁴³. C'est alors à compter de 1995, avec la loi dite « Barnier » relative au renforcement de la protection de l'environnement¹⁴⁴, qu'il peut véritablement être fait état d'un phénomène de réunion des engagements volontaires et du développement durable au sein de l'entreprise par la RSE. L'entreprise accueillant favorablement le développement durable à travers l'idée gestionnaire d'un équilibre des trois piliers qui le composent : économique, social et environnemental¹⁴⁵. Dès lors, la RSE est communément considérée comme une déclinaison du développement durable à l'échelle de l'entreprise alors même qu'elle le précède à travers le paternalisme.

17. Aussi, pris dans le contexte du droit de l'environnement, le développement durable et les engagements volontaires viennent en appui de la RSE. Comme en témoigne une littérature fournie¹⁴⁶, le développement durable a pu raisonnablement paraître comme porteur d'un projet nouveau¹⁴⁷, un espoir¹⁴⁸ pour la protection de l'intérêt général de l'humanité¹⁴⁹, « une formule magique supposée concilier libre-échange, croissance économique et environnement »¹⁵⁰. Mais la contradiction inhérente au développement durable mise en lumière dès son apparition ne fut jamais totalement évacuée : « A Rio certains pays ne parlaient que d'environnement, alors que d'autres ne parlaient que de développement »¹⁵¹, le développement durable apparaissant comme un moyen d'habiller autrement l'économie

¹⁴² L'expression figure néanmoins dans des travaux plus anciens avec ceux de l'Union internationale pour la conservation de la nature, *Stratégie mondiale de la conservation*, 1980, comme le relève MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René de (dir.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité*, éd° A. Pedone, coll. Mutations métamorphoses, 2016, « Propos introductifs », p.7.

¹⁴³ Définition préc., « développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs ».

¹⁴⁴ Loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement. Son article 1^{er} modifie et complète l'article L200-1 du Code rural : « l'objectif de développement durable [qui] vise à satisfaire les besoins de développement des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. »

¹⁴⁵ Pour un aperçu schématique de ces trois piliers v° MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René de (dir.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité*, préc. p.8-9.

¹⁴⁶ Parmi les premiers ouvrages v° par ex. PRIEUR Michel, DOUMBÉ-BILLÉ Stéphane, *Droit de l'environnement et développement durable*, Presses universitaires de Limoges, 1994, 352 p.

¹⁴⁷ Commission française du développement durable, *Contribution au débat national sur le développement durable. Eléments de bilan*, Rapport 1996, 239 p., spéc. 3, « Avant-propos » : « Le développement durable est un projet nouveau qui concerne aussi l'économie et le social, et embrasse les processus globaux de décision que les comportements individuels ».

¹⁴⁸ A propos de la protection des forêts v° PRIEUR Michel, « Conclusions générales », in PRIEUR Michel, DOUMBÉ-BILLÉ Stéphane (dir.), *Droit, forêts et développement durable*, Bruylant, 1996, Actes des 1ères journées scientifiques du réseau « Droit de l'environnement » de l'AUPELF-UREF à Limoges, 7-8 novembre 1994, p.506 : « La Conférence des Nations-Unies sur l'environnement et le développement de Rio 1992 traduit pour la première fois un consensus mondial au niveau des gouvernements, en vue d'une protection accrue des forêts ».

¹⁴⁹ KISS Alexandre, « Introduction: le développement durable, intérêt général de l'humanité », in *Le développement durable et le concept d'intérêt général*. CNRS, Programme interdisciplinaire de recherche sur l'environnement, 1991-1992, Contribution à la 2ème session du séminaire. Strasbourg, 24-25 juin 1991, Centre du droit de l'environnement, Université R. Schuman, p. i.

¹⁵⁰ DELMAS-MARTY Mireille, « Anticiper et responsabiliser : la métamorphose du droit face aux risques incertains », in MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René de (dir.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité*, préc. p.22.

¹⁵¹ V° Commission française du développement durable, *Contribution au débat national sur le développement durable. Eléments de bilan*, Rapport 1996, 239 p., spéc. 15, citant Francesco Di Castri: « Je me place plutôt du côté négatif ».

par l'écologie¹⁵². Si d'incontestables avancées sur le fondement du développement durable et des engagements volontaires peuvent être constatées, l'enthousiasme déjà mitigé des débuts laisse aujourd'hui place à un certain scepticisme¹⁵³, une méfiance envers une « écologie superficielle¹⁵⁴ qui se traduit dans les faits¹⁵⁵. Le développement durable comme critique d'un modèle économique, fait désormais lui-même l'objet d'interrogations, comme s'il avait été « phagocyté » par le modèle économique qu'il prétendait modifier. L'heure est à la critique de la critique même s'il est toujours question, conformément à l'idée originelle du développement durable, de « faire de l'avenir la question du présent »¹⁵⁶. Il appert toutefois un relatif essoufflement des fondements juridiques de la responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise. Les engagements volontaires demeurent caractérisés par leur manque de densité juridique et restent souvent dépourvus de voies et moyens d'actions spécifiques, et ce malgré les propositions de qualification des engagements à l'aide de catégories juridiques existantes pour l'engagement de la responsabilité juridique de l'entreprise¹⁵⁷. Si intéressantes ces propositions soient-elles, il n'est pas jamais acquis que l'action aboutisse car lesdits engagements restent radicalement dénués de contrainte. Quant au développement durable, il est désormais intégré dans les esprits mais semble presque désuet lorsque l'on compare dans le temps, les ambitions fixées en 1992 lors du Sommet de Rio et le rapport du Groupe d'expert

¹⁵² HERMITTE Marie-Angèle, « Développement durable et patrimoine commun de l'humanité. Interdiction de rêver », in CNRS, Programme interdisciplinaire de recherche sur l'environnement, 1991-1992, *Le développement durable et le concept d'intérêt général.*, Contribution à la 2ème session du séminaire. Strasbourg, 24-25 juin 1991, Centre du droit de l'environnement, Université R. Schuman, p.66 : « la tentative de réconciliation d'objectifs reconnus généralement contradictoires est probablement l'élément-clé du concept de développement durable, dont le projet serait de faire durer éternellement une civilisation en principe mortelle. Dans le domaine de l'environnement, la conciliation recherchée est celle de l'économie et de l'écologie, autrement dit le double refus de la croissance zéro et du pillage irresponsable des ressources naturelles. Certains jugent cet objectif impossible à atteindre, tandis que d'autres pensent qu'il est en fait purement économique, l'écologie n'étant là que pour habiller une restructuration de l'industrie ».

¹⁵³ Ainsi que l'indique le parlementaire M. Philippe Plisson : « si le développement durable est sur toutes les bouches, les divergences idéologiques conduisent à des projets opposés (...) Le principe d'un développement durable fait consensus, mais les modalités font débat » in CHANTEGUET Jean-Paul, *Contribution au débat sur le volet énergétique de la transition écologique*, Assemblée nationale, Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, rapport d'information n°1122, 11 juin 2013.

¹⁵⁴ FRANCOIS (Pape), *Lettre encyclique Laudato Si', Sur la sauvegarde de la maison commune*, 18 juin 2015, p.149 : Le Pape François invite les acteurs publics et privés à mettre fin à une « écologie superficielle » qui consolide un « certain assouplissement et une joyeuse irresponsabilité » alors que « la responsabilité sociale et environnementale des entreprises se réduit d'ordinaire à une série d'actions de marketing et d'images. ».

¹⁵⁵ Comme le relève DELMAS-MARTY Mireille, « Anticiper et responsabiliser : la métamorphose du droit face aux risques incertains », préc., p.23 : « Si le "développement durable" (PNUD 1987) postule une synergie entre développement économique et protection de l'environnement, la "durabilité" consiste alors à trouver un équilibre entre le présent et le futur. Vingt ans plus tard, le rapport mondial sur le développement humain (PNUD 2007-2008), ajoute le passé en référence à l'histoire : la mondialisation a multiplié les déséquilibres écologiques avant d'avoir amélioré les chances économiques ». Le rapport du Groupe d'expert intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), *Réchauffement planétaire de 1,5°C*, rapport spécial, 8 oct. 2018, dresse un constat similaire en matière environnemental dix ans plus tard.

¹⁵⁶ MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René de (dir.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité*, éd° A. Pedone, coll. Mutations métamorphoses, « Propos introductifs », p.7.

¹⁵⁷ V° au niveau international HUGLO Christian, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2018, 395 p. ; et au niveau du droit interne LOPEZ Leaëtitia, *L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Thèse, Lyon, 2016, éd° Connaissances et Savoirs, 2017, 389 p. ; et sa critique par JUBAULT Christian, « Leaëtitia Lopez, L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », RTD civ., n°2, 10 juillet 2018, p. 524.

intergouvernemental sur l'évolution du climat publié en 2018¹⁵⁸. Ce n'est pas tant le terme « durable » - par opposition à précaire¹⁵⁹ – qui est remis en cause dans cette notion, mais l'idée de « développement », de « répondre aux besoins », contenue dans la définition du développement durable. En effet, également présent dans les traités commerciaux¹⁶⁰, le développement durable reste fondamentalement attaché à l'idée de croissance économique, il est qualifié chez certains économistes de pléonasme¹⁶¹. Selon Serge Latouche, le développement durable constitue un aménagement rhétorique du développement, qui n'a pas abouti à une remise en cause des valeurs et des pratiques de la modernité. L'auteur qualifie sévèrement le développement durable de : « bricolage conceptuel visant à changer les mots à défaut des choses, oxymore mystificateur qui permet au concept [de développement] de survivre et promet, perspective désespérante, le développement pour l'éternité...»¹⁶². Plutôt que de « répondre aux besoins », il s'agit donc davantage de « modérer les besoins » ou « limiter les besoins », ce qui d'une certaine façon nécessite le réaménagement des libertés économiques. Aussi, le développement durable, phagocyté dès l'origine par le modèle économique qu'il dénonce, nécessite une renaissance et une métamorphose¹⁶³ qui passe par un nouveau modèle de Société consistant dans la mise en œuvre d'une « transition écologique»¹⁶⁴. Parallèlement à cette évolution, la RSE fait l'objet d'une traduction juridique singulière amenée à évoluer au regard de cette exigence de transition écologique.

¹⁵⁸ Groupe d'expert intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), *Réchauffement planétaire de 1,5°C*, rapport spécial, 8 oct. 2018 ; CP, « Approbation par les gouvernements du Résumé à l'intention des décideurs relatif au Rapport spécial du GIEC sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5 °C », 8 oct. 2018, CP n° 2018/24/PR : « Pour limiter le réchauffement planétaire à 1,5 °C, il faudrait modifier rapidement, radicalement et de manière inédite tous les aspects de la société, a déclaré le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) dans le cadre d'une nouvelle évaluation. (...). Il est indiqué dans le rapport que la limitation du réchauffement planétaire à 1,5 °C nécessiterait des transitions «rapides et de grande envergure» dans les domaines de l'aménagement du territoire, de l'énergie, de l'industrie, du bâtiment, du transport et de l'urbanisme. ».

¹⁵⁹ FÉRONNE Geneviève et a., *Le développement durable*, éd° d'Organisation, 2001, p.87 : « Evoquer un possible "développement durable", c'est aussi supposer implicitement qu'il existe un "développement précaire". L'opposition se dessine alors entre un développement de court terme, fondé sur une logique strictement financière, et un développement de long terme qui équilibre les intérêts des différents partenaires ».

¹⁶⁰ V° en préambule de l'Accord instituant l'organisation mondiale du commerce (OMC), Marrakech, 15 avril 1994 : « Reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique ».

¹⁶¹ HUGON Philippe, « Le renouveau de l'économie du développement », in FROGER Géraldine, *La mondialisation contre le développement durable ?*, éd. PIE Peter Lang, 2006, p.30.

¹⁶² LATOUCHE Serge, « Sans développement, pas de salut, mais...le développement de quoi ? », *Le Monde diplomatique*, mai 2001, Manière de voir, octobre 2018, p.10.

¹⁶³ MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René de (dir.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité*, éd° A. Pedone, coll. Mutations métamorphoses, « Propos introductifs », p.15 : « Les utilisations doctrinales des mots "mutations" et "métamorphose" renvoient à l'idée de changement (...) Qu'est-ce que le changement ? C'est le contraire de ce qui est immuable. Ce n'est pas la rupture, c'est-à-dire le remplacement d'une chose par une autre. En effet, lorsqu'un être ou une chose change, il ou elle garde son identité tout en modifiant quelque chose dans sa façon d'être soi-même ou elle-même».

¹⁶⁴ La définition de la métamorphose donnée ci-dessus convient parfaitement à celle de « transition ». Les débats parlementaires font ressortir que le choix de ce terme permet d'indiquer qu'il ne s'agit ni d'un big-bang, ni d'une révolution : CHANTEGUET Jean-Paul (présenté par), *Contribution au débat sur le volet énergétique de la transition écologique*, Assemblée nationale, Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, rapport d'information n°1122, 11 juin 2013

2. Une juridicité de la RSE en voie d'évolution

18. Le fait d'envisager une responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise suppose qu'il s'agisse d'une responsabilité d'un type particulier au regard de la responsabilité juridique. En droit, la responsabilité est classiquement définie par l'obligation de réparer le dommage causé par les actes d'une personne envers une autre personne (responsabilité civile) ou envers la Société tout entière (responsabilité pénale)¹⁶⁵. La responsabilité est ainsi conçue comme un « principe de régulation sociale » qui « implique que toute personne est tenue de remédier aux conséquences de ses fautes et, de façon plus large, même en l'absence de faute »¹⁶⁶. La responsabilité est encore « le devoir de répondre des effets dommageables d'une action ou d'une inaction » car « la responsabilité sur le plan juridique suppose l'existence d'une règle de droit dont le non-respect implique une sanction ou l'obligation d'indemniser »¹⁶⁷. Or, en adoptant des chartes éthiques, codes de conduite, référentiels et autres normes d'origine privée, généralement dépourvus délibérément de tout caractère contraignant, les entreprises prennent des engagements *a priori* exclusifs de responsabilité juridique et qualifiés d'engagements volontaires¹⁶⁸. Ils sont aujourd'hui la principale traduction juridique de la RSE. Caractérisés par l'aspect volontaire et dénué de contrainte, les engagements volontaires ne sauraient systématiquement échapper à toute responsabilité, considération faite que l'engagement dérive de la notion d'obligation¹⁶⁹. En effet, selon Aubry et Rau : « En droit romain, le mot *obligatio* ne s'appliquait qu'aux obligations correspondant à des droits personnels. Dans le langage juridique français, on se sert indifféremment du mot *obligation*, que le droit correspondant soit personnel ou réel. Le terme *engagement* s'emploie spécialement pour désigner, parmi les obligations correspondant à des droits personnels, celles qui naissent d'un fait personnel à l'obligé »¹⁷⁰. En réalité, il n'est donc pas certain sur le plan théorique que l'engagement volontaire échappe à sa forme première dont il dérive, à savoir l'obligation. Aussi, il est préférable d'utiliser la distinction opérée par Savigny entre les obligations pourvues d'action et celles dépourvues d'action, qui renvoie à la distinction entre obligation naturelle, non sanctionnée, et l'obligation civile

¹⁶⁵ JOURDAIN Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2014, 9^{ème} éd., p.2

¹⁶⁶ BRUN Philippe et al. (dir.), *Le Lamy droit de la responsabilité*, mai 2016, 130-3

¹⁶⁷ MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René de (dir.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?*, éd. A. Pédone, 2016, « propos introductifs », pp. 12-13.

¹⁶⁸ V. not. HERVÉ-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, Coll. L'univers des normes », 2008, p.28 ; ABADIE Pauline, *Entreprise responsable et environnement – Recherche d'une systématisation en droits français et américain*, thèse, Paris, 2011, p.31 spéc. 28.

¹⁶⁹ L'obligation dans un sens général est définie de la façon suivante par DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1923, Tome I, n°7 « L'obligation est la situation juridique ayant pour but une action ou abstention de valeur économique ou morale dont certaines personnes doivent assurer la réalisation ».

¹⁷⁰ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, Lagier, Strasbourg, 1839, vol. 2, 598 p., pp. 254-255, spéc. 296 : « Il faut comprendre que les droits personnels : « ont pour objet une prestation, c'est-à-dire l'accomplissement d'une obligation sans laquelle ils ne sauraient exister. Il ne peut être question que des obligations qui forment l'objet des droits personnels. Toutefois, les principes concernant les obligations de cette nature, s'appliquent en règle générale à tout espèce d'obligations. Une obligation est la nécessité juridique par suite de laquelle une personne est astreinte envers une autre, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Cpr. art. 1101. La personne autorisée à exiger l'accomplissement d'une obligation, se nomme créancier ; celle qui est tenue de l'accomplir se nomme débiteur. C'est pour cette raison que l'obligation et le droit personnel qui en est le corrélatif, sont aussi appelés dette et créance.»

qui tire sa sanction du droit positif¹⁷¹. De plus, pour Pothier, il convient de distinguer *devoirs* et *obligations*, les premiers étant en général imposés par la loi car ils ont pour corrélatifs des droits¹⁷². C'est donc davantage à la notion d'obligation auquel peut être renvoyé l'engagement volontaire, et plus précisément encore d'obligation imparfaite car un tel engagement est dénué de la contrainte, c'est-à-dire dépourvu de voies et moyens d'action de droit qui conduirait à sa sanction devant un juge. L'engagement volontaire a donc essentiellement un *effet de norme*, il est une « norme de comportement » qui entraîne l'adoption d'un modèle de conduite par l'entreprise¹⁷³. Néanmoins, la doctrine refuse d'y voir l'absence de tout *effet de droit* ou de norme qui ne soit pas sanctionnable¹⁷⁴ dès lors que l'entreprise dit vouloir, par cet *actus*¹⁷⁵, augmenter le standard de son comportement. De la même manière qu'en droit international où « les obligations de précaution sont plus strictes pour les Etats développés que pour les Etats en développement »¹⁷⁶, l'adoption d'une démarche de responsabilité sociétale et environnementale doit pouvoir conduire à apprécier plus sévèrement la responsabilité juridique de l'entreprise qui s'y serait engagée. Diverses hypothèses de qualification des engagements volontaires existent et permettent l'éventuel engagement de la responsabilité juridique de l'entreprise devant le juge¹⁷⁷, mais les instruments existants demeurent insatisfaisants au regard du déséquilibre « entre le potentiel de nuisance de l'activité des entreprises et les moyens juridiques existant *de lege*

¹⁷¹ SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Paris, Auguste Durand, trad. par C. Gérardin et P. Jozon, 1863, t.1^{er}, p.47 : « Au point de vue du caractère et du degré d'efficacité, il faut distinguer les obligations pourvues et celles dépourvues d'action (*civiles et naturelles*) » ; *ibid.*, pp. 255-256, spéc. 297 : « Les devoirs (*sensu lato*) se divisent en devoirs de pure morale et en obligations. Ces dernières sont elles-mêmes ou naturelles ou civiles. Les obligations naturelles sont les devoirs que le droit philosophique considère comme emportant un lien juridique. Ces obligations restent purement naturelles, lorsqu'elles n'ont pas été sanctionnées par le droit positif. Dans l'hypothèse contraire, elles deviennent des obligations civiles (telle est l'obligation imposée au père d'un enfant procréé hors mariage et non légalement reconnu, de le nourrir et de l'élever.). Les obligations purement naturelles peuvent être, ou simplement dépourvues de la sanction du droit positif, ou frappés de réprobation par ce droit. Les obligations civiles sont celles qui sont sanctionnées par le droit positif. Elles sont purement civiles, dans le cas où elles ne reposent pas sur le droit philosophique, et tirent à a fois du droit positif et leur origine et leur sanction ».

¹⁷² POTHIER Robert Joseph, *Œuvres de Pothier par M. Bugnet, Traité des obligations*, Paris, Videcoq, 1848, t.2, p.1, « Il ne faut pas confondre les *devoirs* et les *obligations*. Les devoirs sont en général imposés par la loi, ils ont pour corrélatifs les *droits*. Dans l'état de société, pour obtenir le libre exercice de ses facultés ou de ses droits, chaque individu doit reconnaître et respecter les facultés ou les droits de ses semblables. Le but de toute société est de maintenir cette relation de droits et de devoirs, et la loi, en garantissant les *droits*, assure l'observation des *devoirs* ».

¹⁷³ Rapp. DEUMIER Pascale, « La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux », D., 2013, p.1564, l'auteur y parle « d'effet normatif » ; v. aussi du même auteur, *Le droit spontané*, op. cit., p.352, spéc. 362, sur la distinction entre normes primaires ou normes de comportement et normes secondaires ou normes de sanctions.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ CHEVREAU Emmanuelle, MAUSEN Yves, BOUGLE Claire, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, coll. Objectif droit cours, 2ème éd°, 2011, p.16 En droit romain, l'*actus* est l'acte unilatéral qui fait naître une obligation à la charge du seul débiteur dont la naissance est subordonnée au prononcé de paroles solennelle ou l'accomplissement d'une prestation réelle. En matière de RSE, cela prend la forme d'engagement volontaire inscrit par exemple dans un code de conduite ou de plus en plus formalisé et rendu public sur le site internet de l'entreprise.

¹⁷⁶ DELMAS-MARTY Mireille, « Anticiper et responsabiliser : La métamorphose du droit face aux risques incertains », in MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René de, *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?*, éd. A. Pédone, 2016, pp. 26 à propos d'un avis du Tribunal international du droit de la mer rendu le 1er février 2011, aff. N°17., TIDM Recueil 2011, p.10. ; rapp. TRÉBULLE François-Guy, « Responsabilité sociale des entreprises », répertoire Dalloz, avril 2017, spéc. 37, préc.

¹⁷⁷ V° la thèse consacrée à ce sujet par LOPEZ Leaëtitia, *L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Thèse, Lyon, 2016, éd° Connaissances et Savoirs, 2017, 389 p. ; et sa critique par JUBAULT Christian, « Leaëtitia Lopez, L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », RTD civ., n°2, 10 juillet 2018, p. 524.

lata, pour défendre les parties prenantes sur le terrain de la RSE »¹⁷⁸. Aussi, s'il est possible de proposer des instruments pour amener l'entreprise à assumer une véritable responsabilité juridique, par la voie de l'action en justice ou bien, de manière à prévenir le contentieux par la voie de la contractualisation, il est nécessaire de renforcer ce mouvement de juridicité de la RSE par l'adoption d'une nouvelle approche de l'entreprise s'appuyant sur l'exigence de transition écologique. Le législateur ou le juge pourraient alors s'inspirer de ces réflexions pour appréhender le comportement d'une entreprise de manière renouvelée à l'aune de cette exigence nouvelle.

III. PROBLEMATIQUE

19. L'objectif de cette thèse est de démontrer que la société commerciale, en tant qu'entité juridique, connaît une remise en question en raison notamment de la pression sociale exercée sur elle, de l'apparition dans les textes d'une exigence de transition écologique ou plus généralement de la « révélation »¹⁷⁹ de « notions souches » porteuses de règles potentielles telle que la RSE¹⁸⁰. L'attente croissante d'une responsabilité accrue de la société commerciale qui dépasse le respect du droit positif et les réformes du contrat de société commerciale par le législateur indique que le mouvement amorcé par les démarches de RSE est plus vaste que les seules interrogations sur la juridicité des engagements volontaires. En réalité, la remise en question de la société commerciale participe d'une métamorphose de la RSE. Trois approches essentielles peuvent être distinguées. Dans une première approche de la RSE qui apparaît au XIX^{ème} siècle, l'entreprise modifie son fonctionnement par des engagements volontaires guidés par un paternalisme imprégné d'un aspect social. Dans une deuxième approche de la RSE, à compter des années 1990, l'entreprise continue à modifier ses comportements et y ajoute un volet environnemental en sus d'engagements volontaires en matière sociale. Enfin, dans une troisième approche qui apparaît en 2012 à travers la stratégie nationale de la transition écologique, les deux volets précédents – social et environnemental – s'agrègent à l'exigence d'une transition écologique largement conçue comme mécanisme de changement du modèle économique et social. En réponse à cette transition écologique, véritable nouveau paradigme ou simple continuation plus ou moins cosmétique du développement durable, l'entreprise doit désormais s'attacher à répondre à l'exigence de

¹⁷⁸ *Ibid.* Et sur la notion de parties prenantes v. CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise, objet social, objet de réforme sociale, *Rev. trav.*, n° 2, 28 fév. 2018, p. 107.

¹⁷⁹ JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2015, p. 19 : l'auteur entend au sens large de révélation : « l'affirmation solennelle d'une loi morale et/ou juridique, présentée comme l'expression d'une vérité supérieure et sans aucune démonstration ou peu s'en faut, le plus souvent sur un fond sous-jacent de droit naturel. Selon les cas, cette affirmation émane d'une autorité laïque, publique ou privée (...) »

¹⁸⁰ HANNOUN Charley, VERNAC Stéphane, « La RSE ou l'essor de l'entreprise-providence », in *Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 424 : « La RSE constitue de ce point de vue la conquête d'un nouvel espace de gouvernement des hommes, au sens où Michel Foucault l'entendait, (...), et cette rationalité semble devoir se développer dans deux dimensions : celle du gouvernement des autres, à travers la loi, animée par une méthode du « faire-faire », mais aussi du gouvernement de soi, à travers l'incitation à développer des démarches volontaires au nom de normes à caractères éthiques ». Rapp. BENISTY Samuel, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Institut Universitaire Varenne, Coll. des Thèses, LGDJ, 2014, 364 p.

changement si elle ne souhaite pas encourir la réprobation de la Société civile ou de tiers investisseurs, de plus en plus amenés à prendre en considération les données extra-financières de l'entreprise¹⁸¹. En toute hypothèse, chaque approche de la RSE amène un peu plus l'entreprise à répondre des effets de son activité avec un degré d'exigence supplémentaire dans son comportement, ce qui la conduit au changement.

20. Il s'agit alors de montrer dans quelle mesure la société commerciale se fragilise ou paraît de moins en moins adaptée aux exigences de changement en laissant émerger une nouvelle conception de l'entreprise. En effet, l'apparition d'une législation relative à la transition écologique – traduisant la volonté d'un nouveau modèle de Société – élargit la brèche dans la forme classique de la société commerciale. Pourtant, s'il est aisé d'affirmer que la société commerciale tend à s'affaiblir au profit de la notion d'entreprise, il ne reste pas moins vrai que cette dernière demeure dépourvue d'une définition juridique, alors même qu'elle peut paraître plus pertinente pour l'accueil d'une activité économique et la prise en compte d'enjeux sociaux et environnementaux. En raison de cette carence, le droit positif nous invite à envisager les formes sociétaires de sociétés commerciales considérées comme responsables et à effectuer une relecture de la forme classique du contrat de société commerciale. Contribuant ainsi à une nouvelle approche de la RSE – de 3^{ème} génération – conforme à l'exigence de transition écologique.
21. En effet, au regard de l'accélération du changement climatique et du constat de l'effondrement de la biodiversité¹⁸², l'heure est à un changement profond de paradigme de l'entreprise aux fins d'une véritable transition écologique et s'appuyant sur la sobriété. Concept juridique émergent, la sobriété offre un terrain de recherche juridique novateur puisqu'un travail de réflexion peut être réalisé à partir d'une terminologie déjà présente et qui séduit de plus en plus l'esprit du législateur.
22. Il reste cependant que le droit ne définit pas la sobriété, alors que cette dernière notion est ancienne et remonte à l'origine même du droit et à sa finalité de justice. En effet, la recherche de justice, souvent caractérisée par la maxime *suum cuique tribuere* consiste à rechercher un juste équilibre entre les situations. La balance des intérêts recherchée par le droit exige alors que les comportements ne soient pas excessifs, immodérés ou intempérants. La frugalité ou la sobriété est alors synonyme de vertu chez Platon qui le premier, identifie quatre vertus cardinales de l'action humaine dont : la tempérance qui est « un empire sur soi-même », la prudence (sagesse, connaissance), la force d'âme (le

¹⁸¹ V. par ex. sur la question de l'investissement socialement responsable et de la finance durable, MERCIER Virginie (dir.), « La finance durable en questions », Revue de droit bancaire et financier, n°4, juillet 2015, p.42, dossier.

¹⁸² LUCAS Marthe, *Etude juridique de la compensation écologique*, Thèse, Strasbourg, 2012, « L'heure n'est plus au constat de l'importance ou non de la gravité des atteintes à la biodiversité dénoncées à de multiples reprises par de nombreux rapports scientifiques. Les principales causes des dégradations ont été identifiées: artificialisation et fragmentation des milieux, agriculture et pêche intensives, mitage urbain, consumérisme de masse, augmentation de la population mondiale, etc. », p. 59. ; Observatoire national de la biodiversité, *Biodiversité - Les chiffres clés - Edition 2018*, décembre 2018, 92 p., spéc. 9 : « Les tendances ainsi mesurées montrent que la France est pleinement concernée par l'enjeu de perte de biodiversité européenne et mondiale.»

courage) et la justice¹⁸³. Dans le même sens, la sobriété est synonyme de sagesse chez Saint-Paul qui indique, *non plus sapere quam oportet sapere, sed sapere ad sobrietatem*, sentence que Montaigne traduit par, « ne soyez pas plus sages qu'il ne faut mais soyez sobrement sages »¹⁸⁴. Au temps des Lumières, Montesquieu place la frugalité comme un moyen nécessaire d'atteindre la démocratie, l'égalité et la frugalité y sont perçues comme indissociables¹⁸⁵. Aujourd'hui, le législateur français affiche son intention d'opérer une transition écologique¹⁸⁶ et emploie fréquemment le terme de « sobre » ou de « sobriété ». Par exemple, la stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable 2015-2020, adoptée en Conseil des ministres le 4 février 2015 poursuit l'objectif d' « une société plus sobre à horizon 2020 »¹⁸⁷. Cet objectif se décline aujourd'hui par la mise en place d'une législation relative à la sobriété qui en constitue ainsi le premier des moyens. Le terme « sobre » apparaît par exemple à l'article L110-1-1¹⁸⁸ ainsi qu'aux articles L110-1-2, L229-26, L541-1 et R229-51 du code de l'environnement, sans compter le champ lexical qui lui y est associé à travers les idées de modération, de limitation ou de réduction. Le développement d'une législation intégrant le concept de sobriété amène par conséquent à définir celle-ci et à préciser en quoi cette sobriété peut s'appliquer à l'entreprise. S'appuyant sur une dynamique de transformation¹⁸⁹ de la société commerciale, la sobriété peut alors constituer une aide à l'intégration de l'environnement dans l'entreprise et plus généralement, à y inclure l'exigence de transition écologique.

IV. MOUVEMENT¹⁹⁰

23. La présente recherche s'attache à mettre en lumière la double articulation entre : d'une part, le constat d'insuffisance du concept de développement durable et l'apparition de celui de transition écologique comme fondement de la RSE de troisième génération; et

¹⁸³ PLATON, *La République*, trad. V. Cousin, Paris, éd° Rey et Gravier, 1833, t.9, Livre IV, spéc. 427e-444a. S'agissant de la tempérance, spéc. 430e : « La tempérance est une manière d'être bien ordonnée, et, comme on dit, un empire qu'on exerce sur ses plaisirs et ses passions (...) il y a dans l'âme de l'homme deux parties, l'une meilleure, l'autre moins bonne; quand la partie meilleure domine la partie moins bonne, on dit de l'homme qu'il est maître de lui-même, et c'est un éloge ; mais quand par le défaut d'éducation ou par quelque mauvaise habitude, la partie moins bonne envahit et subjugué la partie meilleure, alors on dit de l'homme, en manière de reproche, qu'il est esclave de lui-même et intempérant. ».

¹⁸⁴ SAINT-PAUL, *Epître aux Romains*, 57 ap. J.-C., chap. XII, §3 ; MONTAIGNE Michel de., *Essais*, Livre I, chap. 29 *De la modération*.

¹⁸⁵ MONTESQUIEU Charles de Secondat, *De l'Esprit des lois*, (1758), Gallimard, 1995 [en ligne http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_1/esprit_des_lois_Livre_1.pdf , consulté le 11 mai 2018], vol. 1, Livre V chapitre VI - « Comment les lois doivent entretenir la frugalité dans la démocratie », pp. 64-69 ; Sur la distinction entre frugalité et sobriété v° OUTREPONT Charles-Lambert d', *Discours sur la frugalité, prononcé au temple national de Bruxelles, le 10 ventôse de l'an troisième.*, Ed. impr. De G. Huyghe, 1795, p. 3, nous verrons néanmoins qu'il convient de retenir le terme de sobriété au regard de la terminologie employée dans les textes de droit positif.

¹⁸⁶ V. *supra* s'agissant de la Feuille de route sur la transition écologique et la Stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable, préc.

¹⁸⁷ Cette stratégie s'appuie sur la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

¹⁸⁸ C. env. art. L110-1-1 : « La transition vers une économie circulaire vise à dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires(...) ».

¹⁸⁹ La transformation des entreprises est d'ailleurs l'ambition portée dans l'intitulé même de la loi Pacte n° 2019-486 du 22 mai 2019 relatif à la croissance et à la transformation des entreprises.

¹⁹⁰ L'objectif de « transition » et l'idée d'une « métamorphose » de l'entreprise excluent l'emploi du terme de « plan ».

d'autre part, la remise en question de la société commerciale au regard de la notion d'entreprise. Ces deux phénomènes sont à mettre en parallèle et peuvent finalement se rejoindre par l'application de la sobriété, instrument principal énoncé au soutien de l'exigence de transition écologique à l'entreprise. De ce fait, envisager l'étude juridique des petites et moyennes entreprises en transition écologique amène à se tourner résolument vers l'élaboration et la mise en place d'une nouvelle conception de l'entreprise, une entreprise sobre contribuant à une nouvelle approche de la RSE.

24. Pour parvenir à cette proposition, les présents travaux s'organisent autour de trois mouvements qui correspondent au passage d'un « droit écarté » à un « droit interrogé », pour aboutir à un « droit retrouvé ». Un premier mouvement concerne la société commerciale en prise avec la RSE et sa difficile intégration dans les catégories classiques du droit. L'originalité de cette dernière tient alors dans la liberté laissée aux entreprises en matière d'augmentation de leur responsabilité au-delà du droit *de lege lata*. Un cadre libéral qui peut être analysé comme l'expression d'une volonté, tant des entreprises que du législateur, d'un laisser-faire ou d'un « **droit-écarté** ». Pourtant, la littérature juridique s'intéresse au phénomène de la RSE car il symbolise une tendance à l'affaiblissement de la prescription juridique¹⁹¹ au profit des personnes de droit privé. Si la RSE est perçue par les entreprises comme le remède idéal pour répondre aux nouvelles normes sociales, conséquence d'une prise de conscience des enjeux socio-environnementaux, elle a pour inconvénient - ou pour avantage selon la position adoptée - d'écarter l'adoption de dispositions contraignantes par le législateur.
25. Un deuxième mouvement, qui relève d'une extension du premier se caractérise par un état d'observation, un « **droit-interrogé** ». Le législateur hésite à intervenir et les entreprises négocient sa non-intervention, promettant d'être plus vertueuses¹⁹². Parallèlement, la doctrine cherche à donner une consistance juridique aux engagements volontaires. La montée en puissance des enjeux sociaux et environnementaux entraîne le développement des structures de l'économie sociale et solidaire, de nouvelles formes sociétaires émergent à l'étranger et inspirent des réflexions sur la nécessité de changer les paradigmes de l'entreprise. Ces entreprises forment ce qu'il est possible de qualifier de premières sociétés commerciales responsables sociétalement, fondées à la fois sur les engagements volontaires, le développement durable et l'économie sociale et solidaire. Les entités appartenant à ce secteur de l'économie s'avèrent d'une utilité sociale certaine mais elles sont néanmoins critiquables en raison de leur insuffisance à intégrer l'exigence de transition écologique, c'est-à-dire à intégrer l'intérêt environnemental en plus de l'intérêt social.

¹⁹¹ BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, op. cit., p.45 : « Toute prescription juridique est caractérisée par un *commandement* et une *sanction*. C'est une règle de conduite imposée dans les relations sociales pour ordonner la société. Elle consiste à prescrire ou interdire certains comportements en créant des obligations, en légitimant certaines attitudes, en conférant des pouvoirs... ».

¹⁹² En témoigne les nombreuses entrevues entre les entreprises et les pouvoirs publics qui débouchent sur la promesse de se conformer à de nouveaux engagements volontaires.

26. Dès lors, le phénomène de RSE par la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux apparaît inabouti au regard de l'urgence écologique. Ce processus inachevé indique alors la nécessité d'un basculement vers un troisième mouvement qui repose sur l'exigence de transition écologique et dont la traduction à l'entreprise passe par la sobriété. En effet, participer à cette exigence nécessite une approche nouvelle et réaliste de l'entreprise. Celle-ci peut être appréhendée à travers les intérêts qu'elle satisfait ou affecte mais aussi par la fonction sociale qu'elle occupe au sein de l'ensemble de la Société. Signe d'un « **droit-retrouvé** », l'ordre public écologique permet de donner un cadre juridique au concept de sobriété tel que dégagé à partir de l'analyse des textes existants. Une fois le concept défini, il peut révéler son potentiel comme standard juridique d'appréciation d'un comportement sobre dont le contenu peut être conforté par l'énonciation de divers principes à son soutien. Le retour au droit est alors possible par la caractérisation d'un défaut de comportement sobre envisagé comme une cause de responsabilité. Utopie réaliste, la concrétisation d'un tel comportement peut prendre forme dans le droit positif à travers une proposition de relecture des éléments du contrat de société pour l'application d'un comportement sobre. En ce sens, l'étude des notions d'associé, d'apport, de bénéfices doit appuyer sa concrétisation. Par ailleurs, l'objet social et l'intérêt social récemment renouvelés par le législateur peuvent alors constituer une voie d'entrée d'une gestion sobre de la société.

27. Dès lors, notre thèse propose de contribuer à la prise en compte de la nécessaire transition écologique pour tendre vers l'entreprise sobre. Le constat sera tout d'abord fait d'une société commerciale en proie à des turbulences, tant sous l'effet d'une RSE comprise comme une responsabilité singulière et à la juridicité évolutive, que par la diversification des modèles de sociétés socialement responsables (**Partie I**). S'appuyant sur cette démonstration et la transition écologique dont la déclinaison à l'échelle de l'entreprise peut s'exprimer par la sobriété, il sera ensuite proposé le passage d'une société commerciale à une entreprise qualifiée de sobre. Soit un modèle d'entreprise plus évolué, à la fois *intuitus humanitas* et *intuitus naturae*, en résonance avec les enjeux de l'urgence écologique (**Partie II**). Il pourra alors être redonné à l'entreprise sa juste place¹⁹³, dans une économie compatible avec les exigences d'une vision large de la transition écologique, c'est-à-dire au service de l'homme et sans nuire à l'environnement.

¹⁹³ Ambition portée par la loi Pacte qui vise à « repenser la place des entreprises dans la société », v° projet de loi n°1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises du 18 juin 2018, Chapitre III, section 2.

PREMIERE PARTIE

LA SOCIETE

COMMERCIALE : UNE

ENTITE SOUMISE A

PERTURBATIONS

PARTIE 1 LA SOCIETE COMMERCIALE : UNE ENTITE SOUMISE A PERTURBATIONS

28. L'entreprise est une liberté par laquelle s'exerce une activité économique¹⁹⁴, le plus souvent sous la forme juridique d'une société commerciale. Aussi, l'entreprise détient un « pouvoir économique » et de la même manière qu'il est admis dans le domaine politique qu'il n'existe pas de pouvoir sans responsabilité¹⁹⁵ ou de droit sans devoir, l'entreprise ne saurait échapper à cette formule. Pourtant, depuis le début de l'ère industrielle et jusqu'à la fin du XXème siècle, l'entreprise n'a eu cesse de voir croître son pouvoir économique et corrélativement ses capacités de nuisance sur l'homme et l'environnement. En raison des difficultés croissantes à maîtriser l'ensemble des effets et conséquences des activités économiques, a émergé une remise en cause du modèle de croissance économique dès les années 1960 avec la mise en place d'instruments juridiques de protection de la nature. La tentative de conciliation entre économie et environnement se trouve par la suite formulée à travers la notion de développement durable en 1987, c'est-à-dire un développement qui réponde aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs¹⁹⁶. D'abord appliquée par la société civile et les Etats, le développement durable est ensuite assimilé par les entreprises, de la même manière qu'elles avaient déjà pu le faire en matière sociale à partir du XIXème siècle avec le patronage volontaire – ou paternalisme industriel – par des engagements relatifs aux conditions de travail et de vie des ouvriers. Les fondements de la RSE sont donc antérieurs à l'apparition du développement durable et de sa nouvelle déclinaison avec la transition écologique. Le développement durable et cette dernière constituent en réalité des étapes supplémentaires dans la prise en considération des conséquences nées de l'activité économique par les entreprises. La préoccupation environnementale s'ajoute à la prise en considération d'enjeux sociaux et sociétaux. Ces engagements volontaires, dont la nature et les effets juridiques doivent être précisés, permettent de qualifier la RSE de « droit post-moderne » en ce que des acteurs privés élaborent leurs propres normes¹⁹⁷. Aussi, la doctrine comme le législateur ne restent pas immobiles face à cette responsabilité singulière. Il est proposé diverses qualifications juridiques de ces engagements volontaires, tandis que le législateur intervient pour encadrer certaines pratiques, plus précisément par la mise en place d'une législation sur la « reddition extra-

¹⁹⁴ SUPIOT Alain (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontière – Perspectives économiques et juridiques*, coll. Les sens du droit, Dalloz, 2015, introduction, p.17 : « Du point de vue juridique, l'entreprise se présente donc comme la mise en œuvre d'une liberté d'agir. ».

¹⁹⁵ V° sur le « pouvoir économique », v° ARON Raymond., «Note sur le pouvoir économique», *Revue économique*, volume 9, n°6, 1958, pp. 849-858

¹⁹⁶ BRUNDTLAND Gro Harlem (dir.), Commission des Nations-Unies sur l'Environnement et le Développement, *Notre avenir à tous*, rapport, 20 mars 1987, 349 p.

¹⁹⁷ CHEVALLIER Jacques, « Vers un droit postmoderne », in CLAM Jean et MARTIN Gilles J. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 1998 ; DE SADELEER Nicolas, «Les approches volontaires en droit de l'environnement, expression d'un droit post-moderne ?», in HERVE-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2008, p.52.

financière », désormais « déclaration de performance extra-financière »¹⁹⁸ ou en instaurant un devoir de vigilance qui s'adresse à l'entreprise élargie, c'est-à-dire dépassant les frontières de la seule personnalité morale de la société¹⁹⁹. Pourtant, si les sociétés commerciales modifient leur comportement par l'adoption de nouvelles normes spontanées et que le droit intègre certaines d'entre-elles dans la législation, le corpus législatif demeure *a priori* encore insuffisant pour conduire l'entreprise à véritablement intégrer les enjeux socio-environnementaux (**Titre I**).

29. Faut-il admettre l'insuffisance du droit français à promouvoir davantage la RSE ? Certains le déplore au regard du nouveau dispositif de reddition extra-financière jugé « en régression », alors que la France faisait office de chef de file au niveau européen²⁰⁰. Pourtant, critiquer le droit en ce qu'il peine à promouvoir la RSE amène à oublier l'origine libérale de la RSE. Celle-ci demeure encore principalement un phénomène d'origine spontanée et si elle peut conduire le législateur à légiférer en la matière, la RSE entraîne surtout une modification des pratiques des entreprises. Dès lors, la question se pose de savoir si les changements opérés par les entreprises, n'entraînent pas un mouvement, plus discret, de modification de la conception de la société commerciale elle-même. À première vue, la réponse n'est pas évidente pour la raison persistante que la notion d'entreprise reste non définie par le droit français, tandis que la société commerciale possède bien une définition à l'article 1832 du Code civil. Malgré cette difficulté, dont la résolution semble sciemment écartée par le législateur²⁰¹ - qui ne

¹⁹⁸ Traduction de l'expression anglaise *reporting*. L'article L225-102-1, I du code de commerce prévoit pour certaines sociétés anonymes, qu'une « déclaration de performance extra-financière » est insérée dans le rapport annuel de gestion. Dans le III de ce même article, il est notamment indiqué que le rapport « présente des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ». Cette déclaration de performance extra-financière peut renvoyer aux informations d'un autre document exigé des plus grandes entreprises, à savoir le plan de vigilance prévu au I de l'article L. 225-102-4 du code de commerce. Il est indiqué en son troisième alinéa que le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation. Pour un aperçu récent de l'état de la question v° MALECKI Catherine, « Transposition de la directive RSE: un nouveau cadre de publications extra-financières pour les grandes entreprises », Bull. Joly sociétés, 1er octobre 2017, n°10, p. 632 ; CUZACQ Nicolas, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », Revue des sociétés, 2018, p.347.

¹⁹⁹ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ; codifiée à l'art. L. 225-102-4 du code de commerce. L'article prévoit l'établissement et la mise en œuvre d'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 et s'appliquant à « l'entreprise élargie » : v° sur le concept d'entreprise élargie TRÉBULLE François-Guy, « Les frontières de l'entreprise vues au prisme des enjeux environnementaux », Cahiers de droit de l'entreprise, n°5, septembre 2017, dossier, p.29 ; ROLLAND Blandine, « 3 questions – Un nouveau concept : l'entreprise élargie ? », JCP E, n°42, 18 oct. 2018, veille, p. 783; et le colloque du CERDACC du 25 octobre 2018 consacré à cette thématique, préc.

²⁰⁰ CUZACQ Nicolas, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », Revue des sociétés, 2018, p.347 : « Sur certains points, le nouveau dispositif constitue une régression au regard de l'objectif de comparabilité des entreprises par les consommateurs et les investisseurs et plus généralement par les parties prenantes ».

²⁰¹ Le professeur François-Guy Trébulle indique que l'entreprise est un cadre conceptuel volontairement impensé que le législateur a renoncé à appréhender afin de saisir l'intégralité des réalités de l'entreprise : colloque préc. du CERDACC du 25 octobre 2018.

s'embarasse pas d'employer le terme d'entreprise pour désigner la société commerciale²⁰², il faut observer que l'entreprise répond à une réalité économique et sociale qui s'avère pertinente. Dans les faits, le débat relatif à la qualification juridique de l'entreprise demeure limité dans sa portée puisqu'il n'empêche pas l'émergence de nouvelles formes juridiques d'exercice des activités économiques, par exemple dans le secteur de l'économie sociale et solidaire ou encore à l'étranger avec le développement de formes sociétaires qui parviennent à proposer la conciliation entre activité économique, lucrativité et satisfaction d'un intérêt collectif. Pourtant, si intéressantes ces premières formes sociétaires « d'entreprises responsables » soient-elles, elles ne constituent pas nécessairement une réponse pleinement satisfaisante à l'intégration des enjeux environnementaux, le statut juridique ne semble pas pouvoir constituer le critère discriminant dans l'existence d'une véritable RSE (**Titre II**).

²⁰² V° par ex. le choix de dénomination de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relatif à la croissance et à la transformation des entreprises dite loi Pacte (plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises).

TITRE 1 LA RSE UNE RESPONSABILITE SINGULIERE

30. Incontestablement le développement durable se diffuse aujourd’hui dans toutes les sphères de la Société. L’entreprise ne reste pas indifférente à ce phénomène. Il y a certainement un effet d’aubaine pour celles-ci à se saisir de la notion de développement durable – ce qui est encore moins le cas pour la transition écologique et la sobriété²⁰³ – pour afficher une responsabilité sociétale et environnementale, notamment pour se démarquer de leurs concurrentes ou séduire le consommateur. En droit, il faut alors s’interroger sur l’adhésion des entreprises à cette forme singulière de responsabilité des entreprises « vis-à-vis des effets qu’elles exercent sur la société »²⁰⁴ qualifiée selon les auteurs, de sociale, de sociétale et d’environnementale. Cette prise en compte par les entreprises des effets de leurs activités sur la Société et l’environnement s’effectue « en contractant de leur propre initiative des engagements qui vont au-delà des exigences réglementaires et conventionnelles auxquelles elles doivent de toute façon se conformer »²⁰⁵. En ce sens, « les entreprises s’efforcent « d’élever les normes liées au développement social, à la protection de l’environnement et au respect des droits fondamentaux, et adoptent un mode ouvert de gouvernance conciliant les intérêts des diverses parties prenantes au sein d’une approche globale de la qualité et du développement durable »²⁰⁶. La responsabilité sociétale et environnementale de l’entreprise diffère donc de la responsabilité civile qui permet de faire sanctionner le non-respect d’une obligation²⁰⁷. La RSE est ainsi conçue comme une « responsabilité singulière », elle n’obéit pas à la définition classique de la responsabilité juridique qui est fondée sur l’idée d’une règle assortie d’une sanction²⁰⁸, c’est-à-dire d’une responsabilité née d’une « obligation parfaite » selon la formule de Pothier, qui donne le droit d’en exiger l’accomplissement car créatrice d’un lien de

²⁰³ On note toutefois chez certaines entreprises l’apparition d’un argumentaire lié aux *low-tech*, terme qui s’oppose à celui de *high-tech* et poursuivant une sobriété technologique ou de faible impact sur l’environnement (*low-impact*). V° par ex. Le Monde économie, « Le “low-tech” sera-t-il l’avenir de l’humanité », 12 septembre 2016, par Béatrice Madline.

²⁰⁴ Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au comité économique et social européen et au comité des régions, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l’UE pour la période 2011-2014*, 25 octobre 2011, COM (2011) 681 final.

²⁰⁵ Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Livre vert, COM (2001) 366.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Le Livre vert de la Commission européenne de 2001, *Promouvoir un cadre européenne pour la responsabilité sociale des entreprises*, indique qu’« être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir “davantage” dans le capital humain, l’environnement et les relations avec les parties prenantes », *ibid.*

²⁰⁸ FAUCONNET Paul, *La responsabilité : étude de sociologie*, Paris, F. Alcan, 1920, p. 5 : « Dans l’ordre des phénomènes juridico-moraux, les faits de responsabilité occupent une place précise. Les règles de responsabilité font partie intégrante du système de ces faits qu’on appelle des sanctions. C’est quand il s’agit de faire fonctionner ce système, d’appliquer des sanctions, et notamment des sanctions pénales ou morales, que la responsabilité intervient: sans elle le mécanisme de sanctions ne pourra pas jouer. ».

droit²⁰⁹. Dans le cas de la RSE, il s'agit davantage d'une responsabilité morale, intuitive et informelle²¹⁰, fondée sur l'adoption d'*obligations imparfaites*²¹¹, sous la forme d'engagements adoptés à l'initiative propre de l'entreprise sauf le cas d'obligations imposées par le législateur. Les engagements des entreprises sont donc essentiellement adoptés en complément des dispositions légales sans que ne soit prévu l'hypothèse de pouvoir faire sanctionner juridiquement leur éventuel manquement, ils sont généralement élaborés et formulés de telle sorte à qu'ils soient vides de contrainte, à moins que les engagements ne soient contractualisés à travers des clauses dites de RSE²¹².

31. La prise de conscience par les entreprises d'une responsabilité conçue au-delà de la seule responsabilité positive prévue par la loi, s'effectue dans un premier temps en dehors de toute préoccupation environnementale. Elle est d'abord une responsabilité « sociale » qui trouve ses origines au XIX^e siècle dans un milieu patronal paternaliste, soucieux de fidéliser une main d'œuvre à travers la fourniture de bonnes conditions de travail et d'hygiène aux ouvriers. Ce n'est que dans un second temps que cette responsabilité sociale devient sociétale et environnementale, l'entreprise évolue « en réponse à une série de pressions sociales, écologiques et économiques »²¹³. La RSE prend alors une dimension moins spontanée et plus contrainte, davantage tournée vers l'idée de prise en charge des conséquences néfastes des activités de l'entreprise sur la Société dans son ensemble et sur l'environnement. Avec ses origines utilitaristes en réponse à des problèmes contingents liés à l'organisation de l'activité économique, la RSE est antérieure au développement durable²¹⁴, mais ce dernier constitue aujourd'hui le vecteur essentiel de réception de la RSE dans le droit (**Chapitre I**). Par ailleurs, si la RSE se matérialise surtout par

²⁰⁹ POTHIER Robert, *Œuvres de Pothier*, Paris, Siffrein, t. 1, 1824, pp.77-78 : « Le terme d'obligation, dans un sens plus propre et moins étendu, ne comprend que les obligations parfaites, qu'on appelle aussi engagements personnels, qui donnent à celui envers qui nous les avons contractées le droit d'en exiger de nous l'accomplissement (...) Les jurisconsultes définissent ces obligations ou engagements personnels, [comme] un lien de droit, qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

²¹⁰ COM (2011) 681 final, préc., « Pour la majorité des petites et moyennes entreprises, en particulier les micro-entreprises, le processus de RSE restera probablement informel et intuitif ».

²¹¹ POTHIER Robert, *Œuvres de Pothier*, Paris, Siffrein, t. 1, 1824, p. 77 : « On appelle obligations *imparfaites* les obligations dont nous ne sommes comptables qu'à Dieu, et qui ne donne aucun droit à personne d'en exiger l'accomplissement ».

²¹² À condition de précision suffisante de ces clauses et de leur mise en œuvre effective en cas de violation. V^o l'étude réalisée par les sociétés de conseil Affectio mutandi et Ecovadis, *Le contrat et les clauses RSE, leviers incontournables de vigilance, Etude croisée 2018 acheteurs-fournisseurs* sur les clauses contractuelles RSE, avril 2018, 70 p., v. p.15 : « L'étude révèle une écrasante majorité (plus de 75%) de clauses formulant des principes généraux, moins de 5% fixant des objectifs précis » ; p.17 : « Si 75% des répondants prévoient un mécanisme de sanction en cas de non-respect de la clause RSE, seuls 12% l'ont déjà mis en œuvre. »

²¹³ Commission européenne, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Livre vert, COM (2001) 366, spéc. 1 : « Un nombre croissant d'entreprises européennes promeuvent leurs stratégies de responsabilité sociale en réponse à une série de pressions sociales, environnementales et économiques. Elles visent à envoyer un signal aux différentes parties prenantes auxquelles elles ont affaire : salariés, actionnaires, investisseurs, consommateurs, pouvoirs publics et ONG ».

²¹⁴ DE QUENAUDON René, « Le développement durable, la RSE et le droit ou la rencontre de trois ordres imaginaires », HAL, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01322694>, 28 mai 2016, p. 3

l'adoption d'engagements volontaires²¹⁵, « considérées comme complémentaires de la législation et des contrôles des pouvoirs publics »²¹⁶, il faut constater que le législateur est amené à encadrer ces pratiques par l'adoption de dispositions législatives contraignantes qui viennent réduire l'aspect volontaire de la RSE (**Chapitre II**).

CHAPITRE 1 LE CONCEPT DE RSE ACCUEILLI PAR LE DROIT

32. Les sources et fondements de la RSE sont nombreux et leur interprétations tout aussi multiples. Dressant son historique, le professeur René de Quenaudon y voit un « entrelacs de subjectivité et d'objectivité », entre mécénat, paternalisme patronal, origine religieuse (doctrine sociale de l'Eglise) ou utopiste. Il distingue trois conceptions non exclusives les unes des autres : une conception *utilitariste* selon laquelle la RSE permet un retour financier, une conception *éthique* selon qu'elle permette l'intégration de « valeurs », et une conception contemporaine, *soutenable* ou de *l'entreprise durable* qui s'est développée à partir des années 1990 où « la RSE est alors entendue comme la mise en œuvre du développement durable par l'entreprise »²¹⁷. En ce sens, le développement durable – et dans sa version renouvelée de transition écologique – constitue le vecteur essentiel d'intégration de la RSE dans le droit.

Les juristes ont tardé à s'intéresser à la RSE qui fut pendant un certain temps considérée comme appartenant aux sciences économiques et de gestion. Toutefois, un tournant s'opère essentiellement dans les années 2010²¹⁸ et différentes réflexions sont désormais proposées pour saisir juridiquement le comportement par lequel une entreprise adopte volontairement des engagements vis-à-vis des effets qu'elle exerce sur la société et l'environnement²¹⁹. Le caractère volontaire d'engagements privés de sanctions questionne. Aussi, la RSE apparaît comme la manifestation d'une volonté de l'entreprise d'élargir sa responsabilité au-delà de

²¹⁵ Ces engagements volontaires ne sont pas exclusifs d'autres déterminants du droit positif dans le domaine de la RSE telles que les normes sociales ou ce que certains auteurs appellent les « forces sous-jacentes » qui participent d'un « nouvel espace de normativité », liées à l'éthique et à l'auto-régulation de la société civile : HANNOUN Charley, VERNAC Stéphane, « La RSE ou l'essor de l'entreprise-providence », in *Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 424.

²¹⁶ COM (2001) 366, préc., spéc. 32

²¹⁷ DE QUENAUDON René, « Responsabilité sociale des entreprises », in *Répertoire de droit du travail*, octobre 2017, spéc.11-14.

²¹⁸ V° not. TRÉBULLE François-Guy, UZAN Odile, *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés droit et gestion*, Economica, coll. Etudes juridiques, n°42, 2011, p.3

²¹⁹ COM (2011) 681 final, préc.

la seule responsabilité juridique prévue par le droit positif²²⁰. Selon la métaphore du professeur François-Guy Trébulle, « à l'entreprise nucléaire succède une entreprise réticulaire »²²¹, c'est-à-dire que l'entreprise étend sa responsabilité par une conception de ses frontières qui dépassent le seul périmètre de la personnalité morale de la société²²². Elle décide ainsi de considérer d'autres enjeux et d'élargir le spectre de son intérêt social. Par cette approche, la RSE ne se résume pas au but social – lucratif – de la société commerciale, c'est-à-dire au partage des résultats entre les associés. Une telle conception s'inscrit en opposition à la formule de l'économiste Milton Friedman qui critique dans les années 1970, l'idée exprimée par Howard Bowen selon laquelle l'entreprise possède une responsabilité sociale²²³ et affirme alors que « la seule responsabilité sociale de l'entreprise est d'augmenter ses profits »²²⁴. En réalité, cette affirmation ne s'oppose pas totalement à la RSE, du moins s'il est fait référence à ses origines lorsqu'au XIX^{ème} siècle, par des considérations liées à l'optimisation organisationnelle de l'entreprise, elle contribue à maximiser les résultats de l'entreprise. La RSE apparaît à cette période sous la forme d'un « paternalisme »²²⁵ au sein des premières manufactures et ateliers. L'entrepreneur est bienveillant est fait preuve d'une responsabilité sociale dans une entreprise à taille humaine.

²²⁰ V° sur le concept d'« entreprise élargie» ROLLAND Blandine, « 3 questions – Un nouveau concept : l'entreprise élargie ? », JCP E, n°42, 18 oct. 2018, veille, p. 783 : « La définition de l'entreprise est toujours en discussion pour les juristes ! L'entreprise est difficilement cernée par le droit en raison de son absence de personnalité juridique. L'accent est plutôt mis sur la personne, notamment la société qui exploite l'entreprise. Mais, en pratique, une entreprise n'est pas constituée d'une seule personne morale.(...) L'actualité incite à élargir encore le périmètre de l'entreprise. Il convient d'intégrer à l'entreprise traditionnelle sa chaîne d'approvisionnement (supply chain) constituée de ses fournisseurs de matières premières, de biens et de services, le cas échéant de ses sous-traitants ou prestataires extérieurs, si ces fonctions ne sont pas remplies dans le cadre du groupe de sociétés lui-même, mais sont externalisées. Bref, l'entreprise élargie s'étend à l'ensemble de ce qu'il est convenu d'appeler sa « chaîne de valeur. » ; v. aussi le colloque consacré à cette thématique par le Centre Européen de recherche sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes (CERDACC), « L'entreprise élargie. Contribution de la RSE à la construction d'un concept », Université de Haute Alsace, 25 octobre 2018 ; l'entreprise élargie est par ailleurs une expression déjà présente chez le chef du département des relations sociales de Renault en 2002, SCIBERRAS Jean-Christophe, « L'irrigation de l'entreprise par les nouvelles technologies de l'information et de la communication : le point de vue d'un praticien », Droit social, n°1, 10 janvier 2002, p. 93 : « Les frontières de l'entreprise bougent aussi : la notion "d'entreprise élargie", qui vise notamment à rendre compte du rôle des fournisseurs dans la conception et non plus seulement dans la production, émerge. » ; v. également TRÉBULLE François-Guy, « Quelle entreprise face au changement climatique ? », D. n°39, 12 nov. 2015, p. 2272 : « Au-delà du droit des sociétés, le droit de l'environnement, comme celui applicable aux produits et désormais en matière sociale, invite à envisager l'entreprise élargie ; une entreprise dont les obligations sont entendues au-delà de la personne morale dont il s'agit, non seulement aux membres d'un groupe, mais également aux fournisseurs et sous-traitants.» ;

²²¹ TRÉBULLE François-Guy, « Rapport introductif : Qu'est-ce que "l'entreprise élargie" ? », CERDACC, « L'entreprise élargie. Contribution de la RSE à la construction d'un concept », Université de Haute Alsace, colloque du 25 octobre 2018.

²²² TRÉBULLE François-Guy, « Les frontières de l'entreprise vues au prisme des enjeux environnementaux », Cahiers de droit de l'entreprise, n°5, septembre 2017, dossier, p.29 : « Le droit des sociétés, principal instrument d'accompagnement juridique de l'entreprise, s'est développé sur le mythe de l'autonomie de la personne morale qui semble s'opposer à de possibles actions en responsabilité. Aux frontières liées à la personnalité morale, il faut ajouter celles tenant aux contraintes matérielles qui viennent couper le lien entre les producteurs et les nuisances liées aux produits commercialisés.»

²²³ HOWARD Bowen, *Social Responsibilities of the Businessman*, University of Iowa Press, 2013 [1953], 298 p.

²²⁴ FRIEDMAN Milton, « The social responsibility of business is to increase its profits », The New York Times Magazine, 13 septembre 1970 : «What does it mean to say that "business" has responsibilities ? Only people can have responsibilities. A corporation is an artificial person and in this sense may have artificial responsibilities, but "business" as a whole cannot be said to have responsibilities, even in this vague sense. (...) There is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud ».

²²⁵ *Supra*.

33. À compter de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, l'Etat élabore des politiques d'aménagement et d'industrialisation du territoire parallèlement à une forte croissance économique. La RSE passe alors au second plan pour les entreprises, puisque le législateur adopte des lois relatives à la protection sociale il n'est plus nécessaire d'adopter des engagements en ce sens. Parallèlement, le droit de l'environnement commence à se développer²²⁶. Mais c'est davantage au niveau international, lors de la déclaration de Stockholm sur l'environnement le 16 juin 1972, qu'est d'abord affirmé le droit fondamental de l'homme à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes dans un environnement dont la qualité lui permettra de vivre dans la dignité et le bien-être. Il est également affirmé dans ce même texte, que les ressources naturelles du globe, y compris l'air, l'eau, la terre, la flore et la faune, doivent être préservés dans l'intérêt des générations présentes et à venir. Ces préoccupations sont par la suite cristallisées dans la notion de développement durable définie dans le rapport Brundtland de 1987²²⁷ et reprise lors du Sommet de Rio en 1992²²⁸.
34. A ce moment de l'histoire, il semble que l'entrepreneur paternaliste relève définitivement du passé et que l'Etat assure désormais la protection des individus et de l'environnement de manière pleinement satisfaisante. Or, c'est à compter de cette période qu'apparaissent les codes de conduite, chartes éthiques et autres instruments qui formalisent des engagements volontaires. Les juristes s'intéressent à ce droit post-moderne à travers une question récurrente : celle de savoir quelle est la valeur juridique de ces engagements et plus généralement, si la RSE relève du droit en raison de l'absence de faculté de contraindre ? Cette période d'interrogation présente une longueur et une constance qui s'étend des années 1980 jusqu'à aujourd'hui. Peuvent par exemple être relevés dans les publications y relatives : en 1982, « Réflexions sur les codes de conduite privés »²²⁹ ; en 1996, « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement »²³⁰ ; en 2005, « La responsabilité sociale de l'entreprise fait-elle partie

²²⁶ C'est par exemple la première loi sur l'eau n°64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution. Par ailleurs, sous la présidence de Georges Pompidou, Robert Poujade devient pour la première fois, le 7 janvier 1971, ministre délégué auprès du premier ministre, chargé de la protection de la nature et de l'environnement.

²²⁷ BRUNDTLAND Gro Harlem (dir.), Commission des Nations-Unies sur l'Environnement et le Développement, *Notre avenir à tous*, rapport, 20 mars 1987, 349 p.

²²⁸ Supra.

²²⁹ FARJAT Gérard, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, Litec, 1982, pp. 47- 66.

²³⁰ RACINE Jean-Baptiste, « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », RJE, 1996/4, pp. 409-424

du droit ? »²³¹ ; en 2011 « Quel droit pour la RSE ? »²³² ; en 2016, la RSE « est-elle soluble dans le droit »²³³ ?

35. Il faut alors saisir l'existence de la *notion* RSE dans le droit en précisant ses contours par ses origines historiques et morales, afin de vérifier - conformément à la méthode employée par François GénY ou Emmanuel Gaillard - si la RSE est un *concept juridique*²³⁴, c'est-à-dire une « construction de l'esprit »²³⁵ qui relève du droit malgré sa qualification persistante de droit souple qui peut conduire à des incertitudes relatives à sa « juridicité », c'est-à-dire à son appartenance au droit²³⁶ (**Section I**). Basculant de la notion au concept, la réception de la RSE dans le droit se réalise par la multiplication des sources textuelles qui lui sont identifiables, tant au niveau des définitions données par le droit de l'Union européenne, que dans le droit interne avec la possibilité d'identifier des sources anciennes et contemporaines, constitutionnelles et législatives de la RSE (**Section II**).

²³¹ MEYER Francis, « La responsabilité sociale de l'entreprise ; un concept juridique ? », *Le droit ouvrier*, mai 2005, p. 185 : « Les normes qui accompagnent la mise en oeuvre de la RSE ne sont pas édictées par l'autorité publique, elles n'ont pas de valeur impérative, ne font pas l'objet d'une sanction civile ou pénale. ».

²³² TRÉBULLE François Guy, « Propos introductif : Quel droit pour la RSE ? », in TRÉBULLE François Guy, UZAN Odile (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés droit et gestion*, Economica, coll. Etudes juridiques, n°42, 2011, p.3

²³³ DE QUENAUDON René, « Le développement durable, la RSE et le droit ou la rencontre de trois ordres imaginaires », HAL, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01322694>, 28 mai 2016

²³⁴ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.17 : « Le concept se distingue de la notion, plus intuitive, par la précision de ses traits. La notion se découvre alors que le concept se construit. ». Pour cet auteur aboutir à un concept juridique, nécessite préalablement de s'assurer de l'existence de la notion et d'en avoir précisé les contours, c'est seulement une fois ce travail effectué, qu'il peut être envisagé d'en faire un concept juridique, voire une véritable théorie. ; GENY François, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1913, T. 1, 236 p., pp.146-149, l'auteur range le «concept» dans les instruments de la pensée juridique qui permettent un travail d'abstraction tout comme le permet la notion, la définition, la classification, le mot, la formule, les divisions, les hypothèses, les jugements, qui permettent d'arriver à « la vérité juridique » ; il distingue les dénominations de notion du concept, pour désigner « tantôt par son résultat, tantôt par la manière de l'atteindre, cette entité, qui n'est autre que l'idée générale de l'objet proposé au travail de l'esprit ». GénY précise que « le concept apparaît principalement comme le résultat d'un effort de l'esprit, en vue de saisir, dans une représentation dominante, l'essence logique des choses. (...) la vertu du concept réside fondamentalement dans l'analogie qu'il manifeste ». Applicable à la responsabilité sociétale des entreprises, le concept de RSE peut être perçu comme ce que GénY désigne par «moyen intellectuel de pénétration des choses» ou «moyen purement technique de mise en oeuvre des réalités juridiques», à la condition de ne jamais perdre de vue, dit GénY, que le concept reste un procédé artificiel qui, s'il aide à organiser la vie, celle-ci reste supérieur par la multiplicité et la variété de ses exigences.

²³⁵ STORCK Michel, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, 1982, p.7. A propos de la représentation comme concept juridique.

²³⁶ Selon PACLOT Yves, « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Rev. sociétés*, 2011, p.395, le terme « juridicité » a été formé par les sociologues dans les années 1950 et repris par Jean Carbonnier: v. CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige manuel, 4ème éd°, 2016, p.305 : «Le droit, les phénomènes juridiques sont inclus dans la masse des phénomène sociaux. La part de société qui est juridique doit être séparée du reste, qui n'est pas. C'est une exigence rationnelle pour la sociologie: avant de s'aventurer dans le droit, il lui faut se convaincre de la spécificité du juridique – ce que l'on appelle juridicité. ».

Section 1 La RSE, de la notion politique et morale au concept juridique

36. D'une notion d'abord politique et morale, la responsabilité sociale de l'entreprise a évolué vers un véritable concept juridique. Historiquement, il est possible de situer les prémisses d'une RSE à compter du XIX^{ème} siècle sous la terminologie première de responsabilité sociale, lorsqu'apparaît un nouveau processus structuré et répété de production des biens au sein de manufactures et d'ateliers, exigeant le regroupement et la fidélisation de nombreux ouvriers afin d'éviter une main d'œuvre inconstante²³⁷. La conception de la RSE est alors « utilitariste », mais également « éthique »²³⁸. Certains patrons minoritaires se comportent à contre-courant de l'essentiel des pratiques liées au phénomène d'industrialisation²³⁹ et de ce que la législation exige. Ils se soucient véritablement des conditions de travail et du bien-être de leurs employés. Ce courant semble trouver ses origines dans l'idée de « contrat social » développée par Rousseau²⁴⁰ et de sa forme qui en dérive après la Révolution à travers « l'homme social », c'est-à-dire l'homme qui n'a de droits que ceux qu'il tient de ce pacte social²⁴¹. La notion de « responsabilité sociale », formulée sous ce vocable peut semble-t-il, être identifiée dans la littérature juridique dès le début du XIX^{ème} siècle, mais celle-ci vise tout d'abord l'individu. Joseph Naudet, indique en 1819 que :

« La responsabilité est dans l'essence de l'homme ; elle existe avant les cités, avant les lois humaines. Si les lois humaines essayaient de l'abroger ou de la suspendre, elle resterait entière, imprescriptible ; elle est de droit naturel. Puisque l'homme est un être doué de raison, puisqu'il a la faculté de penser et la faculté du libre arbitre, il est responsable envers Dieu, envers ses semblables. Dès qu'il entre dans une cité, sa responsabilité se multiplie avec ses rapports et ses

²³⁷ LE PLAY Frédéric, *La réforme sociale en France*, op. cit., p. 464 et s. ; HOMMEL Thierry, « Paternalisme et RSE : continuités et discontinuités de deux modes d'organisation industrielle », *Entreprise et histoire*, 2006/4, n°45, p.178 ; EDELBLUTTE Simon, « Paternalisme et territoires politiques dans la France de la seconde révolution industrielle : Un regard rétrospectif sur les liens entre firmes et territoires communaux », *Revue Géographique de l'Est [En ligne]*, vol. 50, 3-4, 2010.

²³⁸ DE QUENAUDON René, « Responsabilité sociale des entreprises », in *Répertoire de droit du travail*, octobre 2017, spéc.11-14.

²³⁹ V° par exemple ZOLA Emile., *L'assommoir*, 1877: « Lantier se mit à attaquer aussi les patrons. Oh ! il voyait clair, il disait ses vérités à chacun. Une sale race après tout, des exploiters sans vergogne, des mangeurs de monde. Lui, Dieu merci ! pouvait dormir la conscience tranquille, car il s'était toujours conduit en ami avec ses hommes, et avait préféré ne pas gagner des millions comme les autres. ».

²⁴⁰ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Le contrat social ou Principes du droit politique*, Paris, Felix Alcan, 1896, [1762], p. 29 : « Forme d'association qui défend et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant. ». A rapp. De ROSE Jean-Jacques (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise. Pour un nouveau contrat social*, De Boeck supérieur, coll. Méthodes & Recherches, 2006, 408 p.

²⁴¹ V° LAROCHE Pierre-Claude, *Observations sur la Déclaration des droits et devoirs de l'homme et du citoyen*, Paris, éd. Baudouin, 1799, 38 p., p. 4 : « L'homme indépendant a droit à tout ce qu'il désire; sa volonté, sa force, sont ses titres ; il est le maître absolu de tout ce qu'il peut, et sa puissance n'a de bornes que le terme de ses facultés. L'homme social, au contraire, n'a de droits que ceux qu'il tient du pacte. ».

devoirs : *c'est la responsabilité sociale*. A mesure que des conditions nouvelles créent pour lui de nouvelles obligations, il se charge d'une nouvelle responsabilité. »²⁴²

37. Selon ce texte, la responsabilité sociale réside dans la responsabilité de chacun dans la cité, en Société, *a fortiori*, elle s'applique avec d'autant plus de force pour l'entrepreneur qu'il entretient de rapports par le biais de son activité économique. Cependant, la notion de responsabilité sociale, même traduite en un paternalisme industriel bienveillant, ne « résista » pas aux effets néfastes de l'industrialisation croissante à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle²⁴³, de tel sorte qu'il causa parfois de graves conséquences sur les hommes et l'environnement²⁴⁴. Les effets néfastes issus de l'industrialisation furent à l'origine d'une réflexion progressive sur la nécessité d'encadrer le développement économique, d'abord par paternalisme avec la notion de responsabilité sociale davantage dirigée vers la protection des travailleurs, puis plus tard, par la volonté de concilier développement économique et protection de l'environnement avec le développement durable. La notion de responsabilité sociale évolue alors en responsabilité sociétale et environnementale (I). Au-delà de cette présentation chronologique de la RSE à l'état de simple notion, il faut encore en préciser sa justification essentiellement morale à travers la « formation d'un cadre de pensée qui forge le for de la conscience au sein d'une époque »²⁴⁵. Construite relativement à la responsabilité juridique, la RSE est conçue comme la responsabilité d'une personne au-delà de sa seule responsabilité juridique, de telle sorte qu'elle fut accueillie dans le droit à travers la qualification, donnée par les auteurs, de « droit souple » ou de « droit post-moderne ». En tant que norme élaborée par des personnes de droit privé et dénuée de contrainte, une place est ainsi reconnue à la RSE dans le droit. (II).

²⁴² NAUDET Joseph, *De la responsabilité graduelle des agents du pouvoir exécutif*, Paris, Delaunay, 1819, 46 p., p. 6, nous soulignons.

²⁴³ V° BRAUDEL Fernand, *L'identité de la France. Les hommes et les choses*, Arthaud – Flammarion, 1986. Notamment par le développement de la machine à vapeur, du charbon, des chemins de fer, puis de l'électricité et du pétrole ainsi que par la découverte de nouveaux matériaux (alliages et aluminium) et molécules chimiques.

²⁴⁴ C'est par exemple le cas de la pollution causée par l'industrie de l'aluminium qui ruine l'agriculture locale située à la périphérie des usines, poussant les paysans à devenir ouvriers, attirés par les conditions sociales offertes par le paternalisme industriel, mais subissant des conditions de travail nocives pour leur santé : FRIEDENSON Patrick (dir.), *Industrialisation et sociétés d'Europe occidentale, 1880-1970*, Paris, Les éditions ouvrières, 1997, 271 p., pp. 38-41.

²⁴⁵ HANNOUN Charley, VERNAC Stéphane, « La RSE ou l'essor de l'entreprise-providence », in *Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 424.

I. Du paternalisme industriel à la notion de RSE

38. La RSE naît d'abord d'un choix volontaire de certains entrepreneurs, ancrés dans leur territoire et en contact avec leurs ouvriers. Le paternalisme²⁴⁶ déployé par l'entrepreneur à travers la mise en place d'engagements de « responsabilité sociale », s'explique alors par la volonté d'attirer et de fidéliser une main d'œuvre en périphérie des villes²⁴⁷. Par ce comportement, l'entrepreneur adopte un rôle qu'on peut qualifier de bienveillant ou de « paternaliste » à l'égard de ses ouvriers. C'est ainsi dans la petite ou moyenne entreprise à taille humaine, qu'apparaît une première forme de responsabilité sociale sur une période qui s'étend du début du XIXe siècle jusqu'à la deuxième guerre mondiale. L'entrepreneur porte un intérêt particulier aux conditions de travail de ses salariés, mais également aux conditions de vie en dehors du lieu de travail, y compris l'environnement dans lequel lui-même et ses salariés évoluent (A).
39. Après 1945, s'opère en quelque sorte une « dépersonnification » de l'entreprise telle qu'incarner par un dirigeant paternaliste²⁴⁸. Michel Despax observe un phénomène de dissociation entre l'entrepreneur et l'entreprise, il relève que : « autrefois simple élément du patrimoine de l'entrepreneur, l'entreprise se transforme peu à peu en une personne morale autonome »²⁴⁹. Mais c'est surtout l'avènement de « l'entreprise moderne », déjà initiée par la libéralisation des sociétés anonymes²⁵⁰ qui permet l'augmentation du capital social à travers un plus grand nombre d'actionnaires²⁵¹. En lien avec l'augmentation de la taille des entreprises et le besoin croissant de capitaux pour réaliser de plus vastes

²⁴⁶ EDELBLUTTE Simon, « Paternalisme et territoires politiques dans la France de la seconde révolution industrielle : Un regard rétrospectif sur les liens entre firmes et territoires communaux », *Revue Géographique de l'Est* [En ligne], vol. 50, 3-4, 2010, spéc. 4 : Comportement qui « revient à se conduire comme un père envers d'autres personnes sur lesquelles on exerce ou tente d'exercer une autorité. Sa définition et son sens ont aujourd'hui une connotation péjorative prononcée qui n'existait pas à l'époque, l'essentiel des ouvriers étant largement consentant face à cette politique. Elle est en effet une amélioration sensible de leur sort par rapport à ce qui prévalait au temps proto-industriels ou surtout lors de la première révolution industrielle, où la dimension sociale des entreprises est encore loin d'être aboutie. Le pas de temps de 1850/1950, regroupant approximativement seconde révolution industrielle et fordisme, correspond donc l'apogée du paternalisme. » ; v. aussi HOMMEL Thierry, « Paternalisme », in POSTEL Nicolas, SOBEL Richard (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, [En ligne], Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2013, pp. 356-360 : « Le terme paternalisme fait écho à une doctrine d'organisation industrielle âprement critiquée par des auteurs comme Karl Marx, ou, plus récemment, Ivan Illitch et Michel Foucault. Le paternalisme s'affirme en rejetant vigoureusement le droit positif consacré par la Révolution qui proclame l'égalité en droit des citoyens. Il entend ré-ancrer l'organisation des responsabilités individuelles dans sur les lois naturelles. Ces lois naturelles assoient une immuable hiérarchie des statuts sociaux et des personnes et justifient la réhabilitation d'un mode de coordination entre individus de statuts différents fondé sur la responsabilité. Le couple hiérarchie-responsabilité individuelle contribue à la stabilité des systèmes sociaux en réinstaurant la réciprocité entre les faibles et les puissants : non, les Hommes ne sont pas égaux, pas en plus en talents qu'en capacité d'apprentissage ; oui, de ces inégalités naissent, pour les mieux dotés, les devoirs d'assistance et de protection, et pour les assistés, un devoir d'obéissance et de respect envers leurs bienfaiteurs. » ; LE PLAY Frédéric, *La réforme sociale en France*, précit., pp. 464-466.

²⁴⁷ *Infra*, not. LE PLAY Frédéric, précit.

²⁴⁸ V° par exemple CARLIOZ, *Le gouvernement des entreprises commerciales et industrielles*, Paris, Dunod, 1927, p.2 : « On ne conçoit pas plus une usine sans un directeur qu'un attelage sans son cocher qui le conduit, un navire sans capitaine qui le dirige, un Etat sans chef qui le gouverne. ».

²⁴⁹ DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, précit., p.196.

²⁵⁰ Loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales, art. 21 al.1 : « A l'avenir les sociétés anonymes pourront se former sans l'autorisation du gouvernement ».

²⁵¹ SEGRESTIN Blanche, « Une nouvelle « Modern Corporation » : relecture gestionnaire de l'ouvrage de Berle & Means », *Annales des Mines – Gérer et comprendre*, éd° Eska, 2011/2, n°104, p.124.

opérations l'entreprise multiplie les effets nés de son activité économique. Les Trente glorieuses sont alors une période de croissance économique sans précédent, cause également de dommages socio-environnementaux inédits. La multiplication d'accidents, de catastrophes et de scandales entraîne alors une réflexion sur l'insuffisance du droit alors qu'il relève de sa fonction de prévenir et d'empêcher leur survenance. La notion de responsabilité sociale prend alors une dimension nouvelle, parallèlement inspirée des travaux de la doctrine anglo-saxonne de la *Corporate social responsibility* qui met en avant la nécessité de prendre en compte les « parties prenantes » de l'entreprise²⁵². D'engagements en matière sociale à destination des ouvriers de l'entreprise, il s'agit à partir de la fin des années 1990, d'une responsabilité sociale élargie, inspirée du développement durable, elle est désormais sociétale et environnementale (B).

A. L'entrepreneur bienveillant socialement dans une entreprise à taille humaine

40. Dès le début de la Révolution industrielle au début du XIXe siècle, les dirigeants de certaines entreprises - le plus souvent à l'origine de leur constitution et de leur prospérité - se confondent avec elles²⁵³ et estiment qu'il est de leur responsabilité d'assurer volontairement certains engagements en raison de l'inexistence ou de la faiblesse d'exigences légales. Ce « patronage volontaire » ou « régime des engagements volontaires permanents »²⁵⁴ selon les travaux de Frédéric Le Play, est fondé sur l'entente mutuelle des populations ouvrières et des personnes qui dirigent les entreprises²⁵⁵. C'est donc au sein de ce que l'on nomme aujourd'hui les petites et moyennes entreprises que naît la RSE. Soit dans des entreprises où existent un fort *intuitus personae*, dont les parties (ouvrier ou

²⁵² HOWARD Bowen, *Social Responsibilities of the Businessman*, University of Iowa Press, 2013 [1953], 298 p. ; FREEMAN R. Edward, *Strategic Management : A Stakeholder Approach*, Boston, Cambridge University Press, 2010, 292 p. [Pitman Publishing, 1984]

²⁵³ EDELBLUTTE Simon, « Paternalisme et territoires politiques dans la France de la seconde révolution industrielle : Un regard rétrospectif sur les liens entre firmes et territoires communaux », préc., spéc. 5. ; v. aussi DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, p.13 : « L'entreprise et l'entrepreneur sont confondus, celle-ci étant en quelque sorte "englobée" dans la personnalité de celui-là, n'a pas d'existence juridique distincte de l'entrepreneur ».

²⁵⁴ LE PLAY Frédéric, *Les ouvriers européens*, Paris, imprimerie impériale, 1855, p.16. L'auteur distingue le régime des engagements momentanés et du travail sans engagements dans lequel « chaque travailleur est propriétaire ou chef d'industrie, où, par conséquent, il n'existe, à vrai dire, ni maîtres ni ouvriers », ce régime a pour défaut d'entraîner des ruptures fréquentes provoquées par l'inconstance des parties ; et le régime des engagements volontaires permanents dans lequel l'ouvrier est attaché à un patron par sa volonté, guidée elle-même par la coutume ou fixée par des contrats à longs termes, dans ce cas l'auteur indique que « quelques individus doués de l'idée de prévoyance, s'élèvent aux conditions supérieures et même à celles de propriétaires, de chef d'industrie et de rentiers, sous l'influence bienfaisante des patrons, des communautés ou des corporations. Les individus dépourvus de l'esprit de prévoyance trouvent au moins, sous la même influence, un certain minimum de bien-être. ».

²⁵⁵ LE PLAY Frédéric, *La réforme sociale en France : déduite de l'observation comparée des peuples européens*, Tours, A. Mame et fils, 1874, 5ème éd°, t.2, chap. 50, p.464 et s. ; v. aussi, BRANTS Victor, « Tisserand d'usine de Gladbach (Prusse Rhénane) », in LE PLAY Frédéric (dir.), *Société internationale des études pratiques d'économie sociale, Les ouvriers des deux mondes : études sur les travaux, la vie domestique et la condition morale des populations ouvrières des diverses contrées et sur les rapports qui les unissent aux autres classes*, Paris, Frimin-Didot et Cie, 1900, n°97, p. 362, §13 : « Le lecteur verra mieux alors avec quelle élévation le chef de la maison où travaille l'ouvrier a sans cesse pratiqué le devoir immuable du patronage : assurer la continuité du travail et la stabilité du personnel. " On ne quitte pas. " D'ailleurs, ce patronage, le chef l'a toujours compris de même que Le Play, (*La Réforme sociale en France*, chap. L, § 14): "Sous sa forme parfaite, le patronage volontaire ne vise pas à se perpétuer en excitant le besoin du bien-être matériel au milieu des ouvriers, il voudrait se rendre inutile en les acheminant par l'épargne vers l'indépendance."».

dirigeant) sont attachées à une relation de confiance mutuelle. Ainsi, Frédéric Le Play observe que « le régime du patronage se reconnaît surtout à une permanence de rapports maintenue par un ferme sentiment d'intérêts et de devoirs réciproques. L'ouvrier est convaincu que le bien-être dont il jouit est lié à la prospérité du patron. Celui-ci, de son côté, se croit toujours tenu de pourvoir, conformément à la tradition locale, aux besoins matériels et moraux de ses subordonnés »²⁵⁶. La Révolution industrielle se développe selon l'historien Fernand Braudel, au sein d'ateliers familiaux, de fabriques disséminées sur le territoire et d'entreprises compactes²⁵⁷, il indique : « d'ailleurs, c'est l'énorme poussée des *industries rurales* qui, dans toute l'Europe du XVIII^e siècle, accélère et décuple l'essor de la *fabrique* disséminée. Gêné à l'intérieur des villes, où la main-d'œuvre se défend contre lui et profite de salaires relativement élevés et de la cohésion des corps de métiers, le capitalisme marchand retrouve ses aises dans le travail des campagnes. »²⁵⁸.

41. Le patronage volontaire émerge en réalité à travers le besoin d'une organisation économique nouvelle, notamment rendu nécessaire par la « captation et la fixation d'une main d'œuvre alors éparse »²⁵⁹. Une grande proximité existe de ce fait entre le dirigeant et l'ouvrier qui vivent sur un même territoire. Comme le relève Simon Edelblutte, c'est souvent dans les territoires communaux que l'influence des industriels est la plus sensible à partir de la première moitié du XIX^e siècle et jusqu'à la seconde moitié du XX^e siècle, ils sont souvent investis dans la politique locale en tant que conseiller municipal, maire, conseiller général, député ou sénateur et, inspirés du mouvement du catholicisme social possèdent « une haute idée de leur rôle vis-à-vis d'ouvriers qu'ils veulent avant tout protéger et non pas forcément contrôler ». De plus, pour pallier les carences de l'Etat et des collectivités locales - qui n'ont pas l'interventionnisme et les compétences d'aujourd'hui en matière sociale et d'aménagement économique du territoire – l'industriel revêt un rôle d'aménageur par le développement d'équipements économiques et sociaux²⁶⁰. Il y a dans la naissance de la responsabilité sociale, la volonté de l'entrepreneur de développer son activité, la nécessité de fidéliser une main d'œuvre qualifiée par la

²⁵⁶ LE PLAY Frédéric, *La réforme sociale en France*, précit., pp. 464-466.

²⁵⁷ BRAUDEL Fernand, *L'identité de la France. Les hommes et les choses*, Arthaud – Flammarion, 1986, p. 271. Selon l'auteur, « l'entreprise compacte » est rassemblée en un point donnée, manufacture, fabrique, usine : « Dans cet ultime catégorie, il s'agit précisément de faire place à la concentration ouvrière qui va mettre longtemps à imposer ses bouleversements et ses rigueurs. Le résultat final sera le rassemblement, sur un espace étroit, d'ateliers aux métiers différents, soit un changement d'étage et d'ordre de grandeur. ».

²⁵⁸ BRAUDEL Fernand, *L'identité de la France. Les hommes et les choses*, Arthaud – Flammarion, 1986, p. 271.

²⁵⁹ HOMMEL Thierry, « Paternalisme et RSE : continuités et discontinuités de deux modes d'organisation industrielle », *Entreprise et histoire*, 2006/4, n°45, p.178 ; LE PLAY Frédéric, *La réforme sociale en France*, op. cit., p. 464 et s. : « Les propriétaires des ateliers de travail et des capitaux qui en fécondent l'emploi, ont intérêt à grouper autour d'eux divers genres de collaborateurs, et notamment ceux qui fournissent le travail manuel. Ces derniers ont également besoin d'échanger leurs services contre des gages et des salaires. Ces rapports acquièrent toute leur perfection, lorsque, au lieu de pourvoir seulement à ces intérêts matériels, ils procurent en outre les satisfactions morales qui se développent spontanément par l'accord des deux classes. Tel est l'état de choses qui se produit quand les chefs jouissent du respect et du dévouement de leurs ouvriers, et quand ceux-ci peuvent compter qu'une protection affectueuse les aidera à conjurer l'effet de leurs vices et de leur improvoyance. ».

²⁶⁰ EDELBLUTTE Simon, op. cit., spéc. 11 et s. L'auteur relève que l'industriel se fait architecte ou aménageur à l'origine de la construction de logements pour les ouvrier, d'équipements économiques (magasin, coopératives, fermes...) et sociaux (crèches, écoles, foyers, stades...) ou encore d'infrastructures diverses (voies ferrées de raccordement, port...), v. spéc. 20 et s. avec l'exemple de la ville-usine de wagons De Dietrich à Lunéville en Lorraine.

procuration de conditions de travail et de vie attractives. Ce qui n'est pas sans lien avec certaines PME d'aujourd'hui, dont les dirigeants, souvent associés fondateurs, se confondent avec la personne morale qu'ils dirigent et sont amenés à être au plus proche des préoccupations des salariés de la société .

42. Au XIX^{ème} siècle, le paternalisme se traduit par exemple par la prévention des accidents de travail²⁶¹, avant que ne se pose la question de « la responsabilité des accidents de fabrique »²⁶² et l'adoption de la loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail²⁶³. On relève avant cette loi, une thèse de 1888 consacrée à « la responsabilité des patrons en matière d'accidents en droit français »²⁶⁴. Son auteur, Joseph Blanc, mentionne ainsi en Suisse l'existence de chefs d'industrie « bienfaisants » travaillant à l'amélioration du sort des classes ouvrières, s'imposant des sacrifices parfois fort lourds, créant des établissements charitables et des caisses de secours pour venir en aide aux populations ouvrières : « il n'est point rare de trouver dans une usine un peu importante des caisses de retraite et de prévoyance, des fourneaux économiques, des cités et maisons ouvrières, des cercles et bibliothèques, etc. »²⁶⁵. Le paternalisme peut alors être considéré comme un : « système régissant les relations entre employeur et salariés d'une entreprise dans leur totalité. En d'autres termes, c'est un système à vocation non universelle mais intégral. Il naît dans la sphère du travail mais vise à intégrer donc à protéger l'homme avant, pendant et après, à l'échelle de la journée, de la semaine, de la vie »²⁶⁶.
43. Le paternalisme se concrétise également par la construction de cités ouvrières comme le « Familistère » fondé par Jean-Baptiste Godin dans la commune de Guise dans l'Aisne²⁶⁷. Les cités ouvrières sont composées par exemple d'habitations avec jardins, reliées à une alimentation en eau potable, ou encore comportant des fosses septiques qui permettaient, non seulement d'éviter les désagréments liés aux odeurs mais aussi de traiter l'eau afin qu'elle puisse s'écouler sans inconvénients²⁶⁸. Ces mesures d'hygiène permettaient

²⁶¹ Selon BLANC Joseph, *Des délits des esclaves, en droit romain. De la responsabilité des patrons en matière d'accidents, en droit français*, Thèse, Grenoble, 1888, p. 106, « les accidents mortels, en France, ont plus que doublé de la période 1821-1836 à la période de 1836-1860 (...) Leur accroissement relatif à la population est très sensible : 15 pour 10 000 habitants dans la première période, et 28 pour 10 000 habitans dans la seconde période. ».

²⁶² VAVASSEUR Auguste, *De la responsabilité des accidents de fabrique*, Paris, Marchal-Billard et Cie, 1881, 75 p.

²⁶³ V° la loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail, JORF, 10 avril 1898, p. 2209. Législation inspirée du modèle suisse avec une loi fédérale du 1er juillet 1875 sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur, à l'occasion des accidents entraînant mort d'homme ou lésion corporelle. V° Joseph Blanc, *infra*, p. 279.

²⁶⁴ BLANC Joseph, *Des délits des esclaves, en droit romain. De la responsabilité des patrons en matière d'accidents, en droit français*, Thèse, Grenoble, impr. Chaspoul, 1888, pp. 286-287.

²⁶⁵ *Ibid.*, p.287.

²⁶⁶ GUESLIN André, « Le paternalisme revisité en Europe occidentale », *Genèses*, mars 1992, vol.7, n°7, pp. 201-211.

²⁶⁷ GODIN Jean-Baptiste, *Solutions sociales*, Paris, A. Le Chavalier, 1871, 664 p. Inspiré des travaux de Charles Fourier sur l'architecture sociale. V° sur les « microsociétés expérimentales » créées par des entrepreneurs DAVID Patricia, « La responsabilité sociale des entreprises (RSE) dans la maîtrise des risques : une nouvelle utopie ? Le management chez Bata », *Responsabilité et environnement*, n°55, juillet 2009, p.42.

²⁶⁸ Société industrielle de l'Est (Nancy), *Bulletin de la Société industrielle de l'Est*, n°127, 2^{ème} semestre 1916, pp.33-36. V. aussi GUESLIN André, « Le paternalisme revisité en Europe occidentale », *Genèses*, mars 1992, vol.7, n°7, pp.201-211

d'assurer la bonne santé des ouvriers et indirectement de leur offrir un environnement de qualité, véritables prémisses d'un droit de vivre dans un environnement sain tel qu'il est aujourd'hui conçu²⁶⁹. A cette époque, la situation des ouvriers sous les ordres d'un patron bienveillant est alors bien plus avantageuse que celle des ouvriers des *Temps modernes* et du taylorisme, qui par « l'organisation scientifique du travail », atteint le paroxysme de l'ouvrier se trouvant « réduit à un jeu de forces physiques asservi à la cadence de la chaîne de production »²⁷⁰.

44. S'il peut effectivement y avoir une « dimension utilitariste cachée »²⁷¹ pour l'entrepreneur, qui dispose ainsi de salariés motivés et aptes au travail, il reste que ces salariés bénéficient de conditions de travail supérieures aux standards inexistants ou requis par une législation encore balbutiante dans ce domaine²⁷². Aussi, pour anticiper toute recherche de responsabilité juridique²⁷³, au moment même où la conception moderne de la responsabilité émerge dans la jurisprudence²⁷⁴ - essentiellement sur le fondement de la théorie des risques²⁷⁵, l'industriel bienveillant assume une responsabilité qualifiable de

²⁶⁹ Article L110-2 du code de l'environnement : « Les lois et règlements organisent le droit de chacun à un environnement sain. Ils contribuent à assurer un équilibre harmonieux entre les zones urbaines et les zones rurales ainsi que la préservation et l'utilisation durable des continuités écologiques. Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement, y compris nocturne. Les personnes publiques et privées doivent, dans toutes leurs activités, se conformer aux mêmes exigences. ».

²⁷⁰ SUPIOT Alain, *La gouvernance par les nombre*, Fayard, Poids et mesures du monde, 2015, p. 41

²⁷¹ DE QUENAUDON René, « Responsabilité sociale des entreprises », in *Répertoire de droit du travail*, octobre 2017, spéc. 13.

²⁷² Ce n'est qu'à partir de 1841 qu'apparaît une véritable législation du droit du travail avec une loi du 22 mars 1841 relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines et ateliers, interdisant le travail des enfants de moins de huit ans et posant le principe d'inspections. Néanmoins, v° BLANC Joseph, th. préc., qui relève des lois de police et d'industrie qui se préoccupent indirectement ou timidement de la sécurité des ouvriers dès la fin du XVIIIe siècle : loi du 19 juillet 1791; arrêté du 3 germinal an IX sur les laminoirs, moutons, presses, balanciers et coupleurs; ordonnance du 4 prairial an IX concernant l'emploi de ces divers engins. Puis au XIXe siècle : décret du 15 octobre 1810 et ordonnance du 14 janvier 1815 sur les manufactures et ateliers insalubres, incommodes et dangereux, ordonnance du 24 octobre 1823 sur les bâtiments qui menacent ruine, décret du 25 janvier 1865, remplacé par un décret du 30 avril 1880 relatif aux chaudières à vapeur, loi du 18 juin 1870 sur le transport par eau et par terre des marchandises dangereuses, décret du 12 août 1874 qui détermine la nomenclature des matières explosibles, etc.

²⁷³ A défaut d'une législation précise en matière de responsabilité en droit du travail (aujourd'hui codifiée aux articles L 4111-1 du code du travail), la victime engageait la responsabilité de l'employeur sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle des articles 1832 ou 1833 du Code civil. V° sur ce point les nombreux arrêts cités par BLANC Joseph, th. préc., p.119 et s. : « Ainsi donc les tribunaux français ont toujours jugé et jugent encore, en matière de responsabilité, comme s'il n'y avait entre le patron et l'ouvrier aucun lien de droit préexistant (...) La notion du délit suffit au magistrat; l'idée du contrat lui paraît étrangère à la question. La faute délictuelle est la cause nécessaire et suffisante de la responsabilité. ».

²⁷⁴ V. GAZZANIGA Jean-Louis, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1997, Tome 32, p.14 et s.

²⁷⁵ CHEVREAU Emmanuelle, MAUSEN Yves, BOUGLE Claire, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, coll. Objectif droit cours, 2ème éd°, 2011, pp. 284-285 : « A partir de la seconde moitié du XIXe siècle, le fondement unique de la faute cède sous l'effet conjugué des progrès techniques, de l'industrialisation et du machinisme. (...) la multiplication des accidents du travail vient témoigner des insuffisances de la théorie de la responsabilité pour faute, (...). L'arrêt *Teffaine* du 16 juin 1896 relatif à l'explosion d'une chaudière marque la réception par les juges de théories concurrentes de la faute, permettant l'indemnisation des victimes [obligation tacite de sécurité engageant le transporteur, présomption de faute du gardien de la chose, théorie du risque professionnel chez SALEILLES Raymond (*Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essai d'une théorie objective de la responsabilité*, Paris, Rousseau, 1897, 90 p.), théorie du risque crée chez JOSSERAND Louis (*De la responsabilité des choses inanimées*, Paris, Rousseau, 1897, 129 p.)]. »

morale²⁷⁶. Le législateur ne manque pas de reprendre ces avancées, puisque c'est entre la fin du XIX^{ème} siècle et la première moitié du XX^{ème}, que furent adoptées de grandes réformes et avancées sociales²⁷⁷, dont la création de la Sécurité sociale par ordonnance n°45-2259 du 4 octobre 1945. Les avancées législatives²⁷⁸ rattrapent par conséquent ces mouvements industriels spontanés et le droit intègre ce qui était alors considéré comme des avantages généreusement accordés par quelques industriels à leurs ouvriers.

45. A compter de la seconde moitié du XX^e siècle, dans un contexte européen d'après-guerre, la prise en charge du développement des territoires par les industriels laisse place à une planification de l'économie et de l'aménagement du territoire mise en place et menée par l'Etat²⁷⁹. Cette planification, qui a notamment pour objet de stimuler l'offre, la consommation et le développement industriel²⁸⁰, entraîne une croissance économique rapide et conduit parallèlement à la survenance d'effets néfastes croissants sur l'homme et l'environnement (pollution des sols, de l'air, bétonisation des côtes, défiguration des paysages par la multiplication de panneaux publicitaires, etc)²⁸¹. Emerge alors l'idée que la croissance ne peut se faire au détriment de la dégradation de l'environnement qui affecte directement ou indirectement les conditions de vie des personnes.

B. La conception soutenable de la RSE

46. La période des grandes avancées sociales de la fin du XIX^{ème} siècle jusqu'à la deuxième moitié du XX^{ème} siècle laisse place à de nouvelles préoccupations. Si les conditions de

²⁷⁶ Cette distinction entre responsabilité juridique et responsabilité morale est aussi bien présente chez les juristes que chez les sociologues, v° par exemple FAUCONNET Paul (dir. DURKHEIM Emile), *La responsabilité : étude de sociologie*, F.Alcan, Paris, 1920, p.14.

²⁷⁷ V° sur les grandes dates de l'histoire de la sécurité sociale le site internet www.securite-sociale.fr : Ces avancées s'inspirent de la création en 1881-1889 en Allemagne du premier système d'assurances sociales à l'initiative du Chancelier Bismarck, on relève outre la loi du 8 avril 1898 précitée relative à la protection contre les accidents du travail, la loi du 5 avril 1910 portant création du premier système interprofessionnel de retraite au bénéfice des salariés faiblement rémunérés des secteurs industriels et agricoles ; les lois du 5 avril 1928 et du 30 avril 1930 créant au bénéfice des salariés de l'industrie et du commerce le premier système complet et obligatoire d'assurances sociales (couverture des risques maladie, maternité, invalidité, vieillesse, décès).

²⁷⁸ Celles-ci ne sont pas toujours accueillies favorablement, v° par exemple la dénonciation des lois sur les accidents du travail ou l'assurance obligatoire par l'industriel GAUTHIER Jean-Baptiste, *Les blessés du travail devant la société*, Paris, impr. De Chaix, 1885, p.5 : « J'ai été chargé par ma chambre syndicale, de faire une étude de la loi sur les accidents dont les ouvriers sont victimes. Si cette loi devait passer dans notre législation, telle que nous la connaissons en première lecture, elle serait le point de départ d'un abaissement matériel et moral de notre pays : matériel, en ce qu'elle aurait pour effet de décourager l'esprit d'entreprises et de faire baisser la production ; moral, parce qu'elle porte atteinte au principe de la responsabilité, en facilitant la fraude. Cette loi aurait pour conséquence de faire passer à l'étranger les industries qui ne pourraient plus s'exercer en France sans crainte pour la fortune des patrons (...) ».

²⁷⁹ V° PASCALLON Pierre, *La planification de l'économie française*, Paris, Masson, coll. Droit, sciences économiques, 1974, p.7. Selon cet économiste, la planification est « bâtie sur la notion de solidarité, la société ne peut plus être considérée comme un ensemble de sphères privées, inviolables, comme un simple groupement d'individus libres et indépendants. L'élaboration d'une planification manifeste bien la croyance que le sort de l'homme n'est pas tant individuel que collectif, que sa réussite ne dépend pas tant de son libre arbitre individuel que d'un effort collectif ».

²⁸⁰ Par exemple, loi n°56-342 du 27 mars 1956 portant approbation du deuxième plan de modernisation et d'équipement, JORF, 1er avril 1956, p. 3183 ; loi n°71-567 du 15 juillet portant approbation du Vie Plan de développement économique et social, JO 16 juillet 1971, p.7003.

²⁸¹ V° en ce sens la série d'émissions documentaires intitulée « La France défigurée » au cours des années 1970 par l'Office national de radiodiffusion télévision française, institut national de l'audiovisuel [en ligne], ina.fr.

travail et le niveau de vie s'améliorent considérablement, les années 1970 marquent un basculement dans l'histoire de la croissance économique et du progrès social. Il faut alors observer le développement outre-atlantique de la *Corporate social responsibility*, source plus récente de la RSE²⁸². Au-delà, l'environnement devient un sujet central au sein de la Société avec la remise en cause du modèle de croissance, notamment par des philosophes²⁸³, des économistes avec l'idée de décroissance notamment développée en 1966 par le prix Nobel d'économie John Richard Hicks dans un article « *Growth and anti-growth* »²⁸⁴, certains agriculteurs à travers la mise en place d'une agriculture biodynamique à partir des années 1950²⁸⁵, ainsi que par des scientifiques, des juristes avec le fondement d'une revue spécialisée²⁸⁶ ou encore le législateur²⁸⁷. Ainsi, le rapport du Club de Rome intitulé « Halte à la croissance »²⁸⁸ et la Déclaration de Stockholm du 16 juin 1972, annoncent la nécessité de préserver les ressources non renouvelables dans l'intérêt des générations présentes et futures²⁸⁹. Ces constats laissent apparaître que « l'homme comme espèce vivante fait partie d'un système complexe de relations et d'interrelations avec son milieu naturel. Il en résulte que toute action humaine a des effets directs ou indirects insoupçonnés »²⁹⁰. Mme Catherine Larrère relève ainsi que : « les années 1960-1970 marquent un tournant dans la conscience écologique : on ne se préoccupe plus seulement de la sauvegarde des espaces naturels, on s'inquiète également des effets plus diffus et de plus en plus nocifs de l'emprise technique des hommes sur la terre, et l'attention, du local, se porte vers le global. »²⁹¹. De manière significative, ce sont

²⁸² Le patronage volontaire constitue une première source de la RSE comme relevé dès le début du XIX^{ème} siècle avec la terminologie de responsabilité sociale dès 1819 chez Joseph Naudet, préc. La *Corporate social responsibility* apparaît outre-atlantique en 1953 à partir de l'ouvrage de HOWARD Bowen, *Social Responsibilities of the Businessman*, University of Iowa Press, 2013 [1953], 298 p. ; discuté par FRIEDMAN Milton, « The social responsibility of business is to increase its profits », *The New York Times Magazine*, 13 septembre 1970, puis enrichie de la théorie des parties prenantes par FREEMAN Edward, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, 1984, Cambridge University Press, 2010, 292 p.

²⁸³ V^o par exemple GORZ André, BOSQUET Michel, *Ecologie et politique*, Seuil, 1978, 245 p. ; et sur le mouvement de la *deep ecology* NASH Roderick, *Wilderness and the American Mind*, New Haven, Yale University Press, 2001 [1967] ; ainsi que les développements de LARRERE Catherine, « Préface », in STONE Christopher, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider*, Le passager clandestin, 2017. Première traduction française de l'article publié en 1972 ; JONAS Hans, *Le principe responsabilité, une éthique pour la civilisation technologique*, éd. du Cerf, coll. Passages, 1979.

²⁸⁴ HICKS John Richard, « Growth and anti-growth », *Oxford Economic Papers*, volume 18, 1^{er} novembre 1966, pp. 257-269.

²⁸⁵ CESAR Christine, « Les métamorphoses des idéologues de l'agriculture biologique », *Ecologie & Politique*, 2003/1, n^o27, p.298. L'auteur indique que la biodynamie naît dans les années 1920 au sein de la Société d'anthroposophie fondée par Rudolf Steiner qui crée un centre de formation en agriculture biodynamique : « Cette agriculture s'installe en France en Alsace à partir de 1940 et se structure après guerre grâce à l'Union des cercles bio-dynamistes. ». La biodynamie est ensuite popularisée par Pierre Rabhi qui en fait l'application, v^o MALLET Jean-Baptiste, « Le système Pierre Rabhi », *Le Monde diplomatique*, août 2018, pp. 22-23.

²⁸⁶ Il faut notamment relever la création de la *Revue juridique de l'environnement* en 1976 fondée par le professeur Michel Prieur et l'association Société Française pour le Droit de l'Environnement (SFDE).

²⁸⁷ Par ex. dès 1964 avec la loi sur l'eau n^o64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution.

²⁸⁸ DELAUNAY Janine, *Halte à la croissance ? Enquête sur le Club de Rome et Rapport sur les limites de la croissance par MEADOWS Donella H., MEADOWS Dennis L., RANDERS Jorgens, BEHRENS III William W du Massachusetts Institute of Technology*, trad. de l'anglais par DELAUNAY Jacques, Paris, Fayard, coll. Ecologie, 1972.

²⁸⁹ Conférence mondiale sur l'environnement, Stockholm, 16 juin 1972.

²⁹⁰ PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, précis, 2016, 7^{ème} éd^o, p. 1

²⁹¹ LARRERE Catherine, « Préface », in STONE Christopher, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider*, Le passager clandestin, 2017, p. 13.

les « crises sanitaires et environnementales » qui jouent le « rôle de catalyseur pour prendre conscience des limites du seul objectif de croissance »²⁹².

47. A travers ces nouveaux éléments, il n'est plus seulement question de protéger l'ouvrier mais la Société dans son ensemble et l'environnement. La responsabilité sociale telle que nous l'avons envisagée se transforme ainsi en une responsabilité sociétale et environnementale suite à la prise de conscience des risques et dommages créés par certaines activités économiques pour l'Homme et l'environnement. La société civile et le monde associatif interpellent alors régulièrement l'opinion publique dans les années 1970 à 1990 lors de grandes catastrophes industrielles et écologiques, comme par exemple : la marée noire intervenue suite au naufrage du *Torrey Canyon* en 1967, l'explosion d'une usine à Seveso en Italie et la diffusion subséquente de dioxine en 1976, la marée noire de l'*Amocco Cadiz* en 1978²⁹³, l'accident nucléaire de *Three Mile Island* en 1979, la catastrophe de Bhopal en Inde en 1984, l'explosion de la centrale nucléaire de *Tchernobyl* en 1986 ou encore le naufrage de l'*Exxon Valdez* en 1989²⁹⁴. C'est aussi face aux « petites pollutions » dites « diffuses » car moins visibles ou répétitives²⁹⁵ que la prise de conscience s'effectue. Catherine Larrère cite par exemple la biologiste américaine Rachel Carson, qui en 1962, publie *Silent Spring* : « où elle dénonce les ravages causés par le DDT et son introduction dans les chaînes trophiques. On considère généralement qu'en attirant l'attention sur les dangers que l'industrialisation, et tout particulièrement l'industrie chimique, font courir à l'environnement comme à la santé humaine, son livre a joué un rôle moteur dans le développement d'un mouvement écologique. »²⁹⁶. C'est par ailleurs en 1986, après *Tchernobyl*, que l'allemand Ulrich Beck publie *RisikoGesellschaft – La société du risque* – dans lequel le sociologue montre que la production de richesses s'accompagne de la production de risques à travers les sciences et techniques mises en œuvre pour y parvenir²⁹⁷. La nécessité de se prémunir des risques industriels, sanitaires et

²⁹² HERMITTE Marie-Angèle, « La fondation juridique d'une société des sciences et des techniques par les crises et les risques », in *Mélanges en l'honneur de Michel Preur*, Dalloz, mélanges, 2007, p.155.

²⁹³ C'est d'ailleurs à l'occasion du jugement du tribunal américain suite au naufrage de l'*Amoco-Cadiz* qu'apparaît pour la première fois dans la presse, l'expression « préjudice écologique » selon MALET-VIGNEAUX Julie, « De la loi de 1976 à la loi de 2016. Le préjudice écologique: après les hésitations, la consécration », RJE, n°4, 2016, p. 617, se référant au journaliste HOPQUIN Benoît, « Préjudice écologique », RJE n°4, 2015, p. 600 qui relève l'expression dans le journal *Le Monde* en date du 23 février 1989.

²⁹⁴ S'y ajoute par la suite les naufrages des pétroliers *Erika* (1999) et *Prestige* (2002).

²⁹⁵ Ce sont par exemple aujourd'hui les émissions de gaz à effet de serre, la pollution de l'air par des particules fines, les dégazages sauvages quotidiens de navires, la diffusion de résidus de médicaments et perturbateurs endocriniens dans l'eau, ou encore la présence de déchets plastiques dans les océans, etc.

²⁹⁶ LARRERE Catherine, « Préface », in STONE Christopher, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider*, Le passager clandestin, 2017, p. 13. ; CARSON Rachel, *Silent Spring*, 1962, traduction française : *Printemps silencieux*, Paris, Plon, 1963, édité également par Wildproject Editions, 2014, 288 p.. Le DDT ou dichlorodiphényltrichloroéthane possède des propriétés insecticides, il servi a lutter contre la malaria et le paludisme mais ses effets sur l'environnement, en particulier la faune, a conduit à son interdiction dans la plupart des pays occidentaux.

²⁹⁷ BECK Ulrich, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, (1986) trad. de l'allemand par L. Bernardi, Paris, Aubier, 2001, 521 p. L'ouvrage est traduit en anglais dès 1992.

environnementaux devient un enjeu quotidien et fait écho à la *théorie du risque* développée par Louis Josserand²⁹⁸.

48. Interpelés par la société civile, les Etats et les institutions internationales ne restent pas inactifs puisque cette problématique environnementale achoppe sur divers travaux dont le rapport « Halte à la croissance » de 1972 et le rapport « Notre avenir à tous », aussi appelé « Brundtland » en 1987. Ce dernier donne pour la première fois une définition du « développement durable »²⁹⁹ qui se compose de trois piliers : le pilier économique, le pilier social et le pilier environnemental³⁰⁰. Leur équilibre est considéré comme une condition nécessaire au développement durable de la société en harmonie avec son environnement. Cette notion sera reprise à l'article 1^{er} de la Déclaration du Sommet de Rio en 1992 puis dans la majorité des travaux successifs portant sur l'environnement. C'est à la fin des années 1990 et dans les années 2000 que la responsabilité sociale devient davantage « sociétale » et « environnementale » en raison de la médiatisation de pratiques d'entreprises contraires aux droits fondamentaux ou aux principes du droit de l'environnement³⁰¹. Le professeur Gunther Teubner relève ainsi les conditions de travail honteuses dans les « ateliers de misère » - ou *sweatshops*³⁰²- en Asie et en Amérique latine, le travail des enfants lié à Ikea et Nike ; la suspicion exprimée à l'encontre du fabricant d'articles de sports Adidas accusé de faire produire ses ballons de football en Chine par du travail forcé ; l'usage de pesticides hautement toxiques dans les plantations de bananes ou encore la disparition de travailleurs syndiqués³⁰³. La liste peut encore s'allonger avec l'existence sur le marché du bijou de pierres précieuses issus de pays en

²⁹⁸ Selon cette théorie, puisque le dommage surgit selon une cause incertaine, ou de manière anonyme sans qu'il ne puisse être établie de faute, il importe de permettre la réparation de celui-ci par une responsabilité objective, cette dernière puisant sa source non pas dans une faute délictuelle ou contractuelle, mais dans la loi : JOSSERAND Louis, *De la responsabilité des choses inanimées*, Paris, Rousseau, 1897, 129 p., spéc. pp. 6-8 : « C'était le triomphe complet de la faute délictuelle, le règne souverain de l'article 1382 (...) La victime d'un accident occasionné par une chose inanimée ne pouvait obtenir une indemnité que si le propriétaire avait commis une faute, et seulement à la condition d'établir cette faute : *actori incumbit probatio*. Pendant trois quarts de siècle on se contenta de cette conception qui cependant, à raison de ses exigences, n'assurait pas toujours à la victime la réparation du préjudice souffert : ses lacunes, ses injustices ne devaient être mises en pleine lumière que par les progrès de l'industrie et de l'activité humaine (...) désormais ils [les accidents] eurent le plus souvent une origine obscure, une cause incertaine qui ne permirent pas aux responsabilités de se dégager facilement: en devenant industriel et mécanique, l'accident devint aussi *anonyme*. Le plus souvent l'ouvrier blessé par une pièce de la machine, le voyageur victime d'un accident de chemin de fer, ne pourront pas établir la faute du patron ou celle de la Compagnie; ils le pourront d'autant moins que, grâce à la centralisation industrielle et commerciale, ils auront généralement affaire à des sociétés puissantes dont ils ignorent les statuts, les obligations, les charges, avec lesquelles ils engageront une lutte par trop inégale, en présence desquelles ils seront absolument désarmés, vaincus d'avance.», Id, p. 53 : « Lorsqu'un dommage est causé véritablement *par* notre chose, nous sommes toujours et nécessairement tenus de le réparer quand bien même on ne pourrait songer à nous reprocher aucun acte illicite, aucune omission coupable; car notre responsabilité puise sa source, non pas dans une faute délictuelle ou contractuelle, mais bien dans la loi. (...) Cette la théorie *objective* substituée à la théorie *subjective*.».

²⁹⁹ « Le développement durable est un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs. »

³⁰⁰ V° MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René DE, *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?*, éd. A. Pédone, 2016, p. 8.

³⁰¹ V° *supra* les principes intégrés dans le droit français par la loi Barnier en 1995.

³⁰² Voyez l'exemple devenu emblématique de l'effondrement d'un immeuble sur ses ouvriers - le *Rana Plaza* - à Dacca le 24 avril 2013 au Bangladesh : LARONZE Fleur, QUENAUDON René DE, « Réflexions juridiques après la tragédie du Rana Plaza, Rev. trav., 2013, p.487.

³⁰³ TEUBNER Gunther, « "La matrice anonyme" : de la violation des droits de l'homme par des acteurs "privés" transnationaux », Rev. crit. DIP, 2016, p. 591.

guerre³⁰⁴, la déforestation de forêts anciennes³⁰⁵, le déplacement de populations autochtones ou la confiscation de leurs savoirs ancestraux à travers l'utilisation du droit de la propriété intellectuelle³⁰⁶, etc.

49. Durant la fin du XX^e siècle, la société civile et les Etats³⁰⁷, dont les collectivités territoriales, s'emparent des questions sociétales et environnementales. En Bretagne par exemple, le Conseil régional initie en 1990 un programme de lutte contre les pollutions de l'eau appelé *Bretagne Eau Pure*³⁰⁸, avant même la loi n°92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau et la directive cadre sur l'eau 2000/60/CE du 23 octobre 2000. Pourtant, les entreprises restent encore en marge d'une véritable prise en compte de ces questions. Néanmoins, les attentes croissantes de différents acteurs poussent les entreprises à modifier leurs pratiques. En matière financière par exemple, l'évaluation des performances économiques des entreprises s'est élargie à des critères sociaux et environnementaux, c'est-à-dire aux données qualifiées d'extra-financières. Ces informations constituent de précieux critères de notation des entreprises par les agences de notation³⁰⁹ dans le domaine de

³⁰⁴ Diamants issus de pays africains en conflits dans les années 1990, qui une fois écoulé sur le marché, notamment par le diamantaire belge De Beers, permirent l'achat d'armes et le financement du conflit. V° ROUSSEAU Elise, « Le processus de Kimberley et la lutte contre le commerce des "diamants de sang" », *Courrier hebdomadaire du Centre de recherche et d'information socio-politiques, CRISP*, 2017/28, n°2353-2354, p. 5 : « Les négociations menées dans le cadre du Processus de Kimberley ont abouti, en novembre 2002, à un accord politique volontaire inédit, qui prévoit l'émission de certificats pour accompagner les lots de diamants bruts entrant dans le marché mondial. Le système de certification du Processus de Kimberley (SCPK), entré en vigueur au 1er janvier 2003, est reconnu par la résolution n° 1459 du Conseil de sécurité des Nations unies. ». V. aussi LEMASSON Aurélien-Thibaut, « La condamnation de Charles Taylor : une première historique pour un chef d'Etat », *D.*, 2012, p.2191 ; et plus récemment le Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque, 17 mai 2017.

³⁰⁵ V° par exemple Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), *Evaluation des ressources forestières 1990, synthèse mondiale*, Etude, Forêts, n°124, 1995 [en ligne : <http://www.fao.org/docrep/015/V5695f/V5695f00.pdf>], p. III : « Le déboisement et la dégradation des forêts, visibles dans de nombreuses régions du monde suscitent une inquiétude grandissante auprès des gouvernements, du grand public et de la communauté internationale. En consacrant une grande partie de ses débats et des ses décisions aux question de conservation et de mise en valeur des forêts, la Conférence des Nations-Unies sur l'environnement et le développement (CNUED, Rio, juin 1992) a fait amplement ressortir cette inquiétude jamais ressentie pour le sort des forêts de notre planète. » ; et la « Déclaration de principes, non juridiquement contraignante mais faisant autorité, pour un consensus mondial sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêt » adoptée également lors de la CNUED au sommet de Rio en juin 1992, RJE, n°1, 1993.

³⁰⁶ V° BEURIER Jean-Pierre, « Le droit de la biodiversité », RJE, 1996, n°1-2, pp. 5-28.

³⁰⁷ En témoigne les conventions et textes qui se multiplient. Par exemple : Sommet de la Terre à Rio en 1992 avec l'adoption de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) et d'un référentiel d'action « Agenda 21 » ; loi n°95-101 du 2 février 1995 dite « loi Barnier », relative au renforcement de la protection de l'environnement qui inscrit le principe de précaution dans la loi ; directive 96/82/82 dite Seveso II du 9 décembre 1996 en matière de prévention des risques majeurs ; Protocole de Kyoto sur le changement climatique du 11 décembre 1997.

³⁰⁸ V° LE CRENN-BRULON Patricia, « De la problématique de l'eau en Bretagne (France) aux techniques alternatives d'entretien des espaces verts », *VertigO*, vol.11, n°3, 20 décembre 2001, Dossier : la modélisation en sciences de l'environnement, approches et questionnements.

³⁰⁹ Article L544-4 et s. du code monétaire et financier ; le Règlement CE n°1060/2009 du Parlement Européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit indique dans l'exposé de ses motifs que : « Les agences de notation de crédit jouent un rôle important sur les marchés mondiaux des valeurs mobilières et sur les marchés bancaires, parce que leurs notations de crédit sont utilisées par les investisseurs, les emprunteurs, les émetteurs et les administrations publiques comme élément les aidant à prendre leurs décisions d'investissement et de financement en toute connaissance de cause. (...) En conséquence, les notations de crédit ont une incidence non négligeable sur le fonctionnement des marchés et sur la confiance des investisseurs et des consommateurs » ; COURET Alain, « Les agences de notation : observations sur un angle mort de la réglementation », *Revue des sociétés*, 2003, p.765.

l'investissement socialement responsable (ISR)³¹⁰. En matière de consommation, c'est le consommateur, devenu « acteur social à part entière » et porteur de « nouvelles attentes économiques, sociales et environnementales à l'égard des entreprises »³¹¹, qui amène les entreprises à réagir au travers des stratégies de communication³¹². Dans la fin des années 1990 et 2000, les stratégies des entreprises sont alors défensives selon Elisabeth Laville, ce qu'elle nomme le temps du développement durable 1.0³¹³. Cette absence de prise en compte du développement durable par les entreprises est alors paradoxale alors que le droit de l'environnement se développe et qu'elles peuvent s'inspirer des nouveaux principes généraux récemment adoptés par le législateur. En effet, outre la loi n°92-3 sur l'eau du 3 janvier 1992, le législateur français adopte la loi n°95-101 du 19 janvier 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, dite « Barnier », qui introduit au sein de l'article L200-1 du Code rural, quatre grands principes :

« le *principe de précaution*, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable; le *principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source*, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable; le *principe pollueur-payeur*, selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur; le *principe de participation*, selon lequel chaque citoyen doit avoir accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses. »³¹⁴.

50. Ce n'est pas tant l'effet de cette loi qui détermine réellement les entreprises à prendre en considération leur responsabilité sociétale et environnement, en réalité, ce sont davantage les critiques de plus en plus vives des organisations de consommateurs qui conduisent les

³¹⁰ V° par exemple MERCIER Virginie (dir.), « L'investissement socialement responsable : quelle crédibilité ? », Bull. Joly Bourse, dossier, n°9, 30 septembre 2014 ; LE GALLOCH'Emmanuel, « La finance se met au vert : les *green bonds* séduisent et se précisent », LPA, n°150, 28 juillet 2016, p.7.

³¹¹ Centre de Recherche pour l'Étude et l'Observation des Conditions de Vie (CREDOC), VAN DE WALLE Isabelle, BRICE Lucie, « Les attentes des consommateurs en matière de responsabilité sociale des entreprises », Cahier de recherche n°289, décembre 2011, 66 p., p. IV

³¹² CREDOC, VAN DE WALLE Isabelle, BRICE Lucie, « Les attentes des consommateurs en matière de responsabilité sociale des entreprises », Cahier de recherche n°289, décembre 2011, 66 p., p. IV

³¹³ LAVILLE Elisabeth, « De la prévention des risques à l'anticipation des opportunités de marché : La nouvelle frontière de la politique environnementale des grands groupes », Responsabilité et environnement, n°50, avril 2008, p. 14 : « La première époque (DD 1.0), autour des années 1990 et 2000, aura été marquée par un enrichissement de la démarche précédente, avec une approche plutôt défensive, orientée vers l'éco-efficacité et la gestion des risques, notamment en matière de réputation. Concrètement, cela passe, pour les entreprises, par l'adhésion à des codes de conduite volontaires (le Pacte Mondial des Nations-Unies date de 1999), par la sensibilisation des salariés et le développement de « gestes citoyens » en interne (recyclage du papier, économies d'énergie, etc.), par la formalisation d'un plan d'action spécifique, le lancement d'un ou deux produits « éthiques » et la publication d'un rapport Environnement, puis Santé Sécurité Environnement, puis développement durable (conformément, pour les entreprises cotées, à la réglementation sur les Nouvelles Régulations Economiques, parue en 2002). » ; L'article 116 de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) introduit l'obligation d'un rapport développement durable pour les entreprises cotées en bourse à l'article L225-102-1 du code de commerce, comprenant des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité.

³¹⁴ Article abrogé par l'ordonnance n°2000-914 du 18 septembre 2000 qui crée un code de l'environnement et intègre ces principes à l'article L110-1 de ce code. Nous soulignons en italique.

entreprises à reconsidérer leur rapport à la Société et à l'environnement³¹⁵. En ce sens, il faut, par exemple, se souvenir en 1996 de la « crise de la vache folle », née de l'utilisation de farines animales dans les élevages d'animaux entraînant le risque, pour l'homme consommant des produits carnés, de développer la maladie de Creutzfeld-Jakob³¹⁶. Ce scandale relatif à la sécurité alimentaire entraîne une défiance marquée envers les entreprises du secteur agro-alimentaire et conduit à interroger les pratiques de celles-ci³¹⁷. Un rapport du Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (CREDOC) indique qu'à la fin des années 1990 :

« L'entreprise est amenée à s'ouvrir sur l'extérieur et à pratiquer le dialogue social afin de réduire les incertitudes liées aux comportements de ces parties prenantes, consommateur compris. Elle doit mettre en lumière leurs intérêts et adapter ses stratégies en conséquence : signature de codes, recours à la labellisation, *reporting*, adhésion volontaire à des normes. Au début du 21e siècle, le consommateur est devenu un acteur de la définition même de la responsabilité sociale des entreprises. Susceptible de se confronter aux entreprises "irresponsables", ses motivations sont étudiées et intégrées dans les politiques entrepreneuriales. »³¹⁸.

51. La conception soutenable de la responsabilité sociale – c'est-à-dire dans son acception sous la terminologie de responsabilité sociétale et environnementale – émerge dès les années 1990³¹⁹, puis véritablement au niveau international³²⁰ et européen à compter des années 2000 au moment où l'Union européenne met en place la stratégie dite de Lisbonne, pour faire de l'UE une « économie de la connaissance ». Pour atteindre cet objectif, le Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000 indique que sa mise en œuvre passe par une approche décentralisée, conformément au principe de subsidiarité à travers l'évaluation et la diffusion des meilleures pratiques : « le Conseil fait tout particulièrement appel au sens des responsabilités sociales des entreprises en ce qui concerne les meilleures pratiques en matière d'éducation et de formation tout au long de la vie, d'organisation du travail, d'égalité des chances, d'intégration sociale et de développement durable. »³²¹. Cette volonté de promouvoir la RSE est relayée par la Commission européenne l'année suivante en 2001 avec la publication du Livre vert pour promouvoir la responsabilité sociale des

³¹⁵ CREDOC, VAN DE WALLE, BRICE Lucie, Les attentes des consommateurs en matière de responsabilité sociale des entreprises, Cahier de recherche, n°289, décembre 2011, 66 p., p. IV.

³¹⁶ Pour un aperçu complet : Assemblée Nationale, Commission d'enquête sur le recours aux farines animales dans l'alimentation des animaux d'élevages, Rapport n°3138, 13 juin 2001.

³¹⁷ V. aussi le cas des organismes génétiquement modifiés qui souleva la nécessité d'une législation. V. aujourd'hui la loi n°2008-595 du 25 juin 2008 relative aux OGM.

³¹⁸ CREDOC, VAN DE WALLE, BRICE Lucie, Les attentes des consommateurs en matière de responsabilité sociale des entreprises, Cahier de recherche, n°289, décembre 2011, 66 p., p. V.

³¹⁹ V° Commission européenne, *Livre vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement*, COM (93) 47 final, 14 mai 1993 ; et *Livre blanc sur la responsabilité environnementale* COM(2000) 66 final, 9 février 2000 qui précède et définit la structure de la future Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale qui vise à mettre en œuvre le principe pollueur-payeur et aboutira à la loi n°2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale.

³²⁰ Dès 1976, l'OCDE adopte des principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales (ils ont été mis à jour en 2011) ; en 1977 l'OIT adopte une Déclaration tri-partite sur les entreprises multinationales et la politique sociale ; en 2000 un Pacte mondial (Global Compact) désignée comme la plus importante initiative internationale d'engagement volontaire en matière de développement durable est signé au niveau des Nation-Unies.

³²¹ Conseil européen, *Conclusions de la présidence*, Lisbonne, 23 et 24 mars 2000, point 39.

entreprises, il est principalement axé sur l'aspect social sans que le développement durable ne soit exclu de sa définition³²². En droit français, l'article 116 de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) introduit l'obligation d'un rapport développement durable pour les entreprises cotées en bourse à l'article L225-102-1 du code de commerce, comprenant des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité. Les entreprises ne peuvent plus ignorer l'importance accordée à la responsabilité sociétale et environnementale et les exemples se multiplient à compter de cette période du début des années 2000³²³.

52. Se référer à l'histoire pour évoquer les origines de la RSE et admettre son existence est encore insuffisant pour déterminer son appartenance au droit et affirmer qu'il s'agit d'une notion juridique, c'est-à-dire pour le juriste de déterminer « les qualifications qui composent les structures élémentaires » du raisonnement et permettant par la suite de « choisir le régime le plus adapté aux situations de fait qu'ils doivent saisir »³²⁴. Plus précisément, il ne s'agit pas d'adopter une approche essentialiste ou conceptuelle de la « notion » qui revient uniquement à « saisir le réel »³²⁵, c'est-à-dire une vision dans laquelle la notion préexiste « dans le dos des juristes » et qu'il convient de « dégager, révéler ou découvrir »³²⁶. Il s'agit d'avantage d'envisager la notion comme « fonctionnelle », c'est-à-dire emprunte de « l'influence des intérêts humains »³²⁷. Comme l'indique le professeur Judith Rochfeld, lorsqu'il s'agit de « questions environnementales » : « il faut donc entendre les notions selon une seconde approche, dans laquelle la réalité et la permanence de notions “essentielles” cèdent devant l'idée que

³²² COM (2001) 366, précit. : « En affirmant leur responsabilité sociale et en contractant de leur propre initiative des engagements qui vont au-delà des exigences réglementaires et conventionnelles auxquelles elles doivent de toute façon se conformer, les entreprises s'efforcent d'élever les normes liées au développement social, à la protection de l'environnement et au respect des droits fondamentaux, et adoptent un mode ouvert de gouvernance, conciliant les intérêts de diverses parties prenantes au sein d'une approche globale de la qualité et du développement durable. Bien que reconnaissant l'importance de tous ces aspects, le présent Livre vert est principalement axé sur les responsabilités des entreprises dans le domaine social. »

³²³ V° not. pour des illustrations LAVILLE Elisabeth, « De la prévention des risques à l'anticipation des opportunités de marché : La nouvelle frontière de la politique environnementale des grands groupes », *Responsabilité et environnement*, n°50, avril 2008, p. 14

³²⁴ ROCHFELD Judith, « Propos introductifs », in MEKKI Mustapha (dir.), *Les notions fondamentales à l'épreuve des questions environnementales*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2016, pp.8-9

³²⁵ ROCHFELD Judith, « Propos introductifs », in MEKKI Mustapha (dir.), *Les notions fondamentales à l'épreuve des questions environnementales*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2016, pp.8

³²⁶ TUSSEAU Guillaume, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de “notion fonctionnelle”, RFDA, 2009, p.641 : « Selon une telle vision des choses, les notions juridiques existeraient par elles-mêmes dans une sphère de réalité située hors d'atteinte des hommes. Ceux-ci ne pourraient que dégager, révéler ou découvrir ces réalités préexistantes et, tout au plus, en déduire des conséquences par des moyens strictement logiques. Les travaux de recherche, thèses et articles se proposant de dégager l'essence de telle ou telle notion, de même que les propositions de réforme juridique ou les raisonnements juridictionnels présupposant de telles essences immuables sont innombrables et témoignent de la persistance de cette approche des concepts juridiques. Sous-jacente à un nombre considérable de raisonnements juridiques, se dessine ainsi une forme plus ou moins explicite et plus ou moins consciente de version juridique de l'allégorie platonicienne de la caverne. De manière schématique, les Institutions ou les Notions juridiques existeraient dans le dos des juristes, dans le « monde intelligible » qui ne leur serait jamais directement accessible. Celui-ci ne projeterait dans le « monde sensible » de la caverne où sont enfermés les juristes qu'une ombre approximative. »

³²⁷ *Ibid.*, p.641 ; V. sur la distinction entre notion conceptuelle et notion fonctionnelle DEVOLVE Pierre, « L'apport du Doyen Vedel au droit administratif », RFDA, 2002, p.223.

celles-ci ne constituent “que” des modèles, des archétypes de pensée, mouvants et fonctionnels, s’adaptant à l’état des sociétés et des époques qui les saisissent. (...) Les notions constituent donc des catégories non seulement évolutives mais également fonctionnelles.»³²⁸. Aussi, afin de déterminer en quoi la RSE est une *notion juridique fonctionnelle* influencée par les préoccupations « liées à la moralisation des comportements » et « doublées, entre autre, de considérations relatives à la raréfaction des ressources naturelles »³²⁹, il convient d’en préciser les origines morales et juridiques.

³²⁸ ROCHFELD Judith, « Propos introductifs », in MEKKI Mustapha, *Les notions fondamentales à l’épreuve des questions environnementales*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2016, pp.8-9

³²⁹ ROCHFELD Judith, « Propos introductifs », in MEKKI Mustapha, *Les notions fondamentales à l’épreuve des questions environnementales*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2016, p. 9

II. La RSE : un concept désormais juridique

53. Selon le professeur Judith Rochfeld, « la crise environnementale a poussé à l'introduction du temps long dans les notions du droit privé. Celles-ci se pensent en effet aujourd'hui en termes transgénérationnels, c'est-à-dire au-delà de la personne »³³⁰. Un constat identique peut être fait pour la RSE. Auparavant centrée sur la responsabilité de l'employeur vis-à-vis de l'ouvrier au temps du paternalisme industriel, la responsabilité sociale est désormais définie comme une responsabilité sociétale et environnementale, elle évolue désormais vers une exigence plus large de transition écologique. Aussi, l'auteur indique que la crise environnementale a transformé et transforme encore aujourd'hui, « la temporalité de notre système de responsabilité »³³¹. Le temps fort de ce basculement est situé par l'auteur dans l'ouvrage *Le principe responsabilité* de Hans Jonas³³². Pour le professeur Rochfeld, la « responsabilité de l'avenir » formulée par l'auteur allemand qui vise à prévenir et garantir « la possibilité d'une vie future dans le temps long »³³³, est réceptionnée dans les textes sous la forme du principe de précaution³³⁴. Il s'agit d'un « complément » à la responsabilité classique, c'est-à-dire pour les dommages subjectifs, actuels et directs³³⁵ ou plus simplement au « sentiment que l'homme doit réparer les conséquences de ses actes »³³⁶. Dans le sens où la RSE cherche justement, dans sa conception soutenable, à intégrer développement durable et transition écologique, elle constitue une traduction par les entreprises de cette responsabilité de l'avenir. En effet, par définition, la RSE dans son approche « soutenable »³³⁷, vise à l'adoption d'engagements volontaires en vue d'orienter le comportement de l'entreprise dans une certaine direction, en l'occurrence dans un sens qui prend en considération la Société et l'environnement. Partant, la RSE peut être qualifiée de « notion fonctionnelle », c'est-à-dire qui se définit par sa fonction et dont le contenu est évolutif³³⁸. Il a été dit que la responsabilité sociale a évolué vers une responsabilité sociétale et environnementale. Aussi, il peut être indiqué que la RSE est une notion fonctionnelle, une notion-fille, qui dérive de la « notion conceptuelle » ou notion-mère, de responsabilité, cette dernière lui demeurant supérieure

³³⁰ ROCHFELD Judith, « Propos introductifs », in MEKKI Mustapha, *Les notions fondamentales à l'épreuve des questions environnementales*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2016, p. 12. ; v. aussi l'idée de « présentisme » chez HARTOG François, *Régimes d'historicité – présentisme et expériences du temps*, Coll. La librairie du XXe siècle, Seuil, 2003, p.126, et p. 200 qui peut être combattu pour cet auteur par le principe de responsabilité développé par Hans Jonas et le principe de précaution.

³³¹ ROCHFELD Judith, « Propos introductifs », préc., p. 12. ; JONAS Hans, *Le principe responsabilité*, préc.

³³² JONAS Hans, *Le principe responsabilité*, préc. ; ROCHFELD Judith, « Propos introductifs », in MEKKI Mustapha, *Les notions fondamentales à l'épreuve des questions environnementales*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2016, p. 12.

³³³ ROCHFELD Judith, « Propos introductifs », in MEKKI Mustapha, *Les notions fondamentales à l'épreuve des questions environnementales*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2016, p. 12. ; JONAS Hans, *Le principe responsabilité*, préc.

³³⁴ ROCHFELD Judith, préc., p. 13, note 19.

³³⁵ *Ibid.*, p. 14.

³³⁶ GAZZANIGA Jean-Louis, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1997, Tome 32, p.3

³³⁷ QUENAUDON René de, « Responsabilité sociale des entreprises », in *Répertoire de droit du travail*, octobre 2017, spéc.11-14.

³³⁸ REBOUL Nadège, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Revue des sociétés*, 2000, p. 425.

et fixe³³⁹. Etablir une filiation entre responsabilité juridique et responsabilité sociétale des entreprises permet l'établissement de l'appartenance de la notion de RSE au droit. Une telle affirmation mérite d'être nuancée car la RSE se distingue de la responsabilité juridique proprement dite. La RSE repose en effet sur l'idée d'une responsabilité d'ordre moral ou philosophique³⁴⁰, c'est-à-dire sur le fait que l'entreprise exerce un « libre arbitre » qui s'oppose au déterminisme³⁴¹. L'entreprise considère qu'elle a la capacité d'orienter et de diriger librement sa conduite³⁴². En d'autres termes, il relève de sa « responsabilité morale » de faire le choix d'adopter des engagements volontaires et de s'y conformer.

54. Par ses contours tissés autour du « fil d'Ariane » ou « macro principe juridique »³⁴³ de la responsabilité juridique et de la notion d'obligation, la RSE présente des caractéristiques propres au droit mais son originalité tient à l'absence de la contrainte, ce qui fait d'elle une responsabilité juridique imparfaite (A). Mais pour qu'il puisse être véritablement indiqué que la RSE appartient au système juridique, il convient de ranger celle-ci dans la bonne catégorie, plus précisément, il est généralement considéré que la notion de RSE relève d'un droit qualifié de « post-moderne » et de « souple » (B).

³³⁹ CALAIS-AULOY Marie-Thérèse, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles), LPA, n°157, 9 août 1999, p.4 : « Il existe en droit une distinction qui paraît fondamentale entre les notions conceptuelles et les notions fonctionnelles. Cette distinction, surtout utilisée en droit administratif, n'est pas facile à mettre en relief. Apparaît comme fonctionnelle toute notion qui se définit par sa fonction, ou, ce qui revient au même, dont le contenu détermine la fonction, dans la discipline considérée. C'est dire qu'elle n'aura pas d'autre sens que celui que les spécialistes lui attribuent. Est au contraire conceptuelle une notion qui se définit en elle-même et que donc l'on peut retrouver dans toutes les disciplines car elle est issue d'un langage général. ». V° plus précisément TUSSEAU Guillaume, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle", RFDA, 2009, p.641 qui attribue la paternité de cette distinction à VEDEL Georges, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », JCP, 1948, I, p. 682 ; et « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », JCP, 1950, I, p. 851. ; V. également REBOUL Nadège, « Remarque sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis*, Revue des sociétés, 2000, p.425.

³⁴⁰ V° VINEY Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1965, p.2.

³⁴¹ Par l'idée de « déterminisme » l'entreprise accepte la fatalité du droit positif et ne cherche pas à le dépasser pour choisir une activité économique qui prenne davantage en considération la Société et l'environnement. V° LARRIEU Peggy, « Dostoïevski ou l'envers du droit », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2015/1, vol. 74, pp. 1-20, p.16 : « En s'évadant du monde des causes et des finalités, du monde de l'utilitarisme, du monde des déterminismes, l'être humain manifeste son libre-arbitre » ; « Seule la croyance dans le libre-arbitre peut permettre de responsabiliser l'être humain ».

³⁴² PARENT Hugues, « La connaissance de la loi en droit pénal ; vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale », Les cahiers du droit, vol.42, n°1, 2001, p. 58. L'auteur se réfère à Saint THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique – l'âme humaine*, Paris, Desclée et cie, 1949, quest. 83, art.1, p.319. ; v.aussi le sociologue HAMON Augustin Frédéric, *Déterminisme et responsabilité*, Paris, Schleicher frères, 1898, 280 p., spéc. p.6 : « Le libre arbitre est la liberté de pouvoir se déterminer ».

³⁴³ En référence à l'article de OST François, « La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement », Droit et société, 1995, n° 30-31, pp. 281-322 : « Si le droit de l'environnement est un labyrinthe, dont le spectre de l'ineffectivité de Minotaure, l'idée de responsabilité pourrait bien être son fil d'Ariane. Nous soutenons cette proposition qu'il serait possible de reconstruire l'essentiel du droit de l'environnement à partir de l'institution centrale de la responsabilité. Du point de vue de la technique, on tiendrait là un "macro" principe juridique, (...). Du point de vue éthique et politique, on disposerait enfin d'une réponse juridique à la hauteur des exigences d'actions, notamment à l'égard des générations futures. »

A. Une responsabilité juridique imparfaite

55. La responsabilité sociétale et environnementale repose sur la notion conceptuelle – ou sur le macro principe juridique³⁴⁴ – de responsabilité, mais elle ne doit pas être confondue avec cette dernière. En effet, la RSE se distingue de la responsabilité juridique habituellement comprise comme l’obligation de répondre d’un dommage devant la justice et d’en assumer les conséquences civiles, pénales, etc³⁴⁵. En réalité la RSE est une sorte de « dégénérescence » ou plus exactement de « prodrome »³⁴⁶ de la responsabilité juridique, c’est-à-dire une imperfection ou un prélude de la responsabilité juridique. Appliqué à la RSE, celle-ci porte en elle la notion conceptuelle de « responsabilité », mais elle en diffère parce qu’elle n’en atteint pas la définition exacte, elle est tout au plus un adminicule³⁴⁷ de responsabilité juridique. Il s’agit bien d’une responsabilité au sens étymologique du terme, *respondere*, « répondre de », mais la forme de cette responsabilité sociétale et environnementale est imparfaite³⁴⁸, elle est une responsabilité conçue comme a-juridique car la production d’effet de droit n’est pas recherchée ou absente (1). Aussi, parce que la RSE présente un rang de niveau inférieur à la responsabilité juridique, elle relève d’autres normes que les règles juridiques³⁴⁹, elle est une responsabilité d’ordre moral car elle ne possède pas, *a priori*³⁵⁰, la possibilité de pouvoir contraindre – soit d’actionner « l’ensemble des voies et moyens de droit offert et garantis par l’Etat en vue de l’exécution (au besoin forcée) des obligations et du respect des droits »³⁵¹ – lorsqu’il y a violation d’un engagement pris en matière de responsabilité sociétale et environnementale (2). La RSE peut alors se concevoir, selon la formule de Kant, comme une responsabilité d’équité, son périmètre dépasse le respect du « droit strict », *ius strictum*, elle s’inscrit au-delà d’une application pure et simple de la loi³⁵² (3). Enfin, la RSE se caractérise surtout en ce qu’elle est une responsabilité juridique de moindre intensité, les engagements

³⁴⁴ OST François, « La responsabilité, fil d’Ariane du droit de l’environnement », *Droit et société*, 1995, n° 30-31, pp. 281-322.

³⁴⁵ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 9^e éd°, 2011, v° *responsabilité*. Pour un aperçu historique de l’apparition du mot responsabilité v. GAZZANIGA Jean-Louis, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1997, Tome 32, p.4 et s.

³⁴⁶ TUSSEAU Guillaume, « Critique d’une métonymie fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de “notion fonctionnelle” », *RFDA*, 2009, p.641 : « les notions conceptuelles seraient ontologiquement supérieures aux notions fonctionnelles, qui en constitueraient des dégénérescences ou des prodromes ».

³⁴⁷ Moyen auxiliaire, appui ou circonstance qui contribue à satisfaire à la charge de la preuve.

³⁴⁸ POTHIER Robert-Joseph, *Œuvres de Pothier*, Paris, éd. Siffrein, 1821, t.1, p. 77 : « Le terme d’obligation a deux significations. Dans une signification étendue, *lato sensu*, il est synonyme de *devoir*, et il comprend les obligations *imparfaites* aussi bien que les obligations *parfaites*. On appelle obligations imparfaites, les obligations *imparfaites* les obligations dont nous ne sommes comptables qu’à Dieu, et qui ne donnent aucun droit à personne d’en exiger l’accomplissement : tels sont les devoirs de charité, de reconnaissance ; telle est, par exemple l’obligation de faire l’aumône de son superflu.(...) lorsqu’il s’acquitte de cette obligation, le pauvre à qui il [le riche] fait l’aumône ne la reçoit pas comme une dette, mais comme un pur bienfait. ». ; DURANTON Alexandre, *Traité des contrats et des obligations en général*, Paris, éd. Nève, t.1, 1819, p.13 : « L’obligation imparfaite, au contraire [de l’obligation naturelle], ne produit qu’un devoir de pure bienséance à remplir; elle ne rend pas créancier celui qui a conféré un bienfait; elle ne rend pas débiteur, même dans le for de la conscience, celui qui l’a reçu. ».

³⁴⁹ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 12^e éd°, 2018, v° *juridique*

³⁵⁰ V° *supra* la possibilité d’engagement de la responsabilité juridique sur le fondement d’un engagement volontaire.

³⁵¹ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 12^e éd°, 2018, v° *contrainte*

³⁵² CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 12^e éd°, 2018, v° *strict*

adoptés sont volontairement situés à un niveau inférieur d'intensité juridique que celui de la responsabilité civile qui permet, par la contrainte, d'obtenir l'exécution de l'obligation (4).

1. Une responsabilité *a priori* non juridique

56. La notion de responsabilité est une notion fondamentale, si ce n'est indispensable, de notre droit, aussi est-il habituel de considérer qu'il n'existe pas de système juridique organisé sans qu'il y ait également, en son épicentre, un système de responsabilité³⁵³. Dans son sens général, la responsabilité en droit s'entend de la responsabilité juridique, soit « l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires, etc. »³⁵⁴. Il existe deux types de responsabilités en droit privé : la responsabilité civile qui englobe la responsabilité contractuelle et extracontractuelle et oblige à répondre civilement du dommage causé ; la responsabilité pénale qui oblige à répondre des infractions commises et de subir la peine prévue par le texte qui la réprime³⁵⁵. Aussi, parler de « responsabilité sociétale et environnementale » amène à considérer qu'elle diffère des responsabilités civiles et pénales et qu'il s'agit d'un autre type de responsabilité. La RSE ne se confond pas non plus avec le régime de police administrative fondé sur une responsabilité avec ou sans faute pour certaines activités dangereuses créée par la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale³⁵⁶, ni avec la responsabilité pour préjudice écologique qui est une forme de responsabilité extracontractuelle³⁵⁷. Ces considérations amènent à devoir distinguer deux types de responsabilités, une « responsabilité juridique » et une « responsabilité sociétale et environnementale ». Si par « responsabilité juridique » il y a lieu de désigner l'obligation de répondre d'un dommage devant un juge, la « responsabilité sociétale et environnementale » signifie *a contrario* qu'elle est une obligation de répondre d'un dommage devant une personne autre qu'un juge. Dès lors, c'est la définition de la RSE telle que donnée précédemment qui apparaît, c'est-à-dire « l'obligation » que s'impose volontairement l'entreprise, par son libre arbitre, de répondre devant elle-même, des effets exercés par son activité.

57. Parce qu'elle ne rejoint pas la définition de la responsabilité juridique, la RSE est un dérivé de la notion *conceptuelle* de responsabilité. En ce sens, la notion de responsabilité

³⁵³ DUPUY Pierre-Marie, in ALLAND Denis. et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, 1^{ère} éd°, v° *responsabilité*

³⁵⁴ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 12^e éd°, 2018, v° *responsabilité*

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ Régime jugé insatisfaisant par de nombreux auteurs dont par ex. HUGLO Christian, « Observations critiques sur la loi du 1^{er} août 2008 », AJDA 2008, 10 novembre 2008, p. 2116 ; HUGLO Chistian, « Responsabilité environnementale : bilan d'application de la loi du 1^{er} août 2008 », Revue Lamy droit civil, n° 71, 1^{er} mai 2010, entretien. Elle est surtout une transposition de la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 relative à la responsabilité environnementale

³⁵⁷ C. civ., art. 1246 et s., v° MALET-VIGNEAUX Julie, « De la loi de 1976 à la loi de 2016. Le préjudice écologique: après les hésitations, la consécration », RJE, n°4, 2016, p. 617

sociétale et environnementale est *fonctionnelle*³⁵⁸. C'est le raisonnement suivi par le professeur Pierre-Marie Dupuy qui reprend celui de Michel Villey, pour qui, la question du fondement de la « responsabilité » doit être trouvée dans les « fonctions que l'on assigne à la responsabilité dans notre système de droit »³⁵⁹. Partant de cette affirmation selon laquelle la source de la responsabilité juridique trouve ses origines dans la fonction que le droit lui attribue, il peut être observé par analogie, que la question du fondement de la responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise doit être trouvée dans la fonction assignée à la RSE. À savoir, une fonction de responsabilisation des comportements des entreprises par la prise en compte des effets sur l'Homme et l'environnement. Néanmoins, la recherche d'une modification du comportement de l'entreprise s'effectue par des engagements volontaires qui se situent au-delà, en complément, du comportement attendu par la législation. Il apparaît que la RSE revêt ainsi une fonction qui n'est pas juridique en raison de l'absence de « contrainte » qui entre dans la définition de la règle de droit³⁶⁰.

2. Une responsabilité sans faculté de contraindre

58. La contrainte ou *opertere* en droit romain³⁶¹, est ce qui permet d'obtenir du débiteur d'une obligation civile, l'exécution de celle-ci. Sans cette contrainte, le lien de droit, *vinculum iuris*, n'existe pas puisqu' « il n'y a d'obligation au sens juridique du terme que si le créancier jouit d'une action pour contraindre son contractant à assumer la prestation promise »³⁶². On distingue ainsi dès le droit romain « les obligations pourvues et celles dépourvues d'action »³⁶³. Savigny indique en effet que : « l'essence de l'obligation consiste dans un état d'assujettissement. La manière régulière pour forcer à l'exécution de cette liberté assujettie et contrainte, est l'action ; aussi l'obligation pourvue d'action (protégée par elle) est-elle par excellence l'obligation proprement dite, la véritable obligation. Mais il y a des cas où la contrainte ne peut s'effectuer d'une manière aussi simple : ce n'est que par des voies indirectes et accidentelles qu'on parvient à l'exécution,

³⁵⁸ V. *supra* sur la distinction entre notion conceptuelle et fonctionnelle, TUSSEAU Guillaume, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », RFDA, 2009, p.641.

³⁵⁹ DUPUY P.-M. in ALLAND D. et RIALS S. (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Quadriga, Lamy-PUF, 1^{ère} éd°, v° *responsabilité*.

³⁶⁰ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadriga, 12^e éd°, 2018, v° *contrainte*

³⁶¹ V° CHEVREAU Emmanuelle, MAUSEN Yves, BOUGLE Claire, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, coll. Objectif droit cours, 2^e éd°, 2011, pp. 10-11

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Paris, Auguste Durand, trad. par C. Gérardin et P. Jozon, 1863, t.1^{er}, p.47 : « Au point de vue du caractère et du degré d'efficacité, il faut distinguer les obligations pourvues et celles dépourvues d'action (*civiles et naturelles*) ». Comp. MACHELARD Eugène, *Des obligations naturelles en droit romain*, Paris, Auguste Durand, 1861, p.4 : « L'obligation naturelle ne se sépare pas de l'obligation civile, en ce qu'elle aurait moins de force que celle-ci, en ce qu'elle serait dépourvue de la sanction d'une action qui serait l'apanage exclusif de l'obligation civile. Dans les deux cas, l'obligation est douée de la même énergie, et le créancier peut toujours triompher de la mauvaise volonté du débiteur en recourant à l'autorité judiciaire.

et ces obligations improprement dites, nous les nommons obligations dépourvues d'action (...) »³⁶⁴.

59. Lorsqu'un engagement ne peut être sanctionné par le droit civil, c'est-à-dire en l'absence de la possibilité de contraindre le débiteur par une action en justice fondée sur un texte de loi, celui-ci appartient au domaine du fait, le *factum*, c'est un devoir non contraignant, un engagement d'ordre moral dont l'acquittement relève du domaine de la conscience de l'intéressé et non du droit³⁶⁵. Il y a bien dans la RSE une obligation, un devoir, une dette – ce que les romanistes allemands ont appelés la *Schuld* – lorsqu'une entreprise s'engage volontairement à faire quelque chose, mais cette obligation n'est pas complétée par la contrainte, l'engagement, la responsabilité, la *Haftung*, elle se rapproche ainsi dans son contenu d'une obligation naturelle³⁶⁶. Par ce contenu imparfait, la RSE ne serait pas juridique, il faut toutefois nuancer cette approche. En effet, si la contrainte est absente de la responsabilité sociétale et environnementale, c'est-à-dire qu'elle ne s'accompagne pas, à l'aide de textes de loi, des voies et moyens de droits permettant d'obtenir l'exécution des engagements adoptés dans le cadre d'une démarche RSE, elle n'est pas « juridique » au sens strict, mais elle appartient néanmoins au droit. Pour Jacques Commaille, « la force du droit ne se mesure pas seulement par ce qu'il fait mais aussi par ce qu'il dit ou pense qu'il est, ou encore, "pour ce qu'il n'est pas" »³⁶⁷. Pour cet auteur, le droit a une « fonction symbolique » au-delà de sa fonction instrumentale, c'est-à-dire qu'il peut faire évoluer les représentations et les comportements, même lorsque la loi, la fonction instrumentale, serait ineffective car faiblement appliquée³⁶⁸. Aussi, même non assortie d'une contrainte qui fait peser un doute sur sa juridicité, la RSE peut être rangée dans le registre symbolique du droit par la capacité « performative » des engagements adoptés qui permettent le suivi et la modification d'un certain comportement par les entreprises, ces dernières se les approprient et les reconnaissent comme juste³⁶⁹.

60. L'opposition entre une « responsabilité juridique sanctionnée » et une « responsabilité non juridique non sanctionnée » renvoie à la distinction opérée par Kant entre « l'être » - *sein* - et le « devoir être » - *sollen* -, et appliqué à ces deux types de responsabilités, à la

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ V° CHEVREAU Emmanuelle, MAUSEN Yves, BOUGLE Claire, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, coll. Objectif droit cours, 2ème éd°, 2011, pp. 10-11

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 12. L'obligation naturelle a été consacrée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, à l'article 1100 du Code civil : « Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui. »

³⁶⁷ COMMAILLE Jacques, *A quoi nous sert le droit ?* Gallimard, Folio essai, 2015, p.43 et s.

³⁶⁸ *Ibid.*, p.44 : « Le pouvoir de ces représentations [sociales] se mesure par exemple au fait que les effets qu'elles sont susceptibles de produire à long terme peuvent être considérées comme plus importants que les effets concrets à court terme sur les pratiques sociales. Ainsi l'ineffectivité d'une loi d'un point de vue des comportements (c'est-à-dire l'ineffectivité de la fonction instrumentale du droit), résultant par exemple de son maintien malgré des évolutions sociales, peut permettre néanmoins à la loi concernée d'avoir une fonction symbolique au-delà du phénomène qu'elle est supposé réguler. »

³⁶⁹ *Ibid.*, pp. 45-46

responsabilité sanctionnée *de lege lata*³⁷⁰, c'est-à-dire par « le droit qui est » ou droit positif, et la responsabilité non sanctionnée *de lege feranda*, c'est-à-dire par « le droit qui demeure à établir ou qui devrait être »³⁷¹ et tourné vers l'avenir. Kant distinguait ainsi le droit au sens strict (*ius strictum*) qui comporte la faculté de contraindre et le droit au sens large (*ius latum*) dans lequel la faculté de contraindre ne peut être déterminé par aucune loi³⁷². Or, pour Kant, ce droit au sens large est caractérisé par *l'équité*, qui admet « un droit sans contrainte », et la *nécessité* qui admet « une contrainte sans droit »³⁷³. En l'occurrence, *l'équité* entendue comme « un droit sans contrainte » semble *a priori* correspondre à l'idée d'une responsabilité non juridique, d'une responsabilité sociétale et environnementale dénuée de la contrainte de réparer le dommage, obligation propre à la responsabilité juridique. Cela ne signifie pas que la RSE n'appartienne pas au système juridique, car même non pourvue de la contrainte, elle présente un caractère performatif par l'obligation volontairement adoptée par l'entreprise de contribuer³⁷⁴ à réduire les « injustices » sociales³⁷⁵ et environnementales³⁷⁶. En ce sens, la RSE constitue une responsabilité d'équité au sens de la recherche, par l'adoption d'engagement volontaire – ou obligation non juridique –, d'une justice supérieure au droit positif, de « ce qui est équitable et bon », *ex aequo et bono*, en l'absence de règle applicable au comportement poursuivi³⁷⁷.

3. Une responsabilité d'équité

61. Considérant *l'équité*, Kant explique que le respect du droit strict, *ius strictum*, peut aboutir à une injustice :

« Celui qui, dans une société de commerce à mises parts égales, a cependant *fait* plus que les autres, mais a davantage perdu à l'occasion de certains revers, peut selon *l'équité* exiger plus de la société que ce qui revient aux autres parties. Toutefois suivant le droit proprement dit (strict) supposant un juge en son cas, puisqu'il n'a pas de données précises (*data*) pour décider ce qui lui revient d'après le contrat, sa demande serait repoussée. (...) La *devise* de *l'équité* est donc bien “le droit le plus strict est la plus grande injustice“ (*summum ius summa injuria*),

³⁷⁰ Ce qui renvoie également à la locution *quid sit iuris*, « ce qui est de droit », utilisée par KANT Emmanuel, *Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du droit*, Vrin, 2011, p.150

³⁷¹ V° ATIAS Christian., *Philosophie du droit*, Thémis droit, PUF, 3^{ème} éd°, p.253. Il faut observer que le droit fût-il positif *de lege lata* tend non seulement à établir un *sein* mais aussi à permettre le déploiement dans le temps d'un *sollen* qui en est l'expression dérivée dans le temps, c'est-à-dire un droit *de lege feranda* pour le présent et l'avenir.

³⁷² KANT Emmanuel, *Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du droit*, Vrin, 2011, p.156

³⁷³ *Ibid.*, p.156

³⁷⁴ Contribuer en prenant sa part à ce qu'un auteur appelle la solidarité distributive: VINUALES Jorge, « La distribution de la charge de protéger l'environnement : expressions juridiques de la solidarité », in SUPIOT Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Paris, Collège de France, 2018, pp. 19-36. Selon l'auteur, la solidarité distributive revient notamment à « l'internalisation des externalités (les dommages tolérés), la prévention du dommage, la réponse lorsqu'un dommage survient et qu'il s'agit de le contenir, puis (...) la réparation du dommage. Cette notion peut être appelée « solidarité distributive » (allocative solidarity).»

³⁷⁵ V° sur l'idée de justice sociale SUPIOT Alain, *L'esprit de philadelphie : la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, 178 p.

³⁷⁶ V° not. LARRERE Catherine et al., *Les inégalités environnementales*, PUF, La vie des idées, 2017, 97 p.

³⁷⁷ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadriga, 12^e éd°, 2018, v° *équité*

mais on ne saurait remédier à ce défaut par la voie du droit, bien qu'il concerne une question de droit, car celle-là relève d'un seul tribunal de la conscience (*forum poli*), tandis que toute question de droit doit être présentée devant le tribunal civil (*forum soli*). »³⁷⁸

62. L'observation de Kant mène à l'analyse suivante, le respect du droit strict, *ius strictum*, peut être la cause d'un exercice parcellaire de la « justice » au sens large. Ainsi, le fait de ne pas dépasser, d'aller au-delà du droit strict – par exemple par l'adoption d'engagements volontaires en matière de RSE – et de se cantonner à une lecture positiviste ou littérale du droit, peut aboutir à une « justice d'iniquité ». Ce que Kant appelle « équité » peut aujourd'hui constituer un fondement théorique de la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises, car il s'agit bien, dans l'objectif d'être responsable vis-à-vis des effets exercés par l'entreprise sur la Société, de dépasser le *ius strictum* – potentiellement cause de moindre justice – par l'adoption d'engagements permettant d'atteindre l'idéal d'équité.
63. En réalité, ces considérations ne sont pas nouvelles et les économistes considèrent déjà que la question de l'iniquité dans la distribution des bénéfices environnementaux, comme dans l'exposition aux pollutions est au fondement de la justice environnementale³⁷⁹ ainsi que des « capacités »³⁸⁰, qui renvoient à l'opposition entre libre-arbitre et déterminisme. Ces observations permettent surtout d'affirmer que la responsabilité sociétale et environnementale fait partie intégrante du système juridique puisqu'elle comporte en elle l'idée de justice au sens large, comme pouvaient par exemple le concevoir les industriels paternalistes en offrant de justes conditions de travail. La RSE n'appartient donc pas au droit strict, mais relève du droit au sens large – *ius latum*-, en ce qu'elle appartient au système juridique et oriente les comportements des personnes. Une telle approche large du droit qui intègre la RSE permet alors d'aboutir à des « corrections », au sens de l'établissement par l'entreprise d'une justice plus large que ne le permet le seul respect du droit strict. Cette propre justice de l'entreprise – ou RSE – se concrétisant par la prise en compte de l'ensemble des effets causés par son activité économique..
64. La responsabilité sociétale et environnementale appartient ainsi clairement à l'école philosophique du droit naturel et s'oppose aux doctrines positivistes. Un tableau permet d'en rendre compte de manière schématique, sans que l'opposition entre droit strict et droit large, effectuée dans un souci de présentation, soit exclusive l'une de l'autre.

³⁷⁸ KANT Emmanuel, *Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du droit*, Vrin, 2011, p.157 et note de l'éditeur [*Polus* = le ciel ; *solum* = la terre]

³⁷⁹ BALLEST Jérôme, BAZIN Damien, PELENC Jérôme, « Justice environnementale et approche par les capacités », *Revue de philosophie économique*, Vrin, 2015/1, vol. 16, p.152. Sur la notion de justice environnementale en droit v. MICHELOT Agnès, « La justice climatique et l'accord de Paris sur le climat », *RJE*, 2016/1, vol. 41, p.204: l'auteur distingue l'approche politique et internationale et l'approche par la doctrine juridique française pour laquelle la justice climatique renvoie avant tout aux procédures devant les tribunaux (en place ou à créer sur le plan international). L'auteur suggère alors d'employer l'expression de justice environnementale qui a fait l'objet de plus amples travaux en droit.

³⁸⁰ Concept philosophique, les capacités désignent selon les travaux du prix Nobel d'économie 1998, SEN Amartya: « un ensemble de vecteurs de fonctionnements, qui reflètent la liberté dont dispose actuellement la personne pour mener un type de vie ou un autre », v° FLIPO Fabrice, « Pour une écologisation du concept de capacité d'Amartya Sen », *Natures Sociétés*, EDP Sciences, 2005/1, vol.13, pp. 68-75.

<i>Ius strictum</i>	<i>Ius latum</i>
Absence de RSE	Existence d'une RSE
Droit positif/dur	Droit naturel/souple
Déterminisme	Libre arbitre
Respect du droit strict	Dépassement du droit strict ³⁸¹
Devoir de droit ³⁸²	Devoir de vertu
Responsabilité juridique	Responsabilité sociétale et environnementale ³⁸³
Obligation parfaite	Obligation imparfaite
Contrainte – obligation pourvue d'action civile	Absence de contrainte – obligation dépourvue d'action civile
<i>Forum soli</i> – tribunal civil	<i>Forum poli</i> – tribunal de la conscience
Inéquité potentielle	Idéal d'équité

65. On retrouve l'idée de responsabilité d'équité et de dépassement du droit strict chez Mme Mireille Delmas-Marty, qui emploie l'expression de « responsabilité équitable ». Celle-ci affirme que : « Juridiquement, la recherche du bien commun suppose des responsabilités communes mais différenciées, technique qui semble marquer le dépassement du relativisme, sans pour autant imposer un universalisme uniformisant. C'est dans ce

³⁸¹ Ne doit pas être entendu comme une forme de substitution ou de dérogation au droit strict. Il s'agit d'aller au-delà de ce que le droit strict requiert, en complément de celui-ci.

³⁸² Sur cette distinction entre devoir de droit et devoir de vertu, v. paragraphes *infra*

³⁸³ Nous verrons cependant que les pratiques de responsabilité sociétale des entreprises peuvent entraîner une responsabilité juridique dans certains cas.

dépassement, “par-delà le relatif et l’universel” que se situe la recherche d’une responsabilité équitable, car le droit n’est pas neutre ; s’il n’est pas créateur de valeurs, son rôle est néanmoins de “nommer” les valeurs et de “normer” les comportements humains par rapport à ces valeurs. »³⁸⁴.

66. L’auteur prend l’exemple de l’affaire *Erika* qui illustre selon elle, « les deux voies d’une responsabilité équitable : l’extension de la responsabilité et la multiplication des acteurs, qu’il s’agisse de personnes imputables ou, à l’inverse des titulaires de l’action en responsabilité. ». Par cette illustration, l’auteur montre ainsi que la responsabilité équitable peut prendre une forme très concrète à travers une décision de justice. Par ailleurs, l’idée d’une responsabilité d’équité rencontre une certaine adhésion, plus précisément au sein des accords internationaux, dont l’Accord de Paris sur le climat (COP 21) adopté le 12 décembre 2015 par la Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques adoptée à New-York le 9 mai 1992. Comme le relève Mme Agnès Michelot, l’équité fait partie de l’un des trois champs principaux de revendications autour de la justice climatique avec la responsabilité et l’équilibre³⁸⁵. L’article 2 de l’Accord de Paris indique que « le présent Accord sera appliqué conformément à l’équité et au principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives, eu égard aux contextes nationaux différents ». Aussi, l’idée d’équité doit pouvoir s’appliquer également selon les capacités respectives et pouvoirs de nuisance des entreprises, la différenciation se faisant néanmoins, non pas à la baisse mais à la hausse, en complément du respect du droit strict dans le cas de la RSE. En ce sens, les travaux et propositions relatives à l’entreprise élargie véhiculent l’idée d’équité en proposant une certaine canalisation subsidiaire de la responsabilité du fait d’autrui de la société-mère envers sa filiale³⁸⁶.

67. Plus usuellement, la RSE comme « responsabilité d’équité » peut être désignée sous les termes de responsabilité morale ou éthique, c’est-à-dire entendue comme un devoir au sens d’un idéal à atteindre. Quel est le sens de ce devoir ? Pour Kant, une distinction doit être opérée entre le « devoir de droit » (*officia iuris*) qui est un devoir envers soi et le « devoir de vertu » (*officia virtutis s. ethica*) qui est un devoir envers autrui³⁸⁷. Aussi, selon la division opérée précédemment entre responsabilité juridique et responsabilité sociétale et environnementale : la première correspond au devoir de droit, c’est-à-dire à l’obligation de répondre d’un dommage et d’assumer envers soi-même les conséquences civiles, pénales ou administratives; la seconde correspond davantage au devoir de vertu, à une obligation de ne pas nuire, ce qui signifie que la personne assume, non seulement les conséquences de ses actes « en droit » – envers elle-même – mais également « en vertu »,

³⁸⁴ DELMAS-MARTY Mireille, « Vers une responsabilité équitable dans une communauté mondialisée », *Etudes*, 2011/1, t.414, p.128

³⁸⁵ MICHELOT Agnès, « La justice climatique et l’accord de Paris sur le climat », *RJE*, 2016/1, vol. 41, p.204 ; v. déjà du même auteur, « Principe de responsabilité commune mais différenciée », *RDE*, 2012, n°4, p. 633

³⁸⁶ V° ROLLAND Blandine, « La responsabilité civile dans l’entreprise élargie », *CERDACC*, colloque du 25 oct. 2018, préc., l’auteur propose la création d’articles 1249-1 et 1249-2 du Code civil.

³⁸⁷ KANT, *Métaphysique des mœurs*, Première partie, Doctrine du droit, Vrin, 2011, pp.163-164

c'est-à-dire au-delà de ce que prescrit déjà le droit envers autrui. Il peut être ainsi imaginé qu'une entreprise soit classiquement condamnée à réparer le dommage causé à l'environnement à travers le paiement d'une somme de dommages et intérêts (devoir de droit), mais qu'elle s'engage parallèlement à d'autres formes de réparation, non exigées par le droit, qui permettent d'éviter le renouvellement du dommage (devoir de vertu).

68. Il peut évidemment être objecté que la responsabilité sociétale des entreprises n'est pas du droit, qu'elle n'est qu'un *devoir de vertu*, qu'il n'existe pas de contrainte et qu'il ne s'agit que d'un devoir moral. Pourtant, Kant souligne que droits et devoirs sont corrélatifs, selon l'auteur, c'est à partir de l'impératif moral que nous pouvons développer la faculté d'obliger les autres, c'est-à-dire à partir du concept de droit³⁸⁸, ou peut-on dire, d'obligation performative. Concrètement, si l'entreprise n'assume pas suffisamment son *devoir de vertu*, en l'occurrence, si elle n'adopte pas le comportement permettant de prévenir les conséquences néfastes de son activité sur la société et l'environnement, elle encourt le risque, par un devoir de vertu ou un impératif moral insuffisamment intégré, de s'exposer à un devoir de droit. Autrement dit, l'entreprise qui s'engage volontairement mais de manière insatisfaisante, en promettant par exemple qu'un produit ou un service est « éthique » ou « durable », alors qu'il ne l'est pas, prend le risque d'engager sa responsabilité juridique et d'être amenée, par d'autres, à réparer les conséquences de ses manquements. Par exemple sur le fondement de la pratique commerciale trompeuse³⁸⁹.

4. Une responsabilité juridique de moindre intensité

69. Le devoir de vertu peut éventuellement se transformer en devoir de droit, c'est-à-dire que l'obligation sous la forme d'engagement volontaire, qui relève *a priori* du domaine du fait, *factum*, dégénère en obligation civile dotée d'une *actio* ou – selon une formule plus ancienne – de l'*oportere* ou *oportet*³⁹⁰. Georges Ripert dit ainsi de l'obligation naturelle qu'elle est un « devoir moral qui monte à la vie civile »³⁹¹. Cela signifie-t-il que la responsabilité sociétale et environnementale est une responsabilité juridique dans le sens où se constitue systématiquement un *devoir juridiquement sanctionné*³⁹² ? La réponse est à première vue négative, pour la simple raison qu'elle ne comporte pas dans les textes le

³⁸⁸ KANT, *Métaphysique des mœurs*, Première partie, Doctrine du droit, Vrin, 2011, pp.163

³⁸⁹ Sur cette hypothèse de dégénérescence de l'engagement volontaire en obligation civile, v. *supra*. Et pour illustration, les actions engagées par l'association *Sherpa* contre Auchan ou Samsung, COSSART Sandra, « Il faut faire cesser les "poursuites baillons" », LPA, n° 189, 22 septembre 2017, entretien, propos recueillis par Sophie Tardy-Joubert, p. 4.

³⁹⁰ CHEVREAU Emmanuelle, MAUSEN Yves, BOUGLE Claire, *Histoire du droit des obligations*, préc. p.11 ; SAVIGNY Friedrich Carl von, *Le droit des obligations*, p.23 L'obligation amène selon l'auteur à l'extension de la liberté du créancier et à la restriction de la liberté du débiteur, caractérisée par la formule d'action (*oportet*) pour indiquer la nécessité qui astreint le débiteur.

³⁹¹ RIPERT Georges., *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, LGDJ, n° 192, p. 374 : « l'obligation naturelle est un devoir moral qui monte à la vie civile ».; CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc., v° *naturel* : « Par opposition à obligation civile, obligation dont l'exécution (forcée) ne peut être exigée en justice mais dont l'exécution (volontaire) ne donne pas lieu à répétition, en tant qu'elle est l'accomplissement d'un devoir moral (dette de jeu, devoir alimentaire entre frères). »

³⁹² FOREST Grégoire, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2012, p.7

sceau de la contrainte *opertere* ou *haftung*, c'est-à-dire un moyen d'action civil pour sanctionner le respect de l'obligation.

70. Or, comme le remarque justement un auteur dans une récente thèse sur la notion d'obligation³⁹³, la sanction de l'obligation n'est pas toujours vérifiée puisque celle-ci ne précise pas toujours en quoi consiste cette sanction, et ce, même en dehors de la théorie de l'obligation naturelle³⁹⁴. Grégoire Forest indique : « La définition classique de l'obligation impose, à travers la mention d'une astringction ou d'un pouvoir d' « exiger », qu'une sanction soit appliquée au débiteur qui n'exécute pas le comportement prescrit. Mais il faut remarquer qu'elle ne donne aucun indice sur ce en quoi cette sanction peut consister. (...) Sans même s'aventurer sur les terres de l'obligation naturelle, on peut constater d'abord qu'il existe des obligations dont la qualification d'obligation est indéniable et qui pourtant ne conduisent à l'application d'aucune de ces sanctions. »³⁹⁵. L'auteur prend l'exemple de l'obligation de payer la prime dans le contrat d'assurance sur la vie qui n'est assortie d'aucune action permettant d'exiger le paiement des primes³⁹⁶. De la même façon, Grégoire Forest relève que « la mention d'un droit d'exiger dans la définition [de l'obligation] amène également à présenter l'exécution forcée comme la sanction naturelle de l'obligation (...) », alors que cette exécution forcée est impossible dans de nombreux cas et se résout par une réparation en nature ou des dommages intérêts³⁹⁷. Il n'est pas question d'approfondir les « faiblesses »³⁹⁸ inhérentes à la notion d'obligation mises en lumière par Grégoire Forest, mais il faut admettre qu'en dehors de la dichotomie entre l'obligation juridique assortie de la contrainte et l'obligation non juridique qui en serait dépourvue, il existe des obligations considérées comme juridiques - qui ne sont pas des obligations naturelles - non revêtues d'une action civile pour en garantir le respect. Face à cette difficulté, Grégoire Forest propose comme une troisième voie, la théorie allemande des *Obliegenheiten*, ou « obligations de moindre intensité contraignante »³⁹⁹, ou *incombances* en doctrine suisse romande, qui correspondent à un « devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais à la perte des

³⁹³ *Ibid.*, p.12

³⁹⁴ *Ibid.*, p.12. S'agissant de l'obligation naturelle v° CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc., v° *naturel* ; RIPERT Georges., *La règle morale dans les obligations civiles*, 1949, LGDJ, n°192, p. 374

³⁹⁵ FOREST Grégoire, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2012, p.12

³⁹⁶ Art. L113-2 1° et L 132-20 du code des assurances.

³⁹⁷ FOREST Grégoire, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2012, p.13

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 15 : « En définitive, la notion d'obligation n'apparaît stable et sans histoire que lorsque l'on évite de trop la solliciter : - sa justification, qui ne repose que sur l'affirmation d'une permanence historique, est techniquement fragile; - son domaine, qui ne peut contenir tout l'obligatoire, est mal délimité; - son contenu est source de difficultés, dans la mesure où l'aspect bilatéral de sa définition est la source d'une ambivalence mal résolue et où la définition de sa sanction, de par son caractère indécis, est source d'incohérences. »

³⁹⁹ GROUDEL Hubert. LEDUC Fabrice., PIERRE Philippe., ASSELAIN Maud, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, 2008, n°703, p., 366-367, cité par FOREST Grégoire, *ibid.*, p.13

avantages⁴⁰⁰ attachés à l'accomplissement du devoir »⁴⁰¹. En réalité, l'existence d'une sanction n'est pas exactement satisfaisante pour déterminer l'existence d'une obligation juridique, Grégoire Forest affirme que : « le fait qu'une sanction ne soit pas habituelle ne change rien au contenu et à la qualification juridique de l'élément complexe qui englobe le devoir. Une obligation, même associée à une sanction "inhabituelle", reste une obligation »⁴⁰². Si finalement l'auteur rejette la solution de l'incombance pour le droit français, il suggère en alternative de faire émerger « l'obligation à sanction dérogatoire » dans laquelle « la sanction peut varier, ou même disparaître, sans que l'obligation, toujours composée d'une dette et d'une créance, perde sa nature d'obligation »⁴⁰³.

71. L'obligation adoptée dans le cadre d'une démarche de responsabilité sociétale et environnementale, qui n'est assortie *a priori* d'aucune voie de sanction civile, peut ainsi tout de même être qualifiée d'obligation juridique, à la précision près que sa sanction est généralement inexistante lors de sa naissance. L'obligation originellement non assortie de sanction peut néanmoins s'en trouver dotée lors de son existence. Cette sanction pourra alors prendre diverses formes, juridiques par les voies et moyens de droit, ou non juridiques à travers la perte d'avantages attachés à la continuité de l'accomplissement du devoir selon la définition proposée de l'incombance. La violation de l'obligation sous la forme d'engagement volontaire expose par exemple l'entreprise à des réactions *de faits* (dégradation de son image de marque, de sa réputation, détournement des investisseurs, baisse du cours en bourse pour les entreprises cotées, perte de parts de marché, perte de bénéfices, etc.) ou *de droit* (interruption d'une relation contractuelle avec une autre entreprise, engagement d'actions en responsabilité civile, par exemple sur le fondement de la pratique commerciale trompeuse)⁴⁰⁴. La RSE est donc bien une forme de

⁴⁰⁰ Ces avantages peuvent consister notamment par ce que les économistes appellent une licence to operate, soit l'autorisation d'exploiter une activité (en vertu de la liberté du commerce et de l'industrie ou en vertu d'une autorisation administrative), en l'occurrence il s'agit davantage d'un permis d'entreprendre ou d'opérer, un contrat informel conclu entre l'ensemble de la société et l'entreprise qui y trouve une légitimité pour l'exercice de son activité alors considérée comme acceptable. V° CHAUVEAU Alain, ROSE Jean-Jacques., *L'entreprise responsable*, Editions d'organisations, 2003, pp. XXV, 46, 332. ; v. aussi sur www.novethic.fr, Lexique, v° *licence to operate*, consulté le 3 septembre 2015 : « Il s'agit pour elles [les entreprises] de mériter le droit d'exercer leur métier. Concrètement pour des raisons politiques, économiques, culturelles ou environnementales, de rejet des populations locales, elles peuvent être obligées de quitter un territoire ou de renoncer à s'implanter dans un autre. ». Peuvent être évoqués le projet d'une ferme de mille vaches ; le projet d'aéroport Notre-Dame-des-Landes, etc. Autrement dit, l'activité économique n'est rendue possible que parce que la législation et la Société civile l'y autorise.

⁴⁰¹ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc., v° *incombance*. ; V. aussi la récente thèse de FRELETEAU Barbara, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, Bordeaux, 2017

⁴⁰² FOREST Grégoire, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2012, p.343

⁴⁰³ *Ibid*, p.376, l'auteur précise que l'auteur que cette variation n'est possible que dans les limites des dispositions impératives, de source légale, réglementaire ou contractuelle.

⁴⁰⁴ V° en ce sens le rapport BALDASSARRE Raffaele, Commission des affaires juridiques du Parlement européen, *Rapport sur la responsabilité sociale des entreprises : comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable*, 2012/2098 (INI), 28 janvier 2013, qui : « invite instamment la Commission à proposer des mesures spécifiques pour lutter contre l'information trompeuse ou erronée concernant les engagements des entreprises des entreprises en matière de responsabilité sociale et liés à l'impact environnemental et social de produits et services, au-delà de ce qui est prévu par la directive sur les pratiques commerciales déloyales, notamment en ce qui concerne le dépôt et l'examen de plaintes sur la base d'une procédure ouverte et claire et l'ouverture d'enquêtes; estime non seulement que le blanchiment écologique constitue une forme de tromperie qui induit en erreur les consommateurs, les autorités publiques et les investisseurs, mais qu'il limite également la confiance dans la RSE en tant que moyen efficace pour promouvoir la croissance durable et inclusive ».

responsabilité juridique, mais « de moindre intensité » en ce qu'elle ne correspond pas exactement à la définition d'un devoir juridiquement sanctionné.

72. En tous les cas, le doute sur l'appartenance de la responsabilité sociétale et environnementale au droit n'est plus autorisé. Kelsen expliquait dans sa *Théorie pure du droit* que le droit est caractérisé par un « ordre de contrainte » avant même l'idée de sanction de l'acte de contrainte⁴⁰⁵. C'est qu'ainsi dans la conception de la responsabilité sociétale et environnementale, l'obligation est distincte de sa sanction, le créancier n'est pas pourvu d'un droit d'exiger⁴⁰⁶. La responsabilité sociétale et environnementale amène par conséquent à distinguer le droit sanctionné et le droit non sanctionné, c'est-à-dire d'une part le « droit dur » pour lequel il existe une faculté de contraindre, et d'autre part, le « droit souple » pour lequel il n'existe pas de telle faculté. Par ailleurs, lorsque les acteurs à l'origine de son élaboration diffèrent du législateur, ce droit est également qualifié de « post-moderne ».

B. La RSE constitutive d'un droit post-moderne et souple

73. Par sa construction autour des notions de responsabilité et d'obligation, la RSE relève du droit malgré l'imperfection originelle de l'obligation qui n'est pas assortie d'aucune contrainte spécifique, c'est-à-dire de voies et moyens de droit permettant d'obtenir la sanction de son inexécution par l'entreprise. Outre cette particularité, c'est l'élaboration de la RSE qui est originale, car effectuée volontairement par des personnes morales de droit privé, des sociétés commerciales ou autres organismes élaborant des référentiels en la matière. Est-ce encore du droit s'il n'est pas élaboré par le législateur ? De quel droit s'agit-il lorsqu'il n'est pas contraignant, ni élaboré par le Parlement ? Assiste-t-on par ce phénomène à une « inversion de la hiérarchie public/privé » traduite par un « mouvement de privatisation du pouvoir normatif »⁴⁰⁷ ? On peut le craindre, mais il faut constater que dans le cadre de la RSE, il s'agit d'un pouvoir normatif non contraignant dont la fonction vise en théorie, quand ce n'est pas dans le but exclusif et utilitariste de poursuite d'une meilleure performance économique, à l'amélioration de l'ordre public social et

⁴⁰⁵ KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Trad.° par Eisenmann C., Dalloz, Paris, 1962, p.46 et s.

⁴⁰⁶ V° FOREST Grégoire, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2012, p.235 et s.

⁴⁰⁷ SUPIOT Alain, *La gouvernance par les nombres, Cours au collège de France (2012-2015)*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015, p. 279 : « Au plan juridique, cette inversion du rapport privé/public entraîne un mouvement de *privatisation du pouvoir normatif*. Ce mouvement résulte tout d'abord du rétrécissement de la sphère publique au profit de la sphère privée. La privatisation est alors une conséquence directe de l'attribution à des opérateurs privés de missions jadis assurés par l'Etat. ».

environnemental⁴⁰⁸. Aussi, la RSE illustre une nouvelle forme d'élaboration du droit, désigné comme un « droit post-moderne » (1), il est plus couramment envisagé sous les termes de « droit souple » (2).

1. La RSE participant d'un droit post-moderne

74. De nombreux auteurs, notamment Catherine Thibierge à travers ses travaux sur la *force normative*⁴⁰⁹ et les *textures du droit*⁴¹⁰, cherchent à cerner la RSE en tant que droit qualifiable de « post-moderne »⁴¹¹. Caractérisé par un mouvement de « privatisation » de la norme au profit des acteurs privés⁴¹², l'intérêt général est de plus en plus appréhendé et mis en œuvre par des acteurs privés sous l'impulsion et par délégation des pouvoirs publics. Ce droit « post-moderne » est « marqué par un recul de la réglementation au profit de la régulation »⁴¹³, d'une logique de concepteur de la norme, l'Etat auparavant « source exclusive de la production normative »⁴¹⁴ occupe davantage un rôle de coordinateur parmi d'autres sources de production normative (organisations internationales, régionales, associations de normalisation,...). Ce « phénomène d'autonomie » croissant des acteurs privés emporte une autorégulation lorsque le sujet de droit dispose de la capacité de produire des normes régulatrices pour se les appliquer à lui-même⁴¹⁵. Ce que le professeur Alain Supiot résume par la formule « la loi pour soi », il indique que dans la perspective d'une minoration de la sphère publique au profit de la sphère privée : « la loi n'apparaît plus comme une norme transcendant les intérêts individuels, mais comme un instrument à leur service. Une fois la volonté individuelle

⁴⁰⁸ SUPIOT Alain, *La gouvernance par les nombres, Cours au collège de France (2012-2015)*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015, p. 283. Comme le relève l'auteur, la possibilité laissée aux syndicats et aux organisations patronales le droit d'imposer aux employeurs des obligations non prévues par la loi ou par le règlement, le législateur avait déjà reconnu une fonction règlementaire à des groupements intermédiaires, cependant, « ce pouvoir était strictement cantonné à une fonction sociale d'amélioration du sort de la partie faible au contrat de travail. ». Bien qu'il ne s'agisse pas d'un pouvoir normatif contraignant, elle n'est pas une fonction règlementaire laissée aux entreprises par le législateur, l'hypothèse est similaire en matière de RSE par sa fonction car il s'agit d'aller au-delà de ce que le droit requiert, dans le sens d'une amélioration.

⁴⁰⁹ THIBIERGE Catherine et al., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, 912 p.

⁴¹⁰ THIBIERGE Catherine, « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p.599

⁴¹¹ CHEVALLIER Jacques, « Vers un droit postmoderne », in CLAM Jean, MARTIN Gilles.(dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 1998 ; DE SADELEER Nicolas, « Les approches volontaires en droit de l'environnement, expression d'un droit post-moderne ? », in HERVE-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2008, p.52.

⁴¹² SUPIOT Alain, *La gouvernance par les nombres, Cours au collège de France (2012-2015)*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015, p. 279

⁴¹³ BLIN-FRANCHOMME Marie-Pierre, DESBARATS Isabelle, JAZOTTES Gérard, VIDALENS Virginie, *Entreprise et développement durable – Approche juridique pour l'acteur économique du XXI^e siècle*, Lamy, Collection Axe Droit, 2011, p.117

⁴¹⁴ DE SADELEER Nicolas, « Les approches volontaires en droit de l'environnement, expression d'un droit post-moderne ? », in HERVE-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2008, p.52

⁴¹⁵ JEANSEN Emeric, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail*, Economica, Recherches juridiques, 2008, p.355 : « Le phénomène d'autonomie emporte autorégulation lorsque le sujet de droit dispose de la capacité de produire des normes régulatrices pour se les appliquer à lui-même. L'autorégulation est ainsi le processus par lequel "les acteurs du système procèdent à la régulation" [ROCHEFELD Judith, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *RDC* 2004, p.915, spéc. p.916] »

ainsi érigée en condition nécessaire et suffisante du lien de droit, chacun doit pouvoir choisir la loi qui lui convient – avoir la loi pour soi – et devenir son propre législateur – avoir soi pour loi. »⁴¹⁶. Il faut toutefois tempérer cette observation qui, si elle se révèle exacte en droit international privé avec la pratique du *law shopping* qui permet à des personnes privées de choisir le cadre public le plus adapté à la maximisation de leurs utilités individuelles⁴¹⁷, se révèle cependant moins exacte en matière de responsabilité sociétale et environnementale, car il s’agit au contraire, par définition, d’adopter un comportement qui aille au-delà de ce que la loi impose.

75. Dans la littérature sur le droit post-moderne, une question récurrente se pose à laquelle il a déjà été répondu, celle de savoir s’il s’agit véritablement de « droit » au regard des définitions classiques. Sans revenir sur les développements relatifs à la responsabilité juridique, la question soulevée est de manière générale la suivante : les instruments⁴¹⁸ adoptés par les entreprises appartiennent-ils à un « ordre de contrainte », selon l’expression employée par Hans Kelsen ? René Carré de Malberg aurait-il qualifié les engagements volontaires de droit ? Selon ce dernier, « ce qui fait qu’une règle est règle de droit, c’est qu’elle est posée sous la menace d’une sanction, consistant dans la possibilité d’une contrainte »⁴¹⁹. Si l’on poursuit ce raisonnement, en l’absence de contrainte il n’y aurait point de droit. Ce raisonnement est inexact car force n’est pas droit. La littérature juridique contemporaine, comme par exemple la thèse de Grégoire Forest consacrée à une théorie néo-classique de l’obligation qui tempère la contrainte⁴²⁰ ou les travaux de Samuel Benisty sur *la norme sociale de conduite saisie par le droit*⁴²¹, montre qu’une règle, même non contraignante ou dont la sanction est absente, peut aider à orienter et réguler les comportements. Approches qualifiées de « panjuridistes » par Boris Barraud selon lesquelles toutes les normes sociales seraient des normes juridiques⁴²². Ce qui importe, dans l’objet de la règle de droit, est sa « capacité performative » comme cela a été dit précédemment pour la RSE. Qu’elle soit contraignante ou non contraignante, c’est finalement dans son effectivité – sa capacité à orienter les comportements - que s’apprécie la règle de droit. Cela est caractéristique d’un droit post-moderne, dans lequel doit être distingué, selon les travaux dirigés par Mme Catherine Thibierge, « force normative » et « force obligatoire »⁴²³. En ce sens, il peut être affirmé que la RSE comporte une « force perfo-normative », combinaison entre performatif et normatif. Soit que que

⁴¹⁶ SUPIOT Alain, *La gouvernance par les nombres, Cours au collège de France (2012-2015)*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015, p. 284

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 285

⁴¹⁸ Conseil d’Etat, *Le droit souple*, La documentation française, étude annuelle, 2013, p.64. Celui-ci préfère utiliser le terme « d’instrument » plutôt que la distinction proposée par Catherine Thibierge entre la « règle » qui appartiendrait au droit dur et la « norme » qui appartiendrait au droit souple, pour qualifier les différents réceptacles du droit souple.

⁴¹⁹ CARRE DE MALBERG René, « Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés – avec les idées et les institutions consacrés par le droit positif français relativement à sa formation », Sirey, Paris, 1933, p. 90.

⁴²⁰ FOREST Grégoire, *Essai sur la notion d’obligation en droit privé*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2012

⁴²¹ BENISTY Samuel, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Institut Universitaire Varenne, Coll. des Thèses, LGDJ, 2014.

⁴²² BARRAUD Boris, *Le droit postmoderne. Une introduction*, L’Harmattan, coll. Le droit aujourd’hui, 2017, 320 p., p. 18.

⁴²³ THIEBIERGE Catherine et al., *La force normative – Naissance d’un concept*, LGDJ, 2009, p. 39.

l'énonciation d'une obligation par l'entreprise, *l'actus*⁴²⁴, engage celle-ci au respect du comportement qui y est décrit par elle. La norme énoncée par acte unilatéral s'impose à son énonciateur et l'expose à l'obligation de ne pas se contredire. Ce qui renvoie au « principe de cohérence » selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui en matière contractuelle. Ce principe qui dérive de la bonne foi et de la cause de l'obligation⁴²⁵ est déjà développé par la doctrine et par la jurisprudence mais n'est pas inscrit dans la loi⁴²⁶.

76. L'ancien droit employait la contrainte par corps, le droit moderne emploie la contrainte par la sanction civile sous forme d'exécution forcée ou de réparation, le droit post-moderne est un « droit libre »⁴²⁷, c'est-à-dire un droit « librement consenti et élaboré dans l'intérêt du groupe ou de l'activité et souvent à l'issue d'un processus consensuel »⁴²⁸. En écho au mouvement allemand du *Freirecht*⁴²⁹, « droit libre », qui cherche à s'émanciper du droit positif jugé insuffisant pour refléter les réalités sociales, le droit post-moderne traduit un affranchissement de la « contrainte », conçue en droit positif comme un horizon indépassable de la responsabilité juridique. Cette émancipation s'observe à travers l'autorégulation des personnes privées qui, intériorisant et appliquant une norme qu'elles se fixent elles-mêmes, se sanctionnent en cas de non-respect. Par exemple, par la dénonciation émanant de pairs, la perte d'un label, la dégradation de l'image de l'entreprise, la mise à l'écart, etc. Dans cette approche idéale d'un monde autorégulé, qui

⁴²⁴ CHEVREAU Emmanuelle, MAUSEN Yves, BOUGLE Claire, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, coll. Objectif droit cours, 2ème éd°, 2011, p.16 En droit romain, *l'actus* est l'acte unilatéral qui fait naître une obligation à la charge du seul débiteur dont la naissance est subordonnée au prononcé de paroles solennelle ou l'accomplissement d'une prestation réelle. En matière de RSE, cela prend la forme d'engagement volontaire inscrit dans un code de conduite.

⁴²⁵ ROCHFELD Judith, « Cause », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2016, spéc. 54 : « Le contrôle de l'existence d'une cause, entendu comme celui d'une rationalité minimale sous-tendant l'engagement de chaque partie, tisse des liens avec celui reposant sur un impératif voisin, à savoir le " principe de cohérence ". Or, ce dernier tend à se manifester de plus en plus ouvertement en doctrine comme en jurisprudence : on sanctionne les parties qui n'adoptent pas des comportements cohérents, que ce soit dans la phase de formation du contrat, dans celle d'exécution, voire de cessation.»

⁴²⁶ V° MAZEAUD Denis, « Principe de cohérence », RDC, 1er juillet 2009, n°3, p.999 « depuis plusieurs années déjà, la Cour de cassation a mis en œuvre l'idée en vertu de laquelle un contractant dont les actes ou les paroles sont contradictoires, et qui trompe ainsi la confiance qu'il avait légitimement créée dans l'esprit de son cocontractant, lequel avait agi sur la foi de ses déclarations ou comportements initiaux, doit assumer les conséquences de ses contradictions contractuelles illégitimes. » ; HOUTCIEFF Dimitri, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Institut de Droit des affaires, 2001, 2 tomes, thèse, 1134 p.

⁴²⁷ L'expression « droit libre » naît en Allemagne à partir de l'entrée en vigueur du Code civil allemand en 1900, au sein du mouvement du « *Freirecht* » ou de la « *freie Rechtsfindung* » (libre découverte ou libre trouvaille du droit) pour dénoncer la rigidité des textes et l'excès de la théorie, de l'abstraction juridique, v° DU PASQUIER Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Paris, Recueil Sirey et Delachaux et Niestlé, 1937, 373 p., spéc. 199. L'histoire du « droit libre » ou mouvement du *Freies Recht* a été précédemment développé par GENY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, LGDJ, 1919, t.2, p. 330 et s.

⁴²⁸ Lamy droit des médias et de la communication, « L'autorégulation », Lamy, 2004, étude 466-54 ; BARRAUD Boris, op. cit., p.53.

⁴²⁹ L'approche faite par Boris Barraud pour décrire le droit post-moderne comme un droit-libre (préc. p.22) se rapproche de l'idée d'un droit libre qui consiste à s'émanciper d'un droit positif qui tend à « enfermer tout le système du droit positif dans un cercle impénétrable aux influences du dehors, et à l'isoler irrémédiablement de la vie sociale » (GENY François, *Méthode d'interprétation...*, préc., rapp. de l'Ecole de la Libre recherche scientifique).

ne fait pas toujours preuve d'efficacité⁴³⁰, la sanction n'est plus nécessairement civile mais davantage sociale. C'est cette voie de recherche qu'a récemment poursuivi le Conseil d'État dans son étude sur *Le droit souple*.

2. La RSE comme vecteur d'un droit souple

77. Puisque la RSE est une responsabilité juridique imparfaite - en l'absence de l'existence d'une contrainte dans les engagements adoptés par l'entreprise - il est le plus souvent attribué à celle-ci la qualification de droit souple, par opposition au droit dur pourvu d'un caractère contraignant. Pour le Conseil d'État, le droit souple est un « objet juridique » dont il faut admettre qu'il « fait partie du droit »⁴³¹. L'existence d'une règle assortie de la contrainte comme critère distinctif permettant de trancher entre droit et non-droit⁴³², est remis en cause par la notion de droit souple telle que le Conseil d'État propose de le définir.
78. Pour les hauts-conseillers, le droit souple est caractérisé par trois critères cumulatifs⁴³³ : son *objet*, ses *effets* et son *élaboration*. Premièrement, l'objet de ce droit souple est « d'influer » les comportements. Deuxièmement, le droit souple n'entraîne aucune obligation et n'octroie aucun titre – voies et moyens de droit – pour exiger une reconnaissance d'un droit devant un juge. Troisièmement, le droit souple se caractérise par son degré de structuration et de formalisation qui l'apparente au droit dur, ce qui permet de faire la distinction entre le *droit souple* et le *non-droit*. Le Conseil d'État compare par exemple un message de santé publique : « mangez cinq fruits et légumes par jour », qui s'apparente à du *non-droit*, et un « programme national nutrition santé » qui, par la mobilisation des administrations et acteurs autour d'objectifs à atteindre, s'apparente à du *droit souple*. Pourtant, comme le souligne l'étude, « l'absence d'obligation n'implique pas l'absence de tout effet de droit », pas plus que « l'absence d'obligation n'empêche pas l'existence d'une pression sociale, morale ou politique pour

⁴³⁰ V° par ex. la question du démantèlement des navires en fin de vie qui faisait l'objet de directives non contraignantes (GUILLARD David, La problématique juridique du démantèlement des navires, RJE, 2007/3, pp. 311-324.) puis, face à leur inefficacité, notamment mis en lumière par l'affaire de l'*ex-Clémenceau*, ont cédé la place à la Convention internationale pour le recyclage sûr et écologiquement rationnel des navires, adoptée entre à Hong Kong entre les Etats parties à l'Organisation Maritime International en mai 2009, ratifiée en 2014 par la France.

⁴³¹ Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La documentation française, Rapport annuel, 2013, pp. 55-56.

⁴³² Cette frontière tend à s'effriter comme le relève THIBOUT Oriane, « La responsabilité sociétale des entreprises : un système normatif hybride », RJE, 2016/2, vol.41, pp. 215-233, à propos du rapport BALDASSARE, préc., selon lequel la nouvelle définition de la RSE proposée par la Commission (COM(2011)0681 final, p. 7, soit la « responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »), rend impossible toute opposition entre approches volontaires et approches obligatoires. Sur l'hypothèse du non-droit ; v° les développements de CARBONNIER, Jean, « L'hypothèse du non-droit », Archives de philosophie du droit, Sirey, Paris, 1963; *Flexible droit*, p. 26.

⁴³³ Conseil d'Etat, *Le droit souple*, préc., p.63. Le Conseil d'Etat définit l'existence de droit souple à travers l'identification de trois critères : « il paraît possible de définir le droit souple comme l'ensemble des instruments réunissant trois conditions cumulatives : - ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; - ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ; - ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. »

se conformer à l'instrument de droit souple»⁴³⁴. Ainsi le droit souple contient l'idée d'un « effet de norme » - ou force perfo-normative, c'est-à-dire d'une règle qui oriente les comportements mais non assortie des voies et moyens de droit pour contraindre le débiteur de l'obligation à s'exécuter.

79. En qualifiant de droit souple les diverses formes instrumentaires adoptés par les entreprises dans le cadre de leur démarche de RSE, l'étude exclut la RSE du « néant juridique »⁴³⁵, c'est-à-dire du non-droit selon le professeur Deumier : « le droit souple étant ce qui n'est pas du droit dur sans pour autant tomber dans un néant juridique. La notion cherche ainsi à sortir de l'alternative binaire entre droit et non-droit, à constituer une forme d'entre deux entre la règle obligatoire et l'absence de juridicité. Va alors se développer une idée générale, objet d'un assez large assentiment, selon laquelle le droit souple désigne un droit non contraignant (ce qui le distingue du droit dur) mais susceptible de produire un effet tout de même (ce qui le distingue du non-droit)»⁴³⁶.

80. L'étude sur *Le droit souple* témoigne ainsi de l'arrivée dans notre système juridique d'un changement de paradigme mais aussi d'un certain trouble. Le droit souple « peut apparaître tout à la fois comme *un oxymore et un paradoxe*. Oxymore parce que la notion même de droit souple entre en conflit avec la conception du droit léguée par Hans Kelsen et communément acceptée aujourd'hui, selon laquelle celui-ci est un “ ordre de contrainte ”. Paradoxe car le droit souple parvient parfois à agir sur les comportements de manière plus efficace que le droit dur, alors que ses destinataires ne sont, par définition, pas tenus de le respecter »⁴³⁷. Il faut cependant nuancer l'idée selon laquelle le droit souple va à l'encontre de la définition du droit donnée par Kelsen comme « ordre de contrainte », c'est oublier ce que l'éminent auteur précise: « Contrairement à ce que l'on avance parfois, l'affirmation que le droit est un ordre de contrainte ne signifie pas qu'il est de l'essence du droit “d'obtenir de force (*erzwingen*)” la conduite juridiquement régulière, ordonnée par l'ordre juridique (...) Tous les ordres sociaux qui sont efficaces jusqu'à un certain point exercent une contrainte psychique, et nombre d'entre eux le font à un degré beaucoup plus élevé encore que l'ordre juridique. »⁴³⁸. De plus, selon Philippe Jestaz, « les sociologues n'ont donc pas tort d'objecter aux juristes que certaines normes restent lettre morte et que le droit consisterait plutôt en un ensemble de pratiques. »⁴³⁹. Plutôt qu'un

⁴³⁴ *Ibid*, ce qui renvoie à l'idée « d'effet de norme », c'est-à-dire d'une règle qui oriente les comportements mais non assortie d'une possibilité de contrainte.

⁴³⁵ DEUMIER Pascale, « Saisir le droit souple par sa définition et ses effets », in Conseil d'Etat, *Le droit souple*, préc., p. 247.

⁴³⁶ *Ibid*, p. 248.

⁴³⁷ Conseil d'Etat, *Le droit souple*, préc., Introduction, p.19

⁴³⁸ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Trad.° Ch. Eisenmann C., Dalloz, Paris, 1962, p.48 ; approche qualifiée de « panjuridiste » par BARRAUD Boris, *Le droit postmoderne. Une introduction*, op. cit., p.18.

⁴³⁹ JESTAZ Philippe, « Définir le droit ... ou l'observer », RTD civ. 2017, p. 775.

ordre juridique, il serait préférable selon cet auteur, de parler d'ordonnancement juridique car n'étant pas uniquement constitué de normes mais aussi des faits⁴⁴⁰.

81. La contrainte généralement associée au droit n'est donc pas nécessairement synonyme de force ou de sanction⁴⁴¹ et les engagements volontaires adoptés par une entreprise peuvent tout à fait produire des effets aussi satisfaisants que s'il s'agissait de règles dotées de la contrainte. Aussi, lorsque le droit souple parvient à contraindre un acteur à modifier son comportement, par l'énoncé d'une norme, ce droit souple appartient à l'ordre juridique en ce qu'il permet de prescrire une conduite. Ce qui est la fonction première du droit. Il s'agit une fois encore du *paradoxe* mis en lumière par le Conseil d'Etat d'un droit souple pouvant agir de manière plus efficace que le droit dur assorti de sanction.
82. L'étude du Conseil d'Etat sur le droit souple renforce l'idée que la RSE est effectivement du droit en ce qu'elle peut servir à orienter les comportements, parfois même plus efficacement que si le droit dur était employé. Selon l'étude des conseillers, le droit souple donne ainsi « un plus grand pouvoir d'initiative aux acteurs, et au-delà plus de responsabilités (...) [il] contribue donc bien à oxygéner notre ordre juridique »⁴⁴², voire, permettre un nouveau degré d'évolution du droit à travers le développement d'une autorégulation par le libre-arbitre. Ce phénomène peut d'ailleurs être rapproché de l'hypothèse du « non-droit » énoncée par Jean Carbonnier c'est-à-dire : « non pas le vide absolu du droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique »⁴⁴³. La RSE est donc particulièrement intéressante en ce qu'elle contribue, non seulement à provoquer une modification du comportement de la société commerciale, mais aussi à remodeler le droit lui-même en tant qu'ordre juridique.
83. Dans le sens d'une « régulation » croissante des activités par les acteurs privés, dont les entreprises à travers la RSE, en substitution d'une « réglementation » par le législateur⁴⁴⁴,

⁴⁴⁰ *Ibid.*, l'auteur se réfère à la traduction maladroite selon lui de l'ouvrage de SANTI ROMANO, *Ordinamento giuridico*, Rome, 1945, 2^{ème} éd°, *L'ordre juridique*, Dalloz, trad. française de L. François et P. Gothot, 1975 et 2002. V. aussi sur le sens de l'expression « ordre juridique » GRZEGORCZYK Christophe, « Ordre juridique comme réalité », Droits, PUF, 2002, n°35, p.224.

⁴⁴¹ A cet égard, Hans Kelsen, préc., p. 55, donne plus loin dans son ouvrage des exemples d'actes de contraintes qui n'ont pas le caractère de sanctions pour des faits qui ne représentent pas une conduite illicite, ainsi donne-t-il l'exemple d'un individu privé de liberté, non parce qu'il a commis tel ou tel acte mais parce qu'il est simplement soupçonné de l'avoir commis.

⁴⁴² Conseil d'Etat, étude précitée, p.6

⁴⁴³ CARBONNIER, Jean, « L'hypothèse du non-droit », Archives de philosophie du droit, Sirey, Paris, 1963; *Flexible droit*, p. 26 ; A cet égard, KELSEN Hans., *Théorie pure du droit*, Trad.° Ch. Eisenmann C., Dalloz, Paris, 1962, p.48, constate que le « droit de l'Etat moderne », c'est-à-dire les « ordres juridiques qui ont atteint les degrés les plus élevés de l'évolution » ont une « tendance à interdire l'exercice de la contrainte physique, l'usage de la force entre individus dans une mesure qui va croissant avec le cours de l'évolution ». Kelsen n'entendait certainement pas dire que l'aboutissement ultime du droit était l'absence de contrainte -ce qui reviendrait à nier l'existence de droit en tant qu'ordre juridique- mais il reste que le droit souple participe de l'évolution d'un droit moderne qualifié, comme vu précédemment, de post-moderne.

⁴⁴⁴ Conseil d'Etat, étude précitée, p.6 : « le droit souple irrigue tous les aspects de la vie des entreprises, qu'il s'agisse du commerce international, des relations avec les consommateurs, des activités bancaires et financières, des normes techniques, des normes comptables, de la gouvernance des entreprises ou encore de la responsabilité sociale et environnementale. »

le Conseil d'Etat constate que les entreprises accueillent et utilisent le droit souple sous la forme d'un standard, c'est-à-dire une référence commune dont on ne peut s'écarter en cas de besoins, [et qui] apparaît comme préférable à la règle générale et contraignante⁴⁴⁵.

84. Par cette étude, la notion de RSE a certainement gagné en reconnaissance, si bien qu'il est devenu difficile de lui contester la qualification de « notion juridique »⁴⁴⁶, elle est même plus que cela et peut être qualifiée de concept juridique en ce qu'elle est une composante du droit souple et produit des effets perfo-normatifs, parfois plus efficace que le droit dur. Néanmoins, si la RSE est assurément une notion juridique, il faut encore déterminer les fondements juridiques sur lesquels reposent les instruments de droit souple ou *standards*⁴⁴⁷ adoptés par les entreprises pour en faire tout à fait un concept juridique. En d'autres termes, il s'agit d'identifier les textes de droit sur lesquels repose la responsabilité sociétale de l'entreprise, et notamment la liberté qui fonde le « pouvoir d'initiative »⁴⁴⁸ des entreprises lorsqu'elles adoptent des engagements dans le sens d'une prise en considération des enjeux socio-environnementaux.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p.8

⁴⁴⁶ TRÉBULLE François-Guy, « Propos introductifs, Quel droit pour la RSE ? », in TRÉBULLE François-Guy, UZAN Odile, (dir)., *Responsabilité sociale des entreprises : regards croisés, droit et gestion*, Economica, 2011, p. 10-11

⁴⁴⁷ Conseil d'Etat, étude précitée, p.11 : « L'effectivité du droit souple ne saurait être postulée. Parce qu'il n'est pas contraignant, le droit souple ne peut s'imposer que s'il suscite une dynamique en sa faveur parmi ses destinataires. Cette dynamique peut être forte lorsque le droit souple acquiert un caractère de *standard* (...) Bien que ne s'imposant pas, un standard est fortement utilisé parce qu'il facilite les échanges entre les acteurs concernés. Les normes techniques illustrent par excellence cette configuration : la standardisation donne confiance aux consommateurs, elle réduit les coûts de transaction et permet de réaliser des économies d'échelle en réduisant la diversité des produits fabriqués. »

⁴⁴⁸ Conseil d'Etat, étude précitée, p.6

Section 2 Un ancrage du concept juridique de RSE dans les textes

85. La RSE, une fois son appartenance au droit déterminée, doit pouvoir trouver des sources sur lesquelles s'appuyer, outre mesure celui du concept central de responsabilité juridique. Aussi, afin de montrer que le concept juridique de RSE est en cours de réception dans les textes, il convient préalablement de préciser que la définition aujourd'hui expressément admise de la RSE – outre au sein des textes internationaux⁴⁴⁹ – trouve essentiellement son origine dans les travaux de l'Union européenne (I). Il s'agit ensuite de déterminer en droit français, les textes de droit et principes juridiques qui peuvent, sans nécessairement viser expressément la RSE, être identifiés comme permettant l'intégration et la mise en œuvre de la RSE en droit interne (II).

I. La réception de la RSE par les institutions de l'Union européenne

86. Entendue largement, la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises désigne la « responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »⁴⁵⁰. Cette responsabilité se traduit par l'adoption volontaire d'un acte instrumentaire⁴⁵¹, « l'engagement », lequel contient la description d'un comportement déterminé à suivre par l'entreprise, « éthique », « responsable », « respectueux », « de bonne conduite », etc. L'*instrumentum* de cet engagement est généralement qualifié de « code de conduite privé », soit « l'ensemble d'engagements adoptés par une entreprise ou un groupe d'entreprises privées, rassemblés dans un document unique appelé indifféremment code, charte ou guide et qui présente la caractéristique de ne pas être formellement obligatoire »⁴⁵². Ces engagements ont pour contenu différents aspects tant sociaux, sociétaux qu'environnementaux liés à l'activité exercée par l'acteur économique. Si ce phénomène n'est pas nouveau comme cela a été vu précédemment avec le paternalisme industriel, essentiellement dans le domaine sanitaire et social, ce phénomène s'est fortement renforcé depuis une dizaine d'années avec la multiplication de divers référentiels, internes (élaborés par l'entreprise) ou externes (élaborés par un tiers, par exemple les norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale et ISO 14001 relative au management environnemental). Si la RSE peut rester de l'ordre des déclarations d'intentions sans qu'il n'y ait de réelle modification du comportement, pour les entreprises les plus impliquées, l'adoption d'un code de conduite par des engagements volontaires trouve écho dans un nombre croissant de textes.

⁴⁴⁹ V° CAILLET Marie-Caroline, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises: étude à partir des entreprises transnationales*, Thèse, Bordeaux, 2014.

⁴⁵⁰ COM (2011) 681 final, préc., p. 7.

⁴⁵¹ Le terme « acte » pris isolément - du latin juridique *actum* – désigne en matière de RSE l'acte instrumentaire ou matériel, *instrumentum*, c'est-à-dire l'écrit constatant le fait juridique d'engagement (code de conduite, charte de responsabilité...) sans qu'il ne puisse être assimilé à l'acte juridique qui est la manifestation de volonté ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique, v° CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} éd°, 2011, v° *acte*.

⁴⁵² RACINE Jean-Baptiste, « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », préc., p. 410.

87. En droit, une première définition de la notion de RSE - dans son acception soutenable - émerge à l'issue des travaux de la Commission européenne dans un Livre vert publié en 2001, dans lequel la RSE est définie comme : « L'intégration volontaire des préoccupations du développement durable au sein de l'entreprise dans ses activités commerciales et avec ses parties prenantes »⁴⁵³. Autrement exprimé, « Le concept de responsabilité sociale des entreprises signifie essentiellement que celles-ci décident de leur propre initiative de contribuer à améliorer la société et rendre plus propre l'environnement. »⁴⁵⁴; « Être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir "davantage" dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes »⁴⁵⁵. Il est par ailleurs précisé que la RSE concerne les grandes comme les petites et moyennes entreprises, ces dernières étant particulièrement susceptibles d'adopter une telle responsabilité en raison de leur implantation locale comme cela a été vu dans les origines de la RSE à travers le paternalisme industriel. Le Livre vert indique : « même si, à ce jour, la responsabilité sociale des entreprises est principalement promue par de grandes sociétés ou des multinationales, elle revêt une importance dans tous les types d'entreprises et tous les secteurs d'activité, de la PME à la multinationale. Il est capital qu'elle soit plus largement appliquée dans les PME, y compris les micro-entreprises, puisque ce sont elles qui contribuent le plus à l'économie et à l'emploi. »⁴⁵⁶. La Commission européenne vise donc explicitement les petites et moyennes sociétés commerciales comme acteurs à part entière susceptibles d'œuvrer au développement de la RSE.

88. Il ressort de cette définition donnée en 2001 par la Commission, que la RSE est une pratique « volontaire », par opposition à une démarche obligatoire, dont le but réside dans l'intégration de « préoccupations liées au développement durable ». Soit par définition, respecter un équilibre entre les aspects économiques, sociaux et environnementaux des activités. Cette balance des intérêts se traduit à la fois, dans une dimension interne à l'entreprise (salariés, santé, sécurité au travail, effets sur l'environnement, émissions polluantes, gestion des ressources naturelles et déchets) et dans une dimension externe (collectivités locales, fiscalité, développement du territoire, environnement naturel local, associations, ONG, fournisseurs, etc.)⁴⁵⁷. Si le droit du travail se focalise principalement sur la sécurité des travailleurs, le droit de l'environnement sur la protection de l'environnement et le droit des sociétés sur le fonctionnement de la société commerciale, la RSE vise à concilier ces trois branches du droit au sein de l'entreprise, non réduite à sa

⁴⁵³ Commission européenne, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Livre vert, COM (2001) 366

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ *Ibid.* ; v. aussi le Règlement (UE) n° 1287/2013 établissant un programme pour la compétitivité des entreprises et des petites et moyennes entreprises (COSME) (2014 – 2020) et abrogeant la décision no 1639/2006/CE, 11 décembre 2013.

⁴⁵⁷ Commission européenne, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Livre vert, COM (2001) 366.

forme sociétaire. Il s'agit de recenser et d'internaliser toutes les « externalités négatives »⁴⁵⁸ relatives au fonctionnement de l'entreprise. Or, ces externalités provoquent habituellement un coût qui n'est pas systématiquement assumé par l'entreprise (faible pollution de l'environnement, conséquences sociales, modification des paysages, etc.). La vision de la RSE est donc globale. Il s'agit d'envisager l'ensemble des conséquences nées d'une activité économique d'entreprise et de les intégrer dans son fonctionnement. Plus généralement, il s'agit pour l'entreprise de prendre en considération les rapports – de droit ou de fait – qu'elle entretient avec ses « parties prenantes », c'est-à-dire selon la Commission européenne, les personnes « concernées par l'entreprise mais qui peuvent, à leur tour, influencer sur sa réussite »⁴⁵⁹.

89. En 2011, une nouvelle définition « élargie » de la RSE est proposée par la Commission européenne. Elle est désormais entendue comme : « La responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société ».⁴⁶⁰

90. Contrairement à la précédente définition de 2001, qui envisageait seulement « l'intégration volontaire de préoccupations », la nouvelle définition envisage « la responsabilité des entreprises ». Dès lors, l'adoption du terme responsabilité renvoie-t-elle à une responsabilité juridique ? La définition de la Commission n'est assortie d'aucune précision mais au regard de l'ancienne définition précitée datant de 2001, il peut être déduit qu'il ne s'agit pas d'une responsabilité juridique. Il apparaît toutefois, comme cela a été envisagé auparavant, qu'il s'agit d'une responsabilité juridique imparfaite, d'ordre moral ou de moindre intensité, une responsabilité complémentaire à la responsabilité juridique mais ne s'y substituant pas. En effet, la RSE n'est *a fortiori* l'assise d'aucune obligation juridique au sens d'un devoir de droit sanctionnable. La RSE repose par définition sur la prise d'engagements volontaires, dépourvus d'effets contraignants, ou pour le moins, dont l'effet contraignant n'est ni recherché ni souhaité. En d'autres termes, la responsabilité sociétale de l'entreprise consiste à « dépasser » le seul respect du cadre législatif existant sans que ne soit recherché le domaine de la règle contraignante. La Commission européenne précise dans sa communication que pour assumer cette responsabilité complémentaire, les entreprises doivent au préalable respecter la législation en vigueur ainsi que les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux. Partant, la Commission européenne souligne qu'il ne peut y avoir de responsabilité

⁴⁵⁸ ROZAN Anne, « Le marché : dernier rempart à la protection de l'environnement ? », in SOHNLE Jochen, CAMPROUX-DUFFRÈNE Marie-Pierre, *Marché et environnement*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2014, p.50 : « Les actions humaines qui conduisent à la dégradation de l'environnement sont appelées externalités négatives. (...) Ainsi, lorsque les agents économiques prennent leurs décisions de production ou de consommation, ils n'intègrent pas ce qu'on appelle le "coût social" de leur action. De ce fait, les prix ne reflètent pas toute l'information, n'envoient pas les bons signaux. C'est cette situation sous-optimale qui va justifier l'intervention de l'Etat et la mise en oeuvre de politiques publiques... afin d'internaliser ces externalités ».

⁴⁵⁹ Commission européenne, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Livre vert, COM (2001) 366.

⁴⁶⁰ Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au comité économique et social européen et au comité des régions, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », 25 octobre 2011, COM (2011) 681 final, p.7.

sociétale qu'à la condition que l'entreprise ait engagé : « en collaboration étroite avec les parties prenantes, un processus destiné à intégrer les préoccupations en matière sociale, environnementale, éthique, de droits de l'homme et de consommateurs dans leurs activités commerciales. »⁴⁶¹. En conséquence, il ne peut y avoir de responsabilité sociétale sans la volonté d'assumer un processus -une démarche qualifiable d'engagement- qui prenne en compte l'ensemble des préoccupations liées aux activités commerciales d'une entreprise. La nouvelle définition de 2011 va en réalité plus loin et s'attache plus largement « aux effets » exercés par l'entreprise « sur la société ». Ce qui fait dire à certains auteurs que l'on passe d'une « définition fonctionnelle » en 2001 - avec l'insistance sur l'aspect volontaire - à une « définition élargie » en 2011, qui embrasse plus largement ce à quoi l'entreprise doit répondre, l'approche volontaire passant au second plan, l'essentiel étant de s'inscrire dans la prise en compte des effets exercés sur la société⁴⁶².

91. Suite à la communication sur la RSE de la Commission en 2011, deux résolutions ont été adoptées à l'initiative du Parlement européen⁴⁶³. La résolution du Parlement européen 2012/2098 (INI) du 6 février 2013 sur la responsabilité sociale des entreprises⁴⁶⁴, partage la nouvelle définition de la RSE proposée par la Commission en 2011⁴⁶⁵ et souligne l'importance du rôle des PME dans la diffusion de la RSE car elles sont « principalement actives au niveau local et régional ». Dans cette résolution, le Parlement européen « demande à la Commission et aux États membres de définir des stratégies de développement et de soutien visant à diffuser la RSE parmi les PME »⁴⁶⁶. Néanmoins, la Commission répond que la communication de 2011 prend pleinement en compte les caractéristiques particulières des PME et invite les autorités nationales et régionales à s'inspirer du vaste programme allemand consacré à la RSE et aux PME⁴⁶⁷.

92. Enfin, il faut mentionner plus récemment au titre d'une réception de la RSE en droit de l'UE, la volonté du législateur européen de favoriser le développement d'une « société sobre en carbone et résiliente au changement climatique »⁴⁶⁸. Aussi, puisque le législateur européen invite le plus souvent les États membres à adopter leur propre instrument en matière de RSE, sans les y contraindre, il convient d'étudier la réception de la RSE en droit français.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p.7.

⁴⁶² CERDACC, « L'entreprise élargie », colloque du 24 oct. 2018, préc.

⁴⁶³ Résolution du Parlement européen du 6 février 2013 sur la responsabilité sociale des entreprises: promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive, 2012/2097(INI), rapporteur Richard Howitt ; Résolution du Parlement européen du 6 février 2013 sur la responsabilité sociale des entreprises: comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable, 2012/2098 (INI), rapporteur Raffaele Baldassarre.

⁴⁶⁴ Résolution du Parlement européen, 2012/2098 (INI).

⁴⁶⁵ COM (2011) 681 final, préc.

⁴⁶⁶ Résolution du Parlement européen, 2012/2098 (INI)

⁴⁶⁷ Commission européenne, *Réaction de la Commission sur le texte adopté en plénière*, SP(2013)304, 28 juin 2013, p.5

⁴⁶⁸ Cette expression apparaît notamment dans le règlement européen (UE) 2015/322 du 2 mars 2015 relatif à la mise en place du 11ème Fonds européen de développement, JOUE n° L 58, 3 mars 2015, spéc. 17 : « Dans la mesure du possible, les différentes actions pour une société sobre en carbone et résiliente au changement climatique devraient se renforcer mutuellement de sorte que leur impact s'en trouve renforcé. ». V. aussi Commission européenne, COM (2011) 500 final du 29 juin 2011, *Un budget pour la stratégie Europe 2020*.

II. La réception de la RSE en droit français

93. Si la RSE est définie par les institutions de l'Union européenne, l'appartenance de ce concept au système juridique français peut prêter à débat en raison de l'imprécision de ce droit souple et son rattachement à des sources de droit dur. Il est par conséquent nécessaire de rechercher dans le système juridique français, les règles applicables qui permettent de vérifier l'appartenance de la RSE au droit. Il s'agit dès lors de déterminer quels sont les textes qui permettent à une entreprise d'exprimer son « pouvoir d'initiative »⁴⁶⁹ en matière de responsabilité vis-à-vis des effets qu'elle exerce sur la société. D'une part, il s'agit d'identifier les sources du droit desquelles la RSE acquiert sa « validité », c'est-à-dire son ancrage constitutionnel avec principalement la Charte de l'environnement (A). D'autre part, il s'agit d'identifier les textes généraux et ceux plus substantiels qui renvoient à la mise en œuvre de la RSE (B).

A. L'ancrage constitutionnel de la RSE

94. Comme le souligne le Conseil d'Etat dans son étude sur *Le droit souple*, « le droit dur peut prévoir l'existence du droit souple et être avec lui dans un rapport de délégation »⁴⁷⁰. Partant de cette hypothèse, les engagements volontaires – instruments de droit souple – adoptés par les entreprises dans le cadre de leur responsabilité sociétale, doivent pouvoir trouver dans le droit dur, les normes juridiques qui permettent d'asseoir leur *validité*.

95. Hans Kelsen affirme en effet « qu'une norme est valable ou non-valable » selon qu'elle puisse tirer sa *validité* de la norme fondamentale (*grundnorm*), entendue comme la norme supposée suprême et fondement de validité de toutes les normes qui appartiennent à un seul et même ordre juridique⁴⁷¹. En ce sens, il s'agit d'identifier au sein de la Constitution, les *normes* juridiques qui permettent d'affirmer l'existence et la validité du droit souple, et plus précisément de préciser quels sont les droits, les libertés et plus particulièrement les devoirs sur lesquels peuvent reposer les instruments adoptés par les entreprises.

96. Selon la théorie développée par Kelsen d'une « pyramide de l'ordre juridique », c'est dans la Constitution que l'on trouve « les normes qui règlent la création des normes juridiques générales »⁴⁷². A cet égard, la norme fondamentale du système juridique français, comprend le texte de la Constitution du 4 octobre 1958 mais également – grâce au renvoi dans son préambule – la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la Charte de l'environnement de 2004⁴⁷³.

⁴⁶⁹ Conseil d'Etat, étude précitée, p.6.

⁴⁷⁰ Conseil d'Etat, étude précitée, p.72.

⁴⁷¹ KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Trad.° par Eisenmann C., Dalloz, Paris, 1962, p. 257.

⁴⁷² *Ibid*, p. 300.

⁴⁷³ S'ajoutent également au « bloc de constitutionnalité » les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) tirés des législations républicaines antérieures à la IV^{ème} République (par exemple la liberté d'association ou la liberté d'enseignement).

Aussi devrait-on pouvoir trouver dans l'ensemble de ces textes, les droits et libertés, mais surtout les devoirs sur lesquels reposent les instruments de droit souple adoptés par les entreprises en matière de responsabilité sociétale et environnementale. Assurément, les textes offrant un pouvoir d'initiative aux entreprises en matière de RSE sont rares lorsque celle-ci n'est encore que sociale au XIX^{ème} siècle, ces textes s'enrichissent lorsque la RSE effectue sa mutation vers le développement durable et la transition écologique. Les sources anciennes ne sont pas pour autant à écarter, au contraire l'ancrage constitutionnel de la RSE est aujourd'hui renforcé avec les textes de la Constitution les plus récents de sorte que l'utilité de différencier les textes pour chaque génération de RSE est réduite. Il sera envisagé les sources premières de la RSE avec en particulier l'idée de devoir et de liberté d'entreprendre (1) puis plus spécifiquement, les sources constitutionnelles plus contemporaine de la RSE avec la Charte de l'environnement et les principes du droit de l'environnement (2).

1. Les premières sources constitutionnelles de la RSE

97. Bien avant l'approche soutenable de la RSE - caractérisée par le développement durable et désormais la transition écologique, peut être soulevé la question de l'existence de sources premières de la RSE au sein des libertés fondamentales présentes dans la Constitution. Le texte même de la Constitution du 4 octobre 1958 ne permet pas de trouver un quelconque fondement spécifique à la RSE puisqu'il s'attache avant tout à décrire le fonctionnement des institutions de la République. C'est davantage dans les textes auxquels renvoie son préambule qu'il peut être observé les fondements d'une RSE à travers les droits, libertés et devoirs qui y sont énoncés. Ainsi, dès l'apparition du patronage volontaire et d'une RSE à l'aspect social au XIX^{ème} siècle, les entreprises peuvent déjà se fonder sur le préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, qui s'adresse, de manière universelle, à « tous les Membres du corps social », pour leur rappeler « sans cesse leurs droits et leurs devoirs »⁴⁷⁴, afin notamment que « les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous »⁴⁷⁵. Comme le préambule de la Déclaration vise l'ensemble des membres du corps social, il nous est

⁴⁷⁴ Il s'agit toutefois d'une déclaration de droits et non pas de droits et devoirs alors que la Charte de l'environnement contient des droits mais aussi des devoirs. Selon Guy Carcassonne, ce n'est pas que l'Assemblée « fût sans égard pour les devoirs, mais parce que ceux-ci, au-delà de ceux d'entre eux qu'impose nécessairement le respect des droits d'autrui, lui ont semblé relever d'une logique distincte, sans doute moins naturelle ». CARCASSONNE Guy, *La Constitution*, 9^{ème} éd°, 2009, p.423

⁴⁷⁵ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, Préambule, 26 août 1789 : « Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous. En conséquence, l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être suprême, les droits suivants de l'homme et du citoyen. ».

alors possible d'y inclure les entreprises. Dès le XIX^{ème} siècle, les entreprises ne peuvent ignorer qu'elles ont des droits mais également des devoirs qui s'exercent dans l'objectif du maintien de la Constitution et du « bonheur de tous »⁴⁷⁶. L'emploi des termes « réclamations des citoyens », renvoie par ailleurs à l'idée d'une responsabilité de « tous les Membres du corps social », ceux-ci devant répondre de leurs actions. Il s'agit là d'une responsabilité qui doit être entendue au sens large d'un devoir de vertu, le préambule ne précisant pas la nature des dites réclamations, fondées sur des principes simples et incontestables.

98. La RSE trouve surtout un ancrage constitutionnel dans l'article II de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui reconnaît les *droits naturels et imprescriptibles de l'Homme* dont la liberté et la propriété. Aussi, c'est au titre de l'article 4 de la Déclaration selon lequel : « *la liberté* consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » que repose la possibilité d'adopter une démarche de responsabilité sociétale et environnementale, sauf lorsqu'elle aurait pour conséquence de nuire à autrui comme en dispose cet article⁴⁷⁷. L'article 5 disposant encore que, « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché ». Dès lors, les entreprises sont non seulement libres d'exercer leur activité comme elles le souhaitent, mais encore de l'exercer par l'adoption de tout instrument qui ne nuit pas à autrui ou dont la loi n'apporte pas de limites. Il faut toutefois tempérer cette affirmation puisque cette liberté énoncée par la Déclaration ne fait aucune allusion au libre exercice d'une activité économique. La liberté d'exercer une activité économique est en réalité, spécifiquement reconnue dans le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, qui supprime les corporations et permet ainsi à toute personne d'exercer librement une activité économique⁴⁷⁸. La liberté du commerce et de l'industrie n'est pas une liberté à valeur constitutionnelle reconnue, mais elle l'est indirectement si l'on considère qu'elle relève matériellement de la liberté d'entreprendre⁴⁷⁹, dont la valeur

⁴⁷⁶ Le professeur Prieur voyant dans « le bonheur de tous » un élément important de la qualité de la vie, soit un prémisses d'un droit de l'homme à l'environnement avant sa consécration constitutionnelle dans la Charte de l'environnement : PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, préc., pp. 92-95.

⁴⁷⁷ V° CARCASSONNE Guy, *La Constitution*, 9^{ème} éd°, p.424 sous l'article II de la Déclaration

⁴⁷⁸ Son article 7 dispose : "*il sera libre à toute personne d'exercer telle profession, art, ou métier qu'il trouvera bon*". Liberté ensuite renforcée par la loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791.

⁴⁷⁹ FAVOREU Louis et al, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. précis, 21^{ème} éd°, 2018, p.994, spéc. 1377 : « la liberté d'entreprendre est plus vaste que la liberté du commerce et de l'industrie qui ne semble concerner que l'exercice d'une activité. En ce sens, la liberté du commerce et de l'industrie est matériellement un composante de la liberté d'entreprendre. En ce qui concerne leur valeur normative, la liberté du commerce et de l'industrie, en tant que principe général du droit, est de valeur infra-législative et elle s'impose au pouvoir réglementaire ainsi qu'aux autorités administratives. La liberté d'entreprendre a une valeur constitutionnelle et s'impose à toutes les autorités et en particulier au législateur.»

constitutionnelle est reconnue depuis une décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982⁴⁸⁰. Aussi, la doctrine majoritaire adopte la solution d'inclure la liberté du commerce et de l'industrie – au côté de la liberté de concurrence- dans la liberté d'entreprendre à valeur constitutionnelle expressément consacrée⁴⁸¹. Selon la décision de 1982, il est loisible aux entreprises de mener leurs activités selon les modalités qu'elles auront librement choisies. Pourtant, le Conseil constitutionnel dans une jurisprudence fluctuante, a d'abord infléchi sa position en précisant que la liberté d'entreprendre n'était « ni générale, ni absolue »⁴⁸². Cette formule a ensuite été supprimée en l'an 2000 à travers une approche plus protectrice de la liberté d'entreprendre⁴⁸³. La liberté d'entreprendre reste donc la règle et sa limitation, l'exception. A cet égard, la responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise trouve une assise juridique, tire sa *validité* de la liberté d'entreprendre, dont la valeur constitutionnelle découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

2. Les secondes sources constitutionnelles de la RSE

99. Un autre ancrage constitutionnel de la RSE, envisagée plus particulièrement dans son approche soutenable et relative à la transition écologique, peut être envisagé à travers la Charte de l'environnement. Sa valeur juridique a pu être discutée, mais le Conseil constitutionnel en a vite affirmé la valeur constitutionnelle (a). L'émancipation de la Charte, ouverte par le Conseil constitutionnel au sein de la Constitution, permet aujourd'hui d'identifier de véritables sources de droits pour la RSE, les articles de la celle-ci renforçant les principes généraux du droit de l'environnement déjà contenus dans la loi (b).

⁴⁸⁰ Conseil constitutionnel, Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, loi de nationalisation : « Considérant que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ».

⁴⁸¹ Code constitutionnel et des droits fondamentaux, commenté, 3^{ème} éd°, Dalloz, 2014.

⁴⁸² Conseil constitutionnel, Décision n°89-254 DC du 4 juillet 1989, loi modifiant la loi n°86-912 relative aux modalités d'application des privatisations : « Considérant que la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée »

⁴⁸³ Conseil constitutionnel, Décision n°2000-433 DC du 27 juillet 2000, loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication: « considérant que la liberté d'entreprendre découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; qu'il est cependant loisible au législateur de lui apporter des limitations justifiées par l'intérêt général ou liées à des exigences constitutionnelles ». Ces limitations apportées à la liberté d'entreprendre ne doivent pas être disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi : Conseil constitutionnel, décision n°2000-436 du 7 décembre 2000, loi dite SRU et la décision n°2000-439 DC du 16 janvier 2001, loi relative à l'archéologie préventive.

a. Une Charte de l'environnement à valeur constitutionnelle

100. Issue de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, la Charte de l'environnement a été « adossée » -selon l'expression consacrée⁴⁸⁴- au bloc de constitutionnalité par sa mention à l'alinéa premier de la Constitution de 1958. Cependant, l'on a pu s'interroger sur la portée juridique des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement. Appelé à se prononcer sur l'article V de la Charte de l'environnement, le Conseil constitutionnel a rapidement eu l'occasion de trancher la question en affirmant la pleine valeur constitutionnelle de la Charte. Le Conseil a jugé dans une décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 relative à la loi sur les OGM que : « l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, à l'instar de toutes celles qui procèdent du préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle »⁴⁸⁵.

101. Il était toutefois encore possible de s'interroger sur la portée du préambule de la Charte de l'environnement – considérants composés de sept alinéas – puisque le Conseil constitutionnel n'a semble-t-il, pas totalement fermé cette porte, en ne précisant pas expressément ce qu'il entendait par « l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte ». Ainsi la formule impérative utilisée en fin de préambule « qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins », peut laisser deviner un devoir des générations présentes envers les générations futures. Aussi, rien n'indiquait *a priori* que seuls les articles 1 à 10 du dispositif de la Charte aient valeur constitutionnelle. Certains y voyant la source potentielle de nouveaux objectifs de valeur constitutionnelle que les hauts-conseillers pourraient dégager à l'avenir⁴⁸⁶. Par exemple, à travers un éventuel contrôle de proportionnalité sur l'atteinte excessive portée par une loi aux intérêts des générations futures. Pour Guy Carcassonne, les considérants comme le dispositif ont valeur constitutionnelle. S'agissant des considérants, l'auteur observe que « l'on ne doute pas qu'il se trouvera tôt ou tard des saisissants imaginatifs qui, s'appuyant sur lui, poseront au Conseil constitutionnel des questions embarrassantes. »⁴⁸⁷. Un autre auteur, le professeur Bertrand Mathieu, souligne que « les considérants qui précèdent le texte de la Charte en exposent en quelque sorte la philosophie. De ce point de vue, ils sont cependant

⁴⁸⁴ V° la critique de ROMI Raphaël, *Droit de l'environnement*, LGDJ, Lextenso, 10^{ème} éd., 2018, p. 83, sur l'expression « charte adossée à la Constitution » qui est selon l'auteur : « doublement malheureuse, étymologiquement d'abord (la Charte tournerait le dos à la Constitution, ce qui semble curieux, et politiquement (comme le soulignait G. Drago, le terme Charte renvoie à une histoire constitutionnelle bien peu démocratique, et en tout cas pas à la tradition républicaine [DRAGO Guillaume, « Principes directeurs d'une charte constitutionnelle de l'environnement », AJDA, 26 janvier 2004, o.133 et s.] ».

⁴⁸⁵ Conseil constitutionnel, Décision n°2008-564 DC, loi relative aux organismes génétiquement modifiés, §18 et 49, AJDA 2008. 1614, note Dord ; Revue de droit public, 2009, p. 1181, note Brosset ; JCP 2008, Actu, p. 526, obs. Trébulle ; Envir. Août-sept. 2008, n°123, note Trouilly ; DAUH 2009, n°75, n°105 et n°425. V. encore la décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009 : AJDA 2010. 227, note Mastor. Le Conseil d'Etat a également pu affirmer dans une décision n°297931 du 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, req. N° 297937, que « ces dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle ».

⁴⁸⁶ Code constitutionnel et des droits fondamentaux - commenté, Dalloz, 4^{ème} éd°, 2015, p.494.

⁴⁸⁷ V° CARCASSONNE Guy, *La Constitution*, 9^{ème} éd°, p.453

juridiquement à prendre en considération, indépendamment de toute portée directe»⁴⁸⁸. Il ajoute que « l'on peut considérer ce texte comme un vivier potentiellement considérable pour un juge constitutionnel confronté à des situations que l'on ne peut aujourd'hui imaginer, selon un processus identique à celui qui a conduit le Conseil constitutionnel à découvrir le principe de dignité dans la condamnation de pratiques dégradant la personne humaine. »⁴⁸⁹. Enfin, l'auteur observe que certains considérants liminaires de la Charte peuvent servir de support de droits créances qualifiés « d'objectifs constitutionnels » et notamment les deux derniers considérants qui indiquent que « la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la nation » et « qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins »⁴⁹⁰.

102. Ces interrogations relatives à la portée des considérants précédant articles de la Charte, ont toutefois été levées en partie, puisque dans une décision n°2014-394 QPC du 7 mai 2014, le Conseil constitutionnel a jugé que : « si ces alinéas ont valeur constitutionnelle, aucun d'eux n'institue un droit ou une liberté que la Constitution garantit »⁴⁹¹. Ce qui empêche par conséquent de les invoquer dans le cadre d'une QPC au même titre que l'article 6 de la Charte de l'environnement comme cela a été jugé dans de précédentes décisions⁴⁹². C'est donc la position défendue par le constitutionnaliste Guy Carcassonne qui a été retenue mais l'idée du professeur Bertrand Mathieu selon laquelle les considérants peuvent servir de « support de droits créances qualifiés d'objectifs constitutionnels »⁴⁹³ est davantage soumise à débat. Ce qui est alors particulièrement intéressant lorsqu'est envisagée l'exigence de transition écologique, laquelle peut s'inscrire dans la « philosophie constitutionnelle » qu'il convient de prendre en considération lors de l'application des dispositions à valeur constitutionnelle, en particulier la Charte de l'environnement.

103. Malgré la reconnaissance de la valeur constitutionnelle des articles de la Charte de l'environnement, des critiques relatives à la faible « densité normative » de certains articles ont pu être émises, ceux-ci peuvent paraître « pâles, peu consistants, voire déclamatifs »⁴⁹⁴. Néanmoins, puisque la RSE relève du droit souple, la « densité normative » n'est pas ce qui est nécessairement recherchée. Au même titre que les entreprises adoptent des engagements volontaires sans les assortir de la contrainte, il s'agit

⁴⁸⁸ MATHIEU Bertrand, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », Cahiers du Conseil constitutionnel n°15, Dossier : Constitution et environnement, janvier 2004.

⁴⁸⁹ *Ibid.*

⁴⁹⁰ *Ibid.*, [nous soulignons l'emploi des indicatifs « doit » et « ne doivent pas »].

⁴⁹¹ Conseil constitutionnel, DC n°2014-394 QPC, 7 mai 2014, *Sté Casuca*, JORF 10 mai 2014, p.7873, texte n° 78.

⁴⁹² Décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, M. Antoine de M. ; décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, Société Schuepbach Energy LLC

⁴⁹³ MATHIEU Bertrand, préc.

⁴⁹⁴ NAIM-GESBERT Eric, *Droit général de l'environnement*, Lexis-Nexis, 2011, p.55. V. aussi « Les dix ans de la Charte de l'environnement 2005-2015 », Constitutions 2015, p.185

surtout de permettre la modification du comportement. Ainsi, de la même manière que les engagements volontaires peuvent être adoptés indépendamment de tout texte les y autorisant expressément, les droits et devoirs contenus dans la Charte de l'environnement constituent une source d'inspiration pour le droit souple adopté par les sociétés commerciales en transition écologique.

b. Les droits et devoirs de la Charte : source de droit souple pour l'entreprise

104. Logiquement, toute entreprise impliquée dans une démarche de responsabilité sociétale et environnementale se doit de respecter les articles présents dans la Charte de l'environnement. Il s'agit notamment du droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé (article 1), du devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement (article 2), de l'obligation pour toute personne, dans les conditions définies par la loi, de prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences (article 3), de l'obligation de contribuer à la réparation des dommages causés à l'environnement, dans les conditions définies par la loi (article 4), du principe de précaution⁴⁹⁵ (article 5), du droit d'accès relatives à l'environnement (article 6). Ces droits et devoirs qui ont valeur constitutionnelle, sont autant de sources de *validité*⁴⁹⁶ pour les engagements volontaires adoptés par les entreprises, que source de droit souple lorsqu'il s'agit de s'inspirer des dispositions constitutionnelles afin de leur trouver un fondement juridique.
105. L'entreprise peut tout d'abord fonder ses engagements volontaires sur l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement qui dispose que « chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ». Ce droit a d'abord été considéré par le juge administratif comme une « liberté fondamentale »⁴⁹⁷ puis véritablement consacrée comme une « liberté constitutionnelle » dans une décision du Conseil constitutionnel du 8 avril 2011, *Michel Z et a.*, n°2011-116 QPC⁴⁹⁸. Selon un auteur, la portée de cet article 1^{er}

⁴⁹⁵ « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. »

⁴⁹⁶ KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Trad.° par Eisenmann C., Dalloz, Paris, 1962, p. 257. C'est-à-dire que les engagements volontaires sont considérées comme des normes valables dans l'ordonnement juridique car elles tirent leur validité de la norme supérieure, la Constitution et plus particulièrement la Charte de l'environnement en matière de RSE.

⁴⁹⁷ TA Châlons-en-Champagne, réf., 29 avril 2005, Conservatoire du patrimoine naturel et a., req. N°0500828 : JCP Adm. 2005, n°1216, note Billet ; AJDA 2005. 1357, note Groud et Pugeault ; Envir. Août-sept. 2005, n°61, note Trouilly et Nouzha ; Dr. envir. N°133, nov. 2005, p.252 et s., comm. Savin et Verdier et note Romi. A propos de l'interdiction d'un festival de musique « Teknival » dont le site choisi par l'organisation présentait une haute valeur environnementale.

⁴⁹⁸ Cons. 5 : « Considérant, en deuxième lieu, que les articles 1er et 2 de la Charte de l'environnement disposent : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. - Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » ; que le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles 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 (...) ».

de la Charte possède une « portée virtuellement immense », aussi, ses effets ont jusqu'à présent, été « domestiqués » par le juge, car il posséderait davantage « une portée d'arrière-plan, en tant que soubassement légitimant et explicatif, puisque le droit qu'il renferme a finalement partie liée avec la plupart sinon tous les principes, droits, objectifs et obligations présents dans la Charte ou en découlant. »⁴⁹⁹. C'est lorsque l'article 1^{er} « entre en synergie »⁵⁰⁰ avec ses articles voisins qu'il déploie pleinement ses effets⁵⁰¹. L'article 2 de la Charte énonce que « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement », il est donc particulièrement intéressant comme source de droit pour la RSE car il énonce un « devoir »⁵⁰². L'entreprise engagée dans une démarche de RSE peut alors s'estimer débitrice d'un tel devoir. Il semblait toutefois difficile d'attribuer une réelle portée juridique à cet article⁵⁰³. En effet, s'agissant de l'article 2, le professeur Bertrand Mathieu observait que « la mise en œuvre de ce devoir est d'autant plus incertaine que le droit constitutionnel français ne contient pas de devoirs, sauf celui de travailler, inscrit dans le Préambule de 1946 »⁵⁰⁴. La décision du Conseil constitutionnel n°2011-116 QPC en date du 8 avril 2011 donne une portée effective à l'article 2 de la Charte en le combinant à l'article 1^{er}. Ainsi, le droit prévu par l'article 1^{er} est « indissociable de l'article 2, car les débiteurs de l'obligation de préserver l'environnement pour qu'il soit équilibré et respectueux de la santé sont toutes les personnes visés à l'article 2, c'est-à-dire tant l'Etat que les personnes privées »⁵⁰⁵. Surtout, la décision *Michel Z et autres*, consacre une « obligation de vigilance » en procédant par application combinée des articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement⁵⁰⁶. Cette obligation s'imposant « non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectifs mais également à l'ensemble des personnes »⁵⁰⁷. Ainsi, en raison de la reconnaissance par cette décision de l'invocabilité directe des articles 1 et 2 sans qu'une loi ne soit nécessaire⁵⁰⁸, les entreprises, personnes morales de droit privé, ne peuvent échapper à cette obligation de vigilance. Cette obligation de vigilance peut constituer un des fondements de la RSE en ce qu'elle

⁴⁹⁹ FONBAUSTIER Laurent, « L'article 1^{er} de la Charte de l'environnement de 2004 : d'une portée virtuellement immense aux effets domestiqués par le juge, *Droit de l'environnement*, n°240, décembre 2015, p. 418

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ *Ibid.* : « il semble particulièrement pertinent de le solliciter lorsqu'il s'agit d'épauler, de venir au secours de, ou d'appuyer d'autres dispositions de la Charte, dans une forme d'effet de bloc ».

⁵⁰² Comme l'observe le professeur PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, 2014, p.450: « l'énoncé d'un devoir dans une déclaration des droits, n'est pas fréquente en France ».

⁵⁰³ Notez par exemple le ton sarcastique et provocateur employé par CARCASSONNE Guy in *La constitution*, 9^{ème} éd°, Points, essai, p. 456, pour unique commentaire à l'égard de cet article 2 : « Je suis parti débroussailler, et ramasser quelques papiers gras au passage, mais je reviens de suite. ».

⁵⁰⁴ MATHIEU Bertrand, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°15, Dossier : Constitution et environnement, janvier 2004 ; v. aussi pour une observation identique PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, 2014, p. 450.

⁵⁰⁵ PRIEUR Michel, « *Droit de l'environnement, droit durable* », Bruylant, 2014, p. 489.

⁵⁰⁶ Conseil constitutionnel, Déc° n° 2011-116 QPC, 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autres*, consid. 5, préc. V° TRÉBULLE François-Guy, « Le Conseil constitutionnel, l'environnement et la responsabilité : entre vigilance environnementale et pré-occupation », *RDI* 2011, p. 369 ; et REBEYROL Vincent, « L'environnement devant le Conseil constitutionnel : l'occasion manquée », *D.*, 12 mai 2011, n° 18, p. 1258-1261, pour un commentaire en désaccord avec la traduction des articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement en une règle unique.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, consid. 5

⁵⁰⁸ PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, précis, 2016, p. 98.

motive l'adoption de comportements économiques respectueux de la santé et de l'environnement. Un auteur suggère par ailleurs que l'on puisse admettre l'existence d'une obligation d'information et de conseil tournée vers la limitation des impacts environnementaux négatifs de l'objet du contrat⁵⁰⁹. Cependant, l'issue d'une action en responsabilité civile pour faute engagée contre l'entreprise auteur de dommages à l'environnement, ou d'obligation de vigilance dans la délivrance de l'information à destination du consommateur⁵¹⁰, fondée sur le non-respect de cette obligation de vigilance, reste incertaine. Or, c'est bien dans ce sens que la jurisprudence semble s'être dirigée, avant même la décision du Conseil constitutionnel du 8 avril 2011.

106. Comme le note Aude-Solveig Epstein à propos d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 6 octobre 2009, la décision « témoigne d'une évolution du modèle du consommateur », en ce qu'il lui appartient d'être « animé d'un souci de précaution et de prévention »⁵¹¹. En l'occurrence, selon le raisonnement de Mme Epstein, il s'agit d'envisager le devoir de vigilance de l'entreprise comme corrélativement limité par le comportement normalement attendu du consommateur, c'est-à-dire un minimum attentif, précautionneux dans ses choix. Par cette approche, il existe alors le risque de faire peser sur le consommateur, un devoir qui ne serait plus celui du « consommateur moyen » profane, mais davantage du « bioacteur » averti⁵¹². En d'autres termes, ce « superconsommateur », animé d'un « souci de précaution et de prévention »⁵¹³, doit être en mesure de déjouer et de discerner toute information qui va à l'encontre d'une consommation prudente. Certes, attendre du consommateur qu'il possède une capacité de vigilance renforcée est souhaitable, mais non réaliste. Aussi, il convient de revenir aux motivations réelles de la décision de la Cour de cassation du 6 octobre 2009, comme Mme Epstein l'indique, il s'agit surtout de « sanctionner la déloyauté d'un annonceur dont le produit est par nature extrêmement polluant »⁵¹⁴, et non pas de faire peser sur le consommateur la charge d'une responsabilité, qui incombe avant tout à l'entreprise délivrant une information sur le bien ou le service vendu.

107. Comme l'illustre cet exemple, l'obligation de vigilance consacrée aux visas des articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement, peut inciter l'entreprise à adopter des engagements volontaires : soit de manière désintéressée afin d'accomplir son devoir de prendre part à la

⁵⁰⁹ EPSTEIN Aude-Solveig, *Information environnementale et entreprise, Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut universitaire Varenne, Coll. Des thèses, LGDJ, 2015, spéc. 194 : l'auteur illustre sa proposition par un arrêt Cass. Crim. 6 octobre 2009, n°08-87.757 dans lequel la société *Monsanto France* s'était vu reproché par les juges du fond d'éluder le danger potentiel du produit par l'emploi de mots rassurants et induit le consommateur en erreur en diminuant le souci de précaution et de prévention qui devraient normalement l'inciter à une consommation prudente (CA Lyon, 29 oct. 2008, n° 1012.07 : JurisData n° 2008-371645).

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ EPSTEIN Aude-Solveig, op. cit., spéc. 194

⁵¹² EPSTEIN Aude-Solveig, op. cit. spéc 194, renvoyant à «A la recherche du statut juridique du bioacteur », BDEI, n°19, supplément, 1er février 2009.

⁵¹³ CA Lyon, 29 oct. 2008, n° 1012.07 : JurisData n° 2008-371645 : [la société Monsanto France] «élude le danger potentiel du produit par l'emploi de mots rassurants et induit le consommateur en erreur en diminuant le souci de précaution et de prévention qui devrait normalement l'inciter à une consommation prudente».

⁵¹⁴ EPSTEIN, op. cit., spéc. 194

préservation et à l'amélioration de l'environnement, ou de manière plus utilitariste, afin de prévenir à son égard l'exercice d'actions en responsabilité civile⁵¹⁵. Il faut par ailleurs observer que le devoir de vigilance a été consacré spécifiquement à l'égard des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre par la loi du 27 mars 2017⁵¹⁶.

108. L'article 3 de la Charte de l'environnement peut également aider l'entreprise à élaborer ses engagements en matière de RSE en ce qu'il énonce un devoir de prévention⁵¹⁷. Il dispose que « toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences ». Ce devoir renvoie au principe d'action préventive et de correction par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, déjà présent dans la loi à l'article L 110-1-II du code de l'environnement, introduit dès la loi dite *Barnier* du 2 février 1995⁵¹⁸. Il s'en trouve ainsi renforcé puisqu'il a désormais valeur constitutionnelle. Ensuite, l'article 4 de la Charte de l'environnement impose un devoir de contribuer à la réparation des dommages causés à l'environnement et reprend le principe de pollueur-payeur défini par l'article L 110-1 du code de l'environnement. Par ailleurs, il convient de ne pas oublier l'article 5 de la Charte de l'environnement qui reprend le principe de précaution⁵¹⁹ « aussi vieux que le monde » selon les termes du professeur Michel Prieur, et « expression de la sagesse populaire qui, face à des incertitudes, préfère la prudence à une audace qui pourrait être suicidaire »⁵²⁰. Déjà présent dans le principe 15 de la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement, le principe de précaution a été introduit dans la législation française par la loi du 2 février 1995 dite loi *Barnier* et est aujourd'hui codifié à l'article L 110-1 du code de l'environnement.

109. Enfin, il faut veiller à ne pas faire abstraction de l'article 6 de la Charte⁵²¹ qui exprime selon le professeur Prieur un « principe d'intégration », dont l'effet direct permettrait à toute personne de vérifier que l'environnement est intégré de façon satisfaisante dans les procédures administratives, les procédures législatives et devant le juge compétent pour toute politique et décision publique⁵²². Toutefois, si l'ensemble des dispositions de la Charte ont valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel refuse que l'article 6 puisse

⁵¹⁵ V° *supra* sur l'action en responsabilité sur le fondement d'un engagement volontaire.

⁵¹⁶ Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Cons. const., déc. n°2017-750 DC, 23 mars 2017, JO 28 mars 2017, texte 2. Le texte a fait l'objet d'une censure partielle pour ce qui avait trait aux sanctions monétaires prévues par le texte en cas de non respect de l'obligation de vigilance, en raison de la généralité des termes employés, v° MAUCHE Samia, « Censure partielle de la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères, Dossiers d'actualité », Lexis360, 18 avril 2017 ; chron. VINEY Geneviève, DANIS-FATÔME Anne, rec. Dalloz, n°28, 3 août 2017.

⁵¹⁷ PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, Précis, 6^{ème} éd°, 2011 : « La prévention consiste à empêcher la survenance d'atteintes à l'environnement par des mesures appropriées dites préventives avant l'élaboration d'un plan ou la réalisation d'un ouvrage ou d'une activité. »

⁵¹⁸ Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, dite « loi Barnier ».

⁵¹⁹ V° par exemple VAN LANG Agathe, « Principe de précaution : exorciser les fantasmagories », AJDA, 2015, p. 510.

⁵²⁰ PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, 2014, p. 59.

⁵²¹ Charte de l'environnement, Art. 6: "Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social."

⁵²² PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, 2014, pp.493-497 ; PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, Précis, 7^{ème} éd°, 2016, p. 105.

être invoqué dans le cadre d'une QPC dans la mesure où cette « disposition n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit »⁵²³.

110. S'il existe des incertitudes sur la valeur juridique des articles de la Charte de l'environnement, elles peuvent en tous les cas servir de fondement de validité au droit souple adopté par les entreprises en matière de RSE. En ce sens, la RSE peut ainsi constituer une mise en application effective des articles de la Charte de telle sorte que, de manière similaire à ce que la transition écologique passe « par le bas », ces articles pourraient acquérir valeur constitutionnelle au fur et à mesure de leur application par les entreprises et par un phénomène de montée de ce droit souple à la vie juridique constitutionnelle future dont les contours ne peuvent encore être imaginés comme le formule Bertrand Mathieu⁵²⁴.

B. L'ancrage législatif de la RSE

111. Les dispositions de la Constitution en général et plus spécialement de la Charte de l'environnement peuvent apparaître comme des textes pertinents pour motiver en droit une démarche de RSE. Cependant, ces textes peuvent être considérés comme des formules très générales, alors que des textes et principes de rang hiérarchique inférieurs dans le système juridique ancrent plus simplement la responsabilité sociétale des entreprises dans le droit. Il est toutefois précisé que les textes relatifs à la reddition de données extra-financières seront envisagés dans des développements distincts, relatifs à cette législation spécifique.

112. Plus simplement que de rechercher un ancrage juridique dans la Constitution, l'entreprise qui souhaite fonder ses engagements volontaires sur un texte de loi, peut le faire plus simplement en s'appuyant sur les principes généraux du droit de l'environnement. Issus de la loi Barnier du 2 février 1995 et aujourd'hui inscrits à l'article L 110-1 du code de l'environnement, il s'agit du principe de précaution⁵²⁵, du principe de prévention et de correction, par priorité à la source, par l'utilisation des meilleurs techniques disponibles à un coût économiquement acceptable, du principe pollueur-

⁵²³ Décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012, *M. Antoine de M.* ; décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC*

⁵²⁴ MATHIEU Bertrand, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », Cahiers du Conseil constitutionnel n°15, Dossier : Constitution et environnement, janvier 2004, préc. et parlant de « vivier potentiellement considérable pour un juge constitutionnel confronté à des situations que l'on ne peut aujourd'hui imaginer, selon un processus identique à celui qui a conduit le Conseil constitutionnel à découvrir le principe de dignité dans la condamnation de pratiques dégradant la personne humaine ».

⁵²⁵ Principe de précaution selon lequel "l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable"

payeur, du droit à l'information environnementale détenue par les autorités publiques⁵²⁶ ainsi que du principe de participation. Ces principes législatifs portent une valeur juridique d'autant plus importante qu'ils figurent également dans la Charte de l'environnement⁵²⁷. Comme a pu le souligner Michel Prieur, les « droits énoncés par la Charte de l'environnement ne sont pas véritablement nouveaux puisqu'ils figurent, en partie et selon une formulation différente, dans le code de l'environnement », l'auteur précise « à tout le moins on pourra considérer que si les droits consacrés par la Charte constitutionnelle ne sont pas nouveaux, ils sont renouvelés »⁵²⁸. Or, si renouvellement il y a eu, une différence de formulation peut subsister et aboutir à des hésitations sur le contenu exact des principes énoncés. Toutefois, le cadre des présentes recherches ne justifie pas que l'on procède à une analyse comparative des différentes formulations et une telle recherche pour une entreprise semble aussi fastidieuse qu'inutile.

113. Il est communément admis que l'entreprise engagée dans une politique de RSE se fonde sur la notion de développement durable⁵²⁹ qui constitue alors un ancrage législatif essentiel. L'objectif⁵³⁰ de développement durable – déjà inscrit par la loi Barnier⁵³¹ dans le Code rural et figurant désormais à l'article L 110-1-III du code de l'environnement tel que modifié par la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte – indique que le développement durable doit être recherché de façon concomitante et cohérente, grâce à cinq engagements : la lutte contre le changement climatique, la préservation de la biodiversité, des milieux et des ressources, la cohésion sociale et la solidarité entre les territoires et les générations, l'épanouissement de tous les êtres humains et la transition vers une économie circulaire. Aussi, puisque ce développement durable doit aujourd'hui être recherché de façon concomitante et cohérente avec différents engagements, il s'agit d'un objectif global. Le législateur fait donc application de ce que le professeur Prieur identifie comme un « principe d'intégration »⁵³² puisque l'objectif de développement durable est intégré et précisé par l'exigence de transition écologique qui passe par une économie circulaire sobre et efficace⁵³³.

⁵²⁶ Cette restriction aux personnes publiques laisse songeur et l'on peut craindre que la poursuite de la privatisation des entreprises publiques entraîne une disparition de l'accès aux informations relatives aux grandes politiques énergétiques, notamment dans le domaine de la production et du transport d'électricité. Heureusement, comme a pu le démontrer Aude-Solveig EPSTEIN dans sa thèse précitée, les obligations d'information environnementale imposées aux entreprises prolifèrent.

⁵²⁷ *Supra*.

⁵²⁸ PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, 2014, pp.485-486.

⁵²⁹ V° par ex. l'intitulé de la Communication de la Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable*, 2 juillet 2002, COM (2002) 347 final.

⁵³⁰ Et non pas « principe » à la différence du traité sur l'Union européenne qui en fait un principe (préambule du TUE et art.37 de la Charte des droits fondamentaux), comme le relève PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, précis, 2016, p.101.

⁵³¹ Loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, art. 1 inscrivant l'objectif de développement durable à l'article L 200-1 du Code rural comme visant à satisfaire les besoins de développement des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs.

⁵³² PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, 2014, pp. 493-497.

⁵³³ V° *infra* en introduction à propos de la Feuille de route sur la transition écologique.

114. Dès lors, il n'est guère difficile d'indiquer que la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises s'accorde avec l'économie circulaire car selon l'article L 110-1-1 du code de l'environnement il s'agit de « dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires... »⁵³⁴. L'objectif de développement durable articulé notamment par l'engagement d'une transition vers une économie circulaire s'adresse ainsi directement aux entreprises car il se traduit par une série d'objectifs, notamment : la conception écologique des produits, l'utilisation de matériaux issus de ressources naturelles renouvelables gérées durablement et issues du recyclage, l'allongement de la durée du cycle de vie des produits, la prévention des déchets, le respect d'un principe de proximité, le développement des valeurs d'usage et le partage de l'information sur leurs coûts écologiques, économique et social⁵³⁵. Soit autant de textes qui poussent les entreprises à anticiper concrètement, par des engagements volontaires, d'éventuelles futures réglementations contraignantes. D'aucuns pourraient rester dubitatif devant une telle profusion d'engagements de la part du législateur quant à cet enchaînement déclamatoire, dont la portée juridique peut prêter à débat. Mais c'est toutefois oublier la précision apportée par de nouveaux textes à l'endroit de certains des objectifs affichés par le législateur⁵³⁶.

115. L'objectif de développement durable n'est pas l'unique ancrage législatif de la RSE et d'autres textes s'y ajoutent. En ce sens, outre la législation relative à la diffusion d'informations relatives aux conséquences sociales et environnementales envisagée dès la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques⁵³⁷, il convient de citer la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. Celle-ci intègre dans son article 2 le « principe de non-régression de l'environnement » codifié à l'article L 110-1-9° du code de l'environnement selon lequel : « la protection de l'environnement, assurée par les dispositions réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment ». Le principe de non-régression⁵³⁸, dont la paternité doit être attribué au professeur Michel Prieur, exprime l'idée selon laquelle les lois de protection de l'environnement ne peuvent

⁵³⁴ V° *supra* sur la législation relative à la sobriété.

⁵³⁵ Art. L 110-1-1 du code de l'environnement.

⁵³⁶ V° plus précisément *infra* sur la législation relative à la sobriété.

⁵³⁷ L'article 116 de cette loi insère un article L 225-102-1 dans le code de commerce, v° *infra*

⁵³⁸ Aussi appelé *standstill* dans les pays anglo-saxons, "principe du cliquet" ou "effet cliquet", v° PRIEUR M., « Le nouveau principe de "non-régression" en droit de l'environnement », in PRIEUR Michel, SOZZO Gonzalo, (dir.), *La non-régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012, p.8 ; PRIEUR Michel, « Vers la reconnaissance du principe de non-régression », RJE, 2012, n°4, p.615 ; et aussi KROLIK Christophe., « Vers un principe de non-régression de la protection de l'environnement », AJDA, 2013, p. 2247 : S'agissant de "l'effet cliquet" cet auteur cite l'opinion séparée du juge Casadevall jointe à CEDH, gr. ch., 20 mars 2009, Gorou c/ Grèce, n° 12686/03 (n° 2) : ainsi l'effet cliquet est « également connu sous le nom de mécanisme du cliquet, par l'effet duquel une roue dentée, une fois qu'elle a avancé d'un cran, ne peut plus revenir en arrière » ; PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, Précis, 7ème éd°, 2016, p. 108.

régresser ou faire machine arrière sans porter atteinte à un droit devenu intangible⁵³⁹. L'idée exposée par Michel Prieur part du constat que le droit est « normalement toujours amendable ou abrogeable »⁵⁴⁰, or il explique que cette absence de droit immuable ou éternel a pour conséquence logique la possible mutation de la règle à travers différentes formes, que sont l'abrogation, la modification ou la dérogation⁵⁴¹. Aussi, puisque le droit de l'environnement est un droit dont le destin lie indissolublement l'humanité à la nature⁵⁴², il s'agit d'éviter toute régression de ce droit à l'aide de « règles juridiques éternelles et donc non abrogeables »⁵⁴³. Ce principe d'un droit de l'environnement intangible, désormais inscrit dans la loi, permet à l'entreprise de s'en inspirer dans sa démarche de responsabilité sociétale et environnementale. Par exemple, en inscrivant certains engagements volontaires dans les statuts de la société et non pas seulement dans un code éthique afin de les rendre plus difficilement modifiables⁵⁴⁴.

116. Par ailleurs, la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages inscrit à l'article L 110-1 du code de l'environnement un « principe de solidarité écologique »⁵⁴⁵ qui « appelle à prendre en compte, dans toute prise de décision publique ayant une incidence notable sur l'environnement des territoires concernés, les interactions des écosystèmes, des êtres vivants et des milieux naturels ou aménagés »⁵⁴⁶. Certes, ce principe ne vise que les « décisions publiques ayant une incidence notable sur l'environnement » et ne s'adresse donc pas aux entreprises détenues par des personnes de droit privé, mais nous pouvons toutefois rapprocher ce principe de solidarité écologique du modèle de la *benefit corporation* qui sera développé plus avant, dans lequel le dirigeant, prend en compte l'ensemble des effets qu'une décision peut avoir sur la société elle-même, mais également sur les éléments qui l'environnent (parties

⁵³⁹ PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, 2014, p. 365.

⁵⁴⁰ PRIEUR Michel, « Le nouveau principe de « non-régression » en droit de l'environnement », in PRIEUR Michel, SOZZO Gonzalo, (dir.), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012, p. 5.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 5-6.

⁵⁴² *Ibid.*, préface, p.1

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 6, l'auteur s'interroge ainsi sur l'existence en droit de l'environnement de « règles intangibles bénéficiant d'une clause "d'éternité" selon l'expression des théories normativistes de Kelsen et Merkl ».

⁵⁴⁴ V° plus précisément cette idée dans les développements consacrés à l'objet social en Partie 2.

⁵⁴⁵ Assemblée nationale, commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, rapport n°2064 sur le projet de loi relatif à la biodiversité, 26 juin 2014. Selon les travaux de cette commission, le nouveau principe de « solidarité écologique » a été défini par une universitaire britannique, Murray Gray. Il s'agit de prendre en compte, au niveau législatif, l'étroite interdépendance des différents écosystèmes entre eux, et de porter une attention particulière aux effets apportés sur les éléments constitutifs de la biodiversité ou des services écosystémiques rendus. La commission illustre par analogie le principe de solidarité avec la gestion de l'eau en France qui repose sur un principe similaire, avec la solidarité entre territoire aval et territoire amont au sein d'un même bassin versant. Cependant, la portée de l'application du principe de solidarité écologique a été limitée aux « décisions publiques ayant une incidence notable sur l'environnement ».

⁵⁴⁶ *Ibid.*

prenantes, nature...)⁵⁴⁷. Ce principe de solidarité écologique peut ainsi être appliqué volontairement par une entreprise au titre de l'internalisation des externalités négatives en assumant pleinement un principe pollueur-payeur au-delà de ce qu'exige la loi, c'est-à-dire en prenant à sa charge le devoir de protection de l'environnement en amont d'un éventuel dommage à travers la prise en considération des « dommages tolérés »⁵⁴⁸. En ce sens, la loi du 8 août 2016 dite « biodiversité », précise le principe de prévention qui figure à l'article L110-1-II-2° qui « implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant en compte des espèces, des habitat naturels et des fonctions écologiques affectées. »⁵⁴⁹.

117. Il faut encore souligner au titre de l'ancrage législatif de la RSE la direction prise par le législateur français pour le développement d'une « société sobre »⁵⁵⁰, entendu ici au sens d'une collectivité sobre mais qu'il est possible d'étendre au sens juridique de société commerciale et dont il sera consacré la deuxième partie. Pour illustration, la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (TECV) a notamment

⁵⁴⁷ V. § 363 p. 269, le développement consacré à la « *benefit corporation* », dans laquelle les administrateurs doivent examiner les effets de toute action ou inaction sur : les actionnaires de la société ; les employés, filiales et fournisseurs de la société ; les intérêts des consommateurs bénéficiaires des « bienfaits d'utilité publique » ou les objectifs spécifiques d'utilité publique de la société ; les facteurs organisationnels et sociétaux de chaque collectivité de travail situés dans les bureaux, établissements, filiales et fournisseurs de la société ; l'environnement local et mondial ; les intérêts à court-terme et à long-terme de la société, y compris tout avantage que pourrait retirer la société de ses projets à long-terme et la possibilité que ces intérêts puissent servir au mieux l'indépendance de la société ; la capacité pour la société de remplir son objectif d'utilité publique et tout objectif spécifique d'utilité publique. Les statuts de la *benefit corporation* peuvent également permettre aux administrateurs d'examiner tout autre facteur pertinent qu'ils estimeraient appropriés.

⁵⁴⁸ V° VINUALES Jorge Enrique, « La distribution de la charge de protéger l'environnement : expressions juridiques de la solidarité », in SUPIOT Alain, *Face à l'irresponsabilité: la dynamique de la solidarité*, préc., p. 19 : « Une compréhension plus large [de la responsabilité solidaire] porte sur la manière dont le droit, à l'aide d'une diversité de techniques, rend les diverses entités « responsables » de protéger l'environnement ou, en d'autres termes, distribue les devoirs relatifs à cette protection non seulement lorsque survient un dommage, mais aussi, plus en amont, en ce qui concerne l'internalisation des externalités (les dommages tolérés), la prévention du dommage, la réponse lorsqu'un dommage survient et qu'il s'agit de le contenir, puis enfin – comme nous venons de le voir – la réparation du dommage. Cette notion peut être appelée « solidarité distributive » (allocative solidarity) ».

⁵⁴⁹ Loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages et article L 110-1 du code de l'environnement

⁵⁵⁰ Cette expression apparaît notamment dans le règlement européen (UE) 2015/322 du 2 mars 2015 relatif à la mise en place du 11ème Fonds européen de développement, JOUE n° L 58, 3 mars 2015, spéc. 17 : « Dans la mesure du possible, les différentes actions pour une société sobre en carbone [nous soulignons] et résiliente au changement climatique devraient se renforcer mutuellement de sorte que leur impact s'en trouve renforcé. ». V. aussi Commission européenne, COM (2011) 500 final du 29 juin 2011, Un budget pour la stratégie Europe 2020.

modifié le code de l'énergie⁵⁵¹. L'article L 100-1-1° de ce code relative à la politique énergétique demande notamment à l'Etat et aux collectivités territoriales, de « mobiliser les entreprises pour favoriser l'émergence d'une croissance verte » qui se définit comme un « mode de développement économique respectueux de l'environnement, à la fois sobre et efficace en énergie et en consommation de ressources et de carbone, socialement inclusif, soutenant le potentiel d'innovation et garant de la compétitivité des entreprises ». Cet objectif fixé par la loi TECV souffrent cependant d'une certaine imprécision, comme a pu le souligner un auteur : « l'article 1^{er} reste relativement silencieux sur les moyens concrets d'obtenir des résultats. Ses dispositions se cantonnent même parfois à énoncer des solutions qui relèvent de l'évidence »⁵⁵². Toutefois, les entreprises engagées dans une démarche de RSE peuvent s'inspirer de ces textes législatifs, même imprécis, car ils présentent l'avantage pour l'entreprise de pouvoir intégrer au plus tôt les futures orientations législatives. Il ne faut cependant pas s'en tenir à une vision par trop dichotomique qui consisterait à faire de l'Etat le seul garant des objectifs fixés pour réaliser cette transition énergétique, et des entreprises, des personnes qui n'auraient que pour seule obligation d'être « mobilisées » selon la formule retenue dans l'article 1^{er} de la loi TECV. En d'autres termes, il ne peut être conclu à ce que l'entreprise échappe aux objectifs de la loi dite « transition énergétique » en pouvant se servir, au « self-service normatif »⁵⁵³ comme bon lui semble, tout comme dans l'ensemble des textes législatifs fixant des objectifs de développement durable⁵⁵⁴ et une exigence de transition écologique. Il ne semble pas que l'entreprise échappe aux textes précités lorsqu'elles n'y sont pas expressément visées. En effet, il ne semble pas opportun pour la réussite de la transition écologique d'accueillir l'idée selon laquelle l'objectif de transition énergétique - ne visant pas expressément l'entreprise -, celle-ci pourrait « puiser sur un étalage de règles » entre

⁵⁵¹ Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, article 1 codifié dans le code de l'environnement à l'article L100-1 qui dispose que : « La politique énergétique : 1° Favorise l'émergence d'une économie compétitive et riche en emplois grâce à la mobilisation de toutes les filières industrielles, notamment celles de la croissance verte qui se définit comme un mode de développement économique respectueux de l'environnement, à la fois sobre [nous soulignons] et efficace en énergie et en consommation de ressources et de carbone, socialement inclusif, soutenant le potentiel d'innovation et garant de la compétitivité des entreprises ; 2° Assure la sécurité d'approvisionnement et réduit la dépendance aux importations ; 3° Maintient un prix de l'énergie compétitif et attractif au plan international et permet de maîtriser les dépenses en énergie des consommateurs ; 4° Préserve la santé humaine et l'environnement, en particulier en luttant contre l'aggravation de l'effet de serre et contre les risques industriels majeurs, en réduisant l'exposition des citoyens à la pollution de l'air et en garantissant la sûreté nucléaire ; 5° Garantit la cohésion sociale et territoriale en assurant un droit d'accès de tous les ménages à l'énergie sans coût excessif au regard de leurs ressources ; 6° Lutte contre la précarité énergétique ; 7° Contribue à la mise en place d'une Union européenne de l'énergie, qui vise à garantir la sécurité d'approvisionnement et à construire une économie décarbonée et compétitive, au moyen du développement des énergies renouvelables, des interconnexions physiques, du soutien à l'amélioration de l'efficacité énergétique et de la mise en place d'instruments de coordination des politiques nationales ».

⁵⁵² DENOLLE Anne-Sophie, « Commentaire de la loi relative à la transition énergétique », RJE, 1, 2016, pp.100 et 101 : « la loi TECV contient un grand nombre d'articles qui restent relativement évasifs laissant, le plus souvent au pouvoir exécutif, le soin de préciser par ordonnances ou décrets les moyens de satisfaire les prétentions de la loi ». Ou comme nous le suggérons, de permettre aux entreprises d'adopter des engagements volontaires dans le sens des objectifs affichés par la loi.

⁵⁵³ Expression attribuée à LEGENDRE Pierre, in *Le crime du caporal Lortie*, Paris, Fayard, 1989, p.66 et reprise par SUPIOT Alain, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Mélanges Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 541 et 548.

⁵⁵⁴ V° en ce sens les 17 objectifs de développement durable adoptés par l'Assemblée générale des Nations-Unies, sept. 2015.

celles qui lui conviendraient et celles qu'elle pourrait ignorer⁵⁵⁵. Or, il est indiqué dans la loi que l'objectif de développement durable doit être recherché de façon concomitante et cohérente. Il demeure que le législateur n'impose pas la recherche d'un tel objectif par les entreprises, celles-ci restent libres de l'appliquer ou de ne pas l'appliquer.

118. En conséquence, les principes généraux du droit de l'environnement, l'objectif de développement durable, le principe de non-régression de l'environnement ou celui de solidarité écologique sont autant de textes qui participent d'un cadre législatif de la RSE et sur lesquelles les entreprises peuvent se fonder dans l'adoption de leurs engagements volontaires. Sans toujours précisément nommer les entreprises comme destinataires des dispositions comme c'est le cas pour la transition énergétique, il y a lieu de relever que le législateur investit de plus en plus le champ de la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises de telle sorte que celles-ci peuvent s'appuyer de façon croissante sur les dispositions législatives pour engager une démarche de responsabilité sociétale, et non plus seulement sur des normes issues du secteur privé et d'inspiration davantage managériale comme par exemple la norme ISO 26 000. En considération de l'exigence de transition écologique et d'une législation croissante en la matière, il semble toutefois bien indiqué pour une entreprise d'anticiper la déclinaison législative et réglementaire des objectifs et principes adoptés par le législateur, surtout lorsqu'un objectif préfigure d'une éventuelle législation contraignante⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ SUPIOT Alain, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Mélanges Péliissier*, Dalloz, 2004, p. 541 et 548.

⁵⁵⁶ Par exemple, pour une déclinaison de l'objectif de développement durable, v° les dispositions contenues dans la loi n°2016-138 du 11 février 2016 relative à la lutte contre le gaspillage alimentaire qui ont créé un nouveau délit à l'article L 541-15-6-III du code de l'environnement, soit le fait pour un distributeur alimentaire, de rendre impropre à la consommation les invendus alimentaires encore consommables, exception faite des dispositions réglementaires relatives à la sécurité sanitaire, est puni d'une amende de 3750 euros ; ou encore les récentes dispositions sur l'obsolescence programmée qui interdit l'ensemble des techniques par lesquelles un metteur sur le marché vise à réduire la durée de vie d'un produit pour en augmenter le taux de remplacement (Code de la consommation, article L213-4-1).

CONCLUSION DU CHAPITRE I

119. D'abord envisagée au XIX^{ème} siècle comme l'expression d'un simple mouvement paternaliste dans lequel l'entrepreneur bien intentionné se soucie du bien-être de ses salariés, la responsabilité sociale des entreprises - devenue sociétale et environnementale - s'apparente, à ses débuts, à un mouvement isolé, regardé avec curiosité. Pourtant, le législateur vient s'inscrire dans ce mouvement paternaliste entrepreneurial de la responsabilité sociale, à travers l'adoption de textes visant à la protection des salariés. C'est ensuite l'avènement d'une croissance économique sans précédent lors de la moitié du XX^{ème} siècle, puis sa remise en cause par divers mouvements sociétaux et environnementaux, qui favorise une prise de conscience de la nécessité d'adopter un autre modèle de développement économique, qualifié de « développement durable ». Par un processus de *valuation*⁵⁵⁷ de valeurs éthiques et morales dans le droit souple, la responsabilité sociale de l'entreprise opère alors une mutation vers une approche soutenable, elle intègre dans sa définition l'ensemble de la société et l'environnement. La RSE qui naît au sein d'une industrie paternaliste, donc antérieurement à la notion de développement durable, voit sa déclinaison à l'échelle de l'entreprise renouvelée par l'objectif de développement durable. Dès lors, il s'est agi d'identifier les fondements moraux et juridiques qui font de la RSE un véritable concept de droit. Plus précisément, il est observé que la RSE est qualifiable de droit souple et de droit post-moderne, elle se caractérise ainsi comme une responsabilité juridique de moindre intensité. L'absence de contrainte adossée aux engagements volontaires en fait une responsabilité imparfaite en l'absence de voies et moyens d'action de droit spécifiques, qui permettent d'exiger leur respect devant un juge. Il existe pourtant des textes qui ancrent la RSE dans le droit et sur lesquels les entreprises peuvent s'appuyer. Ainsi, la réception de la RSE dans le droit existe tant au niveau européen qu'en droit français. Certaines dispositions constitutionnelles permettent ainsi de fonder le pouvoir d'initiative – ou liberté d'entreprendre - dont se servent les entreprises pour adopter leurs engagements volontaires en matière de RSE. C'est encore au niveau de la Charte de l'environnement qu'on peut identifier les articles permettant de justifier la poursuite d'un devoir de préservation et d'amélioration de l'environnement par l'entreprise. Plus simplement, la RSE trouve un ancrage législatif et réglementaire à travers l'objectif de développement durable contenu dans la loi, les principes généraux du droit de l'environnement ainsi que les nouveaux principes qui en dérivent (non-régression, solidarité écologique).

120. Ces considérations mettent en avant que la concrétisation de la RSE se traduit avant tout par l'adoption d'engagements volontaires. Aussi, puisqu'il s'agit de *l'instrumentum* de la

⁵⁵⁷ Terme emprunté aux sciences économiques et sociales, v° CENTEMERI Laura et RENOUE Gildas, « Jusqu'où l'économie écologique pense-t-elle l'inégalité environnementale ? Autour de l'œuvre de Joan Martinez-Alier », HAL archives-ouvertes.fr, <hal-01342220>, 2016, note 22 : « Nous avons décidé de maintenir, dans la traduction française, le terme de « valuation », pour indiquer l'opération par laquelle un acteur social met en relation des données d'expérience avec des manières socialement partagées de définir « ce qui vaut » ou « ce à quoi l'on tient ». Nous renvoyons pour une justification de l'opportunité de ce néologisme à Bidet A., Quéré L. et Truc J., « Ce à quoi nous tenons. Dewey et la formation des valeurs » in Dewey J., La formation des valeurs. Paris, La Découverte, 2011. ».

RSE, il convient d'en étudier le régime juridique applicable. En effet, s'ils sont énoncés et conçus par l'entreprise comme n'étant pas constitutif de droit, ou du moins de droit contraignant, il apparaît que des effets juridiques peuvent être identifiés et entraîner des conséquences en terme de responsabilité juridique, voire des conséquences économiques et sociales. Comme sous l'ère du paternalisme industriel, le législateur, conscient de la multiplication des engagements volontaires et de l'attente croissante de la Société envers les entreprises, cherche à réglementer certains aspects particuliers de la RSE et impose dorénavant à certaines entreprises des pratiques qui n'étaient pas contraignantes, telle l'obligation de présenter des informations extra-financières, aussi appelée obligation de *reporting*.

CHAPITRE 2 L'ENGAGEMENT VOLONTAIRE : EXPRESSION D'UNE RSE A LA JURIDICITE EVOLUTIVE

121. Trouvant sa source de validité dans la liberté garantie par la Constitution, l'engagement volontaire peut-être perçu comme une traduction de *l'autonomie de la volonté*⁵⁵⁸, et appliqué aux sociétés commerciales, de la liberté d'entreprendre⁵⁵⁹. Lorsque cet engagement volontaire a pour but d'intégrer des préoccupations environnementales, il peut être considéré comme le corollaire des devoirs définis par la Charte de l'environnement de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement, de prévenir les atteintes susceptibles d'être portées à l'environnement en raison des activités menées⁵⁶⁰, ainsi que de prendre part à la recherche et à l'innovation afin d'apporter un concours à la préservation de l'environnement et à sa mise en valeur⁵⁶¹. Plus largement, l'engagement volontaire peut également poursuivre l'exigence de transition écologique, notamment par la mise en place d'une économie circulaire, l'application du principe de non-régression ou encore du principe de solidarité écologique. La PME engagée dans une telle démarche peut ainsi concrétiser des dispositions et nouvelles orientations du droit de l'environnement, qui laissent encore pour les plus récentes subsister un doute quant à leur effectivité. En ce sens, l'entreprise est amenée – sans doute indirectement – à mettre en œuvre les principes et objectifs du droit de l'environnement, et ce, sans nécessairement que le contenu de l'engagement ne vise directement un devoir, un objectif, un texte ou un principe du droit de l'environnement, mais qui pourrait y être rattaché.

122. Expression concrète et formalisée de la RSE dans l'entreprise, l'engagement volontaire se révèle être le mélange d'une liberté constitutionnelle, celle de la liberté d'entreprendre, et d'un devoir à valeur constitutionnelle, la préservation et l'amélioration de l'environnement. Partant, une fois précisé le concept juridique de RSE, il s'agit de comprendre plus précisément, par quel instrument cette responsabilité de moindre

⁵⁵⁸ DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le code napoléon*, Paris 2^{ème} éd°, 1920, pp. 52-53 : Pour Duguit, l'autonomie de la volonté « c'est la liberté juridique et c'est en bref le pouvoir de l'homme de créer par un acte de volonté une situation de droit, quand cet acte a un objet licite. En d'autres termes, dans le système civiliste l'autonomie de la volonté est le pouvoir de vouloir juridiquement et par là même le droit que ce vouloir soit socialement protégé. »

⁵⁵⁹ La liberté d'entreprendre bénéficie d'une protection et d'un contrôle constitutionnel depuis la décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982 ; v. aussi la décision n°2000-439 DC du 16 janvier 2001 concernant la loi relative à l'archéologie préventive: « Considérant qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ».

⁵⁶⁰ Charte de l'environnement, articles II, III et IV, v. à ce propos v° DE SADELEER Nicolas, « Les approches volontaires en droit de l'environnement, expression d'un droit post-moderne ? », in HERVE-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2008, p.33.

⁵⁶¹ Charte de l'environnement, article IX.

intensité est mise en œuvre. En d'autres termes, comment l'engagement volontaire donne corps à la RSE et traduit dans les faits une intention normative de l'entreprise afin de prendre en considération des préoccupations socio-environnementales au-delà des exigences légales ? Pour y répondre, il convient de définir l'engagement volontaire et de caractériser les formes que l'engagement volontaire peut revêtir - le plus souvent au sein d'un code de conduite ou d'une charte éthique - pour ensuite envisager les propositions de qualifications relatives à sa nature juridique (**Section I**). Ces considérations mettent cependant en lumière qu'il est difficile de concevoir des engagements volontaires qui ne lient pas⁵⁶². L'existence d'effets nés d'un engagement volontaire ne peut aujourd'hui être écartée. Ainsi, l'hypothèse d'une sanction du non-respect d'un engagement volontaire par la recherche de responsabilité juridique de la société ne peut être exclue. A défaut, ce sont des conséquences socio-économiques de ce non-respect que l'entreprise peut subir. Caractérisé par une liberté laissée aux entreprises dans l'adoption d'engagements volontaires, un premier mouvement d'un « droit écarté »⁵⁶³ semble désormais laisser place à un « droit interrogé ». Ce deuxième mouvement pouvant être observé en raison des questions soulevées sur les effets juridiques potentiels de tels instruments. En outre, signe que l'engagement volontaire est l'expression d'une RSE à la juridicité évolutive, l'intervention du législateur – bien que minimale avec la mise en place d'une obligation de déclaration de performance extra-financière ou d'un devoir de vigilance pour certaines entreprises – laisse entrevoir un « droit retrouvé », troisième mouvement par un début d'encadrement juridique des engagements volontaires (**Section II**).

⁵⁶² TRÉBULLE François-Guy, « Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique environnemental », *in Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mars 2003 (actualisation juillet 2018), v° spéc. 22 *volontariat* : « Comme l'ensemble de la démarche de « Responsabilité sociale des entreprises », une telle adhésion repose sur le volontariat. Il s'agit, pour l'entreprise, d'établir qu'elle est bien disposée à se soumettre à des contraintes plus strictes que celles résultant de règles légales. Mais volontaire ne signifie pas facultatif et, une fois que l'entreprise a manifesté sa volonté de se conformer à des règles dont elle a précisé le contenu, les tiers intéressés doivent pouvoir compter sur le respect de ses engagements. Les codes de conduite volontaires sont donc bien de nature à faire naître des obligations. »

⁵⁶³ Ou « droit souple » dont il est affirmé par les entreprises qu'il exclut l'absence de portée juridique

Section 1 L'engagement volontaire comme expression d'une intention normative de l'entreprise

123. « L'intention normative », c'est-à-dire l'expression de volonté de faire prévaloir une règle de comportement ayant valeur générale⁵⁶⁴, peut surprendre plus d'un juriste lorsque cette formule est utilisée pour désigner le comportement d'une personne morale de droit privé. N'existe-t-il pas un seul et unique législateur selon la Constitution ? L'acte législatif n'est-il pas l'affaire conjointe du Parlement et du pouvoir exécutif⁵⁶⁵ ? Comment des sociétés commerciales, des personnes morales de droit privé, peuvent-elles exprimer une « intention normative » à travers l'adoption d'engagements volontaires ? Dès lors, comment appréhender juridiquement le fait qu'une entreprise manifeste concrètement sa démarche de RSE par l'adoption d'un engagement volontaire normatif qui indique la poursuite d'un comportement, considéré comme moral, éthique, responsable, solidaire, etc. ? Cet acte matérialisant la démarche RSE a par définition une fonction normative, mais il n'est toutefois pas nécessairement destiné à produire des effets de droit. Ce qui pose la question de la définition de l'engagement volontaire et de la juridicité des formes qu'il prend (I). Une fois l'appartenance au droit résolu, plusieurs qualifications juridiques peuvent être proposées (II).

I. Définition et juridicité de l'engagement volontaire

124. Parler d'engagement volontaire semble tautologique, puisque - dans l'idéal - tout engagement doit logiquement être l'expression d'une volonté. Certains auteurs désignent ces derniers sous l'appellation générique « d'approches volontaires »⁵⁶⁶. Dans l'ouvrage dirigé par Nathalie Hervé-Fournereau, les approches volontaires sont caractérisées par la présence de plusieurs éléments : le caractère volontaire de l'engagement de l'acteur,

⁵⁶⁴ V° par ex. VITTA Edouard, « Le traité multilatéral peut-il être considéré comme un acte législatif ? », *Annuaire français de droit international*, 1960, n°6, p. 225 ; l'auteur s'interroge en droit international - dans lequel la dimension *soft law* est très présente - sur la l'intention normative de la volonté des parties à un traité qui : « vient de la valeur persuasive propre à la volonté même, qui peut constituer le motif, déterminant ou concomitant selon les cas, de l'affirmation d'une coutume. C'est-à-dire que les traités à tendance normative [que l'auteur distingue des traités-contracts], tout en n'étant pas obligatoires par eux-mêmes, peuvent constituer un point de départ pour des coutumes internationales, ayant un contenu identique ou semblable (...) » ; BODET Catherine et LAMARCHE Thomas, « La Responsabilité sociale des entreprises comme innovation institutionnelle. Une lecture régulationniste », *Revue de la régulation*, juin 2007, [En ligne : <http://regulation.revues.org/1283>] mis en ligne le 27 avril 2007, consulté le 08 mars 2017 : « La mise en œuvre volontaire de pratiques responsables par les firmes, et de façon plus large, l'élaboration de pratiques communes, d'outil de mesure et de reporting... par les entreprises, posent la question de l'intentionnalité dans la création des institutions. Les acteurs, ici les entreprises, sont producteurs de dispositifs qui sont autant d'institutions mais ces dispositifs ne constituent pas le seul cadre de la contrainte qui s'impose à elles. L'intention normative des entreprises dépend, non seulement du cadre légal, mais aussi de la capacité de nombreux acteurs (salariés, ONG, pouvoirs publics, voire personnes privées) d'opposer l'engagement à la réalité des pratiques. Le régime d'engagement volontaire n'est pas sans droit, il renvoie à d'autres droits, le droit commercial notamment. Le pouvoir de cette *lex mercatoria* est sans doute un des traits spécifiques de la structure juridique de la RSE. ».

⁵⁶⁵ Constitution, articles 34 et 37

⁵⁶⁶ HERVÉ-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, Collection « L'univers des normes », 2008, 326 p.

l'objectif d'améliorer les performances environnementales en l'absence d'obligation légale ou au-delà des contraintes juridiques existantes, ainsi que la réalisation d'un objectif social au moindre coût ou avec des bénéfices attractifs⁵⁶⁷. L'expression « d'engagement volontaire » y sera préférée car celle-ci renvoie davantage à l'idée d'autonomie de la volonté, au désir de se lier, à la volonté de s'engager. Elle correspond par ailleurs à la terminologie employée dans le Livre vert de la Commission européenne de 2001⁵⁶⁸. Dans la thèse de Pauline Abadie, les « engagements volontaires » sont envisagés comme des « normes non obligatoires »⁵⁶⁹. L'engagement volontaire y est décrit comme l'expression d'un « pouvoir sur soi », une « contrainte intériorisée » sans que l'obéissance à cet engagement ne soit revêtue de la sanction et de la contrainte⁵⁷⁰. Structuré comme une obligation contraignante dans la forme, l'engagement volontaire n'en aurait pas les effets, sans pour autant qu'il ne soit dénué de tout effet comportemental⁵⁷¹. En effet, même en l'absence d'obligation dépourvue d'action pour sanctionner son respect, il n'est pas anormal qu'un engagement volontaire puisse orienter le comportement de l'entreprise, celle-ci l'ayant adopté de son plein gré⁵⁷². L'engagement volontaire en matière de RSE se différencie par conséquent des instruments classiques permettant de matérialiser des droits et obligations tel que le contrat⁵⁷³. En outre, l'engagement volontaire se caractérise par le dépassement du simple respect de la législation en vigueur, il s'agit d'une volonté de s'acquitter d'obligations supplémentaires. À cet égard, certains auteurs parlent de « droit spontané »⁵⁷⁴ pour désigner les entreprises soucieuses d'adopter un comportement plus responsable envers la Société et l'environnement. Afin de définir plus précisément l'engagement volontaire, il convient d'insister sur sa fonction normative ou « effet de norme » recherché par opposition à l'effet de droit (A). ce qui pose la question de l'appartenance au droit des formes que prennent de tels engagements, c'est-à-dire de leur juridicité (B).

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p.28

⁵⁶⁸ COM(2001)366, préc., spéc. 1

⁵⁶⁹ ABADIE Pauline, *Entreprise responsable et environnement – Recherche d'une systématisation en droits français et américain*, thèse, Paris, 2011, Bruylant, 2013, p.31 spéc. 28

⁵⁷⁰ *Ibid.*, à propos de la *théorie du contrôle social* qui « enseigne que le mystère de l'obéissance ne vient pas d'en haut, de l'État, mais d'en bas, du sujet lui-même. C'est dans et par ses échanges avec les autres – ce que les sociologues nommeront l'intersubjectivité – que l'homme acquiert le sens de la responsabilité sociale [note de l'auteur : ZOLLER E., *Introduction au droit public*, Précis Dalloz, 1ère éd., 2006, n°143] »

⁵⁷¹ V° Conseil d'Etat, *Le droit souple*, étude préc.

⁵⁷² Même parfois mieux qu'une règle contraignante comme le relève l'étude du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, préc.

⁵⁷³ L'engagement volontaire est pourtant une expression ancienne pour désigner l'acte donnant naissance à une convention, v° DOMAT Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, éd° Nyon, 1777, Livre 1, titre 1, p. 30

⁵⁷⁴ DEUMIER Pascale, *Le droit spontané*, *Economica*, 2002, préc. ; v° aussi sur le phénomène de création du droit, BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5ème éd°, 2012, p. 15 et s.

A. Définition de l'engagement volontaire par sa fonction normative

125. L'engagement volontaire manifeste l'expression d'une volonté individuelle de l'entreprise de s'engager dans l'adoption d'un certain comportement, destiné à prendre en compte les effets de son activité sur l'économie, l'homme et l'environnement (1). Cependant cet acte de volonté n'est pas nécessairement juridique en ce qu'il n'est pas destiné à modifier une situation de droit, en ce sens il peut être qualifié d'acte « quasi-juridique ». En effet, l'engagement volontaire, plus que *l'effet de droit* né d'une obligation, vise davantage à *l'effet de norme*, soit la recherche d'un certain comportement (2).

1. L'expression d'une volonté individuelle de l'entreprise

126. Existe-t-il toujours une volonté individuelle de s'engager ? A regarder de plus près, l'engagement n'est pas toujours spontané et peut faire suite à la pression exercée par le législateur ou la société civile⁵⁷⁵. Cet aspect sera abordé plus avant avec la notion de normes sociales⁵⁷⁶, mais il reste que l'engagement volontaire est avant tout caractérisé par un « engagement ». Que signifie-t-il en droit ? En réalité, l'engagement est loin d'être étranger au droit, puisqu'il apparaît à de nombreuses reprises dans la législation française, notamment dans la Constitution⁵⁷⁷ et dans le Code civil. Il constitue surtout l'un des fondements de la vie juridique.

127. L'engagement doit être compris à travers la notion de *l'engagement unilatéral*. Définit comme une « promesse ou plus généralement d'une manifestation de volonté par laquelle une personne s'oblige »⁵⁷⁸, l'engagement unilatéral peut encore être compris comme l'expression individuelle d'une volonté aux fins de faire naître une situation de droit⁵⁷⁹,

⁵⁷⁵ V. par exemple les fabricants de tabac reçus au ministère de la transition écologique et solidaire qui souhaite les voir « prendre rapidement des engagements volontaires pour lutter contre la pollution engendrée par les mégots de leurs cigarette », sous la menace de mettre en place une législation contraignante pour la collecte et l'élimination de ces déchets. Le Monde, AFP, « Pollution des mégots : les fabricants de tabac reçus jeudi au ministère de la transition écologique », 14 juin 2018

⁵⁷⁶ BENISTY Samuel, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Institut Universitaire Varenne, Coll. des Thèses, LGDJ, 2014. M. Benisty indique que la norme sociale est loin d'être dénuée de contrainte puisqu'elle exerce sur l'individu une *contrainte sociale* qui le pousse à respecter un certain devoir de conduite.

⁵⁷⁷ Constitution du 4 octobre 1958, nous pouvons relever que le terme « d'engagement » apparaît à cinq reprises dans le texte de la Constitution de 1958 (articles 16, 53-1, 54 et 74), il est employé pour désigner les engagements internationaux conclus par l'Etat français. Aussi, l'emploi de cette terminologie est intimement lié au droit international qui constitue le « berceau » de la « soft-law » et du droit souple.

⁵⁷⁸ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique* (dir.), op. cit., v° *engagement*.

⁵⁷⁹ DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le code napoléon*, Paris 2^{ème} éd°, 1920, p.113. Par conséquent le terme d'engagement est à rapprocher de l'acte juridique puisque selon cet auteur, l'acte juridique s'entend de « tout acte de volonté ayant pour objet de modifier la sphère juridique d'un individu », mais est-ce pour autant réellement l'intention de l'entreprise engagée dans une démarche de RSE ? Bien plus, il n'est généralement pas du souhait de l'entreprise de modifier sa situation juridique, aussi faut-il en conclure à une qualification en fait juridique. ; v° l'article 1100-1 al.1er du code civil qui dispose que : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. »

une situation juridique nouvelle. Le contrat, entendu comme un « accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »⁵⁸⁰, est ainsi l'exemple le plus courant d'engagement lorsque se rencontrent deux ou plusieurs volontés. Ainsi, pour s'assurer qu'une personne qui s'oblige, le fait volontairement, le Code civil exige son consentement comme condition de validité du contrat⁵⁸¹. Parler « d'engagement volontaire » est donc un pléonasme dans le sens où tout engagement est censé être le fruit d'une volonté libre et éclairée. Comme l'indique Domat, « les conventions étant des engagements volontaires, qui se forment par le consentement, elles doivent être faites avec connaissance et avec liberté »⁵⁸².

128. Le contrat n'est pas le seul moyen de créer des droits et obligations. Rompant avec la conception civiliste classique issue du droit romain, dans laquelle le contrat – rencontre de deux volontés ou acte bilatéral⁵⁸³ – est la source la plus importante des obligations⁵⁸⁴, une nouvelle théorie d'origine allemande au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle est venu admettre qu'un acte unilatéral, c'est-à-dire l'expression d'une seule volonté, puisse également faire naître une situation de droit⁵⁸⁵. L'obligation résultant, « ni de la loi, ni d'un concours de volonté, mais de la seule volonté de celui qui s'oblige »⁵⁸⁶. Pour Worms, selon la théorie de l'engagement unilatéral, « la source véritable de l'obligation réside, non dans l'échange des volontés du débiteur et du créancier, mais dans la déclaration unilatérale que le débiteur fait de sa volonté de s'obliger »⁵⁸⁷. En ce sens, le code civil distingue aujourd'hui les contrats ou obligations conventionnelles en général⁵⁸⁸, des engagements qui se forment sans convention⁵⁸⁹. L'engagement volontaire d'une entreprise

⁵⁸⁰ Art.1101 du Code civil.

⁵⁸¹ Art.1129 à 1144 du Code civil.

⁵⁸² DOMAT Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, éd° Nyon, 1777, livre 1^{er}, p. 30

⁵⁸³ ALLAND Denis, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., v° acte

⁵⁸⁴ SAVIGNY Friedrich Carl von, *Le droit des obligations*, op. cit., p.35

⁵⁸⁵ DUGUIT Léon., *Les transformations générales du droit privé depuis le code napoléon*, Paris, F. Alcan, 2^{ème} éd°, 1920, p.113 et s. : « La règle que le contrat seul peut en principe créer une situation de droit n'est plus exacte. A côté du contrat apparaissent des catégories nouvelles d'actes juridiques, que les civilistes veulent à tort faire rentrer de gré ou de force dans le vieux cadre du contrat, mais qui sont en réalité des actes tout à fait différents, qui sont peut-être des actes unilatéraux ».

⁵⁸⁶ AUBERT Jean-Luc, GAUDEMET Sophie, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2018, v° *engagement unilatéral de volonté*, spéc. 12 : « la thèse de l'engagement unilatéral de volonté a été formulée par la doctrine allemande et autrichienne au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle. Elle est née du constat de l'existence de véritables obligations à propos desquelles on voyait bien s'exprimer la volonté de s'engager du débiteur, mais non l'acceptation correspondante du créancier : des obligations qui ne résulteraient ni de la loi, ni d'un concours de volonté, mais de la seule volonté de celui qui s'oblige. ».

⁵⁸⁷ WORMS René, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation en droit romain et en droit français*, thèse, Paris, Giard, 1891, pp 5-6 : « Je ne puis, assurément, dit la théorie nouvelle, modifier la situation d'autrui par ma seule volonté: ce serait empiéter sur ses droits. Mais je dois pouvoir, par ma seule volonté, modifier ma propre situation: car j'ai des droits souverains sur moi-même. Je puis donc, par une déclaration unilatérale m'obliger envers autrui. Sans doute celui envers qui je prétends m'obliger ne deviendra mon créancier que s'il le veut bien; je ne puis en effet rien lui imposer, même un droit; et son acceptation sera toujours nécessaire pour faire naître la créance à son profit. Mais, quant à ma dette, elle est définitivement formée par la seule déclaration que je fais de ma volonté. L'acceptation du bénéficiaire, indispensable pour faire naître le droit de créance, n'est pas nécessaire pour la formation de l'obligation». Selon AUBERT Jean-Luc et GAUDEMET Sophie, *Engagement unilatéral de volonté*, *Répertoire de droit civil*, juin 2013, n°15, cette reconnaissance de la volonté unilatérale parmi les sources de l'obligation fut ensuite admise par d'autres auteurs comme Saleilles, Gény, Demogue, Colin, Capitant.

⁵⁸⁸ Code civil, Livre III Titre III, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général

⁵⁸⁹ Code civil, Livre III Titre IV, Des engagements qui se forment sans conventions

en matière de RSE ne correspond donc pas nécessairement à la catégorie des contrats, mais serait davantage un type d'acte unilatéral à ranger aux côtés des actes unilatéraux classiques que sont le testament, la reconnaissance d'un enfant, l'acceptation ou la renonciation de succession, etc⁵⁹⁰. Aussi, c'est la notion centrale d'acte juridique qui permet de désigner selon l'article 1100-1 alinéa 1^{er} du code civil, la manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, celui-ci pouvant donc être unilatéral ou conventionnel. Pour autant, l'entreprise engagée dans une démarche de RSE cherche-t-elle précisément à produire un « effet de droit » ou n'est-ce pas un autre type d'effet qui est recherché ?

2. L'absence de recherche systématique d'un effet de droit

129. S'agit-il pour l'entreprise de modifier une situation de droit, de faire naître de nouvelles obligations juridiquement contraignantes pour l'entreprise ? La réponse est *a priori* négative car l'engagement est le plus souvent conçu comme une manifestation de volonté *non* destinée à produire des effets de droits, l'acte est ainsi qualifiable d'acte quasi-juridique (a). Toutefois, quand bien même le but de la manifestation de volonté n'est pas la recherche d'un effet de droit, il demeure qu'un effet est tout de même recherché dans l'engagement volontaire. Cet effet, qualifiable « d'effet de norme » par opposition à l'effet de droit, vise la poursuite d'un certain comportement, il a une fonction normative ou comportementale. Ce n'est pas un rapport de droit qui est recherché par l'entreprise qui adopte l'engagement volontaire puisqu'elle s'abstient d'en désigner un créancier. . Ainsi, il y a une *confusion originelle*⁵⁹¹ au sens de réunion dans la même personne de l'obligation contenue dans l'engagement volontaire, l'entreprise recherchant à être à la fois créancière et débitrice de son propre engagement (b).

a. L'engagement volontaire comme acte quasi-juridique

130. En dehors de l'hypothèse d'un engagement sous la forme du contrat, l'expression individuelle de volonté par l'entreprise n'est pas toujours destinée à faire naître une situation de droit⁵⁹² et il peut être soutenu que l'élément subjectif de l'engagement destiné

⁵⁹⁰ V° MARTIN de la MOUTTE Jacques, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Thèse, Toulouse, 1949, p.12 ; et DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, n°16 ter cité par Jacques Martin de la Moutte qui recense une cinquantaine d'acte unilatéraux dans sa thèse.

⁵⁹¹ Dès l'adoption de l'engagement, il y a réunion en la même personne, des qualités de créancier et de débiteur de l'obligation qui entraîne, non pas l'extinction de l'obligation (CORNU Gérard, *Vocabulaire Juridique*, op. cit., v° *confusion*) mais la création d'une obligation imparfaite, c'est-à-dire d'une obligation juridique qui n'a jamais existé proprement dite.

⁵⁹² Cette difficulté d'analyse de l'intention qui pousse à agir le sujet de droit a déjà pu être relevé par DURMA Mircea, *La notification de la volonté*, thèse, Paris, Sirey, 1930, p.39 cité par TERRÉ François, « L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications », LGDJ, T.II, 1957, p.183, spéc. 196 : L'auteur prend ainsi l'exemple de la donation qui se compose d'un élément matériel, la chose donnée, et d'un élément subjectif, l'intention libérale.

à faire naître une situation de droit nouvelle, fasse défaut⁵⁹³. Entendu largement, le terme « d'engagement » renvoie à la définition d'un acte juridique compris comme une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, c'est-à-dire l'intention d'engendrer, de modifier ou d'éteindre des droits⁵⁹⁴. Lorsque l'on décompose l'acte juridique entre son énonciation – la manifestation de volonté – et ce qui y est énoncé – l'effet de droit recherché –, le premier élément ne pose pas de difficulté dans la prise d'un engagement volontaire. Il suffit d'énoncer la volonté de vouloir s'engager. A l'inverse, le second élément de définition de l'acte juridique, est loin d'être satisfait lorsqu'il est question d'engagement volontaire en matière de RSE puisque l'entreprise ne cherche pas à faire produire à ce dernier des effets de droit.. « L'engagement » pris isolément, peut n'être juridique qu'en partie, c'est-à-dire qu'il existe effectivement une volonté exprimée, mais celle-ci n'est pas nécessairement destinée à produire un effet juridique, « l'engagement » lorsqu'il n'est pas de simple apparence⁵⁹⁵, peut ainsi être qualifiable « d'acte quasi-juridique »⁵⁹⁶. En d'autres termes, l'entreprise s'engage à s'engager. En effet, la plupart du temps, l'entreprise souligne l'aspect *volontaire* ou *spontané* pour réfuter toute intention d'engendrer, de modifier ou d'éteindre des droits⁵⁹⁷. L'aspect volontaire est ainsi mis en avant comme manifestant une opposition à un quelconque changement dans une situation de droit⁵⁹⁸. Aussi, il convient d'employer l'expression complète *d'engagement volontaire* afin d'identifier les dispositions du code civil et

⁵⁹³ TERRÉ François, « L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications », LGDJ, t.II, 1957, p.183, spéc. 196 : M. François Terré envisage l'hypothèse de l'auteur d'une libéralité soutenant qu'il ne veut pas faire une libéralité. Selon lui, « on ne peut imaginer à la fois une intention libérale et une volonté de ne pas faire effectivement une libéralité ». En ce sens, l'obligation naturelle peut connaître une novation en obligation civile et aboutir à ce que la responsabilité sociétale et environnementale devienne une responsabilité juridique. Mais l'article 1330 du Code civil énonce que la novation ne se présume pas, l'acte devant clairement indiquer la volonté d'opérer la substitution de l'obligation nouvelle à une obligation ancienne qu'elle éteint. Encore faut-il considérer que l'obligation ancienne, l'engagement volontaire, constitue une obligation valable au sens de l'article 1331 du Code civil.

⁵⁹⁴ JULLIOT de la MORANDIERE, *Précis de droit civil publié d'après le cours éléments de droit civil français d'Ambroise Colin et Henri Capitant*, Dalloz, 11^{ème} éd°, 1947, t. I, n°66, p.64 cité par TERRÉ François, in « L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications », LGDJ, T.II, 1957, p.190, spéc. 204 : «Selon la conception ainsi appelée, il y a dans l'acte juridique une volonté dirigée vers un effet juridique. En l'absence de cet élément il n'y aurait plus acte juridique». L'engagement volontaire heurte la définition de l'acte juridique puisque s'il y a bien une volonté exprimée dans l'engagement pris lors d'une démarche de RSE, elle n'est pas nécessairement dirigée vers la production d'un effet juridique.

⁵⁹⁵ V° la proposition doctrinale de « quasi-engagement » ou « fausse promesse » comme nouvelle source d'obligation au sens du « mécanisme par lequel celui qui, sciemment, ne s'engage qu'en apparence, doit s'exécuter envers celui qui l'a légitimement cru » et permettant au juge de « faire comme si un acte juridique auquel manque l'élément subjectif (que celui-ci soit inexistant ou vicié), c'est-à-dire la volonté de s'engager, en est un » : GRIMALDI Cyril, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, thèse, Paris II, Defrénois, coll. Doctorat & notariat, tome 23, 2007, 580 p., spéc. n° 67 et 503 ; DANIS-FATÔME Anne, « Quasi-engagement et apparence : proximité ou identité ? (Dialogue entre deux œuvres de jeunesse) », *Revue des contrats*, n°1, 1^{er} janvier 2009, p.32

⁵⁹⁶ Du latin *quasi* signifiant presque. L'expression « quasi-juridique » peut être rapprochée du quasi-délit où le fait dommageable est non intentionnel, il n'y a pas de volonté de créer une source de responsabilité. De la même façon, l'acte quasi-juridique est un fait dépourvu de la volonté d'être lié par celui-ci.

⁵⁹⁷ C'est justement l'objection émise par WORMS, th. préc., p.6, lorsqu'il expose la théorie de la volonté unilatérale comme source d'obligation, selon cet auteur, «pour que cette volonté unilatérale pût créer une obligation, tout au moins faudrait-il, dit-on, qu'elle fût certaine dans son contenu et sa date, et surtout qu'elle fut irrétractable : car une volonté que le débiteur pourrait reprendre à sa guise, en réalité ne l'obligerait pas ».

⁵⁹⁸ TRÉBULLE François-Guy, « Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique environnemental », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mars 2003 (actualisation juillet 2018), v° spéc. 22, *volontariat* : « certains s'arcboutent sur l'affirmation, présente dans les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales de l'OCDE, selon laquelle le respect des principes formulés est volontaire « et ne constitue pas une obligation susceptible d'être sanctionné juridiquement... ».

théories auxquelles il peut être fait référence pour rapprocher l'engagement volontaire de notions juridiques existantes.

131. Classiquement, *l'engagement volontaire* tel qu'il figure dans la loi, renvoie aux conditions de validité des conventions et plus particulièrement, à celle de la validité du consentement. L'article 1109 du code civil impose que le consentement soit exempt de toute erreur, violence ou dol afin que l'engagement ne soit point vicié, dans le cas contraire il est « involontaire » et la convention encourt la nullité. Pourtant, le Code civil utilise les termes « d'engagement involontaire », non pas pour désigner le consentement vicié, mais pour qualifier les engagements nés de faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement non volontaire et visés par les articles 1370 et suivants du code civil (quasi-contrats, délits ou quasi-délits).

132. On retrouve encore la notion d'engagement volontaire à l'article 1235 ancien du Code civil à propos du paiement de dette lorsque celle-ci a été volontairement acquittée. L'article disposait que « tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées »⁵⁹⁹. Ainsi, le droit de la famille traite de la personne qui s'est volontairement engagée à verser une aide financière à une autre en dehors de toute obligation alimentaire. Cet engagement envers une autre personne, qualifié d'unilatéral, est considéré comme l'exécution d'une « obligation naturelle ». Selon Aubry et Rau, sont des obligations naturelles « les devoirs que le droit philosophique considère comme emportant un lien juridique. Ces obligations restent purement naturelles, lorsqu'elles n'ont pas été sanctionnées par le droit positif. Dans l'hypothèse contraire, elles deviennent des obligations civiles. »⁶⁰⁰. Ce qui renvoie à la distinction entre les obligations civiles dotées d'une action et celles dépourvues d'action, qualifiées de *naturales*⁶⁰¹. L'obligation civile aussi communément qualifiée de parfaite, se distingue ainsi de l'obligation naturelle, qualifiée d'imparfaite⁶⁰², en ce que la première est assortie d'un pouvoir de contrainte⁶⁰³, alors que l'obligation naturelle est dépourvue d'une telle possibilité action.

133. La notion d'obligation naturelle, c'est-à-dire l'obligation dont une personne s'acquitte spontanément selon un devoir de conscience ou de vertu, est ainsi à rapprocher de « l'engagement volontaire » tel qu'il doit être entendu dans le domaine de la RSE. Cette

⁵⁹⁹ L'obligation naturelle est désormais présente à l'article 1302 al.2 du Code civil qui dispose que « La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. » .

⁶⁰⁰ AUBRY Charles, RAU Charles, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, éd° Lagier, Strasbourg, 1839, vol. 2, p.255. ; v. aussi CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc. v° *naturel* : « Par opposition à obligation civile, obligation dont l'exécution (forcée) ne peut être exigée en justice mais dont l'exécution (volontaire) ne donne pas lieu à répétition, en tant qu'elle est l'accomplissement d'un devoir moral (dette de jeu, devoir alimentaire entre frères). » ; RIPERT Goerges., « La règle morale dans les obligations civiles », 1949, LGDJ, n°192, p. 374 : « l'obligation naturelle est un devoir moral qui monte à la vie civile ».

⁶⁰¹ SAVIGNY Friedrich Carl de, *Le droit des obligations*, Paris, Auguste Durand, trad. par C. Gérardin et P. Jozon, 1863, t.1^{er}, p.47.

⁶⁰² V° not. POTHIER Robert Joseph, *Œuvres de Pothier par M. Bugnet, Traité des obligations*, Paris, Videcoq, 1848, t.2, p.1.

⁶⁰³ V° les articles 1341 et s. du Code civil relatifs aux actions ouvertes au créancier.

comparaison n'est pas sans conséquence en matière d'effet juridique puisque l'engagement volontaire peut être amené à connaître les mêmes conséquences que l'obligation naturelle, qui peut se transformer en obligation civile, avec la conséquence qu'une personne créancière puisse en revendiquer le respect devant un juge⁶⁰⁴. Cependant, ce n'est pas l'effet de droit qui est recherché dans l'engagement volontaire. Il s'agit surtout pour l'entreprise d'adopter un comportement précis, un effet de norme tel que l'amélioration des conditions de travail des salariés, les pratiques en faveur de la préservation des ressources naturelles, les mesures de protection de l'environnement ou l'intégration des attentes des consommateurs.

b. La fonction normative par la recherche d'un « effet de norme »

134. Dans la pratique, les sociétés commerciales qui adoptent une charte éthique, un code de bonne conduite, un tout autre instrument d'engagement volontaire, n'expriment pas nécessairement la volonté de produire un effet de droit⁶⁰⁵. Certes, des effets sont souhaités et attendus mais ils ne sont pas systématiquement juridiques. Il s'agit essentiellement de réguler et d'orienter les comportements au sein de la société commerciale et dans ses rapports avec les tiers. Ainsi, si « l'effet de droit » n'est pas *a priori* recherché par l'entreprise, c'est davantage l'objectif d'un « effet de norme »⁶⁰⁶ qui est visé pour les activités de la société. Un comportement, une attitude, un cadre est généralement souhaité dans l'engagement volontaire, mais sans qu'une « incidence juridique », c'est-à-dire un effet de droit, ne soit désiré. C'est pourquoi, plusieurs auteurs qualifient les engagements volontaires de « normes autorégulées »⁶⁰⁷, de normes qui possèderaient une « simple autorité de fait, en principe dépourvue de force contraignante »⁶⁰⁸.

135. Cet « effet de norme », ou « effet comportemental » recherché et attendu, s'inscrit par définition au-delà du cadre légal mais ce n'est pas toujours le cas. En effet, ne correspond

⁶⁰⁴ Pour une illustration de la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile, v° par ex. en matière successorale, Cass. civ. 1^{ère}, 11 oct. 2017, n° 16-24533, D. 2017, p.2098 ; com. MEKKI Mustapha, D. 2018, p. 371 ; AJ Famille, 2017, p. 658, obs. LEVILLAIN Nathalie : « Une obligation naturelle peut se transformer en obligation civile dès lors que son débiteur s'engage par écrit à l'exécuter. Elle se distingue de la donation par l'élément intentionnel qui motive son exécution. La donation est motivée par une intention libérale, l'obligation naturelle par un devoir moral. (...) L'obligation naturelle s'était en effet transformée en une obligation civile au moment où les deux soeurs avaient signé l'acte sous seing privé : elles avaient alors pris l'engagement unilatéral de répartir la succession par tiers. Et, contrairement aux obligations naturelles, les obligations civiles peuvent donner lieu à des poursuites en justice en vue d'obtenir leur exécution forcée. ».

⁶⁰⁵ L'effet de droit est traditionnellement associé à la « conséquence juridique résultant d'un acte juridique (effet obligatoire du contrat), d'un délit (responsabilité), d'un loi, d'une décision juridictionnelle ou administrative », CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc. v° *effet*.

⁶⁰⁶ DEUMIER, « *La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux* », Recueil Dalloz 2013, p.1564. Comme cet auteur parle « d'effet normatif », nous utilisons le terme de « norme » pour exprimer : d'une part, son auteur, une société commerciale, acteur économique qui n'est pas législateur et ne pouvant produire de *règle de droit* ; et d'autre part l'idée qu'il ne s'agit pas de « droit » entendu comme appartenant aux dispositions légales mais de « norme » entendue comme l'idéal à poursuivre par l'acteur privé qui a choisi de s'y conformer volontairement.

⁶⁰⁷ V. par ex. JEANSEN Emeric, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail*, Recherches juridiques, Economica, 2008, p.355

⁶⁰⁸ FARJAT Gérard, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », in CLAM Jean et MARTIN Gilles (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p.151, spéc. p.163; JEANSEN Emeric, op. cit., p. 376.

pas à la définition de la RSE, l'engagement qui se contente uniquement de respecter la loi ou n'a pas pour objectif de viser son dépassement. Un auteur observe par exemple que : « les exemples - présentés par des entreprises nationales comme des "bonnes pratiques" - ne (le sont) tout simplement pas. Celles-ci, en effet ne se situent pas au-delà de la loi mais sont des exemples, dans l'immense majorité des cas, d'application d'obligations légales, par exemple, l'application des principes de non-discrimination ou encore la mise en oeuvre d'une politique de prévention des risques ou encore la conclusion de conventions collectives dans le cadre des obligations légales de négociation »⁶⁰⁹. Ces pratiques sont généralement qualifiées de *greenwashing*, anglicisme qui désigne l'utilisation de l'argument écologique alors que l'intérêt du produit ou du service pour l'environnement est minime, voire inexistant⁶¹⁰. L'engagement est de pure façade, il n'a d'autre portée que l'énoncé du message publicitaire en lui-même et ne se situe pas au-delà du cadre légal.

136. Pour illustration, une campagne publicitaire de la société EDF intitulée « les huit engagements EDF et moi » a fait l'objet de critiques de la part de l'association 60 millions de consommateurs⁶¹¹. La société EDF s'engageait par exemple à : « vous facturer au plus juste », ou encore « donner toujours une réponse en cas de réclamation »...Autant d'engagements de « pure communication » qui ne font qu'obéir aux obligations légales et contractuelles et qui malheureusement ternissent le concept de RSE alors même que sa définition impose le respect de la législation en vigueur, préalablement à tout engagement – véritablement- volontaire⁶¹². Aussi, l'engagement volontaire doit avoir pour fonction, la recherche spontanée d'un effet de norme – d'une « obligation » comportementale – à laquelle l'entreprise s'astreint au-delà de ses obligations légales.

B. Juridicité de l'engagement volontaire

137. Il est difficile d'effectuer aujourd'hui une liste exhaustive de l'ensemble des engagements volontaires, tant leur nombre s'est considérablement accru depuis les années

⁶⁰⁹ LAULOM Sylvaine, « La RSE comme instrument de mise en oeuvre du droit ? », in MAZUYER Emmanuelle (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, La documentation française, 2010, p.189.

⁶¹⁰ Dans son guide anti-greenwashing, l'ADEME définit le greenwashing comme l'utilisation de l'argument écologique alors que l'intérêt du produit ou du service pour l'environnement est minime, voire inexistant ; l'utilisation de l'argument de développement durable alors que la démarche initiée par l'entreprise est soit quasi inexistante, soit très partielle, peu solide, peu déployée auprès des salariés ; un message pouvant induire le consommateur en erreur sur la qualité écologique réelle du produit ou sur la réalité de la démarche développement durable. En ce sens, l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) émet des avis sur les pratiques publicitaires des entreprises et plus particulièrement en matière d'environnement, sur la Recommandation Développement Durable (RDD).

⁶¹¹ GUIBERT Fanny , « Les publicités d'EDF se payent notre tête », in *60 millions de consommateurs*, Energie, 22 novembre 2012.

⁶¹² Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Communication, COM 2011/681 : « 3.1. Une nouvelle définition. La Commission propose de redéfinir la RSE comme étant «la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société». Pour assumer cette responsabilité, il faut au préalable que les entreprises respectent la législation en vigueur et les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux. Afin de s'acquitter pleinement de leur responsabilité sociale, il convient que les entreprises aient engagé, en collaboration étroite avec leurs parties prenantes, un processus destiné à intégrer les préoccupations en matière sociale, environnementale, éthique, de droits de l'homme et de consommateurs dans leurs activités commerciales et leur stratégie de base (...) ».

2000 et continue de croître⁶¹³. Toutefois, quelques exemples d'engagements volontaires peuvent être relevés pour mieux les caractériser. Ce qui permet également de poser la question de l'instrument pertinent d'intégration des préoccupations sociales et environnementales par l'entreprise. En effet, il est nécessaire d'exclure les engagements volontaires qui n'entrent pas, *a priori*, dans le champ d'une démarche de RSE, en ce qu'ils constituent seulement l'exercice d'une liberté offerte par la loi sans volonté de dépassement de cette dernière. Dans cette hypothèse, « l'effectivité comportementale », c'est à dire la capacité d'intégration du développement durable est faible en raison de la juridicité⁶¹⁴ qui caractérise le comportement poursuivi, ce dernier relève simplement du droit positif et n'engage pas l'entreprise outre mesure, au-delà de la législation existante. Les effets d'un tel engagement seront alors nuls, sans « valeur ajoutée » au regard du comportement déjà prescrit par les règles juridiques du droit positif. L'effectivité d'un tel engagement sur le comportement de l'entreprise est par conséquent faible et n'entraîne pas de modification substantielle pour l'entreprise d'autant plus qu'il se situe dans l'exacte application du droit. Cet engagement volontaire à faible effectivité comportementale est de juridicité potentielle, c'est-à-dire qu'il se situe dans le droit et non pas au-delà du droit (1). A côté de ces engagements, qui ne répondent pas exactement à la définition de la RSE selon laquelle il convient de dépasser le champ du droit positif, il existe de véritables engagements volontaires en raison d'une véritable « effectivité comportementale », inscrite au-delà du respect de la législation, mais dont la juridicité est toutefois incertaine lorsqu'il s'agit de savoir s'il s'agit toujours de droit. Ces balancements entre droit, dépassement du droit et questionnement sur le fait qu'il s'agisse encore de droit, amène à discuter de la juridicité des différentes formes prises par les engagements volontaires, qu'elles soient d'origine externe ou interne à l'entreprise (2). Dans les faits, certaines entreprises, mettent plus ou moins en avant les engagements volontaires adoptés et n'hésitent pas à communiquer largement sur les pratiques adoptées. D'autres préfèrent la discrétion afin d'éviter tout risque juridique relatif à un discours de *greenwashing* (3). Néanmoins, qu'il s'agisse de communiquer ou de ne pas communiquer, l'engagement volontaire, adopté dans une démarche de responsabilité sociétale et environnementale, a le plus souvent pour objectif la poursuite d'une meilleure performance économique, la vision est utilitariste sans que ne soit posée la question de la juridicité de tels engagements (4).

⁶¹³ L'INSEE relève par exemple que 31 % des entreprises déclarent s'engager pour une meilleure efficacité énergétique et/ou de réduction de leurs émissions de gaz à effet de serre. Néanmoins, ces engagements ne sont pas nécessairement accompagnés d'un plan, bilan ou suivi régulier sous forme d'un engagement formalisé : DUMARTIN Sylvie, département des synthèses sectorielles, INSEE, *Les pratiques environnementales des entreprises*, Insee première, n°1673, 14 novembre 2017.

⁶¹⁴ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc. : « Caractère de ce qui relève du Droit, par opposition aux mœurs, à la morale, aux convenances. Exemple le *dolus bonus* est un dol qui n'atteint pas un seuil de juridicité ». Ainsi peut-on s'interroger de la même manière sur la juridicité des engagements volontaires au même titre que la morale ou les mœurs. Pour une étude complète sur la juridicité v. BARRAUD Boris, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », Arch. phil. Droit n° 56, 2013, p. 367 : « La juridicité est la qualité de ce qui est juridique, de ce qui est droit », p. 368 : « L'échelle de juridicité aspire à mettre en lumière (toute) les spécificité du droit par rapport aux autres systèmes normatifs que sont la morale, la religion, la technique ou encore la nature. » L'auteur identifie six critères de la juridicité dont la valeur, la validité, la qualité, la sanction, l'application et l'efficacité.

1. Les engagements volontaires de juridicité potentielle

138. Les engagements volontaires à faible effectivité comportementale, ou à faible effet de norme, sont les engagements volontaires déjà envisagés par la loi ou dont la juridicité a pu être affirmée par le juge. Pour mieux comprendre, il convient de se référer à la notion d'engagement unilatéral de volonté, soit l'idée qu'une obligation, un rapport de droit liant deux personnes, puisse naître directement de la volonté d'une seule⁶¹⁵. Deux exemples pris en droit du travail permettent d'illustrer la montée à la vie juridique d'un engagement qui apparaît d'abord comme spontané et dénué a priori de la recherche d'un effet de droit alors qu'un tel effet est reconnu par le juge.
139. Premier exemple, le droit du travail permet le versement de primes ou de gratifications. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'employeur verse spontanément au salarié une prime à des fins d'encouragement ou à titre de récompense pour divers motifs (assiduité, objectifs, résultats, prime de fin d'année, etc.). Le juge a été amené à encadrer ces primes en raison de leur grande proximité avec la notion de salaire. Accessoires du salaire de base, elles peuvent donc être encadrées par convention collective ou par décision de justice et devenir obligatoires pour l'employeur⁶¹⁶. Pour que ces primes entrent davantage en rapport avec l'idée d'engagement volontaire dépourvu d'effet juridique et qu'elles soient considérées comme une « gratification-libéralité »⁶¹⁷, laissées à la libre appréciation de l'employeur, elles ne doivent pas devenir suffisamment constantes, fixes et générales pour en constituer un usage obligatoire. En effet, la jurisprudence n'accepte pas qu'une telle libéralité puisse se prolonger dans la durée sans être dénoncée en tant qu'*usage* et qu'elle n'acquière en conséquence un caractère obligatoire pour l'employeur. L'employeur doit par ailleurs veiller à ne pas aller à l'encontre du principe d'égalité des rémunérations⁶¹⁸. L'engagement volontaire, ici appelé « pouvoir discrétionnaire de l'employeur », reste donc encadré dans cette hypothèse et il ne correspond pas exactement à l'idée de dépassement du droit, ou plus exactement de la juridicité puisque ces primes sont encadrées par des conventions collectives ou contrôlées par la jurisprudence. En l'occurrence, le prolongement de la libéralité peut avoir un effet de droit, elle peut devenir obligatoire alors que l'engagement volontaire cherche justement à échapper à l'effet de

⁶¹⁵ V° AUBERT Jean-Luc, GAUDEMET Sophie, « Engagement unilatéral de volonté », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2018. La volonté du débiteur ne nécessite pas l'acceptation correspondante du créancier : « La doctrine est aujourd'hui quasi-unanime à admettre qu'il n'y a pas d'impossibilité juridique à la reconnaissance de l'engagement unilatéral de volonté comme source d'obligations ».

⁶¹⁶ Dans ce cas la gratification n'est plus une libéralité, elle devient un véritable complément du salaire.

⁶¹⁷ V. par ex. CA Bordeaux, ch. soc., 5 sep. 2013, n°12/04199 : « Les primes constituent un accessoire du salaire, elles peuvent être prévues au contrat de travail ou par la convention collective. Elles peuvent également résulter d'un usage. Dans ce dernier cas, il appartient au salarié qui en réclame le paiement de prouver la réalité de cet usage en caractérisant sa généralité, sa constance et sa fixité. (...) le caractère général de cette prime c'est à dire son versement à l'ensemble du personnel ou à une catégorie de personnel n'est pas établi. Dès lors, la prime revendiquée s'analyse en une gratification présentant le caractère d'une libéralité à laquelle l'employeur peut mettre un terme quand il le souhaite. (...) Pour apprécier le salaire brut mensuel d'un salarié (...), doivent être pris en compte, au prorata du temps de présence, les gratifications ou toutes autres primes résultant d'un accord d'entreprise ou d'usage ainsi que les avantages en nature à l'exclusion des gratifications libéralité qui sont de par leur nature exclues du calcul des salaires minima garantis. ».

⁶¹⁸ Cass. soc. 30 avril 2009, n°07-40527, D. 2009, p.2128. : « l'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente, une différence de rémunération ».

droit. Dans ce cas, l'effectivité comportementale de versement de primes – la volonté spontanée d'un effet de norme - est réduite par sa juridicité, qui encadre cette pratique et la ramène au droit. Il n'y a pas de dépassement du droit proprement dit.

140. Un second exemple d'engagement volontaire encadré par la loi peut être envisagé en droit du travail, lorsque l'employeur s'engage volontairement à appliquer les dispositions d'une convention collective à laquelle il n'est pas soumis. Là encore le juge tranche entre ce qui relève de la liberté discrétionnaire de l'employeur et de l'usage obligatoire⁶¹⁹. Aussi, prendre un engagement volontaire à travers un engagement unilatéral de volonté n'est pas anodin puisque le juge peut s'en saisir et faire disparaître le caractère spontané de l'engagement. Ce type d'engagement volontaire n'est pas véritablement du droit souple, en effet, ces engagements unilatéraux de volonté peuvent être sanctionnés par le juge, ils deviennent actes créateurs d'obligation pour l'employeur, c'est donc d'avantage un droit dur en puissance. Ces engagements unilatéraux de volonté ne correspondent pas tout à fait à l'idée d'engagement volontaire, ceux-ci contiennent d'avantage un « effet de droit » qu'un « effet de norme » tel que recherché dans le domaine de la RSE.

2. Les engagements volontaires de juridicité incertaine

141. Les engagements volontaires non prévus par la loi comportent *a priori* la plus grande effectivité comportementale car ils élèvent le comportement de l'entreprise au-dessus des exigences légales. Parce qu'ils contiennent par définition des dispositions qui dépassent le simple respect du droit positif, ces engagements volontaires tendent à l'amélioration du comportement social, sociétal et environnementale des entreprises. Ces derniers visent à une responsabilisation accrue des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société. Qu'il s'agisse d'engagements volontaires d'origine externe ou interne à l'entreprise, l'intégration du développement durable sera plus ou moins proche d'une certaine juridicité. Dans cette distinction, la Commission européenne opère une catégorisation entre d'une part, les grandes entreprises qui visent une approche formelle – se rapprochant du modèle juridique de formulation des règles – et adoptent des principes et orientations internationalement reconnus, et d'autre part, les petites et moyennes entreprises, en particulier les micro-entreprises, pour qui « le processus de RSE restera probablement informel et intuitif »⁶²⁰, donc plus éloigné d'une structuration juridique. Cette distinction est facilement compréhensible. En effet, il semble inopportun pour une PME d'adopter une norme volontaire externe, dont l'élaboration est souvent conçue par de grandes entreprises, Néanmoins, les normes volontaires d'origine externe peuvent

⁶¹⁹ V. Cass. Soc., 14 nov. 2007, n° 06-43345, Juris association, 2008, n°373, p. 8 : « Quel est le régime juridique d'une convention collective appliquée de manière volontaire par un employeur ? L'occasion de répondre à cette question vient d'être donnée à la Cour de cassation. La haute juridiction indique que l'application volontaire d'une grille de rémunérations extraite d'une convention collective que l'employeur n'était pas contraint par un arrêté d'extension d'appliquer crée un usage. En droit du travail, un usage, pour perdre sa valeur obligatoire, doit être dénoncé ou remplacé par un accord collectif. ».

⁶²⁰ COM 2011/681 précit., spéc. 3.

constituer une facilité pour la PME qui ne souhaite pas prendre de risque juridique tenant à la juridicité des engagements volontaires adoptés (a). A l'inverse, l'adoption d'une norme volontaire élaborée en interne, un code de bonne conduite par exemple, fait peser le risque que l'engagement volontaire contienne une juridicité potentielle et amène à la création d'obligations juridiques contraignantes non souhaitées (b).

a. Les normes volontaires d'origine externe

142. La plus connue des normes de RSE d'origine externe est la norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale, développée par l'Organisation Internationale de Normalisation (*International Standard Organization* en anglais) et publiée le 1^{er} novembre 2010. Cette norme contient des « lignes directrices » déclinées en sept questions centrales et accompagnées de trente-sept préconisations d'actions relatives à ; la gouvernance de l'organisation, les droits de l'Homme, les relations et conditions de travail, la protection de l'environnement, la bonne pratique des affaires, les questions relatives aux consommateurs, ainsi que l'engagement sociétal. L'atout de la norme ISO 26000 réside dans le caractère consensuel des thématiques abordées et des actions proposées qui s'adressent à toute entité. Ce caractère sans doute trop consensuel conduit à des critiques, ainsi, Guido Güertler, expert dans ce domaine et issu du monde de l'entreprise, met en relief les faiblesses de la norme ISO 26000⁶²¹. Selon lui, elle présente préalablement l'inconvénient d'avoir un coût puisqu'elle n'est accessible seulement qu'après le paiement d'une certaine somme à l'organisation internationale de normalisation⁶²² alors que d'autres normes similaires sont proposées gratuitement. C'est notamment le cas des Lignes directrices G3 du GRI (*Global Reporting Initiative*⁶²³) ou encore du *Global Compact*⁶²⁴ et des *Lignes directrices* de l'OCDE⁶²⁵. Ce coût, première étape de la démarche, peut représenter une gêne dans son accessibilité pour les entreprises de petite taille, pourquoi

⁶²¹ Pour un aperçu rapide v. GÜRTLER Guido, *ISO 26000 forces et faiblesses*, disponible sur http://www.26k-estimation.com/S_W_ISO26000_forces_et_faiblesses.pdf, consulté le 5 septembre 2018 ; et pour un aperçu plus complet sur la norme ISO 26000 v° LARONZE Fleur, « La norme ISO 26 000, source d'une responsabilité métamorphosée ? », in MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René de, *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?*, éd. Pédone, 2016, pp.165-176.

⁶²² Son prix affiché est de CHF 198,00 sur la boutique en ligne de l'organisation internationale de standardisation (ISO), www.iso.org, au 5 septembre 2018.

⁶²³ Le *Global Reporting Initiative* est une organisation non gouvernementale fondée en 1997 aux Etats-Unis à l'initiative du Programme des Nations-Unies pour l'environnement (PNUE). Son bureau central se situe actuellement à Amsterdam. Les lignes directrices G3 fixe des principes et indicateurs que peuvent utiliser les organisations pour mesurer et consigner leur performance économique, environnementale et sociétale, elles sont en accès libre à la différence de la norme ISO 26000 et recourent de nombreux domaines de cette dernière. Plus d'informations sur www.globalreporting.org

⁶²⁴ Le *Global compact* ou « Pacte global » est un partenariat lancé à l'initiative de l'ONU et qui regroupe des entreprises, surtout multinationales, désireuses d'adhérer à ce pacte qui regroupe neuf principes issus de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme, du bureau international du travail ainsi que du Sommet de Rio de 1992 sur l'environnement. Cependant, comme le remarque CHAUVEAU Alain et ROSE Jean-Jacques in *L'entreprise responsable*, éditions d'Organisation, 2003, p.232 : « Si le *Global compact* connaît un grand succès dans le milieu du *business* (...), il est aussi vivement critiqué par le ONG, qui lui reprochent de leur permettre [les entreprises] de faire du *bluwashing* (jeu de mot avec le *greenwashing*... le drapeau de l'ONU étant bleu). Les multinationales qui s'y sont engagés, comme Aventis (et son maïs OGM starlink) ou Nike (pour le travail dans les *sweatshops*), se voient reprocher de contrevenir à plusieurs principes du Pacte et de n'y adhérer que pour arborer le logo de l'ONU (...). »

⁶²⁵ OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, en ligne, <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf>, consulté le 5 septembre 2018.

payer une norme si d'autres instruments équivalents sont accessibles gratuitement ? Surtout, l'auteur déplore l'orientation trop internationale de la norme ISO 26000⁶²⁶. En ce sens, cette critique récurrente d'une RSE uniquement destinée aux entreprises multinationales justifie de mettre l'accent sur l'intégration de la RSE à l'échelle des entreprises de petite et moyenne taille.

143. Par ailleurs, Guido Güertler remarque que la limitation à sept questions centrales diffère de la complexité d'une entreprise au quotidien, de même qu'il déplore la présence de recommandations sans précision sur ce qui ferait déjà l'objet d'une législation. Il faut effectivement regretter que la norme ISO 26000 ne correspond pas totalement à la définition, ni de la RSE, ni de l'engagement volontaire tel que cela a été entendu jusqu'à présent, car trois des sept engagements visent par exemple : au respect du principe de légalité ; au respect des normes internationales quand la législation nationale est insuffisante ; et au respect des droits de l'Homme. Certes, même si le fait de respecter l'ensemble de la législation en vigueur n'est pas toujours évident pour une entreprise, cela fait pourtant partie du préalable nécessaire à tout engagement volontaire dans une démarche RSE comme a pu le souligner la Commission européenne dans sa définition⁶²⁷. Il n'est cependant pas exclu que la norme ISO 26000 puisse modifier le comportement d'une entreprise au-delà du respect de la législation. Elle peut avoir par conséquent un effet de norme et n'est donc pas dépourvue de toute utilité pour l'intégration du développement durable par les entreprises⁶²⁸. Enfin, à la différence d'autres normes ISO, la norme ISO 26000 ne se prête pas à la certification, il s'agit avant tout de « lignes directrices » contrairement à d'autres normes publiées par l'Organisation Internationale de Normalisation. Pour Yann Queinnec, ancien membre de l'association Sherpa, cela risque pour certains de « décrédibiliser le dispositif (...) avec des centaines de présentations de démarches ISO 26000, dont certaines ne relèveront que de l'affichage non suivi des faits »⁶²⁹. Face à cette critique, il semble que le développement actuel du label LUCIE permette une harmonisation bienvenue de la présentation des démarches ISO 26000. Le label LUCIE s'inspire principalement de la norme ISO 26000 pour attribuer un label aux entreprises engagées dans une démarche de développement durable. Néanmoins, il est regrettable que ce label insiste sur la performance économique que l'entreprise pourrait tirer d'une démarche RSE.

144. Au nombre des engagements volontaires d'origines externes, il faut également citer le système développé par la Commission européenne d'enregistrement EMAS (*Eco-*

⁶²⁶ GÜRTLER Guido, précité

⁶²⁷ Commission européenne, COM 2011/681, préc.

⁶²⁸ Sur la capacité de la norme ISO 26000 à être « source de droit en sa qualité de norme juridique », v. LARONZE Fleur, « La norme ISO 26000, une source de droit en matière sociale ? », *Droit social* 2013 p. 345

⁶²⁹ QUEINNEC Yann, « Repères RSE », *Novethic*, n°95, janvier 2011, <http://www.novethic.fr/novethic/v3/rse-responsabilite-sociale-d-entreprise-article.jsp?id=33>, consulté le 28 septembre 2012 [inaccessible au 24 avril 2019].

management and audit scheme)⁶³⁰ qui vise à certifier les démarches volontaires et axées principalement sur la protection de l'environnement⁶³¹. D'autres normes existent mais elles sont bien rares à correspondre à la définition de l'engagement volontaire qui dépasse le droit positif. Moins proche de la protection de l'environnement, il convient toutefois de relever en matière de RSE, la norme SA 8000 *Standard - Accountability social international-* sur les conditions de travail. Cette dernière interdit par exemple le recours au travail d'enfant, la liberté d'association, la non-discrimination, etc. Il ne s'agit donc pas d'aller au-delà de la législation existante et il apparaît que sont surtout visées les grandes entreprises. La norme SA 8000 peut toutefois être comprise comme un rappel pour les entreprises qui externalisent ou sous-traitent leurs activités dans des pays à la législation moins contraignante que le droit français.

145. L'intérêt d'une norme élaborée à l'extérieur de l'entreprise permet *a priori* de prévenir le risque d'engagement d'une responsabilité juridique de l'entreprise, puisque ces normes sont élaborées et formalisées de telle sorte qu'elles n'emportent aucun effet de droit. En outre, la norme externe intégrée par l'entreprise peut s'accompagner d'une analyse ou d'une notation sociétale par un organisme tiers à destination des parties prenantes de l'entreprise (investisseurs, banques, associations, consommateurs...). L'organisme de notation sociétale *Vigéo Eiris*, le plus connu à ce jour en France, a été fondé en 2002 par Nicole Notat, ancienne secrétaire générale du syndicat CFDT. Il se charge de réaliser des audits et d'accompagner les entreprises dans l'adoption et le suivi de normes volontaires d'origines externes⁶³². La notation sociétale et environnementale ou notation extra-financière, permet également de valoriser la démarche de l'entreprise auprès des investisseurs et des parties prenantes. Il existe en ce sens des indices boursiers dédiés à la responsabilité sociétale et environnementale tel que le *Dow Jones Sustainable Index World* ou encore le *ASPI Eurozone* lancé et géré par *Vigéo*⁶³³.

b. Les engagements volontaires d'origine interne à l'entreprise

146. À côté de ces différentes normes élaborées par des organismes extérieurs et davantage destinées aux grandes entreprises, il existe des engagements volontaires élaborés par l'entreprise elle-même selon un processus, qualifié par la Commission européenne de « probablement informel et intuitif »⁶³⁴, se matérialisant notamment dans des « codes de bonne conduite », des « chartes d'éthique », des « codes de développement durable », des

⁶³⁰ EMAS fut lancé par la Commission européenne dès le Règlement 1836/93 en juillet 1993 (EMAS I), il fut ensuite révisé en 2001 par le Règlement n°761/2001 (EMAS II) qui a intégré la norme ISO 14 001 relatif au management environnemental, sa dernière version est issue du Règlement n°1221/2009 (EMAS III) publié le 22 décembre 2009 et entré en vigueur le 11 janvier 2010 et contient de nouveaux éléments permettant une meilleure visibilité de ce schéma. Ses annexes ont été amendées et sont entrées en vigueur le 18 septembre 2017.

⁶³¹ Pour un aperçu, voir le site internet du ministère du développement durable : <https://www.ecologie-solidaire.gouv.fr/systeme-management-et-audit-environnemental> , consulté le 26 avril 2019.

⁶³² V. <http://www.vigeo-eiris.com/fr> , consulté le 26 avril 2019.

⁶³³ V° FORGET Elisabeth, *L'investissement éthique, analyse juridique*, Thèse, Strasbourg, 2013, p.163.

⁶³⁴ COM 2011/681 précit., spéc. 3

« codes de bonnes pratiques ». La notion de « code » désigne généralement un recueil ou une compilation de règles, il est plus couramment employé pour désigner des textes de loi officiels comme par exemple le Code civil. Or, les « codes » qui contiennent des engagements volontaires désignent ici des recueils de règles élaborées par des personnes morales de droit privé, des entreprises, par lesquels elles expriment une « intention normative ». En ce sens, comme le souligne l'étude annuelle 2013 du Conseil d'Etat sur *Le droit souple*: « le fait même de parler de « codes de bonne conduite » montre qu'un des enjeux du droit souple est de jeter un pont entre l'univers de l'éthique (la bonne conduite) et celui du droit (le code) »⁶³⁵. Ainsi, les codes de bonne conduite ont pu être envisagés par la doctrine comme la manifestation d'un pluralisme juridique au sein de l'ordre juridique étatique : « Aussi est-ce tout logiquement que le juge étatique n'hésite pas à se référer à des codes de bonne conduite, d'éthique, de déontologie, etc., édictés par des personnes privées pour apprécier le comportement d'opérateurs privés ayant une activité nationale ou transfrontière »⁶³⁶.

147. Un risque de sécurité juridique existe dès lors que les entreprises adoptent de tels codes. Pensant les vider de toute juridicité par des formulations vagues et générales, les codes peuvent toutefois accéder au droit quand le juge est amené à apprécier le comportement de l'entreprise. En effet, le juge ne saurait être lié au degré de juridicité exprimé dans le contenu de l'engagement volontaire⁶³⁷. Aussi, par leur intention normative, les entreprises, même de taille modeste, participent à l'élaboration, non pas de règles juridiques contraignantes qui relève de la compétence exclusive du législateur, mais d'un ensemble normatif souple qui peut, soit inspirer le législateur, soit conduire le juge à s'en saisir pour sanctionner des comportements considérés comme fautifs, car contraires à un usage commercial ou à une règle considérée comme coutumière au regard de standards existants tel que la bonne foi⁶³⁸.

148. De la même manière que les référentiels proposés par des organismes extérieurs à l'entreprise, ces formes internes d'engagements volontaires sont la concrétisation de règles de conduite comportementale directement élaborées au sein de l'entreprise. Ces codes de bonne conduite concrétisent la volonté d'adopter une démarche responsable, les règles qu'ils contiennent sont principalement orientées vers l'amélioration des conditions de travail (prévention des risques psychosociaux, campagne d'information sur les addictions, aide pour la conciliation entre vie personnelle et professionnelle...), vers la réduction des impacts sur l'environnement⁶³⁹ (écoproduits, prévention et recyclage des déchets, préservation de la biodiversité...) ou encore vers la sensibilisation des parties

⁶³⁵ Conseil d'État, *Etude annuelle 2013*, « Le droit souple », La documentation française, préc., p. 63.

⁶³⁶ OSMAN Filali, « Avis, directives, codes de bonnes conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », RTD Civ. 1995, p.509.

⁶³⁷ *Ibid.* Comme l'indique cet auteur : « L'efficacité du droit mou ne saurait donc être subordonnée à la « juridicité » des documents qui en expriment le contenu »

⁶³⁸ V. DEUMIER Pascale, « Coutumes, usages et juges », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2016, n°46 et s.

⁶³⁹ Nous préférons employer ces termes plutôt que les termes d'amélioration de la performance environnementale qui nous semblent trop lié à l'idée de performance économique.

prenantes à leur démarche (fournisseurs, cocontractants, clauses RSE dans le cahier des charges clients...) ⁶⁴⁰. Ces pratiques sont toutefois source d'insécurité juridique lorsque la formulation du code de conduite est ambiguë, il est alors potentiellement source de droit et le juge peut s'en servir pour sanctionner le comportement de l'entreprise jugé anormal ⁶⁴¹.

3. École de la communication *versus* École de la discrétion

149. S'il existe différents instruments pour adopter des engagements volontaires, toutes les entreprises ne le font pas de la même manière. Il existe principalement deux approches, la première vante les mérites des engagements de l'entreprise tandis que la seconde est plus discrète en terme de communication. La discrétion peut alors sembler préférable pour éviter tout risque d'engagement de la responsabilité par des tiers qui auront eu connaissance d'informations émises par la société et relatives à ses engagements volontaires. Une communication excessive ou erronée au regard de la réalité des pratiques de l'entreprise peut encore conduire celle-ci à être présentée comme faisant du *greenwashing*. Un dilemme apparaît alors pour l'entreprise car ne pas communiquer sur ses engagements volontaires l'expose aux critiques d'une entreprise qui ne serait pas ou insuffisamment engagée dans une démarche de RSE. Il s'agit par conséquent de parvenir à trouver un juste équilibre entre l'adoption d'un engagement volontaire, sa juridicité et sa diffusion à destination des parties prenantes.
150. Certaines entreprises adoptent un référentiel externe ou un code de conduite interne et n'hésitent pas à procéder à un large affichage par une communication adéquate des engagements pris. Le risque évident est de faire du *greenwashing* lorsque les engagements volontaires sont bafoués ⁶⁴² par l'entreprise, ou tout simplement parce qu'il n'existe pas à proprement parler d'engagement véritablement volontaire qui consiste à dépasser la législation existante ⁶⁴³.
151. L'Agence de l'Environnement et de l'Énergie (ADEME) a d'ailleurs mis en place un site internet de sensibilisation à destination des entreprises qui souhaitent « réaliser une campagne de communication afin de valoriser les qualités écologiques d'un produit ou d'un service, ou bien la démarche développement durable de l'entreprise » et met l'accent sur le fait qu'il n'est pas possible de tout envisager, à cet effet l'agence propose un guide accessible en ligne pour éviter de faire de « l'éco-blanchiment » ou de la « désinformation

⁶⁴⁰ INSEE, « La responsabilité sociétale des entreprises – une démarche déjà répandue », Insee première, n°1421, novembre 2012, en ligne : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1281346#consulter>, consulté le 24 avril 2019.

⁶⁴¹ V° MOLFESSIS Nicolas, « Les pratiques juridiques du droit des affaires – Introduction », LPA, n°237, 27 novembre 2003, p. 4.

⁶⁴² Au sens d'un engagement méprisé, dont l'entreprise s'en moque elle-même.

⁶⁴³ V. l'exemple précédent de l'entreprise EDF.

verte »⁶⁴⁴. Le guide rappelle que l'utilisation de l'argument écologique et de développement durable est régie par différents textes, notamment les articles L 121-1 et suivants du Code de la consommation sur la publicité de nature à induire en erreur⁶⁴⁵. Ce guide souhaite ainsi « éviter que les entreprises n'instaurent le doute et la confusion dans l'esprit du consommateur sur ce qui est écologique et lié au développement durable, et ce qui ne l'est pas » et par conséquent « d'éviter toute banalisation du discours environnemental » ou encore de « participer à créer un bruit de fond écologique de plus en plus inaudible qui a pour unique conséquence de démobiliser le consommateur ». L'article L121-1 nouveau du code de la consommation, crée par ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, interdit les pratiques commerciales déloyales. Selon l'alinéa 2 de cet article, une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est « contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ». Sont par ailleurs également interdites, les pratiques commerciales trompeuses à l'article L121-2 nouveau du même code, lorsqu'une pratique commerciale crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent ou lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur.

152. L'ADEME recense trois pratiques courantes de *greenwashing* : une promesse excessive au consommateur sur les vertus écologiques d'un produit ou d'une démarche développement durable présentée comme un élément essentiel de la politique de l'entreprise alors que ce n'est pas le cas ; l'absence ou l'insuffisance d'information ou d'argumentaire sur ce qui est qualitatif et quantitatif pour l'environnement ou la Société ; un visuel qui induit une confusion entre un message en lien avec le développement durable et celui lié au produit ou à la démarche évoquée⁶⁴⁶. Afficher ses engagements volontaires doit donc être fait avec précaution, d'autant plus qu'il existe des termes, labels et expressions officielles qu'une entreprise ne peut utiliser comme bon lui semble. L'ADEME prend par exemple le terme « biologique » qui ne peut être employé que si le produit correspond au label officiel Agriculture Biologique (AB)⁶⁴⁷, tandis qu'à l'inverse les expressions « bon pour la planète », « soucieux de l'environnement » ou encore « responsabilité sociale des entreprises » ne sont pas officielles.

153. D'autres entreprises choisissent la discrétion sur leurs engagements volontaires sans pour autant qualifier leurs pratiques de responsables ou en rapport avec le développement durable. Aussi, une entreprise peut choisir de ne pas communiquer spécifiquement sur ses

⁶⁴⁴ Site internet anti-greenwashing de l'ADEME : <http://antigreenwashing.ademe.fr>, consulté le 24 avril 2019.

⁶⁴⁵ http://antigreenwashing.ademe.fr/sites/default/files/docs/ADEME_GREENWASHING_GUIDE.pdf, consulté le 24 avril 2019. Le guide visait alors les dispositions de l'article L121-1 ancien du code de la consommation modifié depuis par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016.

⁶⁴⁶ Guide anti-greenwashing de l'ADEME, *ibid*, p.7

⁶⁴⁷ Si cela peut paraître évident aujourd'hui cela ne fut pas toujours le cas, ainsi les yaourts fermentés « *Activia* » de la marque Danone s'appelaient auparavant « *Bio* » alors qu'ils ne possédaient pas le label AB.

engagements volontaires, car ceux-ci sont efficaces au sein de l'entreprise, sans qu'il ne soit jugé nécessaire que ceux-ci soient connus de l'extérieur⁶⁴⁸. A noter que la législation sur le *reporting*⁶⁴⁹ ne concerne actuellement qu'une catégorie définie d'entreprises mais pourrait également à terme s'étendre aux PME, les obligeant ainsi à communiquer sur leurs engagements volontaires.

154. Il peut également être indiqué que la discrétion d'une entreprise sur l'intégration du développement durable, réside dans une préoccupation d'indépendance et d'autonomie vis-à-vis des parties prenantes. En effet, la pratique qui consiste à ne pas rechercher l'image d'un label ou d'une norme extérieure, peut sembler plus proche de la définition de la RSE. Celle-ci consiste en effet en une activité volontaire, c'est une démarche librement consentie. Or, cette liberté pour être complète, doit pouvoir s'acquérir par l'autonomie et l'indépendance vis-à-vis de tout organisme extérieur proposant des certifications et labels. En effet, les labels et certifications proposés aux entreprises sont critiquables car ils émanent justement de tiers à la société commerciale. L'autonomie de l'entreprise dans sa démarche volontaire peut ainsi être affectée, ou pour le moins influencée par l'intervention d'organismes tiers, ce qui peut avoir pour effet de détourner l'entreprise de sa première volonté, celle d'adopter sa propre vision du développement durable. Il reste que le choix effectué par l'entreprise entre affichage ou discrétion et autonomie sur ses engagements volontaires, n'occulte pas une vision utilitariste de la RSE qui reste, de très loin, non désintéressée.

4. La vision utilitariste de la RSE

155. Si les engagements volontaires se multiplient et rencontrent un succès grandissant, c'est en partie dû au fait que les entreprises perçoivent la RSE comme un facteur de performance économique supplémentaire et non pas comme un instrument juridique contraignant. En effet, d'aucuns ignorent que la « première responsabilité » d'une société commerciale est économique, sans retour financier, point de pérennité. Il existe pourtant différentes possibilités de mise en œuvre de la RSE. Quatre approches principales peuvent être distinguées par ordre d'apparition dans la littérature économique et juridique : l'approche informationnelle⁶⁵⁰ (*reporting*, communication, parties prenantes, image de

⁶⁴⁸ Pour illustrer notre propos nous avons pu visiter les locaux de l'entreprise *Gripple Ltd* à Obernai en Alsace, qui a mis en place une salle de repos pour ses salariés -tous étant par ailleurs actionnaires de l'entreprise- avec temps de sieste à disposition des salariés au-delà du temps de pause légal. Cet engagement interne à l'entreprise ne concerne pas les parties prenantes extérieures et l'on comprend qu'il ne soit nul besoin de communiquer sur cette amélioration des conditions de travail.

⁶⁴⁹ V. *supra*. L'obligation de fournir un rapport sur les conséquences sociales et environnementales des activités de l'entreprise a été introduite à l'article L225-102-1 du code de commerce par la loi dite NRE (nouvelles régulations économiques) n°2001-420 pour les sociétés cotées, puis cette obligation a été étendue à d'autres sociétés par l'article 225 de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 dite « Grenelle II » et son décret d'application n°2012-557 du 24 avril 2012, v. FRANCOIS Bénédicte, « *Reporting RSE* : commentaire du décret n°2012-557 du 24 avril 2012, Rev. Sociétés 2012, p.607

⁶⁵⁰ V° Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La documentation française, Etude annuelle 2013, p.6

l'entreprise) ; l'approche relative à la performance économique et de *management* (économies réalisées, augmentation de la productivité, efficacité organisationnelle) ; l'approche relative aux risques⁶⁵¹ (externalités négatives, dommages, responsabilité sociale, économique et juridique, réputation, image de l'entreprise) ; et enfin l'approche sociale, sociétale, environnementale et éthique⁶⁵² (prise en compte de la Société, protection de l'environnement, intérêt social de l'entreprise). Toutes doivent être considérées comme complémentaires et il serait inexact de les séparer, l'une ne pouvant ignorer l'autre. Or, c'est bien souvent les seules trois premières approches, l'approche informationnelle, économique et celle relative aux risques, qui sont prises en considération par l'entreprise, au détriment de l'approche sociétale et environnementale. En tous les cas, quelle que soit l'approche privilégiée, l'engagement volontaire répond d'une nature juridique similaire.

⁶⁵¹ Par ex. TRÉBULLE François-Guy, «Le risque, clef du développement durable des sociétés », *Droit des sociétés* n°8, août 2010, étude 13

⁶⁵² JONAS Hans, *Une éthique pour la nature*, Desclé de Brouwer, 2000, 159 p.

II. Nature juridique de l'engagement volontaire

156. La question de la nature juridique des engagements volontaires, chartes éthiques, codes de bonne conduite et autres instruments adoptés spontanément par l'entreprise, n'est pas véritablement nouvelle et la doctrine s'est déjà interrogée sur leur place dans le droit, comme cela a été vu de manière générale pour la RSE. Pour l'instrument spécifique que constitue l'engagement volontaire pour la RSE, c'est bien le qualificatif de droit souple qui est utilisé par le Conseil d'Etat pour le désigner (A), mais d'autres qualifications plus précises sont également envisageable selon la force juridique de l'engagement volontaire, qu'il soit contractualisé ou non contractualisé. La liberté d'adoption d'un engagement volontaire constituant le principe (B).

A. L'engagement volontaire : un instrument de droit souple

157. L'engagement volontaire appartient-il au droit souple ou au droit dur ? Cette question déjà abordée plus haut dans l'étude générale de la RSE, mérite d'être reposée à ce stade, car ce concept renvoie directement à l'engagement unilatéral de volonté, bien connu du droit dur⁶⁵³. Néanmoins, l'engagement volontaire est avant tout intimement lié à la notion de droit souple puisqu'au-delà des exigences comportementales inscrites dans l'engagement volontaire, il existe des conséquences socio-économiques sur la vie de la société commerciale (image de la société auprès de la société civile, réputation, confiance du consommateur dans les services et produits...).

158. Comme le souligne l'étude annuelle du Conseil d'État de 2013, le droit souple, dérivé de l'expression anglaise « *soft-law* » utilisée dès 1930, est né dans le domaine des relations internationales dans lequel « les engagements sont parfois difficiles à tenir et le droit souple peut jouer plus aisément un rôle de régulation des relations internationales »⁶⁵⁴. Pour Stavros Dimas, ancien commissaire de l'Union européenne chargé de l'environnement, « les accords volontaires vont intervenir dès lors que la législation ne peut, pour des raisons diverses, être mis en place. C'est ainsi qu'une bonne partie du droit international de l'environnement, peut être considéré, par certains, comme des engagements volontaires – d'État à État – dès lors que la sanction du non-respect de l'accord est très hypothétique (...) De même, pour la mise en œuvre du droit de l'environnement très localement – par exemple, pour le réseau Natura 2000 ou pour les contrats de gestion de bassin de la directive-cadre sur l'eau – la souplesse nécessaire

⁶⁵³ Certains auteurs (HENNION Sylvie, FLAESCH-MOUGIN Catherine, in FOURNEREAU Nathalie-Hervé (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses universitaires de Rennes, Coll. L'Univers des normes, 2008, Avant-propos, p.15) remarquent ainsi que pour un juriste privatiste, le concept d'approche volontaire fera nécessairement référence à la théorie de l'engagement unilatérale de volonté développée par Siegel, Saleilles et Worms.

⁶⁵⁴ Conseil d'Etat, « Le droit souple », La documentation française, Etude annuelle 2013, p. 7.

requiert un certain degré d'adhésion des acteurs (...) »⁶⁵⁵. L'engagement volontaire en tant que droit souple peut donc servir de complément au droit dur, lorsque ce dernier présente des lacunes à guider les comportements par une législation contraignante. Cependant, mieux que de multiplier les règles contraignantes alors que le législateur répète à l'envie sa volonté d'une « simplification du droit »⁶⁵⁶, le droit souple présente l'avantage de permettre aux acteurs privés directement concernés d'adopter volontairement des règles régissant leur comportement. Dès lors, que faut-il entendre par l'expression engagement volontaire ?

159. Selon l'étude du Conseil d'Etat sur le droit souple on retrouve les premières traces d'engagement volontaire dans le droit international avec les « *gentlemen's agreements* ou *memorandum of agreement* », par lesquels des États souscrivent à des engagements sans intention de leur donner une portée contraignante, est attestée au moins depuis le début du XXème siècle»⁶⁵⁷. Cependant, selon l'étude, ces formes de droit souple ne figurent pas parmi la liste des sources du droit international dont la Cour internationale de justice fait application, sauf à ce que l'on puisse qualifier certains engagements volontaires de coutumes (pratique constante et sentiment de se soumettre à une obligation juridique, *opinio juris*). S'il n'existe pas de dispositions précises sur les engagements volontaires dans la législation de l'Union européenne, de nombreux instruments de droit souple sont toutefois employés comme une véritable méthode de gouvernance⁶⁵⁸ par les institutions de l'Union, ils orientent les comportements des acteurs institutionnels, étatiques et privés. C'est par exemple le cas des Livres vert ou blanc élaborés par la Commission européenne, qui peuvent être considérés comme du « pré-droit » et peuvent aboutir ou ne pas aboutir à une future réglementation.

160. A cet égard, il faut rappeler que le Livre vert sur la RSE publié par la Commission européenne en 2001 définit celle-ci comme le : « 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 »⁶⁵⁹. En 2011, la Commission européenne proposait une nouvelle définition de la RSE, entendue comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »⁶⁶⁰. Que faut-il comprendre de cette définition plus succincte ? L'aspect volontaire disparaît-il ? Se dirige-t-on vers une législation contraignante ? *A priori* non puisque la Commission rappelle immédiatement après cette nouvelle définition l'importance du volontariat : « Il

⁶⁵⁵ DIMAS Stavros, Préface, in FOURNEREAU Nathalie-Hervé (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses universitaires de Rennes, Coll. L'Univers des normes, 2008, p. 13.

⁶⁵⁶ V. par exemple la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ou encore la loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

⁶⁵⁷ Conseil d'État, étude précitée, p. 23.

⁶⁵⁸ Conseil d'État, étude précitée, p. 28.

⁶⁵⁹ COM(2011)366

⁶⁶⁰ Communication de la Commission européenne, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », COM(2011)681final.

importe que la RSE se développe sous l'impulsion des entreprises elles-mêmes » et de souligner que les pouvoirs publics n'ont qu'un « rôle de soutien » par l'élaboration de mesures politiques facultatives. Cependant, la Commission n'exclut pas « le cas échéant, des dispositions réglementaires complémentaires, afin par exemple de favoriser la transparence, de créer des mécanismes de marché qui incitent à une conduite responsable des affaires, et de responsabiliser les entreprises. »⁶⁶¹ Il y a donc une évolution de la conception de la RSE, qui n'est plus seulement de l'ordre du volontariat des entreprises, car les pouvoirs publics des Etats membres sont encouragés à adopter des mesures réglementaires pour créer des « conditions plus propices à inciter les entreprises à s'acquitter volontairement de leurs responsabilités sociales »⁶⁶².

161. Signe qu'il s'agit d'une définition en forme d'un « pré-droit » de la RSE, la Commission européenne encourage dans sa communication Com(2011)681, les Etats à adopter une réglementation incitative envers les engagements volontaires. Ce qui témoigne d'un amoindrissement de la frontière entre droit souple et droit dur. Pour le professeur François-Guy Trébulle, le fait que la Commission reconnaisse : « que la RSE repose sur la combinaison des mesures politiques facultatives et, le cas échéant, des dispositions réglementaires complémentaires », montre qu'elle s'aligne sur ce qui « correspond assez largement à ce qui est fait en France depuis 2001 », car selon lui « beaucoup des perspectives de la Communication ont été anticipées, de la loi du 15 mai 2001, dite “NRE”, à la loi du 12 juillet 2010, dite “Grenelle 2” »⁶⁶³. En effet, le législateur français n'a pas attendu les encouragements des institutions européennes pour encadrer certains engagements volontaires si bien que le « *reporting* », c'est-à-dire la reddition d'informations extra-financières relatives à la prise en compte d'enjeux socio-environnementaux, est devenu obligatoire pour certaines sociétés. Aussi, si l'engagement volontaire en matière de RSE constitue du droit souple, cela est plus discutable au regard de l'intervention du législateur.

162. En effet, la loi dite « NRE »⁶⁶⁴ de 2001 impose l'intégration d'informations extra-financières dans le rapport de gestion annuel aux sociétés cotées sur un marché réglementé. Depuis 2010, à travers la loi dite « Grenelle 2 », cette même obligation a été étendue en partie, à certaines entreprises non cotées au-delà d'un certain seuil de bilan ou de chiffre d'affaires⁶⁶⁵. Les entreprises concernées doivent renseigner différentes

⁶⁶¹ *Ibid*, p.9 spéc. pt. 3.4.

⁶⁶² *Ibid*, p.4, spéc. pt. 1.

⁶⁶³ TRÉBULLE François-Guy, « *Le paquet “entreprises responsables”* », D., 2012, p. 144.

⁶⁶⁴ L'obligation de fournir un rapport sur les conséquences sociales et environnementales des activités de l'entreprise a été introduite à l'article L225-102-1 du code de commerce par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite NRE) pour les sociétés cotées, cette obligation a été étendue à d'autres sociétés par l'article 225 de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 dite « Grenelle II » et son décret d'application n°2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, v. FRANCOIS Bénédicte., « *Reporting RSE : commentaire du décret n°2012-557 du 24 avril 2012*, Rev. Sociétés 2012, p.607.

⁶⁶⁵ Pour un aperçu complet v. RAES Thierry, GUEZ Elodie, VIGNE Axelle, « Informations sociales, environnementales et sociétales Grenelle II – Du nouveau pour votre rapport de gestion 2012 », Francis Lefebvre, Comptabilité et fiscalité, 1^{er} mars 2013, tribune.

informations fixées par le décret du 24 avril 2012 à l'article R 225-105-1 du code de commerce, parmi lesquelles des informations sociales (emploi, organisation du travail, relations sociales, santé et sécurité, formation, égalité de traitement), environnementales (politique environnementale, pollution et gestion des déchets, utilisation durable des ressources, changement climatique, protection de la biodiversité) et sociétales (impact territorial, économique et social, relations et dialogues avec les personnes ou organisations intéressées par l'activité de la société, sous-traitance et fournisseurs).

163. Sur ce sujet, le Parlement européen et le Conseil européen ont proposé une Directive⁶⁶⁶ reprenant ces exigences de publication d'informations non financières mais uniquement pour les sociétés qui emploient en moyenne plus de 500 salariés et qui affichent soit un total du bilan supérieur à 20 millions d'euros, soit un chiffre d'affaires net de plus de 40 millions d'euros. La proposition de directive envisage ainsi d'exempter les petites et moyennes entreprises conformément au Conseil européen des 24 et 25 mars 2011 qui a demandé à ce que les contraintes réglementaires globales, notamment celles qui pèsent sur les petites et moyennes entreprises, soient réduites. Cette proposition a finalement donné lieu à la directive 2014/95/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes et transposé en droit français à l'article L225-102-1 du code de commerce⁶⁶⁷. La déclaration de performance extra-financière prévue par cet article ne vise pour l'instant que les grandes entreprises, les PME restent donc encore exclues de cette législation. Par conséquent, la diffusion d'informations extra-financières par une PME relève encore de l'engagement volontaire et du droit souple.

164. Preuve que l'engagement volontaire est surtout perçu comme un droit souple, il peut être mentionné l'initiative du ministère de l'Écologie d'encourager les « conventions d'engagement volontaire » (ci-après CEV)⁶⁶⁸. Forme de « droit négocié » pour certains auteurs, ils sont également connu sous la dénomination « d'accords de branches » ou encore « d'accords négociés », et développés dans les années 1970, ils se présentent dans la période actuelle comme des outils de mise en œuvre de la RSE⁶⁶⁹. Il s'agit pour le ministère d'encourager les acteurs industriels à s'engager collectivement dans des

⁶⁶⁶ COM(2013)207 proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains groupes ; v. LECOURT Benoît, « Une proposition de directive sur la publication d'informations non financières », *Revue des sociétés*, 2013, p.657

⁶⁶⁷ Directive 2014/95/UE transposée en droit français par la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, par 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 et son décret d'application n°2017-1265 du 9 août 2017. V° l'article L225-102-1 du code de commerce relative à la déclaration de performance extra-financière insérée dans le rapport de gestion annuel prévu à l'article L225-100 de certaines grandes entreprises.

⁶⁶⁸ Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'Énergie, « Les conventions d'engagement volontaire : un outil pour les entreprises mobilisées en faveur du développement durable », 10 décembre 2009, dernière mise à jour le 7 février 2019, accessible en ligne sur le nouveau site du ministère de la transition écologique <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/engagements-croissance-verte#e1>, consulté le 24 avril 2019).

⁶⁶⁹ BLIN-FRANCHOMME Marie-Pierre, DESBARATS Isabelle, JAZOTTES Gérard, VIDALENS Virginie, *Entreprise et développement durable – Approche juridique pour l'acteur économique du XXI^e siècle*, Lamy, Collection Axe Droit, 2011, p.115.

démarches volontaires par secteurs professionnels. Comme le souligne le ministère : « au-delà de l'adoption des mesures législatives des différents projets de loi, la dynamique d'un développement durable dans les entreprises repose sur la mobilisation des acteurs économiques »⁶⁷⁰. Il ne s'agit donc pas de droit dur mais de droit souple puisque les CEV se situent au-delà du simple respect de la législation, ce qui correspond à la définition de la RSE. Ces conventions sont élaborées entre le ministère et une profession ou un secteur d'activité en vue de structurer et amplifier ses actions, notamment dans la lutte contre le réchauffement climatique, la préservation et la restauration de la biodiversité, la prévention et le recyclage des déchets dans une démarche d'économie circulaire, etc. D'après le commissariat général au développement durable, ces CEV : « s'inscrivent dans le cadre plus général des démarches d'engagement volontaire qui peuvent se décliner en chartes ou pactes »⁶⁷¹, c'est par exemple le cas de la charte pour l'efficacité énergétique qui invite les industriels à s'engager dans des démarches volontaires. L'intérêt présenté de ces CEV est de donner un cadre aux acteurs économiques et fédérations professionnelles d'un secteur d'activité afin qu'ils puissent entreprendre des actions collectives⁶⁷². Les CEV sont pluriannuelles (trois ou cinq ans) et comportent un rapport annuel obligatoire élaboré par la fédération professionnelle signataire, celui-ci est rendu public et transmis aux ministères concernés. Cet outil est présenté comme complémentaire au « reporting » et au concept de RSE. Ainsi la Fédération Nationale des Travaux Publics (FNTP) a signé une des toutes premières CEV en 2009, avec comme premier axe l'objectif d'intégrer la responsabilité sociétale des entreprises, notamment par l'identification des entreprises respectant les principes de la RSE via un logo⁶⁷³. A travers cet instrument, les petites et moyennes entreprises peuvent trouver un cadre et un suivi qu'elles n'auraient pas pu élaborer toutes seules, en raison de ressources insuffisantes.

B. Propositions de qualification juridique des engagements volontaires et liberté d'adoption

165. Les engagements volontaires soulèvent la question de leur qualification juridique car, de la même façon que la responsabilité sociétale et environnementale pas n'est pas une responsabilité juridique classique mais une responsabilité juridique de moindre intensité, l'engagement volontaire doit être distingué de l'idée d'engagement de la volonté classiquement associé à la naissance d'une obligation juridiquement contraignante.. Aussi, l'engagement volontaire constitue une source de droit particulière (1), dont il convient d'envisager les propositions de qualification juridique faites par la doctrine et observations tenant à sa « force juridique » (2). Enfin, il faut relever la grande liberté

⁶⁷⁰ Ministère de l'écologie et Ministère de la Transition écologique, préc.

⁶⁷¹ Commissariat général du développement durable, « Les conventions d'engagement volontaire, un partenariat État-Entreprises au service de la transition écologique », Le point sur, n°182, janvier 2014. Il semble que les conventions d'engagements volontaires, n'ont pas eu le succès escompté, le ministère indique qu'une trentaine de conventions auraient été passées, v. note supra site précité).

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ *Ibid.*

laissé aux entreprises dans l'adoption d'engagements volontaires qui permettent ainsi la mise en œuvre d'une démarche de RSE, et plus particulièrement une libre intégration de la transition énergétique (3).

1. L'engagement volontaire : une règle de droit particulière

166. Qu'il prenne la forme de « code de bonne conduite », de « code éthique » ou de « guide de développement durable »⁶⁷⁴, l'engagement volontaire entraîne la création de normes internes à la société. Pour Mme Maryline Boizard, ces codes de conduite privés sont un « ensemble de recommandations qui sont, au sens juridique du terme, dépourvues de caractère obligatoire »⁶⁷⁵. Selon cet auteur ils n'ont pas vocation à se substituer aux règles légales et ont surtout un « rôle de persuasion morale »⁶⁷⁶. Pour le professeur Alain Supiot, « ces instruments ont pour mission d'énoncer la politique ou les principes que leurs auteurs s'engagent à suivre »⁶⁷⁷. Il ne faut pas en conclure que l'engagement volontaire échappe au droit. Il a été démontré précédemment que l'obligation adoptée dans le cadre d'un engagement volontaire en matière de RSE est bien juridique, même si l'obligation est imparfaite car dénuée de contrainte. Aussi, l'engagement volontaire relève du droit, quand bien même l'entreprise soutient qu'il ne s'agit que de mesures de gestion ou de « management ». L'intérêt d'attirer l'engagement volontaire au droit permet surtout de pouvoir éventuellement lui attacher des conséquences juridiques par l'hypothèse d'un engagement de la responsabilité civile. A cet égard, Emeric Jeansen note que « le raisonnement consistant à limiter le droit aux règles sanctionnées est réfuté par une partie importante de la doctrine »⁶⁷⁸. Il s'appuie notamment sur la formule restée célèbre du doyen Carbonnier qui relève que « le droit est plus grand que le droit »⁶⁷⁹ ; puis sur les propos du professeur François Terré, pour qui la vision d'un droit comme un ensemble d'articles et de règles accompagné de sanction, est réductrice et inacceptable car le droit comprend

⁶⁷⁴ Pour un aperçu des codes éthiques et de leur typologie, v. l'étude de ROQUILLY Christophe, « Analyse des codes éthiques des sociétés du CAC 40.- Un vecteur d'intégration de la norme juridique par les entreprises », Cahiers de droit de l'entreprise n°5, septembre 2011, dossier 29. L'étude distingue ainsi de classer les codes en trois catégories selon leur contenu : les codes de « bonnes intentions » (uniquement déclaratifs, formules creuses) ; « pédagogiques » (illustrations d'attitudes à retenir, « ce qu'il ne faut pas faire... ») ; « substantiels » (le code est explicite sur les comportements interdits, citation de textes et annexes). Enfin, l'étude observe que les codes étudiés reprennent dans une proportion moyenne de 50% des dispositions réglementaires.

⁶⁷⁵ BOIZARD Maryline, « Les codes de conduite privé », in HERVÉ-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2008, p.148, l'auteur précise qu'elle se réfère aux critères proposés par les codes relatifs aux sociétés transnationales et aux transferts de technologie par le « groupe de personnalités de l'ONU », Doc. ONU E/5500, p.62 ; FARJAT Gérard, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le Droit des relations économiques internationales*, Études offertes à B.Goldman, Litec 1982, p.48.

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ SUPIOT Alain, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz 2004, p.541, spéc.546, cité par JEANSEN Emeric, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail*, Economica, Recherches juridiques 2008, p. 357.

⁶⁷⁸ JEANSEN Emeric, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail*, Economica, Recherches juridiques, 2008, p.382

⁶⁷⁹ CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2004, p.20.

aussi « la pratique, la coutume, la jurisprudence, les recommandations, etc. »⁶⁸⁰. Emeric Jeansen renvoie également à Bernard Beigner qui affirme qu'un droit non sanctionné existe⁶⁸¹, ainsi qu'à Bruno Oppetit qui observe que :

« la juridicité ne peut pas être subordonnée à l'existence d'une sanction coercitive sous peine de se confondre avec la force : il est des règles non sanctionnées ou ineffectives, en droit international, en droit constitutionnel ou même en droit privé, qui restent des règles de droit (*leges imperfectae*), ce qui ne signifie pas pour autant, naturellement, que toutes les règles de conduite non sanctionnées sont juridiques »⁶⁸².

167. Emeric Jeansen conclut sa démonstration en s'appuyant sur les mots de Philippe Jestaz, qui indique que « la contrainte n'est donc pas inhérente à la règle de droit mais extérieure à elle »⁶⁸³. L'existence d'une sanction ou d'une contrainte, ne détermine donc pas nécessairement l'existence d'une règle de droit. En conséquence, affirmer que l'engagement volontaire n'est pas une règle de droit car non sanctionné procède d'un raisonnement erroné. En effet, bien que l'engagement volontaire - tel qu'il est appréhendé à travers les codes de conduite - ne soit pas le plus souvent assorti d'aucune possibilité de contrainte, il peut tout de même être considéré comme une règle de droit, en raison de sa capacité à guider les comportements, par son « effet de norme ». Toutefois, l'absence de possibilité de contraindre le débiteur d'un engagement volontaire en cas de manquement au respect de celui-ci, amène à conclure qu'il s'agit d'une règle de droit particulière. Cette règle permet de fixer le suivi d'un certain comportement mais elle n'est pas assortie d'une contrainte. Dès lors, l'absence de contrainte signifie-t-elle que l'engagement volontaire est exempt de toute force juridique ? Ce n'est pas le cas dans l'hypothèse où l'engagement volontaire peut être rattaché à la qualification d'une notion juridique dont le régime permet d'envisager l'application de la contrainte.

⁶⁸⁰ TERRE François, « Pitié pour les juristes ! », RTD civ. 2002, p.247, spéc. p.249 : à propos d'un passage de l'ouvrage de CANTO-SPERBER Monique, *L'inquiétude, morale et la vie humaine*, PUF, 2001, pp.100 à 102. François Terré commente : « 'Par ailleurs' - que veut dire cette expression ? - ' le droit est un ensemble d'articles et de règles accompagné de sanctions... '. Cette vision réductrice est inacceptable car le droit n'est pas seulement cela, et il s'en faut de beaucoup. Ne revenons pas sur le mot de sanction, disons seulement que le droit est aussi coutume, pratique, jurisprudence, recommandations, etc.».

⁶⁸¹ BEIGNER Bernard, *L'honneur et le droit*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 1995, spéc. p. 548.

⁶⁸² OPPETIT Bruno, « Le droit hors la loi », *Droits*, 1989, n°10, p.47, spéc. p.49.

⁶⁸³ JESTAZ Philippe, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, chron. XXXII, spéc. p. 200.

2. Qualifications de l'engagement volontaire à travers sa force juridique

168. « Volontaire ne signifie pas facultatif »⁶⁸⁴, envisageant l'obligation naturelle, François-Guy Trébulle s'interroge sur la « force du volontariat », et observe que : « l'originalité de la qualification [du volontariat en obligation naturelle] réside dans le fait que si l'on ne peut contraindre le débiteur d'une obligation naturelle à s'exécuter, en revanche, il n'est pas possible de revenir sur son exécution ; la démarche volontaire du débiteur qui s'exécute fait accéder l'obligation à la positivité juridique »⁶⁸⁵. En d'autres termes, l'engagement volontaire dans sa phase initiale d'élaboration ne comporte pas de sanction, mais aussitôt qu'il y a exécution et réception de cet engagement par une personne intéressée à faire assurer son respect, la possibilité d'une sanction apparaît. Aussi, plusieurs qualifications juridiques de l'engagement volontaire peuvent être proposées avec pour conséquence l'application du régime juridique y afférent. La méthode permettant de procéder à la qualification juridique exacte de l'engagement volontaire suppose de ne pas s'arrêter à la lettre du texte mais d'en saisir l'esprit : « pour cerner la nature réelle d'un document éthique, il est nécessaire de dépasser son intitulé et sa forme : seule doit primer l'analyse du contenu »⁶⁸⁶. La littérature juridique envisage tour à tour de rattacher l'engagement volontaire à la coutume, l'obligation naturelle, la convention ou encore le standard juridique (faute, dol, fraude, bonne foi)⁶⁸⁷. Il convient ainsi d'envisager l'engagement volontaire extracontractuel (a) ou contractuel (b).

a. L'engagement volontaire extracontractuel

169. Certaines qualifications doivent tout d'abord être écartées. C'est le cas des codes professionnels qui doivent être distingués des codes de conduite privés. En effet, les premiers appartiennent à des professions réglementées et sont l'expression du pouvoir

⁶⁸⁴ TRÉBULLE François-Guy, « Responsabilité sociale des entreprises (Entreprises et éthique environnementale) », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mars 2003 (actualisation juillet 2018), spéc. 22 : « Il faut dissiper une confusion qui pourrait naître du caractère volontaire de l'adhésion à une démarche de code de conduite ou de charte éthique. Comme l'ensemble de la démarche de « Responsabilité sociale des entreprises », une telle adhésion repose sur le volontariat. Il s'agit, pour l'entreprise, d'établir qu'elle est bien disposée à se soumettre à des contraintes plus strictes que celles résultant de règles légales. Mais volontaire ne signifie pas facultatif et, une fois que l'entreprise a manifesté sa volonté de se conformer à des règles dont elle a précisé le contenu, les tiers intéressés doivent pouvoir compter sur le respect de ses engagements. »

⁶⁸⁵ *Ibid.*, spéc. 49 ; v° l'article 1302 nouveau du code civil : « Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution. La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

⁶⁸⁶ DEUMIER Pascale, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », RTD civ. 2009, p.77.

⁶⁸⁷ Plusieurs auteurs envisagent ces qualifications, notamment : BOIZARD Maryline, « Les codes de conduite privé », in HERVÉ-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2008, p.147 ; TRÉBULLE François-Guy, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression – Considérations à partir de l'arrêt *Nike v/ Kasky* », *Revue des sociétés*, 2004, p.261 ; DESBARATS Isabelle, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion », JCP G n°9, 26 février 2003, I. 112.

normatif et disciplinaire attribué par le législateur à des ordres professionnels comme par exemple les professions libérales (architectes, médecins, avocats, ...) ⁶⁸⁸.

170. La coutume ne semble pas *a priori* convenir pour qualifier juridiquement les engagements volontaires. En effet, les deux conditions cumulatives nécessaires à l'existence d'une coutume ne semblent pas être réunies. Ni l'élément matériel qui consiste en un comportement répété, ni l'élément psychologique – *l'opinio juris* – qui consiste en la croyance en son caractère obligatoire, ne peuvent être réunis pour un engagement volontaire. Il serait difficile de prétendre que le volontarisme de l'entreprise, matérialisé par un engagement spontané, traduise nécessairement le sentiment qu'elle veuille se conformer à une pratique jugée obligatoire. Pour Maryline Boizard « la proposition implique de pouvoir démontrer que la règle [de conduite] est attendue d'une majorité du public ce qui ne sera pas systématique » ⁶⁸⁹. Dès lors, il est tentant de voir dans l'engagement volontaire l'expression d'un « usage », c'est-à-dire une pratique répétée mais non perçue comme obligatoire (absence d'*opinio juris*). Les primes versées par l'employeur qui constituent des gratifications présentant le caractère d'une libéralité à laquelle l'employeur peut mettre un terme quand il le souhaite, peuvent toutefois devenir obligatoires lorsque cet engagement volontaire revêt suffisamment de généralité, de fixité et de constance pour s'imposant aux parties au contrat de travail ⁶⁹⁰. Pour le Conseil d'État, la coutume comme l'usage, ont le caractère de règles de droit dur ⁶⁹¹, dès lors, il n'est pas à exclure que les engagements volontaires contenus dans un code de conduite se transforment en usage dont les salariés peuvent se prévaloir ⁶⁹². Emmanuel Dockès observe que dans l'usage d'entreprise : « il n'y a pas eu au départ d'engagement formel de l'employeur. Celui-ci n'a pas proclamé que, désormais, il appliquerait tel ou tel avantage, il ne l'a pas non plus consigné par écrit devant témoins. Il a simplement décidé de faire

⁶⁸⁸ V° BLIN-FRANCHOMME Marie-Pierre, DESBARATS Isabelle, JAZOTTES Gérard, VIDALENS Virginie, *Entreprise et développement durable – Approche juridique pour l'acteur économique du XXI^e siècle*, Lamy, Collection Axe Droit, 2011, p.115.

⁶⁸⁹ BOIZARD Maryline, préc., p.152

⁶⁹⁰ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc., v° *usage de l'entreprise* ; DESBARATS Isabelle, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », JCP E, 2 février 2006, p.1214, étude, spéc. p.11 : « Sans doute, qualifier « d'usage » un engagement éthique, le second acquérant la valeur contraignante du premier, paraît concevable si une telle pratique d'entreprise – matérialisée dans un code ou autre charte – traduit la volonté non équivoque de l'employeur de s'engager envers ses salariés et qu'elle remplit les conditions exigées en jurisprudence : constance, généralité et fixité. Si tel était le cas, c'est le régime, d'origine prétorienne, de l'usage qu'il faudrait appliquer aux engagements éthiques, tout spécialement en ce qui concerne leur éventuelle remise en cause. » ; v° CA Bordeaux, ch. soc., 5 sep. 2013, n°12/04199 : « Les primes constituent un accessoire du salaire, elles peuvent être prévues au contrat de travail ou par la convention collective. Elles peuvent également résulter d'un usage. Dans ce dernier cas, il appartient au salarié qui en réclame le paiement de prouver la réalité de cet usage en caractérisant sa généralité, sa constance et sa fixité. (...) le caractère général de cette prime c'est à dire son versement à l'ensemble du personnel ou à une catégorie de personnel n'est pas établi. Dès lors, la prime revendiquée s'analyse en une gratification présentant le caractère d'une libéralité à laquelle l'employeur peut mettre un terme quand il le souhaite... ».

⁶⁹¹ Conseil d'État, étude précitée, p.58 : « De même, les usages auxquels renvoient plusieurs dispositions du code civil, notamment l'article 1135 qui en fait un moyen auxiliaire de détermination du contenu du contrat (« *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage, ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.* »), ou ceux qui sont reconnus par la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de droit du travail, ont le caractère de règles de droit dur. ».

⁶⁹² DOCKÈS Emmanuel, « L'engagement unilatéral de l'employeur », Droit social, mars 1994, n°3, p.230 : à propos d'un usage défini comme résultant d'une pratique générale, constante et fixe, sur laquelle les intéressés étaient en droit de compter (Cass. soc. 16 novembre 1977, Bull civ., V, n°620).

bénéficier ses salariés d'un avantage et a appliqué sa décision. *A priori*, cette décision n'a pas de valeur obligatoire pour le futur. Ce n'est pas parce que l'employeur a versé une prime de vacances en 1993 que celle-ci est automatiquement due en 1994. Dans cette hypothèse, la preuve et même la réalité de l'engagement manquent. »⁶⁹³. A l'inverse, l'adoption d'un code de conduite formalise la réalité d'un engagement de l'entreprise et peut caractériser – comme le versement d'une prime peut constituer un usage obligatoire lorsqu'il est général, fixe et constant – un engagement volontaire dont le salarié peut se prévaloir en dehors du lien contractuel.

171. C'est davantage la qualification d'engagement unilatéral de volonté, c'est-à-dire la manifestation volontaire d'une personne de s'obliger envers une autre⁶⁹⁴ ou encore l'acte juridique unilatéral générateur d'obligations⁶⁹⁵, qui est retenue par les auteurs. L'un d'entre eux note qu'en « l'absence de dispositions légales spécifiques la jurisprudence a reconnu la force contraignante des engagements volontaires en matière civile [quasi-contrat et loteries publicitaires], commerciale [engagement purement moral de ne pas copier l'entreprise concurrente traduisant une volonté non-équivoque et délibérée de s'obliger], en droit du travail⁶⁹⁶, en droit des affaires, en droit de la concurrence ou en droit de la consommation », et d'observer que « le droit pénal n'est pas en reste »⁶⁹⁷. L'engagement volontaire qualifié d'acte unilatéral peut encore renvoyer à ce l'expression d'une reconnaissance de dette, laquelle ne serait pas nécessairement pécuniaire, mais envisagée comme morale, tel que le devoir de secours entre ascendant et descendant qui se traduit par une aide en nature ou matérielle⁶⁹⁸. En l'occurrence, dans l'engagement volontaire de l'entreprise, la dette prend la forme d'un engagement à une éventuelle action matérielle, par exemple l'engagement à planter un arbre pour x produits vendus⁶⁹⁹ ou à reverser 1% du prix à une association de protection de l'environnement. Cette dette ayant pour débiteur l'entreprise qui s'y est engagée et pour créancier le consommateur. Des effets juridiques de ces engagements unilatéraux de volonté peuvent ainsi naître et donner lieu, comme cela sera vu plus avant, à l'engagement de la responsabilité civile de l'entreprise.

⁶⁹³ DOCKÈS Emmanuel, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Droit social*, mars 1994, n°3, p.230.

⁶⁹⁴ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc., v° *engagement*

⁶⁹⁵ AUBERT Jean-Luc, GAUDEMET Sophie, « Engagement unilatéral de volonté », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2012 (actualisation juin 2013), n°4.

⁶⁹⁶ DOCKÈS Emmanuel, « L'engagement unilatéral de l'employeur », art. précité : à propos de plusieurs arrêts dans lesquels le juge a retenu la qualification « d'engagement unilatéral » et qui évoque pour l'auteur l'adage *tu patere legem quam fecisti* (subis les conséquences de ta propre loi). V. par exemple Cass soc. 13 oct. 1993 SA MIKO c./ Touya, *Droit social* 1993, p.966, « l'employeur n'ayant pas respecté la règle fixée par lui-même, selon laquelle, en cas de licenciement d'un cadre, l'entretien préalable aurait lieu au siège social, le salarié peut prétendre à des dommages-intérêts pour irrégularité de la procédure ». Ainsi, la Cour de cassation relève que l'employeur ne s'était pas conformé à ses propres directives et qu'il en était résulté pour le salarié un préjudice essentiellement moral qu'il y avait lieu de réparer.

⁶⁹⁷ LOBE LOBAS Madeleine, « L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale », *Environnement* n°3, mars 2014, étude, p. 4.

⁶⁹⁸ Article 203 à 211 du Code civil

⁶⁹⁹ V° par exemple la SAS Paintitgreen EcoTree [<https://ecotree.fr/>] qui propose l'achat d'arbre à des particuliers ou à des entreprises, Konica Minolta s'engage ainsi à acheter un arbre auprès de la SAS pour chaque nouvel équipement produit. La SAS Paintitgreen a bien voulu transmettre son objet social : « la société a pour objet la création de concepts innovants axés sur le développement durable notamment en matière de plantations forestières ».

b. L'engagement volontaire contractualisé

172. L'engagement volontaire peut-il être qualifié de contrat ? Notamment envisagée par Emeric Jeansen, l'hypothèse consiste à fusionner le code de conduite, l'engagement volontaire formalisé, à un contrat avec le « but de le faire bénéficier de la force obligatoire des contrats »⁷⁰⁰. André Sobczack observe que lorsque l'on intègre un code de conduite dans un support comme le contrat de sous-traitance, il bénéficie de la même force obligatoire que les autres clauses de ce contrat, et son non-respect peut donc être sanctionné par la résolution de celui-ci⁷⁰¹. Aussi, il est relevé une multiplication des obligations environnementales en droit des contrats, directement tournées vers l'impératif de protection de l'environnement ⁷⁰². Caractéristique d'un mouvement de « contractualisation du droit de l'environnement », Vanessa Monteillet, auteur d'une thèse sur ce sujet, indique que le contrat peut être comme un « cheval de Troie », vecteur de diffusion du droit de l'environnement par son potentiel normatif des relations inter-individuelles⁷⁰³.

173. De la même manière qu'en droit du travail, l'engagement volontaire de l'employeur contractualisé dans un contrat de travail, ne peut être dénoncé par celui-ci sans l'accord du salarié⁷⁰⁴. Cependant, lorsque l'engagement volontaire de l'employeur n'est pas intégré au contrat de travail, mais apparaît dans un code de conduite ou une charte éthique édictée par l'entreprise, un auteur remarque que ces engagements exercent une pression sur le salarié, entraînant pour celui-ci des « obligations implicites », afin qu'il se conforme au comportement attendu et de s'interroger sur l'existence d'obligations contractuelles augmentées pour le salarié⁷⁰⁵. Dans l'idéal, il est alors opportun que les salariés soient associés à l'élaboration desdits engagements volontaires, lors de la mise en place d'une démarche de RSE au sein de l'entreprise ⁷⁰⁶. Quand l'engagement volontaire est contractualisé, lorsque les parties confèrent à cet engagement volontaire le statut de norme contractuelle⁷⁰⁷, il permet de donner une véritable portée contraignante dont le non-respect constitue une faute et engage la responsabilité contractuelle des parties cocontractantes. Un salarié peut ainsi exiger le respect de la clause contractuelle – issue de l'engagement

⁷⁰⁰ JEANSEN Emeric, op. cit., p.387

⁷⁰¹ SOBCZACK André, « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis », Dr.soc. 2002, p.806, spéc.p.809 ; JEANSEN Emeric, op.cit., p. 387.

⁷⁰² HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », D., 2012, p.377. L'auteur prend ainsi l'exemple des clauses de garantie de passif environnemental ayant pour objet de répartir la charge du coût lié à la découverte d'une pollution.

⁷⁰³ MONTEILLET Vanessa, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Th., Montpellier, 2015, 891 p., spéc. p. 49

⁷⁰⁴ DESBARATS Isabelle, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », JCP Entreprises et affaires, n°5, 2 février 2006, p.1214 ; v.aussi TEISSIER Arnaud, « L'éthique, une norme de l'entreprise ? », Travail et protection sociale, 2000, chron. p. 6.

⁷⁰⁵ MEYER Francis, « La Responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ? », Le droit ouvrier, mai 2005, p. 192, doctrine.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p.192. F. Meyer regrette ainsi que les salariés sont les grands absents des processus de RSE déployés et décidés par les entreprises.

⁷⁰⁷ MONTEILLET Vanessa, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Th., Montpellier, 2015, p. 567.

volontaire – devant un juge. Dans ce cas, « la source contractuelle relaie efficacement le droit souple en le dotant d’une “impérativité” qui lui faisait défaut »⁷⁰⁸.

3. La libre intégration de la transition écologique par des engagements volontaires

174. Les codes de conduite adoptés par des entreprises soucieuses de s’engager dans une démarche de RSE et de transition écologique doivent-ils respecter un certain formalisme lors de leur adoption? La législation sur la RSE n’étant qu’à l’état embryonnaire, il n’existe *a priori* aucun formalisme imposé par la loi pour l’adoption d’engagement volontaire. Le principe en matière d’adoption d’engagements volontaires en matière de RSE relève donc encore d’un laissez-faire quand bien même l’on se serait questionné précédemment sur la juridicité de tels engagements. Il faut donc s’en référer pour l’instant aux libertés fondamentales (a) et au droit commun qui peut toutefois limiter la liberté d’adoption des engagements volontaires (b).

a. Le principe : la liberté d’adoption des engagements volontaires

175. L’engagement volontaire relève *a priori* de la liberté d’entreprendre tel que le Conseil constitutionnel a décidé d’en assurer la protection au même titre que les autres libertés fondamentales⁷⁰⁹. S’il a été précisé que la liberté d’entreprendre n’était ni générale, ni absolue et que celle-ci devait s’inscrire dans le cadre d’une réglementation instituée par la loi⁷¹⁰, les limitations apportées par la loi à la liberté d’entreprendre doivent être liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l’intérêt général, en lien direct avec l’objectif poursuivi⁷¹¹. A cet égard, l’article L225-102-1 du code de commerce⁷¹² impose à certaines sociétés, la publication d’un rapport annuel d’information, notamment sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ Conseil constitutionnel, Décision n°81-132 du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, qui fait découler la liberté d’entreprendre de l’article 4 de la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen de 1789 : « La liberté qui, aux termes des articles 4 de la Déclaration de 1789 consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ne saurait elle-même être préservée si des restrictions volontaires ou abusives étaient apportées à la liberté d’entreprendre ». Puis dans une formulation plus récente, Décision n°2000-439 DC du 16 janvier 2001, Loi relative à l’archéologie préventive : « Considérant qu’il est loisible au législateur d’apporter à la liberté d’entreprendre, qui découle de l’article 4 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l’intérêt général, à la condition qu’il n’en résulte pas d’atteintes disproportionnées au regard de l’objectif poursuivi ».

⁷¹⁰ Décision n°89-254 du 4 juillet 1989, Loi modifiant la loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d’application des privatisations.

⁷¹¹ Décision n°2000-439 du 16 janvier 2001, v. aussi pour un rappel du considérant de principe confirmé récemment dans une décision n°2013-317 QPC du 24 mai 2013 Syndicat français de l’industrie cimentière et autre [quantité minimale de matériaux en bois dans certaines constructions nouvelles].

⁷¹² Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite NRE. L’alinéa 4 de cet article dispose que le rapport annuel exigé: « comprend également des informations, dont la liste est fixée par décret en Conseil d’Etat, sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité. Le présent alinéa ne s’applique pas aux sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé. ».

Doivent par conséquent y figurer les engagements volontaires adoptés par l'entreprise en ce sens. Hormis cette exigence, aucune autre obligation n'est imposée aux entreprises dans l'adoption d'engagements volontaires. Aussi, l'adoption d'engagements volontaires par les entreprises relève de la liberté d'entreprendre sous réserve du respect des dispositions législatives particulières en la matière.

b. L'atténuation de cette liberté par les limitations du champ du règlement intérieur

176. L'adoption de codes éthiques ou de chartes de bonne conduite au sein de l'entreprise est le plus souvent à l'initiative du dirigeant social. L'adoption de tels instruments s'inscrit dans son pouvoir de direction par lequel celui-ci prend librement les décisions qui intéressent la marche de l'entreprise. Si ce pouvoir de direction permet d'apporter aux droits et libertés des salariés des restrictions qui peuvent être permanentes ou ponctuelles, elles doivent cependant être justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché⁷¹³. Comme a pu l'observer la direction générale du travail dans une circulaire relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur publiée le 19 novembre 2008⁷¹⁴ : « le pouvoir de direction s'exprime le plus souvent par des mesures réglementaires ou individuelles, au travers de divers documents : règlement intérieur, notes de service, contrat de travail et parfois, de manière plus récente, par des codes de conduite ou des chartes éthiques ». Or, il arrive que le code éthique contienne des dispositions qui relèvent du champ légal du règlement intérieur⁷¹⁵, sans que le formalisme afférent ne soit respecté⁷¹⁶. La circulaire précise ainsi que les dispositions des documents éthiques, lorsqu'elles relèvent du champ du règlement intérieur, doivent être soumises à consultation préalable du comité d'entreprise et, le cas échéant, au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

177. A l'inverse, lorsqu'aucune disposition ne relève du champ du règlement intérieur, la direction générale du travail indique que les engagements unilatéraux qui dépassent les obligations légales et réglementaires, comme des actions en faveur de l'environnement ou en faveur des salariés, « sont valables et les salariés de l'entreprise peuvent en revendiquer

⁷¹³ Article L. 1121-1 du code du travail.

⁷¹⁴ Direction générale du travail, Circulaire DGT n°2008-22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au charte. Pour une analyse de cette circulaire, v. DEUMIER Pascale, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagement éthiques », RTD civ. 2009, p.77 ; et aussi DE QUENAUDON René de et GOMEZ-MUSTEL Marie-José, « Bref commentaire de la circulaire DGT du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, Rev. trav., 2009, p.38.

⁷¹⁵ Article L.1321-1 et L.1321-2 du Code du travail (mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement ; conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement des conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité lorsqu'elle sont comprises ; les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions ; les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés).

⁷¹⁶ V° DESBARATS Isabelle, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », JCP Entreprise et affaires, n° 5, 2 février 2006, 121, étude, spéc. 13 et 14.

l'application à leur profit »⁷¹⁷. Enfin, si des dispositions du document éthique relèvent en partie seulement du champ du règlement intérieur, elles doivent être présentées au comité d'entreprise préalablement à sa mise en œuvre⁷¹⁸.

178. Si cette circulaire est la bienvenue au regard de la multiplication des engagements éthiques, les auteurs restent dubitatifs sur la précision de cette circulaire, en particulier sur son « manque d'homogénéité entre les développements au point que l'on a le sentiment d'une pluralité de rédacteurs ayant travaillé sans se concerter »⁷¹⁹. Ainsi, une question reste entière, celle problématique du « tracé de la frontière entre le disciplinaire et l'éthique, frontière qui délimite un terrain mouvant, celui du pouvoir normatif de l'employeur lorsqu'il prétend s'exprimer hors du règlement intérieur »⁷²⁰. Pourtant, loin d'ignorer la prolifération des chartes éthiques au sein des entreprises, le juge n'hésite pas à « assujettir ces instruments à une discipline juridique au nom des droits fondamentaux et d'assurer un effet utile aux dispositions qui fondent tout ou partie de leur légitimité. »⁷²¹.

179. *In fine*, s'il n'existe pas de formalisme spécifique à l'élaboration des engagements volontaires dans des documents éthiques, le dirigeant social doit veiller à respecter la frontière qui délimite l'éthique du disciplinaire. Le risque étant, lorsqu'elle est franchie, de ne pas avoir respecté le formalisme imposé par la loi lorsque le document éthique contient des dispositions qui relèvent du champ de l'article L1321-1 du code du travail, notamment relatives à la discipline et aux sanctions encourues. Par exemple en matière déontologique, l'acceptation ou le refus de cadeau et l'utilisation de biens de l'entreprise à des fins personnelles, relèvent du champ du règlement intérieur et seront contrôlées à ce titre par l'inspecteur du travail⁷²².

180. Dans cette première section, il a été vu que l'instrument de mise en place d'une démarche de responsabilité sociétale et environnementale repose sur l'adoption d'un engagement volontaire dont l'adoption est libre en principe. Une définition et sa nature juridique ont pu être précisées. Or, quand l'entreprise souhaite produire des « effets de normes », c'est-à-dire s'engager par exemple pour la protection de l'environnement en modifiant certaines pratiques dans ses activités, l'engagement volontaire peut éventuellement aboutir à des « effets de droit ». Ainsi, une fois les contours de l'engagement volontaire précisés, il s'agit d'aborder la question de la transformation –

⁷¹⁷ Circulaire précitée du 19 novembre 2008, p.11. Si nécessaire, il appartient aux inspecteurs et contrôleurs du travail, après avoir pris connaissance du contenu de ces documents et du régime de mise en place dans l'entreprise qui leur est en conséquence applicable, de rappeler aux employeurs leurs obligations en la matière.

⁷¹⁸ Circulaire précitée DGT n°2008-22 du 19 novembre 2008, p.11. La présentation du document éthique au comité d'entreprise (aujourd'hui comité social et économique) permet à cette instance d'émettre un avis relatif aux dispositions ajoutées au règlement intérieur au titre de sa compétence tirée de l'article L1321-4 du code du travail.

⁷¹⁹ QUENAUDON René de, GOMEZ-MUSTEL Marie-José, « Bref commentaire de la circulaire... », précité, p.38

⁷²⁰ DEUMIER Pascale, « Chartes et codes ... », préc., p. 77.

⁷²¹ MEYRAT Isabelle, « Les chartes éthiques sous contrôle du juge », Semaine Sociale Lamy, 2010, p. 1459, supplément, à propos de l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation n°08-17.191, P+B+R+I, du 8 décembre 2008, relatif au Code of Business Conduct qu'avait adopté la société Dassault Systemes pour la mise en place d'un dispositif d'alerte jugé illicite, ainsi que des règles de conduite à l'égard des salariés qui constituaient une atteinte à la liberté d'expression.

⁷²² Circulaire précitée DGT n°2008-22 du 19 novembre 2008.

improprement qualifiée *novation*⁷²³ – d'un engagement volontaire, obligation juridique imparfaite car dépourvue d'action⁷²⁴, en une obligation juridiquement contraignante, permettant éventuellement d'obtenir sa sanction par l'introduction d'une action en responsabilité civile ou pénale. La responsabilité sociétale et environnementale peut par conséquent se transformer en une responsabilité juridique ou bien conduire à d'importantes conséquences économiques et sociales pour l'entreprise, surtout s'il s'agit d'une PME qui est d'autant plus exposée à ces risques car elle entretient des relations plus étroites avec ses parties prenantes.

⁷²³ SAVIGNY, *Le droit des obligations*, Paris, Auguste Durand, trad. par C. Gérardin et P. Jozon, 1863, t.1er, p. 184 : « La novation est un véritable équivalent du paiement [extinction de la créance par une autre voie] : c'est l'extinction de la créance primitive par la substitution d'une nouvelle créance. ». Peu importe dit Savigny que la créance primitive soit ou non pourvue d'action (SAVIGNY, préc., p.65 : « Toute obligation peut être éteinte, lorsque dans cette intention on met à sa place une autre obligation (...) Cette transformation suppose, pour sa complète efficacité, une première obligation juridiquement valable : mais celle-ci peut être aussi bien une obligation dépourvue d'action. ». En matière de RSE, à supposer que l'on écarte l'intention de mettre en place une autre obligation par l'entreprise (l'art. 1330 que la novation ne se présume pas et doit clairement émaner de l'acte) mais que cette intention découle du créancier, c'est-à-dire du bénéficiaire de l'engagement volontaire, l'hypothèse est celle de l'engagement volontaire considérée comme une obligation juridique de moindre intensité, ou obligation imparfaite, se transforme en une obligation parfaite, civile, dont le respect peut être demandé par l'introduction d'une action devant le juge civil. ; v° Cass. civ. 1ère, 10 octobre 1995, n° 93-20300, D. 1997, p.155 : « la transformation - improprement qualifiée novation - d'une obligation naturelle en obligation civile, laquelle repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle, n'exige pas qu'une obligation civile ait elle-même préexisté à celle-ci ».

⁷²⁴ V° SAVIGNY Friedrich Carl de, *Le droit des obligations*, préc., p. 47 : « Au point de vue du caractère et du degré d'efficacité, il faut distinguer les obligations pourvues et celles dépourvues d'action (*civiles et naturelles*) ».

Section 2 L'émergence de conséquences juridiques

181. Si l'entreprise répond de ses activités devant la législation en vigueur, et le cas échéant devant un juge, pour le cas d'une responsabilité juridique, devant qui répond-t-elle de ses engagements volontaires adoptés ? N'existe-t-il pas dans certains cas, un « cynisme d'entreprise »⁷²⁵ à énoncer des engagements responsables pour aussitôt opposer l'argument selon lequel il ne s'agit pas de droit ? Face à cet éventuel double discours, l'entreprise peut voir sa responsabilité juridique recherchée

182. Adopter un engagement, même volontaire, n'est pas anodin. Le but recherché par l'adoption d'un engagement volontaire en matière de RSE, est généralement l'orientation informelle des activités de l'entreprise vers la prise en compte du développement durable. L'entreprise recherche ainsi un « effet de norme », une autorégulation des comportements, elle entend mettre en place un « système de contrainte morale insusceptible de sanction judiciaire »⁷²⁶. Or, contrairement à cette volonté de s'autoréguler en échappant au droit, l'engagement volontaire peut emporter un « effet de droit », un effet juridique, dont une partie prenante de l'entreprise peut se prévaloir devant un juge pour engager la responsabilité de celle-ci. Le problème tient dans ce que l'engagement volontaire ne correspond pas exactement à la notion d'acte juridique. S'il existe bien une manifestation de volonté, l'entreprise ne recherche pas par ce biais, la création d'effet juridique. Pour le professeur François-Guy Trébulle, « l'une des clés du succès de la démarche de la responsabilité sociale des entreprises serait précisément que celle-ci se situerait en dehors du droit. Pour autant il n'est pas possible d'accepter le discours selon lequel on pourrait souscrire des engagements qui n'engagent pas, adhérer à un système de responsabilité qui ne soit pas juridiquement sanctionné »⁷²⁷. L'auteur estime que les engagements d'une démarche RSE doivent pouvoir être pris en compte « pour apprécier la responsabilité civile des entreprises qui s'y soumettent, soit en fournissant des éléments d'appréciation de la responsabilité, soit en permettant de consacrer de nouvelles obligations civiles. »⁷²⁸. Dans la littérature juridique, la plupart des auteurs refusent ainsi de voir dans l'engagement volontaire un « non-engagement ». En résumé, on doit pouvoir déceler dans l'engagement volontaire un minimum d'intention juridique ou bien l'entreprise doit s'abstenir d'affirmer de telles intentions. Pour Emmanuel Dockès, cela revient à retenir l'adage *tu patere legem quam fecisti*, subis les conséquences de ta propre loi⁷²⁹.

183. Les grandes entreprises possèdent des juristes chargés de peser chaque mot dans les engagements volontaires pour qu'ils ne pèsent rien, c'est-à-dire pour que les dispositions

⁷²⁵ RODA Jean-Christophe, « Cynisme d'entreprises », Gaz. Pal., n°30, 11 septembre 2018, p. 3.

⁷²⁶ JEANSEN Emeric, « L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail », Recherches juridiques, *Économica*, 2008, p.374. V. aussi sur « l'autorégulation », DELMAS-MARTY Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, éd. Seuil, 1998, p.73

⁷²⁷ TRÉBULLE François-Guy., « Responsabilité sociale des entreprises (Entreprises et éthique environnementale) », Dalloz, Répertoire de droit des sociétés, mars 2003 (mis à jour : juillet 2018), point 35.

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ DOCKÈS Emmanuel, « L'engagement unilatéral de l'employeur », art. préc.

d'un engagement volontaire d'un document éthique, d'un code de conduite n'emportent aucun effet juridique. A l'inverse, il convient de mettre en garde les PME – qui ne possèdent pas forcément ces ressources –, des éventuelles conséquences entraînées par un engagement volontaire. D'une part, l'une de ces conséquences peut consister en la recherche d'une responsabilité juridique sur le fondement de l'effet de droit créé par l'engagement volontaire). D'autre part, en l'absence d'effet juridique, ou par cumul avec la responsabilité juridique, l'engagement volontaire peut tout de même conduire à l'engagement d'une forme particulière de « responsabilité » en dehors de toute procédure judiciaire. Traduite par la menace et/ou l'exercice d'une pression sociale ou économique sur l'entreprise, différents acteurs, parties prenantes, ou « autorités privées »⁷³⁰ peuvent alors rechercher la « responsabilité extra-judiciaire » de l'entreprise, notamment par des modes alternatifs de règlement des litiges (I).

I. La sanction de l'engagement volontaire par la recherche de responsabilité

184. Intégrer des préoccupations socio-environnementales de manière volontaire dans le fonctionnement d'une entreprise est louable, cependant, tout aussi honorable que soit cet acte, la responsabilité d'une entreprise peut être recherchée lorsqu'elle ne répond pas à « l'obligation »⁷³¹ précise contenue dans l'engagement volontaire. Cette responsabilité juridique ou socio-économique, peut être recherchée suite au constat d'une « distorsion » entre les valeurs et principes énoncés dans ledit engagement, les informations communiquées et les pratiques réellement constatées..

185. La sanction peut venir de l'engagement de la responsabilité juridique de l'entreprise. Une personne physique ou morale (salarié, associé, association, sous-traitant, société concurrente, établissement public industriel et commercial, collectivité territoriale ou autre tiers intéressé peut engager une action en responsabilité devant le juge civil. S'agissant de l'hypothèse d'une responsabilité pénale, l'entreprise peut voir sa responsabilité lorsque, par son engagement volontaire, au lieu de respecter la loi et d'en dépasser ses exigences en vue d'intégrer par exemple des mesures de protection de l'environnement, elle commettrait, au contraire, une infraction. L'exigence de sécurité juridique pour une entreprise nécessite donc de connaître les hypothèses qui donnent lieu à la naissance d'une responsabilité. En effet, si la volonté première de l'entreprise est d'adopter un comportement plus responsable dans ses activités, il ne peut être exclu que l'engagement volontaire soit pourvu d'effet juridique et amène à une mise en cause de sa responsabilité devant le juge. La PME en transition écologique doit ainsi veiller à

⁷³⁰ L'expression « d'autorité privée » est employée par LEROUX Emmanuel, « Sanctions économiques ou comment faire des acteurs du marché des militants RSE », in MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René de (dir.), *La RSE saisie par le droit, Perspectives interne et internationale*, colloque, Université de Strasbourg, 6-7 avril 2016, également publié aux éditions A. Pédone, 2015 : « ces diverses autorités privées, qui peuvent être des investisseurs, des consommateurs ou encore des ONG, sanctionnent les entreprises au vu des informations extra-financières produites ».

⁷³¹ Au sens d'obligation imparfaite dépourvue de contrainte et d'action.

n'adopter que des engagements réalistes et conformes à ses pratiques, sans quoi elle court un risque juridique d'engagement de sa responsabilité. L'entreprise peut engager sa responsabilité civile contractuelle selon qu'elle soit liée par un lien contractuel. Dans le cas contraire, sa responsabilité peut être recherchée sur le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle et de la responsabilité pénale (A). Au-delà, d'autres formes de sanctions permettent d'amener l'entreprise à répondre du non-respect de son engagement volontaire, notamment à travers les modes alternatifs de règlement des litiges et la responsabilité extra-juridique et socio-économique qui peut s'avérer dissuasive pour l'entreprise (B).

A. Une possible responsabilité juridique

186. Différentes personnes peuvent être amenées à engager la responsabilité juridique d'une entreprise. Selon que l'entreprise soit liée par un lien contractuel, cette responsabilité peut être une responsabilité civile contractuelle (1). En son absence, la responsabilité civile délictuelle ou la responsabilité pénale peuvent être soulevées (2)

1. La responsabilité civile contractuelle

187. Ainsi qu'envisagé précédemment, le fait de donner une nature contractuelle à des dispositions d'un code de conduite, d'une charte éthique ou d'un guide RSE aurait pour conséquence de les revêtir de la force obligatoire du contrat. Dans l'hypothèse où leur non-respect porterait atteinte à un intérêt protégé, deux situations peuvent se présenter selon que l'action en responsabilité civile contractuelle est engagée par un associé de la société, tenu d'un devoir de non-indifférence (a), ou selon que l'auteur du recours soit une partie constituante⁷³² de la société tel qu'un salarié ou une partie prenante contractante d'une autre nature, tel un client ou un fournisseur⁷³³ (b).

a. Le devoir de non-indifférence de l'associé

188. La sanction du non-respect d'un engagement volontaire peut provenir des associés à travers l'exercice d'une action sociale *ut singuli* lorsque le gérant – par la méconnaissance d'un engagement volontaire – porte atteinte à l'intérêt social de la société⁷³⁴. Encore faut-il

⁷³² V. CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », Revue de droit du travail, 2018, p.107, sur la distinction entre partie prenante (possibilité d'être affecté par l'entreprise ou détention d'un droit ou d'un intérêt sur celle-ci) et partie constituante (personne s'investissant dans la société tel l'associé, l'investisseur et le salarié).

⁷³³ DESBARATS Isabelle, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », JCP E, n° 5, 2 février 2006, p. 121, étude.

⁷³⁴ L'article 1843-5 du Code civil prévoit qu'« un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société ; en cas de condamnation, les dommages-intérêts sont alloués à la société ».

que les associés ne se montrent pas indifférents à la gestion de l'entreprise⁷³⁵. Parlant « d'indifférence des actionnaires »⁷³⁶, Ripert affirme que les associés préfèrent « le despote éclairé qui les enrichira par une habile gestion » à une gestion organisée de leurs intérêts et de leurs « droits contre la société »⁷³⁷. L'auteur observe ainsi, de manière quelque peu provocatrice, que l'actionnaire a un rôle limité dans le mécanisme des sociétés par action. Ce rôle se résumerait ainsi, à l'apport des biens ou d'argent qui a permis la création de l'entreprise et l'actionnaire pourrait être qualifié, de manière réductrice, de « porteur de titre »⁷³⁸. Sans doute cette vision est réductrice et nous pouvons espérer que l'actionnaire ne présente pas une telle indifférence. En effet, quand bien même la gestion de la société s'effectuerait conformément à l'objet social statutaire, il ne peut être exclu que le dirigeant gère l'entreprise en contradiction avec les engagements volontaires adoptés et affecte par conséquent, non seulement l'intérêt de la société – l'intérêt social⁷³⁹ – mais également

⁷³⁵ RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, p.101, à propos des rapports communiqués à l'assemblée générale des associés, l'auteur observe que : « Rapport du conseil, rapports des commissaires, on a beau multiplier les rapports et en préciser l'objet ; le plus souvent c'est une lecture rapide de chiffres faite dans l'indifférence de l'assemblée. Les actionnaires sont résignés à ne rien comprendre, à ne rien savoir. Ils se fient aux administrateurs. Le régime démocratique des sociétés aboutit au triomphe d'une petite minorité de capitalistes. Cette démocratie s'achève en ploutocratie. ». Néanmoins, l'auteur vise avant tout les sociétés de capitaux et renvoi à la thèse de LACHMANN, *De la transformation de la société anonyme moderne*, thèse, Grenoble, 1936, qui distingue deux groupes d'actionnaires : les actionnaires permanents et les actionnaires nomades.

⁷³⁶ *Ibid.*, pp. 102-103: « Pourquoi les actionnaires viendraient-ils à l'assemblée ? Il faudrait, pour les y attirer, la passion éventuelle des débats. Or la discussion est rare. Le plus souvent, des rapports discrets ne donnent sur les affaires sociales qu'un minimum de renseignements. (...) Les commissaires se bornent à dire que les contrats passés avec les administrateurs ont été réguliers sans indiquer leur objet. Ils sont écoutés dans l'indifférence. Il faudrait beaucoup d'expérience pour les discuter. Personne ne s'y risque. »; CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9^eéd., 2011, v° *actionnaire* : « nom donné, dans une société par actions, à l'associé propriétaire d'une ou plusieurs actions dont la responsabilité est limitée au montant de son apport. Ex. dans une société en commandite par actions, le commanditaire est un actionnaire. ».

⁷³⁷ *Ibid.*, pp.105-106 : « l'actionnaire a un droit *contre* la société et non un droit *dans* la société. (...) il a apporté des biens et il est créancier à raison de son apport, dont il n'a plus la propriété. (...) Les actionnaires ont donné leur sang pour créer l'être nouveau ; cet être ne leur appartient pas plus que l'enfant n'est la propriété de son père. L'apport du capital est définitif ; il est remplacé par un droit contre la société. ».

⁷³⁸ *Ibid.*, op. cit. pp. 108-109 : « Sans doute leur apport est utile et cette utilité mérite une rémunération ; le risque existe et un bénéfice légitime en est la contrepartie. Mais il ne pas pour autant considérer avec une faveur attendrie les petits actionnaires apportant leur épargne et créant l'entreprise. Les actionnaires ne sont pas les maîtres de ma société. Ils ne tiennent pas à l'être. Ils se considèrent seulement comme ses créancier, dociles ou furieux, suivant la marche des affaires sociales, des moutons ou des tigres, dit irrévérencieusement un auteur belge, mais toujours des bêtes. Disons plus poliment des indifférents, des passants. Pour tous les sociétés dont les titres sont cotés les associés ne sont que des porteurs de titres. ».

⁷³⁹ Association française des entreprises privées, Conseil national du patronat français, Le conseil d'administration des sociétés cotées, Rapport du groupe de travail dit « VIENOT », juillet 1995, accessible en ligne : http://www.ecgi.org/codes/documents/vienot1_fr.pdf , Le rapport considère que : « Dans les pays anglo-saxons, l'accent est principalement mis sur l'objectif de maximisation rapide de la valeur de l'action, alors que, sur le continent européen et en particulier en France, il est plutôt mis sur l'intérêt social de l'entreprise. Il s'agit là de nuances plutôt que de conceptions absolument différentes : l'intérêt social ne saurait bien entendu pas conduire à méconnaître le marché, régulateur de la vie économique, mais il est le pôle vers lequel les dirigeants sociaux et tous les administrateurs doivent orienter leur conduite et qui leur impose de respecter en toutes circonstances un intérêt plus large que les leurs propres. *L'intérêt social* [nous soulignons] peut ainsi se définir 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 correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise. Le comité considère que l'action des administrateurs doit être inspiré par le seul souci de l'intérêt de la société concernée ». Pour PAILLUSSEAU Jean, « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », LPA, 19 juin 1996, n° 74, p.17, spéc. 64 : « La formulation de cette définition de l'intérêt social en termes négatifs peut susciter une certaine ironie dans la mesure où elle peut apparaître comme le moyen pour les dirigeants sociaux de n'avoir de compte à rendre à personne. Mais elle est profondément exacte dès lors qu'elle exprime la réalité des intérêts de l'entreprise et de la société ».

l'intérêt de tiers. Cette hypothèse renvoie à la *doctrine de l'entreprise*⁷⁴⁰ et à la théorie des parties prenantes -ou *stakeholders theory*⁷⁴¹- qui assimilent l'intérêt social à l'intérêt de l'entreprise. L'associé y est amené à remplir un devoir moral à exercer les *droits* qu'il possède en sa qualité d'actionnaire. Aussi, si l'entreprise se reconnaît le devoir moral d'adopter des engagements volontaires, il peut être attendu de l'associé qu'il en assure leur respect tout au long de la vie de la société. Pour les professeurs Paul Le Cannu et Bruno Dondero, « il existe à la charge de chaque associé deux types d'obligations générales : à l'égard de la société, une obligation de respecter l'intérêt social, à l'égard des autres associés, une obligation de loyauté. Ces deux sortes d'obligations sont généralement combinées, à tel point que certains auteurs pensent qu'elles n'en forment qu'une seule. »⁷⁴². Ces auteurs observent que l'*affectio societatis* nécessaire lors de la création de la société se retrouve également en cours de la vie sociale puisque « les associés sont tenus de faire preuve de discipline collective »⁷⁴³. Les associés sont donc chacun d'eux, garants de l'intérêt social et dans ce sens, ils doivent veiller à adopter « un comportement raisonnable », « une sorte de standard analogue au bon père de famille dans les rapports des associés entre eux (dans toutes les sociétés plurales), et dans les rapports de chaque associé avec la société. »⁷⁴⁴. La jurisprudence souligne ainsi qu'il ne peut y avoir de contrat de société si le concours des associés à la gestion, le pouvoir de contrôle et de critique, la participation à l'administration de la société, tous actes qui sont la matérialisation de l'*affectio societatis* font défaut⁷⁴⁵. Cette exigence doit « durer aussi longtemps que la société »⁷⁴⁶ existe. Le rôle de l'actionnaire dans la société ne se résume donc pas seulement à être un « porteur de titre » selon la formule employée par Ripert. L'actionnaire devrait se comporter comme une personne active, comme un actionnaire non-indifférent à la vie de la société⁷⁴⁷. Aussi, les associés d'une PME, porteurs de parts sociales, doivent veiller à ce que la société respecte l'engagement volontaire qu'ils auront contribué à adopter, soit par une délibération collective, soit par la suite d'un acte de gestion du mandataire social.

189. Cette nécessité d'adopter un comportement actif pour l'associé est traduite par l'exigence d'exécution de bonne foi des conventions et le devoir de loyauté qui lui est

⁷⁴⁰ V° PAILLUSSEAU Jean, « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », LPA, 19 juin 1996, n° 74, p.17, spéc. 61 : « Les actionnaires financent l'entreprise, ils doivent percevoir un « retour sur investissement », on ne concevrait pas qu'il puisse en être autrement. Il est évident encore, et personne ne le conteste sérieusement, qu'en raison de cette fonction économique, et de l'initiative d'investissement qu'ils prennent au risque de perdre leurs capitaux, ils détiennent le pouvoir de choisir et de révoquer les dirigeants. Mais, doit-on en conclure que les autres intérêts ne peuvent pas être pris en considération ? Le personnel, par exemple, n'a-t-il aucun intérêt digne d'être pris en considération par le droit des sociétés ? ».

⁷⁴¹ TRÉBULLE François-Guy, « Stakeholders theory et droit des sociétés », BJS, 1^{er} décembre 2006, n°12, p.1337, spéc. 2 : selon l'auteur, la théorie des parties prenantes « invite à s'intéresser à toute personne qui subit les conséquences de l'activité de l'entreprise et dont l'action peut avoir un effet sur elle ».

⁷⁴² LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd°, LGDJ, 2018, p.132, spéc. 155.

⁷⁴³ *Ibid*, spéc. 147.

⁷⁴⁴ *Ibid*.

⁷⁴⁵ CA Paris, 11 juillet 1951 : Rec. Sirey 1953. 2. 81, note Dalsace

⁷⁴⁶ TGI Paris, 14 mars 1973 : Revue des sociétés, 1974. 92, note Guilberteau ; Gaz. Pal. 1973. 2. 912, note Peisse.

⁷⁴⁷ RIPERT Georges, op. cit. pp. 108-109

associé⁷⁴⁸. Le devoir de loyauté de l'associé comprend classiquement une obligation implicite de non-concurrence, le devoir de contribuer au financement de sa société ou encore le « devoir de la minorité en assemblée de ne pas abuser de son pouvoir d'obstruction lorsqu'elle compromet de ce fait le fonctionnement de la société et nuit à l'intérêt social »⁷⁴⁹. Nous écarterons volontairement les droits de l'actionnaire, notamment illustrés à travers le droit de vote et les abus de majorité ou de minorité qui peuvent en découler ou l'obligation de non-concurrence de l'associé, au regard de la littérature et de la jurisprudence qui ont largement eu l'occasion de se prononcer sur ce point⁷⁵⁰. Cela nous permettra de nous concentrer davantage sur les devoirs de l'actionnaire au sein d'une entreprise engagée dans une démarche de responsabilité sociétale et environnementale.

190. C'est précisément la terminologie des « devoirs de l'actionnaire » qui a été employée dans de récents travaux lors d'un colloque consacré à ce sujet⁷⁵¹. Dans ses propos introductifs, le professeur Le Nabasque observe le basculement de la perception de l'actionnaire, ce dernier étant jusqu'à présent davantage évoqué à travers ses droits plutôt qu'à travers ses devoirs. Le devoir de l'actionnaire serait d'abord moral, entendu comme « un devoir que l'on s'imposerait à soi-même »⁷⁵², soit de la même manière que l'entreprise s'impose à elle-même l'adoption d'un engagement volontaire. Outre les devoirs dont l'exercice est libre comme le devoir de voter⁷⁵³, les devoirs de l'actionnaire dans le domaine de la RSE sont considérés comme particuliers, comme l'expose le professeur Trébulle : « si les actionnaires sont assez peu envisagés sous l'angle des devoirs, c'est logiquement parce qu'ils occupent une place singulière, n'étant pas directement les opérateurs de la gestion de l'entreprise ; ils sont néanmoins les titulaires du principe du pouvoir et ceci ne peut être sans conséquence. Ce sont bien eux qui par leurs votes expriment les orientations que la direction va devoir suivre, qui valident – ou non- des options structurantes. »⁷⁵⁴. Au soutien de son exposé, l'auteur s'inspire des quatre vertus cardinales -empruntées à Platon et reprises par l'Eglise catholique- pour identifier les devoirs des actionnaires que sont la prudence, la force d'âme au sens de courage, la tempérance et la justice. Sans entrer dans les détails de chaque vertu, les propositions de l'auteur se résument ainsi ; pour le devoir de prudence, il s'agit d'adopter un devoir de vigilance s'agissant des informations dont l'actionnaire aura eu connaissance et pour

⁷⁴⁸ Article 1134 et article 1833 du code civil

⁷⁴⁹ LE NABASQUE Hervé, « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires - Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTD com. 1999, p. 273.

⁷⁵⁰ Pour un aperçu sur cette question v° LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd°, LGDJ, 2018, pp.107-117 ; v. également TERRIER Georges, « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés – le devoir de loyauté des actionnaires », in Association droit et commerce, *Devoirs de l'actionnaire*, 41^{ème} colloque, 8 et 9 avril 2016, Deauville, Gazette du Palais, 6 juin 2016, Hors série, pp. 24-30.

⁷⁵¹ Association droit et commerce, *Devoirs de l'actionnaire*, 41^{ème} colloque, 8 et 9 avril 2016, Deauville, Gazette du Palais, 6 juin 2016, Hors série.

⁷⁵² *Ibid* ; LE NABASQUE Hervé, « Propos introductifs », *ibid*, p.6

⁷⁵³ NUSSENBAUM Maurice, « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés – Le devoir de voter de l'actionnaire : le devoir de voter et les droits de vote double », in Association droit et commerce, précité, pp. 31-35 ; et SAYER Patrick, « Le devoir de voter de l'actionnaire : droit ou obligation ? », *ibid.*, pp. 36-39.

⁷⁵⁴ TRÉBULLE François-Guy, « La responsabilité sociale et environnementale (RSE) des entreprises », in Association droit et commerce, précité, p. 56.

lesquelles il devra en tirer les conséquences; pour le devoir de tempérance, il s'agit pour l'actionnaire de rechercher une mesure, un équilibre, soit un devoir de non-indifférence au coût social, environnemental ou en termes de droits fondamentaux de certaines options retenues par l'entreprise ; pour le devoir de justice qui doit être rapproché de la maxime *suum cuique tribuere*, il s'agit d'un devoir de loyauté et d'un devoir de cohérence qui implique que l'actionnaire ne pose pas d'exigences contradictoires à la société ; enfin l'actionnaire doit remplir un devoir de force, entendu au sens du courage qu'il devra présenter pour s'affirmer, assumer sa position et ses décisions⁷⁵⁵.

191. En réalité, l'auteur indique que « le premier devoir de l'actionnaire est peut-être tout simplement de veiller à l'intérêt social et, partant de ne pas agir contre celui-ci tant qu'il a la qualité d'actionnaire »⁷⁵⁶. Selon son analyse, l'exercice de devoir de l'actionnaire se concrétise par un « devoir d'agir », un « activisme actionnarial » qui peut conduire à faire du droit de vote ou de la menace de son exercice une véritable arme⁷⁵⁷. Par exemple, « 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 »⁷⁵⁸. Toutefois, d'aucuns pourraient s'interroger sur l'application effective de ces devoirs d'origine morale, et c'est davantage la portée juridique du non-exercice de ces devoirs qui présente un intérêt dans l'analyse du professeur François-Guy Trébulle. Il souligne en effet que « l'identification des devoirs de l'actionnaire va déboucher sur une relecture de leurs obligations et de ce qui peut être légitimement leur être demandé » et que, par analogie avec les « abus dont les actionnaires peuvent se rendre coupables », l'exercice insuffisant des devoirs de l'actionnaire peut conduire à la qualification de faute et à l'engagement de sa responsabilité⁷⁵⁹. Aussi, pour se prémunir de toute recherche de responsabilité, l'actionnaire a tout intérêt à ne pas se montrer indifférent à la gestion de la

⁷⁵⁵ *Ibid.*, pp. 56-57.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 60.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 61.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 58.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 58, François-Guy Trébulle envisage par exemple le vote par les actionnaires d'une distribution de dividendes alors que la société connaît un contexte difficile. V° à ce titre en Partie 2 la question des dividendes fictifs.

société à travers son « engagement » notamment par des questions écrites⁷⁶⁰ pour prévenir tout comportement contraire aux engagements de la société et à son intérêt social⁷⁶¹. Dans le sens de cet « activisme actionnarial » l'auteur envisage encore un « devoir de partir », un devoir moins juridique que politique, lorsque l'actionnaire serait en désaccord avec les activités menées par l'entreprise⁷⁶², ce qui renvoie notamment au domaine de l'investissement socialement responsable⁷⁶³.

192. Enfin, le devoir de l'actionnaire est encore de s'assurer que les dirigeants de la société ne commettent pas de faute qui aurait pour origine une violation de la loi, une violation des clauses statutaires, une faute de gestion⁷⁶⁴ ou encore un défaut du devoir de loyauté⁷⁶⁵. Le cas échéant, il appartiendra à l'actionnaire de rechercher la responsabilité des dirigeants pour obtenir la réparation du préjudice subi par la société à travers l'action *ut singuli*⁷⁶⁶ ou par une action individuelle dans le cas d'un préjudice subi personnellement et

⁷⁶⁰ CA Paris, 19 déc. 2013, n°12/22644, A. c/ SA W., à propos des question écrites des actionnaire : « 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'action 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. W., société cotée ne peut ignorer ces pratiques actionnariales qui sont aujourd'hui « normales », c'est à dire naturelles aux Etats Unis et dans les pays du Nord de l'Europe, même si elles restent discrètes ou ponctuelles en France et plus encore dans les entreprises d'origine familiale (...). Cette nouvelle dimension ne figure pas encore dans la loi (hard law) mais, s'agissant de sociétés cotées sur les marchés internationaux, elle a pénétré dans les exigences des régulateurs de marché (soft law) et s'inscrit dorénavant de plus en plus dans les règles de bonne conduite de l'AMF. (...). Ainsi, les obligations d'information à la charge des sociétés ont profondément évolué pour faire en sorte que la société « boîte noire » devienne une « boîte de verre », soumise aux contraintes des marchés qui postulent plus d'informations, à la fois en quantité et en nature, et dans un délai raccourci. Cela se traduit par une obligation de l'entreprise de rendre des comptes à la collectivité dans laquelle elle s'insère comme aux actionnaires qui la portent, via une obligation d'information financière et extra financière renforcée, de tout ce qui la concerne non seulement au plan purement patrimonial ou financier mais plus largement de tout ce qui impacte ces données.», Rev. Sociétés 2014, p.306, note VIANDIER Alain ; JCP E 2015, 1085, spéc. n°2.

⁷⁶¹ MAGNIER Véronique, « Gouvernance des sociétés », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, juin 2014, spéc. 86-1, à propos de l'arrêt CA Paris, 19 déc. 2013, n°12/22644 : « Le droit qu'a tout actionnaire de poser des questions écrites n'est pas limité aux points de l'ordre du jour. Le fait qu'il lui ait été répondu antérieurement ne dispense pas la société de répondre à une nouvelle question. La considération de la soft law conduit à renforcer l'obligation de transparence des sociétés cotées».

⁷⁶² TRÉBULLE François-Guy, « La responsabilité sociale et environnementale (RSE) de l'entreprise », préc., p. 62.

⁷⁶³ V° FORGET Elisabeth, *L'investissement éthique : Analyse juridique*, Presses Universitaires de Strasbourg, thèse, 2013, 788 pages.

⁷⁶⁴ L'article 1850 alinéa 1^{er} du code civil dispose que: « Chaque gérant est responsable individuellement envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans sa gestion.», l'article L 223-22 du code de commerce pour les sociétés à responsabilité limitée et l'article L 225-251 pour les sociétés anonymes, prévoient quasiment la même formulation. V° LE BARS Benoît, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, avril 2016.

⁷⁶⁵ V° par exemple Cass. com. 18 décembre 2012, n° 11-24.305 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que M. D..., dirigeant de la société CEPS, avait laissé les autres associés dans l'ignorance de l'opération d'acquisition pour son compte personnel d'un immeuble que les associés entendaient acheter ensemble pour y exercer leur activité, ce dont il résultait que ce dirigeant avait manqué à son devoir de loyauté envers eux, la cour d'appel a violé les textes susvisés [articles L 227-8 et L 225-251, al. 1 du code de commerce]», FAVARIO Thierry, « Dirigeant social: un devoir de loyauté décidément conquérant », D. 2013, p. 288.

⁷⁶⁶ LE BARS Benoît, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », in *Répertoire de droit des sociétés* Dalloz, avril 2016, n°83 : « L'action sociale *ut singuli* est un palliatif à l'inaction des dirigeants en place, souvent assez peu enclins à critiquer leur propre gestion (...). L'action sociale *ut singuli* est un droit propre de l'actionnaire».

distinct du préjudice de la société⁷⁶⁷. Par association avec d'autres actionnaires, l'actionnaire pourra encore tenter une action sociale en responsabilité contre les gérants, les demandeurs seront alors habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société et pourraient obtenir, en cas de condamnation, des dommages-intérêts pour celle-ci⁷⁶⁸. Cette action en responsabilité peut également être initiée par un tiers.

193. Notons également que dans le cas d'une société anonyme un administrateur peut également être acteur de la responsabilité sociétale de l'entreprise. En effet, l'article L225-35 du code de commerce prévoit que le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Aussi, il arrive qu'un administrateur soit en désaccord avec les orientations prises.

194. Les associés et administrateurs font donc partie des acteurs de la responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise en ce qu'ils influencent, par leur comportement la direction que prendra l'entreprise dans ses activités. Aussi, il n'est pas seulement question pour l'actionnaire de rechercher la responsabilité des dirigeants sociaux lorsqu'il s'avère qu'une faute de gestion a été commise mais surtout de prévenir toute prise de décision qui pourrait écarter l'entreprise de son intérêt social. C'est donc par sa non-indifférence que l'actionnaire va concilier ses propres intérêts et l'intérêt social de l'entreprise. En cas de difficulté de l'entreprise⁷⁶⁹, il aura ainsi pour devoir d'exercer son droit de vote afin de sanctionner le comportement des administrateurs qui n'agiraient pas dans le respect des engagements volontaires précédemment adoptés, voire en recherchant la responsabilité des dirigeants de l'entreprise le cas échéant.

195. Aussi, afin d'éviter tout conflit au sein de l'entreprise entre associés et administrateurs, le remède réside peut-être dans le choix de l'entreprise de reconnaître – de sa propre initiative- que sa responsabilité sociétale et environnementale est « engagée ». Or, dans le cas d'engagement volontaire, la non-conformité de l'engagement volontaire n'est pas *a priori* de la mission du juge judiciaire. Toutefois, afin de permettre à l'entreprise d'assumer la responsabilité sociétale et environnementale - née de l'adoption d'engagement volontaire - et montrer qu'elle agit en toute transparence, l'on peut imaginer de qualifier cette responsabilité assumée de « responsabilité volontaire ». Se pose dans ce cas la question du mécanisme extrajudiciaire permettant d'envisager la résolution des conflits liés au non-respect des engagements volontaires par les entreprises,

⁷⁶⁷ *Ibid.*, n°82-89

⁷⁶⁸ Article 1843-5 du code civil : « Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, un ou plusieurs associés peuvent tenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société ; en cas de condamnation, les dommages-intérêts sont alloués à la société. » ; v. aussi les articles L223-22 et L225-252 du code de commerce.

⁷⁶⁹ RIZZO Fabrice, « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », RTD com. 2000. 27, note 112 à propos des défaillances bancaires, de l'intervention de l'Etat en sa qualité d'actionnaire ou encore des cas de difficultés financières de filiales d'une société-mère.

par exemple par le biais des modes alternatifs de règlement des différends (transaction extrajudiciaire⁷⁷⁰, conciliation, médiation, arbitrage)⁷⁷¹.

b. L'action des salariés et des parties prenantes

196. L'hypothèse d'une contractualisation de l'engagement par un accord collectif ou un engagement contractuel, que l'employeur ne pourrait dénoncer sans l'accord du salarié, est peu vraisemblable selon le professeur Isabelle Desbarats. Il peut davantage s'agir du cas par lequel un salarié lié à l'entreprise par un contrat de travail se plaint de dommages nés de la violation d'un engagement éthique adopté par l'employeur à travers un usage⁷⁷² ou un engagement unilatéral de volonté. Pour cet auteur, le fondement de l'engagement unilatéral de volonté pour engager la responsabilité contractuelle de l'employeur est plus intéressant que l'usage car il sera plus facilement identifiable à travers par exemple une circulaire, un courrier adressé aux salariés ou une déclaration du chef d'entreprise⁷⁷³ alors que pour l'usage, cet acte juridique de volonté émanant de l'employeur sera plus difficile à identifier⁷⁷⁴.

197. S'agissant des autres cocontractants de la société autres que les salariés, communément appelés « parties prenantes » dans le domaine de la RSE, Mme Isabelle Desbarats envisage l'engagement de la responsabilité contractuelle sur le fondement de la formation du contrat et plus spécifiquement sur l'existence de vices du consentement. L'auteur indique par exemple que le dol pourrait conduire à la nullité du contrat en cas de fausses allégations sur le terrain du respect de l'environnement regardées comme des manœuvres dolosives dans la mesure où elles auront été de nature à emporter le consentement du cocontractant⁷⁷⁵. Il est également possible d'envisager l'inexécution fautive du contrat qui pourrait entraîner sa résolution ou sa suspension. Concrètement, selon des auteurs, « si dans le cadre de ses relations avec ses cocontractants, l'entreprise leur signifie l'importance des engagements éthiques et en fait un outil de communication, l'on peut considérer, à l'instar du droit social qui admet ce raisonnement, que ces engagements s'intègrent au champ contractuel ; tout manquement sera assimilable à une inexécution contractuelle. Partant, la responsabilité de l'entreprise pourrait être engagée sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du code civil [article 1104 nouveau du code civil] qui

⁷⁷⁰ Articles 2044 à 2052 du Code civil.

⁷⁷¹ Supra.

⁷⁷² RIZZO Fabrice, préc. , spéc. 11 : l'auteur précise que la qualification de l'engagement volontaire en « usage » est « concevable si une telle pratique d'entreprise -matérialisée dans un code ou une charte- traduit la volonté non équivoque de l'employeur de s'engager envers ses salariés et qu'elle remplit les conditions exigées en jurisprudence : constance, généralité et fixité.

⁷⁷³ *Ibid*, l'auteur renvoi sur ces exemples à PELISSIER J. et al., *Droit du travail*, Précis Dalloz, 2004, p.131

⁷⁷⁴ DESBARATS Isabelle, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *JCP E*, n° 5, 2 février 2006, p. 121, étude, spéc. 12.

⁷⁷⁵ *Ibid*, spéc. 16 citant TRÉBULLE François-Guy, « Responsabilité sociale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, mars 2003, n°33, 56.

dispose que les “conventions doivent être exécutées de bonne foi” »⁷⁷⁶. C’est donc sur le fondement de la bonne foi ou plus précisément sur le devoir de loyauté que la responsabilité contractuelle de l’entreprise peut être engagée, notamment pour ce dernier sur le fondement de l’article L411-1 du code de la consommation relatif à la conformité des produits⁷⁷⁷.

198. Aussi, il convient pour la PME de veiller à la réalité de l’engagement communiqué à ses cocontractants. Un artisan par exemple aura tout intérêt à ne pas trop rapidement contractualiser ou à simplement communiquer par voie publicitaire⁷⁷⁸ ses engagements volontaires au risque d’engager sa responsabilité contractuelle pour inexécution du contrat de bonne foi. Aussi, afin de pallier toute hypothèse de responsabilité contractuelle, tant au stade de la formation du contrat que de son exécution, mieux vaut donc pour l’entreprise, intégrer directement ces risques dans le contrat lui-même. C’est semble-t-il, la proposition faite en ce sens par Yann Queindec, ancien membre de l’association Sherpa, qui utilise le concept de « contrat durable » pour désigner « tout contrat qui dans son objet et ses modalités d’exécution concilie les aspects économiques, sociaux et environnementaux en vue de favoriser la protection des droits fondamentaux et de l’environnement »⁷⁷⁹. Pour cet auteur, le « contrat durable » permettrait de « constituer une synthèse pertinente entre les outils de soft-law et de hard-law caractérisant la RSE »⁷⁸⁰. De la même façon, Mathilde Boutonnet parle de « contractualisation en cascade » à travers des clauses types pour encadrer écologiquement la prestation contractuelle⁷⁸¹. Un contrat peut alors prévoir l’insertion d’une clause pénale prévoyant par avance un montant forfaitaire d’indemnisation en vue de la réparation d’un dommage⁷⁸², en l’occurrence le non-respect de l’engagement volontaire relatif à des préoccupations socio-environnementales. Par exemple, une PME peut prévoir dans le contrat que le produit ou le service est fabriqué ou conçu « localement » ou « dans le respect de l’environnement » et que la démonstration contraire faite par le cocontractant qui subit un dommage peut conduire à son indemnisation. Il faut alors pouvoir reconnaître que l’indemnité puisse ne pas être uniquement une « certaine somme » comme le prévoit l’article 1231-5, mais aussi consister en d’autres formes de réparation sous la forme de pénalités en nature, d’un

⁷⁷⁶ V° DAOUD Emmanuel, FERRARI Julie, « La RSE sociale : de l’engagement volontaire à l’obligation juridique », JCP social, 25 septembre 2012, n° 39, étude, p.20, spéc. 34.

⁷⁷⁷ V° LE TOURNEAU Philippe, POUMAREDE Mathieu, « Bonne foi », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2018, spéc. 87 et s.

⁷⁷⁸ DAOUD Emmanuel, FERRARI Julie, préc. : « Même s’ils ne sont pas directement des documents publicitaires, les documents mentionnant des engagements éthiques diffusés par les entreprises dans leur démarche de RSE, pourraient entrer dans cette catégorie. » ; citant not. GHESTIN Jacques, *La formation du contrat*, LGDJ, 3° éd. 1993, n° 412 et s.

⁷⁷⁹ QUEINNEC Yann, Association Sherpa, « Le Contrat durable, Contours du concept et pistes d’exploration », in DAUGAREILH Isabelle (dir.), *Responsabilité de l’entreprise transnationale et globalisation de l’économie*, éd. Bruylant-LGDJ, 2010, art. en ligne, <http://www.reports-and-materials.org/Contrat-durable-Sherpa-janvier-2010.pdf> consulté le 24 avril 2019.

⁷⁸⁰ *Ibid.*

⁷⁸¹ BOUTONNET Mathilde, « Des obligations environnementales spéciales à l’obligation environnementale générale en droit des contrats », D., 2012, p. 377.

⁷⁸² VINEY Geneviève, JOURDAIN Patrice, CARVAL Suzanne, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2017, spéc. n° 566 et n°384 et s. ; article 1231-5 du Code civil.

engagement à effectuer une prestation⁷⁸³. Ce qui est d'autant plus important lorsqu'il est question d'environnement où le principe est que la réparation du préjudice écologique⁷⁸⁴ s'effectue en priorité en nature⁷⁸⁵.

199. A travers l'intégration de l'engagement volontaire dans le champ contractuel, l'entreprise peut donc concrétiser dans un acte juridique sa volonté manifeste de produire des effets, non seulement de norme mais aussi de droit, dont le cocontractant peut alors se prévaloir dans le cas d'une mauvaise exécution du contrat par l'entreprise. Il n'est toutefois pas certain que l'entreprise veuille - même avec la meilleure intention de s'inscrire dans la transition écologique - se lier contractuellement par de tels engagements car ces derniers peuvent être sources d'un éventuel engagement de sa responsabilité civile contractuelle. Néanmoins, écarter la contractualisation d'un engagement volontaire ne permet pas pour autant d'échapper à toute responsabilité puisque la responsabilité civile extracontractuelle peut être soulevée.

2. La responsabilité civile extracontractuelle et la responsabilité pénale

200. Si le non-respect de l'engagement volontaire peut causer un dommage à la partie au contrat, l'engagement volontaire de l'entreprise peut également affecter la vie juridique d'autrui en dehors du lien contractuel. Le dommage causé à un tiers peut alors conduire à l'engagement de la responsabilité civile extracontractuelle⁷⁸⁶ de la société **(a)** ou encore de sa responsabilité pénale **(b)**.

a. La responsabilité extracontractuelle

201. Plusieurs faits générateurs de cette responsabilité peuvent être envisagés et la littérature s'est déjà attachée à rechercher les différentes hypothèses de responsabilité civile délictuelle nées d'engagement volontaire. Ainsi selon Isabelle Desbarats, peuvent permettre l'engagement de la responsabilité extracontractuelle, la faute (i), l'engagement unilatéral de volonté, les quasi-contrats (ii) et hors du droit commun des obligations, les instruments offerts par le droit de la consommation comme les pratiques commerciales interdites⁷⁸⁷ (iii). Hypothèses auxquelles peut être ajouté celle de la faute lucrative (iv). En effet, c'est sans conteste, à l'intérieur de cette catégorie de responsabilité civile délictuelle que l'engagement volontaire développe le plus d'effets juridiques.

⁷⁸³ V° *Ibid*, spéc. 385. Les auteurs relèvent que l'ancien article 1226 permettait d'inclure dans l'indemnisation autre chose qu'une somme d'argent puisque la formule était plus large : « la clause par laquelle une personne (...) s'engage à quelque chose... », ce qui permettait d'y inclure une prestation.

⁷⁸⁴ Selon l'article 1247 du Code civil il s'agit de l'atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement.

⁷⁸⁵ Art. 1249 du code civil.

⁷⁸⁶ Qualifiée de délictuelle avant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.

⁷⁸⁷ DESBARATS Isabelle, étude précitée, spéc 18 et s.

i. La faute

202. S'agissant de la faute, l'exemple le plus connu est le cas du naufrage du pétrolier *Erika* au large des côtes bretonnes. Comme le retrace Mme Alexandra Bellayer-Roille, avant même la catastrophe de l'*Erika* et la réaction des pouvoirs publics sur une nouvelle réglementation plus contraignante, les professionnels du secteur maritime regroupés au sein d'associations, s'étaient dotés de règles de conduite afin de prévenir les risques de naufrage, notamment à travers des sociétés de classification et de certification⁷⁸⁸. En parallèle et devant les projets de législation en cours d'élaboration au sein de la Commission européenne, a été mis en place au sein des compagnies pétrolières un système interne volontaire d'inspection et de contrôle appelé le « *vetting* ». L'auteur, qui ne connaissait pas encore la teneur du jugement lors de la rédaction, remarquait déjà que la condamnation de Total « serait une première dans la jurisprudence maritime, [et] aurait pour conséquence l'affirmation d'une nouvelle forme de responsabilité qu'un contrôle issu d'une démarche volontaire ne pourrait venir exonérer. »⁷⁸⁹

203. En l'occurrence, la Cour de cassation a confirmé le 25 septembre 2012 le jugement de la Cour d'appel de Paris du 30 mars 2010 qui condamnait la société Total SA, en sa qualité d'affréteur du navire, pour délit de pollution involontaire, pour ne pas avoir appliqué de manière efficace le *vetting* qu'elle avait organisé et qui lui donnait un pouvoir de contrôle sur la cargaison et la marche du navire⁷⁹⁰. Un engagement volontaire peut donc se retourner contre son auteur et aboutir à la caractérisation et à l'imputation d'une faute caractérisée⁷⁹¹.

ii. Le quasi-contrat

204. Le quasi-contrat défini à l'article 1300 nouveau du Code civil, est également envisageable pour saisir la responsabilité civile délictuelle de l'entreprise ayant adopté un engagement volontaire. Ainsi, dans un article intitulé « le quasi-contrat au secours de la RSE ? », le professeur Blandine Rolland relève la jurisprudence développée par la Cour de cassation sous la forme d'une théorie générale du quasi-contrat dans le cadre des affaires dites des « loteries publicitaires »⁷⁹². L'arrêt de la chambre mixte de la Cour de

⁷⁸⁸ BELLAYER-ROILLE Alexandra, « Les approches volontaires et la lutte contre la complaisance maritime », in HERVÉ-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2008, p.219, spéc. p.234.

⁷⁸⁹ *Ibid.*

⁷⁹⁰ Selon l'arrêt (Cour de cassation, crim., 25 septembre 2012, D. 2012, p.2711), le système de *vetting* mis en place par la société Total SA impliquait : « des contrôles techniques dont la mise en oeuvre lui conférait le droit de monter à bord du pétrolier *Erika*, d'observer les opérations de chargement et déchargement, d'inspecter les citernes et d'accéder aux documents du navire, ce qui lui donnait un pouvoir de contrôle non seulement sur sa cargaison mais sur la marche du navire (...) ».

⁷⁹¹ DELEBECQUE Philippe, « L'arrêt *Erika* : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? » D. 2012, p. 2711.

⁷⁹² ROLLAND Blandine, « Le quasi-contrat au secours de la RSE ? », Revue *Riseo*, 2015-1, en ligne: <http://www.riseo.fr/IMG/pdf/1-2015/16-LE-QUASI-CONTRAT-AU-SECOURS-DE-LA-RSE.pdf>, spéc. 8 et s.

cassation du 6 septembre 2002 énonce au visa de l'article 1371 ancien du code civil que « les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers les tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties »⁷⁹³, et pour la Cour de juger que : « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire à le délivrer. »⁷⁹⁴. Aussi, le professeur Rolland suggère de manière tout à fait intéressante d'étendre cette qualification au titre d'une catégorie générale des quasi-contrats à un engagement pris en matière de RSE⁷⁹⁵. Reprenant les analyses de Monsieur Pin et de Madame Devin avec leur thèse de « l'expectative » et les idées « d'attente déçue » ou « d'enrichissement manqué »⁷⁹⁶, l'auteur donne l'exemple d'une entreprise qui communique des informations relatives à ses pratiques sociales, sociétales et environnementales. Assurément, ces engagements « vont faire naître une attente légitime » chez la personne qui en aura eu connaissance et il semble normal qu'elle puisse légitimement s'attendre « à ce que le comportement de l'entreprise soit en conformité avec ces indications »⁷⁹⁷. Par ailleurs, selon Blandine Rolland, l'utilisation de la notion de quasi-contrat pour qualifier les engagements RSE, permet de pallier le cas d'un refus de reconnaissance d'un engagement de la part de son auteur. Ainsi, l'auteur distingue d'une part le cas d'un engagement voulu dans lequel il convient d'appliquer la notion d'engagement unilatéral de volonté, et d'autre part, le cas d'un engagement juridique non voulu qui conduit à l'application de la notion de quasi-contrat⁷⁹⁸. Le quasi-contrat permet donc de « donner une consistance juridique à une annonce dont l'émetteur prétend qu'il ne souhaitait pas l'exécuter parce qu'il ne se considère pas comme engagé »⁷⁹⁹. Nul besoin donc de rappeler toute l'importance pour l'entreprise d'adopter des « engagements fermes et précis » qui, selon le professeur Blandine Rolland, doivent davantage être perçus par l'entreprise comme une obligation de moyens que l'entreprise s'impose car l'affichage d'une obligation de résultat entraîne le risque d'incohérence entre le discours –la foi- et les actes, mais surtout d'une condamnation pour cette distorsion⁸⁰⁰. Pour Philippe Le Tourneau, la RSE constitue ainsi le « paroxysme du retour en grâce des quasi-contrats », car « il y a bien une croyance provoquée par des allégations de

⁷⁹³ *Ibid*, note 19 : C. cass. ch. mixte, 6 sept. 2002 : Bull. n° 4 ; BICC 15 oct. 2002, concl. R. de Gouttes et Rapp. J.-P. Gridel ; D. 2002, p. 2963, note D. Mazeaud ; JCP 2002, II, 10173, note S. Reifegerste ; JCP E 2002, 1687, note G. Viney. – C. cass. civ. 1°, 18 mars 2003 : Bull. n° 85 ; Rép. Defrénois 2003, n° 18, art. 37810, § 88, p. 1168, note R. Libchaber. – Voir depuis en dernier lieu : C. cass., civ. 1°, 30 oct. 2013, n° 11-27.353, non pub. au Bull. ; C. cass., civ. 1°, 10 juill. 2013, n° 12-22.234 et n° 12- 20.849, non pub. au Bull. ; C. cass., civ. 1°, 29 mai 2013, n° 12-16.647, non pub. au Bull.

⁷⁹⁴ V. plus récemment un renforcement de la jurisprudence sur l'obligation de délivrance du gain non subordonné au renvoi du bon de participation : C. cass., civ. 1°, 19 mars 2015 n° 13-27.414, Bull. n°Dalloz actualité, 13 avr. 2015, obs. N. Kilgus : « Si la solution est sans doute très sévère du point de vue de l'organisateur – ce d'autant plus que ce type de loteries passe presque toujours par le renvoi d'un bulletin de participation –, elle conserve le mérite de rappeler que le quasi-contrat se forme spontanément à partir d'un fait purement volontaire et ne suppose en aucun cas une quelconque rencontre des volontés.»

⁷⁹⁵ ROLLAND Blandine, art. précité, spéc. 10.

⁷⁹⁶ ROLLAND Blandine, art. précité, spéc 12-14, citant X. Pin et L. Devin, « Quasi-contrat. Théorie générale » : *JurisClasseur Civil Code*, Art. 1370 et 1371, (2011).

⁷⁹⁷ ROLLAND Blandine, art. préc. spéc. 14.

⁷⁹⁸ *Ibid*, spéc. 15

⁷⁹⁹ *Ibid*, spéc. 15

⁸⁰⁰ *Ibid*, spéc. 31

l'entreprise qui joue sur l'ambiguïté (gain promis ou responsabilité sans sanction). La souplesse de cette qualification [de quasi-contrat] invite à envisager au cas par cas la situation mais permet surtout aussi, le cas échéant, d'obtenir la réparation intégrale ; singulièrement, elle permettrait de lier l'entreprise à des tiers intéressés, destinataires de son message.»⁸⁰¹. Encore une fois, la PME en transition écologique doit donc se garder de toute promesse excessive affichée dans les engagements volontaires adoptés.

iii. Les pratiques commerciales déloyales

205. Une autre possibilité d'engager la responsabilité civile délictuelle de la société existe sur le fondement des pratiques commerciales interdites dont les pratiques commerciales déloyales prévues aux articles L121-1⁸⁰² et suivants du code de la consommation⁸⁰³. L'article L121-1 alinéa 2 de ce code indique qu'une pratique commerciale est déloyale « lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ». Deux types de pratiques commerciales déloyales existent, en particulier la pratique commerciale trompeuse⁸⁰⁴ et la pratique commerciale agressive. Est par exemple trompeuse une pratique commerciale qui crée une confusion avec un autre bien ou service, lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur ou encore lorsqu'elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle⁸⁰⁵. Sont encore réputées trompeuses, les pratiques commerciales qui ont pour objet pour un professionnel notamment: de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas ; d'afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire ; d'affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas⁸⁰⁶. Il s'agira alors de démontrer l'existence d'un dommage, d'une faute et d'un lien de causalité⁸⁰⁷. Le dommage peut ainsi consister pour un consommateur, une association de protection des consommateurs ou de l'environnement en un préjudice moral « caractérisé chaque fois que l'entreprise a fait naître une attente, déterminée par ses affirmations un comportement d'achat ou

⁸⁰¹ LE TOURNEAU Philippe, « Quasi-contrat », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2018, spéc. 57.

⁸⁰² L'article L121-1 alinéa 1^{er} du code de la consommation prévoit ainsi que « les pratiques commerciales déloyales sont interdites »

⁸⁰³ V° en ce sens les développements de BERENGUER Benjamin, *L'argument environnemental en droit du marché*, thèse, Montpellier, 2015, p.126 et s. relatifs à l'encadrement par le code de la consommation, des pratiques commerciales qui développent un argument environnemental.

⁸⁰⁴ V° pour illustration les actions engagées par l'association *Sherpa* contre Auchan ou Samsung, COSSART Sandra, « Il faut faire cesser les "poursuites baillons" », LPA, n°189, 22 septembre 2017, entretien, propos recueillis par Sophie Tardy-Joubert, p. 4.

⁸⁰⁵ Articles L121-2 et L121-3 du code de la consommation.

⁸⁰⁶ L'article L121-4 du code de la consommation, créé par ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, liste 22, cas de pratique commerciales trompeuses.

⁸⁰⁷ DESBARATS Isabelle, étude précitée, spéc. 20 : « rien ne devrait interdire l'éventuel engagement – par des tiers- de la responsabilité délictuelle (ou quasi-délictuelle) de la société émettrice, sous réserve cependant que, conformément au droit commun, soit constatée l'existence d'un dommage, d'une faute et d'un lien de causalité. »

d'investissement »⁸⁰⁸ et la faute consistant en la diffusion d'informations visant à faire croire que l'entreprise aurait adopté des engagements volontaires envers l'environnement ou la société alors que tel n'est pas le cas. En ce sens, l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 et la loi n°2017-203 du 21 février 2017, renforcent considérablement la législation sur les pratiques commerciales déloyales, permettant plus aisément de trouver un fondement à l'engagement de la responsabilité d'entreprises recourant à de telles pratiques. De telles pratiques sont sanctionnées d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros, le montant de l'amende pouvant être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant ce délit selon l'article L132-2 du code de la consommation.

206. Il est encore possible d'envisager, sur le même fondement des articles L121-1 à L121-4 du code de la consommation relatifs aux pratiques commerciales déloyales – punie de la même manière par l'article L132-2 du même code⁸⁰⁹ – la publicité trompeuse par la diffusion de fausses informations qui trompent le consommateur. Chacun se souvient peut-être de la publicité télévisuelle diffusée par la société Monsanto au début des années 2000 qui présentait son célèbre désherbant « *roundup* » en indiquant qu'il était « biodégradable » et laissait le sol « propre », le produit représentait également un oiseau avec la mention « respect de l'environnement ». Aussi, dans un arrêt confirmatif, la cour d'appel de Lyon a condamné la société Monsanto pour délit de publicité mensongère ou de nature à induire en erreur, pour avoir vendu un produit dont les allégations et indications étaient de nature à induire en erreur le consommateur sur ses qualités substantielles, ses propriétés et ses conditions d'utilisation.⁸¹⁰ Dans cette affaire, les associations Eaux & Rivières de Bretagne et Consommation Logement et Cadre de Vie (CLCV) s'étaient constituées parties civiles et ont pu obtenir réparation du préjudice causé par l'infraction par le versement de dommages et intérêts. Dans son article L121-2-2°-b du code de la consommation créé par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, cette jurisprudence est clairement reprise. En effet, cet article interdit les pratiques commerciales trompeuses et plus spécifiquement lorsque cette pratique est « de nature à induire en erreur » et qu'elle porte sur « les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ». Dans ces cas conformément à l'article L142-2 du code de l'environnement, une

⁸⁰⁸ TRÉBULLE François-Guy, « Responsabilité sociale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, juillet 2018, n°38 ; DESBARATS Isabelle, étude précitée, spéc. 20.

⁸⁰⁹ Selon l'article L132-2 du code de la consommation : « Les pratiques commerciales trompeuses mentionnées aux articles L. 121-2 à L. 121-4 sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros. Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant ce délit. ».

⁸¹⁰ Cour d'appel de Lyon (7ème chambre), 29 octobre 2008, n°1012/07 Ministère public c./ Mordo Jean et a.

association agréée de protection de l'environnement – ou simplement déclarée à certaines conditions - peut exercer une action en responsabilité délictuelle lorsque « les pratiques commerciales et les publicités trompeuses ou de nature à induire en erreur quand ces pratiques et publicités comportent des indications environnementales »⁸¹¹.

iv. La faute lucrative

207. Il faut encore mentionner dans le cadre de la réforme de la responsabilité civile, la question de la « faute lucrative » en matière de concurrence sociale ou environnementale déloyale⁸¹², c'est-à-dire la faute commise en vue d'obtenir un gain ou une économie⁸¹³. Plus précisément, la faute lucrative est « la faute qui rapporte plus qu'elle ne coûte. C'est dire que la faute lucrative est le résultat d'un calcul économique, d'un calcul coût/profit »⁸¹⁴. Deux types de fautes lucratives peuvent être envisagées, la faute lucrative contractuelle - qui n'est pas envisagée par le projet de réforme de la responsabilité civile alors qu'une partie pourrait provoquer un événement pour faire jouer une clause lui permettant d'échapper à tout ou partie de ses engagements⁸¹⁵ - et la faute lucrative extracontractuelle qui est à l'inverse envisagé par ce dernier à l'article 1266-1 relatif à l'amende civile. Pour illustrer la faute lucrative délictuelle, Marie-Alice Chardeaux prend l'exemple du choix effectué par un magazine spécialisé dans la révélation des secrets d'alcôve – ou presse dite *people* - qui, après consultation de son conseil juridique, va choisir de publier l'information indiscrete portant atteinte à la vie privé d'un chanteur infidèle ou d'une princesse dénudée car le bénéfice escompté est sans commune mesure avec les dommages et intérêts auxquels il pourrait éventuellement être condamné⁸¹⁶. Plus simplement, la faute lucrative peut consister en un « but égoïste sans se soucier des conséquences pour les autres, la pollution par exemple »⁸¹⁷. Le professeur Daniel Fasquelle indique notamment qu'en matière de préjudice écologique, le gain de la faute

⁸¹¹ Art. L142-2 c. env.

⁸¹² V° par exemple en matière de violation de la législation sur les ICPE : Cass. com., 21 janvier 2014, n°12-25.443, comm. GUERIN Martin, Environnement n°5, mai 2014, p.37. Affaire dans laquelle la société SAS Revival, spécialisée dans la récupération de matières métalliques recyclables exploitait sur son site un broyeur après obtention des autorisations administratives exigées, alors que la société voisine SA Marchetto, exploitait un broyeur sans être titulaire des autorisations préfectorales requises. La Cour de cassation constate que les agissements de la société SA Marchetto avait apporté une distorsion de concurrence afférente au marché des activités de stockage de véhicule hors d'usage.

⁸¹³ Ministère de la justice, URVOAS Jean-Jacques (présenté par), *Projet de réforme de la responsabilité civile*, 13 mars 2017, article 1266-1

⁸¹⁴ CHARDEAUX Marie-Alice, « L'amende civile », LPA, n°22, 30 janvier 2018, p. 6. « Incontestablement, la faute lucrative a envahi la sphère juridique. On la rencontre aussi bien en droit de l'environnement ou en droit de l'urbanisme qu'en matière de concurrence déloyale ou parasitaire et de violation des droits de la personnalité, tels que le droit à l'image ou le droit au respect de la vie privée. ».

⁸¹⁵ Selon FASQUELLE Daniel, « L'existence de fautes lucratives en droit français », LPA, n°232, 20 novembre 2002, p. 27 : S'il est nécessaire dans tous les cas qu'il y ait une faute, on aurait tort d'écarter les fautes contractuelles qui consistent à tirer profit d'un rapport de force déséquilibré, par exemple entre professionnels et consommateurs à travers l'existence de clauses qui ne sont pas conformes au droit. L'auteur relève un arrêt Cass. com., 27 novembre 1967 publié au bulletin : la Cour de cassation retient le raisonnement de la Cour d'appel qui avait estimé que « L'inexécution du marché des 206 voitures n'était pas la conséquence de circonstances étrangères à la volonté du groupe mais provenait d'un fait volontaire voire d'une faute lucrative de ce dernier qui avait intérêt à ne pas encourir les pénalités importantes dont il était menacé en suite de l'inexécution du marché précédent. »

⁸¹⁶ *Ibid.* ; v.aussi FASQUELLE Daniel, « L'existence de fautes lucratives en droit français », LPA, n°232, 20 novembre 2002, p. 27.

⁸¹⁷ FASQUELLE Daniel, « L'existence de fautes lucratives en droit français », LPA, n°232, 20 novembre 2002, p. 27.

lucrative « découle parfois du comportement des victimes anticipé par l'auteur de la faute », c'est-à-dire selon l'auteur, l'inaction des victimes en justice (préjudice pris isolément qui ne vaut pas la peine de saisir le juge, crainte d'un long et coûteux procès, craintes de représailles) et l'espérance symétrique de l'auteur de la faute, qu'il n'y ait pas de victime précisément identifiée et capable d'agir juridiquement⁸¹⁸.

208. La faute lucrative pourrait être caractérisée en matière de RSE sous la forme d'un acte de concurrence parasitaire, lorsque par exemple une entreprise privilégie la rentabilité et le gain sur d'éventuelles considérations juridiques ou morales⁸¹⁹ et fait état d'engagements volontaires similaires à ceux d'une entreprise concurrente, dès lors que l'identité des engagements – c'est-à-dire une similarité non fortuite alors qu'il existe plusieurs manières de présenter les engagements adoptés⁸²⁰ – est susceptible de créer une confusion dans l'esprit du consommateur⁸²¹. La concurrence parasitaire étant constituée par le fait d'imiter le contenu et la forme d'engagements volontaires constituant pour l'entreprise victime du dommage, un signe distinctif⁸²². Aussi, afin d'empêcher ces comportements et que la faute ne soit pas profitable à son auteur, le projet de réforme de la responsabilité civile envisage d'une part la cessation de l'illicite et d'autre part, la possibilité pour le juge de prononcer une amende civile⁸²³. Possibilités déjà introduites dans l'action en réparation du préjudice écologique par la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 sur la reconquête de la biodiversité⁸²⁴. S'agissant du projet de créer une faute lucrative, est prévue dans un article 1266, la possibilité pour le juge, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, de prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur. L'article 1266-1 envisage, qu'« en matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile »⁸²⁵.

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ *Ibid.*, : « L'évolution du monde économique provoque une attitude de plus en plus égoïste des entreprises. En raison de la pression forte du marché et de la concurrence, celles-ci sont conduites à privilégier la rentabilité et le gain sur d'éventuelles considérations juridiques ou morales. Elles calculent qu'il est moins coûteux, tout compte fait, d'être condamnées à verser des dommages et intérêts plutôt que d'avoir à changer de comportement. ».

⁸²⁰ Par analogie avec l'emprunt par une agence de voyage du dessin de la planisphère utilisé par un concurrent : CA Paris, 4^{ème} ch., 26 oct. 1987, *Wingate c/ Zenith*, D.1988, p. 396. Sur l'acte de concurrence déloyale constituée par la similarité non fortuite du produit présenté dès lors qu'il existe plusieurs possibilités et manières de le représenter TGI Paris, 3^{ème} ch., 26 juin 1987, *Norlène c/ GIE Distriplan*.

⁸²¹ V° l'article L121-2 du code de la consommation. L'engagement volontaire peut être considéré comme un signe distinctif d'un concurrent.

⁸²² Ce qui va dans le sens de l'article L121-4 du code de la consommation qui dispose qu'est trompeuse les pratiques commerciales qui ont pour objet notamment d'affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas.

⁸²³ V° CHARDEAUX Marie-Alice, « L'amende civile », LPA, n°22, 30 janvier 2018, p. 6.

⁸²⁴ Art. 1249 du Code civil (réparation du préjudice écologique en priorité en nature ou en cas d'impossibilité, dommages et intérêts affectés à la réparation de l'environnement) et art. 1252 (possibilité pour le juge de prescrire des mesures destinées à prévenir ou faire cesser le dommage).

⁸²⁵ Ministère de la justice, URVOAS Jean-Jacques (présenté par), *Projet de réforme de la responsabilité civile*, 13 mars 2017, 18 p.

209. Ces projets d'articles permettraient ainsi d'élargir la fonction de la responsabilité civile délictuelle et de lui conférer une fonction punitive générale⁸²⁶. Pour Johan Prorok, « en pratique, nombre de fautes étant commises en vue d'obtenir un gain ou une économie, le spectre sera particulièrement étendu, en particulier dans le domaine des affaires et cela d'autant plus que la responsabilité sociale et environnementale des entreprises semble entrer dans une nouvelle ère »⁸²⁷. Seraient donc réprimés les comportements à visée lucrative, notamment en matière de concurrence (déloyale, parasitisme, entente, abus de position dominante) et de droit de l'environnement⁸²⁸. En ce sens, des comportements réunissant à la fois l'atteinte à la libre concurrence et à l'environnement, qualifiables de *dumping* environnemental⁸²⁹ - pour les pratiques commerciales exercées au profit de certaines et au détriment d'autres entreprises et de l'environnement - pourraient être plus facilement punis sur le fondement de la faute lucrative.
210. Par ce projet de réforme, la responsabilité civile délictuelle viendrait concurrencer l'amende pénale et l'amende administrative⁸³⁰, particulièrement lorsque celle-ci se révélerait inefficace, notamment en raison de l'absence de poursuite⁸³¹ : « À cette occasion, les civilistes prétendent annexer tout ou partie du champ pénal, réussir là où les pénalistes auraient échoué, rétablir la morale dans la vie des affaires. »⁸³². Cette nouvelle approche de la responsabilité civile amène à remettre en cause le principe de réparation intégrale en fonction du seul préjudice⁸³³ ou principe indemnitaire, « en vertu duquel la réparation doit couvrir tout le dommage (sans appauvrissement de la victime) mais seulement le dommage (sans enrichissement de la victime) »⁸³⁴. Alors qu'en droit positif, la réparation intégrale s'en tient au préjudice du demandeur à l'action, le projet ne fait plus abstraction de la question du profit tiré par l'auteur du dommage⁸³⁵. Ainsi, l'amende

⁸²⁶ PROROK Johan, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », RTD civ. n° 2, 10 juillet 2018, p. 327.

⁸²⁷ *Ibid.*

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ Le terme anglais *dumping* signifie déversement, dépôt, décharge de déchets.

⁸³⁰ En matière de pratiques anticoncurrentielles (art. L420-1 et s. du code de commerce : pratiques restreignant ou faussant le jeu de la concurrence sur un marché, notamment par des actions concertées, des ententes, des prix artificiellement hauts ou bas, la répartition de marché, etc.) l'Autorité de la concurrence - sur le fondement de l'article L464-2 du code de commerce - l'Autorité de la concurrence peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre.

⁸³¹ Par exemple « les dégazages en mer pour lesquels les navires ne sont que très rarement appréhendés et qui sont régulièrement pratiqués parce que l'entreprise économise ainsi les frais de nettoyage de son bateau dans les ports » : FASQUELLE Daniel, « L'existence de fautes lucratives en droit français », LPA, n°232, 20 novembre 2002, p. 27.

⁸³² DREYER Emmanuel, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », JCP E, n°25, 22 juin 2017, étude, p. 1344.

⁸³³ FASQUELLE Daniel, « L'existence de fautes lucratives en droit français », LPA, n°232, 20 novembre 2002, p. 27.

⁸³⁴ CORNU Gérard, Vocabulaire Juridique, préc., v° *réparation*

⁸³⁵ GARRAUD Astrid, « La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile », LPA, n°11, 16 janvier 2017, p. 5 : « ce principe de réparation intégrale fait fi de la question du profit que l'auteur a pu tirer de la commission fautive d'un acte dommageable dans l'intention de réaliser des bénéfices. En effet, si cette réparation intégrale n'implique pas pour autant l'inclusion de tout profit pour la victime, l'auteur, quant à lui, lors de la commission de l'acte dommageable, a parfois obtenu un avantage pécuniaire non négligeable et nettement supérieur à la somme qu'il va être condamné à verser à la victime en l'état du droit positif. ». Notons cependant que l'avantage peut être autre que pécuniaire.

civile telle qu'elle est envisagée tend à « effacer en totalité le gain de l'auteur de la faute »⁸³⁶. Il ne s'agit pas comme le dit très bien Johan Prorok d'une « restitution » du profit illicite, mais de sa « confiscation »⁸³⁷. L'amende civile conduit à scinder la responsabilité civile entre une fonction primaire réparative et une fonction subsidiaire punitive⁸³⁸. Pour amener les entreprises à répondre de leurs engagements volontaires, une personne victime de son non-respect considéré comme fautif, pourrait à la fois demander la cessation de l'illicite, obtenir la réparation de son dommage et éventuellement le prononcé d'une amende civile à l'encontre de l'auteur de la faute lucrative. L'amende civile, proportionnée à la gravité de la faute commise, ne serait pas versée à la victime mais affectée à un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi⁸³⁹ ou, à défaut, au Trésor public⁸⁴⁰. Dans le cas d'une personne morale, une entreprise par exemple, le montant de cette amende civile pourrait s'élever à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos précédant la faute commise. En matière de publicité trompeuse relative à la dangerosité de pesticides, l'amende civile pourrait par exemple être affectée au fonds d'indemnisation pour les victimes de produits pharmaceutiques⁸⁴¹.

b. La responsabilité pénale

211. Il peut être tentant pour une entreprise de diffuser des informations fausses ou trompeuses aux fins de maximiser ses profits : « la transparence sur le marché est ainsi rompue par l'action illicite commise sur celui-ci et destinée à en fausser le jeu normal »⁸⁴². Plus généralement, « la présentation de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle de la situation de la société entraîne l'application de sanctions pénales »⁸⁴³. Il en va ainsi selon l'article L241-3 3° du code de commerce lorsque les gérants de la société présentent aux associés des comptes annuels infidèles en vue de dissimuler la véritable situation de la société, par exemple lorsque l'entreprise communique des informations environnementales qui ne donneraient pas une image fidèle de l'entreprise. Serait plus particulièrement punissable, la diffusion d'informations fausses ou trompeuses - tels que des engagements volontaires relatifs à des pratiques respectueuses de l'environnement -

⁸³⁶ FASUELLE Daniel, « L'existence de fautes lucratives en droit français », LPA, n°232, 20 novembre 2002, p. 27.

⁸³⁷ PROROK Johan, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », RTD civ. n° 2, 10 juillet 2018, p. 327.

⁸³⁸ *Ibid.* L'auteur insiste bien sur le fait que l'amende civile est versée à la collectivité – affectation à un fonds spécifique ou au Trésor Public - et non pas à la victime du dommage.

⁸³⁹ Rapp. de l'art. 1249 du Code civil relatif à la réparation du préjudice écologique où les dommages et intérêts versés par le responsable sont « affectés à la réparation de l'environnement ».

⁸⁴⁰ Article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile.

⁸⁴¹ Proposition de loi adoptée par le Sénat portant création d'un fonds d'indemnisation des victimes des produits phytopharmaceutiques, n°630, déposé à l'Assemblée nationale le 1^{er} février 2018.

⁸⁴² GIACOPELLI Muriel, CATELAN Nicolas, « Délit et manquement d'initiés », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, octobre 2017, spéc. 34

⁸⁴³ *Lamy sociétés commerciales*, Lamy, n° 2301 Absence d'image fidèle, février 2018.

« de nature à induire en erreur ceux qui les reçoivent »⁸⁴⁴. Aussi, il peut être imaginé que le fait « d'édulcorer » intentionnellement⁸⁴⁵ la situation de la société par la diffusion d'informations – au-delà des informations communiquées aux associés – fausses ou trompeuses par voie de publicité puisse engager la responsabilité de la société pour escroquerie au sens de l'article 313-1 du code pénal⁸⁴⁶. Les exemples de jurisprudence ne manquent pas en ce domaine, s'agissant par exemple d'une publicité donnant à un commerce une fausse apparence d'œuvre charitable⁸⁴⁷, ou encore de la société Monsanto, condamnée pénalement pour délit de publicité mensongère ou de nature à induire en erreur, pour avoir vendu un produit dont les allégations et indications étaient de nature à induire en erreur le consommateur sur ses qualités substantielles, ses propriétés et ses conditions d'utilisation⁸⁴⁸. Aussi certains actes de concurrences déloyales peuvent constituer une infraction.

212. Le « cynisme d'entreprise »⁸⁴⁹ le plus paroxysmique entre les engagements volontaires et le comportement réellement adopté doit sûrement être attribué, dans l'histoire récente, à la société Lafarge SA. Dans le cadre des activités de sa filiale en Syrie, celle-ci a été mis en examen le 28 juin 2018 des chefs de violation d'un embargo, mise en danger de la vie d'autrui, financement d'une entreprise terroriste et complicité de crimes contre l'humanité. Le professeur Roda relève ainsi qu'en dehors de la possibilité de poursuivre une entreprise sur le fondement de l'article L212 du Code pénal [crime contre l'humanité], l'affaire est intéressante en ce qu'elle met en lumière des comportements d'entreprises particulièrement immoraux : devant la perspective d'engranger des profits, certaines sociétés n'hésitent pas à sacrifier des salariés, l'environnement et, encore plus frontalement, des vies humaines⁸⁵⁰. Pour l'avocat William Bourdon à l'origine de la plainte déposé pour l'association Sherpa : « c'est une étape extrêmement importante pour rendre responsable ceux qui (...) cherchent à ne pas l'être »⁸⁵¹.

⁸⁴⁴ V. GIACOPELLI Muriel, CATELAN Nicolas, « Délit d'informations fausses ou trompeuses », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017, n°34. Par exemple Crim. 4 nov. 2004, n°03-82.777, affaire *Pallas-Stern*, v. Bull. Joly Bourse 2005 n°3, p. 257, note N. Rontchevsky.

⁸⁴⁵ Le délit suppose l'intention de le commettre comme en dispose l'article 121-3 du code pénal sauf cas pour les cas prévus par la loi, c'est ainsi qu'il y a également délit lorsque la loi le prévoit en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité, v° en ce sens ROBERT Jacques-Henri, « Amoko, Erika, Prestige et les autres », Dr. pénal 2004, 64.

⁸⁴⁶ Sur le fondement de l'escroquerie définie par l'article 313-1 du code pénal, la répétition de mensonges largement diffusés par voie d'annonce dans la presse peut ainsi constituer des manœuvres punissables, T. corr. Laval, 22 nov. 1940 : *Gaz. Pal.* 1941. 1.7., T. corr. Seine, 2 février 1942 : *Gaz. Pal.* 1942. 1. 184. V. aussi T. corr. Paris, 17 nov. 1983 : *Gaz. Pal.* 1984. 2. 644, note Marchi : le recours de façon intensive à la voie publicitaire de façon mensongère pour donner force et crédit à de fausses allégations constitue en soi un ensemble de manœuvres frauduleuses.

⁸⁴⁷ Cass. crim. 10 juillet 1968 : *Bull. crim.* n°219 ; D. 1969. 50 ; Cass. crim. 4 nov. 1969 : *Bull. crim.* n°283

⁸⁴⁸ Cour d'appel de Lyon, 7ème ch., 29 octobre 2008, n°1012/07, *Ministère public c/ Mordo Jean et a.*

⁸⁴⁹ RODA Jean-Christophe, « Cynisme d'entreprises », *Gazette du Palais*, n°30, 11 septembre 2018, p.3.

⁸⁵⁰ RODA Jean-Christophe, « Cynisme d'entreprises », *Gazette du Palais*, n°30, 11 septembre 2018, p.3.

⁸⁵¹ BOURDON William, interrogé sur la radio *France Info* le 28 juin 2018.

B. Des modes de sanctions alternatifs

213. L'existence d'un droit souple au sein des entreprises et l'hypothèse de la reconnaissance du non-respect d'un engagement volontaire par l'entreprise, amène à envisager des mécanismes de résolution des conflits appropriés à cette forme particulière de droit. Puisque le « droit souple » n'appartient pas aux règles de « droit dur » dont le juge fait application, sauf à subir une requalification, il doit par conséquent être envisagé d'autres formes de résolution des conflits, autrement que par devant une juridiction. Il peut être envisagé les modes alternatifs de résolutions des différends (plus communément connus sous le sigle de MARD) dont la conciliation, la médiation et l'arbitrage, auxquels peuvent être ajouté le jury de déontologie publicitaire (1). A côté de ces modes traditionnels de résolution d'un différend, hors présence d'un juge mais toutefois assortis d'un certain formalisme juridique, une autre sanction du non-respect de l'engagement volontaire existe à travers la responsabilité dite socio-économique. Celle-ci peut alors s'avérer plus dissuasive qu'une sanction juridique car elle atteint directement les résultats économiques et l'image de l'entreprise (2).

1. Les modes alternatifs de résolution des différends

214. Comme l'indique Laurent Richer, la notion de « mode alternatif de règlement des litiges », entendu comme alternatif à l'intervention d'un juge étatique, provient des Etats-Unis (*Alternative means of dispute resolution*)⁸⁵². Prisés dans le système de *common law*, le droit français n'est pas en reste et connaît divers modes alternatifs de résolution des différends (MARD) comme la conciliation, la médiation (**b**) ou l'arbitrage (**c**). Il est toutefois possible, en amont de toute résolution d'un différend, de saisir le jury de la déontologie publicitaire lorsqu'il est constaté qu'un engagement volontaire ne correspond pas à la véracité des engagements réels et constitue une publicité trompeuse (**a**).

a. Le jury de déontologie publicitaire

215. Lorsqu'une publicité fait état d'un engagement volontaire trompeur, il est possible de saisir le jury de déontologie publicitaire (JDP) qui n'est pas un juge mais permet de faire cesser ce type de publicité trompeuse par la publication systématique de la décision⁸⁵³. Il s'agit d'une instance de sanction de l'autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP), elle n'est pas une autorité administrative indépendante mais un regroupement de professionnels impliqués dans la production et la diffusion des campagnes publicitaires qui ont « perçu les dangers des pratiques déloyales et spécialement de la publicité trompeuse », mais surtout du « danger à l'égard de l'image renvoyée par les entreprises

⁸⁵² RICHER Laurent, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », AJDA, 1997, p.3.

⁸⁵³ V. le site internet : <http://www.jdp-pub.org>, et aussi ANDRIEU Eric, « Le jury de déontologie publicitaire », Légipresse n°271, 1^{er} avril 2010, chroniques et opinion, p. 57.

sur le marché »⁸⁵⁴. Le JDP se compose de magistrats, universitaires et hauts fonctionnaires. Une plainte contre le contenu d'une publicité peut ainsi être déposée, notamment en cas « d'argument environnemental irrégulier »⁸⁵⁵. Après étude de la recevabilité de la plainte, le jury peut soit, proposer préalablement une médiation à l'annonceur et demander le retrait de la publicité qui irait à l'encontre des règles déontologiques fixées par l'ARPP, ou rendre un avis afin de demander à l'ARPP d'enjoindre l'annonceur à retirer sa publicité. Les avis sont publiés sur le site internet du JDP. En dehors des avis, le JDP peut également adopter des recommandations, par exemple en matière de développement durable⁸⁵⁶. Celles-ci reposent principalement sur la véracité des actions de l'annonceur ; la proportionnalité des messages exprimés au regard de la réalité et de l'ampleur des actions menées en matière de développement durable ; la clarté du message (exactitude des qualités revendiquées du bien ou service) ; la loyauté du message au regard des vertus du produit ou de la législation qui imposerait à tous une telle action⁸⁵⁷.

216. Ces avis ou recommandations peuvent apparaître comme n'ayant aucune portée puisque non revêtues de l'habit de la contrainte. Cependant, il est permis de dire que les avis ont une réelle portée à destination des annonceurs et du contenu de leurs publicités, voire pour le juge lorsqu'il s'agit d'apprécier une pratique commerciale. Ce dernier pourra alors motiver sa décision sur un avis ou une recommandation de l'agence de régulation professionnelle de la publicité. Pour illustration, dans une affaire qui opposait l'association France Nature Environnement à la société Toyota, Marie-Pierre Blin Franchomme observe à son propos : « il est notable que l'analyse du juge prend soin de combiner cet argument légal avec l'« avis très clair rendu par le JDP » ayant retenu qu'« en laissant croire que la possession de ce type de véhicules vaut permis de tout faire dans la nature » cette publicité fait « à l'évidence la promotion de comportements contraires à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles », ce qui est contraire à la Recommandation de 2009 de l'ARPP⁸⁵⁸.

b. La conciliation, la médiation et la transaction

217. Le premier mécanisme alternatif de résolution des différends envisageable est la *conciliation*. Par ce mécanisme les parties au litige mettent fin à leur différend, soit par

⁸⁵⁴ BERENGUER Benjamin, *L'argument environnemental en droit du marché*, thèse, Montpellier, 2015, p.151.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, sur la caractérisation de l'argument environnemental irrégulier et sa sanction pp.152-171. V° aussi la définition de "l'argument écologique" donné par l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité, *Le Code de l'ARPP 2017 : guide des recommandations*, [en ligne : <https://www.arpp.org/code-arpp/>], consulté le 9 mai 2018, p.67 et s. : « Argument écologique : toute revendication, indication ou présentation, sous quelque forme que ce soit, utilisée à titre principal ou accessoire, établissant un lien entre les marques, produits, services ou actions d'un annonceur, et le respect de l'environnement. ».

⁸⁵⁶ V. Autorité de régulation professionnelle de la publicité, *Le Code de l'ARPP 2017 : guide des recommandations*, [en ligne : <https://www.arpp.org/code-arpp/>], consulté le 9 mai 2018, p.63.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, pp. 68-70, recommandations développement durable, n°1 à 4.

⁸⁵⁸ BLIN-FRANCHOMME Marie-Pierre, « Le "marché de la consommation durable": regards sur la loyauté des pratiques commerciales », *Contrat concurrence Consommation*, n°12, décembre 2012, étude 13, spéc. 20. Jury de la déontologie publicitaire, avis du 21 décembre 2011, *Toyota*, n° 161/11 et TGI de Nanterre, 23 octobre 2012, n° RG 12/01457, *France Nature environnement / Toyota*. Cité par BERENGUER Benjamin, précité, pp. 170-171

transaction, soit par abandon unilatéral ou réciproque de toute prétention, la solution du différend résultant non d'une décision de justice ou d'un arbitre mais de l'accord des parties elles-mêmes⁸⁵⁹. Une procédure de conciliation peut ainsi être prévue et adoptée à l'avance par les parties dans leurs relations de travail. A noter qu'on parle également de conciliation lorsqu'un conciliateur s'efforce et se borne à rapprocher les parties⁸⁶⁰. En cas de succès de la conciliation un accord de conciliation aura valeur contractuelle entre les parties au litige, celles-ci pourront également le faire homologuer par un juge⁸⁶¹. A l'inverse, lorsque cette conciliation viendrait à échouer, l'intervention d'un tiers pourrait s'avérer nécessaire.

218. Comme la conciliation, la médiation vise à résoudre un litige sans recourir à l'intervention d'un juge ou d'un arbitre qui imposerait une solution aux parties. Néanmoins, contrairement à la conciliation où les parties parviennent elles-mêmes à un accord, une personne tierce intervient. Choisi par les parties au litige, le médiateur propose un projet de solution, cependant il ne peut l'imposer aux parties comme solution obligatoire. Si aucune solution ne pouvait être trouvée par les parties malgré l'aide de ce tiers médiateur, l'intervention d'un tiers ayant le pouvoir d'imposer une solution obligatoire pour les parties doit être envisagée.

219. Enfin, il faut mentionner la possibilité de prévenir ou de mettre un terme à un différend avec la société commerciale par le mécanisme de la transaction. Conformément à l'article 2044 du Code civil, il s'agit du contrat écrit par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Une PME a ainsi tout intérêt à proposer une transaction afin d'éviter toute mauvaise publicité et de mettre un terme rapide à un différend plutôt que de subir un éventuel contentieux long et coûteux.

c. L'arbitrage des engagements volontaires

220. L'arbitrage s'entend de « l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun pour être résolus par des arbitres investis, pour la circonstance, de la mission de juger. »⁸⁶². L'arbitrage est aussi un « mode dit parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement d'un litige par une autorité (le ou les arbitres) qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'État ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties (lesquelles peuvent être de simple particuliers ou des États) »⁸⁶³.

⁸⁵⁹ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° *conciliation*.

⁸⁶⁰ CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° *médiation*.

⁸⁶¹ MOREAU Bertrand, « Arbitrage en droit interne », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, juin 2017, point 40.

⁸⁶² MOREAU Bertrand, « Arbitrage en droit interne », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, juin 2017, point 1.

⁸⁶³ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique* (dir.), op. cit. v° *arbitrage*.

221. Le droit international, berceau du droit souple à travers la notion de *soft-law*, utilise l'arbitrage pour régler les différends entre les États. En droit interne, le droit du travail connaît bien les modes alternatifs de résolution des conflits, cependant « la loi du 13 novembre 1982 a supprimé le caractère obligatoire de la procédure de conciliation, ou de médiation, ou d'arbitrage » et « le recours volontaire à l'arbitrage, fréquent aux USA et au Canada, n'est souhaité dans les pays européens ni par le patronat ni par les syndicats »⁸⁶⁴. Certains auteurs pensent ainsi que la disparition du caractère obligatoire de ces modes de résolutions des conflits apparaît en général « plus nuisible qu'utile » lorsque la justice intervient pour trancher à chaud un conflit collectif⁸⁶⁵. Aussi l'arbitrage interne⁸⁶⁶ semble préférable lorsqu'il s'agit de régler un conflit de droit souple. D'une part, les engagements volontaires adoptés dans le cadre de la démarche RSE peuvent être appréhendés plus aisément par un arbitre sensibilisé à cette forme de droit souple, d'autre part l'arbitrage présente l'avantage d'une plus grande célérité. Il existe deux formes d'arbitrages juridiques⁸⁶⁷, l'arbitrage ne répondant pas à la notion du code de procédure civile (arbitrage contractuel, judiciaire, disciplinaire et forcé) et l'arbitrage répondant à la notion du code de procédure civil. Seul ce dernier se voyant appliquer le régime de l'arbitrage juridictionnel fixé par le code de procédure civile car il revêt la caractéristique essentielle du consentement⁸⁶⁸. Aussi, lorsque les parties à un litige ont accepté de soumettre celui-ci à l'arbitrage par clause compromissoire au contrat ou par compromis⁸⁶⁹, la sentence arbitrale prononcée par le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit. A moins selon la dérogation prévue à l'article 1478 du code de procédure civile, que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition : « Cette dérogation paraît même être de l'essence de l'arbitrage, car c'est largement afin d'échapper à la référence nécessaire à la règle de droit que les parties désirent souvent se soumettre à l'arbitrage. (...) L'amiable composition se traduit comme le droit conféré aux arbitres de rendre leur décision en équité, sans être tenus par les règles qui gouvernent le fond du droit »⁸⁷⁰. Ce qui peut se révéler plus adéquat lorsqu'il s'agit de droit souple et d'engagement volontaire ne répondant pas exactement aux qualifications juridiques exactes du droit dur. Les parties ayant accepté d'être liées par la sentence arbitrale, celle-ci met fin au litige et possède tous les caractères d'un jugement, il s'agit d'une véritable

⁸⁶⁴ AUZERO Gilles, BAUGARD Dirk, DOCKES Emmanuel, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2019, spéc.1490.

⁸⁶⁵ *Ibid.*

⁸⁶⁶ Art. 1442 et s. du code de procédure civile.

⁸⁶⁷ MOREAU Bertrand , « Arbitrage en droit interne », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, juin 2017 : « En raison de leur nature particulière, certains arbitrages ne sont pas considérés comme des arbitrages au sens juridique du terme. Ainsi, l'arbitrage sportif, l'arbitrage politique, l'arbitrage boursier et l'arbitrage fiscal obéissent à des règles spécifiques issues de leur domaine propre. Dans la catégorie des arbitrages juridiques, on distingue entre deux types d'arbitrage : les arbitrages qui ne répondent pas à la notion d'arbitrage au sens du code de procédure civile et ceux qui y répondent.»

⁸⁶⁸ MOREAU Bertrand , « Arbitrage en droit interne », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, juin 2017

⁸⁶⁹ Selon l'article 1442 du code de procédure civile La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage. »

⁸⁷⁰ MOREAU Bertrand , « Arbitrage en droit interne », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, juin 2017, point 370

décision juridictionnelle prononcée par un tribunal autonome indépendant qui est exécutoire pour les parties⁸⁷¹.

222. A défaut de choisir les modes de résolutions précités, les parties peuvent décider de porter leur litige devant une juridiction. Néanmoins la tâche du juge, statuant sur des dispositions relatives à la RSE peut s'avérer délicate en raison du caractère souple du droit qui lui sera présenté. Il n'existe pas à ce jour de juge spécialisé dans le domaine du droit souple et encore moins en matière de responsabilité sociétale et environnementale des entreprises. Ainsi, la question du non-respect d'un code éthique, d'un code de bonne conduite ou encore d'un « engagement RSE », insusceptible d'être rattaché à une quelconque catégorie juridique existante par le juge peut amener celui-ci à vider le litige de manière insatisfaisante.
223. La recherche d'une responsabilité extra-juridique, c'est-à-dire situé en dehors de l'application de règles de droit peut alors se présenter comme une alternative plus efficace au respect des engagements volontaires adoptés par l'entreprise.

2. La responsabilité extra-juridique et socio-économique

224. En dehors des hypothèses d'une recherche de responsabilité juridique de l'entreprise, des personnes peuvent avoir un intérêt à dénoncer les pratiques de la société qui ne respecterait pas ses propres engagements volontaires. Il peut s'agir de personnes physiques, seules – un lanceur d'alerte par exemple- ou regroupées au sein d'une personne morale comme une association de protection de l'environnement ou une association de protection des consommateurs. Il peut encore s'agir de sociétés chargées d'évaluer les entreprises comme un organisme de certification, une agence de notation ou une banque qui, par les informations et avis diffusés, amènera l'entreprise à rectifier son comportement en conséquence. Plus original, il peut être envisagé l'hypothèse d'un pays étranger présentant un intérêt à rechercher la responsabilité non-juridique de l'entreprise en visant ses engagements volontaires, préalablement à tout contentieux, en exigeant de l'entreprise qu'elle cesse ses activités nuisibles alors même qu'elle respecterait la législation du pays d'accueil⁸⁷².

⁸⁷¹ *Ibid.*, point 382 et s.

⁸⁷² Pour un cas se rapprochant de cette hypothèse, voyez la demande de fermeture adressée par les autorités politiques suisses à l'exploitant de la centrale nucléaire française de Fessenheim mais restée infructueuse. Sur le plan contentieux v° par contre CE, 22 février 2016, La République et Canton de Genève n°373516, com. de RAMBOUR Muriel, « Canton et ville de Genève contre la centrale nucléaire française du Bugey – poursuite du contentieux au pénal », *Droit de l'environnement*, avril 2016, n° 244, p. 152 : l'auteur remarque que les autorités helvétiques des cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne avait déjà exigé des autorités françaises l'arrêt immédiat de la centrale de Fessenheim et que « ces décisions successives rendues par les juridictions administratives françaises, défavorables aux requérants – qu'ils soient de nature associative ou politique-, incitent désormais les autorités genevoises à engager une procédure pénale conjointe visant le site du Bugey. ». S'agissant de cette action pénale introduite par la ville et le canton de Genève visant la centrale nucléaire du Bugey dans le département français de l'Ain déposée pour X pour mise en danger délibéré de la vie d'autrui et pollution des eaux v° aussi BILLET Philippe, « Quand la Suisse veut neutraliser le nucléaire français », *Energie – environnement – infrastructures*, LexisNexis, mai 2016, n°5, focus, p. 153

225. L'existence de cette diversité d'acteurs intéressés par les activités de l'entreprise a pour conséquence que l'engagement volontaire entraîne un effet, non seulement à l'intérieur de l'entreprise, mais aussi à l'extérieur de l'entreprise. En d'autres termes, l'entreprise aura pour « obligation » - entendu au sens d'un devoir moral et non au sens d'obligation juridique - d'assumer les engagements volontaires ainsi adoptés en s'y conformant. Le risque de ne pas s'y conformer consiste par exemple à ce que « l'image », la réputation de l'entreprise se dégrade suite au constat de non-conformité entre les déclarations d'engagement volontaire rendues publiques⁸⁷³ – notamment par l'existence d'obligation de *reporting* - et la réalité des activités effectivement exercées. Ainsi, le non-respect d'engagement volontaire traduit par la diffusion d'informations extra-financières par l'entreprise elle-même ou par une autre personne, peut entraîner de véritables sanctions économiques⁸⁷⁴. En effet, la publicité du non-respect des engagements volontaires peut entraîner une « crise de confiance chez les parties prenantes [qui] se traduira par la non-consommation individuelle ou collective des produits et services de l'entreprise »⁸⁷⁵. Nous pouvons ainsi imaginer que l'entreprise puisse alors souffrir d'une désaffection des consommateurs qui choisiraient de se tourner vers une entreprise concurrente dont les engagements volontaires seraient en cohérence avec la réalité de l'activité exercée. Puis, que par un « effet boule de neige », les résultats de l'entreprise subissent une forte baisse et qu'elle soit obligée de réduire ses dépenses d'investissement, de salariat, de rémunération des associés, voire, de supprimer les engagements volontaires qui avaient pourtant permis son essor.
226. Outre la responsabilité juridique encourue par l'entreprise lorsqu'elle adopte un engagement volontaire, l'entreprise doit donc veiller à se prémunir d'engager sa « responsabilité socio-économique ». En effet, le non-respect d'un engagement volontaire peut mener à une dégradation de l'image de l'entreprise et mener à une perte de confiance des consommateurs, une perte de clientèle ou encore à des actions de la société civile dirigées contre la société qui peuvent parfois avoir un effet bien plus grave pour l'entreprise qu'une condamnation au plan civil ou pénal.
227. Cette responsabilité extra-judiciaire provient le plus souvent de réactions émanant de la société civile ou du marché. Aussi, toute information diffusée par l'entreprise va permettre l'engagement de cette responsabilité socio-économique qui permet de mettre l'entreprise face à ses propres contradictions, à son propre cynisme⁸⁷⁶. Une transparence concrétisée par la diffusion ou la reddition d'informations extra-financières (ou *reporting* selon la

⁸⁷³ LEROUX Emmanuel, « Sanctions économiques ou comment faire des acteurs du marché des militants RSE », in MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René de (dir.), *La RSE saisie par le droit, Perspectives interne et internationale*, colloque des 6-7 avril 2016 à l'université de Strasbourg, v° la publication aux éditions A. Pédone, 2016, p.349 et s., l'auteur observe à cet égard que l'existence d'un « écosystème d'informations » constitue le « préalable nécessaire à toute sanction économique ».

⁸⁷⁴ *Ibid.*

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ RODA Jean-Christophe, « Cynisme d'entreprises », *Gazette du Palais*, n°30, 11 septembre 2018, p.3.

terminologie anglaise) est donc nécessaire et certains la perçoivent d'ailleurs comme l'unique moyen d'assurer la responsabilité des entreprises⁸⁷⁷. Certes, il peut être objecté que la responsabilité non-juridique peut être difficile à rechercher puisque l'entreprise peut choisir de ne diffuser aucune information ou engagement volontaire qui peut potentiellement avoir un « effet *boomerang* » et ne publier que des données favorables à son image lorsqu'elle n'est pas soumise à des obligations de *reporting*. Il n'en reste pas moins que dans une économie de marché, où la diffusion de l'information est devenue l'un des éléments clé pour apprécier la situation des entreprises, il devient désormais plus aisé de déceler les véritables engagements volontaires des engagements sans aucun effet de norme. A cet égard, le rapport de gestion d'une entreprise, contenant les informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, est public comme le note Bénédicte François qui observe que celui-ci pourrait constituer une « arme redoutable » pour les parties prenantes qui souhaiteraient sanctionner le comportement irresponsable de l'entreprise notamment à travers un « boycott », une démotivation du personnel, une défection des financiers⁸⁷⁸, l'organisation de pétitions, d'actions d'associations de protection de l'environnement et de défense des droits de l'Homme qui peuvent avoir un impact médiatique marqué⁸⁷⁹. Il ne peut enfin être ignoré, la vitesse fulgurante à laquelle se diffuse aujourd'hui l'information – vérifiée ou non vérifiée- à l'ère d'internet avec notamment les lanceurs d'alerte qui peuvent très vite avoir raison du non-respect d'engagements volontaires outre les avis d'associations de consommateurs, les campagnes de pétitions en ligne ou encore la médiatisation d'affaires mettant en cause tel label autoproclamé, etc. Ainsi, il suffit parfois d'une seule ou plusieurs personnes, aidées de la transition numérique, de la rumeur et du marché pour parvenir à sanctionner l'entreprise « irresponsable ».

228. Au-delà de ce type de responsabilité socio-économique, c'est peut-être à la responsabilité juridique et à la « justiciabilité » des engagements volontaires qu'il convient de revenir, en considération de l'intérêt croissant que leur porte la doctrine, par les propositions de qualification aux fins de rattachement au droit dur, ainsi que par les textes adoptés par législateur, avec le début d'édification d'un cadre juridique de la RSE.

⁸⁷⁷ Commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, Rapport Final A5-0159/2002, précité, p.21 : « Les rapports sociaux font partie intégrante du respect des normes sociales, de travail et environnementales agréées sur le plan international. La transparence est l'unique moyen d'assurer la responsabilité ».

⁸⁷⁸ *Ibid.*

⁸⁷⁹ On peut citer l'exemple de l'association Les Amis de la Terre qui attribue chaque année un prix « Pinocchio du développement durable » à l'entreprise qui utilise le concept de développement durable et de responsabilité sociale et environnementale en totale contradiction avec l'impact négatif de ses activités. Les lauréats de l'année 2013 étaient Véolia, La Société Générale, Total, Aréva, BNP Paribas, Air France, Auchan, Apple et Alstom. <http://www.prix-pinocchio.org> (consulté le 20 août 2014). En 2015 il s'agissait de Chevron, EDF, BNP Paribas. Inactualisé depuis 2015.

II. L'encadrement progressif de l'engagement volontaire signe d'une RSE de nouvelle génération

229. Comment reconnaître une entreprise « responsable » parmi d'autres ? L'adoption d'engagements volontaires en faveur des salariés, de la société ou de l'environnement contribue à cette reconnaissance, encore faut-il que la démarche soit expliquée et comprise, c'est tout l'intérêt de la diffusion d'informations extra-financières. D'abord volontaire, la diffusion d'informations extra-financières – aussi appelée « reddition », traduction de l'anglais *reporting* – était d'abord obligatoire pour les grandes entreprises mais la modification du périmètre des entreprises concernées permet d'y inclure désormais les plus grandes PME dans ce dispositif. En effet, il faut observer un mouvement d'encadrement des engagements volontaires en matière de diffusion d'informations extra-financières. Tout d'abord laissés à la libre appréciation des entreprises qui en ont adopté l'usage, les engagements volontaires relevaient à l'origine, dès le paternalisme industriel, d'un droit-écarté ou plus exactement d'une indifférence du législateur à ce sujet. Le juriste s'intéressant alors à leur juridicité et leurs effets comme cela a été vu. Ce n'est que lorsque les engagements volontaires se sont multipliés à compter des années 2000 que le législateur y a vu un intérêt pour la diffusion de préoccupations socio-environnementales. Mais c'est dans un premier temps par les organisations internationales, l'OCDE et l'ONU⁸⁸⁰, que les pratiques d'engagements volontaires en matière de RSE ont été encouragées. Ces pratiques sont alors saisies par la Commission européenne qui montre son intention de les appréhender juridiquement avec la publication d'un Livre vert sur cette thématique en 2001⁸⁸¹. La même année, le législateur français entreprend un premier pas vers l'encadrement des engagements volontaires en matière de RSE avec la loi NRE⁸⁸². L'élaboration de cette législation adopte la technique des indicateurs devant figurer au bilan social⁸⁸³ et met en place, par la création d'un article L225-102-1 du code de commerce, une liste d'informations fixée par décret en Conseil d'Etat : « sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ». L'Union européenne s'en est directement

⁸⁸⁰ V° les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales en 2000 (dernière mise à jour en 2011) ; le Pacte mondial (*Global compact*) des Nations-Unies en 2000 ou encore plus tôt dans l'histoire la Déclaration de Philadelphie du 10 mai 1944 qui précise les objectifs de l'OIT.

⁸⁸¹ Commission européenne, Livre vert - Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, COM(2001)366 final, préc.

⁸⁸² Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dont l'article 116 a créé l'article L225-102-1 du code de commerce qui dispose notamment dans son I : « Une déclaration de performance extra-financière est insérée dans le rapport de gestion prévu au deuxième alinéa de l'article L. 225-100, lorsque le total du bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat (...) ».

⁸⁸³ Loi n°77-769 du 12 juillet 1977 relative au bilan social de l'entreprise pour les entreprises comportant au moins 300 salariés ; Arrêté du 8 décembre 1977 fixant la liste des indicateurs dans le bilan social d'entreprise et dans le bilan social d'établissement des secteurs du commerce et des services. Doivent notamment figurer les effectifs de l'entreprise, les travailleurs extérieurs, les embauches et départs au cours de l'année d'exercice, l'absentéisme, les montants des rémunérations, les accidents de travail, la durée et aménagement du temps de travail, les formations, les relations syndicales, les oeuvres sociales. Selon ROUSSEAU Patrick, « La performance sociale est-elle mesurable ? Le rôle des agences de notation extra-financière », in IGALENS Jacques (dir.) *La responsabilité sociale des entreprises. Défis, risques et nouvelles pratiques*, Eyrolles, 2012, p.97, l'arrêté du 8 décembre 1977 constitue une première initiative de réglementation de la production d'information RSE.

inspirée puisqu'une Directive 2014/95/UE sur la publication d'informations extra-financières dite « directive RSE » est adoptée le 22 octobre 2014. Transposée en droit français par une ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet 2017 et un décret n°2017-1265 du 9 août 2017, l'obligation de diffusion d'informations extra-financières prend désormais la forme d'une « déclaration de performance extra-financière »⁸⁸⁴ figurant au même article L225-102-1 du code de commerce. Cette première étape vers une RSE légiférée paraît toutefois limitée puisqu'elle ne concerne que les grandes entreprises et les plus grandes PME (A). De plus, cette obligation possède un caractère faiblement contraignant, ce qui permet de nuancer l'intervention du législateur en la matière alors que la nécessité et l'exigence de transition écologique pourrait fonder l'extension de ces dispositions à davantage d'entreprises, et ce dans la perspective d'un nécessaire mouvement de retour au droit (B).

A. L'obligation de déclaration de performance extrafinancière pour certaines PME

230. L'idée de rendre compte aux associés et tiers des activités socio-environnementales menées par l'entreprise par la diffusion d'informations autres que financières est inhérente à l'approche soutenable de la responsabilité sociétale et environnementale. Le professeur de gestion Michel Capron situe son apparition dans la littérature comptable à partir des années 1990 sous les termes de « comptabilité verte » ou « comptabilité sociale et sociétale »⁸⁸⁵. Pour cet auteur qui utilise parfois le terme de « rapportage »⁸⁸⁶ pour traduire le terme anglais de « *reporting* », la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises suppose un « contenu informatif qui dépasse les intérêts financiers pour englober des données sur les salariés, les produits, les services rendus à la communauté, la prévention et la réduction de la pollution »⁸⁸⁷. En d'autres termes, responsabilité sociétale et environnementale et diffusion d'informations extra-financières vont nécessairement de paire. Michel Capron distingue la « reddition, obligation plus ou moins contraignante, obéissant généralement à des règles imposées de contenu et de forme » et la

⁸⁸⁴ Plus précisément, selon l'article L225-102-1, III al.2 du code de commerce tel que modifié par l'ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet 2017 : « La déclaration comprend notamment des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit, à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire et de la lutte contre le gaspillage alimentaire, aux accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés, aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées. » ; pour un aperçu global v° MALECKI Catherine, « Transposition de la directive RSE : un nouveau cadre de publication extra-financières pour les grandes entreprises », Bull. Joly Sociétés, n°10, 1er octobre 2017, p. 632.

⁸⁸⁵ CAPRON Michel, QUAIREL Françoise, « Le rapportage « développement durable » entre reddition et communication, entre volontariat et obligation », *Revue de l'organisation responsable* 2/ 2009 (Vol. 4), p. 19-29.

⁸⁸⁶ V. également MALECKI Catherine, « Transposition de la directive RSE : un nouveau cadre de publication extra-financières pour les grandes entreprises », Bull. Joly Sociétés, n°10, 1er octobre 2017, p. 632.

⁸⁸⁷ CAPRON Michel, QUAIREL Françoise, « Le rapportage « développement durable » entre reddition et communication, entre volontariat et obligation », *Revue de l'organisation responsable* 2/ 2009 (Vol. 4), p. 19-29.

« communication laissée à la libre production de l'entreprise »⁸⁸⁸. Le législateur a opté pour la diffusion de ces informations sous la forme d'une déclaration de performance extra-financière. Jusqu'en 2001, la diffusion d'informations extra-financières ne faisaient pas l'objet d'un encadrement spécifique par le législateur français mais était déjà encouragée au niveau international à travers les outils proposés par l'OCDE avec ses principes directeurs, par l'ONU à travers le *Global Reporting Initiative*, ou encore par les encouragements de la Commission européenne ⁸⁸⁹. Il s'agissait alors de « communications » volontaires.

231. Véritable précurseur en Europe⁸⁹⁰, la France décide en 2001 d'adopter une législation sur la transparence des entreprises en matière sociale et environnementale par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi « NRE »)⁸⁹¹. Par la création d'un article L. 225-102-1 dans le code de commerce, cette loi est venue mettre en place une législation obligeant certaines entreprises à préciser la manière dont elles prennent en compte les impacts sociaux et environnementaux liés à leurs activités et à l'indiquer dans leur rapport annuel de gestion. Cette obligation s'adresse alors uniquement aux quelques 700 entreprises cotées⁸⁹². La loi NRE est ensuite modifiée par l'article 225 de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (dite « Grenelle II »)⁸⁹³ et par son décret n°2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale. Quelque peu attendu⁸⁹⁴, le décret du 24 avril 2012 est venu préciser le périmètre d'application de l'obligation de diffusion d'informations extra-financières⁸⁹⁵. C'est ensuite la directive européenne n°2014/95/UE du 22 octobre 2014 relative à la publication

⁸⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁸⁹ Commission européenne, « Développement durable en Europe pour un monde meilleur : stratégie de l'Union européenne en faveur du développement durable », Communication du 15 mai 2001, COM(2001)264 final, non publié au JOUE : « L'action des pouvoirs publics est également essentielle pour encourager les entreprises à davantage prendre conscience de leurs responsabilités sur le plan social et pour mettre en place un cadre permettant de s'assurer que les entreprises intègrent les aspects environnementaux et sociaux dans leurs activités. Des entreprises parmi les plus clairvoyantes ont compris que le développement durable ouvre de nouvelles perspectives et elles ont commencé à adapter leurs investissements en conséquence. Il faudrait encourager les entreprises à intégrer de manière active le développement durable dans les activités qu'elles poursuivent à l'intérieur de l'Union européenne et dans le monde. (...) Toutes les sociétés cotées en bourse comptant au moins 500 personnes sont invitées à décrire leur "triple approche" dans les rapports annuels destinés aux actionnaires, qui permet de mesurer leurs résultats par rapport à certains critères économiques, environnementaux et sociaux. Les entreprises de l'Union européenne sont encouragées à démontrer et à rendre publique leur adhésion aux orientations de l'OCDE concernant les multinationales ou à d'autres documents d'orientation comparables. »

⁸⁹⁰ V° pour un aperçu d'ensemble CUZACQ Nicolas, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. des sociétés*, 2018, p. 347.

⁸⁹¹ Loi n°2001-420, article 116, JORF n°113 du 16 mai 2001 p. 7776.

⁸⁹² Il s'agit du chiffre avancé par l'observatoire sur la responsabilité sociétale des entreprises, ORSE, « Rapport de mission remis au gouvernement : Bilan critique de l'application par les entreprises de l'article 116 de la loi NRE », 2004, p.8

⁸⁹³ Complétée par son décret d'application n°2012-557 du 24 avril 2012, JO, 26 avril, p.7439

⁸⁹⁴ V. par exemple BARLOW Daniel, « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *Recueil Dalloz*, 2012, chron., p. 1502.

⁸⁹⁵ L'article 225 de la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement puis le décret n°2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale a étendu l'obligation de *reporting* qui concernait seulement les sociétés cotées mis en place par la loi NRE de 2001 aux sociétés de plus de 100 millions d'euros pour le total du bilan, ou de plus de 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et de plus de 500 salariés permanents employés en moyenne au cours de l'exercice (art. R225-104 c.com.).

d'informations non financières - inspiré de l'exemple français – qui conduit le législateur français à adopter l'ordonnance de transposition n°2017-1180 du 19 juillet 2017 et le décret n°2017-1265 du 9 août 2017.

232. Ainsi, de quelques grandes entreprises concernées par l'obligation de diffusion d'informations non financières, le périmètre des entreprises tend à s'élargir progressivement aux PME, par un abaissement du seuil du bilan, du chiffre d'affaires et du nombre moyen de salariés. En effet, le décret du 9 août 2017 est venu élargir le périmètre des entreprises concernées par l'obligation de publication d'informations non financières lorsque le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent un certain seuil indiqué à l'article R225-104 du code de commerce. Pour les sociétés côtées, le seuil est fixé à 20 millions pour le total du bilan, à 40 millions pour le montant net du chiffre d'affaires et à 500 salariés moyens permanents employés au cours de l'exercice, pour les sociétés non côtées le seuil est pour ces mêmes critères de 100 millions et 250 salariés⁸⁹⁶. La PME *strico sensu* n'est donc pas concernée puisque selon la recommandation n°2003/361/CE de la Commission européenne : « La catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros ». Toutefois, la PME peut être indirectement concernée par l'obligation de transparence extra-financière lorsque ladite entreprise entre dans le périmètre de consolidation d'un groupe de sociétés⁸⁹⁷. Les différentes PME contrôlées⁸⁹⁸ au sein d'un groupe de sociétés peuvent ainsi voir leurs engagements volontaires repris dans la déclaration consolidée de performance extra-financière.

233. En dehors de ce cas, sont donc principalement concernées par l'obligation de transparence extra-financière les grandes entreprises et les PME *largo sensu*, c'est-à-dire les entreprises de taille intermédiaires (ETI)⁸⁹⁹. Dans tous les cas, l'abaissement du seuil et par conséquent l'élargissement du périmètre des entreprises concernées par l'obligation de diffusion d'informations non financières peut laisser entrevoir à terme, un élargissement supplémentaire de ce seuil vers les PME *stricto sensu*. Pour l'heure, il faut donc retenir de ce « labyrinthe de seuil », que le contenu de l'obligation de transparence décroît avec la

⁸⁹⁶ « Le seuil du bilan et celui du chiffre d'affaire sont alternatifs (...) il suffit que l'un de ces deux seuils soit dépassé en sus de celui relatif à l'effectif pour que la société soit assujettie à l'obligation de transparence extra-financière.» comme le précise CUZACQ Nicolas, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », Rev. des sociétés, 2018, p.347.

⁸⁹⁷ L'article L225-102-1, II, prévoit que : « Les sociétés mentionnées au I qui établissent des comptes consolidés conformément à l'article L. 233-16 sont tenues de publier une déclaration consolidée de performance extra-financière lorsque le total du bilan ou du chiffre d'affaires et le nombre de salariés de l'ensemble des entreprises comprises dans le périmètre de consolidation excèdent les seuils mentionnés au I. ».

⁸⁹⁸ Au sens de l'article L233-16 du code de commerce

⁸⁹⁹ Selon le décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique, est considéré comme une entreprise de taille intermédiaire, l'entreprise qui a entre 250 et 4999 salariés, et soit un chiffre d'affaires n'excédant pas 1,5 milliards d'euros soit un total de bilan n'excédant pas 2 milliards d'euros.

taille de l'entreprise⁹⁰⁰. Ce qui peut se comprendre par la préoccupation de ne pas alourdir les formalités à accomplir pour une PME de petite taille.

234. Les entreprises visées par le seuil de l'ordonnance et du décret doivent selon l'article L225-102-1 du code de commerce, insérer une déclaration de performance extra-financière dans le rapport annuel de gestion. Cet article L225-102-1 prévoit que « la déclaration comprend notamment des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit, à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire et de la lutte contre le gaspillage alimentaire, aux accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés, aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées. »⁹⁰¹.

235. L'article R225-105 du code de commerce précise la nature des informations requises par la déclaration de performance extra-financière de l'article L225-102-1 qui sont de l'ordre de trois types ⁹⁰² : des « informations sociales », des « informations environnementales » et des « informations sociétales ». Chaque catégorie d'informations fait l'objet d'une liste détaillée par cet article R225-105 du code de commerce. Dans les « informations sociales » figurent notamment les informations relatives à l'effectif total et la répartition des salariés par sexe, âge et par zone géographique, les embauches et les licenciements, les rémunérations et leur évolution, l'organisation du travail, l'organisation du temps de travail, les politiques de formation, ou encore les mesures en faveur de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes. Les « informations environnementales » qui doivent figurer dans la déclaration de performance extra-financière sont notamment celles relatives à la politique générale en matière environnementale comme les démarches d'évaluation ou de certification, les moyens consacrés à la prévention des risques environnementaux et pollutions (prévention, réduction, réparation de rejets dans l'air, l'eau, le sol affectant gravement l'environnement), la gestion des déchets (mesures de prévention, de recyclage, de réutilisation de valorisation et d'élimination), l'utilisation durable des ressources (consommation d'eau et approvisionnement en eau, consommation de matières premières, consommation d'énergie, utilisation des sols), le changement climatique (évaluation des rejets de gaz à effet de serre et mesures de réduction). Enfin, les « informations sociétales » visent l'impact territorial, économique et social de l'activité de la société, les relations avec les parties prenantes (personnes ou organisations intéressées par l'activité de la société, notamment les associations d'insertion, les associations de défense de l'environnement, la sécurité et la santé du consommateur), ainsi que la prise en compte

⁹⁰⁰ CUZACQ Nicolas, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », Rev. des sociétés, 2018, p. 347.

⁹⁰¹ Article L225-102-1, III al.2 c. com.

⁹⁰² Pour une analyse de ces informations v° FRANCOIS Bénédicte, « *Reporting* RSE : commentaire du décret n°2012-557 du 24 avril 2012 », Revue des sociétés, 2012, p.607.

des enjeux sociaux et environnementaux en matière de sous-traitance et avec les fournisseurs.

236. Des informations complémentaires sont exigées pour toute société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, c'est-à-dire que les sociétés cotées en bourse ont une obligation renforcée d'information extra-financière. Celles-ci doivent ainsi fournir une « double-liste »⁹⁰³ d'informations dans chacun des trois domaines visés, plus particulièrement en matière de droits de l'Homme à travers la publication d'informations sociales sur le respect des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (respect de la liberté d'association et du droit de négociation collective, élimination des discriminations, élimination du travail forcé, élimination du travail des enfants), ou encore des informations sur la politique générale de l'entreprise en matière environnementale (montant des provisions et garanties pour risques environnementaux, utilisation durable des ressources, l'adaptation au changement climatique), ainsi que des informations supplémentaires relatives aux engagements sociétaux et notamment l'importance de la sous-traitance, les actions de lutte contre la corruption, les mesures prises en faveur de la santé et de la sécurité des consommateurs ainsi que toutes autres actions en faveur des droits de l'Homme. Nicolas Cuzacq regrette que le législateur « ait maintenu l'existence d'une double liste fondée sur la cotation alors que la doctrine a, avec à propos, rappelé que l'activité des entreprises pouvait justifier des informations supplémentaires mais pas leur mode de financement »⁹⁰⁴. Il relève par exemple que « la société Carrefour doit publier dans sa déclaration de performance extra-financière des informations relatives à la corruption et aux droits de l'homme contrairement à Auchan alors que ces deux entreprises ont de nombreuses similarités »⁹⁰⁵.

237. Il faut relever que la déclaration de performance extra-financière relève des dispositions applicables aux sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiées seraient alors selon le professeur Catherine Malecki « hors champ » de l'obligation de déclaration de performance extra-financière⁹⁰⁶. L'auteur relève néanmoins que l'article L 225-102-1, 2° évoque de façon générale « toute société », il semblerait donc logique que dès lors que la société dépasse les seuils fixés par l'article R225-104 du code de commerce, elle soit contrainte de procéder à la diffusion d'une déclaration de performance extra-financière⁹⁰⁷. Par ailleurs, les dispositions de l'article L227-1 relatives à la SAS n'excluent pas les dispositions de l'article L225-102-1 du code de commerce. Seraient donc également concernées les PME *largo sens* adoptant la forme de SAS dès lors qu'elles dépasseraient le seuil fixé pour la déclaration de performance extra-financière.

⁹⁰³ CUZACQ Nicolas, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. des sociétés*, 2018, p. 347.

⁹⁰⁴ *Ibid.*

⁹⁰⁵ *Ibid.*

⁹⁰⁶ MALECKI Catherine, « Transposition de la directive RSE : un nouveau cadre de publication extra-financières pour les grandes entreprises », *Bull. Joly Sociétés*, n°10, 1er octobre 2017, p.632.

⁹⁰⁷ *Ibid*

238. S'agissant de l'efficacité de ce dispositif de diffusion d'informations extra-financières, des critiques ont pu être émises au fil des évolutions du dispositif législatif. En 2004, un rapport sur l'application de la loi NRE, commandé par le gouvernement à l'Observatoire de la Responsabilité Sociétale des Entreprises (ORSE)⁹⁰⁸, souligne les défaillances et carences des dispositions de l'article L225-102-1 dans sa version originelle. Le rapport note la difficile distinction entre les informations relevant de l'application de la loi NRE et les informations publiées au titre d'une démarche volontaire lorsque l'entreprise n'effectue pas celle-ci par des documents séparés⁹⁰⁹. En conséquence d'une « application erratique par les sociétés concernées »⁹¹⁰, les dispositions furent révisées. Plusieurs modifications furent apportées par la loi « Grenelle II »⁹¹¹. La doctrine a pu souligner les avancées réalisées depuis 2001⁹¹² avec l'élargissement du périmètre des sociétés concernées par l'obligation de *reporting*⁹¹³, l'intégration des filiales ou sociétés contrôlées, ainsi que l'intervention d'un organisme tiers indépendant accrédité à cet effet et appelé à vérifier les informations sur les conséquences sociales et environnementales devant figurer dans le rapport de développement durable. Malgré la transposition de la directive RSE n°2014/95/UE par l'ordonnance du 19 juillet 2017 et son décret d'application du 9 août 2017⁹¹⁴, les auteurs restent dubitatifs sur l'effectivité du *reporting* extra-financier car s'il existe un contrôle des informations par un organisme tiers indépendant on déplore l'absence de réelles sanctions.

B. L'imperfection de l'obligation de déclaration de performance extra-financière : un timide retour au droit

239. La législation française exigeait avant la transposition de la directive n°2014/95/UE un rapport de développement durable, il est désormais question de performance extra-financière. Si les mots changent, le caractère obligatoire semble demeurer. Néanmoins, s'agit-il véritablement d'une obligation ou n'est-ce pas plutôt une « obligation

⁹⁰⁸ L'ORSE est une association créée en 2000 réunissant notamment des entreprises et ONG et des personnes de droit public ayant pour objet de collecter, analyser et faire connaître des informations, documents et études sur la responsabilité sociétale des entreprises et sur l'investissement socialement responsable, en France et à l'étranger. Elle est l'auteur de nombreux rapports et guides sur la RSE, v° <http://www.orse.org/nos-publications/>, consulté le 5 août 2017

⁹⁰⁹ ORSE, « Rapport de mission remis au gouvernement : Bilan critique de l'application par les entreprises de l'article 116 de la loi NRE », 2004, p.9

⁹¹⁰ BARLOW Daniel, « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », Recueil Dalloz, 2012, chron., p.1502

⁹¹¹ Loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, art. 225 modifiant l'article L 225-102-1 du code de commerce, ajoute notamment la condition de vérification des informations sociales et environnementales par un organisme tiers indépendant émettant un avis transmis à l'assemblée des actionnaires ou associés en même temps que le rapport du conseil d'administration ou du directoire.

⁹¹² BARLOW Daniel, « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », Recueil Dalloz, 2012, chron., p.1502 ; FRANCOIS Bénédicte, « Reporting RSE : commentaire du décret n°2012-557 du 24 avril 2012, Rev. Sociétés 2012, p.607

⁹¹³ BARLOW Daniel, *ibid.*, L'auteur observe que l'élargissement du dispositif à travers des critères connus, objectifs, quantifiables et quantifiés, malgré l'absence de lien direct avec les risques causés à l'environnement, présente l'avantage de refléter le niveau d'activité global de l'entreprise. L'auteur regrette cependant que ce dispositif ne concerne pas les entreprises publiques.

⁹¹⁴ Textes préc., conduisant à une nouvelle rédaction des articles L 225-102-1 et R225-105 du code de commerce.

imparfaite », selon la distinction entre obligation parfaite et imparfaite employée par Pothier⁹¹⁵. C'est-à-dire une obligation qui ne produit qu'un devoir de pure bienséance sans que personne ne puisse exiger son accomplissement ?⁹¹⁶ Est-ce uniquement un complément d'informations au regard de l'obligation première posée par l'article L225-100 du code de commerce, qui oblige annuellement le conseil d'administration ou le directoire à présenter à l'assemblée générale ordinaire des actionnaires les comptes annuels, l'évolution des affaires et la situation de la société ? En d'autres termes, l'intégration de préoccupations socio-environnementales par l'entreprise à travers l'obligation de diffusion d'informations extra-financières participe-t-elle d'un véritable mouvement de retour au droit par l'encadrement législatif de la RSE ? Rien n'est moins sûr au regard de la réception de l'obligation de déclaration de performance extra-financière par les associés qui peuvent s'en désintéresser, à défaut d'un tiers vérificateur réellement indépendant (1). Il est néanmoins possible pour toute personne intéressée de demander au juge une injonction de communication des informations extra-financières, mais c'est le droit commun qui semble constituer la voie la plus efficace pour contraindre l'entreprise à satisfaire à son obligation de diffusion d'informations extra-financières (2).

1. La diffusion d'informations comme fin en soi

240. Si les informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité sont davantage précisées et le périmètre des entreprises élargi⁹¹⁷, il faut en réalité s'interroger, comme le faisait déjà George Ripert, sur l'utilité des rapports présentés aux actionnaires. Celui-ci soulignait l'indifférence des actionnaires face à la communication de certaines informations : « on a beau multiplier les rapports et en préciser l'objet ; le plus souvent c'est une lecture rapide de chiffres faite dans l'indifférence de l'assemblée. Les actionnaires sont résignés à ne rien comprendre, à ne rien savoir. Ils se fient aux administrateurs »⁹¹⁸.

241. Le centre d'études et de prospectives du groupe « Alpha », qui a déjà réalisé plusieurs études sur la législation française à propos de la transparence des entreprises, publiait en février 2014 le dixième bilan de celle-ci. L'étude est plutôt négative, son titre indique que « le *reporting* n'est toujours pas une réponse des entreprises aux interrogations de la

⁹¹⁵ POTHIER Robert-Joseph, *Œuvres de Pothier*, Paris, éd. Siffrein, 1821, t.1, p. 77 : « Le terme d'obligation a deux significations. Dans une signification étendue, *lato sensu*, il est synonyme de *devoir*, et il comprend les obligations *imparfaites* aussi bien que les obligations *parfaites*. On appelle obligations imparfaites, les obligations *imparfaites* les obligations dont nous ne sommes comptables qu'à Dieu, et qui ne donnent aucun droit à personne d'en exiger l'accomplissement : tels sont les devoirs de charité, de reconnaissance ; telle est, par exemple l'obligation de faire l'aumône de son superflu.(...) lorsqu'il s'acquitte de cette obligation, le pauvre à qui il [le riche] fait l'aumône ne la reçoit pas comme une dette, mais comme un pur bienfait. ».

⁹¹⁶ DURANTON Alexandre, *Traité des contrats et des obligations en général*, Paris, éd. Nève, t.1, 1819, p.13 : « L'obligation imparfaite, au contraire [de l'obligation naturelle], ne produit qu'un devoir de pure bienséance à remplir; elle ne rend pas créancier celui qui a conféré un bienfait; elle ne rend pas débiteur, même dans le for de la conscience, celui qui l'a reçu. ».

⁹¹⁷ Article L225-102-1 du code de commerce.

⁹¹⁸ RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, 2^{ème} éd., p. 101.

société»⁹¹⁹. Si les auteurs de l'étude reconnaissent que cette législation a été un vecteur de progrès essentiel en matière de transparence des entreprises, ceux-ci affichent leur perplexité après dix années de lecture assidue et attentive des rapports produits et déplorent que : « les informations publiées au titre de la RSE n'auraient donc pour seule finalité que la conformité à la réglementation »⁹²⁰. La publication d'informations socio-environnementales dans le rapport de gestion serait donc d'avantage perçue comme une fin en soi plutôt qu'une mise en application réelle de ces « informations » sur la RSE. Le rapport indique surtout qu'aucune disposition n'était prévue par la loi en 2014 pour sanctionner le défaut ou l'absence desdites informations dans le rapport de gestion. Il s'agit alors de satisfaire une obligation dénuée de sanction, c'est une obligation imparfaite ou un « *reporting* imparfait »⁹²¹ en raison de l'absence de sanction spécifique.

242. Un amendement, non retenu, à la loi *Grenelle II* avait pourtant été déposé en ce sens et prévoyait : « Des informations erronées ou lacunaires, susceptibles d'induire une mauvaise appréciation sur les activités et les risques de l'entreprise, sont fautives et engagent la responsabilité des dirigeants et du conseil d'administration. Ces fautes sont sanctionnées par le juge et, pour les sociétés cotées, par l'Autorité des marchés financiers. »⁹²². Il était ainsi envisagé de confier un rôle particulier à l'AMF, chargée d'enregistrer et de vérifier la conformité du rapport - aujourd'hui déclaration de performance extra-financière - avec un pouvoir de sanction en cas d'infraction. Ces propositions de conformité étaient ainsi motivées par la nécessité d'une vérification par une structure étatique de la qualité et de la véracité des informations sociales et environnementales diffusées par les entreprises. En effet, il était indiqué au soutien de cet amendement que : « aujourd'hui personne en France n'est en mesure de dire combien d'entreprises respectent l'obligation de *reporting* prévue par la loi. Les omissions, inexactitudes, voire l'absence de rapport sur les impacts sociaux et environnementaux ne font l'objet d'aucun dispositif d'interpellation efficient, ainsi les entreprises faisant preuve de mauvaise volonté continuent à ne pas rapporter correctement faute de sanction effective, cet état de fait entraînant une concurrence déloyale à l'égard des entreprises qui tentent de respecter le dispositif »⁹²³.

243. Il faut donc retenir pour unique vérificateur l'intervention d'un organisme tiers indépendant, mais « on peut se demander si cette nouvelle exigence de vérification des

⁹¹⁹ Groupe Alpha, « Législation française sur la transparence des entreprises : dixième bilan d'application. Le reporting n'est toujours pas une réponse des entreprises aux interrogations de la société », février 2014, accessible en ligne : <http://www.groupe-alpha.com/fr/etudes-prospective/publications/bilans-application-repor/legislation.html> (consulté le 14 août 2014).

⁹²⁰ *Ibid.*, p.45

⁹²¹ ROLLAND Blandine, « Le reporting social, sociétal et environnemental : regards critiques », Bull. Joly sociétés, n°4, 1^{er} avril 2014, p.287.

⁹²² Plusieurs auteurs regrettent l'abandon de cet amendement dont notamment FRANCOIS Bénédicte, « Reporting RSE : commentaire du décret n°2012-557 du 24 avril 2012 », Rev. Sociétés 2012, p.607 ; CUZACQ Nicolas, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », Rev. des sociétés, 2018, p.347.

⁹²³ Assemblée Nationale, Projet de loi n°1965 portant engagement national pour l'environnement, commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, amendements CD 1122 et CD 1123, 19 mars 2010, [En ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/amendements_commissions/dvp/1965-15.pdf, consulté le 18 septembre 2018]

données sociales, sociétales et environnementales contribue vraiment à instaurer ou à restaurer la confiance des investisseurs et du public dans les informations délivrées par les entreprises», selon Blandine Rolland, cette vérification peut être effectuée par un commissaire aux comptes, or il faut constater que les cabinets d'audits se regroupent et la concurrence s'affaiblit, ce qui pose la question de l'indépendance des tiers vérificateurs⁹²⁴.

2. Les voies possibles d'obtention des informations extra-financières

244. Les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance du 19 juillet 2017 et de son décret d'application du 9 août 2017 prévoient une injonction de communication des informations sociales et environnementales pour les entreprises concernées par les seuils légaux et donc pour la PME *largo sensu*. Désormais « toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de communiquer les informations »⁹²⁵. Cette possibilité semble insatisfaisante, notamment en cas de déclaration incomplète ou trompeuse⁹²⁶. Néanmoins, le fait pour l'entreprise de devoir publier les informations sur son site internet l'expose, comme les engagements volontaires, à la possibilité de recherche d'une responsabilité juridique⁹²⁷. Le décret du 9 août 2017 précise à l'article R225-105-1, III, du code de commerce, que la déclaration de performance extra-financière doit être mise à la libre disposition du public et rendue aisément accessible sur le site internet de la société dans un délai de huit mois à compter de la clôture de l'exercice et pendant une durée de cinq années.
245. Selon le professeur Bénédicte François, s'il n'existe effectivement aucune sanction spécifique prévue par la loi en cas de méconnaissance de l'obligation de *reporting*, d'autres sanctions sont envisageables à travers le droit commun⁹²⁸. S'agissant des sanctions civiles, l'article L225-121 du code de commerce prévoit la nullité des délibérations prises par l'assemblée d'actionnaires en cas de défaut d'établissement du rapport de gestion⁹²⁹, encore faut-il qu'un associé exerce l'action en nullité de l'ensemble

⁹²⁴ ROLLAND Blandine, « Le reporting social, sociétal et environnemental : regards critiques », Bull. Joly sociétés, n°4, 1^{er} avril 2014, p.287.

⁹²⁵ Art. L225-102-1, VI al. 2 c. com.

⁹²⁶ CUZACQ Nicolas, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », Rev. des sociétés, 2018, p.347.

⁹²⁷ *Ibid.*, « La disposition est pertinente car elle facilite l'accessibilité de l'information au profit des parties prenantes. Surtout, sur le plan juridique, elle renforce la probabilité qu'un consommateur ou un investisseur, lors d'un arbitrage, prenne en considération l'information extra-financière. Dans l'hypothèse d'une information fautive ou trompeuse, le droit de la consommation et le droit financier pourront être plus facilement invoqués(13). Les entreprises vertueuses qui publient des informations exactes sur internet seront enclines à invoquer le droit de la concurrence afin d'éviter que la compétition soit faussée au profit des entreprises qui jouent la comédie des apparences. En revanche, on peut regretter que le rapport de l'organisme tiers indépendant ne soit pas publié sur internet à l'adresse des parties prenantes car il est le guide de lecture de la déclaration de performance extra-financière. »

⁹²⁸ FRANCOIS Bénédicte, « Reporting RSE : commentaire du décret n°2012-557 du 24 avril 2012 », Rev. Sociétés 2012, p.607 ; v. également *infra* sur la recherche de responsabilité juridique relative aux engagements volontaires.

⁹²⁹ L'article L225-121 du code de commerce sanctionne par la nullité le non-respect de l'article L225-100 al. 2 qui prévoit la présentation du rapport de gestion : « Le conseil d'administration ou le directoire présente à l'assemblée les comptes annuels et le cas échéant les comptes consolidés, accompagnés du rapport de gestion y afférent, (...) ». Rapport de gestion devant lui-même contenir la déclaration de performance extra-financière prévue à l'article L225-102-1.

de l'assemblée générale. En l'absence de déclaration de performance extra-financière il semble que le législateur n'ait pas réellement envisagé l'hypothèse de la nullité de l'assemblée générale puisqu'il est prévu, lorsque le rapport annuel de gestion ne comprend pas les informations sur les conséquences sociales et environnementales visées par l'article L225-102-1, la possibilité pour toute personne intéressée de 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 informations⁹³⁰. Dans l'hypothèse où les informations sociales et environnementales figurent dans le rapport de gestion, l'auteur regrette surtout l'absence de sanction en cas d'informations erronées ou mensongères alors même qu'un amendement avait été déposé en ce sens⁹³¹.

246. C'est alors sur le volet pénal qu'il serait possible de sanctionner une déclaration de performance extra-financière non conforme à la réalité, ainsi le professeur François envisage le délit de diffusion de fausses informations⁹³². L'article L465-3-2 du code monétaire et financier créé par la loi n°2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché prévoit une peine de 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 délit⁹³³ : « 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 sur l'offre, la demande ou le cours d'un instrument financier ou qui fixent ou sont susceptible de fixer le cours d'un instrument financier à un niveau anormal ou artificiel ». Davantage en rapport avec la déclaration de performance extra-financière diffusée par une entreprise émettrice d'instruments financiers, l'article L465-3-3, I, 1° punit des mêmes peines : « le fait, par toute personne : de fournir ou de transmettre des données ou des informations fausses ou trompeuses utilisées pour calculer un indice de référence ou des informations de nature à fausser le cours d'un instrument financier ou d'un actif auquel est lié un tel indice (...) ». Des informations fausses ou trompeuses contenues dans la déclaration de performance extra-financière, utilisées pour calculer un indice ou de nature à fausser le cours d'un instrument financier, pourraient alors entraîner la responsabilité pénale de l'entreprise. Pour le professeur Bénédicte François : « une erreur insignifiante dans le rapport ne caractériserait pas l'élément matériel du délit »⁹³⁴. A l'inverse, lorsqu'une information s'avèrerait fausse ou trompeuse, l'élément matériel du délit serait alors caractérisé. Ces articles précisant que la tentative de l'infraction est punie des mêmes peines. A ce jour, aucune décision de justice sur un défaut d'informations ou une information fausse ou trompeuse n'est relevée. Le nouveau dispositif législatif sur la

⁹³⁰ Art. L225-102-1, VI al. 2 c. com.

⁹³¹ Supra.

⁹³² FRANCOIS Bénédicte, précité. L'auteur vise l'article L465-2 du code monétaire et financier dans sa version antérieure à la loi la loi n°2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché. Depuis cette loi, l'infraction est désormais située au nouvel article L465-3-1 du CMF.

⁹³³ Selon l'article L465-3-5 du code monétaire et financier, les personnes morales déclarées responsables pénalement encourent, outre l'amende prévue multipliée au quintuple selon l'article 131-38 du Code pénal, les sanctions prévues par l'article 131-39 (dissolution, interdiction d'exercice, fermeture, confiscation, exclusion des marchés publics, affichage de la décision ou diffusion...), la peine peut être portée à 15 % du chiffre d'affaires annuel total.

⁹³⁴ FRANCOIS Bénédicte, précité.

déclaration de performance extra-financière sera à suivre avec la plus grande attention dans son application.

*

247. La faiblesse des dispositions législatives actuelles en matière de responsabilité sociétale et environnementale, caractérisée par un champ d'application restreint – s'agissant des PME, aux entreprises de taille intermédiaire et aux PME intégrées dans le périmètre des comptes consolidés d'une entreprise dépassant le seuil pour l'obligation de transparence extra-financière – ou le caractère peu contraignant de celles-ci en raison de sanctions inexistantes, conduit à poser la question de la capacité de ce corpus juridique à permettre le développement d'une véritable responsabilisation sociétale et environnementale des entreprises. Il apparaît au contraire que ni les engagements volontaires, ni la diffusion d'informations extra-financières ne permettent, à ce jour, d'inscrire véritablement le développement durable et la transition écologique dans le fonctionnement des entreprises. Bien plus, cela témoigne d'un échec de la notion même de développement durable qui ne parvient pas, lorsqu'elle est mise en texte par le législateur ou formalisée par les entreprises dans des engagements volontaires, à une remise en cause des valeurs qui fondent la Société et les entreprises. A propos du développement durable, l'économiste Serge Latouche indique qu'il s'agit d'un « bricolage conceptuel visant à changer les mots à défaut des choses, oxymore mystificateur qui permet au concept de survivre et promet, perspective désespérante, le développement pour l'éternité... (...). En accolant un adjectif, il ne s'agit pas vraiment de remettre en question l'accumulation capitaliste. Tout au plus songe-t-on à adjoindre un volet social ou une composante écologique. En se focalisant sur les conséquences sociales ou les nuisances environnementales, on évite les approches globales d'une analyse de la dynamique planétaire. (...) L'important est de signifier la rupture avec l'entreprise de destruction qui se perpétue sous le nom de développement ou de mondialisation. »⁹³⁵.

248. Toutefois, l'enjeu réside bien dans le domaine juridique, dans la nécessité d'une définition actualisée de la société commerciale et d'une législation adaptée à l'évolution des nouvelles attentes de la Société. Les engagements volontaires et les pratiques de responsabilité sociétale et environnementale des entreprises ne sont pas dénués d'intérêts. Ceux-ci mettent en lumière un mouvement de modification de l'entreprise. D'une part, l'entreprise est de plus en plus contrainte – par la Société et le droit – à prendre en compte l'impact de son activité économique sur la société et l'environnement et ce, au-delà d'une approche cosmétique en considération des risques de responsabilité juridique et socio-économiques encourus. D'autre part, en voulant s'adapter aux nouvelles attentes de ses parties prenantes et de la Société, l'entreprise est amenée à faire évoluer le droit par l'adoption d'engagements volontaires qui dépassent le seul respect de la législation,

⁹³⁵ LATOUCHE Serge, « Sans développement, pas de salut, mais...le développement de quoi ? », Le Monde diplomatique, mai 2001, Manière de voir, octobre 2018, p.10.

entraînant un changement de perception du comportement normalement attendu comme socialement responsable de la part d'une entreprise. Le changement pouvant alors s'effectuer dans un groupe de société, à partir de la PME contrôlée, vers la société soumise à l'obligation de déclaration consolidée de performance extra-financière. Cette dernière devra alors prendre en considération les pratiques des PME de son périmètre de consolidation⁹³⁶. Il s'agit alors de constater l'apparition de nouvelles formes d'organisation des activités économiques propices à l'intégration des divers intérêts qui gravitent autour de l'entreprise. Ces observations incitent à poser la question générale de la vision de l'entreprise par le droit et plus particulièrement de la dichotomie existante entre la notion d'association, groupement à but non lucratif, auxquels s'oppose la société commerciale, groupement à but lucratif. Une telle opposition semble dépassée au regard de la conception soutenable de la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises. De surcroît, une nouvelle approche peut alors être proposée plus avant à travers la conceptualisation d'une entreprise, non plus seulement socialement ou durablement responsable, mais surtout sobre. Ce qui permettrait dès lors de dépasser une approche de la RSE limitée à l'angle des engagements volontaires et de l'information extra-financière, soit une conception holistique de la société commerciale qui intègre véritablement l'exigence de transition écologique.

*

⁹³⁶ Art. L225-102-1, II et L233-16

CONCLUSION DU CHAPITRE II

249. À travers ces développements il a pu être constaté que « l'engagement volontaire » constitue l'instrument juridique le plus couramment employé par les entreprises, à travers des codes de conduite privés dont l'application est relevée dans des rapports de développement durable ou pour les grandes entreprises, dans une déclaration de performance extra-financière, pour manifester leur responsabilité sociétale et environnementale. Loin d'être uniquement un engagement moral, l'engagement volontaire comporte une intention normative car elle a pour objectif d'encadrer ou de modifier des comportements au sein de l'entreprise. Cette volonté exprimée par les entreprises renforce l'idée d'un droit post-moderne dans lequel des personnes de droit privé participent à l'élaboration du droit. Aboutissant ainsi pour le droit de la transparence extra-financière à relever selon un auteur de la « soft hard law »⁹³⁷, soit un mélange entre obligation juridique et droit souple en raison d'une simple possibilité d'injonction de communication de la déclaration de performance extra-financière⁹³⁸. Aussi, qu'il s'agisse de déclaration de performance extra-financière obligatoire ou d'engagement volontaire à l'initiative de l'entreprise, le régime juridique est identique, les deux sont *a priori* dénués d'effet de droit, du fait qu'ils ne sont pas revêtus de la contrainte – hormis la possible injonction – au sens des voies et moyens d'actions propres à faire respecter une obligation juridique. Pourtant, il faut retenir que l'engagement volontaire comme la déclaration de performance extra-financière ne sont pas dénués d'effet de norme en ce qu'ils influencent dans une certaine mesure, les comportements des personnes, la perception qu'elles ont de leur activité, les schémas de pensée, en somme les attitudes à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise s'en trouvent modifiées. Ces changements tiennent beaucoup au fait que l'engagement volontaire n'est potentiellement pas sans effet juridique car il peut aboutir à l'engagement de la responsabilité civile ou pénale de l'entreprise. Plus encore, le non-respect d'un engagement volontaire peut aboutir à de graves effets socio-économiques. La sanction n'étant plus juridique mais ayant pour origine par exemple la dénonciation des pratiques non-conformes aux engagements volontaires par des associations ou des consommateurs, des répercussions médiatiques et d'éventuelles conséquences financières et économiques, qui peuvent se révéler plus graves qu'une condamnation judiciaire pour l'entreprise.

250. L'engagement volontaire est aujourd'hui bien appréhendé par la doctrine et le législateur n'est pas resté en situation d'observateur. La France, en tant que précurseur, puis l'Union européenne⁹³⁹, ont mis en place une obligation d'information extra-financière dans les rapports annuels de gestion avec l'obligation de déclaration de performance extra-financière. Ce dispositif législatif de *reporting* extra-financier est encore balbutiant

⁹³⁷ CUZACQ Nicolas, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. des sociétés*, 2018, p.347.

⁹³⁸ *Ibid.*

⁹³⁹ Directive RSE n°2014/95/UE ; ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet 2017 ; décret n°2017-1265 du 9 août 2017

et ne concerne qu'un faible nombre d'entreprises. Aussi, il est regrettable que ce dispositif ne soit pas assorti d'un véritable caractère contraignant, ce qui témoigne d'une manière de légiférer surprenante, à travers l'inscription dans la loi d'une obligation imparfaite au sens où la sanction de l'obligation d'information extra-financière financière est très limitée voire nulle. Par conséquent, l'obligation de *reporting* peut être considérée comme instrument symbolique mais il présente l'avantage certain, au regard de la liste précise des informations sociales, environnementales et sociétales demandées, de sensibiliser les grandes entreprises à la prise en compte de l'environnement et des intérêts souvent divergents sur lesquels reposent leur activité. Néanmoins, selon Nicolas Cuzacq, le nouveau dispositif de déclaration de performance extra-financière ne constitue pas une digue suffisamment solide sur laquelle le *storytelling* fabriqué par les services de communication de certaines grandes entreprises viendra automatiquement se fracasser⁹⁴⁰. Qu'il s'agisse d'une obligation pour les grandes entreprises ou du champ du volontariat pour les petites et moyennes entreprises, la diffusion d'informations extra-financières ne semble donc pas suffisante pour enclencher un véritable changement de l'entreprise vers une plus grande sobriété.

⁹⁴⁰ CUZACQ Nicolas, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », Rev. des sociétés, 2018, p.347.

TITRE 2 DE LA NOTION DE SOCIETE COMMERCIALE A CELLE D'ENTREPRISE RESPONSABLE

251. « Fasst Übermenschen dich ! » - « Saisit ta nature surhumaine ! », invective Méphistophélès dans *Faust* de Goethe⁹⁴¹. Par analogie, la société commerciale doit saisir sa « véritable nature ». Elle peut être conçue plus largement en tant qu'entreprise, c'est-à-dire envisagée comme une entité métaphysique – ou plus exactement métajuridique – qui dépasse le seul corps juridique de la société commerciale. « Sur-droit »⁹⁴² de la société commerciale, l'entreprise évoluée ou responsable intègre l'idée de sa fonction sociale⁹⁴³ dans la Société et des responsabilités qui lui incombent, non seulement envers elle-même mais également envers autrui. A défaut d'évolution vers une éthique des vertus⁹⁴⁴ et comme a pu l'affirmer Nietzsche avec force: « là où la volonté de puissance fait défaut, il y a déclin »⁹⁴⁵, la société commerciale classique risque elle-même le déclin. Loin d'être une affirmation purement métaphysique, un discours similaire émerge dans la pratique. Pour Antoine Frérot, président directeur général de Véolia et président de l'Institut de l'entreprise, sans changement de paradigme l'entreprise est menacée⁹⁴⁶. Pour ne pas disparaître la société commerciale doit se transformer, aussi à l'inverse de Jean Carbonnier qui envisage le « mouvement du droit au non-droit », soit les « mécanismes par lesquels le droit se retire »⁹⁴⁷, il faut chercher à hisser le non-droit au droit ou le droit au sur-droit⁹⁴⁸. En d'autres termes, « à partir du moment où le choix d'une solution est fait, il faut la formaliser »⁹⁴⁹. Cette solution exprimée par l'exigence de transition écologique et de responsabilité sociétale et environnementale exclut par conséquent « l'abandon par le

⁹⁴¹ GOETHE Johann Wolfgang von, *Faust*, 1808, 1832.

⁹⁴² Comp. avec l'expression de « non-droit » de CARBONNIER Jean, « L'hypothèse du non-droit », Arch. phil. Du droit, Sirey, Paris, 1963 ; *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, pp. 25-26 : l'auteur désigne le non-droit comme une baisse de la pression juridique et émet la proposition selon laquelle « l'homme pourrait bien n'avoir même pas besoin du droit ».

⁹⁴³ V. *supra* les développements sur la fonction sociale de l'entreprise

⁹⁴⁴ *Virtue ethics*, v° PELLUCHON Corine, « L'éthique des vertus : une condition pour une transition environnementale », in *La pensée écologique*, PUF, 2017, n°1, p.

⁹⁴⁵ NIETZSCHE Friedrich, *L'antéchrist in Le crépuscule des idoles*, trad. Henri Albert, Paris, éd. Société du Mercure de France, 1908, p. 247, : « Wo der Wille zur Macht fehlt, gibt es Niedergang »

⁹⁴⁶ L'Usine nouvelle, « Si l'on continue comme avant, l'entreprise est menacée », juge Antoine Frérot », 5 février 2019

⁹⁴⁷ CARBONNIER Jean, préc. Dans notre hypothèse, à l'inverse de la proposition de Carbonnier d'un droit qui se retire, le sur-droit se présente comme la nécessité d'une « pellicule » juridique plus épaisse sur les choses humaines.

⁹⁴⁸ Comme l'indique PAILLUSSEAU Jean, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », D. 2003, p.260 : selon l'auteur le droit des activités économiques a une fonction organisationnelle et « poursuit des finalités, dont certaines sont d'imposer des règles de comportement et le respect de valeurs sociales et sociétales. ». Aussi, lorsque les valeurs et les principes évoluent – par exemple par la transition écologique –, la fonction organisationnelle du droit participe selon Jean Paillusseau d'une révolution systémique qui transforme le droit traditionnel et conduit à l'émergence de nouvelles notions, de nouveaux concepts, de nouvelles techniques (spéc. 17 et s.).

⁹⁴⁹ PAILLUSSEAU Jean, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », préc.

droit, d'un terrain (...) qu'il est de sa compétence d'occuper »⁹⁵⁰. Afin de donner une pérennité à l'entreprise, c'est l'entreprise responsable qui doit être hissée au rang du droit.

252. L'existence d'une « société du risque »⁹⁵¹ exige la maîtrise complète d'une activité. Dans ce contexte, l'unique poursuite d'une finalité économique n'est plus envisageable lorsque l'activité en question cause des dommages sociaux, sociétaux ou environnementaux à travers la seule recherche de bénéfices ou d'économies. Dans cette hypothèse, le risque, synonyme d'aléa indésirable pour l'entreprise comme pour l'ensemble de la Société, entraîne une prise de conscience, conduisant à un besoin de responsabilisation accrue et consistant à un changement de comportement.

253. Conscientes des risques engendrés par leurs activités, alors que la législation en la matière évolue à un niveau peu contraignant, certaines entreprises réagissent par l'adoption d'engagements volontaires. Pour autant, il peut être soulevé la question de l'adéquation du statut juridique de la société commerciale au regard de l'exigence de transition écologique. La forme sociétaire de la société commerciale permet-elle une véritable intégration des divers intérêts qui entourent l'entreprise, dont l'environnement, alors même que le législateur réforme le contrat de société commerciale⁹⁵² ? Pour répondre à ces interrogations, il convient, avant d'étudier chaque élément du contrat de société commerciale⁹⁵³, de reprendre de manière générale le concept même de société commerciale, qu'il faut comparer avec celui de responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise. En effet, il y a lieu de relever que c'est le terme d'entreprise qui est usuellement accolé aux termes de responsabilité sociétale et environnementale et non le terme de société commerciale. Dès lors, il apparaît que société commerciale et entreprise doivent être confrontées. Si l'entreprise n'est pas une notion juridique⁹⁵⁴, il faut pourtant constater que le terme d'entreprise est de plus en plus utilisé dans les textes. L'entreprise constitue-t-elle un réceptacle plus large que la société commerciale, permettant d'appréhender l'ensemble des responsabilités d'une entreprise ? Plus précisément, est-elle une entité juridique pertinente en matière de responsabilité sociétale et environnementale (**Chapitre I**). Au-delà de ces aspects terminologiques qui témoignent d'un débat sur la forme sociétaire de l'entreprise accentué par les pratiques de RSE, il s'agit d'envisager l'existence de formes alternatives d'organisations des activités économiques, essentiellement dans le secteur de l'économie sociale et solidaire (ESS) et à

⁹⁵⁰ CARBONNIER Jean, préc.

⁹⁵¹ BECK Ulrich, *Risikogesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986 (trad. franç., *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, traduit de l'allemand par Laure Bernardi, préface de Bruno Latour, Paris, Aubier, 2001)

⁹⁵² NOTAT Nicole, SENARD Jean-Dominique, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport remis aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances, et du travail, le 9 mars 2018 ; Projet de loi Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (PACTE) présenté en conseil des ministre le 18 juin 2018. V. le texte final avec la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, JORF n°0119, 23 mai 2019.

⁹⁵³ V. Partie 2.

⁹⁵⁴ DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, p.2 : « La notion d'entreprise est tout d'abord une notion dont le principe même est contesté. » ; p.6 « si la notion juridique d'entreprise est actuellement peu connue, il n'en est pas de même de la notion économique d'entreprise. ».

l'étranger, où de nouvelles formes hybrides⁹⁵⁵ de sociétés commerciales émergent, traduction concrète d'une évolution de l'entreprise (**Chapitre II**).

CHAPITRE 1 L'ENTREPRISE COMME ENTITE JURIDIQUE PERTINENTE

254. Dans le début de sa thèse sur l'entreprise, Michel Despax interpelle son lecteur par ce juste propos: « la première démarche d'un esprit cartésien ne doit-elle pas être de définir d'abord ce que l'on entend réformer ? »⁹⁵⁶. Or, s'il est question dans les présents travaux de responsabilité sociétale et environnementale « de l'entreprise », il convient, de la même manière qu'a pu le faire cet auteur, d'aller du connu à l'inconnu, c'est-à-dire donner et retenir une définition juridique de l'entreprise et de la société commerciale. En effet, il n'est pas envisageable d'appréhender l'idée d'entreprise responsable ou sobre, sans aborder la notion de société commerciale sur laquelle elle repose en droit, tant ces deux concepts sont liés. Paradoxalement, en considération des précédents développements, il faut relever que le concept de RSE se construit de manière autonome à travers les engagements volontaires, sans que ne soit véritablement soulevée de réflexion sur la société commerciale. Il pourrait alors être conclu trop rapidement que la notion de société commerciale ne présente pas un aspect essentiel dans l'étude de la RSE, mais ce serait vite oublier le rôle fondamental exercé par la notion de société commerciale, assise ou « enveloppe juridique »⁹⁵⁷ de l'exercice des activités économiques. Aussi, convient-il d'étudier la notion d'entreprise et celle de société commerciale afin d'appréhender au mieux les responsabilités d'une entité exerçant une activité économique qui ne doit pas être restreinte à la seule structure juridique de la société, mais s'étendant plus largement, notamment aux parties prenantes et aux sociétés filiales⁹⁵⁸.

255. Dans l'hypothèse suivante, il est supposé que la notion juridique de société commerciale est insuffisante pour embrasser la problématique d'une entreprise socialement responsable - ou sobre dans les développements qui suivent - car l'entreprise est une entité

⁹⁵⁵TCHOTOURIAN Ivan, « L'inconnu de la réforme de l'objet social », BJS, 2018, p. 134 ; TCHOTOURIAN Ivan, « Nouvelles entreprises aux Etats-Unis et au Canada », Revue Lamy droit des affaires, n°142, 1^{er} nov. 2018. Il s'agit par exemple de la *benefit corporation*.

⁹⁵⁶DESPAX Michel, L'entreprise et le droit, LGDJ, 1957, p.5.

⁹⁵⁷Expressions que l'on retrouve chez de nombreux économistes, v° par ex. DUPUIS Jean-Claude, « La responsabilité sociale de l'entreprise : gouvernance partenariale de la firme ou gouvernance de réseau ? », Revue d'économie industrielle, n°122, 2^{ème} trimestre 2008, pp.67-86 : « L'abandon progressif des formes d'organisation intégrées et pyramidales au profit de formes quasi-intégrées, réticulaires entraîne une distance croissante entre les enveloppes juridiques et les structures organisationnelles des entreprises. Les collectifs constitués par l'ensemble des salariés en contrat de travail avec un employeur correspondent de moins en moins aux collectifs réunis autour d'une même activité économique et soumis au même pouvoir de direction. L'employeur (juridique) est de moins en moins le décideur (économique) ce qui constitue une rupture par rapport à l'époque fordiste. ».

⁹⁵⁸ L'articulation entre société commerciale et entreprise continue d'être de plus en plus discutée, v° par ex. GERMAIN Michel, « Les propositions du Club des juristes », Rev. des sociétés, 2018, p. 564 : « l'entreprise est un acteur de plus en plus considérable par son action sur le monde extérieur, le monde de ce qu'on appelle parfois les « parties prenantes ». Cette évolution évidente doit-elle conduire à une nouvelle compréhension de la société commerciale ? »

plus large que la société commerciale dans laquelle cette dernière est incluse. De surcroît, il semble que se limiter uniquement à l'étude de la société commerciale entraîne le risque d'occulter certaines responsabilités de l'entreprise et surtout, de méconnaître l'évolution actuelle du champ des entités prises en compte par le droit économique, mais aussi d'occulter les travaux du législateur sur la réforme de l'entreprise⁹⁵⁹. Enfin, il faut rappeler le choix de la littérature juridique d'employer la terminologie de responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise davantage que celle de la société commerciale⁹⁶⁰. Il importe donc de reprendre le concept d'entreprise et la notion de société afin de mieux comprendre comment l'adoption d'engagements volontaires amène à repenser la forme juridique servant à la poursuite d'activités économiques. Pour ce faire, il convient successivement d'étudier la cohabitation des notions d'entreprise et de société commerciale (**Section I**), pour montrer en quoi l'entreprise dépasse la notion de société commerciale et permet de mieux refléter la responsabilité sociétale et environnementale (**Section II**).

⁹⁵⁹ NOTAT Nicole, SENARD Jean-Dominique, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », Rapport remis aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances, et du travail, le 9 mars 2018 ; Projet de loi Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (PACTE) présenté en conseil des ministres le 18 juin 2018.

⁹⁶⁰ La littérature en matière de RSE emploie en grande majorité le terme d'entreprise, ce n'est qu'en matière de devoir de vigilance créé par la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre et inscrit à l'article L225-102-4 du code de commerce, qu'est utilisé le terme de responsabilité de la société pour préciser qu'il s'agit des sociétés-mères. V° par exemple pour un rare cas : PARANCE Béatrice, GROULX Elise, CHATELIN Victoire, « Devoir de vigilance – Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care », *Journal du droit international*, *Clunet*, n°1, février 2018, doctrine, p.2, spéc. 22 : « Cet article vient mettre l'accent sur l'émergence d'une tendance lourde qui touche tout autant l'évolution du droit commercial que celle des droits humains : l'expansion notoire de la responsabilité des sociétés commerciales relativement aux impacts sociaux et environnementaux de leurs activités, y compris les atteintes aux droits humains.»

Section 1 La coexistence de l'entreprise et de la société commerciale

256. La littérature juridique n'a pas attendu l'apparition du concept de responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise pour se pencher sur *l'entreprise* dont il y a lieu de souligner la filiation, issue des sciences économiques. L'entreprise a essentiellement essaimé en droit à partir des recherches d'éminents auteurs comme Ripert et Despax⁹⁶¹. Mais aussi, dans la législation à travers l'utilisation parfois indifférenciée des termes d'entreprise et de société ou, plus récemment, en droit de l'Union européenne pour désigner toute entité exerçant une activité économique (I). De ces observations, il faut alors rappeler la définition de la société commerciale inscrite à l'article 1832 du code civil – dont la modification est envisagée – pour constater la vision restreinte de la société à une essence lucrative, alors que la notion d'entreprise associée au concept⁹⁶² de RSE pousse à un élargissement de la définition de la société commerciale (II).

I. L'entreprise : une notion économique non juridique

257. Alors que les économistes ont depuis longtemps appréhendé la notion d'entreprise, aussi dénommée « firme », celle-ci est plus récente en droit. L'apparition de la notion d'entreprise, distincte du concept de société commerciale, n'est observée dans la littérature juridique qu'à partir du XX^{ème} siècle, notamment à partir des ouvrages de Georges Ripert et Michel Despax⁹⁶³. Aujourd'hui, elle continue d'être une source d'interrogations – voire parfois de confusion⁹⁶⁴ – pour les juristes malgré le fait que la plupart reconnaissent son existence⁹⁶⁵. Voyons par conséquent la notion économique d'entreprise (A) avant d'examiner son existence juridique (B).

⁹⁶¹ RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd°, 1951 ; DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957.

⁹⁶² La notion se distingue du concept selon GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.17 : « Le concept se distingue de la notion, plus intuitive, par la précision de ses traits. La notion se découvre alors que le concept se construit. ». Pour cet auteur aboutir à un concept juridique, nécessite préalablement de s'assurer de l'existence de la notion et d'en avoir précisé les contours, c'est seulement une fois ce travail effectué, qu'il peut être envisagé d'en faire un concept juridique, voire une véritable théorie.

⁹⁶³ RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, préc. ; DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, préc.

⁹⁶⁴ V° COURET Alain, « La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du code civil ? », *Rev. des sociétés*, 2018, p. 639 : l'auteur relève que la réécriture des articles du code civil relatifs à la société commerciale est rendue difficile par un flou notionnel, le législateur entretenant d'ailleurs une confusion manifeste entre entreprise et société commerciale (spéc. 17 à 19).

⁹⁶⁵ PAILLUSSEAU Jean, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^{ème} siècle », *D.* 2003, p. 260, spéc. n°57 : « L'entreprise a toujours existé. Dès qu'il y a eu des activités économiques, il y a eu des entreprises. Ce sont les activités économiques qui font naître les entreprises et ce sont les entreprises qui nourrissent les activités économiques. »

A. La notion économique d'entreprise

258. Bien connue de la pensée économique, « l'entreprise est une unité économique qui produit des biens et des services afin de les vendre sur un marché, en combinant des facteurs de production apportés par différents agents »⁹⁶⁶. Elle est encore définie par l'INSEE comme une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes⁹⁶⁷. Essentiellement comprise comme une unité de production de biens et services, l'entreprise est également désignée en sciences économiques par le terme de « firme »⁹⁶⁸. La firme constitue pour les économistes « un mode de coordination économique alternatif au marché. Alors que sur le marché la coordination des comportements des individus se fait par le système de prix, la firme se caractérise par une coordination administrative, par la hiérarchie. Il reste alors à se demander pourquoi le recours à une coordination administrative peut être nécessaire. La réponse de Coase est que la coordination par les prix entraîne des coûts, ignorés dans les analyses standards du marché, ce que l'on appellera par la suite des coûts de transaction. Quand ces coûts sont supérieurs aux coûts d'organisation interne, la coordination dans la firme s'impose »⁹⁶⁹. Il existe deux grandes théories économiques de la firme.

259. D'une part, la théorie contractuelle de la firme envisage l'entreprise comme un « nœud de contrats »⁹⁷⁰ entre personnes, permettant de faciliter et régir l'activité de production et les échanges de biens ou services, notamment par la réduction des coûts de transaction et par une plus grande facilité d'organisation⁹⁷¹. La firme est ainsi perçue comme l'outil de résolution des défaillances du marché, à savoir les asymétries d'informations et les conflits d'intérêts entre les parties prenantes. Pour certains, « il s'agit d'une vision restrictive et négative du projet productif » car la firme n'existerait que pour son aspect « disciplinaire » afin de réduire les pertes d'efficacité dues aux conflits d'intérêts⁹⁷². D'autre part, la théorie cognitive de la firme conçoit l'entreprise comme une unité de connaissances qui permet la création de valeurs. Plus la firme possède de connaissances,

⁹⁶⁶ DOLLO Christine, BRAQUET Laurent, DOLCE Delphine, GINESTE Nathalie, *Economie*, Sirey, Aide-mémoire, Août 2016, p.80

⁹⁶⁷ Il s'agit de la définition donnée par l'INSEE.

⁹⁶⁸ De l'anglais « *firm* ». V° COASE Ronald, *The nature of the firm*, *Economica*, n°4, 1937, p.386 ; THIEBAULT Cécile (trad.), GILLIS Xavier (contribution), « La nature de la firme », *Revue française d'économie*, vol. 2, n° 1, 1987, p. 133.

⁹⁶⁹ CORIAT Benjamin, WEINSTEIN Olivier, « Les théories de la firme entre "contrats" et "compétences". Une revue critique des développements contemporains », *Revue d'économie industrielle*, n°129-130, 1^{er} et 2^{ème} trimestres 2010, p. 57

⁹⁷⁰ JENSEN Michael, MECKLING William, « Theory of the firm : Managerial behavior, agency costs and ownership structure », *Journal of Financial Economics*, vol. 3, issue 4, october 1976, p. 305 : « The private corporation or firm is simply one form of legal fiction which serves as a nexus for contracting relationships and which is also characterized by the existence of divisible residual claims on the assets and cash flows of the organization which can generally be sold without permission of the other contracting individuals.»

⁹⁷¹ Dans la théorie contractuelle de la firme et ses déclinaisons on distingue la théorie des coûts de transaction qui voit dans la firme un mode de réduction des coûts ; la théorie de l'équipe de production qui voit dans la firme un moyen de coordonner les différents acteurs ; la théorie des droits de propriété qui envisage la firme comme une propriétaire d'actifs ; enfin la théorie de l'agence envisage la firme comme un faisceau de relations d'agence perçu comme une délégation décisionnelle entre le mandant et le mandataire.

⁹⁷² CHARREAUX Gérard, « Entreprise – Théories et représentations », *Encyclopédie Universalis*, Économie et société, Le Monde, Volume 18, 2009, p.635-643.

plus il est aisé de faciliter la coordination des acteurs et de réduire les coûts issus de leurs conflits d'intérêts. Dans les différents courants de cette théorie cognitive, la théorie de la firme dite « comportementale » envisage la firme comme une institution. Dans ce cas, les acteurs ne sont plus seulement liés par un contrat, bien plus, ils adhèrent à l'autorité de cette organisation et prennent des initiatives⁹⁷³.

260. Ainsi, les théories économiques de la firme envisagent l'entreprise sous l'angle de son efficacité. En effet, elle est pensée à travers la forme organisationnelle optimale d'exercice d'une activité de production de biens et de services. Au-delà de cette conception économique de l'entreprise, il faut s'interroger sur sa perception par le droit.

B. La doctrine juridique de l'entreprise

261. L'entreprise n'est pas définie en droit français (1). Ce constat demeure alors même que de nombreux textes emploient ce terme (2) et que le droit de l'Union européenne connaît une définition extensive de la notion d'entreprise (3).

1. L'absence de définition générale de l'entreprise en droit français

262. Alors que l'entreprise fait l'objet de nombreux écrits chez les économistes, les juristes ne peuvent que constater ou déplorer, encore aujourd'hui, l'absence de définition juridique de l'entreprise. En effet, il existe ce paradoxe que la notion d'entreprise est présente dans de nombreux textes de droit sans qu'elle n'y soit définie. Parmi les textes qui contiennent le terme d'entreprise, figure par exemple l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui dispose que la loi fixe les règles concernant les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé. L'utilisation du terme d'entreprise se retrouve également dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, il y est indiqué au huitième point que tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion de l'entreprise.

263. En 1946, dans son ouvrage sur les aspects juridiques du capitalisme moderne, George Ripert énonce une phrase toujours d'actualité : « nous n'avons pas de droit de l'entreprise. Si on veut transformer le régime capitaliste il faut le créer. Il est vain de parler d'une économie si on ne parvient pas à formuler les règles qui l'assureront »⁹⁷⁴. Il ajoute que : « notre droit a le sentiment de l'existence de l'entreprise mais il n'arrive encore à la saisir que dans l'application de certaines règles spéciales »⁹⁷⁵ tel que le droit fiscal, le droit du travail ou la comptabilité. En 1947, les travaux de l'association Henri Capitant pour la culture juridique étaient consacrées à « la notion juridique de l'entreprise », il est alors

⁹⁷³ *Ibid.*

⁹⁷⁴ RIPERT Georges., op. cit., p.265

⁹⁷⁵ *Ibid.*, p. 273.

question d'analyser : « les transformations que subissent actuellement les rapports juridiques à l'intérieur des entreprises, par le recours à une notion juridique nouvelle, celle de l'entreprise elle-même. Cette notion serait ainsi promue au rang de concept de droit et servirait à expliquer et à harmoniser les solutions acquises. Elle pourrait même, selon une conception pluraliste du droit, être envisagée comme une source en quelque sorte autonome, d'où il serait possible de déduire toute la réglementation juridique du phénomène de production»⁹⁷⁶.

264. En 1956, c'est Michel Despax qui, dans sa thèse consacrée à l'entreprise et le droit, qualifie l'entreprise d'union entre une *cellule économique* et une *cellule sociale* et précise que : « juridiquement, l'entreprise n'est ni uniquement une cellule sociale, ni uniquement une cellule économique »⁹⁷⁷. S'agissant d'une cellule économique, M. Despax se réfère alors à la définition de l'entreprise déjà donnée en 1935 par Emile James qui définit l'entreprise comme « tout organisme se proposant essentiellement de produire pour le marché certains biens ou services et indépendant financièrement de tout autre organisme »⁹⁷⁸. L'entreprise est ainsi perçue comme un organisme autonome, une « unité téléologique »⁹⁷⁹. En effet, pour Michel Despax, l'entreprise se caractérise par sa fin productive, son nécessaire « substratum économique sans lequel il n'est pas d'entreprise »⁹⁸⁰, contrairement par exemple à un ménage familial, qui n'a pas la même finalité de production de biens et services⁹⁸¹. Aussi, là où il y a une entreprise il n'y a pas forcément de société comme ça peut être le cas dans la société en participation à l'article 1871 du Code civil⁹⁸². S'agissant d'une cellule sociale, Michel Despax indique de l'entreprise qu'elle est constituée par la communauté des travailleurs qui participent à l'œuvre de production de celle-ci⁹⁸³. En résumé, l'entreprise est un organisme autonome⁹⁸⁴ dont la finalité est économique, toutefois cette définition peut laisser perplexe tant il s'agit d'une approche davantage économique que juridique.

⁹⁷⁶ Société de législation comparée, « Les "journées de droit civil" des 9 et 10 juin 1947 à Luxembourg », Revue internationale de droit comparé Bulletin trimestriel, n°3, juillet-septembre 1947, Actualités et informations, p.258-259 ; v° Travaux de l'association Henri Capitant, « La notion juridique de l'entreprise », Journées de Luxembourg, Dalloz, 1948, 328 p.

⁹⁷⁷ DESPAX Michel., *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, pp. 250-271.

⁹⁷⁸ JAMES Emile, *Les formes d'entreprises*, Sirey, 1935, p. 15.

⁹⁷⁹ ISAY Rudolf, « Das Recht am Unternehmen », Berlin, 1910, p. 46, cité par M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, p. 254.

⁹⁸⁰ DESPAX Michel, préc. ; v. aussi la doctrine italienne dont s'inspire ici M. Despax tel que : FERRARA Francesco, *La Teoria Giuridica dell'Azienda*, Casa editrice Il Castellaccio, Firenze, 1945, p.84 ; BIGIAMI Walter, « La Piccola Impresa », Milano, Giuffrè, 1947, p.76 ; FANELLI Giuseppe, « Introduzione alla Teoria giuridica dell'impresa », Milano, Giuffrè, 1950, p. 83.

⁹⁸¹ *Ibid.* V° *infra* notre proposition d'approche systémique de l'entreprise et l'analogie faite avec la famille.

⁹⁸² V° COURET Alain, « La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du code civil ? », Rev. des sociétés, 2018, p. 639, spéc. 19 ; et aussi Cass. civ. 1re, 20 janvier 2010, n° 08-13200 : « l'intention de s'associer en vue d'une entreprise commune ne peut se déduire de la participation financière à la réalisation d'un projet immobilier et est distincte de la mise en commun d'intérêts inhérents au concubinage ».

⁹⁸³ DESPAX Michel, préc., p.265

⁹⁸⁴ La jurisprudence utilise notamment le critère de l'autonomie pour caractériser une entreprise v° supra Cass. Com. 6 janvier 2015, n°17, pourvois n°13-21.305, 13-22.477.

265. L'entreprise peut également être présentée comme une universalité de fait⁹⁸⁵, c'est-à-dire comme un ensemble de biens formant une entité juridique complexe, prise globalement comme un bien unique⁹⁸⁶. Une autre approche envisage encore l'entreprise comme une notion générique de l'ensemble des formes juridiques qui permettent l'exploitation d'une activité économique⁹⁸⁷. L'entreprise apparaît ainsi comme un objet juridique indéterminé en droit français par les multiples acceptions qu'elle reçoit. Néanmoins, il est possible de dégager un dénominateur commun dans les propositions de définition juridique de l'entreprise qui réside dans la finalité économique de l'entreprise⁹⁸⁸. Dans cette acception proche de celle retenue par la Cour de Justice de l'Union européenne en droit de la concurrence⁹⁸⁹, l'entreprise est un projet économique, elle poursuit un objectif de production de biens et services. Or, il semble que, trop imprégné par l'aspect économique de l'entreprise, le droit ne parvienne pas à trouver sa propre définition de l'entreprise.

266. Cherchant à saisir l'entreprise, Jean Hilaire constate comme d'autres l'absence de définition générale de l'entreprise, ainsi que l'inexistence d'une personnalité juridique de l'entreprise⁹⁹⁰. L'auteur observe que les juristes de l'Ancien Régime connaissaient pourtant le terme d'entreprise, mais celui-ci était utilisé dans un autre sens que celui actuellement employé et servait à désigner l'action d'entreprendre, c'est-à-dire l'activité menée par une personne, l'entrepreneur. Cette vision aboutissant alors à confondre les

⁹⁸⁵ Sur l'hypothèse de l'entreprise comme universalité de fait v° FERNANDEZ Manuel, *Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits français et anglais*, Thèse, Paris II, 2007, p.114 : « Certains proposeront de voir dans l'entreprise une universalité, puisqu'elle constitue un ensemble complexe de biens rattachés à une fin commune, qui seule les unit, avec une certaine permanence. Néanmoins, parce qu'elle ne peut être une universalité de droit, l'entreprise est selon ces auteurs une universalité de fait. C'est par cet aspect que la théorie pêche. Pas plus que la qualification d'institution, celle d'universalité de fait ne commande un régime juridique, l'application d'un corps de règles juridiques. Dire que l'entreprise est une universalité de fait satisfait l'esprit et est pertinent, tout comme y voir une institution ; au-delà, l'inanité est la même. D'autres, sensibles à cet inconvénient, écarteront l'idée d'universalité et se résoudront à voir dans l'entreprise une figure originale, impossible à ramener à des notions classiques. Du fait de cette unicité, et parce qu'elle a selon eux une existence juridique indéniable, l'entreprise est une institution « sui generis ». Ainsi, toutes les tentatives de dépassement de la théorie institutionnelle apparaissent au Professeur Despax comme étant subjectivement non satisfaisantes, et objectivement disparates. » ; Rapp. de ROBE Jean-Philippe, « La place de l'entreprise dans le système de pouvoirs », in MUSSO Pierre (dir.), *L'entreprise contre l'Etat ?*, éd. Manucius, Institut d'Etudes Avancées de Nantes, 2017, pp.152-160 spéc. 152 : « Ce ne sont pas des personnes ; ce ne sont pas des universalités de droit ».

⁹⁸⁶ CORNU Gérard., *Vocabulaire juridique*, préc., universalité.

⁹⁸⁷ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2018, n°54 : « L'entreprise désigne aussi l'ensemble des formes juridiques d'exploitation d'une activité économique ; en ce sens, c'est une notion juridique « générique » (elle désigne l'ensemble d'un genre). »

⁹⁸⁸ ROBE Jean-Philippe, précit., « Les entreprises existent en tant qu'organisations de coordination de pans entiers de l'activité économique », p.152.

⁹⁸⁹ CJCE, 23 avril 1991, aff. C41-90, *Höfner et Elser c/ Macrotron GmbH*, Rec. CJCE 1991, p. I, point 21 : « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement », elle s'applique à un office public pour l'emploi exerçant des activités de placement, entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique générale qui doit par conséquent obéir aux règles de concurrence.

⁹⁹⁰ HILAIRE Jean, « Une histoire du concept d'entreprise », *Arch. phil. Droit*, 41, 1997, pp.341-353 : « Il manque en droit français une définition très générale de l'entreprise, valable en toute circonstance ou dans tous les cas. Au contraire l'entreprise y apparaît assez flou et, en quelque sorte, à géométrie variable suivant qu'elle est considérée au regard de telle ou telle branche du droit. »

termes d'entreprise et d'établissement lors de la codification napoléonienne⁹⁹¹. Aussi, allant dans le même sens, le professeur Thierry Lamarche note que si ladite codification a pu inscrire le terme d'entreprise à l'article 1798 du code civil relatif au contrat d'entreprise, puis à l'article 632 du code de commerce – relatif aux entreprises telles qu'entendues à cette époque dans le sens d'activité de manufacture, de transport par terre ou par eau –, l'entreprise n'était qu'un « simple substitut du mot activité »⁹⁹². Partant de ces approches, l'entreprise n'est donc pas perçue en tant que système, en tant que structure organisée ou comme une institution réunissant les outils nécessaires à la production de biens et de services comme la théorie économique avait déjà pu le formuler. Aussi, l'entreprise n'est pas perçue comme une entité propre, indépendamment de l'activité menée par l'entrepreneur. A cet égard, un auteur observe qu'aucun texte « n'a précisé dans quelles conditions l'entreprise pouvait par elle-même et indépendamment de la personne physique ou morale qui l'exploite, agir pour exercer les droits qui lui sont attribués ou assumer les responsabilités qui sont mises à sa charge ou se conformer aux interdictions qui lui sont faites »⁹⁹³. L'entreprise peut donc également être perçue comme une personne juridique *sui generis*, davantage morale que physique, subissant la tutelle de ses deux tuteurs en la figure des associés de la société et de son représentant moral.

267. Ce sont surtout les travaux de Georges Ripert sur « les aspects juridiques du capitalisme moderne » qui ouvrent les prémises d'une tentative de qualification juridique de l'entreprise⁹⁹⁴. Avant d'envisager « l'entreprise » en elle-même, l'auteur procède dans un premier temps à l'analyse de la forme juridique de l'entreprise, c'est-à-dire la société commerciale. Ripert observe que la société n'est pas une nouveauté, elle est même un très ancien contrat pour le juriste qui remonte au droit romain⁹⁹⁵. Cependant, l'auteur note qu'un changement d'approche de la société a eu lieu avec l'avènement des sociétés par actions au XIX^{ème} siècle. Ce phénomène, justifié par la nécessité de lever d'importants capitaux, est venu permettre l'existence d'un « commerce sans commerçants », en d'autres termes, Ripert observe que les sociétés étaient auparavant composées d'associés

⁹⁹¹ *Ibid.*, p.345-346 : « Dans tous les cas la conception des codificateurs était essentiellement individualiste, en s'attachant à l'entrepreneur, et contractuelle (louage d'ouvrage) ; à propos de la société le code civil avait présenté une *entreprise désignée* comme une opération particulière opposée à la répétition qui caractérise l'exercice d'un métier ou d'une profession. Mais, formellement, la codification laissait un legs bien ambigu aux juristes du XIX^e siècle avec l'emploi simultané des termes entreprise et établissement quasiment comme synonymes. ». V. aussi LAMARCHE Thierry, « La notion d'entreprise », RTD Com. 2006, p.709, note 1 : « A l'origine, le mot entreprise a été associé essentiellement aux hommes d'armes pour désigner les opérations militaires, guerrières ou offensives. Puis est passée progressivement dans le domaine civil pour encore désigner des actions agressives (ainsi dans le langage judiciaire ne parle-t-on pas de jugement entrepris à propos d'une décision attaquée en appel ?), mais aussi les actions injustes portées sur les biens des personnes ou sur leurs droits. Ainsi l'ancienne langue utilisait indifféremment le terme entreprise ou celui d'emprise pour désigner la même chose, et l'on retrouve encore ce dernier sens dans notre vocabulaire juridique pour désigner un empiètement sur le terrain d'autrui. (...) Peu à peu, l'aspect immoral de l'action a été abandonné pour ne retenir que le caractère audacieux et désigner une action associée à l'idée de risque et de courage, traduisant l'esprit d'initiative de son auteur, sens qu'il empruntera pendant tout le XIX^e siècle et qu'il conserve dans une certaine mesure encore aujourd'hui, plus conforme à l'image qu'entendent donner d'eux-mêmes les entrepreneurs ».

⁹⁹² LAMARCHE Thierry., « La notion d'entreprise », RTD Com. 2006, p. 709.

⁹⁹³ MERCADAL Barthélémy, « La notion d'entreprise », *Mélanges F. Dérupé*, Litec, 1991, p.10-16, cité par HILAIRE Jean, précit.

⁹⁹⁴ RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951.

⁹⁹⁵ V° dans le *Corpus Iuris civilis* : Institutes, livre 3, titre 26 ; Digeste, livre 17, titre 2 ; Code justinien, livre 4, titre 37.

personnes physiques qui répondaient des engagements sociaux pris sur leurs biens personnels, il était alors difficilement envisageable que les biens de la société, n'appartiennent pas à quelqu'un et que les rapports juridiques ne soient pas établis au profit de quelqu'un contre quelqu'un⁹⁹⁶.

268. Pour Ripert, l'ère des sociétés par actions oblige à : « imaginer la société elle-même comme un être vivant ; une personne fictive, disait-on autrefois, une personne morale, dit-on aujourd'hui, car il a paru difficile de considérer comme fictive une personnalité qui se manifeste avec une telle puissance »⁹⁹⁷. Et pour l'auteur d'ajouter que : « déjà les anciens commercialistes avaient eu l'idée que, dans le contrat de société, un *corpus mysticum* se dégage de la volonté commune des associés. Mais cette idée était bien vague. Ils voyaient flotter ce corps mystique au-dessus du contrat comme une sorte d'ectoplasme sorti de la personne des associés. L'esprit a pris corps. La personne morale est vivante et agissante. Elle est créée par les associés, mais la créature est plus forte que le créateur »⁹⁹⁸. C'est justement dans cette « créature plus forte que le créateur », cette personne fictive ou morale qui dépasse, par sa puissance, le contrat de société originel, que Ripert identifie l'entreprise. En ce sens, la société est l'enveloppe juridique imparfaite de représentation de l'entreprise. Imparfaite, car il est constant que l'entreprise reste aujourd'hui un objet juridique non identifié.

269. Malgré l'utilisation de plus en plus courante du terme d'entreprise par différentes branches du droit interne, l'entreprise continue d'être une « énigme juridique »⁹⁹⁹. Elle l'est pourtant de moins en moins comme en témoigne les travaux des pouvoirs exécutif et législatif sur l'entreprise, principalement avec le rapport Notat Sénard sur « l'entreprise objet d'intérêt collectif » et le projet de loi Pacte¹⁰⁰⁰ qui s'en est suivi. Un auteur propose par ailleurs de remplacer « la société, groupement d'associé, par une structure nouvelle réunissant les parties prenantes prenant part au développement de l'entreprise »¹⁰⁰¹, ce qui témoigne d'une réflexion tournée vers le dépassement de la société au profit d'une entité plus large prise en la notion d'entreprise.

2. L'utilisation de la notion d'entreprise en droit interne

270. Le terme « entreprise » est employé en droit français aussi bien en droit privé qu'en droit public. Il se distingue tout d'abord du « contrat d'entreprise » qui ne désigne pas

⁹⁹⁶ RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, p. 51.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 51.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 52.

⁹⁹⁹ BLANC Gérard, « Les frontières de l'entreprise en droit commercial », *D.* 1999, n°38, chr., p. 415.

¹⁰⁰⁰ NOTAT Nicole, SENARD Jean-Dominique, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », Rapport remis aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances, et du travail, le 9 mars 2018 ; Projet de loi Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (PACTE) présenté en conseil des ministres le 18 juin 2018, déposé le 19 juin 2018 à l'Assemblée nationale. Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, JORF, 23 mai 2019.

¹⁰⁰¹ SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », *D.* 2017, p. 2380

l'institution mais le contrat de louage d'ouvrage par lequel une personne s'engage envers une autre à faire un ouvrage en fournissant son travail ou son industrie, par exemple par un contrat de construction d'un bâtiment¹⁰⁰². S'agissant de l'entreprise entendue comme siège de l'organisation d'activités économique, Georges Ripert, relève l'emploi du terme entreprise dans plusieurs branches du droit. Il en va ainsi du droit fiscal qui fait selon lui « figure de précurseur ». Selon cet auteur, le droit fiscal saisit l'entreprise dans son fonctionnement sans se préoccuper de sa nature, ce dernier la considère comme une « unité juridique » pour l'imposer¹⁰⁰³. De la même façon, Ripert envisage le droit du travail qui emploie le terme « entreprise »¹⁰⁰⁴. Aujourd'hui, le code du travail continue expressément de faire usage du terme d'entreprise, le champ d'application et la mise en œuvre des dispositions de ce code est ainsi bâti autour de la taille de l'entreprise. Par exemple, l'article L1111-2 du code du travail détermine les différents types de contrats de travail qui entrent dans le calcul des « effectifs de l'entreprise ». Ce calcul n'est pas sans conséquence pour l'entreprise puisque selon les seuils d'effectifs fixés par la législation, le régime juridique applicable à l'entreprise sera différent. C'est notamment le cas dans les relations collectives de travail avec le droit syndical ou encore les institutions représentatives du personnel¹⁰⁰⁵. Toutefois, une fois de plus, il faut remarquer que le terme d'entreprise, bien qu'employé par le code du travail, n'y est pas défini.

271. Le constat de l'emploi de la terminologie d'entreprise est identique dans les autres codes, tant en droit privé (code des procédures collectives, code de commerce¹⁰⁰⁶, code de la propriété intellectuelle, code de la consommation,...) qu'en droit public (code des marchés publics¹⁰⁰⁷, code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, code du domaine de l'Etat, code général des impôts, code général de la propriété des personnes publiques¹⁰⁰⁸, code général des collectivités territoriales¹⁰⁰⁹, code pénal). De plus, le législateur utilise parfois indifféremment les termes d'entreprise et de société. Par exemple, à l'article L421-2 du code monétaire et financier, le terme « entreprise » est employé pour désigner « l'entreprise de marché » qui gère un marché réglementé

¹⁰⁰² CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc., v° *entreprise*.

¹⁰⁰³ RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, p.274

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, p.274 : G. Ripert parle de « législation ouvrière »

¹⁰⁰⁵ V° par exemple les articles L2143-3 à L2143-6 du code du travail relatifs à l'exercice du droit syndical par un délégué syndical selon les effectifs de l'entreprise et les articles L2311-1 du code du travail relatifs aux institutions représentatives du personnel (notamment : délégué du personnel ; comité d'entreprise ; comité de groupe ; comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail).

¹⁰⁰⁶ V° par exemple l'article L420-2 du code de commerce relatif à l'interdiction de l'exploitation abusive « par une entreprise ou un groupe d'entreprises » d'une position dominante.

¹⁰⁰⁷ On note toutefois l'utilisation des termes alternatifs « d'opérateurs économiques publics ou privés » pour désigner les entreprises dans l'article 1^{er} du code des marchés publics. Ce choix s'explique facilement par la particularité du droit de la commande publique qui est en grande partie issu du droit de l'Union européenne.

¹⁰⁰⁸ Article L1112-1 : « Le transfert à l'Etat de biens et de droits, à caractère mobilier ou immobilier, par voie de nationalisation d'entreprises est réalisé dans les conditions fixées par les dispositions législatives qui prononcent la nationalisation. ».

¹⁰⁰⁹ V° par exemple l'article L1111-9-6° ou encore l'article L1511-1-1 relatif aux aides accordées aux entreprises par une collectivité territoriale.

d'instruments financiers et dont la forme est une société commerciale¹⁰¹⁰. Par crainte de ne pas embrasser toutes les situations, le législateur va jusqu'à insérer les deux termes, par exemple le code électoral à son article LO146-4° énonce que la fonction de chef d'entreprise exercée dans une « société ou entreprise à but lucratif dont l'objet est l'achat ou la vente de terrains destinés à des constructions, quelle que soit leur nature, ou qui exercent une activité de promotion immobilière ou, à titre habituel, de construction d'immeubles en vue de leur vente », est incompatible avec le mandat parlementaire de député.

272. La notion d'entreprise étant omniprésente dans les textes, le juge est donc tout naturellement amené à appréhender la notion d'entreprise dans ses décisions. Au sein de la jurisprudence la notion d'entreprise est caractérisée par l'exercice d'une activité autonome¹⁰¹¹, une coordination et une organisation de moyens matériels et humains pour réaliser un objectif déterminé¹⁰¹² et comportant un caractère économique, c'est-à-dire « toute activité qui a pour objet la production ou l'échange de biens ou de services, dès lors qu'elle est exercée non pour les besoins personnels de celui qui s'y livre, mais en vue de satisfaire les besoins de tiers exprimés sur un marché (...) il importe peu que ces différentes activités soient exercées dans une intention lucrative ou avec un but désintéressé »¹⁰¹³. Cette condition de l'activité économique - indifférente au but lucratif et rejoignant en ce sens l'idée de « projet d'entreprise »¹⁰¹⁴ - semble déterminante et se rapproche de la définition jurisprudentielle de l'entreprise en droit de l'Union européenne¹⁰¹⁵.

273. Il ressort qu'en réalité, la notion d'entreprise est bien connue en droit français malgré son absence de définition. Elle est présente dans la plupart des textes et le juge a pu en préciser les contours. Celle-ci reste donc un objet juridique auquel est refusé la personnalité juridique. Aussi, lorsqu'il est conféré des droits ou imposé des obligations à

¹⁰¹⁰ Article L421-2 du code monétaire et financier : « Un marché réglementé est géré par une entreprise de marché. Celle-ci a la forme d'une société commerciale. ».

¹⁰¹¹ V° par exemple Cass. Com. 6 janvier 2015, n°17, pourvois n°s13-21.305, 13-22.477, relatif à la société France Télécom qui n'a pas rapporté la preuve de l'autonomie de sa filiale Orange Caraïbe: «Mais attendu qu'il existe une présomption réfragable qu'une filiale dont le capital est détenu en totalité ou quasi-totalité par sa société mère ne détermine *pas de façon autonome* son comportement sur le marché et forme avec sa société mère une entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence, qui justifie que cette dernière soit tenue solidairement au paiement de l'amende infligée à la filiale, à moins que la société mère n'apporte des éléments, relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques l'unissant à sa filiale, démontrant qu'elles ne constituent pas une *entité économique unique* (...) que la société mère intervient activement dans la promotion et la diffusion des produits de sa filiale (...) qu'en cet état, la cour d'appel [Paris, 4 juillet 2013] a légalement justifié sa décision ».

¹⁰¹² CA Lyon 20 octobre 2011, n°11-03097 : « les fédérations sportives sont bien des entreprises en ce sens qu'elles réunissent des moyens matériels et humains, coordonnés et organisés en vue de la réalisation d'un objectif déterminé, et en ce sens qu'elles se livrent, même si elle prennent la forme associative, à une activité qui participe à la circulation des richesses. », note BENAZETH Eve., *Juris associations*, 2011, n°449, p.12.

¹⁰¹³ *Mémento Droit commercial*, Francis Lefebvre, 21^{ème} éd., 2013, n° 2022.

¹⁰¹⁴ V° SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », D. 2017, p. 2380 : le projet d'entreprise est envisagé comme l'activité exercée à laquelle s'ajoute des valeurs et préoccupations qui ne limitent pas à la recherche d'un but lucratif tel que la protection de l'environnement. V. *infra* sur le projet d'entreprise dans les propositions de réforme du contrat de société.

¹⁰¹⁵ CJCE, Höfner, préc. v. *infra*

une entreprise, seule une personne physique ou morale peut en constituer le réceptacle, c'est alors l'entrepreneur qui personnifie juridiquement l'entreprise¹⁰¹⁶, l'entreprise reste une « personnalité d'emprunt (celle de son chef ou celle de la personne morale qui l'exploite »¹⁰¹⁷. Ainsi, « l'entreprise désigne l'ensemble des formes juridiques d'exploitation d'une activité économique »¹⁰¹⁸. A la différence du droit français, le droit l'Union européenne connaît une définition précise de l'entreprise.

3. La notion d'entreprise en droit de l'Union européenne

274. La volonté de mettre en place un marché intérieur entre les Etats membres de l'Union européenne passe par l'objectif d'une concurrence libre et non faussée entre les entreprises. Ce qui nécessite une harmonisation des règles de concurrence et des règles relatives aux aides d'Etat accordées aux entreprises. Pourtant, les traités n'ont pas défini la notion d'entreprise¹⁰¹⁹. Le juge européen s'est alors employé à donner une définition de l'entreprise. La persistance d'un tel vide juridique étant inconcevable pour l'application uniforme des règles de concurrence au sein du marché intérieur.

275. Dans un premier temps, la notion d'entreprise fut assise sur une analyse formelle, l'entreprise était assimilée à une personne juridique, mais cela présentait l'inconvénient d'exclure du droit de la concurrence les « entités dépourvues de la personnalité juridique, tel que surtout le groupe de sociétés »¹⁰²⁰. Aussi, pour embrasser l'entreprise constituée de plusieurs entités juridiques distinctes dans son ensemble, le juge communautaire a considéré que « la notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme constituant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales »¹⁰²¹. Dans un second temps, c'est dans l'arrêt *Höfner* que le juge communautaire vint définir l'entreprise: « dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹⁰²². La définition de l'entreprise n'est donc plus formelle -à travers le statut juridique- mais fonctionnelle, à travers l'exercice d'une activité économique¹⁰²³. Désormais, une riche jurisprudence en la matière témoigne d'une vision très extensive de

¹⁰¹⁶ *Mémento Droit commercial*, éd° Francis Lefebvre, 21^{ème} éd., 2013, n° 2006

¹⁰¹⁷ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2018, n°54

¹⁰¹⁸ *Ibid.*

¹⁰¹⁹ GRYNFOGEL Catherine, « Entreprises communes », in *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril 2016, spéc.10 : « Ni le traité de Rome, ni les traités ultérieurs n'ont défini la notion d'entreprise, à laquelle pourtant ils font référence à diverses reprises ».

¹⁰²⁰ ARCELIN-LECUYER Linda, « Notion d'entreprise en droit interne et européen », *Jurisque* Concurrence-Consommation, LexisNexis, , Fasc. 35, 1^{er} juillet 2014.

¹⁰²¹ CJCE, 12 juill. 1984, aff. 170/83, *Hydrotherm c/ Compact* : Rec. CJCE 1984, p. 2999.

¹⁰²² CJCE, 23 avril 1991, aff. C41-90, *Höfner et Elser*, Rec., CJCE 1991, p.I, point 21.

¹⁰²³ Pour un aperçu de l'utilisation de la notion d'entreprise en droit de l'Union européenne, v. BERROD Frédérique, « Aides (Notion) » in *Répertoire de droit européen*, Dalloz, janvier 2004, mis-à-jour en octobre 2014.

« l'activité économique » qui a trait au droit de la concurrence, des activités que l'on pensait jusqu'à présent exclues de son champ d'application¹⁰²⁴. Cette vision extensive de l'entreprise qui repose sur l'activité économique indépendamment de la forme juridique de l'entité considérée est néanmoins réservée au droit de la concurrence. Dans l'arrêt Höfner, la CJCE précise que la notion d'entreprise s'entend d'une activité économique menée par une entité « dans le contexte du droit de la concurrence »¹⁰²⁵.

276. Bien qu'extensive, voire « tentaculaire », l'approche matérielle¹⁰²⁶ ou fonctionnelle de l'entreprise en droit de la concurrence, perçue à travers la poursuite d'une activité économique, est intéressante car elle dépasse l'approche organique¹⁰²⁷ ou formelle de l'entreprise qui est trop souvent assimilée à la société commerciale et inversement. Or, la responsabilité sociétale et environnementale de « l'entreprise » - et non celle de la « société » - doit justement permettre d'appréhender l'ensemble des effets causés par l'activité économique de l'entreprise. Par cette approche de l'entreprise, il est ainsi possible de dépasser l'enveloppe juridique de représentation de l'entreprise. En effet, envisager uniquement la responsabilité sociétale et environnementale de la société commerciale relève d'une approche biaisée de la réalité. Le risque est par exemple d'occulter certaines responsabilités, certains effets causés par l'activité économique, lorsque l'entreprise est éclatée entre diverses sociétés. L'entreprise doit pouvoir considérer sa responsabilité sociétale et environnementale et sa sobriété, au niveau de l'unité économique qu'elle représente, au-delà du statut juridique qui caractérise la société commerciale, qu'elle soit une PME ou une grande entreprise.

277. De même, afin d'adopter un raisonnement relatif à la responsabilité sociétale et environnementale puis à la sobriété de « l'entreprise », il s'agit par conséquent de dépasser l'approche formelle de l'entreprise et d'adopter une approche fonctionnelle¹⁰²⁸. Néanmoins, contraint par la réalité du droit positif et en l'absence d'évolution dans le sens d'une définition de l'entreprise par le législateur français, il convient, pour saisir l'ensemble des effets causés par l'activité économique de l'entreprise, d'étudier la structure juridique sur laquelle repose l'entreprise, en l'occurrence la société commerciale. Toutefois, la distinction entre entreprise, notion qui n'a toujours pas accédé au rang de définition juridique autonome, et société commerciale, concept juridique bien établi, semble se réduire.

¹⁰²⁴ V° par ex. CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance*, C244/94, Rec., p.I,

¹⁰²⁵ CJCE, Höfner, préc.

¹⁰²⁶ GRYNFOGEL Catherine, « Entreprises communes », in *Répertoire de droit européen*, Dalloz, avril 2016, spéc. 11 : « le critère retenu n'est pas organique mais matériel. Aucune forme juridique n'exclut a priori la qualification d'entreprise, l'essentiel étant le caractère économique de l'activité concernée. A contrario, seul le caractère non économique de certaines activités peut faire échapper l'organe ou l'entité qui les exerce au champ d'application du droit de la concurrence. »

¹⁰²⁷ *Ibid.*

¹⁰²⁸ Nous entendons par approche fonctionnelle, l'analyse de l'activité poursuivie par l'entreprise, ce qui renvoie plus avant à l'idée de fonction sociale de l'entreprise, v. *infra*.

II. De la société commerciale lucrative vers l'entreprise vertueuse

278. De manière générale, la société désigne un groupe social organisé et réuni autour d'intérêts communs. En droit, ce groupement est formalisé par le contrat de société qui traduit la volonté de s'associer. Les sociétés civiles se distinguent des sociétés commerciales qui ont pour objet principal l'accomplissement d'opérations commerciales¹⁰²⁹, dont le but est essentiellement lucratif et régies par les règles du code civil et du code de commerce¹⁰³⁰. Au même titre que le débat sur la nature juridique de l'entreprise, malgré une définition de la société commerciale donnée par le code civil à l'article 1832, un débat existe sur la nature juridique de la société commerciale pour savoir s'il s'agit d'un contrat, d'une institution ou bien d'une coexistence des approches contractuelles et institutionnelles. (A). Aussi, un rappel succinct des éléments du contrat de société commerciale permettra de souligner que les changements des articles du Code civil apportés par la loi Pacte adoptée le 11 avril 2019¹⁰³¹, participent d'une métamorphose de la société commerciale – limitée à une essence lucrative – vers l'entreprise en transition écologique, c'est-à-dire opérant une mutation vers la prise en considération d'enjeux sociaux et environnementaux dans son activité ou intégrant sa « raison d'être » comme prévu aux articles 1833 et 1835 du Code civil. Néanmoins, il n'est pas certain que l'adoption de ces propositions, assez critiquées au sein de la doctrine pour la réalité de leurs effets, soient suffisantes pour formaliser la nécessaire transition écologique (B).

A. La définition de la société commerciale par l'article 1832 du code civil

279. Le code de commerce ne définit pas la société commerciale, sa définition figure dans le Code civil à l'article 1832-1° qui dispose que :

« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».

280. Dans les développements qui suivront, seront volontairement écartées les sociétés unipersonnelles visées par le deuxième alinéa de cet article 1832 afin de se consacrer uniquement à l'étude des sociétés de deux personnes ou plus. Aussi, c'est dans l'optique de dégager les potentielles évolutions de la société commerciale vers l'entreprise responsable puis sobre, qu'il sera nécessaire d'effectuer un rappel des éléments de validité

¹⁰²⁹ L'acte de commerce est défini à l'article L110-1 et L110-2 du code de commerce

¹⁰³⁰ CORNU Gérard, Vocabulaire Juridique, préc., v° société civile et société commerciale.

¹⁰³¹ Le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises a été adopté le 11 avril 2019 par l'Assemblée nationale en lecture définitive, texte n°258. Loi n°2019-486 du 22 mai 2019, JORF 23 mai 2019.

du contrat de société commerciale. Il est néanmoins préalablement nécessaire, d'adopter une vision large de la société commerciale à travers le débat classique sur la nature juridique de la société qui oppose deux théories tel que le reflète l'article 1832 : l'approche contractuelle à travers le *contrat* de société (1) et l'approche institutionnelle à travers la société *instituée* par ce même contrat (2). Sans entrer davantage dans les détails, il s'agit de retenir que ce débat achoppe sur la coexistence des deux théories (3), et présente surtout l'intérêt de mettre en exergue l'idée de la création d'une « nouvelle institution »¹⁰³², d'une destruction-créatrice¹⁰³³ de la société commerciale vers l'entreprise évoluée, c'est-à-dire non seulement responsable sociétalement mais sobre comme il sera envisagée plus loin.

1. L'approche contractuelle de la société

281. Selon cette approche dite classique, la société commerciale est perçue avant tout comme un « contrat », c'est-à-dire qu'elle se caractérise principalement par la convention passée entre deux ou plusieurs personnes ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété¹⁰³⁴. Plus exactement, « la société se caractérise par la volonté de ses membres de créer une situation juridique nouvelle, des effets de droit particuliers »¹⁰³⁵, en l'occurrence par la volonté d'une ou plusieurs personnes de poursuivre une « entreprise » - commune lorsqu'elle n'est pas unipersonnelle – au sens de l'activité envisagée, par l'affectation de biens ou d'industrie en vue de réaliser un bénéfice ou une économie. Dans l'approche contractuelle et dans le cas d'une société commerciale à deux associés ou plus, c'est l'accord des parties – la volonté de s'associer ou *affectio societatis*¹⁰³⁶ – qui constitue l'aspect essentiel de la société¹⁰³⁷. La société est alors l'expression de la volonté de ses créateurs, elle ne dépasse pas cette volonté, elle ne doit pas exprimer une autre volonté. Aussi, cette volonté originellement exprimée lors de la constitution de la société, va enfermer la vie de la société dans une « sphère contractuelle » ; les statuts initiaux de la société sont un contrat, la souscription des actionnaires est un contrat ; les assemblées d'actionnaires fonctionnent en vertu des statuts, et, par conséquent, en vertu d'un contrat. (...) Les relations entre la société et les actionnaires

¹⁰³² RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, pp.277-278 « « Alors il faut bien constater que notre droit actuel ne connaît pas l'entreprise. Il juxtapose des contrats de société, de prêt, de louage de services. Il les entremêle d'une façon telle qu'il y ait entre ces contrats une certaine connexité. Il n'arrive pas à les fondre. Le creuset, dont parlent les économistes, est encore à créer. Il y a une fin sociale de l'entreprise, il n'y a pas de forme juridique. (...) C'est donc une institution nouvelle qu'il faut imaginer, une institution et non un contrat. Cette institution n'a pas encore de traits précis. Il faut essayer de les tracer ».

¹⁰³³ Expression empruntée à l'économiste SCHUMPETER Joseph, *Capitalisme, Socialisme et Démocratie*, 1942, trad. Gaël Fain, Paris, Petite bibliothèque Payot, 1965, 2^{ème} éd°, 433 p.

¹⁰³⁴ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc. v° contrat.

¹⁰³⁵ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2018, n°266.

¹⁰³⁶ CORNU Gerard, *Vocabulaire Juridique*, préc., v° *affectio societatis* : « Expression latine évoquant un lien psychologique entre associés qui désigne un élément constitutif de la société dont les composants sont l'absence de subordination entre associés, la volonté de collaborer à la conduite des affaires sociales (en y participant activement ou en contrôlant la gestion) et l'acceptation d'aléas communs, mais dont l'intensité varie suivant les formes de sociétés et les catégories d'associés. Ex. dans les sociétés cotées en bourse, il se réduit parfois à la simple conscience d'une union d'intérêts ».

¹⁰³⁷ LE CANNU PAUL; DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2018, n° 266.

sont contractuelles »¹⁰³⁸. Dans cette vision, la société n'est que le contrat qui l'organise et il faut donc s'en tenir scrupuleusement aux statuts.

2. L'approche institutionnelle de la société

282. Suite à l'introduction de théories allemandes sur « la fondation des personnes morales et sur les statuts considérés comme règlements autonomes des personnes morales »¹⁰³⁹, l'approche contractuelle laisse émerger une autre théorie, celle de la théorie institutionnelle de la société commerciale, qui considère que la société commerciale est un organisme.

283. En opposition à l'approche contractuelle qui conçoit et régit la société commerciale à partir de la volonté de ses créateurs, exprimée dans un contrat et véritable « constitution » de la société, l'approche institutionnelle s'attache à considérer l'organisme créé pour la réalisation d'un projet déterminé. En ce sens, Maurice Hauriou – reprenant Emile Thaller¹⁰⁴⁰ – qualifie la société « d'organisme social », selon lui, la théorie contractuelle est intenable car l'on « n'imagine pas un contrat entre la tête et la main, ni un compromis juridique entre le cœur et la tête pour établir leurs relations organiques »¹⁰⁴¹. En d'autres termes, la théorie contractuelle est insuffisante à expliquer le fonctionnement quotidien et spontané entretenu par les différents organes et parties prenantes d'une société, il existe un élément de fait supplémentaire au contrat qui permet de qualifier la société d'institution. Selon cette métaphore qui compare la société commerciale au corps humain, il faut comprendre que celle-ci est envisagée comme un ensemble organisé, un organisme composé de différents organes –associés, actionnaires, personne morale- qui interagissent entre eux sans qu'il soit forcément nécessaire qu'un contrat vienne systématiquement régler leurs relations. L'idée étant qu'au-delà du droit statutaire, c'est-à-dire outre les règles déposées contractuellement dans les statuts qui régissent le fonctionnement de la société, celle-ci fonctionne selon ce qu'appelle M. Hauriou, « la théorie de l'opération à procédure constituée d'une série de faits objectifs et d'adhésions à ces faits »¹⁰⁴². Dans cette vision, la société est davantage que le contrat qui l'organise. Et il existe des relations et intérêts qui, concourant spontanément à la vie sociétariaire, n'appelle pas nécessairement le recours à l'instrument contractuel.

284. La conception contractuelle de la société ne pouvait résister seule à la pratique car menant à des situations de blocage dans son fonctionnement. S'en tenir à l'approche

¹⁰³⁸ HAURIOU Maurice, « L'institution et le droit statutaire », Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1906, p.174, à propos des sociétés par actions.

¹⁰³⁹ HAURIOU Maurice, précité, p.176, M. Hauriou attribue cette introduction à Emile Thaller, Dalloz, 1893, I, 105, note ; et éditions successives de son *Traité élémentaire de droit commercial*.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, p.176.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, p.177.

¹⁰⁴² *Ibid.*, p.178.

contractuelle revenait à accorder à l'associé, un droit à l'intangibilité de ses engagements fondés sur le contrat de société, le pacte statutaire originel, par conséquent, toute modification des statuts revenait à exiger l'unanimité¹⁰⁴³ de telle sorte qu'il fut impossible de modifier les statuts de la société en cas de désaccord d'un associé. La théorie institutionnelle de la société naquit de la nécessité de dépasser l'approche uniquement contractuelle pour mieux répondre à la nécessité des affaires.

285. Le basculement de la théorie contractuelle vers la théorie institutionnelle s'opère lorsque la Cour de cassation dans un arrêt du 30 mai 1892¹⁰⁴⁴ admet que l'assemblée des actionnaires peut modifier une clause non essentielle des statuts à la majorité des voix. Par cette jurisprudence dite des « bases essentielles »¹⁰⁴⁵, il est alors possible de faire évoluer la société en dehors des prévisions des statuts primitifs, et par conséquent en dehors du contrat¹⁰⁴⁶. Cette jurisprudence est encore renforcée par la théorie des « droits propres de l'actionnaire » – *sonderrecht* – selon laquelle l'actionnaire possède des droits concédés aux actionnaires par la société pour le fonctionnement de l'institution¹⁰⁴⁷. Ces droits propres constituent ainsi une limite au pouvoir majoritaire dans l'assemblée générale extraordinaire et permet l'exercice d'un certain contrôle sur la vie sociale, indépendamment de la fraction du capital détenu, par exemple à travers le droit à l'information de l'actionnaire¹⁰⁴⁸.

286. Dès lors, une fois le « programme génétique »¹⁰⁴⁹ défini, la société n'est plus l'unique chose¹⁰⁵⁰ de ses créateurs¹⁰⁵¹ et ceux-ci devront respecter les éventuelles modifications des règles de l'institution par d'autres associés y participant, dans la limite des abus de droit dans le cadre des assemblées générales de la société. Encore faut-il que la modification du « programme génétique » de l'institution se fasse en conformité avec l'intérêt social de la société¹⁰⁵². En effet, il est nécessaire de préserver les intérêts de l'institution lorsque celle-

¹⁰⁴³ JOBERT Laurent, « La notion d'augmentation des engagements des associés », BJS, 1^{er} mai 2004 n° 5, p. 627.

¹⁰⁴⁴ Cass. Civ., 30 mai 1892, D. 1893, 1, p.105, note E. Thaller ; et Cass. Civ., 29 janvier 1894, D. 1894, 1, p.313, note Lacour et concl. Desjardins. Le juge distingue les clauses essentielles, modifiable uniquement à l'unanimité, et les clauses non essentielles, modifiables à la majorité.

¹⁰⁴⁵ V° DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, pp. 204-205 : « La jurisprudence s'est donc efforcée de tracer une ligne idéale au-delà de laquelle l'intérêt de la société ne pourrait porter atteinte aux droits des actionnaires. Ce fut d'abord la jurisprudence dite des « bases essentielles », qui s'efforce de déterminer dans les clauses du contrat de société celles que les associés avaient considérées comme essentielles et celles qu'ils avaient tenues pour accessoires, les secondes pouvant être modifiées ».

¹⁰⁴⁶ HAURIOU Maurice, précité, p. 175.

¹⁰⁴⁷ HAURIOU Maurice, précité, p. 177 : « Ce qu'il y a dans la société par action d'incontestablement statutaire, c'est-à-dire la fondation même de l'organisme social et le fonctionnement des assemblées d'actionnaires, s'explique aisément par notre théorie de l'opération à procédure constituée d'une série de faits objectifs et d'adhésion à ces faits. »

¹⁰⁴⁸ V° SORTAIS Jean-Pierre, « Protection des minoritaires : droit des sociétés », *in* Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, 2014.

¹⁰⁴⁹ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2018, n° 268.

¹⁰⁵⁰ Et non pas « propriété » des associés selon l'approche institutionnelle. Pour reprendre les justes termes de RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, p.52, il existe un « corps mystique au-dessus du contrat comme une sorte d'ectoplasme sorti de la personne des associés. L'esprit a pris corps. La personne morale est vivante et agissante. Elle est créée par les associés, mais la créature est plus forte que le créateur », G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, p.52

¹⁰⁵¹ *Ibid.*

¹⁰⁵² Sur la question de l'intérêt social v. *infra*.

ci est tiraillée entre des intérêts divergents, notamment financiers, qui entrent souvent en contradiction avec des intérêts sociétaux et environnementaux.

3. La cohabitation des deux théories contractuelles et institutionnelles

287. La doctrine s'accorde aujourd'hui sur le fait que ni la théorie contractuelle, ni la théorie institutionnelle ne l'a emporté l'une sur l'autre¹⁰⁵³. Il existe néanmoins des tendances jurisprudentielles accueillant plus ou moins favorablement l'une ou l'autre théorie. La théorie contractuelle sera davantage utilisée par le juge pour régler les litiges relatifs à la formation de la société selon qu'il s'agisse plutôt de sociétés de personnes, tandis que la théorie institutionnelle sera davantage employée pour résoudre les litiges relatifs à l'intérêt de la société et selon qu'il s'agisse d'une société par actions¹⁰⁵⁴.
288. Outre l'approche jurisprudentielle comme raison de coexistence des deux approches, il faut observer un « retour du contrat »¹⁰⁵⁵ par le biais des formes de sociétés les plus récentes instaurées par le droit français, telles que les sociétés par actions simplifiée (en 1994¹⁰⁵⁶), la société européenne (en 2001¹⁰⁵⁷) et son projet de déclinaison à l'échelle des PME, la société privée européenne¹⁰⁵⁸. En effet, celles-ci contiennent une grande part de liberté contractuelle dans le choix de leur organisation et de leur direction. Une liberté qui peut s'avérer être à double tranchant lorsque par exemple, une SA se transforme en SAS, sans que les statuts de la nouvelle société n'aient prévu la mise en place d'un conseil d'administration¹⁰⁵⁹. La carence contractuelle peut alors s'avérer fâcheuse. La question reste cependant toujours identique, quel intérêt doit-on faire primer au sein de la société ? S'agit-il de l'intérêt des associés, se confond-t-il avec celui de ces derniers ? Qu'en est-il de l'intérêt de la société ? Que faire des intérêts exprimés à l'extérieur de la société ? Ces questions déjà soulevées par l'Ecole de « l'intérêt de l'entreprise » - ou doctrine de l'entreprise qui vise à prendre en compte les intérêts des parties prenantes de la société –,

¹⁰⁵³ Le CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2018, n°274 : « Au total, on ne peut pas dire qu'en droit positif, l'une des théories chasse l'autre, ni que la Cour de cassation cherche le « juste milieu » ; elle butine en fonction de ce qu'elle veut décider, sans qu'il soit facile de dégager la cohérence de l'ensemble. ».

¹⁰⁵⁴ *Lamy Sociétés commerciales*, Lamy, 2014, n°33 et s. pour illustrations de jurisprudences.

¹⁰⁵⁵ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2018, n° 277.

¹⁰⁵⁶ Loi n°94-1 du 3 janvier 1994, art. L227-1 et s. du code de commerce.

¹⁰⁵⁷ Règlement CE n°2157/2001 du 8 octobre 2001, art. L229-1 et s. du code de commerce.

¹⁰⁵⁸ Commission européenne, Proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la société privée européenne, 25 juin 2008, COM(2008)396 final, fin de validité depuis le 21 mai 2014 : « Les petites et moyennes entreprises (PME) représentent plus de 99% des entreprises dans l'Union européenne, mais seules 8% d'entre elles exercent des activités commerciales transfrontalières et 5% possèdent des filiales ou des entreprises communes à l'étranger. S'il est devenu plus facile ces dernières années de créer son entreprise dans l'UE, des progrès supplémentaires doivent encore être accomplis pour améliorer l'accès des PME au marché unique, favoriser leur croissance et libérer leur potentiel. Le statut de la société privée européenne (Societas Privata Europaea) fait partie d'un train de mesures conçu pour aider les PME, dénommé «Loi sur les petites entreprises pour l'Europe (SBA)». Son objectif est de faciliter les activités des PME dans le marché unique et partant, d'améliorer leurs performances. La SPE figure parmi les initiatives prioritaires du programme de travail de la Commission pour 2008 ».

¹⁰⁵⁹ Cass. com, 25 janv. 2017, n° 14-28792, v. « Seuls les statuts de la SAS fixent les conditions dans laquelle elle doit être dirigée », Flash Defrénois, Lextenso, n°6, 13 février 2017, p.1.

voient leur intérêt renouvelé avec le projet de loi Pacte et le rapport Notat et Sénard sur l'entreprise, qualifiée d'« objet d'intérêt collectif »¹⁰⁶⁰.

289. D'une théorie à l'autre, peut donc dépendre différentes approches de la société commerciale, et par conséquent, entraîner des choix de gestion différents de la société selon les intérêts divergents considérés. Au-delà de la difficile combinaison entre approche contractuelle et institutionnelle, c'est peut-être plus simplement un rapprochement entre entreprise et société commerciale qui peut permettre de résoudre la prise en compte d'intérêts divergents dans le cadre de l'exercice d'une activité économique. Jean Paillusseau propose ainsi de définir l'entreprise comme une « entité économique et sociale organisée par le droit » mais aussi et surtout un « objet d'organisation juridique »¹⁰⁶¹. Mais c'est surtout l'idée du rapport Notat et Sénard selon lequel l'entreprise est un « objet d'intérêt collectif » qui constitue sans doute la tentative de conciliation la plus pragmatique entre entreprise et société commerciale. En effet, elle a le mérite de trancher entre l'approche contractuelle de la société commerciale, perçue comme un nœud de contrats visant uniquement un but lucratif et une vision institutionnelle ou fonctionnelle de la société commerciale qui, par un processus collectif, crée des ressources¹⁰⁶². Le rapport indique qu'il importe de distinguer les parties prenantes des parties constituantes et que « dans cette analyse, si les associés forment la société, les associés et les salariés constituent l'entreprise »¹⁰⁶³. En réalité, chacun peut souscrire à cette approche mais elle ne permet pas véritablement de caractériser précisément la distinction entre entreprise et société commerciale.

290. Réunir la notion d'entreprise et le concept éprouvé de société commerciale reste donc délicat tant les deux entités semblent si proches et différentes à la fois. La difficile équation entre le concept juridique bien établi de société commerciale et la volonté d'y intégrer les particularités de la notion d'entreprise qui inclut davantage d'intérêts¹⁰⁶⁴, justifie les tentatives de réforme du contrat de société commerciale. Néanmoins, seules certaines modifications sont apportées par la loi Pacte, essentiellement aux articles 1833 et 1835 du Code civil avec la prise en considération des enjeux socio-environnementaux et la possibilité d'inscrire la « raison d'être » dans l'objet social de la société. Ces propositions sont pourtant limitées alors que davantage d'éléments du contrat de société commerciale méritent de connaître une évolution pour accompagner la nécessaire transition écologique¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶⁰ Projet de loi et rapport préc.

¹⁰⁶¹ PAILLUSSEAU Jean, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^{ème} siècle », D. 2003, p.260, spéc. n° 61.

¹⁰⁶² Rapport Notat Senard, préc., p.39.

¹⁰⁶³ Rapport Notat Senard, préc., p.39 ; v° l'auteur de cette proposition CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », Rev. de droit du travail, 2018, p. 107.

¹⁰⁶⁴ V° SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », D. 2017, p. 2380, préc. qui propose de remplacer « la société, groupement d'associé, par une structure nouvelle réunissant les parties prenantes prenant part au développement de l'entreprise ».

¹⁰⁶⁵ Outre les propositions de réforme du législateur et la loi Pacte n°2019-486 du 22 mai 2019 ; v° nos développements en partie II, titre II sur la relecture des éléments du contrat de société commerciale au prisme de l'entreprise sobre.

B. Des propositions limitées de réforme du contrat de société commerciale

291. La société commerciale définie à l'article 1832 du code civil et le contrat qui l'organise comporte différents éléments de validité dont, la volonté commune de s'associer, la réalisation d'apports ainsi que la volonté de partager les résultats – le but lucratif – qui a pour corollaire la contribution aux pertes de l'activité. L'article 1833 du Code civil vient compléter cette définition de la société et dispose que toute société doit avoir un objet licite et être constitué dans l'intérêt commun des associés. Ces articles 1832 et 1833 du code civil concentrent aujourd'hui les critiques en raison du rôle assigné à la société commerciale au regard de la volonté de responsabiliser celle-ci. Les dispositions semblent en effet bien désuètes, en décalage avec la réalité des pratiques des entreprises selon le rapport Notat et Senard¹⁰⁶⁶ et l'exigence de transition écologique qui vise à dépasser la poursuite d'une économie uniquement tournée vers un but lucratif¹⁰⁶⁷. En ce sens, la doctrine ainsi que le législateur proposent une nouvelle rédaction de ces articles. Pour David Hiez, l'objectif est « d'élargir le champ des sociétés pour intégrer qu'elles ne sont pas par essence destinées à la recherche du profit et de son partage »¹⁰⁶⁸. C'est sur ce dernier point que des propositions de modification ont pu être émises, mais sans avoir été reprises dans le projet et la loi Pacte (1). C'est davantage la réforme des articles 1833 et 1835 du Code civil qui retient toute l'attention, sans toutefois véritablement rencontrer l'adhésion d'une doctrine pour le moins circonspecte. Il s'agit pourtant bien d'une avancée de la RSE - même modeste - qui renforce son ancrage dans le droit et intègre la transition écologique à travers la considération des enjeux sociaux et environnementaux (2).

1. L'évolution envisagée de l'article 1832

292. L'article 1832 du code civil dispose que « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter (...). Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ». Aux termes de ces dispositions, la constitution d'une société nécessite : la volonté de s'associer de personnes

¹⁰⁶⁶ Rapport Notat et Senard, préc., p. 26.

¹⁰⁶⁷ V° c. env., art. L110-1-1

¹⁰⁶⁸ HIEZ David, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », Rev. sociétés 2012, p.671, note de l'auteur : « Il est proposé cette nouvelle rédaction : "La société est constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie soit en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter soit en vue de financer ou de développer une activité qui répond à un besoin social". HURSTEL Daniel, *La nouvelle économie sociale Pour réformer le capitalisme*, Odile Jacob, 2009, p.100 ».

ou *affectio societatis*¹⁰⁶⁹ ; l'affectation d'apports à la société¹⁰⁷⁰, c'est-à-dire la mise sociale¹⁰⁷¹ de chaque associé constitutive du capital social destiné au fonctionnement de l'activité sociétaire ; la poursuite d'une entreprise commune dont la consistance doit être fixée dans l'objet social¹⁰⁷² ; ainsi que la poursuite d'un but lucratif, c'est-à-dire le partage de résultats ou la réalisation d'une économie avec l'acceptation de contribuer aux éventuelles pertes. C'est essentiellement à travers cet esprit de lucre, ce criterium du but lucratif¹⁰⁷³ que l'on reconnaît la société commerciale, elle est par conséquent un groupement intéressé contrairement à l'association qui poursuit un but désintéressé.

293. L'article 1832 du Code civil est aujourd'hui critiqué en considération de cet esprit de lucre qui semble seul définir la société commerciale. Pourtant, déjà par le passé, le législateur procédait, par une motivation fondée sur une critique similaire, à la modification de cet article. En effet, constatant que de tous les textes du Code civil, les dispositions relatives aux sociétés, étaient celles qui avaient le plus vieilli¹⁰⁷⁴, le législateur modifiait la rédaction de l'article 1832 du Code civil par la loi n°78-9 du 4 janvier 1978. Les travaux parlementaires préalables à l'adoption de celle-ci relèvent alors que la seule exigence du partage de bénéfices ne correspond pas à la réalité car « nombreuses sont les sociétés qui, non seulement ne font jamais de bénéfices, mais encore n'ont pas été conçues pour en réaliser »¹⁰⁷⁵. Aussi, afin d'élargir le but social de la société, le législateur y a ajouté la possibilité de réaliser des « économies » au sens d'avantages matériels obtenus par la société. Depuis, l'article n'a été modifié que pour y introduire la société unipersonnelle¹⁰⁷⁶. Aucun autre changement n'est intervenu depuis alors même que la perception de la société commerciale a évolué, notamment à travers le concept de responsabilité sociétale et environnementale qui tend à lui assigner une fonction vertueuse, une finalité sociale, une « dimension collective et constructive »¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁶⁹ L'*affectio societatis* ne figure pas textuellement à l'article 1832 mais il est considéré par la jurisprudence et la doctrine comme une composante du contrat de société. V° l'arrêt essentiel Cass. com. 3 juin 1986, n° 85-12.118, Bull. civ. IV, n° 116, p.98, comm. Y. Guyon, Rev. des sociétés, 1986 ; p. 585, selon lequel l'*affectio societatis* suppose une collaboration effective [à l'exploitation d'un fonds de commerce], dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité.

¹⁰⁷⁰ L'article 1843-3 du code civil distingue les apports en nature, en numéraire ou en industrie. Selon l'article 1843-2 al.1^{er} du code civil : « Les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société et au cours de l'existence de celle-ci. ». En ce sens, le contrat de société est *commutatif* puisque chacune des parties recevra l'équivalent de ce qu'elle s'est engagée à donner ou à faire pour la société, v° l'article 1104 du code civil.

¹⁰⁷¹ V° MALEPEYRE Léopold, JOURDAIN Charles-Félicité, Traité des sociétés commerciales accompagné d'un précis de l'arbitrage forcé et suivi de modèles des divers genres d'actes de sociétés commerciales, éd. Mansut fils, Paris, 1833, p.37

¹⁰⁷² L'objet social est généralement défini comme l'ensemble des activités déterminées par les statuts qu'une société peut exercer : CHAPUT Yves, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mis à jour en juin 2014, v° *objet social*). Conformément à l'article 1835 du code civil les statuts doivent déterminer, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement.

¹⁰⁷³ RIPERT Georges, Aspects juridiques du capitalisme moderne, préc, p.82.

¹⁰⁷⁴ Sénat, Rapport du sénateur Etienne Dailly au nom de la commission des lois, 26 avril 1973, avis n°259, p.2.

¹⁰⁷⁵ Sénat, Rapport du sénateur Etienne Dailly au nom de la commission des lois, 26 avril 1973, avis n°259, p.10

¹⁰⁷⁶ Loi n°85-697 du 11 juillet 1985, art.1.

¹⁰⁷⁷ CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », Rev. de droit du travail, 2018, p. 107.

294. Dominique Schmidt observe ainsi que « de nombreuses voix s'élèvent depuis des années pour dénoncer un capitalisme financier qui assigne pour but à la société la “maximisation” du profit et son partage entre les associés qui sont considérés comme recherchant avant tout leur intérêt financier à court terme »¹⁰⁷⁸. L'auteur relève que les revendications adressées au contrat de société étaient jusqu'à présent formulées en des termes larges¹⁰⁷⁹, elles font désormais l'objet de formulations précises de nature juridique¹⁰⁸⁰. Diverses propositions de modification de l'article 1832 ont été émises et pour lesquelles un recensement partiel a été effectué par Christophe Clerc¹⁰⁸¹. Dès lors, il ne s'agit pas de les reprendre toutes mais de retenir celles qui paraissent le mieux exprimer les points sujets à intégrer la transition écologique.

295. Daniel Hurstel propose, sûrement le premier, une reformulation de l'article 1832 du Code civil : « La société est constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie soit en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter soit en vue de financer ou de développer une activité qui répond à un besoin social »¹⁰⁸². Disposition qui aurait d'ailleurs pu être complétée par « ...ou un intérêt environnemental ». Une autre proposition publiée par un collectif dans une tribune au journal *Le Monde* daté du 16 novembre 2016¹⁰⁸³, envisage la modification du même article comme suit : « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter des actifs¹⁰⁸⁴, sous la forme d'apports en numéraire, en nature ou en industrie, à une entreprise commune en vue de développer un projet d'entreprise et de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie susceptible d'en résulter ». Deux axes de modification se dégagent de ces propositions selon certains auteurs¹⁰⁸⁵, la question - qui était déjà au cœur de la modification opérée en 1978 - d'un élargissement du but social seulement orienté vers le profit (**a**) et l'idée de développement d'un projet d'entreprise (**b**).

¹⁰⁷⁸ SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », art. préc.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*, « la société exploitant l'entreprise doit contribuer à la recherche d'une croissance raisonnée génératrice de bien-être et de progrès. Elle a des responsabilités de nature sociale, sociétale, environnementale et politique à la satisfaction desquelles doivent servir les profits générés par son activité ; elle doit poursuivre la satisfaction de l'intérêt commun de toutes les parties prenantes dont les associés, les salariés, les fournisseurs, les clients, les prêteurs, et, plus généralement, les communautés affectées par son activité. »

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*

¹⁰⁸¹ CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », *Rev. de droit du travail*, 2018, p. 107.

¹⁰⁸² HURSTEL Daniel, *La nouvelle économie sociale Pour réformer le capitalisme*, Odile Jacob, 2009, p.100.

¹⁰⁸³ Collectif (indéterminé), « Plaidoyer en faveur d'une économie de marché responsable », *Le Monde*, 16 novembre 2016.

¹⁰⁸⁴ Sur la question de l'actif, v° la thèse de BRIGNON Bastien, *L'actif social. Plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Université Paul Cézanne, coll. de l'institut de droit des affaires, 2009, 518 p., p. 74 : « L'actif social représente l'ensemble des biens et droits d'une société ».

¹⁰⁸⁵ SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », art. préc. ; CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », art. préc.

a. Elargir le but social lucratif vers un but sociétal

296. S'il existe, à l'article 1832 du code civil, un but social lucratif orienté vers la satisfaction de l'intérêt commun des associés, existe-t-il un but sociétal ? C'est-à-dire un « but social élargi » dirigé vers d'autres personnes que les seuls associés, dirigés vers la satisfaction de parties prenantes internes ou externes à la société commerciale voire plus généralement, un rôle positif pour la société¹⁰⁸⁶ ? En d'autres termes, le contrat de société commerciale a-t-il pour seul but le partage de résultats – l'appât du gain¹⁰⁸⁷ – ou peut-il avoir d'autres buts et satisfaire ainsi une possible transition écologique ? Surtout, la société commerciale peut-elle avoir pour but de protéger certains intérêts (social, sociétal, environnemental) par la réalisation de bénéfices ou d'économies ?¹⁰⁸⁸ *A priori* aucun élément de l'article 1832 du code civil ne permet de concevoir que la société commerciale puisse comporter un tel but sociétal. Or, il ressort des propositions de modification de l'article 1832, la volonté de concevoir la société commerciale en y ajoutant un but sociétal.

297. Il peut en effet être admis que la réalisation d'un but lucratif ne peut *a priori* se faire sans la présence d'un but sociétal minimal. Dès lors, l'activité économique permettant de réaliser un bénéfice ou une économie, nécessaire pour remplir le but lucratif de la société commerciale, présente-t-il une utilité identique pour l'ensemble de ses parties prenantes ? Envisageons simplement le cas d'un consommateur, celui-ci retire une certaine utilité du bien ou service fournis par la société commerciale, contrairement à l'environnement qui peut voir sa substance affectée, du fait du prélèvement d'éléments naturels, et subir par conséquent une « inutilité », une « perte » consécutive à cette activité économique. C'est pourquoi la question de l'existence d'un *but sociétal* de l'entreprise, c'est-à-dire sa « fonction sociale » pour l'ensemble de la Société, mérite d'être soulevée¹⁰⁸⁹. Des questions simples peuvent être posées : le consommateur est-il satisfait au regard de ses nouvelles attentes, quelle a été la contribution de l'entreprise à la préservation de l'environnement ; dans quelles conditions humaines ont été conçus tels produits ; quelle est leur origine ; a-t-il été nécessaire de les transporter sur une longue distance¹⁰⁹⁰, etc. ? Ces considérations achoppent sur la question de l'essence uniquement lucrative de la

¹⁰⁸⁶ SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », D. 2017, p.2380. Selon l'auteur, le projet d'entreprise ne se limite à l'activité sociale mais doit viser la satisfaction de l'intérêt commun de toutes les parties prenant part au développement de l'entreprise et plus avant, de l'accomplissement d'un rôle positif pour la Société.

¹⁰⁸⁷ CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », art. préc.

¹⁰⁸⁸ V° *infra* sur la question de la fonction sociale de l'entreprise.

¹⁰⁸⁹ Sur la fonction sociale de l'entreprise v. *infra* Partie 2.

¹⁰⁹⁰ LAVILLE Elisabeth, *L'entreprise verte*, Village mondial, 2009, p.32. Par exemple, l'entreprise Herta qui produit désormais un jambon bio sans nitrites indique par exemple avoir répondu aux « attentes des consommateurs de ces dernières années » et affiche sur son site internet « ses engagements » et sa démarche « Herta s'engage ». L'entreprise déclare même vouloir « devancer les attentes de ses consommateurs ». v. www.herta.fr, en ligne, consulté le 4 octobre 2018.

société commerciale qui entre en contradiction avec les intentions affichées et les nouvelles pratiques des entreprises¹⁰⁹¹.

298. D'un point de vue strictement juridique en droit des sociétés, Christophe Clerc relève que l'élargissement du but lucratif permettrait de donner davantage de latitude d'action au dirigeant social dans la gestion de la société¹⁰⁹². Sur le modèle de la *benefit corporation* envisagé plus avant, dont le but social dépasse la simple recherche du profit, l'engagement de la responsabilité du dirigeant par des associés pour non maximisation du profit serait ainsi rendu plus difficile. Le dirigeant pouvant dès lors prétendre avoir agi en prenant en considération d'autres d'intérêts que la seule poursuite d'un but lucratif, dont ceux des parties prenantes de la société ou de l'environnement.

299. L'idée de modification de l'article 1832 du code civil n'a finalement pas été reprise par le projet de loi Pacte. Pourtant, c'est bien cet article qui semble devoir être placé au cœur de la transformation de la société commerciale pour se diriger vers l'entreprise sobre. Il est par exemple proposé par Christophe Clerc de « qualifier » le partage de bénéfices en indiquant que ceux-ci soient « raisonnables », « non-excessifs » ou « conformes aux usages »¹⁰⁹³. L'article 1832 pourrait encore être relié à l'exigence de transition écologique, ce qui présenterait le mérite de laisser au dirigeant social le soin de l'intégrer dans sa gestion et offrirait également au juge, la possibilité de s'appuyer sur celle-ci pour apprécier l'intérêt social de la société, tel qu'élargi aux enjeux socio-environnementaux au sens de la réforme de l'article 1833 du code civil.

b. Développer un projet d'entreprise

300. La modification proposée dans Le Monde daté du 16 novembre 2016, fait apparaître l'idée que la société commerciale contient un « projet d'entreprise »¹⁰⁹⁴. Selon Dominique Schmidt, le projet d'entreprise tel que conçu par ses auteurs se substituerait au but social actuel de la société commerciale qui est celui du but lucratif. Ce projet d'entreprise deviendrait le « but premier » de l'activité des associés, dirigé vers « un intérêt général économique, social et environnemental »¹⁰⁹⁵. Pour Christophe Clerc, l'inscription d'un projet d'entreprise à l'article 1832 présente plusieurs intérêts : d'une part il renvoie à l'idée d'un projet dynamique ayant une dimension collective, d'autre part il permet une connexion plus précise avec la notion d'entreprise. L'auteur s'interroge toutefois sur la portée normative d'un tel ajout, tandis que Dominique Schmidt craint de son côté

¹⁰⁹¹ A ce propos, LAVILLE Elisabeth., *L'entreprise verte*, Village mondial, 2009, p.32, observe que : « Par un effet vertueux de la crise, des affaires et de l'excès consumériste des années 1980, les critères hédonistes et marchands ont laissé la place à des exigences plus respectueuses de la nature, de la culture et de la dignité des échanges entre les hommes ».

¹⁰⁹² CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », art. préc.

¹⁰⁹³ *Ibid*, l'auteur indique que « la notion même de profit doit être revue ». V. nos développements *infra* sur la nécessité de repenser la qualification du bénéfice et les autres éléments du contrat de société commerciale.

¹⁰⁹⁴ Collectif, « Plaidoyer en faveur d'une économie de marché responsable », Le Monde, 16 novembre 2016.

¹⁰⁹⁵ SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », art. préc.

l'absence de définition claire et concrète de ce projet d'entreprise : « toute société soutiendra qu'elle entend développer un projet d'entreprise par l'exercice de son activité, et le concept se diluera au point de perdre toute signification »¹⁰⁹⁶.

301. Plus avant, le « projet d'entreprise »¹⁰⁹⁷ présente l'avantage de mieux définir les intérêts poursuivis et servis par le contrat de société commerciale. Il peut s'avérer utile de préciser en ce sens que par le choix du projet d'entreprise, la société commerciale satisfait plusieurs intérêts. Elle peut non seulement satisfaire les intérêts de l'entrepreneur et des parties constituantes¹⁰⁹⁸ - qui y trouvent un enrichissement par le partage des résultats -, mais aussi procurer une utilité ou un intérêt collectif aux parties prenantes et par là, accomplir un rôle positif pour la Société¹⁰⁹⁹. Prenons par exemple le cas d'un artisan-boulangier qui retire les bénéfices de son activité économique, celui-ci apporte par la même occasion à son client une satisfaction, le prix du produit est accepté par le client au regard de l'utilité qu'il en retire. Dès lors, il faut comprendre que la société commerciale boulangère n'est pas uniquement guidée par une question de lucre mais bien plus par un projet d'entreprise. Celui-ci vise, par le biais de la production d'un bien ou d'un service, non seulement à procurer un revenu permettant la subsistance ou l'enrichissement du boulangier associé, mais aussi à parvenir à créer une utilité. Sans quoi le projet d'entreprise ne peut réussir et le client d'un jour peut ne plus l'être le lendemain s'il estime que le pain acheté n'est pas conforme à ses attentes. Par conséquent, s'il est indéniable que la société commerciale possède un aspect lucratif, elle a aussi un aspect fonctionnel, sociétal, celui de procurer un revenu, un bien ou un service utile à ses parties constituantes et prenantes (associés, salariés, investisseurs, clients, fournisseurs, sous-traitants, collectivités territoriales, etc.)¹¹⁰⁰.

302. Aussi intéressante soit-elle, la modification de l'article 1832 du code civil par l'ajout d'un projet d'entreprise n'apparaît pas fondamentalement déterminante pour opérer une métamorphose de la société commerciale. Au contraire, l'ajout d'une notion insuffisamment déterminée ne peut qu'aboutir à complexifier la définition de la société commerciale et il peut sembler préférable que l'article 1832 demeure inchangé. De plus, le Conseil d'Etat souligne que même en l'absence de modification de cet article, qui « assigne au contrat de société une finalité principale consistant dans la recherche, dans l'intérêt commun des associés, d'un bénéfice ou la réalisation d'une économie », le code civil ne fait pas obstacle à ce que nombre d'entreprises de droit français aient – d'ores et déjà – choisi d'agir dans le sens d'un but autre que le seul partage des bénéfices à l'image

¹⁰⁹⁶ SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », art. préc.

¹⁰⁹⁷ SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », D. 2017, p.2380 : reprenant la proposition de la tribune publiée au journal Le Monde, « la société doit avoir pour but le développement d'un projet d'entreprise ».

¹⁰⁹⁸ CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprises : l'objet social, objet de réforme sociale », art. préc.

¹⁰⁹⁹ SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », art. préc. Selon l'auteur, le projet d'entreprise ne se limite à l'activité sociale mais doit viser la satisfaction de l'intérêt commun de toutes les parties prenant part au développement de l'entreprise et plus avant, de l'accomplissement d'un rôle positif pour la Société.

¹¹⁰⁰ L'idée de « fonction sociale » de l'entreprise est développée plus loin en Partie 2.

de la législation relative à l'économie sociale et solidaire¹¹⁰¹. En réalité, ce sont plus exactement ses éléments existants qui méritent d'être réinterprétés à la lumière de la transition écologique et de l'idée d'entreprise sobre comme cela est envisagé plus loin dans ces travaux. Pour l'heure, les propositions de réécriture du contrat de société commerciale se focalisent davantage sur l'article 1833 du code civil relatif à son objet social.

2. Les incertitudes de la réforme de l'article 1833 du code civil

303. L'article 1833 alinéa 1^{er} du code civil dispose que toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. Deux éléments ressortent de cet alinéa, la nécessité d'un objet social et l'intérêt commun des associés dans lequel doit être constituée la société. Cet intérêt se voit désormais complété par un deuxième alinéa avec l'adoption de la loi Pacte le 22 mai 2019¹¹⁰².

304. S'agissant de la détermination de l'objet social exigée par l'article 1833 alinéa 1^{er}, celle-ci est librement effectuée par les associés en vertu de la liberté du commerce et de l'industrie et de la liberté contractuelle, mais encore faut-il qu'il soit licite¹¹⁰³. Comme l'indique l'article 1128 du code civil relatif aux conditions essentielles de validité du contrat qui exige notamment un contenu licite et certain, l'article 1833 alinéa 1^{er} du même code exige que toute société doit avoir un objet licite. Par conséquent, le but poursuivi par les associés doit être conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs¹¹⁰⁴. En considération de la responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise et plus avant de l'entreprise sobre, cette exigence de licéité - nécessairement évolutive car liée à une notion élastique - pourrait éventuellement amener une société à voir son objet social remis en cause dans l'hypothèse où il serait considéré que le programme statutaire poursuivi ne serait pas, ou ne serait plus, conforme à l'ordre public écologique¹¹⁰⁵. Le législateur n'a pas entendu modifier cette disposition clé et a préféré œuvrer à la consécration de l'intérêt social au sein de l'article 1833 du code civil. Aussi, la loi Pacte a retenu la proposition contenue dans le projet de loi de compléter cet article par un alinéa ainsi rédigé : « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »¹¹⁰⁶. Une telle modification n'est pas singulière puisque différentes propositions d'amendement de l'article 1833 du code civil – émanant de

¹¹⁰¹ Conseil d'Etat, *Avis sur le projet de loi Pacte*, 14 juin 2018, spéc. 96 ; loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire

¹¹⁰² Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JORF n°0119 du 23 mai 2019.

¹¹⁰³ Article 1102 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »

¹¹⁰⁴ Conformément à l'article 6 du code civil « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », le contrat de société n'y échappe pas.

¹¹⁰⁵ V° *infra*.

¹¹⁰⁶ Projet de loi n° 1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises du 18 juin 2018, art. 61.

personnes diverses – s'étaient jusqu'alors multipliées (a). La loi Pacte vient finalement consacrer l'intérêt social, un concept déjà utilisé par la jurisprudence. Toutefois, la doctrine, plus dubitative qu'enthousiaste, s'interroge sur les effets d'une telle consécration de l'intérêt social (b) et la façon dont seront pris en considération les enjeux sociaux et environnementaux par la société (c).

a. La multiplication des propositions de réforme

305. Tout comme l'article 1832, la rédaction ancienne de l'article 1833 du code civil qui fait référence à l'intérêt commun des associés n'a guère évolué depuis le Code Napoléon¹¹⁰⁷. Depuis, la jurisprudence a pu appréhender cet intérêt de différentes façons à travers le concept d'intérêt social, variable selon la vision de la société adoptée par le juge et proposée par la doctrine. Trois approches existent : dans une conception contractuelle, l'intérêt social est celui des associés, c'est-à-dire la somme de leurs intérêts particuliers ; dans une conception institutionnelle, l'intérêt social correspond à l'intérêt propre de la société personne morale qui transcende celui des associés ; enfin dans une conception dite de l'Ecole de Rennes, l'intérêt social correspond à l'intérêt de l'entreprise, cette dernière intégrant les parties prenantes et dépassant l'enveloppe juridique sociétaire¹¹⁰⁸.

306. C'est pour concilier ces différentes approches que le législateur a voulu inscrire l'intérêt social dans la loi. Cette volonté de modification n'est pas nouvelle puisque l'absence de prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux par la loi dans le contrat de société commerciale est remise en cause dès novembre 2014. Un avant-projet de loi sur la croissance et l'activité¹¹⁰⁹ présenté en Conseil des ministres par M. Emmanuel Macron, alors ministre de l'économie contient un article 83 relatif à l'intérêt social ainsi rédigé : « À l'article 1833 du code civil, après les mots : “ et être constituée dans l'intérêt commun des associés. ” sont ajoutés les mots : “ Elle doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental ”. ». Certains observateurs saluent alors cette initiative comme étant la « naissance de l'entreprise moderne »¹¹¹⁰. Cette rédaction ainsi proposée permettait dès lors à la France d'imiter les nouvelles formes d'entreprises préexistantes dans d'autres pays et offrait la possibilité d'ajouter un objet sociétal à la société commerciale, au-delà de son but lucratif¹¹¹¹. Cette proposition permettait par la même occasion de redonner à la société

¹¹⁰⁷ Seule la loi n°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil vient modifier la rédaction de l'article 1833 qui était auparavant rédigé en ces termes : « Toute société doit avoir un objet licite, et être contractée pour l'intérêt commun des parties. Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie. »

¹¹⁰⁸ COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Lexis Nexis 2018, 31^{ème} éd°, p. 253.

¹¹⁰⁹ Qui donnera lieu à la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques sans qu'elle ne contienne de modification de l'article 1833 du code civil.

¹¹¹⁰ GIRARD Julien, « Et si l'intérêt social d'une entreprise devenait sociétal », *Le blog Huglo*, 11 décembre 2014, <http://blog.huglo-lepage.com/post/2014/12/11/Et-si-linteret-social-dune-entreprise-devenait-societale>, consulté le 5 mars 2014 ; v. aussi MEKKI Mustapha, *Le projet « Macron » et le nouvel article 1833 du Code civil : quand la force du droit vient de la force des mots*, dalloz-actu-étudiant.fr, Actualité, Le billet, 1^{er} décembre 2014

¹¹¹¹ V. *infra* à propos de la *benefit corporation* aux Etats-Unis

commerciale sa fonction originelle, un véhicule juridique au service d'une réalité économique¹¹¹². Cette proposition de modification de l'article 1833 ne fut toutefois pas retenue lorsque le projet fut présenté devant l'Assemblée nationale. Cette occasion manquée pour le renouvellement de la société commerciale permit cependant d'apporter une première pierre à l'édifice du renouvellement de la notion de société aux côtés d'autres propositions. Celles-ci émergent de différents acteurs (rapport de Jacques Attali¹¹¹³, Club des juristes¹¹¹⁴, collectif au journal *Le Monde*¹¹¹⁵, fondation Jean Jaurès¹¹¹⁶, Terra Nova¹¹¹⁷, rapport Notat et Senard¹¹¹⁸)¹¹¹⁹, mais sont souvent formulées en des termes similaires si bien que, assurément dans un souci de conciliation entre les différentes propositions, le législateur a projeté de consacrer le concept doctrinal et jurisprudentiel d'intérêt social à l'article 1833 du code civil.

b. Les effets discutés de la réécriture de l'article 1833 du code civil

307. Suite au rapport Notat et Senard intitulé « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », une proposition de modification de l'article 1833 est à nouveau présentée par le législateur puisque le projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises déposé le 18 juin 2018 à l'Assemblée nationale, reprend l'esprit de la première proposition par l'ajout de l'alinéa « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »¹¹²⁰. Cette proposition désormais adoptée est complétée par la réforme des articles L225-35 et L225-64 du code de commerce relatifs au conseil d'administration¹¹²¹ et directoire. Cette volonté d'enrichissement de l'article 1833 n'a pas manqué de faire réagir la doctrine dont les avis

¹¹¹² HURSTEL Daniel, « Le bon message d'Emmanuel Macron à l'entreprise », *Les Echos*, 9 décembre 2014 : « l'intérêt des associés ne doit pas faire obstacle à ce que l'entreprise soit gérée en fonction de son projet et de son impact sur la préservation des biens communs. Ce faisant, la société redevient ce qu'elle devait toujours être, un véhicule juridique au service d'une réalité économique, l'entreprise. Et le projet d'entreprise redevient central. C'est bien à partir de ce projet que l'entrepreneur fonde une société. »

¹¹¹³ ATTALI Jacques (groupe de réflexion présidé par), *Pour une économie positive*, La Documentation française, 2013, p. 79, proposition n°1 visant à modifier l'article 1833 du code civil : « Toute société doit avoir un objet licite, être constituée et gérée dans l'intérêt pluriel des parties prenantes et concourir à l'intérêt général, notamment économique, environnemental et social. »

¹¹¹⁴ FREROT Antoine, HURSTEL Daniel (commission présidée par), Club des juristes, *Le rôle sociétal de l'entreprise – Éléments de réflexion pour une réforme*, avril 2018, 127 p.

¹¹¹⁵ *Le Monde*, « Plaidoyer en faveur d'une économie de marché responsable », 16 novembre 2016.

¹¹¹⁶ Fondation Jean-Jaurès, *Entreprises engagées. Comment concilier l'entreprise et les citoyens*, février 2018, 23 p.

¹¹¹⁷ Terra Nova, *L'entreprise contributive. 21 propositions pour une gouvernance responsable*, 5 mars 2018, 84 p.

¹¹¹⁸ Préc.

¹¹¹⁹ V° aussi pour un autre recensement CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprises : l'objet social, objet de réforme sociale », art. préc. ; v. également HEINICH Julia, « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Revue des sociétés*, 2018, p. 568.

¹¹²⁰ Et non pas selon « l'intérêt propre de la société » comme l'envisageait la proposition du rapport Notat Sénard. v. HEINICH Julia, « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », préc.

¹¹²¹ Antoine Tadros regrette que si la charge de l'obligation de gestion de la société conformément à l'intérêt social et en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux pèse sur le conseil d'administration, il n'est prévu aucun changement pour le directeur général. Pour l'auteur il est toutefois difficile de soutenir qu'il pourra y échapper et les textes de droit commun, les articles 1833 et 1835 du code civil s'appliqueront au directeur général comme au conseil d'administration : TADROS Antoine, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.* 2018, p.1765, spéc. 4

– toujours plus nombreux – sont pour le moins partagés¹¹²². La modification fait surtout l’objet de regards critiques, jugée tantôt inopportune¹¹²³, tantôt *a minima*¹¹²⁴, certains y voient une voie ouverte au spectre d’un « procureur privé »¹¹²⁵ de la société avec la crainte d’une immixtion du juge dans la gestion de la société. Néanmoins, pareilles craintes ne semblent pas véritablement fondées puisque l’inscription de l’intérêt social à l’article 1833 du Code civil vient seulement entériner une jurisprudence bien établie (i), tandis que les effets attachés à la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux semblent très limités voire inexistantes (ii).

i. Sur la consécration de l’intérêt social

308. Du point de vue de la mise en œuvre de la transition écologique, l’indication que la société soit gérée dans son intérêt social ne semble pas apporter de nouveauté particulière par rapport à la jurisprudence préexistante. L’étude d’impact du projet de loi met par ailleurs en avant la cohérence d’une telle modification avec d’autres dispositions qui envisagent déjà l’intérêt de la société, notamment l’article 1848 du code civil qui prévoit que « le gérant d’une société civile peut accomplir tous les actes de gestion que demande l’intérêt de la société », ainsi que ses articles similaires pour les sociétés régies par le code de commerce¹¹²⁶. L’inscription de l’intérêt social à l’article 1833 du code civil permet de consacrer un concept juridique déjà présent dans les textes sous la forme de « l’intérêt de

¹¹²² V. not. SCHMIDT Dominique, « La société et l’entreprise », art. préc ; CLERC Christophe, « Sur la réforme de l’entreprises : l’objet social, objet de réforme sociale », art. préc. ; CUZACQ Nicolas, « Quelle place peut-on octroyer aux parties prenantes dans le puzzle de la gouvernance des sociétés ? », D. 2017, p.1844; BERLIOZ Pierre, « Droit souple ou droit dur, un (non) choix lourd de conséquences, Revue des sociétés, 2018, p.644 ; TADROS Antoine, « Regard critique sur l’intérêt social et la raison d’être de la société dans le projet de loi PACTE », D. 2018, p.1765 ; DESBARATS Isabelle, « De l’entrée de la RSE dans le code civil », Droit social, 2019, p. 47 ; PAILLUSSEAU Jean, « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », D., 2018, p.1395 ; COURET Alain, « La réforme de l’entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du code civil ? », Revue des sociétés, 2018, p.639 ; COURET Alain, « Les figures du procureur privé », D. 2018, p.1545 ; GERMAIN Michel, « Les propositions du Club des juristes », Revue des sociétés 2018, p. 564. ; CONAC Pierre-Henri, « La société et l’intérêt collectif : la France seule au monde ? », Revue des sociétés, 2018, p.558 ; URBAIN-PARLEANI Isabelle, « La raison d’être des sociétés dans le projet de loi PACTE du 19 juin 2018 », Revue des sociétés, 2018, p.623 ; GALLOIS-COCHET Dorothee, LAROCHE Maud, « Projet PACTE, quel impact ? », Gaz. Pal. n°13, 3 avril 2018, p.42 ; LUCAS François-Xavier, « L’inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », BJS, 2018, p.477 ; DAIGRE Jean-Jacques, « Loi PACTE : ni excès d’honneur, ni excès d’indignité », BJS, 2018, p.541 ; MASSART Thibaut, « Réforme des articles 1833 et 1835 du Code civil : l’équilibre entre performance financière et extra-financière des sociétés, Gaz. Pal., n°51, 18 déc. 2018, p.51 ; COCHETEUX Patrick (avocat), COCHETEUX Patrick (docteur en droit), « L’objet social de l’entreprise : à étendre », LPA, n°256, 24 déc. 2018; TCHOTOURIAN Ivan, « L’inconnu de la réforme de l’objet social », BJS, 2018, p. 134 ; rapp. TCHOTOURIAN Ivan, « Nouvelles entreprises aux Etats-Unis et au Canada », Revue Lamy droit des affaires, n°142, 1^{er} nov. 2018.

¹¹²³ LUCAS François-Xavier, « L’inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », BJS, 2018, p. 477.

¹¹²⁴ HEINICH Julia, « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », Revue des sociétés, 2018, p. 568.

¹¹²⁵ COURET Alain, « Les figures du procureur privé », D. 2018, p.1545 : « Le monde des affaires voit ressurgir épisodiquement des acteurs dont le rôle est assimilable à celui d’un procureur privé requérant une discipline des comportements tant au regard du respect de la loi et de l’éthique que de l’efficacité économique. (...) Ces acteurs entendent requérir l’application de la règle de droit bafouée ou le respect d’une efficacité économique sacrifiée sur l’autel d’autres intérêts ».

¹¹²⁶ Art. L221-4 du code de commerce (société en nom collectif), L241-3, 4° et 5° (société à responsabilité limitée), L242-6, 3° et 4° (société anonyme)

la société », appliqué par la jurisprudence et qui fut l'objet d'intenses débats doctrinaux¹¹²⁷. Il ne manquait plus que l'intervention du législateur. Ce dernier ne tranche cependant pas la question de la définition de l'intérêt social et certains s'interrogent sur la consécration « sèche »¹¹²⁸ de l'intérêt social, c'est-à-dire sans aucun élément de définition l'accompagnant¹¹²⁹.

309. Il faut reconnaître l'utilité d'un concept d'intérêt social non défini qui continuera à pouvoir être mobilisé comme un standard juridique, alors que d'autres propositions – assurément plus floues – envisageaient par exemple « l'intérêt supérieur »¹¹³⁰, « l'intérêt pluriel des parties prenantes »¹¹³¹, « l'intérêt des parties constituantes »¹¹³² ou encore « l'intérêt collectif »¹¹³³. Souple et à géométrie variable, l'intérêt social est un concept éprouvé par la jurisprudence qui doit pouvoir continuer à s'appliquer à chaque situation de fait, sans que le juge ne s'immisce dans la gestion sociale¹¹³⁴. Pour le Conseil d'Etat, la portée de l'inscription de l'intérêt social dans la loi « a uniquement pour objet de consacrer par la loi la jurisprudence de la Cour de cassation qui entend préserver l'intérêt fondamental de la société considérée comme personne morale, indépendamment de l'intérêt des associés »¹¹³⁵.

310. En réalité, la portée effective d'une telle modification s'apprécie essentiellement au regard de la modification coordonnée de l'article 1833 et 1844-10 du code civil. En l'état, ce dernier prévoit que la nullité de la société peut résulter de la violation de l'article 1833. Or, selon l'article 1844-10 modifié, seul le non-respect de l'article 1833 alinéa 1^{er} (objet licite et intérêt commun des associés) serait susceptible d'entraîner la nullité du contrat de société. L'article 1844-10 exclurait donc le second alinéa faisant référence à l'intérêt social et à la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux qui est le cœur même de la réforme de l'article 1833 du code civil. La nullité de la société ne pourrait donc résulter de la méconnaissance de l'intérêt social, cette dernière pouvant néanmoins aboutir à l'engagement de la responsabilité du dirigeant social et à la nullité de

¹¹²⁷ Assemblée nationale, rapport n° 1237 de M. Roland Lescure au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi Pacte, 15 septembre 2018, p.68.

¹¹²⁸ TADROS Antoine, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », D. 2018, p.1765,spéc. 7

¹¹²⁹ *Ibid.*

¹¹³⁰ Art.83, avant-projet de loi sur la croissance et l'activité présenté en conseil des ministres en novembre 2014.

¹¹³¹ ATTALI Jacques (groupe de réflexion présidé par), *Pour une économie positive*, préc.

¹¹³² Fondation Jean Jaurès, rapport préc.

¹¹³³ V° CONAC Pierre-Henri, « La société et l'intérêt collectif : la France seule au monde ?, Revue des sociétés, 2018, p.558, qui attribue l'expression intérêt collectif à RATHENAU Walther, *Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung*, Berlin, 1917.

¹¹³⁴ L'étude d'impact du gouvernement sur le projet de loi Pacte datée du 18 juin 2018, indique que « Les juges ne cherchent ainsi généralement pas à déterminer quelle aurait été la meilleure décision pour la société, ce qui reviendrait à s'immiscer dans sa gestion, mais plus simplement à estimer si celle-ci n'a pas ignoré l'intérêt social, c'est-à-dire fait obstacle à la possibilité de créer de la valeur durant la vie de la société. », p. 538.

¹¹³⁵ Conseil d'Etat, *Avis sur le projet de loi Pacte*, 14 juin 2018, spéc. 97.

l'acte contraire à cet intérêt social¹¹³⁶. Pour Julia Heinich, cette possibilité introduit de nouvelles contraintes à destination des PME, puisque la proposition ne distingue pas entre société unipersonnelle sans aucun salarié et société cotée¹¹³⁷.

311. Pour le Conseil d'Etat, la portée très large des dispositions envisagées, applicables à toutes les sociétés, pourrait être « de nature à pénaliser des petites structures, dotée d'une faible capacité d'expertise, alors que les grandes entreprises sont plus à même d'affronter les risques de conformité notamment en matière environnementale »¹¹³⁸. Les PME seraient donc davantage affectées par l'intérêt social inscrit à l'article 1833 du code civil, ce qui peut en revanche présenter l'avantage de les inciter à préciser davantage la finalité de leur activité. Par exemple en précisant dans les statuts la « raison d'être » de la société¹¹³⁹, notamment en direction de la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux¹¹⁴⁰.

ii. Sur l'efficacité de la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux

312. Loin de faire l'unanimité, la formule de prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux est jugée « énigmatique »¹¹⁴¹. Pourtant, comme le relève le Conseil d'Etat, la référence aux exigences sociales et environnementales n'est pas inédite pour le législateur. Elle s'inscrit dans « l'évolution générale des esprits tandis que la préservation de certaines exigences sociales et environnementales constitue un but d'intérêt général¹¹⁴², outre l'obligation de vigilance de chacun à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité¹¹⁴³. Le Conseil d'Etat indique que le législateur est donc parfaitement dans son rôle lorsqu'il cherche à prescrire aux sociétés le respect de principes constitutionnels et par extension, à mettre en œuvre l'exigence de transition écologique pour toutes les sociétés, y compris les PME.

¹¹³⁶ REYGROBOLLET Arnaud, « Projet de loi PACTE : les aspects intéressants le droit des affaires », JCP N, n°27, 6 juillet 2018, actualités, p.598 ; V. pour un avis similaire, *Mémento Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2019, n°13215 : « L'inobservation de l'article 1833, al. 2 du Code civil tel que prévu par le projet de loi Pacte (n° 13211) ne serait pas sanctionnée par la nullité de la société. En revanche, cette disposition serait à notre avis impérative ; toute décision sociale prise en violation de ce texte pourrait donc être annulée (cf. art. L 235-1, al. 2 [du code de commerce]). ».

¹¹³⁷ HEINICH Julia, « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Revue des sociétés*, 2018, p. 568.

¹¹³⁸ Conseil d'Etat, *Avis sur le projet de loi Pacte*, 14 juin 2018, spéc. 97

¹¹³⁹ Comme cette faculté est envisagée par le projet de loi Pacte à l'article 1835

¹¹⁴⁰ La création de la société à mission par la loi Pacte aux art. art. L210-10 à L210-12 du code de commerce est envisagée en Partie 2 dans l'objet social de l'entreprise sobre.

¹¹⁴¹ TADROS Antoine, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.* 2018, p.1765,spéc. 10 : « le contenu des considérations qui y sont consacrées est vague, ce qui tranche avec les impératifs d'accessibilité et de lisibilité de la loi. »

¹¹⁴² Conseil constitutionnel, décisions n° 2016-737 DC du 4 août 2016, loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages cons. 30, et n° 2015-718 DC du 13 août 2015, loi de transition énergétique, cons. 19

¹¹⁴³ Conseil d'Etat, *Avis sur le projet de loi Pacte*, 14 juin 2018, spéc. 97 ; Conseil constitutionnel, décision n° 2011-116 QPC du 8 avril 2011, M. Michel Z. et autre, cons. 5.

313. Qualifiable « d'obligation de réflexion »¹¹⁴⁴ en l'absence de sanction spécifique, notamment pénale, le Conseil d'Etat indique que « la considération des enjeux sociaux et environnementaux a pour objet d'inciter les sociétés à examiner, dans l'accomplissement de l'objet statutaire, l'impact social et environnemental de leur activité et de permettre le cas échéant de mettre en balance celui-ci avec les autres intérêts dont elles ont la charge »¹¹⁴⁵. Pour certains, cela revient à exiger l'obligation de mettre en œuvre une démarche de RSE, toute société devant alors réaliser une cartographie des enjeux sociaux et environnementaux des activités¹¹⁴⁶. Néanmoins une telle exigence ne paraît pas correspondre à l'esprit d'un texte qui ne prévoit pas les conséquences du non-respect d'une telle obligation de réflexion. S'agira-t-il de formaliser cette réflexion dans un document ? Une personne intéressée pourra-t-elle demander à toute PME la preuve d'une telle réflexion ?¹¹⁴⁷ Pareille approche apparaît excessive pour les plus petites structures qui se verraient exposées à de multiples « procureurs privés » requérant l'application de l'obligation de réflexion bafouée¹¹⁴⁸. En réalité, l'exposé des motifs du projet de loi Pacte indique que « l'éventuel dommage social ou environnemental ne pourra pas à lui seul prouver l'inobservation de cette obligation »¹¹⁴⁹. Raisonnement qui signifie également que l'inobservation de l'obligation de réflexion ne peut seule suffire à établir la responsabilité de la société ayant causé un dommage social ou environnemental.

314. L'efficacité potentielle de telles dispositions apparaît bien faible au regard de ces considérations. Il n'est pas certain que l'approche de la société commerciale restreinte au but lucratif prenne fin et que les sociétés commerciales s'en saisissent dans la pratique. Aussi, il peut être judicieux de s'interroger sur la pertinence d'employer la notion d'entreprise en substitution de celle de société commerciale, mieux à même de donner une image fidèle de la réalité économique. Soit prôner une vision plus extensive de l'entité exerçant une activité économique qui permette de mieux appréhender la responsabilité sociétale et environnementale.

¹¹⁴⁴ BERLIOZ Pierre, « Droit souple ou droit dur, un (non) choix lourd de conséquences », *Revue des sociétés*, 2018, p. 644.

¹¹⁴⁵ Conseil d'Etat, *Avis sur le projet de loi Pacte*, 14 juin 2018, spéc. 102.

¹¹⁴⁶ BERLIOZ Pierre, « Droit souple ou droit dur, un (non) choix lourd de conséquences, préc., spéc.21.

¹¹⁴⁷ V° en ce sens TADROS Antoine, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.* 2018, p.1765, spéc. 12-19.

¹¹⁴⁸ COURET Alain, « Les figures du procureur privé », *D.* 2018, p.1545. : « le nouvel article donnera la tentation à beaucoup et notamment aux ONG de vouloir contribuer à la défense des intérêts énumérés chacun ayant sa propre vision de ces intérêts. ». Ce qui peut toutefois s'avérer intéressant pour les certaines grandes PME et grandes entreprises. Rôle que peut alors occuper les associations de protection de l'environnement.

¹¹⁴⁹ Projet de loi Pacte, 19 juin 2018, exposé des motifs sous l'article 61.

Section 2 L'entreprise : une réalité qui dépasse la fiction de la société commerciale

315. Afin de montrer que la conception de la société commerciale reste une fiction restreinte¹¹⁵⁰ malgré les propositions de réforme et en considération de la nécessité d'une véritable transition écologique, il s'agit d'envisager l'emploi de la notion « d'entreprise ». Celle-ci peut apparaître plus pertinente pour remplir cette exigence. Comme c'est le cas en droit de la concurrence, l'entreprise bénéficie d'une définition fonctionnelle à travers l'activité économique exercée, indifféremment de son statut juridique ou de son mode de financement. Partant de ce constat, il est alors possible de concevoir l'entreprise à travers sa fonction davantage que par son but. Cette approche fonctionnelle permettra de rapprocher responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise et fonction sociale lors des développements sur la concrétisation de l'entreprise sobre¹¹⁵¹. Au préalable, il ne peut être fait abstraction des parties constituantes et prenantes qui assurent le fonctionnement de l'entreprise, mais qui constituent aussi, les personnes les mieux à même d'engager sa responsabilité juridique¹¹⁵². Aussi, à côté de la définition fonctionnelle de l'entreprise issue du droit de l'UE, la théorie des parties prenantes permet une définition systémique de l'entreprise. Celle-ci apparaît alors comme une entité solidaire, en phase avec la RSE et les instruments propices à la transition écologique que sont l'économie circulaire et l'écologie industrielle et territoriale¹¹⁵³ (I). Toutefois, cette approche n'est pas exempte d'inconvénients en raison de la diversité des parties prenantes et des découpages sociétaires au sein d'une entreprise. Son « éclatement » peut entraîner une dilution des intérêts de l'entreprise¹¹⁵⁴ et une dispersion des responsabilités¹¹⁵⁵ qu'il faut pouvoir contourner en faisant abstraction des découpages sociétaires pour saisir la réalité économique unique de l'entreprise (II).

¹¹⁵⁰ Au sens de l'artifice de technique juridique (CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc. v° *fiction*) qui consiste à représenter la réalité économique à travers la société commerciale alors que l'entreprise apparaît comme une fiction davantage conforme à cette réalité.

¹¹⁵¹ V. Partie 2, Titre 2, chapitre 1, L'entreprise sobre dans sa fonction sociale et ses intérêts communs.

¹¹⁵² Sur l'expression « partie constituantes » v. CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprises : l'objet social, objet de réforme sociale », art. préc.

¹¹⁵³ Expression présente à l'article L110-1-1 C. env. et précisée à l'article L541-1 du même code : « Les politiques publiques promeuvent le développement de l'écologie industrielle et territoriale, qui consiste, sur la base d'une quantification des flux de ressources, et notamment des matières, de l'énergie et de l'eau, à optimiser les flux de ces ressources utilisées et produites à l'échelle d'un territoire pertinent, dans le cadre d'actions de coopération, de mutualisation et de substitution de ces flux de ressources, limitant ainsi les impacts environnementaux et améliorant la compétitivité économique et l'attractivité des territoires. » ; V. aussi Ministère de l'environnement, de l'énergie et de la mer, Commissariat général au développement durable, « Écologie industrielle et territoriale : le guide pour agir dans les territoires », décembre 2014 : « Le terme « écologie industrielle et territoriale » est issu de la contraction de deux expressions, correspondant à des champs scientifiques complémentaires : l'écologie industrielle d'une part et l'écologie territoriale d'autre part. Ces champs scientifiques s'intéressent aux relations entre les sociétés industrielles (pour l'une), et aux relations entre les humains et la biosphère (pour l'autre). Ces relations sont étudiées à travers la connaissance des flux et des stocks de matière et d'énergie, mais aussi à travers l'organisation des relations sociales entre les acteurs qui génèrent ces flux. La visée de ces champs scientifiques est de produire des connaissances sur la compatibilité des activités humaines en interaction avec la biosphère, en s'inspirant du fonctionnement des écosystèmes. Au-delà, l'écologie industrielle et territoriale « appliquée », a pour objectif un passage à l'action, c'est-à-dire la mise en place de synergies et mutualisations entre plusieurs acteurs économiques.

¹¹⁵⁴ Ce qui pose alors un problème d'identification même de la notion d'entreprise selon CLERC Christophe, art. préc.

¹¹⁵⁵ V° *infra* la problématique des sociétés mères et filles.

I. Une approche fonctionnelle et systémique de l'entreprise adaptée à la RSE

316. En réalité, l'entreprise n'est pas ignorée du droit, à tout le moins du droit de la concurrence puisqu'elle y est une réalité juridique bien définie en droit de l'Union européenne. Elle apparaît surtout comme fonctionnelle car l'entreprise est définie par son activité économique, et ce quel que soit le statut juridique de l'entité l'exerçant. Il s'agit d'une définition extensive de l'entreprise qui permet alors d'appréhender largement la responsabilité de celle-ci dès lors qu'elle exerce une activité économique (A). De manière plus théorique, l'entreprise peut recevoir une définition systémique en considération des acteurs qui concourent à son activité. Indissociable de la RSE, la théorie des parties prenantes inspirée des sciences économiques et de gestion permet alors de donner une définition de l'entreprise davantage institutionnelle ou systémique par la pluralité des personnes et des intérêts liés à la société commerciale (B).

A. La vision extensive de l'entreprise en droit de l'Union européenne

317. Le droit de l'Union européenne (UE) a sans doute la définition juridique de l'entreprise la plus proche de la définition économique. Le terme d'entreprise apparaît dès le Traité de Paris signé en 1951 instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). Le traité de Maastricht signé en 1992 puis les traités suivants comportent également des règles applicables aux entreprises sans qu'elles ne soient définies. Aussi, lorsqu'un office public allemand pour l'emploi¹¹⁵⁶ contesta devant la Cour de justice des Communautés européennes (aujourd'hui CJUE) l'application de la législation européenne relative aux entreprises, le juge européen eut à se prononcer sur une définition de l'entreprise s'il souhaitait vider le litige. Selon l'arrêt dit Hofnër du 23 avril 1991, dans le contexte du droit de la concurrence, l'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique (1), indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, ce qui donne une vision extensive de l'entreprise qui n'est pas toujours bien comprise (2)¹¹⁵⁷.

1. Toute entité exerçant une activité économique

318. Selon la jurisprudence Höfner, la qualification d'entreprise s'applique à toute entité exerçant une activité économique. Dès lors, cela suppose de connaître la définition de l'activité économique pour distinguer les entités qualifiables d'entreprises. Aussi, peu

¹¹⁵⁶ Il s'agit du *Bundesanstalt für Arbeit* c'est-à-dire l'Office fédéral pour l'emploi.

¹¹⁵⁷ CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner et Elser, Rec. I. 1979, pt 21. V. aussi CJCE, 17 février 1993, Poucet et Pistre, C-159/91 et C-160/91, Rec. P. I-637, pt 17

avant l'arrêt Höfner, la Cour a été amenée à se prononcer sur les contours de la notion d'entreprise en qualifiant « d'activité d'entreprise » l'activité consistant à gérer des installations publiques de télécommunications et leur mise à disposition des usagers, moyennant le paiement d'une redevance¹¹⁵⁸. C'est néanmoins dans un autre arrêt que la Cour de justice des Communautés européennes emploie et définit les termes « d'activité économique ». Selon la Cour, l'exercice d'activités économiques de caractère industriel ou commercial consiste à offrir des biens et des services sur le marché¹¹⁵⁹. Cette définition finaliste ou fonctionnelle de l'entreprise -entendue comme toute entité offrant des biens et des services sur le marché indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement- entraîne assurément des difficultés car elle est « adossée » à la notion de « marché » qui est davantage économique, si ce n'est pas politique, que juridique¹¹⁶⁰.

2. Une conception large de l'activité économique

319. Selon la jurisprudence de la CJUE, il est inutile de s'attacher au statut juridique de l'entité étudiée ou à son mode de financement pour chercher à la qualifier d'entreprise. Seule l'analyse de l'existence d'une activité économique – l'activité sociale menée par l'entreprise – permet de l'identifier et de la soumettre au droit de la concurrence. La Cour a une vision extensive de la notion d'entreprise et opère une abstraction complète du statut juridique de l'entité, de son mode de financement ou de son but social. Par exemple, a été qualifié d'entreprise, un organisme à but non lucratif gérant un régime complémentaire et facultatif d'assurance vieillesse¹¹⁶¹.

Autre illustration de cette vision extensive, cette fois-ci en matière d'aides d'Etats où des organisations de protection de l'environnement allemandes ont pu être qualifiées

¹¹⁵⁸ CJCE, 20 mars 1985, aff. 41/83, *Italie c/ Commission (British Telecom)*, Rec.1985, p. 873

¹¹⁵⁹ CJCE, 16 juin 1987, aff. 118/85, *Commission c/ Italie*, Rec., p. 2599, pt 7, v° aussi CJCE, 26 mars 2009, aff. C-113/07 P, *SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission*, Rec. 2009 I p.2207, pt 69 ; CJUE, 12 juillet 2012, aff. C-138/11 *Compass Datenbank c/ Autriche*, pt 35 : « À cet égard, il découle de la jurisprudence qu'est une entreprise, aux fins de l'application des dispositions du droit de l'Union en matière de concurrence, toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement (arrêts du 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21, ainsi que du 17 février 1993, Poucet et Pistre, C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637, point 17). Il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (arrêts du 24 octobre 2002, Aéroports de Paris/Commission, C-82/01 P, Rec. p. I-9297, point 79; du 1^{er} juillet 2008, MOTOE, C-49/07, Rec. p. I-4863, point 22, et du 3 mars 2011, AG2R Prévoyance, C-437/09, Rec. p. I-973, point 42). Ainsi, l'État lui-même ou une entité étatique peut agir en tant qu'entreprise (voir, en ce sens, arrêt du 20 mars 1985, Italie/Commission, 41/83, Rec. p. 873, points 16 à 20).

¹¹⁶⁰ V° BERNARD Elsa, « L' "activité économique", un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 3/2009 (t. XXIII, 3), p. 353-385.

¹¹⁶¹ CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance*, C244/94, Rec.1995 I, p.4013 : « un organisme à but non lucratif, gérant un régime d'assurance vieillesse destiné à compléter un régime de base obligatoire, institué par la loi à titre facultatif et fonctionnant, dans le respect de règles définies par le pouvoir réglementaire, notamment en ce qui concerne les conditions d'adhésion, les cotisations et les prestations, selon le principe de la capitalisation, est une entreprise au sens des articles 85 et suivants du traité. »

d'entreprise¹¹⁶². Dans les faits, la République fédérale d'Allemagne (RFA) avait décidé de transférer à titre gratuit certaines zones de protection naturelle à des organisations de protection de l'environnement afin qu'elles en assument la préservation. Or, afin de pouvoir supporter les charges inhérentes à l'activité principale de préservation de l'environnement, il était prévu que les organisations de protection de l'environnement aient la possibilité de générer des recettes à partir d'activités secondaires sur les terrains cédés (baux de chasse, vente de bois, tourisme). Après un rappel de sa jurisprudence sur la notion d'entreprise, le tribunal écarte tout d'abord l'activité principale de protection de l'environnement de la qualification d'activité économique¹¹⁶³. Il qualifie ensuite les activités secondaires d'activités économiques puisque, par la vente de bois, l'attribution de baux de chasse ou de pêche, ces organisations de protection de l'environnement offraient directement des biens et services sur un marché. Le tribunal précise par ailleurs que ces activités secondaires ne sont pas l'accessoire indispensable et indissociable de l'exercice de l'activité principale de protection de l'environnement¹¹⁶⁴. Le juge conclut que ces organisations de protection de l'environnement allemandes devaient être qualifiées d'entreprises lorsqu'elles exercent de telles activités économiques, « nonobstant la circonstance que l'offre de biens ou de services est faite sans but lucratif, dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'opérateurs poursuivant un tel but »¹¹⁶⁵. Il peut cependant être imaginé qu'à l'inverse, dans l'hypothèse où l'activité économique secondaire était l'accessoire indispensable et indissociable de l'exercice principale de protection de l'environnement, ces associations échappent à la qualification d'entreprise.

320. En tout état de cause, la forme sociétaire n'est pas un critère pour qualifier d'entreprise l'entité exerçant une activité économique. La définition de l'entreprise en droit de l'Union européenne est donc plus large que la notion de société commerciale en droit français, notamment s'agissant de l'indifférence du statut juridique ou de l'objet social de l'entité. Aussi, la notion d'entreprise en droit de l'Union européenne « dérange » car elle bouscule les approches traditionnelles des Etats membres sur la conception qu'ils ont chacun de l'entreprise. Elle remet en question des notions considérées comme acquises comme celles de l'intérêt général ou bien de l'organisme à but non lucratif. Pourtant, cette vision extensive de l'entreprise en droit économique de l'Union européenne présente un intérêt certain pour la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises. En effet, si la RSE connaît une législation croissante, il devient alors intéressant, par analogie avec le

¹¹⁶² Trib. UE, 12 sep. 2013, Aff. T-347/09, Allemagne c/ Commission. V° sur cet arrêt les commentaires de Cheynel B., Aides d'État et notion d'entreprise, *Revue Lamy de la Concurrence : droit, économie, régulation* 2013 n° 37 p.45-47 ; et Idot L., Aides à l'environnement et notion d'entreprise. Les organisations de protection de l'environnement sont des entreprises dans la mesure où elles offrent directement des produits et des services sur des marchés concurrentiels, *Europe*, Novembre 2013, n° 11, p.472

¹¹⁶³ *Ibid.*, point 31 : « Il y a lieu d'observer qu'il est constant entre les parties que l'activité de protection de l'environnement, objet des mesures en cause, a un caractère exclusivement social et ne constitue pas une activité économique. ».

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, point 41 : « Par exemple, la protection des bourgeons et des écorces contre les attaques des animaux n'impose pas à ces organisations de tenir une offre publique des baux de chasse. Même si la vente des baux de chasse facilite la protection de l'environnement, elle n'est pas intégralement liée à cet objectif d'utilité sociale. Ainsi, en offrant des biens et des services sur des marchés concurrentiels, les organisations de protection de l'environnement poursuivent un intérêt distinct qui est dissociable de l'objectif exclusivement social de protection de l'environnement ».

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, point 43.

droit de la concurrence, de pouvoir appréhender la responsabilité d'une entreprise sur le fondement des textes relatifs à la RSE. Et ce, pour toute entité exerçant une activité économique, indifféremment de son statut juridique. Cette vision de l'entreprise se rapproche du « sujet de droit naissant » développée par Michel Despax¹¹⁶⁶. En effet, la définition européenne de l'entreprise ne se préoccupe pas du statut juridique de l'entreprise, par conséquent, il importe peu qu'il s'agisse d'une société commerciale ou d'une association, voire d'un groupement d'intérêt économique. N'entrant pas nécessairement dans la catégorie du monde lucratif ou du monde non-lucratif, l'entreprise qui dépasse les frontières des formes sociétaires est qualifiée par Ivan Tchotourian « d'entreprise hybride »¹¹⁶⁷. En définitive, cette approche permet de dépasser la notion de société commerciale et de donner à l'entreprise sa propre « armature juridique » pour lui permettre de ne pas rester « étouffée sous la personnalité de l'individu ou de la société qui l'exploite », selon les termes de Michel Despax¹¹⁶⁸. Ainsi, l'entreprise doit être envisagée comme une réalité qui dépasse la notion de société commerciale.

B. L'entreprise : une organisation aux intérêts multiples

321. Selon l'article 1832 du code civil, la société est instituée par une ou plusieurs personnes associées. Seulement, une fois la société constituée dans l'intérêt commun des associés comme l'indique l'article 1833 du code civil, il ne peut être exclu que d'autres intérêts viennent s'ajouter à l'intérêt des associés. En ce sens, la théorie économique dite de la « *corporate governance* » prend en considération non seulement l'intérêt des associés-actionnaires (*shareholders*) mais aussi l'intérêt des parties prenantes ou parties intéressées (*stakeholders*) dans le fonctionnement de la société. D'après un guide édité sur le sujet par le Ministère de l'Ecologie la théorie des parties prenantes trouve son origine en 1963 dans une communication du *Stanford Research Institute* dans laquelle les parties prenantes sont entendues comme des « groupes sans le support desquels l'organisation cesserait d'exister »¹¹⁶⁹. Cette définition est reprise en 1984 par l'économiste Freeman, qui propose lui-même de définir une partie prenante comme : « tout groupe d'individus ou tout individu qui peut affecter ou être affecté par la réalisation des objectifs organisationnels »¹¹⁷⁰. En 2002, les économistes Post, Preston et Sachs proposaient de définir les parties prenantes comme les « divers individus et groupes qui sont

¹¹⁶⁶ DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, p. 376.

¹¹⁶⁷ TCHOTOURIAN Ivan, « L'inconnu de la réforme de l'objet social », BJS, 2018, p. 134 ; rapp. TCHOTOURIAN Ivan, « Nouvelles entreprises aux Etats-Unis et au Canada », Revue Lamy droit des affaires, n°142, 1^{er} nov. 2018. Il s'agit par exemple de la *benefit corporation*.

¹¹⁶⁸ DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, p.377 : « « nous avons pu voir (...) qu'une personnification de l'entreprise, loin d'être inutile, présentait un intérêt certain dans la mesure où en donnant à l'entreprise une « armature » juridique, elle lui permet de ne pas rester en quelque sorte étouffée sous la personnalité de l'individu ou de la société qui l'exploite. »

¹¹⁶⁹ Ministère de l'Ecologie, *Guide du dialogue avec les parties prenantes*, Les guides gouvernance du club DDEP, mars 2013, 86 p.

¹¹⁷⁰ FREEMAN Edward, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, 1984, Cambridge University Press, 2010, 292 p.

volontairement ou involontairement affectés par l'activité de l'entreprise»¹¹⁷¹. Aussi, d'autres auteurs cités dans le guide du ministère de l'écologie distinguent les parties prenantes volontaires et involontaires ainsi que les parties prenantes internes et externes à l'entreprise. D'autres auteurs choisissent encore de classer les parties prenantes d'après une classification juridique, selon qu'il s'agisse d'une partie prenante contractuelle (actionnaires, salariés, clients, fournisseurs) ou au contraire une partie prenante « diffuse », c'est-à-dire extracontractuelle (autorités publiques, collectivités territoriales, associations, ONG)¹¹⁷². M. Christophe Clerc choisit lui de distinguer les « parties prenantes » des « parties constituantes » de l'entreprise, ces dernières étant les personnes qui investissent dans l'entreprise, soit par l'apport de l'associé au sens du droit des sociétés (numéraire, industrie, titres, contrats...), soit par l'apport dans son sens commun du temps de travail et de vie (nécessairement limité) apporté par le salarié à l'entreprise¹¹⁷³.

322. De manière générale, il ressort de ces définitions des parties prenantes que l'entreprise est loin d'être isolée et constitue, au contraire, le centre d'un système d'interrelations plus ou moins contractualisées entre la société personne morale, les personnes qui la constituent, ainsi que tous les éléments qui contribuent à son fonctionnement, des tiers aux biens et services de toute nature¹¹⁷⁴. Ainsi, à côté des parties prenantes contractuelles que sont les associés, les salariés, les fournisseurs et sous-traitants il faut envisager les institutions publiques, la Société civile ou les éléments de l'environnement comme des parties prenantes extracontractuelles de l'entreprise.

323. La théorie des parties prenantes permet de passer d'une vision restrictive de la société commerciale - constituée dans l'intérêt commun des associés selon l'article 1833 du code civil - à une vision plus contemporaine, pluraliste¹¹⁷⁵ ou systémique¹¹⁷⁶ et économiquement

¹¹⁷¹ POST James, PRESTON Lee E., SACHS Sybille, *Redefining the Corporation: Stakeholder Management and Organizational Wealth*, Stanford University Press, 2002, p.9 : « the long-term success of the corporate system requires greater and systematic managerial attention to the interests and concerns of the diverse individuals and groups who are voluntarily or involuntarily affected by corporate activity. The reasons for the corporation's extraordinary success in creating new wealth for its constituents are well known. One is that most of the corporation's primary constituents – investors, employees, customers, and suppliers- voluntarily contribute resources to the corporation in pursuit of their own interests. And, as Adam Smith long ago recognized, the pursuit of individual benefits through such arrangements often generates benefits for all. ».

¹¹⁷² Rapport précité, p.2

¹¹⁷³ CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », préc. : « Il est important de bien distinguer entre les parties qui *subissent le risque de l'activité de l'entreprise* [parties prenantes] et celles qui *investissent dans l'entreprise et en subissent le risque* [parties constituantes]. La première catégorie, puisqu'elle subit un risque qu'elle ne peut jamais complètement contrôler, mérite une forme de protection juridique. La seconde catégorie, en risque elle aussi, mérite également une protection, mais elle a une caractéristique supplémentaire : elle a investi dans l'entreprise. Cela concerne l'actionnaire, qui investit son argent, et le salarié, qui investit ses compétences, son temps, sa vie. Elle doit donc faire l'objet d'un traitement particulier. Cette distinction ne crée ainsi pas une hiérarchie entre les deux catégories mais elle permet de donner des solutions différentes à des problèmes distincts.

¹¹⁷⁴ Les services écosystémiques visés à l'article L110-1 C. env. doivent pouvoir y être inclus mais la notion de partie prenante renvoie à celle de personne, cela suppose alors de personnaliser l'environnement ou à défaut, d'identifier un représentant de ses intérêts.

¹¹⁷⁵ CLERC Christophe, art. préc., : « La réforme proposée permettrait d'abord de *sécuriser une vision pluraliste de l'entreprise*. »

plus réaliste. Autrement dit, une entreprise qui prenne en compte l'ensemble des parties prenantes dans son fonctionnement, sans lesquelles elles ne pourraient pas fonctionner de façon pérenne. En ce sens, des économistes américains affirment que l'entreprise ne peut « survivre »¹¹⁷⁷ sans la prise en compte de manière responsable du bien-être de toutes ses parties prenantes et du bien-être de la Société dans laquelle elle exerce son activité. Selon leur analyse, l'entreprise ne peut plus se concevoir en vase clos. Partant, il s'agit de penser la constitution et la gestion de l'entreprise, non seulement dans l'intérêt des parties prenantes contractuelles, mais également dans l'intérêt des parties prenantes extracontractuelles telles que la société civile, les collectivités publiques ou l'environnement. Toutefois, si la théorie des parties prenantes est séduisante, elle présente des difficultés de mise en œuvre car il n'est pas toujours aisé de les identifier. Les parties prenantes peuvent s'avérer nombreuses ou méconnues de l'entreprise, surtout si l'entreprise est de moins en moins une entité « intégrée ». En effet, le recours à l'externalisation de ses activités a pour conséquence de multiplier le nombre de parties prenantes et en conséquence, d'accentuer le nombre potentiel de personnes responsables ou le nombre d'entités et éléments affectés par les activités de l'entreprise.

II. L'écueil évitable de la dilution des responsabilités de l'entreprise

324. L'entreprise n'est pas nécessairement synonyme de société commerciale isolée¹¹⁷⁸ puisqu'elle peut être constituée en groupe, il s'agit selon une formule originale de « l'indépendance juridique dans la dépendance économique »¹¹⁷⁹. Un ensemble de sociétés commerciales forme alors en réalité une seule et même entité, détentrice du pouvoir économique et juridique sur les sociétés contrôlées. Au lieu de mener ses activités de production de biens et services de manière intégrée ou verticale, l'entreprise recourt à l'externalisation de ses activités, ce qui ne manque pas d'entraîner en conséquence une

¹¹⁷⁶ Selon le dictionnaire Larousse, en ligne, v° *systemique*, consulté le 5 août 2017 : « Se dit d'une approche scientifique des systèmes politiques, économiques, sociaux, etc., qui s'oppose à la démarche rationaliste en abordant tout problème comme un ensemble d'éléments en relations mutuelles. (Cette approche s'appuie sur les découvertes réalisées dans les autres disciplines : cybernétique et théorie de l'information, biologie, linguistique, anthropologie.) » ; rapp. GRZEGORCZYK Christophe, « Ordre juridique comme réalité », *Revue Droits*, 2002, n°35, p. 224 : « De nos jours, les méthodes dites " systémiques ", dans l'analyse des sciences du vivant ou dans la méthodologie des sciences humaines, sont issues de la position nettement " réaliste ", car elle privilégie l'ensemble, et non pas les parties. L'ensemble est plus que la somme de ses parties – tel est le postulat le plus élémentaire de la théorie générale des systèmes, ou de la " systémique ". Or, la science juridique a ici une position méthodologique assez trouble : d'un côté, elle définit traditionnellement le droit comme " un ensemble des règles ", en concentrant son attention sur les composantes, et non pas sur un ensemble, et – d'autre part – elle attribue la juridicité au système entier, et non pas aux règles particulières qui reçoivent cette caractéristique uniquement grâce à l'appartenance à cet ensemble. Pour dire cela plus simplement, la règle est juridique parce qu'elle fait partie de l'ordre juridique, et non l'inverse ».

¹¹⁷⁷ POST, PRESTON, SACHS, op. cit., p. 16 : « *The conventional concept of the corporation is descriptively inaccurate and technically unacceptable. The corporation requires and receives inputs, some of them involuntary, from multiple sources, and has an impact on many constituents, favorable or otherwise. The corporation cannot –and should not– survive if it does not take responsibility for the welfare of all of its constituents, and for the well-being of the larger society within which it operates.* ».

¹¹⁷⁸ V. COZIAN Maurice, Viandier Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Lexis-Nexis, 31ème éd°, 2018, spéc. 2011.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, spéc. 2053.

multiplication des personnes juridiques agissantes et aussi, un risque plus grand de dilution des responsabilités entre ces différentes personnes, notamment lorsqu'il s'agit de rechercher la responsabilité des sociétés-mères en cas de groupe de sociétés (A). Des moyens de lutter contre cette dilution existent cependant (B). En effet, la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, tout en renforçant l'idée d'une vision plus large de l'entreprise, qui ne doit pas se limiter à la société commerciale, a pour but de freiner le développement d'une dilution des responsabilités et d'appréhender l'entreprise élargie¹¹⁸⁰. Même si cette obligation reste restreinte aux grandes entreprises¹¹⁸¹, les PME peuvent être indirectement concernées par ce devoir de vigilance lorsqu'elles appartiennent à un groupe de société. De même, l'unité économique et sociale (UES) s'avère être un outil intéressant de « réunification juridique » de l'entreprise en droit du travail lorsque celle-ci est scindée entre différentes sociétés, l'UES permet alors de mieux refléter en droit la réalité économique d'une entreprise unique .

A. Un risque de dilution des responsabilités sociales et environnementales

325. Le phénomène d'externalisation de l'activité sociétair e peut être économiquement avantageux. Toutefois, il soulève une question de responsabilité lorsque plusieurs sociétés juridiquement autonomes relèvent en réalité d'une réalité économique unique (1). De nombreuses affaires en droit de l'environnement ou en droit du travail ont fait émerger une « dilution des responsabilités »¹¹⁸² - ou déresponsabilisation - de certaines entreprises, lorsque la division des activités permet à une société-mère d'échapper à sa responsabilité grâce à l'écran d'une société-filiale (2).

1. Les phénomènes d'externalisation et de découpage sociétair e liés à la notion d'entreprise

326. En sciences économiques, l'externalisation des activités d'une entreprise est une stratégie de recours au marché qui consiste à acheter les produits à des fournisseurs plutôt que de les fabriquer en raison du coût avantageux par rapport à une production interne, il s'agit de « faire faire » plutôt que de faire¹¹⁸³. C'est par exemple fréquemment le cas des fabricants d'automobile qui recourent à divers sous-traitants pour la fabrication d'un véhicule qui portera finalement une seule marque. Aussi, cette stratégie d'externalisation est souvent due à une volonté de réduction des coûts de production ou parce que

¹¹⁸⁰ V° CERDACC, « L'entreprise élargie », colloque du 25 oct. 2018, préc.

¹¹⁸¹ L'article L225-102-4-I du code de commerce prévoit que sont concernées les sociétés qui emploient au moins 5000 salariés en France, ou les entreprises qui emploient au moins 10 000 salariés dans le monde, en leur sein et dans leurs filiales directes et indirectes.

¹¹⁸² Rapp. CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », préc., l'auteur parle de « dilution des intérêts ».

¹¹⁸³ SILEM Ahmed, ALBERTINI Jean-Marie, *Lexique d'économie*, Dalloz, 13^{ème} éd., v° *externalisation*.

l'entreprise n'a pas toutes les compétences internes pour réaliser le bien ou le service. Plus subtilement, les nouvelles formes de travail – constituées de personnes sous le statut d'auto-entrepreneur réunies autour d'une plate-forme numérique unique mais en situation de dépendance économique – posent la question de la qualification d'entreprise et du lien de subordination pour ces travailleurs non-salariés avec l'entité qui les réunit (*uber, deliveroo, ...*)¹¹⁸⁴.

327. En droit, l'externalisation revient à confier l'activité économique à une autre personne juridique au moyen d'un contrat, elle désigne ainsi « toute opération conduisant au transfert à un opérateur extérieur d'une activité antérieurement exécutée à l'intérieur d'une entreprise »¹¹⁸⁵. Aujourd'hui, les entreprises entièrement « intégrées », qui ne recourent pas à l'externalisation de leurs activités de production, mais réalisent intégralement le bien ou le service en interne semblent parfois appartenir à un temps révolu, mais constituent pourtant la majorité des PME. Il peut d'ailleurs être observé que le phénomène d'externalisation concerne aussi bien l'État quand il recourt à l'externalisation de certaines activités économiques dans le cas de contrats de délégation de service public (distribution d'eau, autoroutes, voire rédaction de projet de loi,...).

328. Fait économique né d'un choix organisationnel de l'entreprise, la « désintégration » de l'entreprise est également un phénomène juridique en raison des multiples montages juridiques qui accompagnent cette organisation dispersée de l'entreprise. Ce n'est pas une seule personne juridique qui regroupe l'ensemble des activités économiques, mais plusieurs personnes juridiques réalisant chacune une partie du bien ou du service. L'entreprise peut ainsi être constituée de plusieurs sociétés commerciales alors qu'il s'agit de la même unité économique. Ce même raisonnement peut être tenu pour les plates-formes numériques qui réunissent des travailleurs en situation de dépendance économique envers celles-ci. Or, la multiplication de personnes juridiques et de parties prenantes au sein d'une même unité économique entraîne un flou s'agissant de la définition de l'entreprise¹¹⁸⁶, mais elle a surtout pour conséquence logique d'entraîner une dilution des responsabilités.

¹¹⁸⁴ V° à cet égard les réflexions du Groupe de recherche pour un autre code du travail (GR-PACT), « Pour un autre droit du temps de travail », Droit social, 2016, p.422 relatives à une définition large du salariat afin que ces travailleurs puissent bénéficier des protections sociales minimales (accident du travail, chômage...); reprises dans la proposition de loi visant protéger et à équilibrer le temps de travail n°377 du 27 avril 2016 déposée à l'Assemblée nationale.

¹¹⁸⁵ CRISTOL Danièle, « Contrat de travail-Externalisation-Transfert d'entreprise-Entité économique », RDSS, 2009, p.754.

¹¹⁸⁶ CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise... », préc. : « Le cas le plus clair d'une dilution extrême des intérêts serait celui, évoqué plus haut, d'une société qui serait gérée dans l'intérêt général ou dans l'intérêt des parties prenantes. C'est dans ce cas la notion même de l'entreprise qui deviendrait floue. Le problème serait atténué dans l'hypothèse où il serait demandé à la société d'être gérée « dans le respect des parties prenantes » ; toutefois, dans la mesure où ces termes pourraient être interprétés comme une obligation de résultat, une difficulté importante demeurerait. ».

2. L'inexistence juridique de l'entreprise et le problème de la responsabilité dans un groupe de sociétés

Le constat, déjà effectué à de nombreuses reprises d'une inexistence juridique de l'entreprise oblige constamment à se référer au droit des sociétés et à la société, seule réalité juridique permettant d'appréhender l'entreprise. Aussi, lorsqu'il n'existe qu'une seule société personne morale, la question de l'identification de la personne responsable ne semble pas poser de difficultés. Au contraire, lorsque plusieurs sociétés – des PME filiales par exemple – appartiennent à un « groupe de sociétés », l'identification de la personne morale responsable soulève de nombreuses difficultés. Ce phénomène touche particulièrement les grandes entreprises mais n'est pas inexistant au sein des PME et « la taille n'affecte pas en principe le traitement des questions juridiques posées par le groupe »¹¹⁸⁷. Les difficultés du groupe de sociétés peuvent toutefois être éludées si celui-ci est envisagé comme élément de définition de l'entreprise en ce que le groupe de sociétés constitue une unité économique organisée, un ensemble indivisible. Etant pratique courante au sein des PME, le groupe de société n'est pourtant pas défini par la loi (a). Face à cette carence, la jurisprudence est amenée à se prononcer sur l'application du principe de l'autonomie des personnes morales en cas de montage sociétaire (b).

a. Le groupe de sociétés : une pratique courante y compris au sein des PME

329. Le groupe de sociétés – qui ne reçoit aucune vision synthétique dans la législation¹¹⁸⁸ – est généralement défini comme « l'ensemble constitué par deux ou plusieurs sociétés, ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre elles par une unité de direction et de contrôle »¹¹⁸⁹. Une PME en croissance peut par exemple décider de se diviser en plusieurs sociétés par une croissance externe, d'une grande PME elle devient « deux petites PME, alors que les réalités économiques sont très proches »¹¹⁹⁰ et procède ainsi une organisation en un groupe de sociétés plutôt que de continuer à constituer une seule entité juridique. En ce sens, l'INSEE constate que les PME organisées en groupe est un phénomène très important dès les unités de petites tailles à partir de vingt salariés, l'intérêt d'une atomisation de l'entreprise en groupe de sociétés s'intensifiant autour de cinquante salariés en raison du seuil social fixé pour cet effectif qui impose de nouvelles obligations¹¹⁹¹. L'étude relève que l'organisation en groupe la plus simple est constituée de

¹¹⁸⁷ COZIAN Maurice, Viandier Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Lexis-Nexis, 31^{ème} éd°, 2018, spéc. 2012.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, spéc. 2015.

¹¹⁸⁹ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2018, spéc. n° 1503.

¹¹⁹⁰ V° DEROYON Julien, « Les PME organisées en groupe : un phénomène important dès les unités de petite taille » *in* INSEE, *Les entreprises en France*, 8 novembre 2016, dossier.

¹¹⁹¹ DEROYON Julien, « Les PME organisées en groupe : un phénomène important dès les unités de petite taille » *in* INSEE, *Les entreprises en France*, 8 novembre 2016, dossier. Dès vingt salariés, 54 % des unités légales appartiennent à un groupe et vers cinquante salariés, quatre unités légales sur cinq sont dans des groupes.

deux unités légales¹¹⁹², l'une employeuse, l'autre non¹¹⁹³. En droit, il s'agit alors de « l'ensemble constitué par des sociétés juridiquement autonomes, placées sous la dépendance économique d'une société-mère »¹¹⁹⁴. En effet, parmi les sociétés qui composent le groupe, une société, la société-mère, domine généralement les autres sociétés, qualifiées de sociétés-filiales¹¹⁹⁵, par la concentration des pouvoirs de direction et de contrôle. Aussi, la notion de groupe de sociétés rencontre aujourd'hui les mêmes difficultés que la notion d'entreprise puisque le législateur n'en a pas précisé le régime juridique global¹¹⁹⁶, alors qu'il s'agit d'une réalité économique bien présente comme le relève l'INSEE. Il n'est d'ailleurs pas exclu que plusieurs PME, constituées en un groupe de société - sans atteindre le seuil des cinq mille salariés fixé par la loi sur le devoir de vigilance - puisse avoir des effets aussi néfastes sur l'environnement qu'une grande entreprise de cinq mille salariés.

330. Le groupe de sociétés ne possède pas sa propre personnalité juridique, il n'est pas un sujet de droit¹¹⁹⁷. En effet, le droit des sociétés est construit sur le principe de l'autonomie des personnes morales, qui attribue et distingue un patrimoine social pour chaque société¹¹⁹⁸. Ce principe d'autonomie de la personne morale empêche une confusion des différents patrimoines propres à chaque société et permet d'éviter qu'une société assume les droits et obligations d'une autre société¹¹⁹⁹. Olivier Favereau observe ainsi que « la pratique des affaires montre de multiples cas où la personnalité morale, du fait de son autonomie, est devenue une technique légale de contournement de... certaines contraintes légales, pesant sur l'activité de l'entreprise »¹²⁰⁰. En raison des carences législatives

¹¹⁹² *Ibid.* : « Une unité légale est une entité juridique de droit public ou privé. Cette entité juridique peut être : – une personne morale, type société, dont l'existence est reconnue par la loi indépendamment des personnes ou des institutions qui la possèdent ou qui en sont membres ; – une personne physique, qui, en tant qu'indépendant, peut exercer une activité économique. Elle est obligatoirement déclarée aux administrations compétentes (greffes des tribunaux, sécurité sociale, DGFIP, etc.) pour exister. La catégorie juridique d'une telle unité dépend du choix des propriétaires ou de ses créateurs pour des raisons organisationnelles, juridiques ou fiscales. L'unité légale est l'unité principale enregistrée dans Sirene. »

¹¹⁹³ *Ibid.*

¹¹⁹⁴ D'HOIR-LAUPRÊTRE Catherine, « Les groupes de sociétés : vers une meilleure corrélation entre pouvoirs et responsabilités », Petites affiches, 19 juin 2012, n°122, p.5

¹¹⁹⁵ Selon l'article L 233-1 du code de commerce : « Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme filiale de la première. »

¹¹⁹⁶ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^{ème} éd., spéc. n° 1503. Les auteurs parlent de « construction morcelée dont l'appréhension requiert une certaine pluridisciplinarité ».

¹¹⁹⁷ V. par exemple CONSTANTIN Alexis, « Le groupe, entre autonomie juridique et hétéronomie économique des sociétés qui le composent », RTD com., 2011, p. 365 à propos des arrêts de la Cour d'appel de Montpellier, 14 déc. 2010, n°09-6383 et de la CJUE 20 janv. 2011 n°C-90/09 P Repsol Quimica SA.

¹¹⁹⁸ Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-21.701 : « un "groupe de sociétés" ne peut, faute de personnalité morale, être titulaire de droits et d'obligations et se voir infliger une condamnation », v° Prévost S., Impossibilité de condamner un groupe de société, Rev. sociétés, 2012 p.37 : « Sur le fondement de l'article 32 du code de procédure civile, la Chambre commerciale rappelle alors qu'« un groupe de sociétés » ne saurait, faute de personnalité morale, être titulaire de droits et d'obligations et donc se voir infliger une condamnation. L'autonomie de chaque société fait donc l'objet de ce rappel de sorte que l'on ne saurait lever le voile de ces personnalités morales respectives pour les rassembler sous une personnalité morale unique, celle du groupe. »

¹¹⁹⁹ CA Paris, 5 mai 1990, Rec. 1990, p.156 : le juge a considéré que malgré les liens étroits qui pouvaient exister entre une société mère et sa filiale le principe d'autonomie de la personne morale a pour conséquence que mère et filiale ne répondent pas des dettes l'une de l'autre, la dualité des personnes morales faisant que les dettes sont propres à chacun et que les dettes ne sont pas opposables à l'autre.

¹²⁰⁰ FAVEREAU Olivier, LYON-CAEN Antoine, « Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés », Rev. du travail, 2015, p.446. [La citation est fidèlement reproduite et contient trois points de suspension].

relatives aux groupes de sociétés, la jurisprudence présente une tendance oscillatoire entre le respect ou le non-respect du principe d'autonomie des personnes morales.

b. L'appréciation jurisprudentielle délicate de la responsabilité au sein du groupe de sociétés

331. Selon Catherine d'Hoir-Lauprêtre, la jurisprudence est le théâtre de situations gérées au cas par cas avec une hésitation : « entre stricte indépendance juridique ou à l'inverse confusion patrimoniale des sociétés, effet relatif des conventions ou apparence trompeuse »¹²⁰¹. L'exemple le plus édifiant de ce tâtonnement prétorien est certainement l'affaire *Métaleurop*¹²⁰², dans laquelle les juges de première instance rejetèrent une demande d'extension de la procédure de liquidation de la société-filiale, *Métaleurop Nord*, à la société-mère, *Métaleurop*. Alors que les juges d'appel réforment le jugement de première instance en constatant la confusion des deux patrimoines de la société-mère avec celui de sa filiale, la Cour de cassation casse l'arrêt en faisant une stricte application du principe d'autonomie de la personne morale. Cette décision peut être regrettée en raison de la volonté de la société-mère de se défaire de toute responsabilité alors qu'une de ses filiales, placée en liquidation judiciaire, est incapable de réparer les dommages causés à l'environnement. Pourtant, un auteur remarque avec justesse l'opportunité de cette décision car si les deux sociétés pouvaient former « historiquement et administrativement une même entité économique et financière »¹²⁰³, il eut été difficile pour la société-mère - également en difficulté- d'assumer l'extension de la procédure collective¹²⁰⁴. Aussi, il n'est pas « forcément opportun de provoquer la faillite d'un groupe composé d'une multitude de sociétés s'il n'y a pas nécessité absolue d'y procéder sur le plan économique et financier »¹²⁰⁵.

332. En l'occurrence, ne pas confondre les patrimoines des sociétés d'un groupe de sociétés conformément au principe de l'autonomie des personnes morales présente un avantage certain sur le plan économique et financier du groupe, lorsque la société-mère rencontre les mêmes difficultés que sa société-filiale. Néanmoins, il faut rester circonspect sur l'éventualité d'une solution similaire lorsque la société-mère n'a aucune difficulté à assumer les dettes et obligations de sa filiale¹²⁰⁶. Dans cette hypothèse, le juge ne devrait

¹²⁰¹ D'HOIR-LAUPRÊTRE Catherine, préc.

¹²⁰² Cass. com., 19 avril 2005, n°05-10.094, précité.

¹²⁰³ SOINNE Bernard, « L'affaire *Metaleurop* (suite) », *Revue des procédures collectives*, n°1, janvier 2009, étude 2

¹²⁰⁴ *Ibid* ; L'article L621-2 du code de commerce prévoit que la procédure collective ouverte à l'égard d'une personne peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale. V° pour une application récente entre un groupement foncier agricole (GFA) et une exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL), Cass. com. 28 fév. 2018, n°16-24507, note BARBIERI Jean-Jacques, « La confusion des patrimoines entre un GFA bailleur et une EARL locataire peut justifier une extension de procédure collective », *Deffrénois*, 2018, n°47, p.46.

¹²⁰⁵ SOINNE Bernard, « L'affaire *Metaleurop* (suite) », *Revue des procédures collectives*, n°1, janvier 2009, étude 2

¹²⁰⁶ V° LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^{ème} éd°, 2018, spéc. n° 1508 : « Peut-on encore admettre aujourd'hui que des salariés soient licenciés par une société invoquant des difficultés économiques, alors que cette société appartient à un groupe qui se porte quant à lui globalement très bien ? »

pas écarter la confusion des patrimoines, mais retenir que l'existence d'un groupe de sociétés implique une solidarité de ses membres, dans l'hypothèse d'une dette ou d'une obligation que la société-filiale ne serait pas en mesure d'assumer¹²⁰⁷. Par ailleurs, si la dette ou obligation est d'une importance telle qu'elle fait encourir un risque économique et financier pour la société-mère, celle-ci doit pouvoir obtenir un délai pour remplir les dettes et obligations de sa filiale jusqu'au rétablissement d'une situation économique et financière stable¹²⁰⁸. Néanmoins, il convient de prendre en compte le risque que la société-mère organise son insolvabilité afin de faire courir indéfiniment le délai pour échapper à toute obligation.

333. Comme en témoigne l'affaire *Métaleurop*, la difficulté de rechercher la responsabilité d'une société-mère des faits de sa société-filiale demeure en raison du « voile juridique » qui existe entre les patrimoines de ces sociétés. Ainsi, la notion de groupe de sociétés n'est pas une solution satisfaisante pour définir juridiquement l'entreprise en raison du principe de l'autonomie des personnes morales qui contredit l'idée d'unité économique et financière organisée.

334. Dès lors, faut-il privilégier la définition de l'entreprise en droit de la concurrence de l'Union européenne qui apparaît comme la plus pertinente pour saisir la réalité économique des entreprises ? En effet, comme cela a été vu précédemment, l'entreprise y est définie comme toute entité exerçant une activité économique quelle que soit sa forme juridique ou son mode de financement. Aussi, si la forme juridique est indifférente à la qualification d'entreprise, l'organisation de l'entreprise en un groupe de sociétés serait de la même manière, logiquement indifférente pour qualifier celle-ci d'entreprise, abstraction faite du voile juridique qui sépare la société-mère de sa société-filiale. Ce raisonnement est celui de la Cour de Justice de l'Union européenne dans son arrêt *Repsol Quimica SA*¹²⁰⁹. La juridiction y confirme la décision de la Commission européenne de considérer une société-mère et sa société-filiale collectivement, conjointement et solidairement responsables de l'infraction commise par la troisième société, elle-même filiale à 100% de la première société-filiale. La Cour retient que la société, auteur d'une infraction aux règles du droit de la concurrence, ne se comportait pas de façon autonome sur le marché et que son comportement était sous l'influence déterminante de la société qui la détenait. Dans cette hypothèse, les sociétés ne doivent pas être considérées comme distinctes et sont obligées de répondre solidairement de leurs responsabilités quand bien même il existerait plusieurs filiales. Aussi, dans l'affaire *Repsol Quimica* et dans le cas de sociétés à « tiroirs » multiples – c'est-à-dire des sociétés comportant des filiales « en cascade », elles-mêmes détenues par d'autres filiales – la société-mère est présumée responsable des

¹²⁰⁷ V° LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^{ème} éd°, spéc. 1508 : « Est-il légitime que le créancier d'une entreprise ne puisse pas obtenir satisfaction du seul fait que cette entreprise est fractionnée en plusieurs sociétés, et qu'il a le malheur d'avoir pour débiteur une filiale insolvable ? »

¹²⁰⁸ Ce qui peut cependant entraîner une aggravation du dommage en l'absence de mesures provisoires pour le contenir.

¹²⁰⁹ CJUE, 20 janvier 2011, n°C-90/09 P, *Repsol Quimica SA*, v. CONSTANTIN Alexis, précité ; et aussi DECOCQ Georges., « La société-mère est présumé responsable des pratiques anticoncurrentielles commises par ses filiales détenues directement ou indirectement à 100% », Bull. Joly sociétés, 2011, n°4, p.318.

pratiques anticoncurrentielles commises par ses filiales détenues directement ou indirectement à cent pour cent¹²¹⁰ sauf à pouvoir démontrer que lesdites filiales adoptent un comportement autonome sur le marché. Aussi, lorsqu'une PME, filiale au sein d'un groupe de sociétés, est l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle et ne se comporte pas de façon autonome il est possible de rechercher sa responsabilité en « remontant » auprès de celle de la société-mère. Et ce, même en cas « d'interposition » d'une ou plusieurs sociétés entre la société-fille et la société-mère¹²¹¹.

335. Si cette solution va dans le sens contraire du droit français qui applique le principe de l'autonomie des personnes morales en séparant les différentes sociétés, malgré l'appartenance à un même groupe, il est regrettable que cette solution soit pour l'instant restreinte au domaine des pratiques anticoncurrentielles à moins que ces dernières puissent être étendues au *dumping* social et environnemental. En réalité, il apparaît surtout opportun de pouvoir qualifier d'entreprise, un groupe de sociétés dont le résultat des relations entretenues entre elles est la cause de dommages. Cette cause pouvant résider dans la non-prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux par ce groupe de sociétés si l'on se réfère à la réforme de l'article 1833 du Code civil. Il peut aisément être imaginé qu'une société-mère se comporte de façon vertueuse alors que ses filiales adoptent des comportements inverses, ce qui est totalement contraire à l'idée de responsabilité sociétale et environnementale de « l'entreprise », qualification permettant alors d'appréhender la responsabilité des sociétés constitutives du groupe¹²¹². Indépendamment de « l'orthodoxie contractuelle et sociétaire la plus pure »¹²¹³, c'est alors un argument *ad societatem*¹²¹⁴ qui peut être soulevé, soit la prise en considération de l'organisation même de l'entreprise en tant que groupe de sociétés. L'intérêt d'une telle approche est de parvenir à déterminer la part de responsabilité de chacune des sociétés du groupe dans la réalisation d'un dommage, ainsi que la charge de l'indemnisation lui revenant¹²¹⁵. Cette détermination peut être faite à hauteur des parts détenues dans le capital

¹²¹⁰ DECOCQ Georges, « La société-mère est présumé responsable des pratiques anticoncurrentielles commises par ses filiales détenues directement ou indirectement à 100% », Bull. Joly sociétés, 2011, n°4, p. 318.

¹²¹¹ CONSTANTIN Alexis, « Le groupe, entre autonomie juridique et hétéronomie économique des sociétés qui le composent », RTD com., 2011, p. 365.

¹²¹² On peut penser alors songer à une responsabilité indéfinie et conjointe - comme entre associés d'une société civile - à proportion de la part détenue par la société-mère dans la société-fille.

¹²¹³ CONSTANTIN Alexis, « Le groupe, entre autonomie juridique et hétéronomie économique des sociétés qui le composent », RTD com., 2011, p. 365.

¹²¹⁴ DONDERO Bruno, « L'argument *ad societatem* », Gaz. Pal., 4 fév. 2014, n°35, p. 3 : « Cet argument, que l'on pourrait appeler *ad societatem*, en ce qu'il utilise contre la société sa propre organisation pour la vaincre, est assez séduisant. »

¹²¹⁵ V° CHAGNY Muriel, « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger », AJCA 2014, p. 265.

social ou selon le critère général du contrôle¹²¹⁶ de la PME filiale cause d'un dommage. En d'autres termes, il s'agit d'appliquer à l'entreprise constituée en groupe de société le commandement : « Ta propre organisation tu respecteras »¹²¹⁷. C'est dans cette direction que semble aller le législateur avec l'adoption d'une loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

B. Des moyens de lutte contre la dilution des responsabilités

336. Pour lutter contre le phénomène de dilution des responsabilités, le législateur a adopté une loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre le 27 mars 2017¹²¹⁸. Toutefois, rien ne permet d'affirmer que cette loi corresponde exactement au principe général de responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales souhaité par la doctrine¹²¹⁹ (1). C'est alors l'unité économique et sociale définie par le juge en droit du travail qui pourrait finalement se voir étendue à d'autres branches du droit afin de rétablir une cohérence entre réalité économique et montages sociétaires (2).

¹²¹⁶ Au sens donné par l'article L233-3 du code de commerce : I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre : 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. II.- Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. III.- Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale.

¹²¹⁷ DONDERO Bruno, « L'argument ad societatem », préc.

¹²¹⁸ Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Cons. const., déc. n°2017-750 DC, 23 mars 2017, JO 28 mars 2017, texte 2. Le texte a fait l'objet d'une censure partielle pour ce qui avait trait aux sanctions monétaires prévues par le texte en cas de non-respect de l'obligation de vigilance, en raison de la généralité des termes employés, v° MAUCHE Samia, « Censure partielle de la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères », Dossiers d'actualité, Lexis360, 18 avril 2017 ; chron. VINEY Geneviève, DANIS-FATÔME Anne, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », D., 2017, p.1610.

¹²¹⁹ V° par exemple NEYRET Laurent, « Le préjudice écologique : un levier pour la réforme du droit des obligations », Rec. Dalloz 2012, p.2673 : « Pourquoi ne pas consacrer un principe général de responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, afin d'éviter que la division des activités d'une société ait pour objet une dilution des responsabilités pour ne pas payer le coût des pollutions, comme dans l'affaire *Metaleurop* ? Sur le terrain de la causalité, il serait pertinent de consacrer la responsabilité solidaire en cas de dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe, afin de garantir la réparation du préjudice écologique » ; Sur l'affaire *Metaleurop* v. Cass.com. 19 avril 2005 n°05-10.094, Rec. Dalloz 2005, p.1225, note Lienhard A., v. aussi Champaud C. et Danet D., RTD com., 2005, p541 ; Marotte J. et Robine D., Rev. sociétés, 2005, p.897 ; C. Saint-Alary-Houin ; Bull. Joly, 2005, p. 690.

1. La fin de l'absence de responsabilité des sociétés-mères ou le devoir de vigilance

337. Encouragé par la société civile et les associations de défense des droits de l'Homme et de l'environnement, le législateur s'est récemment attaché à résoudre la problématique de l'irresponsabilité, plus ou moins organisée, des entreprises lorsqu'elles sont constituées en groupe de sociétés. Ainsi, signe d'un retour du droit en matière de RSE, une loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a été adoptée le 27 mars 2017¹²²⁰. Elle ne concerne cependant pas directement les PME *largo sensu*, mais il n'est pas exclu que son champ d'application leur soit étendu puisque la question de rendre applicable le texte aux SAS avait pu être soulevée dans les travaux préparatoires mais l'amendement présenté en ce sens ne fut pas retenu¹²²¹.
338. Dans son article premier, cette loi insère un article L 225-102-4 au code de commerce qui oblige les sociétés de plus de cinq-mille salariés dont le siège social est fixé en France ou dix-mille salariés lorsqu'il est situé en France ou à l'étranger, à établir et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance¹²²². Celui-ci doit comporter les « mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires résultant des activités de la société (...) ». L'article précise que le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes (L225-102-4, I, al.4). Aussi, en tant que filiales directes ou indirectes, les PME participent du devoir de vigilance par la transmission des informations à la société-mère et requises par le devoir de vigilance. Dans le cadre de cette association des parties prenantes à l'élaboration du plan de vigilance, l'article L225-102-4, I, al.4, 2° prévoit la mise en place de procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie. Il importe donc que les filiales PME concernées participent activement à la mise en place du devoir de vigilance en lien avec la société-mère qui peut par conséquent exercer une pression sur celles-ci, de sorte qu'elle-même puisse remplir son devoir de vigilance.
339. Par ailleurs, l'article L225-102-4, I al. 6 prévoit déjà la possibilité d'un enrichissement des mesures de vigilances qui peuvent être complétées par un décret pour renforcer la mise en

¹²²⁰ Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

¹²²¹ Assemblée nationale, Rapport n°2628 sur la proposition de loi n°2578 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 11 mars 2015, v° l'amendement CL28 du député Philippe Noguès, rejeté par le rapporteur de la Commission des lois Dominique Potier au motif que « Les entreprises que nous avons retenues dans le cadre de cette proposition de loi sont celles qui sont soumises aux règles existantes en matière de responsabilité sociale des entreprises. La question de l'application du texte aux SAS peut se poser lorsqu'il s'agit d'entités financières très puissantes, mais cela n'a pas de sens lorsqu'il s'agit de PME. »

¹²²² A noter qu'aucune référence à un chiffre d'affaires minimal n'est faite contrairement à la définition d'une grande entreprise par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME). Selon l'article 51 de loi LME et l'article 3 du décret n°2008-1353 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique une *grande entreprise* est une entreprise qui, d'une part occupe au moins 5000 salariés ; et d'autre part, a un chiffre d'affaire annuel excédant 1,5 milliards d'euros ou un total de bilan excédant 2 milliards d'euros.

œuvre du plan de vigilance, « le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale ». Cette disposition permet alors d'envisager une ouverture intéressante pour l'intégration de la transition écologique et l'association des plus petites entreprises PME participant à l'activité économique de la société-mère. En cas de non-respect des obligations de mise en place du devoir de vigilance, l'article L225-102-4 prévoit - après mise en demeure préalable - la possibilité pour toute personne justifiant d'un intérêt à agir, de demander au juge le prononcé d'une injonction à l'encontre de la société, le cas échéant sous astreinte, afin d'établir un plan de vigilance, d'en assurer la communication et de rendre compte de sa mise en œuvre¹²²³. L'article prévoyait encore dans sa rédaction originale la possibilité de prononcer une amende civile d'un montant maximum de 10 millions d'euros. Saisi par des parlementaires pour apprécier la constitutionnalité de la loi relative au devoir de vigilance au regard du principe de légalité des délits et des peines, le Conseil constitutionnel a censuré l'article L225-102-4, II qui prévoyait ladite amende civile. Les hauts-conseillers ont estimé que l'obligation et les éléments constitutifs du manquement sanctionné n'étaient pas définis dans des termes suffisamment clairs et précis¹²²⁴. La loi ne précisant pas la nature exacte des mesures de vigilance imposées ou encore si la sanction s'appliquait pour chaque manquement ou une seule fois quel que soit le nombre de manquements¹²²⁵. En revanche, le Conseil constitutionnel a accueilli partiellement l'insertion d'un nouvel article L225-102-5 dans le code de commerce qui définit les conditions d'engagement de la responsabilité de la société responsable de la mise en place d'un devoir de vigilance.

340. Le nouvel article L225-102-5 du code de commerce prévoit que le manquement à l'obligation d'établissement et de mise en œuvre d'un plan de vigilance « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter », dans les conditions fixées aux articles 1240 et 1241 du code civil (anciens articles 1382 et 1383). Il est donc nécessaire selon cet article d'établir conformément au droit commun de la responsabilité, un lien de causalité entre le manquement et le dommage. Certains auteurs estiment toutefois qu'il sera difficile d'établir le manquement à l'obligation car « le devoir de vigilance créé par cette loi « n'a pas un objet général comme l'est celui des obligations de sécurité, d'information, de mise en garde et de conseil que la jurisprudence a admises dans de nombreuses relations contractuelles ou professionnelles. »¹²²⁶. Les travaux préparatoires soulignent pourtant

¹²²³ C. com., art. L225-102-4, II

¹²²⁴ Conseil constitutionnel, décision n°2017-750 DC, 23 mars 2017

¹²²⁵ Comme le relève le commentaire du Conseil constitutionnel sous sa décision, le Conseil constitutionnel a validé l'article 17 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin II », qui impose aux personnes concernées d'établir un plan pour prévenir la corruption et le trafic d'influence, ces notions renvoyant à des infractions précisément définies dans le code pénal français. A l'inverse, dans la loi soumise au contrôle constitutionnel, les travaux parlementaires faisaient simplement référence aux engagements internationaux contractés par la France en la matière, ainsi : « La très grande généralité du renvoi ainsi opéré par le législateur rend particulièrement malaisée l'identification précise des normes sur la base desquelles le plan de vigilance doit être établi. [en ligne https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2017750dc/2017750dc_ccc.pdf, consulté le 04 février 2019.]

¹²²⁶ VINEY Geneviève, DANIS-FATÔME Anne, D., n°28, 3 août 2017, chron. p.1612

qu'il ne s'agit pas d'un régime de responsabilité civile dérogatoire puisque « sa force réside précisément dans son inscription dans le droit commun » et qu'il est fondé sur le manquement à une obligation légale formalisé par le plan de vigilance à établir¹²²⁷. Par ailleurs, en cas de succès de l'action en responsabilité, il faut noter que l'article L225-102-5 alinéa 3 prévoit la possibilité pour le juge d'ordonner « la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision » aux frais de la société concernée, par exemple dans la presse. Cette disposition envisagée comme une « publicité sanction »¹²²⁸ ou une « sanction morale portant sur la réputation de la société – sanction efficace pour des entreprises connues du public et donc attachées à la valeur commerciale de leur image et de leurs marques »¹²²⁹, peut d'ailleurs avoir des effets plus importants en termes économiques que la réparation du dommage elle-même. Pour l'heure, il est nécessaire d'attendre les premières applications de la loi pour en mesurer tous les effets, ceux-ci pourront alors être comparés à l'ambition des projets initiaux qui envisageaient un mécanisme de solidarité entre les sociétés mères et filles¹²³⁰. S'agissant par ailleurs d'un éventuel élargissement du devoir de vigilance à d'autres sociétés que la société anonyme, le législateur ne semble pas disposé à l'étendre, notamment aux SAS dont la forme est plébiscitée par de nombreuses PME et ETI.

341. En réalité, l'instauration d'un devoir de vigilance ne permet pas de réunir de façon satisfaisante les responsabilités des différentes personnes entretenant une « relation commerciale établie »¹²³¹ – ou en situation de dépendance économique¹²³² – qui permet de mettre en lumière une réalité économique unique, comme pourrait le faire la reconnaissance de l'entreprise comme unité économique et sociale.

¹²²⁷ Assemblée nationale, Rapport n° 2628 de M. Dominique Potier au nom de la commission des lois, 11 mars 2015, p.34

¹²²⁸ *Ibid.*, p.39

¹²²⁹ Sénat, Rapport n°74 de M. Christophe-André Frassa au nom de la commission des lois, 14 octobre 2015, p.27

¹²³⁰ Proposition de loi du 30 mars 2015 précitée. V°ABADIE Pauline, « La responsabilité sociale et environnementale des entreprises », Gazette du Palais., n° hors série 2, p.65 : « les principes rappelés d'autonomie de la personne morale et de responsabilité limitée se sont révélés trop cardinaux pour que le juge accepte d'en atténuer les effets. À l'initiative du législateur, la responsabilité de la société mère du fait de ses filiales a alors fait l'objet de plusieurs propositions d'institution. Avant-projet de réforme Catala, propositions Terré, Bételle ou encore de la Commission présidée par Corinne Lepage : tous recommandent l'introduction dans le Code civil de mécanismes de solidarité mère-filiale afin que s'opère une meilleure intégration délictuelle dans les relations de dépendance économique. Cependant, pour importants qu'aient été ces travaux, l'agenda politique ne leur a pas rendu la pareille. La vaste réforme du droit des obligations qui vient d'aboutir a laissé de côté le droit de la responsabilité civile, et avec elle, celle des sociétés mères et concédants. ».

¹²³¹ AMARO Rafael, « La relation commerciale établie au sens de l'article L442-6, I, 5° du code de commerce ou les vents contraires de la jurisprudence », AJ contrat 2019, p.8. Cet article prévoit qu'en droit de la concurrence, commet une faute qui l'oblige à réparer le préjudice, la personne (producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers) qui rompt brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit, tenant compte de la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels.

¹²³² *Ibid.*

2. L'entreprise comme unité économique et sociale

342. Au regard des développements précédents, ni la notion restreinte de société commerciale, ni le concept de groupe de sociétés et la volonté de saisir l'entreprise à travers les sociétés-mères et les sociétés filiales, ne paraissent satisfaisant au regard de la réalité économique des entreprises et des responsabilités sociétales et environnementales qui sont les leurs. Si une définition générale de l'entreprise peut être retenue à ce stade des recherches, la plus satisfaisante est certainement la définition prétorienne d'unité économique et sociale (UES) qui, selon la formule de Michel Despax : « réunifie ce que le droit des sociétés divise »¹²³³.

343. Plus précisément, l'unité économique et sociale est un « outil de recomposition du cadre de l'entreprise » qui permet de « considérer que plusieurs entités juridiques distinctes constituent, en droit du travail, une entreprise unique »¹²³⁴. L'UES est d'origine prétorienne et utilisée en droit du travail pour appréhender un découpage sociétaire à la lumière des règles de la représentation collective (a). La récente jurisprudence laisse toutefois entrevoir la possibilité de son extension au droit des sociétés et de l'environnement (b).

a. Une notion d'origine jurisprudentielle

344. La notion d'UES se rapproche du groupe de sociétés par l'existence d'une unité économique mais s'en distingue par l'absence d'unité sociale¹²³⁵. En effet, l'UES n'est employée qu'en droit du travail afin de vérifier l'existence et l'effectivité d'une représentation collective dans l'entreprise.

345. L'UES a été développée dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 23 avril 1970¹²³⁶, dans lequel celle-ci a utilisé la qualification d'unité économique et sociale pour : « appréhender la réalité d'une collectivité de salariés au-delà

¹²³³ Expression attribuée à Michel Despax sans référence exacte par BARTHELEMY Jacques, « Représentativité patronale et notion de branche », *Droit social*, 2014, p. 207 : « L'existence d'organisations patronales répond à des objectifs divers, même si sont prioritaires ceux d'ordre économique. D'où une première difficulté liée à la distinction entre entreprise et entrepreneur. Le droit des sociétés peut, eu égard à sa finalité, les confondre sans dommage. Pas le droit du travail en raison de sa fonction protectrice génétique du travailleur, même si, à l'instar de celui des sociétés, il peut être aussi une technique d'organisation de l'entreprise. On se souvient de la très belle expression de Michel Despax : « Le droit du travail réunifie ce que le droit des sociétés divise » ; en d'autres termes, la définition de l'entreprise n'est pas la même dans les deux disciplines, la notion, plus économique que juridique, rendant inévitables des définitions fonctionnelles. » ; On retrouve également cette expression attribuée par le même auteur à Michel Despax, alors rapporteur au sein du Conseil économique et social dans un avis en date du 28 avril 1993 relative à la situation de l'entreprise individuelle, JORF Avis et rapports du Conseil économique et social, 1993, n°5, NOR : CES x 9200 106 v, 14 mai 1993.

¹²³⁴ CEA Aurélie, *L'unité économique et sociale en droit du travail*, Thèse, Bordeaux, 2016, 538 p., v. résumé.

¹²³⁵ PETIT Franck, « Unité économique et sociale », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, novembre 2018, spéc.66 : « si l'existence d'une unité économique ne fait guère de doute au sein d'un groupe, il lui manque le plus souvent le second critère – l'unité sociale – qui permet de caractériser l'unité économique et sociale ; les groupes de sociétés se constituent souvent sur la base d'activités diversifiées et rassemblent en conséquence des personnels eux-mêmes diversifiés qu'il est impossible du point de vue conceptuel de rassembler au sein d'un ensemble homogène. »

¹²³⁶ Crim. 23 avr. 1970, Bull. crim. no 144 ; JCP 1972. II. 17046. - Soc. 8 juin 1972, Bull. civ. V, n° 418.

des découpages sociétaires et contractuels » et « sanctionner un découpage frauduleux, effectué afin d'échapper à l'application des dispositions relatives à la représentation collective »¹²³⁷. Aujourd'hui, la jurisprudence continue d'employer l'UES afin de « tirer les conséquences des liens étroits qui peuvent unir plusieurs sociétés »¹²³⁸. Pour caractériser une telle UES et lui appliquer le droit du travail, la jurisprudence recherche s'il existe un pouvoir de direction unique entre les différentes entités, dont le périmètre s'apprécie au regard de la similarité ou de la complémentarité des activités, ainsi qu'à travers l'existence d'une communauté de travailleurs¹²³⁹. Il est néanmoins admis qu'une société dépourvue de salariés puisse appartenir à une UES comme cela a été jugé pour une société holding qui détenait les participations de l'ensemble des sociétés filiales¹²⁴⁰. En réalité, cette appréciation large de l'UES n'est qu'apparente puisque la personnalité morale ne lui est pas reconnue, il ne s'agit que d'une assimilation fictive à cette dernière pour les besoins de l'applicabilité des règles du droit du travail¹²⁴¹ et non pas d'une définition de l'entreprise. Dès lors, si l'UES a pour fonction de mettre en œuvre le droit du travail, il serait opportun d'utiliser également cette fiction pour la mise en œuvre du droit des sociétés et du droit de l'environnement.

b. Une extension possible de l'UES en droit des sociétés et de l'environnement

346. Par hypothèse, la notion d'UES pourrait être judicieusement utilisée pour sanctionner les montages sociétaires d'une entreprise cherchant à échapper à ses responsabilités au-delà du seul droit du travail. Constatant que l'entreprise reste une notion non définie malgré sa fréquente utilisation dans la législation, avec notamment le droit des entreprises en difficulté, le contrat d'entreprise, le droit de la concurrence ou encore l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui proclame la liberté d'entreprise, Guillaume Blanc-Jouvan se demande si la notion d'unité économique et sociale peut être utilisée pour donner une définition unitaire de l'entreprise au-delà de son application dans le droit de la représentation du personnel¹²⁴². En d'autres termes, il s'agit

¹²³⁷ GRÉVY Manuela, « Syndicats professionnels (I – Droit syndical dans l'entreprise) », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, octobre 2010, actualisation juin 2016, spéc. 347.

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ Cass. soc., 15 mai 2001, n°00-60048, Bull. civ. V, n° 173 ; Nécessité de caractériser la concentration entre les mêmes mains du pouvoir de direction des sociétés concernées : « Attendu que l'unité économique et sociale entre plusieurs personnes juridiquement distinctes nécessite notamment que les éléments qui la composent soient soumis à un pouvoir de direction unique » ; Cass. soc. 12 janvier 2005, n° 03-60477, Bull. civ. V, n°5 : « une unité économique et sociale peut exister entre deux sociétés, même si l'activité de l'une, dans son ensemble, n'est complémentaire que de l'activité d'un secteur de production de l'autre ». Pour de plus amples précisions v° CEA Aurélie, *L'unité économique et sociale en droit du travail*, préc., p. 122 et s.

¹²⁴⁰ CEA Aurélie, *L'unité économique et sociale en droit du travail*, préc., p. 172 ; Cass. soc., 16 décembre 2008, n° 07-43875, Bull. civ. V, n° 255.

¹²⁴¹ V° CEA Aurélie, *L'unité économique et sociale en droit du travail*, Thèse, Bordeaux, 2016, p. 24 et 489 ; Cass. soc. 16 déc. 2008, n° 07-43875 : « si la reconnaissance d'une UES permet l'expression collective de l'intérêt des travailleurs appartenant à cette collectivité, elle ne se substitue pas aux entités juridiques qui la composent, de sorte qu'elle n'a pas la personnalité morale » ; v. aussi sur la théorie de la fiction et la qualification de sujet de droit, p.324.

¹²⁴² BLANC JOUVAN Guillaume, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », *Droit social*, 2005, p.68, spéc. 5.

d'envisager l'UES comme permettant de reconstituer l'entreprise là où les découpages sociétaires inviteraient à en constater plusieurs¹²⁴³. Dans sa réflexion, Guillaume Blanc-Jouvant indique qu'il s'agit de dépasser la « vocation marginale »¹²⁴⁴ initiale de la notion d'UES, utilisée pour sanctionner le montage sociétaire frauduleux visant à « briser une unité économique et sociale »¹²⁴⁵ aux fins d'échapper aux obligations de représentation du personnel. L'auteur observe que l'UES est désormais dotée d'une « vocation ambitieuse » au regard de l'évolution jurisprudentielle dans l'utilisation de cette notion¹²⁴⁶.

347. Basculant d'une approche subjective fondée sur l'intention frauduleuse de l'entreprise d'échapper à ses obligations, la jurisprudence adopte désormais une approche objective. En effet, dans une décision remarquable rendue par la chambre sociale le 21 novembre 2018, la Cour de cassation a jugé dans un attendu de principe : « qu'au sein d'un groupe, une unité économique et sociale (UES) peut être reconnue par convention ou par décision de justice entre des entités juridiquement distinctes qu'elles soient ou non dotées de la personnalité morale, dès lors qu'est caractérisée entre ces structures, d'une part, une concentration des pouvoirs de direction à l'intérieur du périmètre considéré ainsi qu'une similarité ou une complémentarité des activités déployées par ces différentes entités, d'autre part, une communauté de travailleurs résultant de leur statut social et de conditions de travail similaires pouvant se traduire en pratique par une certaine mutabilité des salariés »¹²⁴⁷.

348. Dès lors que les éléments caractéristiques de l'UES sont réunis, la Haute juridiction indique par cet arrêt que la recherche de la personnalité morale est rendue inopportune et qu'il est donc possible de s'affranchir du voile de la personnalité morale pour reconnaître une UES. Cette affirmation doit toutefois d'être nuancée puisque la solution vaut « au sein d'un groupe » et il n'est pas certain qu'une application similaire puisse être retenue en dehors de cette hypothèse.

349. A tout le moins, l'arrêt du 21 novembre 2018 de la chambre sociale indique l'actuelle voie choisie par le juge. Ce dernier tend à prendre davantage en considération la réalité économique et juridique de l'entreprise, en écartant la nécessité d'une personne morale pour caractériser l'UES au sein d'un groupe de sociétés. Si cet arrêt relève du droit du travail, il n'est pas exclu que le juge puisse un jour étendre sa solution et reconnaître

¹²⁴³ NADAL Sophie, « L'entreprise reconstituée : l'unité économique et sociale », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, janvier 2018, spéc. 183.

¹²⁴⁴ BLANC JOUVAN Guillaume, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », préc., spéc. 19.

¹²⁴⁵ *Ibid.*, spéc. 5.

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ Cass. com. 21 nov. 2018, n°16-27690, Gaz. Pal., n°41, 27 nov. 2018, p.38, note BERLAUD Catherine, « Evolution de la notion d'UES » : « L'arrêt illustre la continuité de la jurisprudence de la chambre sociale qui tend à s'approcher au plus près de la réalité sociale. En effet, cette exception concerne la situation particulière des groupes de sociétés internationaux, dont les choix organisationnels peuvent conduire à dissocier juridiquement des communautés de travailleurs qui continuent en pratique à travailler ensemble, sous la direction d'un responsable commun et relèvent en réalité d'une représentation du personnel commune. » ; BUGADA Alexis, « Inclusion d'une succursale d'une société étrangère dans le périmètre d'une UES », BJS 2019, p. 23.

l'unité économique et sociale en droit des sociétés et en droit de l'environnement. Celui-ci pourrait par exemple employer la notion de communauté d'intérêt – soit l'existence de liens économiques ou de gestion – pour apprécier l'existence d'une entreprise, ce qui permettrait alors d'éviter la démonstration d'un pouvoir de direction unique¹²⁴⁸. La caractérisation d'un intérêt social unique ou unitaire, pourrait par ailleurs permettre de caractériser l'existence d'une entreprise à partir de l'analyse de l'intérêt social de chaque entité. Hypothèse qui peut être rapprochée en droit des biens de « l'entreprise indivise » familiale, dans laquelle les indivisaires partagent un intérêt commun, celui de l'intérêt supérieur de l'entreprise indivise¹²⁴⁹. Une telle solution pourrait alors favoriser la recherche de responsabilité d'entités composant l'UES pour les dommages sociaux ou environnementaux causés par leur activité économique dispersée, mais néanmoins liée par une même communauté d'intérêts ou par un intérêt social unitaire. Aussi, il pourrait être possible de caractériser une entreprise unique à partir de différentes PME qui entretiennent des liens suffisamment caractérisés par leur « solidité »¹²⁵⁰ et poursuivent en commun un objectif de partage des résultats¹²⁵¹.

350. En définitive, c'est peut-être davantage à travers la caractérisation d'une « nouvelle forme de contrat »¹²⁵² que répond la définition de l'entreprise unique, en particulier s'il est possible d'identifier l'existence d'un « contrat solidaire »¹²⁵³, c'est-à-dire un contrat qui associe fonction économique (échange, organisation, coopération) et solidarisme contractuel¹²⁵⁴. En ce sens, la recherche de formes d'organisation d'une activité économique réunissant des intérêts divergents autour d'un intérêt commun supérieur, existe déjà comme l'illustrent les entreprises hybrides qui mêlent caractère lucratif et non lucratif¹²⁵⁵.

¹²⁴⁸ Cass. soc., 15 mai 2001, n°00-60048, Bull. civ. V, n° 173 ; Nécessité de caractériser la concentration entre les mêmes mains du pouvoir de direction des sociétés concernées : « Attendu que l'unité économique et sociale entre plusieurs personnes juridiquement distinctes nécessite notamment que les éléments qui la composent soient soumis à un pouvoir de direction unique ».

¹²⁴⁹ CHAMOULAUD-TRAPIERS Annie, « Entreprise indivise et ruptures familiales : la sauvegarde de l'intérêt commun », LPA, n°93, 9 mai 2014, p.9.

¹²⁵⁰ MEKKI Mustapha, : « Le contrat : entre liberté et solidarité », in SUPIOT Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2018, p. 93 « Solidarité vient en réalité de l'obligation *in solidum* qui désigne les débiteurs solidaires d'un dommage causé à autrui. On dit par exemple des parents qu'ils sont responsables *in solidum* des dommages causés par leur enfant mineur. À vrai dire, la traduction de « *in solidum* » ne devrait pas être « solidarité » mais « solidité ». »

¹²⁵¹ A l'inverse de ce qu'à pu juger la CA Paris, 24 nov. 1989, JCP E, 1991, p.61, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain : La collaboration de deux personnes ne caractérise pas une société lorsque chacune d'entre elles poursuit un objectif propre.

¹²⁵² MEKKI Mustapha, : « Le contrat : entre liberté et solidarité », préc.

¹²⁵³ *Ibid.* : « Ce qui caractérise ces nouvelles formes de contrats est leur caractère hybride. Ainsi, comme le résume parfaitement Teubner, philosophe de l'autopoïèse, entre “ les deux formes organisationnelles que sont l'entreprise et le marché “ se développe toute une panoplie d'accords hybrides : “ hybrides, réseaux, contrats symbiotiques, menottes dorées, quasi-entreprises, quasi-sociétés “ (G. Teubner, *Le Droit. Un système autopoïétique*, Paris, PUF, 1993) ». Un troisième ordre économique émerge alors entre contrat et société. »

¹²⁵⁴ *Ibid.*, l'auteur indique que ce solidarisme contractuel passe notamment par la bonne foi ou le principe d'équilibre contractuel, la pérennité contractuelle et une immixtion plus importante du juge dans la sphère du contrat : « le but est de lutter contre les excès du libéralisme et la dictature du marché en limitant les méfaits de l'égoïsme contractuel au profit d'une plus grande coopération entre les parties. » ; rapp., HOUIN-BRESSAND Caroline, DAMAS Nicolas (dir), « Dossier : La rupture brutale des relations commerciales établies (I) », AJ contrat, 2019, p.7 et s.

¹²⁵⁵ TCHOTOURIAN Ivan, « L'inconnu de la réforme de l'objet social », BJS, 2018, p. 134 ; rapp. TCHOTOURIAN Ivan, « Nouvelles entreprises aux Etats-Unis et au Canada », Revue Lamy droit des affaires, n°142, 1er nov. 2018

CONCLUSION DU CHAPITRE I

351. De la notion de société commerciale, il est constaté qu'elle apparaît essentiellement réduite à un but lucratif, ce qui limite la caractérisation d'éléments d'une entreprise, sinon sobre, au moins socialement responsable. Toutefois, il est observé que l'emploi de la notion d'entreprise en droit de l'Union européenne ou par la loi sur le devoir de vigilance, ainsi que l'utilisation du concept d'unité économique et sociale, permet de concevoir la responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise plus largement que s'il fallait s'en tenir à la définition prévue par l'article 1832 du Code civil. Pourtant, le législateur n'envisage aucune modification de ce dernier. La réforme proposée de l'article 1833 du code civil constitue en revanche une incontestable avancée de l'intégration dans la loi de l'exigence de transition écologique. Malgré les critiques et oppositions dont fait l'objet cette réforme, celle-ci s'inscrit pleinement dans le mouvement de prise en compte de la RSE dans le code civil¹²⁵⁶. Aussi, quand bien même les effets des éventuelles nouvelles dispositions sont discutables, il reste que la métamorphose progressive de la société commerciale en entreprise est une constante poursuivie par le législateur. Plusieurs éléments témoignent de la pertinence de l'entreprise : la législation relative au devoir de vigilance montre combien il peut être utile d'appréhender l'activité économique largement, précisément lorsque des sociétés en contrôlent d'autres pour ne constituer qu'une seule réalité économique. Dans le sens d'une réalité économique saisie par le droit, l'unité économique et sociale utilisée en droit du travail permet d'écarter¹²⁵⁷ les frontières de la personnalité morale de la société commerciale¹²⁵⁸.

352. Utiliser la notion d'entreprise va ainsi dans le sens d'un réalisme économique dont doit faire preuve le droit. Aussi, l'approche inversée du droit de l'Union européenne qui reconnaît l'entreprise et rejette la forme juridique sociétaire semble désormais s'étendre au droit français, si l'on s'en tient à la législation la plus récente qui entend mettre en avant la notion d'entreprise¹²⁵⁹. L'existence d'un mouvement de modification de la société commerciale, elle-même au profit de l'entreprise semble difficile à nier. Entité plus pertinente car correspondant davantage à la réalité économique, l'entreprise sous ses déclinaisons employées par le juge lui permet d'aller dans certaines branches du droit au-delà des découpages juridiques sociétaires, par exemple pour l'UES ou le groupe de sociétés¹²⁶⁰. Dès lors, il apparaît normal de se questionner sur la pertinence terminologique

¹²⁵⁶ DESBARATS Isabelle, « De l'entrée de la RSE dans le code civil », *Droit social*, 2019, p. 47.

¹²⁵⁷ Cass. com. 21 nov. 2018, n°16-27690, préc.

¹²⁵⁸ TRÉBULLE François-Guy, « Les frontières de l'entreprise vues au prisme des enjeux environnementaux », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, septembre 2017, dossier, p. 29 ; ROLLAND Blandine, « 3 questions – Un nouveau concept : l'entreprise élargie ? », *JCP E*, n°42, 18 oct. 2018, veille, p. 783 ; et le colloque du CERDACC du 25 octobre 2018 consacré à cette thématique, préc.

¹²⁵⁹ V° le projet de loi PACTE, préc. et sa version définitive avec la loi n°2019-486 du 22 mai 2019, *JORF*, 23 mai 2019.

¹²⁶⁰ V° not. en ce sens Cass. com. 19 déc. 2018, n°17-27947 : « si le principe de l'autonomie de la personne morale impose d'apprécier séparément les conditions d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de chacune des sociétés d'un groupe, rien n'interdit au tribunal, lors de l'examen de la solution proposée pour chacune d'elles, de tenir compte, par une approche globale, de la cohérence du projet au regard des solutions envisagées pour les autres sociétés du groupe », note FARHI Sarah, « Réalité juridique versus réalité économique : le groupe en procédure collective », *Gaz. Pal.* 2019, p. 23.

qu'il convient d'employer pour désigner l'entité juridique exerçant une activité économique. En réalité, il ressort surtout de ces interrogations qu'il est de plus en plus difficile de se contenter d'une réalité juridique statique de l'entreprise. Tandis que la pratique tend à envisager une réalité juridique dynamique de l'entreprise, qui intègre notamment l'idée d'un comportement responsable, vertueux ou sobre, le droit est de moins en moins amené à méconnaître l'entreprise. Le dépassement de l'enveloppe sociétaire classique s'observe déjà par l'existence et le développement de formes originales d'exercice d'activités économiques qui semble accélérer le mouvement de transformation de la société commerciale. Situées à la croisée entre lucrativité et satisfaction d'un intérêt collectif, entre société commerciale et association, ces formes statutaires spécifiques sont qualifiables de sociétés hybrides¹²⁶¹ ou d'entreprises non-capitalistes¹²⁶². Celles-ci constituent véritablement les premières formes de sociétés commerciales responsables ou plus précisément, à plus forte responsabilité en raison de leur forme sociétaire. Evolution de la forme classique de société commerciale limitée à un but lucratif, ces sociétés hybrides sont une forme primaire et préalable de l'entreprise sobre.

¹²⁶¹ TCHOTOURIAN Ivan, « L'inconnu de la réforme de l'objet social », BJS, 2018, p. 134 ; rapp. TCHOTOURIAN Ivan, « Nouvelles entreprises aux États-Unis et au Canada », Revue Lamy droit des affaires, n°142, 1^{er} nov. 2018. Il s'agit par exemple de la *benefit corporation*.

¹²⁶² HIEZ David, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », Rev. des sociétés, 2012, p.671.

CHAPITRE 2 L'EXISTENCE D'ENTITES PLUS RESPONSABLES SOCIETALEMENT DE PAR LEURS STATUTS

353. La faiblesse de réelles avancées sur la notion juridique d'entreprise amène à s'intéresser à d'autres formes de sociétés qui intègrent, dans leur fonctionnement statutaire, la prise en considération de préoccupations sociales et environnementales. Soit qu'il existe des entités plus aptes à intégrer la RSE et accompagner la transition écologique en raison de leurs statuts. Avant d'envisager les formes sociétaires spécifiques à ces préoccupations retenues en droit français, il convient d'observer préalablement les formes étrangères de sociétés hybrides¹²⁶³. En effet, celles-ci témoignent d'une singularité statutaire qui cherche à concilier satisfaction de l'intérêt social et prise en considération d'un intérêt collectif, y compris le plus souvent celui de l'environnement. La *benefit corporation* américaine constitue certainement l'illustration la plus aboutie de société hybride puisque son modèle s'exporte même au sein de sociétés françaises qui s'en inspirent à travers la labélisation. Au-delà des formes américaines hybrides de sociétés, certains pays européens connaissent des structures qui s'en rapprochent, tandis que le droit de l'Union européenne connaît avec l'entreprise sociale, la possibilité d'exercer une activité économique dans un but autre que la seule poursuite d'un but lucratif (**Section I**). En France, l'économie sociale et solidaire (ESS) s'est peu à peu développée à compter de la moitié du XX^{ème} siècle parallèlement au paternalisme industriel¹²⁶⁴ avec l'idée d'entreprendre autrement. Aujourd'hui, la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire est venue renforcer l'attractivité des diverses formes sociétaires existantes de l'ESS et en a favorisé la création de nouvelles. La plus intéressante d'entre elles, la société coopérative d'intérêt collectif (SCIC), est celle qui se rapproche le plus d'une PME en transition écologique et de l'idée d'entreprise hybride. Pourtant, si ce secteur s'étend, le droit français de l'ESS semble en retard dans le développement de ces nouvelles formes de sociétés comparé aux exemples étrangers. Surtout, il apparaît qu'à travers l'étude de ces formes d'entreprises non-capitalistes¹²⁶⁵, « statut n'est pas vertu »¹²⁶⁶. En effet, il manque à l'économie sociale et solidaire un aspect « environnemental » davantage présent pour que ces formes sociétaires puissent pleinement s'accorder avec le développement de PME en transition écologique. Or, dans le domaine de l'ESS, le social ne va pas toujours de pair avec l'environnement, l'ESS n'est pas nécessairement synonyme d'économie sociale, solidaire et écologique (ESSE). Il en résulte qu'en réalité, la structure légale sociétaire adoptée aux fins de poursuivre une activité économique autrement inspirée que par la

¹²⁶³ TCHOTOURIAN Ivan, « L'inconnu de la réforme de l'objet social », préc. ; HIEZ David, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », préc.

¹²⁶⁴ V° *supra* nos développements sur le paternalisme industriel.

¹²⁶⁵ HIEZ David, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. des sociétés*, 2012, p. 671.

¹²⁶⁶ MOUSSERON Pierre, « La coopérative : présentation du statut juridique et enjeux, La " nouvelle entreprise " : le pari de l'entrepreneuriat social et solidaire », Centre de droit des affaires (EA 380), Université de Toulouse Capitole, Colloque du 30 novembre 2012.

seule recherche du profit n'est pas nécessairement synonyme de vertu et d'intégration des enjeux sociaux et environnementaux (**Section II**).

Section 1 Les formes étrangères et européennes de sociétés hybrides

354. Face à une « typologie des formes sociales en crise »¹²⁶⁷, la recherche de structures innovantes qui permettent de concilier activité économique et limitation - voire absence - de lucrativité, avec la satisfaction d'autres intérêts que celui de la société elle-même, est partagée au sein de systèmes juridiques étrangers. En ce sens, la formulation de structures sociales originales qui intègrent intérêts économiques et préoccupations socio-environnementales peut être observée. Si ces derniers peuvent assurément sembler opposés, le choix d'une société hybride – aussi qualifiée de société à mission¹²⁶⁸, à objet social élargi¹²⁶⁹ ou étendu (SOSE)¹²⁷⁰ – par les associés exprime leur volonté de faire converger ces intérêts au sein de l'activité économique poursuivie. C'est aux Etats-Unis où la dichotomie entre société commerciale et association n'est pas observée avec la même rigueur qu'en France, que l'on recense certainement les formes sociétaires les plus innovantes avec les modèles de la *benefit corporation*, de la *low-profit limited liability company* et de la *social purpose corporation* (I). D'autres modèles étrangers et européens peuvent encore être recensés au titre de ces formes de sociétés hybrides (II).

I. Les sociétés hybrides américaines

355. Alors que la France modifie avec précaution les articles relatifs au droit commun des sociétés, en y inscrivant la prise en considération d'enjeux sociaux et environnementaux ou la raison d'être de l'entreprise, les Etats-Unis sont en avance. Depuis quelques années déjà, de nombreux Etats fédérés ont mis en place des formes sociétaires originales dont l'objet social permet la poursuite d'un but lucratif auquel s'ajoute un but désintéressé¹²⁷¹. Il s'agit d'une part de la *benefit corporation* qui constitue un véritable modèle de société hybride (A), et d'autre part, des *low-profit limited liability company* et de la *social purpose corporation* (B).

¹²⁶⁷ V° GODON Laurent, « L'éclatement des formes sociales », *Revue des sociétés*, 2017, p.267 : « la typologie des formes sociales est en crise. »

¹²⁶⁸ Qualification désormais consacrée par la loi Pacte, v. Partie 2 des présents travaux et les articles L210-10 à L210-12 du code de commerce.

¹²⁶⁹ TCHOTOURIAN Ivan, « Nouvelles entreprises aux Etats-Unis et au Canada », *Revue Lamy droit des affaires*, n°142, 1^{er} nov. 2018.

¹²⁷⁰ SEGRESTIN Blanche, LEVILLAIN Kevin, VERNAC Stéphane, HATCHUEL Armand, *La Société à Objet Social Étendu. Un nouveau statut pour l'entreprise*, Presses des Mines, coll. Economie et gestion, 2015, 126 p. L'idée de « société à objet social étendu » (SOSE), fortement inspirée des modèles hybrides de sociétés américaines, vise à introduire dans l'objet social statutaire des objectifs sociaux ou environnementaux. Ces SOSE ou « entreprises à mission », font toutefois l'objet d'interrogations au regard de leur différenciation avec l'économie sociale et solidaire, les acteurs de l'ESS y voyant un risque de confusion (SEGRESTIN Blanche in « Les entreprises peuvent-elles se contenter de faire du profit », émission radiophonique *Du grain à moudre*, France culture, 14 mai 2018).

¹²⁷¹ V° TCHOTOURIAN Ivan, « Nouvelles entreprises aux Etats-Unis et au Canada », *Revue Lamy droit des affaires*, n°142, 1^{er} nov. 2018 pour un rapide exposé récent.

A. La *benefit corporation* ou l'entreprise d'utilité sociétale américaine

356. La *benefit corporation*, peut se traduire par « société bénéfique », « société d'utilité sociétale », ou encore pour se rapprocher du modèle français d'« entreprise d'utilité sociale ». La *benefit corporation* ou *b-corp* est une forme de société créée en 2010 aux Etats-Unis. Elle apparaît en premier lieu dans la législation de l'Etat du Maryland le 1^{er} octobre 2010¹²⁷². Au début de l'année 2019, ce sont 34 Etats américains qui ont adopté une législation similaire. Par définition, la *benefit corporation* satisfait volontairement, par son objet social, à des normes plus élevées, de responsabilité et de transparence¹²⁷³. Il est alors intéressant de relever que cette définition concilie à la fois l'idée d'un engagement volontaire et la définition de la RSE qui consiste dépasser le droit positif, les deux notions sont ici concrétisées sous la forme d'une société spécifique. Une fois la *benefit corporation* définie et une traduction proposée (1), il s'agira d'en préciser l'intérêt à travers ses éléments caractéristiques (2).

1. Définition et traduction de la *benefit corporation*

357. La création de la *benefit corporation* est née du constat d'une part, que le droit des sociétés aux Etats-Unis n'était pas conçu pour les sociétés commerciales qui cherchent à utiliser le marché pour résoudre des problèmes sociaux, et d'autre part que les formes d'organisations à but non-lucratif présentaient certaines limites. Aussi existait-il une « zone grise », un «entre-deux » entre l'entité à but lucratif et l'entité à but non lucratif. En effet, dans une célèbre décision *Dodge v. Ford* de 1919, la Cour Suprême du Michigan décidait que la société commerciale est organisée et exploitée principalement pour le bénéfice de ses actionnaires et que les pouvoirs des dirigeants devaient être utilisés dans ce but¹²⁷⁴. C'est justement dans le but de rompre avec cette vision restreinte de la finalité d'une entreprise qu'a été imaginé la *benefit corporation*. D'abord prévu dans les Etats fédérés à destination de toute tailles d'entreprises dont les PME, la *benefit corporation* est désormais en voie d'être étendue au niveau fédéral à destination des grandes entreprises. En effet, une proposition de loi S. 3348 intitulée *Accountable Capitalism Act* a été déposée par la sénatrice Elisabeth Warren le 15 août 2018 devant le Congrès américain.

¹²⁷² V° le code des sociétés et associations du Maryland, § 5-6C-01 et s.

¹²⁷³ V° le site d'information <http://benefitcorp.net/> et plus particulièrement le *Livre Blanc sur la Benefit Corporation*, « Benefit Corporation White Paper », 63 p. accessible en ligne à l'adresse : http://benefitcorp.net/sites/default/files/Benefit_Corporation_White_Paper.pdf, version du 18 janvier 2013, consulté le 26 avril 2019.

¹²⁷⁴ *Dodge v. Ford Motor C.*, 170 N.W. 668 (Mich.1919) : « A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the non-distribution of profits among stockholders in order to devote them to other purposes. ». V. aussi *Katz v. Oak Indus., Inc.*, 508 A.2d 879 (Del. Ch. 1986) : « "It is the obligation of directors to attempt, within the law, to maximize the long-run interests of the corporation's stockholders. »

La proposition prévoit notamment la création d'une « mission sociétale » dont les dirigeants ont la charge¹²⁷⁵.

358. Une société commerciale existante peut devenir une *benefit corporation* par la modification de ses statuts¹²⁷⁶, elle est donc - sur le même modèle que la SCOP ou la SCIC - rattachée à la personnalité morale d'une société. Présente dans un nombre croissant d'Etats fédérés des Etats-Unis, le Livre blanc ou *White Paper* sur les *benefit corporation* qui consitue un modèle de législation, exige principalement le respect de trois éléments. D'une part, la société doit comporter dans ses statuts un objet social en vue de la création d'un « *general public benefit* », défini comme l'impact matériel positif sur la société et l'environnement¹²⁷⁷. D'autre part, elle doit s'assurer de l'élargissement des obligations financières des administrateurs à la prise en compte des intérêts non-financiers, ceux-ci doivent ainsi examiner l'impact possible de leurs décisions, non seulement sur les actionnaires mais aussi sur les travailleurs, la société et l'environnement¹²⁷⁸. Enfin, la société a l'obligation de mettre à disposition du public un rapport détaillé sur l'ensemble des performances socio-environnementales évaluées selon une norme tiers reconnue -*third party standard*- telle que la norme ISO 26 000, *B Impact Assessment*, *People4Earth Business Framework*, *Green Seal Business Certification*, *Good Guide Company Ratings*, etc. Ce référentiel d'évaluation des performances socio-environnementales est librement laissé au choix des *benefit corporations*¹²⁷⁹. Aucun audit ou certification par une tierce personne n'est requis, mais suite à l'emploi croissant de termes comme « durable », « vert », etc., dans la communication des entreprises, un organisme sans but lucratif, *B Lab*, propose depuis 2007 un système de certification *B-corp* pour les entreprises intéressées. Ce système s'est d'ailleurs étendu aux sociétés de droit étranger car plusieurs sociétés européennes sont aujourd'hui certifiées *B-Corp*, participant ainsi d'une internationalisation de ce modèle dans plus de 60 pays et regroupant 2 595 sociétés, dont 50 en France début 2018¹²⁸⁰. Par ailleurs, l'Italie est le premier Etat européen a avoir inscrit la *benefit corporation* dans la loi avec la *società benefita*¹²⁸¹ qui s'inspire directement du modèle américain.

359. Comment traduire plus précisément ce *general public benefit*, c'est-à-dire l'impact matériel positif sur la société et l'environnement ? Ces termes peuvent être traduits par

¹²⁷⁵ TCHOTOURIAN Ivan, « Nouvelles entreprises aux Etats-Unis et au Canada », Revue Lamy droit des affaires, n°142, 1^{er} nov. 2018 ; « A United States corporation shall have the purpose of creating a general public benefit ».

¹²⁷⁶ V° par ex. *Wisconsin Statutes*, chapter 204.103 et 204.104.

¹²⁷⁷ *White Paper*, précit., p.16 : « *General public benefit is defined as a material, positive impact on society and the environment* ».

¹²⁷⁸ Ce qui renvoie à la prise en considération de l'intérêt des parties constituantes et prenantes et plus généralement à la théorie de l'intérêt de l'entreprise (supra).

¹²⁷⁹ Il existe à cet égard plus d'une centaine de référentiels permettant d'évaluer les pratiques d'entreprises en terme de développement durable. Une liste de référentiels est librement accessible à destination des *benefit corporations* : <http://www.sustainability.com/library/rate-the-raters-phase-two>, consulté le 28 avril 2015

¹²⁸⁰ V° <https://bcorporation.eu/about-b-lab/country-partner/france>, consulté le 6 oct. 2018. V. *infra* pour des exemples d'objet social d'entreprises françaises certifiées B-corp.

¹²⁸¹ Loi italienne n°208 du 28 décembre 2015, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)*. Pour un rapide aperçu v. *infra*.

« bénéfice d'utilité publique », « bénéfice d'intérêt général », ou encore « bienfait d'intérêt public » qui correspond à la notion canadienne des organismes de bienfaisance¹²⁸². Or, si le Canada comme les Etats-Unis est un pays de *common law*, il est possible par similarité entre ces deux systèmes juridiques, de retenir la traduction de bienfait pour le terme *benefit*. Ce qui peut conduire à la traduction de « bienfait d'utilité publique », justifiée également par le souci de différencier le terme bénéfice du terme bienfait¹²⁸³. Cette traduction se justifie également par la poursuite d'une certaine cohérence avec les termes « d'utilité publique » employés dans la récente loi ESS n°2014-856¹²⁸⁴. C'est encore la traduction de « bienfait d'utilité sociale » qui pourrait être retenue car cohérente avec les dispositions existantes de la loi ESS qui vise les « entreprises solidaires d'utilité sociale » (ESUS)¹²⁸⁵. C'est toutefois la traduction de « bienfait d'utilité sociétale » ou plus simplement de « bienfait d'intérêt collectif » qui permettrait de donner une définition en adéquation avec le rapport Notat et Sénard sur l'entreprise objet d'intérêt collectif, renvoyant davantage à l'idée de responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise. Plus simplement, Ivan Tchotourian traduit le *general public benefit* par « bénéfice public »¹²⁸⁶.

360. L'Etat du Wisconsin prévoit par exemple dans sa législation relative à la création de benefit corporation adoptée le 28 novembre 2017 : « “General public benefit” means a material positive impact on society and the environment by the operations of a benefit corporation taken as a whole, through activities that promote some combination of specific public benefits ». Aussi, pour la réalisation de bienfaits d'utilité sociétale, la législation du Wisconsin énumère une liste d'intérêts sociétaux spécifiques¹²⁸⁷, notamment

¹²⁸² V° Agence de revenu du Canada, « Lignes directrices pour l'enregistrement d'un organisme de bienfaisance : satisfaire le critère du bienfait d'intérêt public », CPS-024, 10 mars 2006, modifié le 21 novembre 2017, point 3.0 : « L'aspect "bienfait" du critère porte sur la question de savoir si la fin de bienfaisance faisait l'objet de l'examen vise à réaliser un bien universel qui n'est pas nuisible au public, c'est-à-dire une activité utile au plan social. L'aspect "public" consiste à examiner qui constitue le public. Cette notion de bienfait d'intérêt public a aussi été appelée le "caractère public" de la bienfaisance, c'est-à-dire que c'est le bien-être du public qui est recherché sans préoccupation à savoir si des avantages à des particuliers sont conférés. ».

¹²⁸³ Le terme de bénéfice ayant pour défaut de renvoyer à l'idée de gain pécuniaire, alors que le terme de bienfait renvoie davantage à l'idée d'un gain non nécessairement pécuniaire. Il faut d'ailleurs observer que le terme de « bénéfice » a été emprunté au latin *beneficium* au sens de « bienfait », « faveur » ou « service », c'est donc un retour au sens premier de ce terme.

¹²⁸⁴ On recense 26 occurrences des termes « utilité publique » dans la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (loi ESS), principalement pour désigner les associations et fondations reconnues d'utilité publique, les missions reconnues d'utilité publique.

¹²⁸⁵ V° l'article 11 de la loi ESS et l'article L3332-17-1 du code du travail.

¹²⁸⁶ TCHOTOURIAN Ivan, « Nouvelles entreprises aux Etats-Unis et au Canada », Revue Lamy droit des affaires, n°142, 1^{er} nov. 2018.

¹²⁸⁷ Wisconsin Statutes, chapter 204, Benefit corporation, spéc. chapter 204.301, Standard of conduct for directors : « in discharging the duties of their respective positions, the board of directors, committees of the board, and individual directors of a benefit corporation, in considering the best interests of the benefit corporation, shall consider the effects of any action or inaction on all of the following: 1. The shareholders of the benefit corporation. 2. The employees and workforce of the benefit corporation and its subsidiaries and suppliers. 3. The interests of customers as beneficiaries of the general public benefit or specific public benefit purposes of the benefit corporation. 4. Community and societal factors, including those of any community in which offices or facilities of the benefit corporation or its subsidiaries or suppliers are located. 5. The local and global environment. 6. The short-term and long-term interests of the benefit corporation, including benefits that may accrue to the benefit corporation from its long-term plans and the possibility that these interests may be best served by the continued corporate independence of the benefit corporation. 7. The ability of the benefit corporation to accomplish its general public benefit purpose and any specific public benefit purpose. ».

les parties prenantes de la société, les salariés, les consommateurs, les collectivités, les fournisseurs, l'environnement local et global, les intérêts à court et long-terme dans la perspective de pérennité de la société. L'originalité de la *benefit corporation* réside ainsi dans la mise en place de trois éléments caractéristiques à faire figurer au sein des statuts de la société : la définition d'un objet social élargi à la mise en œuvre d'impacts positifs sur la Société et l'environnement, la reconnaissance de droits et devoirs pour les dirigeants qui peuvent faire peser leur décisions sur des préoccupations sociales et environnementales, ainsi que la mise en place d'une obligation de transparence. Il convient de préciser ces trois éléments caractéristiques de la *benefit corporation*.

2. Éléments caractéristiques et intérêt de la *benefit corporation*

361. Dans les éléments caractéristiques à intégrer dans les statuts de la société, figure tout d'abord un objet social élargi. Plusieurs objectifs d'utilité publique sont proposés dans le document « *Benefit corporation White Paper* »¹²⁸⁸ : fournir des biens et services utiles à des personnes ou des communautés à faibles revenus ou défavorisées ; promouvoir des opportunités économiques pour les individus ou communautés au-delà de la création d'emploi dans le cours normal des affaires ; préserver l'environnement ; améliorer la santé humaine ; promouvoir les arts, les sciences ou l'avancement des connaissances ; augmenter la circulation des capitaux vers les personnes poursuivant un objectif d'utilité publique/sociétale ; et accomplir toute autre prestation utile pour la société ou l'environnement. L'objet social est donc très large puisqu'il est même envisagé la prise en compte de la culture et de la science, ce qui mérite d'être souligné car souvent oublié lorsqu'il est question de responsabilité sociétale et environnementale.

362. En réalité, toute société, même la plus petite PME, peut inscrire ces objectifs dans son objet social statutaire sans que la législation ne le prévoit nécessairement. Il est en effet possible d'obtenir une certification *b-corporation* en dehors des Etats-Unis comme l'illustre la société *Ecosia GmbH*, première société de droit allemand à être certifiée *B-Corporation* en 2014. *Ecosia* exerce une activité de moteur de recherche sur internet. Sur l'ensemble des revenus tirés de la publicité, la société affecte 50 % de ses bénéfices à des projets de plantation d'arbres après règlement des charges d'exploitation et mise en réserve. Elle ne distribue aucun dividende à ses actionnaires. L'objet social qui vise la poursuite d'un bienfait d'utilité sociétale et environnementale précisé dans les statuts, permet alors de contractualiser cet objet qui n'est alors plus de l'ordre de la simple déclaration dénuée de la contrainte. En France plusieurs sociétés sont déjà certifiées *b-corporation*, elles sont principalement des PME et exercent leurs activités dans des domaines très divers : la société *Les grappes* vend du vin sur internet, *Big mamma* est un

¹²⁸⁸ *White Paper*, préc., p.16 ; CLARK Bill, « Model Benefit Corporation legislation », version du 17 avril 2017, <http://benefitcorp.net/attorneys/model-legislation>, consulté le 26 avril 2019.

restaurant à Paris, *Alterego* est une agence de communication sise à Toulouse, *Recyclivre* vend des livres d'occasion par correspondance, etc.

363. S'agissant ensuite des dirigeants de la *benefit corporation*¹²⁸⁹, le modèle de législation du *White Paper* prévoit que ceux-ci doivent examiner les effets de toute action ou inaction sur : les actionnaires de la société ; les employés, filiales et fournisseurs de la société ; les intérêts des consommateurs bénéficiaires des « bienfaits d'utilité publique » ou les objectifs spécifiques d'utilité publique de la société ; les facteurs organisationnels et sociétaux de chaque collectivité de travail situés dans les bureaux, établissements, filiales et fournisseurs de la société ; l'environnement local et mondial ; les intérêts à court-terme et à long-terme de la société, y compris tout avantage que pourrait retirer la société de ses projets à long-terme et la possibilité que ces intérêts puissent servir au mieux l'indépendance de la société ; la capacité pour la société de remplir son objectif d'utilité publique et tout objectif spécifique d'utilité publique. Les statuts de la *benefit corporation* peuvent également permettre aux administrateurs d'examiner tout autre facteur pertinent qu'ils estimeraient appropriés. Enfin, les dirigeants n'ont pas à accorder la priorité à un intérêt en particulier, à moins que les statuts de la société aient entendu favoriser certains intérêts pour l'accomplissement de son objet social.

364. Qu'en est-il de la responsabilité des dirigeants dans la *benefit corporation* ? Afin de permettre aux dirigeants de prendre des actes tout en conciliant l'ensemble des intérêts des parties constituantes et prenantes et de servir au mieux les intérêts de la société, la législation proposée dans le *White Paper* prévoit la protection des dirigeants. En ce sens, il est prévu que la prise en compte de l'ensemble des parties prenantes ne doit pas constituer une violation des obligations du dirigeant qui exigent la bonne foi (ou le devoir de loyauté), l'obligation de prudence et de diligence et la recherche des meilleurs intérêts pour la société. Par ailleurs, afin de limiter l'engagement de la responsabilité du dirigeant soucieux de peser les différents intérêts en présence, il est proposé que sa responsabilité personnelle pour les dommages pécuniaires ne puisse être engagée pour toute action ou inaction dans l'exercice de ses fonctions de dirigeant. De la même façon, la proposition *Accountable capitalism act* du 15 août 2018 prévoit l'exonération de la responsabilité personnelle du dirigeant – lorsque désintéressé par l'acte adopté – pour tout dommage économique né de son action ou inaction dans le cadre de sa mission visant à créer un *general public benefit*¹²⁹⁰. Contrairement à la solution retenue dans l'arrêt *Dodge versus Ford*¹²⁹¹, le dirigeant peut donc agir en direction d'intérêts autre que financiers sans que sa responsabilité pour non-maximisation des profits puisse être recherchée.

¹²⁸⁹ *White Paper*, op. cit., p.17

¹²⁹⁰ « Neither a director nor an officer of a United States corporation may be held personally liable for monetary damages for (A) any action or inaction in the course of performing the duties of a director under paragraph (1) or an officer under paragraph (2), as applicable, if the director or officer was not interested with respect to the action or inaction; or (B) the failure of the United States corporation to pursue or create a general public benefit. »

¹²⁹¹ Préc.

365. Troisième élément caractéristique, la *benefit corporation* a une obligation de transparence. Elle est tenue de remettre un rapport annuel aux actionnaires et de le publier sur son site internet afin qu'il soit accessible au public. Ce qui n'est pas différent de ce point de vue du système de déclaration de performance extra-financière précédemment étudiée. Le rapport inclut une description technique qui indique comment la société poursuit son objectif d'utilité sociétale et environnementale ainsi que toutes les circonstances qui l'en auraient empêché, ainsi que le processus et la justification du choix du référentiel extérieur choisi. Il contient ensuite l'évaluation de l'ensemble des performances socio-environnementales de la société réalisée conformément au référentiel choisi.

366. Par ses éléments caractéristiques, objet social élargi, droits et devoirs des dirigeants et obligation de transparence, la *benefit corporation* présente un intérêt certain puisqu'elle est véritablement orienté vers un « bénéfice public » à travers la satisfaction d'intérêts spécifiques, tel que ceux des parties prenantes ou de la protection de l'environnement. Prévus dans les statuts, ces intérêts prennent alors une place tout aussi importante que la pérennité économique de la société commerciale ayant adopté la forme d'une *benefit corporation*. Le dirigeant social n'est alors plus contraint de justifier qu'il n'agit pas dans l'intérêt social – au sens restreint de l'intérêt commun des associés – puisque cet intérêt est également celui de la protection des salariés, du consommateur ou de l'environnement. Surtout, les *benefit corporations* peuvent être directement utilisées par des PME. Imitant ce modèle, une proposition de loi déposée le 15 août 2018 devant le Sénat américain, intitulée *Accountable capitalism act*, propose d'intégrer aux statuts des grandes sociétés américaines réalisant plus d'un milliard de dollars de chiffres d'affaires¹²⁹² l'intégration dans l'objet social d'un *general public benefit*¹²⁹³. Enfin, il faut souligner le projet équivalent de modèle canadien à travers la création d'une *benefit company*¹²⁹⁴.

367. Il existe toutefois une limite pour les entreprises constituées sous la forme d'une *benefit corporation*. Elle réside dans la difficulté à réunir des investisseurs intéressés par la poursuite d'un objectif autre que seulement financier. Le fait que les dirigeants de la *benefit corporation* puissent ne pas systématiquement accorder de primauté aux intérêts des associés dans leurs décisions, peut représenter un frein dans le choix de cette structure sociétaire. Aussi, signe de la créativité du législateur américain en matière sociétaire, deux

¹²⁹² TCHOTOURIAN Ivan, « Nouvelles entreprises aux Etats-Unis et au Canada », Revue Lamy droit des affaires, n°142, 1^{er} nov. 2018.

¹²⁹³ Sénat américain, texte S.3348 – *Accountable Capitalism act*, 15 août 2018, section 5, *corporate purpose* : « A United States corporation shall have the purpose of creating a general public benefit ».

¹²⁹⁴ TCHOTOURIAN Ivan, « Nouvelles entreprises aux Etats-Unis et au Canada », préc. ; V. la proposition déposée en 2018 devant l'assemblée de Colombie-britannique visant à la création d'une *benefit Company* (*Business Corporation Amendment Act, Bill M216*, 2018 legislative session, 3rd session, 41st parlement, first reading). Le projet indique que : « *This company is a benefit company and, as such, has purposes that include conducting its business in a responsible and sustainable manner and promoting one or more public benefits.* ». Ce dernier signifiant : « "public benefit" means a positive effect, including, without limitation, of an artistic, charitable, cultural, economic, educational, environmental, literary, medical, religious, scientific or technological nature, for the benefit of (a) a class of persons, other than shareholders of the company in their capacity as shareholders, or a class of communities or organizations, or (b) the environment, including, without limitation, air, land, water, flora or fauna, or animal, fish or plant habitat ».

autres formes de sociétés permettent la poursuite d'une activité économique qui ne soit pas uniquement dirigées vers la recherche d'un but lucratif, la *low-profit limited liability company* et la *social purpose corporation*.

B. Low-Profit Limited Liability Company et Social Purpose Corporation

368. La *Low-Profit Limited Liability Company* (ci-après L3C) est une forme alternative de société à responsabilité limitée qui poursuit un faible but lucratif¹²⁹⁵. S'agissant de sa forme ; la L3C est constituée sous la forme d'une société à responsabilité limitée à laquelle sont intégrées des dispositions spécifiques. La L3C est une « entreprise sociale » en ce qu'elle utilise le marché pour résoudre des problèmes sociétaux, poursuivre des fins charitables ou éducatives. Aussi, à l'inverse de la *benefit corporation* qui examine l'ensemble des intérêts présents avant toute décision – arbitrage qui peut s'avérer complexe et source de blocage –, la L3C accorde explicitement une priorité aux intérêts sociétaux avant l'objectif de recherche de bénéfices, qui ne peut constituer un but significatif, la lucrativité y est donc limitée comme dans le secteur de l'ESS¹²⁹⁶.

369. Dans leur article, les auteurs Nancy Artz, Jeffrey Gramlich et Terry Porter prennent pour illustration la *L3C Maine's Own Organic Milk Company* (MOOMilkCo). Avant la création de cette société, les producteurs de lait vendaient, chacun séparément, leur production à une société qui la commercialisait. Mais suite à une crise de ce système, les acteurs de la filière se sont réunis pour créer la société MOOMilkCo sous la forme d'une L3C. Celle-ci a pour objet social de maintenir les fermes familiales productrices de lait ; favoriser la production de lait d'agriculture biologique ; et contribuer à la viabilité économique d'une région appauvrie. Grâce à ses missions d'entreprise sociale la société a pu lever le capital nécessaire sous forme de subventions de la part de fondations et d'aides de l'Etat¹²⁹⁷, elle a également reçu la participation d'investisseurs n'attendant pas un rendement au taux normal du marché. MOOMilkCO maîtrise ainsi de manière originale la production de lait, le transport, la distribution et le marketing. Les producteurs de lait possèdent 45% des parts de la société mais reçoivent 90% des bénéfices, le reste étant divisé entre les investisseurs, les fondations et les salariés.

370. Pour les auteurs, le cas de MOOMilkCO illustre bien le fait qu'une entreprise sociale peut produire des bénéfices sociaux et sociétaux non issus des modèles traditionnels

¹²⁹⁵ Pour une présentation plus complète, voyez l'article des auteurs américains ARTZ Nancy, GRAMLICH Jeffrey, PORTER Terry., « *Low-profit Limited Liability Companies (L3Cs)* », *Journal of Public Affairs*, 2012, n°3, vol. 12, pp. 230-238, published online 3 May 2012 in Wiley Online Library (www.wileyonlinelibrary.com) ; ainsi que le *White Paper*, précité, Appendix C, p. 2.

¹²⁹⁶ Rapp. de la société commerciale d'utilité sociale, *infra*.

¹²⁹⁷ Selon le *White paper*, précité, Appendix C, p.2, la L3C a été essentiellement dessinée de telle façon à ce qu'elle puisse recevoir les investissements de fondations : « The L3C was essentially designed to facilitate "program-related investments" (or "PRIs") by charitable foundations in a for-profit entity. Program-related investments are investments made by foundations to support charitable activities that involve the potential return of capital within an established time frame. »

d'entreprises à but lucratif, et en l'occurrence favoriser le maintien d'une économie locale et circulaire. Ils remarquent cependant que cette forme juridique en est encore à son stade embryonnaire, la majorité des L3Cs sont des petites entreprises, elles ne créent pas de richesses supplémentaires mais maintiennent l'économie locale. Ces observations mettent ainsi en lumière le postulat énoncé au début de ces recherches, selon lequel les PME sont plus enclines à adopter un comportement responsable et à mettre en œuvre la transition écologique, puisque le modèle présenté répond bien à l'idée d'économie locale et respectueuse de l'environnement en raison du choix d'une agriculture biologique. Si la société MOOMilkCO relève de l'entreprise de subsistance en terme de résultats du bilan social, la richesse réellement créée par cette société apparaît bien plus grande que les bénéfices pécuniaires, ces bénéfices sont aussi sociaux, sociétaux – maintien d'emplois locaux, entretien des paysages, inscription de l'activité dans l'économie locale – et l'absence de croissance excessive relève d'une certaine sobriété même si celle-ci n'est pas nécessairement recherchée¹²⁹⁸.

371. Les auteurs observent encore que si les L3Cs poursuivent deux objectifs apparemment inconciliables, un objectif lucratif et une mission sociale, cette ambiguïté peut causer des incompréhensions et des conflits lorsque les actionnaires ne partagent pas, ou ne partagent plus, les priorités inscrites lors de la constitution de la société. En effet, les statuts et la dénomination de société à faible lucrativité *-low-profit company-* prévoient une faible redistribution des résultats aux actionnaires. Il serait toutefois étonnant d'observer que des investisseurs recherchant un taux de rendement élevé se dirigent vers ce type de société.
372. Toujours aux Etats-Unis, il faut encore citer au titre des sociétés hybrides, la « *Social Purpose Corporation* » (ci-après SPC) qui est la nouvelle dénomination depuis le 1^{er} janvier 2015 de l'ancienne « *Flexible Purpose Corporation* » ou société à objet souple créée en Californie par le *Corporate Flexibility Act* de 2011¹²⁹⁹. La SPC combine l'objectif classique d'une société commerciale à but lucratif auquel est adjoint au moins l'un des objectifs spécifiques suivants : une ou plusieurs activités de charité ou d'utilité publique que pourrait poursuivre un organisme à but non-lucratif ; la promotion d'effets positifs ou la minimisation d'effets néfastes sur les employés, les fournisseurs, les consommateurs, les créanciers, la communauté, la société ou l'environnement¹³⁰⁰. Ce type de société à mission est ainsi un véhicule sociétaire adapté à la poursuite d'une démarche de responsabilité sociétale et environnementale.
373. Contrairement à la *benefit corporation* qui comporte un objectif général de bénéfice public, la SPC ne poursuit qu'un objectif spécifique, ou « annexe » à son objectif principal de réalisation des bénéfices. Il y existe néanmoins la même préoccupation de protection des dirigeants que dans la *benefit corporation*, car le dirigeant de la SPC a une certaine

¹²⁹⁸ *Infra* sur la sobriété et la notion de bénéfice non pécuniaire.

¹²⁹⁹ V° California Corporations Code, Division 1.5, *Social Purpose Corporations Act*, Section 2500 et s.

¹³⁰⁰ *Ibid*, section 2602.

latitude pour poursuivre l'objet social spécifique, sans qu'il ne soit effrayé par une éventuelle action en responsabilité des associés pour ne pas avoir maximisé les profits de la société¹³⁰¹. En matière de transparence, un rapport annuel est également exigé.

374. L'entreprise de type *benefit corporation*, *L3C* ou *social purpose corporation* peut être qualifiée « d'entreprise multi-objectifs » selon la formule proposée par M. Kévin Levillain¹³⁰². L'auteur s'interroge sur l'espace laissé vacant par le droit pour ces nouvelles formes d'entreprises, alors qu'il observe que « les projets entrepreneuriaux sont généralement issus de la montée en puissance de la question du développement durable et de la responsabilité sociale parmi les différents acteurs du monde de l'entreprise »¹³⁰³. Aussi, M. Levillain indique qu'on « observe une convergence des points de vue quant à l'insuffisance des initiatives volontaires en matière de RSE, et quant à la nécessité d'offrir de façon urgente des nouveaux moyens de mener l'action collective face aux limites des formes existantes », il précise que « certains des juristes à l'origine des nouvelles formes soutiennent qu'une adaptation lente est en cours et que rien ne permet de penser que le droit commercial serait fondamentalement inadapaté aux enjeux contemporains. C'est l'urgence de ces enjeux qui imposerait une transformation "forcée" »¹³⁰⁴. En réalité, il semble surtout que le droit français aurait tout intérêt à s'inspirer de ces formes sociétaires hybrides américaines. En offrant un panel plus large de sociétés adaptées à tous les besoins et spécifiquement à celui de l'entrepreneur social préoccupé par la protection de l'environnement, le droit des Etats-américains ne passe pas nécessairement par la modification du droit commun des sociétés comme le privilégie le législateur français avec tous les débats et réticences¹³⁰⁵ que cela comporte. La voie choisie par le législateur français dans le projet de loi Pacte pourrait ne pas être la meilleure pour l'intégration de la RSE en droit des sociétés alors que le modèle de la *benefit corporation* a été volontairement adoptée par des sociétés françaises.

¹³⁰¹ CHEN Jeremy, « What is a California Social Purpose Corporation ? », The Law Office of Jeremy Chen – Social Enterprise Lawyer, 2015, <http://jeremychenlaw.com/what-is-a-california-social-purpose-corporation/>, consulté le 4 mai 2015 : « *The fiduciary duties of SPC directors distinctly differ from C corporations in that directors have greater discretion to allocate resources and capital to pursue the special purpose of the SPC with less fear of facing a shareholder derivative lawsuit for not maximizing profit. In performing their duties, directors may consider and weigh factors such as short and long-term prospects of the SPC, the best interests of the SPC and its shareholders, and the purposes of the SPC. In addition, as of January 1, 2015, directors of SPCs are required to consider factors such as the overall goals of the corporation and the social purposes stated in its articles in their decision-making. Thus, directors' decisions do not need to be based solely on profit-maximizing motives, but can also be based on pursuing its special purpose.* »

¹³⁰² LEVILLAIN Kévin, « L'émergence de nouvelles formes de sociétés : l'exemple de la *Flexible Purpose Corporation* », *Archiv. Phil. Droit* 56, 2013, p. 322.

¹³⁰³ *Ibid.*, p.322.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, p. 324.

¹³⁰⁵ V° le rejet de la réforme des articles 1833 et 1835 prévue par le projet de loi Pacte lors de sa lecture devant le Sénat, mais définitivement adopté le 11 avril 2019 et devenu la loi n°2019-485 du 22 mai 2019, JORF, 23 mai 2019.

II. Les « modèles » européens de sociétés hybrides

375. A côté des sociétés hybrides américaines, d'autres pays en Europe ont adopté des formes sociétaires conciliant lucrativité et recherchant un intérêt collectif (A). Cependant, les avancées se focalisent au niveau européen autour de l'entreprise sociale sans qu'il existe de législation ambitieuse (B).

A. L'existence de sociétés hybrides au sein des pays européens

376. Le système juridique anglo-saxon semble en avance dans la création de formes innovantes de sociétés hybrides par rapport au modèle sociétaire de droit romano-germanique. En effet, avant même la création de la *benefit corporation*, il doit être mentionné la *Community Interest company* anglaise (ci-après CIC)¹³⁰⁶ créée en 2004 au Royaume-Uni, qui peut être traduite par « société d'intérêt collectif ». Constituée sous la forme d'une société à responsabilité limitée, la CIC utilise le marché pour poursuivre une finalité sociale, elle n'est donc pas sans but lucratif. En effet, comme le précise avec pragmatisme le régulateur en charge des CIC, l'exploitation d'une CIC ne peut se faire sans excédents car ceux-ci permettent de couvrir les coûts de fonctionnement et ainsi de remplir l'objet social de service à la communauté¹³⁰⁷. Selon les termes de la loi¹³⁰⁸, peut ainsi être considérée comme une CIC, la société qui exerce ses activités au profit de la collectivité, les statuts doivent ainsi mentionner cet objet social de recherche d'intérêt collectif. La formule est assez large puisque si le texte envisage que les activités d'intérêt collectif puissent être définies par voie réglementaire, il est toutefois indiqué que le critère de l'intérêt collectif est satisfait à travers le critère de l'homme raisonnable (*reasonable person*) qui pourrait considérer qu'il s'agit d'activités ayant pour objet de remplir un intérêt collectif. Tout comme dans les autres exemples d'entreprises sociales, les actifs ne peuvent être librement partagés entre les membres et des réserves doivent être constituées.

¹³⁰⁶ Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004, Part 2, à propos de la *community interest company* : accessible en ligne <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/27/part/2?timeline=true>, consulté le 26 avril 2019.

¹³⁰⁷ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Office of the Regulator of Community Interest Companies, *Information and guidance notes*, november 2012, Chapter 1, Introduction, pp 3-4, 2 August 2013 : https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/416307/12-1333-community-interest-companies-guidance-chapters-chapter_-1-introduction.pdf, consulté le 26 avril 2019.

¹³⁰⁸ Companies (Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004, Part 2, spéc. 35 : “ *Community interest test and excluded companies (1)This section has effect for the purposes of this Part. (2)A company satisfies the community interest test if a reasonable person might consider that its activities are being carried on for the benefit of the community. (3)An object stated in the memorandum of a company is a community interest object of the company if a reasonable person might consider that the carrying on of activities by the company in furtherance of the object is for the benefit of the community. (4)Regulations may provide that activities of a description prescribed by the regulations are to be treated as being, or as not being, activities which a reasonable person might consider are activities carried on for the benefit of the community. (5)“Community” includes a section of the community (whether in [F8the United Kingdom] or anywhere else); and regulations may make provision about what does, does not or may constitute a section of the community. (6)A company is an excluded company if it is a company of a description prescribed by regulations.*”

377. Les cas recensés de CIC au Royaume-Uni par l’Autorité des entreprises d’intérêt collectif¹³⁰⁹ concernent par exemple l’insertion sociale par la culture avec pour illustration un théâtre dénommé « *Little Fish Theatre* » constitué sous la forme d’une CIC et dont la déclaration d’intérêt collectif consiste en la production d’œuvres théâtrales pour les jeunes londoniens avec l’objectif de lutte contre les inégalités sociales. Dans les faits, ce modèle s’éloigne des sociétés hybrides de type *benefit corporation* pour se rapprocher davantage de l’économie sociale et solidaire puisqu’il n’est pas intégré la préservation de l’environnement dans l’intérêt collectif de la CIC alors qu’on aurait pu imaginer une finalité sociale et environnementale.

378. Peuvent alors être rapprochées de la *Community Interest company* anglaise, les sociétés à finalité sociale belges. Définies à l’article 661 du code des sociétés belges, elles sont des sociétés de droit commun qui peuvent ajouter la mention « à finalité sociale » à leur dénomination juridique, « lorsqu’elles ne sont pas vouées à l’enrichissement de leurs associés et lorsque leur statut : 1° stipulent notamment que les associés ne recherchent qu’un bénéfice patrimonial limité ou aucun bénéfice patrimonial, 2° définissent de façon précise le but social auquel sont consacrés les activités visées dans leur objet social et n’assignent pas pour but principal à la société de procurer aux associés un bénéfice patrimonial indirect (...)»¹³¹⁰. Il est en outre prévu une politique d’affectation des profits conformes aux finalités poursuivies par la société avec notamment la constitution de réserves, ainsi qu’un fonctionnement démocratique qui empêche qu’un associé puisse prendre part au vote de l’assemblée générale avec un nombre de voix trop important. Par ailleurs, lorsqu’un « bénéfice patrimonial direct limité » est procuré aux associés, il ne peut dépasser un taux d’intérêt fixé par le Roi appliqué au montant effectivement libéré des parts ou actions. L’enrichissement potentiel des associés y est donc limité. Enfin, il est prévu une obligation de *reporting* puisqu’un rapport spécial sur la manière dont la société a veillé au but qu’elle s’est fixée doit être établi annuellement¹³¹¹.

379. D’autres pays européens connaissent également des formes de société à objet social étendu. Elles sont cependant moins hybrides car la lucrativité y est plus limitée que dans les modèles américains et davantage tournée vers l’économie sociale, délaissant alors le volet environnemental de la RSE. Il s’agit des « coopératives sociales »¹³¹² qui se sont initialement développées en réaction aux nouvelles conditions de vies induites par la

¹³⁰⁹ V° <https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-the-regulator-of-community-interest-companies>, consulté 26 avril 2019. A noter la possibilité d’enregistrement d’une CIC en ligne depuis le 11 mars 2019.

¹³¹⁰ Code des sociétés belge, art. 661.

¹³¹¹ *Ibid.*

¹³¹² Terme générique employé pour désigner les coopératives de travailleurs, BOIVIN Pauline, STOKKINK Denis (dir.), « Les coopératives en Europe, Pour la solidarité », *European think & do tank*, notes d’analyses, économie sociale, mai 2016, en ligne : http://www.ess-europe.eu/sites/default/files/publications/files/na-2016-cooperatives-eu_0.pdf , consulté le 8 mars 2019.

Révolution industrielle¹³¹³. Aussi, comme la France dont le modèle coopératif sera spécifiquement envisagé plus avant, l'Italie dispose d'une coopérative sociale (*società cooperativa*). Régie par la loi italienne n°381/91 du 8 novembre 1991, elle est un organisme sans but lucratif qui a pour objet de « poursuivre l'intérêt général de la communauté en vue de la promotion humaine et de l'intégration sociale des citoyens », à travers l'offre de services sociaux et de santé (coopérative de type A), ou bien à travers la création d'emploi pour les personnes désavantagées (coopérative de type B)¹³¹⁴. Ainsi, dans leur définition, les coopératives italiennes se rapprochent du *general public benefit* de la *benefit corporation* américaine, son objet social étant dirigée vers la collectivité ou l'intérêt collectif. En ce sens, David Hiez remarque que les coopératives italiennes se différencient de la coopérative française car elles « ne sont plus orientées seulement dans le but de leur membres puisqu'elles se rattachent au contraire à celui de la communauté »¹³¹⁵. En effet, la coopérative française est définie comme : « une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires »¹³¹⁶. Cette dernière a donc un champ d'intervention plus limité, restreint à la satisfaction des besoins de ses membres. En outre, les coopératives italiennes présentent un degré d'ouverture sur la société plus élevé car elles « intègrent les bénévoles en qualité de membres et rassemblent donc usagers, salariés, bénévoles, mais aussi investisseurs »¹³¹⁷.

380. L'Italie a par ailleurs introduit la *società benefita* dans une loi du 28 décembre 2015 qui s'inspire directement du modèle américain de la *benefit corporation*. L'article 1^{er} indique que le but de cette loi est de promouvoir la création et le développement de sociétés d'utilité sociétale (*benefit corporations* ou société à objet social élargi) qui doivent, dans l'exercice de leur activité économique, outre l'objectif de distribution de bénéfices, poursuivre un ou plusieurs intérêts communs et fonctionner de manière responsable, durable et transparente vis-à-vis des individus, des communautés, des territoires et de l'environnement, du patrimoine culturel et social, des entités, associations et des autres

¹³¹³ Comité économique et sociale européen, MONZON José Luis, CHAVES Rafael, *L'économie sociale dans l'Union européenne*, rapport d'information du Centre international de recherches et d'informations sur l'économie publique, sociale et coopérative (CIRIEC), 2012, p.15 : « Les premières ébauches d'expériences coopératives se sont dessinées à la fin du XVIIIe et au début du XIXe siècle au Royaume-Uni, réaction spontanée des ouvriers de l'industrie à la pénibilité de leurs conditions de vie. »

¹³¹⁴ HIEZ David, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. des sociétés*, 2012, p.671. et cité par cet auteur : ZANDONAI Flaviano, « La coopération sociale en Italie, entre consolidation et transformation », *RECMA*, n°286, pp. 36-46 ; PEZZINI Enzo, *Coopératives sociales italiennes*, *Alternatives Economiques Poche*, n°22, janvier 2006

¹³¹⁵ HIEZ David, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. des sociétés*, 2012, p.671. Hors cependant le cas particulier de la société coopérative d'intérêt collectif, *infra*.

¹³¹⁶ Loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, Art. 1.

¹³¹⁷ *Ibid.*

parties prenantes¹³¹⁸. L'article 2 prévoit que les fins visées par l'article 1^{er} sont indiquées spécifiquement dans l'objet social et poursuivies par une gestion visant à équilibrer l'intérêt des associés et l'intérêt de ceux sur qui l'activité sociale peut avoir un effet¹³¹⁹. Sur ce point, la *società benefita* se rapproche de la récente société à mission créée par la loi Pacte du 22 mai 2019 aux articles L210-10 à L210-12 du code de commerce¹³²⁰.

381. Il peut également être fait mention de la coopérative espagnole (*sociedad cooperativa*) régie par la loi espagnole 27/1999 du 16 juillet 1999. L'article 1^{er} de cette loi définit la coopérative espagnole comme une société composée de l'association de plusieurs personnes, dont l'adhésion et le départ sont volontaires, en vue de mener une activité entrepreneuriale, conçue pour répondre à leurs besoins, leurs aspirations économiques et sociales, avec une structure démocratique et un fonctionnement conforme aux principes formulés par l'alliance de coopération internationale. Cette définition se démarque moins de l'approche de la coopérative française. Il faut cependant noter que la loi espagnole a voulu faciliter l'autofinancement des coopératives à travers les possibilités prévues aux articles 53 et 54 de cette loi d'émettre des « actions spéciales » d'une durée de cinq ans et librement transférables ainsi que des titres de participation sous formes d'obligations avec un droit à rémunération afin d'obtenir des ressources financières.

382. Peut encore être relevé, l'existence de sociétés de travailleurs espagnoles (*sociedades laborales*) créées par la loi n°15/1986 du 25 avril 1986 et modifiée par la loi 4 n° 4/1997 du 24 mars 1997 et plus récemment par la loi 44/2015 du 14 octobre 2015 relative aux sociétés de travailleurs. Selon le préambule de cette dernière loi, les sociétés de travailleurs ont été imaginées dans les années soixante-dix comme une méthode d'auto-emploi collective par les travailleurs afin d'encourager la participation des salariés dans l'entreprise et faciliter l'accès à la propriété des moyens de production. Considérée comme une entité de l'économie sociale, ces sociétés de travailleurs sont des sociétés à responsabilité limitée qui répondent à certaines exigences, dont notamment celle d'un capital social majoritairement détenu par les travailleurs sans qu'aucun des membres ne puisse, en principe, détenir des actions ou participations qui représentent plus d'un tiers du capital. Ces différentes sociétés ont le point commun de correspondre à la définition de l'entreprise sociale donnée par le droit de l'Union européenne.

¹³¹⁸ Loi italienne du 28 décembre 2015, n°258, § 376 : « Le disposizioni previste dai commi dal presente al comma 382 hanno lo scopo di promuovere la costituzione e favorire la diffusione di società, di seguito denominate «società benefit», che nell'esercizio di una attività economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità territoriali e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse. » .

¹³¹⁹ *Ibid*, §377 v° l'ensemble des dispositions en ligne, en anglais, <http://www.societabenefit.net/wp-content/uploads/2017/03/Italian-benefit-corporation-legislation-courtesy-translation-final.pdf>, consulté le 22 avril 2019.

¹³²⁰ V. Partie 2 à propos de l'objet social de l'entreprise sobre.

B. L'entreprise sociale en droit de l'Union européenne

383. Il est parfois reproché à l'Union européenne de ne s'intéresser uniquement qu'au domaine économique¹³²¹, en omettant de développer des politiques sociales¹³²², or il convient de constater que l'Union européenne a développé l'entreprise sociale (1) sans qu'il n'existe toutefois de volonté d'imposer et de contraindre les entreprises à adopter ces dispositions comme c'est déjà le cas dans le champ de la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises (2).

1. Définition et caractéristiques de l'entreprise sociale

384. Face à la multiplication d'entreprises non capitalistes appartenant, tant au domaine de l'économie sociale qu'au secteur marchand, ou comportant une lucrativité limitée, associée à un objectif social, sociétal ou environnemental, l'Union européenne s'est employée à définir « l'entreprise sociale »¹³²³. Dans un contexte de crise économique née en 2008, le Parlement européen¹³²⁴ et la Commission¹³²⁵ adoptent différents textes pour la promouvoir. Datée du même jour que la communication sur la responsabilité sociale des entreprises¹³²⁶, la Commission européenne en adopte une autre intitulée « initiative pour l'entrepreneuriat social – construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales »¹³²⁷. C'est dans cette dernière que l'on trouve des éléments de définition de « l'entreprise sociale ». Des éléments

¹³²¹ L'histoire de la construction européenne atteste de cette prédominance du domaine économique à travers la CECA, la construction d'un marché unique ou encore d'une union monétaire.

¹³²² La question « l'Union européenne est-elle une Europe sociale et solidaire ? » a pu être posée dans un ouvrage franco-allemand, BERRAMDANE Abdelkhaleq, ABDEREMANE Karine (dir.), *Union européenne – Une Europe sociale et solidaire ?*, Ed° Mare & Martin, coll. droit public, 2015, 486 p.

¹³²³ Pour un aperçu de l'historique de ce concept, v° DEFOURNY Jacques, « L'émergence du concept d'entreprise sociale », *Reflets et perspectives de la vie économique*, De Boeck supérieur, 2004/3 – Tome XLIII, pp 9-23, disponible en ligne à l'adresse <http://www.cairn.info/revue-reflets-et-perspectives-de-la-vie-economique-2004-3-page-9.htm>, consulté le 10 mai 2018. Pour cet auteur, est une entreprise sociale « une entreprise dont le principal objectif est d'avoir une incidence sociale plutôt que de générer du profit pour ses propriétaires ou ses partenaires. Elle opère sur le marché en fournissant des biens et des services de façon entrepreneuriale et innovante et elle utilise ses excédents principalement à des fins sociales. Elle est soumise à une gestion responsable et transparente, notamment en associant ses employés, ses clients et les parties prenantes concernées par ses activités économiques. »

¹³²⁴ Résolution du Parlement européen du 19 février 2009 sur l'économie sociale (2008/2250(INI)), spéc. 5 : il y est souligné que le fait qu'un système économique dans lequel les entreprises de l'économie sociale jouent un rôle plus important serait moins exposé à la spéculation sur les marchés financiers.

¹³²⁵ V° Commission européenne, « Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, communication, 3 mars 2010, COM(2010)2020 final. Selon la présentation de cette communication sur le site internet de la Commission européenne, « Europe 2020 est la stratégie décennale de l'Union européenne pour l'emploi et la croissance. Elle a été lancée en 2010 pour créer les conditions d'une croissance intelligente, durable et inclusive. L'UE a défini cinq grands objectifs à atteindre d'ici la fin de la décennie. Ils concernent l'emploi, la recherche et le développement, le climat et l'énergie, l'éducation, ainsi que l'inclusion sociale et la réduction de la pauvreté. », http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/index_fr.htm, consulté le 20 octobre 2016.

¹³²⁶ COM(2011) 681 final, 25 octobre 2011.

¹³²⁷ COM(2011)682 final, 25 octobre 2011, p.4 « En raison des différents éléments qui les caractérisent, les entreprises sociales traduisent la plupart du temps un degré particulièrement élevé de responsabilité sociale et environnementale. L'initiative pour l'entrepreneuriat social est complémentaire de la Communication sur la Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE), adoptée ce même jour, et qui leur permettra également de mieux faire valoir leur valeur ajoutée sociétale. »

seulement, car la Commission précise qu'elle « ne prétend pas donner une définition normative qui s'imposerait à tous et déboucherait sur un corset réglementaire »¹³²⁸, il s'agit donc davantage d'une proposition de définition à travers une description inspirée des pratiques des différents Etats membres de l'Union européenne.

385. L'entreprise sociale est définie comme « une entreprise dont le principal objectif est d'avoir une incidence sociale plutôt que de générer du profit pour ses propriétaires ou ses partenaires. Elle opère sur le marché en fournissant des biens et services de façon entrepreneuriale et innovante et elle utilise ses excédents principalement à des fins sociales. Elle est soumise à une gestion responsable et transparente, notamment en associant ses employés, ses clients et les parties prenantes concernées par ses activités économiques »¹³²⁹. Aussi, la Commission précise que sont visées par la qualification « d'entreprise sociale », les entreprises : pour lesquelles l'objectif social ou sociétal d'intérêt commun est la raison d'être de l'action commerciale qui se traduit souvent par un haut niveau d'innovation sociale ; dont les bénéfices sont principalement réinvestis dans la réalisation de cet objet social ; et dont le mode d'organisation ou le système de propriété reflète la mission s'appuyant sur des principes démocratiques ou participatifs, ou visant à la justice sociale¹³³⁰. Se retrouvent ainsi dans la définition européenne de l'entreprise sociale, les principaux critères de définition utilisés dans la loi n°2014-85 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire¹³³¹.

386. L'entreprise sociale européenne répond ainsi à l'idée de forme hybride de société puisque sa lucrativité y est limitée tandis qu'elle poursuit un objectif social ou sociétal d'intérêt commun, avec un réinvestissement des résultats et un mode d'organisation particulier qui reflète la mission poursuivie. L'entreprise sociale peut donc tout à fait s'appliquer dans le domaine de l'environnement puisqu'elle relève en théorie de la même stratégie 2020 de la Commission européenne. Dans la pratique, il n'y a pas lieu d'exclure la protection de l'environnement de la poursuite d'un objectif social ou sociétal d'intérêt commun.

387. L'entreprise sociale est toutefois pensée davantage pour des activités sociales au sens de l'insertion de personnes en difficulté ou de lutte contre les inégalités plutôt que la protection de l'environnement qui y fait figure d'absent lorsque la Commission envisage les activités potentielles. Pour cette dernière, il peut s'agir « d'entreprises qui fournissent des services sociaux et/ou de biens et services destinés à un public vulnérable (accès au

¹³²⁸ COM(2011) 682 final.

¹³²⁹ COM(2011) 682 final, p.2.

¹³³⁰ Ibid.

¹³³¹ La loi ESS définit l'économie sociale par un but poursuivi autre que le seul partage des bénéfices ; une gouvernance démocratique définie et organisée par les statuts, prévoyant l'information et la participation, dont l'expression n'est pas seulement liée à leur apport en capital ou au montant de leur contribution financière, des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise ; et par une gestion conforme à ce que les bénéfices soient majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise et que les réserves obligatoires et impartageables ne puissent être distribuées.

logement, accès au soins, aide aux personnes âgées ou handicapées, inclusion de groupes vulnérables, garde d'enfants, accès à l'emploi et à la formation, gestion de la dépendance...); et/ou d'entreprises dont le mode de production des biens ou services poursuit un objectif d'ordre social (intégration sociale et professionnelle par l'accès au travail de personnes défavorisées notamment en raison de leur faible qualification ou de problème sociaux ou professionnels provoquant l'exclusion et la marginalisation) mais dont l'activité peut couvrir des biens ou services autres que sociaux »¹³³². Aussi, l'entreprise sociale européenne est essentiellement conçue *intuitus humanitas*, elle ne semble concerner que le volet social de la RSE sans prise en compte du volet environnemental, ce que fait pourtant partiellement la loi ESS¹³³³.

388. S'agissant des formes juridiques de ces entreprises sociales, la Commission indique que « l'économie sociale rassemble les entités ayant un statut juridique spécifique (coopératives, fondations, association, mutuelles), et dont beaucoup sont aussi des entreprises sociales au vu des caractéristiques mentionnées ci-dessus, ainsi que les entreprises sociales sous forme de société privée ou société anonyme traditionnelle », en précisant toutefois que « les statuts juridiques spécifiques de l'économie sociale sont particulièrement adaptés aux entreprises sociales car leur mode de gouvernance favorise la participation et l'ouverture »¹³³⁴. La Commission ne restreint donc pas le champ des entreprises sociales uniquement aux groupements traditionnels de l'économie sociale. Ce qui est cohérent avec le droit français qui envisage désormais la société commerciale poursuivant une utilité sociale.

389. Au-delà de la forme juridique, la Commission observe cependant qu'il existe plusieurs obstacles au développement de l'entrepreneuriat social, notamment pour ce qui concerne l'accès au financement des entreprises sociales¹³³⁵. Aussi pour pallier ces difficultés, la Commission émet différentes propositions pour améliorer l'accès aux financements, notamment avec le développement de l'investissement socialement responsable (ISR)¹³³⁶, améliorer la visibilité des entreprises sociales grâce à la diffusion des bonnes pratiques, et améliorer l'environnement juridique par le développement de statuts juridiques européens adaptés comme par exemple la société coopérative européenne, mais dont le régime

¹³³² COM(2011) 682 final, p. 3.

¹³³³ *Infra*, art. 2 de la loi n°2014-85 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

¹³³⁴ COM(2011) 682 final, p. 3.

¹³³⁵ *Ibid.*, p. 5.

¹³³⁶ V° not. FORGET Elisabeth, L'investissement éthique : Analyse juridique, Presses Universitaires de Strasbourg, thèse, 2013, 788 p.

juridique s'avère trop complexe pour qu'elle puisse être attractive¹³³⁷. Aussi, le modèle européen de l'entreprise sociale doit encore évoluer pour correspondre à l'idée d'une société hybride conciliant volet social, économique et environnemental.

2. Perspectives législatives : entre refus de la contrainte et régime spécifique

390. La difficulté de financement de l'entreprise sociale européenne, le manque de visibilité ou la complexité du régime juridique de la société coopérative européenne montrent un modèle européen de l'entreprise hybride encore inabouti. Un encadrement plus poussé des entités à objectif social et sociétal d'intérêt commun laisse craindre au législateur européen un frein donné à leur évolution. Néanmoins, il a été vu que les éléments proposés par la Commission pour définir l'entreprise sociale sont relativement larges¹³³⁸. Aussi, revient-il aux parlements nationaux le soin de définir plus précisément l'entreprise sociale. L'apparition de nouvelles législations au sein des différents Etats membres peut alors permettre de réunir les bonnes pratiques et d'aboutir à un régime harmonisé favorisant l'essor des entreprises sociales¹³³⁹. Dès lors, une meilleure reconnaissance de ce secteur particulier de l'économie par l'UE permettrait de favoriser les PME en transition écologique par rapport aux entreprises classiques ne prenant pas en considération les enjeux sociaux. En réalité, une telle approche existe déjà en partie, il est en effet possible dans le domaine des marchés publics réservés¹³⁴⁰ de réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées¹³⁴¹. Il est encore prévu que certains marchés publics, exclusivement dans le domaine des services de santé, sociaux ou culturels, peuvent être réservés à des

¹³³⁷ Règlement CE n°1435/2003 du Conseil européen du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SCE). La société coopérative européenne reçoit l'acronyme « SEC » dans le règlement mais de nombreux auteurs utilisent par commodité l'acronyme de « SCE » ; complété par la directive 2003/72/CE du 22 juillet 2003 complétant le statut de la SCE pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. Ces textes ont été transposés par les lois n° 2008-649 du 3 juillet 2008 pour le règlement et n°2008-89 du 30 janvier 2008 pour la directive. V° pour un aperçu BOIVIN Pauline, STOKKINK Denis (dir.), *Les coopératives en Europe*, Think & do tank Pour la solidarité, Notes d'analyses, Economie sociale, mai 2016, p.9, accessible en ligne : http://www.ess-europe.eu/sites/default/files/publications/files/na-2016-cooperatives-eu_0.pdf , consulté le 6 octobre 2018 ; et sur la complexité des règles de la coopérative européenne v. LECOURT Benoît, « Rapport sur l'application du règlement n° 1435/2003 du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne : échec du statut !, *Revue des sociétés*, 2012, p.325 : « les nombreux renvois au droit national ont pour conséquence d'aboutir à des SCE dont seule l'armature est européenne, si bien que dans certains Etats, elles ne présentent pas suffisamment de traits originaux par rapport aux sociétés coopératives locales pour être attractives.»; PARLEANI Gilbert, « La société coopérative européenne "française" après la loi du 3 juillet 2008 », *Revue des sociétés*, 2008, p.531 : « Il s'agit au fond d'une société coopérative européenne tellement française que l'on peut parfois avoir de la peine à déceler l'intérêt qu'il pourrait avoir à en constituer en France.»

¹³³⁸ Commission européenne, « Initiative pour l'entrepreneuriat social - Construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales », communication, 25 octobre 2011, COM (2011) 682 final.

¹³³⁹ En ce sens, une législation plus intégrée relative aux entreprises sociales pourrait s'accorder avec le régime des aides d'Etat en droit de la concurrence, plus spécifiquement avec le règlement général d'exemption par catégorie : v° Commission européenne, Règlement (UE) n°651/2014 du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'UE.

¹³⁴⁰ V° l'article 20 de la directive n°2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics

¹³⁴¹ Ces marchés publics étaient auparavant seulement réservés aux structures d'insertion de personnes handicapées selon la directive n°2004/18/CE désormais abrogée.

organisations qui remplissent les conditions cumulatives précitées¹³⁴². Enfin, de manière générale, les objectifs sociaux et environnementaux peuvent être pris en compte pour l'attribution d'un marché¹³⁴³. La possibilité de prendre en considération des PME qui ne poursuivent pas uniquement un but lucratif, soit des entreprises hybrides, est donc déjà une réalité en droit de l'UE. Encore faut-il que les Etats membres favorisent ces formes sociétaires.

391. De nombreuses formes sociétaires hybrides, conciliant réalisation de bénéfices et poursuite d'un intérêt collectif, existent aujourd'hui à l'étranger et en Europe. Est-ce à dire que la France est dénuée de toute formule sociétaire dans laquelle une PME en transition écologique puisse se fondre ? A ce jour, le droit français ne connaît pas de forme sociétaire spécifiquement hybride. Néanmoins, de même que le législateur européen cherche à encourager l'entrepreneuriat social, le législateur français a opté, avec la loi n°2014-85 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, pour le développement et l'extension de ce domaine existant qui offre une source d'inspiration certaine pour se diriger vers l'entreprise sobre.

¹³⁴² Art. 77, directive n°2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

¹³⁴³ Directive n°2014/24/UE, art. 67-2° : « L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. » V° aussi l'article 14 du code des marchés publics qui prévoyait déjà depuis 2006 la possibilité d'insertion de clauses sociales et/ou environnementales dans les conditions d'exécution d'un marché ; ainsi que l'article 15 qui permet de réserver certains marchés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail ; et l'article 53 pour les critères d'attribution d'un marché qui peuvent notamment comprendre les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté.

Section 2 Des entités inspirantes dans le domaine de l'économie sociale et solidaire

392. Dans son ouvrage sur les aspects juridiques du capitalisme moderne, Georges Ripert désigne « l'entreprise capitaliste » comme l'entreprise, dirigée par les détenteurs du capital, dans laquelle « il n'y a d'autre fin que la recherche des bénéfices »¹³⁴⁴. L'auteur y invite alors à imaginer une institution nouvelle, car selon lui : « il y a une fin sociale de l'entreprise »¹³⁴⁵. Ces observations doivent être rapprochées de la terminologie d'« entreprises non capitalistes »¹³⁴⁶ attribuée à Michel Jeantin et développée par le professeur David Hiez, qui permet d'inscrire « l'ensemble du champ des activités économiques réalisées dans une perspective éloignée de la réalisation et le partage du profit »¹³⁴⁷. Plus précisément, l'entreprise non capitaliste est celle qui retire essentiellement un lucre objectif de ses activités – la réalisation objective d'une plus-value – alors que l'entreprise capitaliste retire à la fois un lucre objectif et un lucre subjectif¹³⁴⁸. Cette terminologie des « entreprises non capitalistes » présente l'intérêt de regrouper non seulement les entreprises de l'économie sociale et solidaire (ci-après ESS), les entreprises chargées d'une mission de service public qui exercent une activité économique -au sens de la production d'un bien ou d'un service- afin de satisfaire l'intérêt général, ou encore les « entreprises sociales » qui ne sont pas directement comprises dans le champ de l'ESS *stricto sensu* et désignées comme « les entreprises qui mettent au service de finalités sociales l'efficacité des outils et de l'organisation capitaliste »¹³⁴⁹. Dans un souci de limitation du champ d'étude de ces entreprises non-capitalistes et afin de mettre en avant les intérêts du secteur traditionnel de l'ESS pour la PME en transition écologique, ne sera pas abordée l'entreprise chargée d'une mission de service public qui relève de règles particulières de droit public¹³⁵⁰.

393. Dans les entreprises non capitalistes, les coopératives, mutuelles, associations et fondations, présentent à la fois l'intérêt d'élargir le cercle des parties constituantes de la société qui sont davantage impliquées dans la direction et le fonctionnement de celle-ci (associés, investisseurs, salariés), mais aussi d'élargir le cercle des parties prenantes de la société lorsque celle-ci assume et intègre une fonction qui n'est pas seulement économique mais aussi sociale, sociétale, culturelle ou environnementale. Les entreprises

¹³⁴⁴ RIPERT Georges, ouvrage précité, p.17 et p. 265 et s.

¹³⁴⁵ RIPERT Georges, ouvrage précité, p.17 et p. 265 et s.

¹³⁴⁶ HIEZ David, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », Rev. des sociétés, 2012, p.671 ; reprenant l'analyse de JEANTIN Michel, « L'entreprise non capitaliste en économie de marché », Revue Procès, cahiers d'analyse politique et juridique, 1981, n°7, p. 37.

¹³⁴⁷ *Ibid.*, spéc.1.

¹³⁴⁸ *Ibid.*, spéc. 14, COIPEL Michel (dir.), *Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés de la commercialité*, rapport du 371^e séminaire de la commission droit et vie des affaires de l'Université de Liège des 20 et 21 mars 1985, éd. Story Scientia, p. 93-248.

¹³⁴⁹ *Ibid.*, spéc. 31.

¹³⁵⁰ V° not. l'article 106 § 2 du TFUE.

non capitalistes représentent ainsi une forme statutaire de responsabilité sociétale et environnementale qui se distingue des sociétés commerciales classiques qui adoptent seulement des engagements volontaires. Il faut désormais inclure la société commerciale poursuivant une utilité sociale – aussi qualifiée d’entreprise sociale¹³⁵¹ – qui renvoie au débat sur l’objet social élargi de la société commerciale. En réalité, l’intégration de la société commerciale poursuivant une utilité sociale dans le champ de l’ESS brouille la question des formes exactes pouvant être rangées dans ce secteur économique spécifique. En effet, il s’agit a priori de groupements « acapitalistes » à faible lucrativité ou à non lucrativité, si bien que la dichotomie entre entreprises capitalistes et entreprises non capitalistes n’est plus tout à fait étanche depuis que l’entrepreneuriat social est inscrit dans la loi¹³⁵².

394. Alors que l’ESS semble s’étendre, celle-ci peut toutefois faire l’objet de critique pour son manque d’ouverture sur l’ensemble de la Société, il est ainsi reproché de ne pas suffisamment produire d’utilité sociale pour les non-coopérateurs ou les non-adhérents. C’est-à-dire d’omettre la prise en compte des parties prenantes ou de l’environnement alors que l’engagement volontaire à produire de l’utilité sociale au-delà du cercle des sociétaires est pourtant l’un des principes fondateurs de l’économie sociale¹³⁵³. Certes, les différentes entités qui composent l’ESS permettent sans conteste d’apporter une contribution importante dans la pensée d’une entreprise sobre par un mode d’entreprendre différent de l’entreprise classique. Outre l’existence d’une modération du lucre ou de son absence, les entités de l’ESS présentent une forme d’organisation de l’activité économique originale qui place l’humain au cœur du fonctionnement sociétaire, les groupements du secteur de l’ESS sont ainsi essentiellement *intuitus humanitas*¹³⁵⁴ et peu, voire pas du tout, *intuitus pecuniae*. Toutefois, au vu de ces éléments il s’agit de s’interroger sur la présence de la préoccupation environnementale dans l’ESS, les entités y sont-elles également constituées *intuitus naturae*¹³⁵⁵ ? Il faut alors répondre par la négative dans la mesure où une entreprise appartenant au domaine de l’ESS n’est pas nécessairement responsable dans le domaine de la protection de l’environnement et donc responsable sur l’ensemble

¹³⁵¹ Elle est qualifiée par certains auteurs de ligne néolibérale de l’ESS : LAVAL Christian, SAUVETRE Pierre, « Pour les communs sociaux », Politis, Hors-série, janvier 2019 : « L’ESS, il faut encore le redire, est un terrain de lutte politique. Deux grandes options le divisent, la ligne néolibérale de l’entreprise et la ligne émancipatrice des communs. L’une est désormais bien élaborée et même tout à fait officialisée sous la forme de l’entreprise sociale, l’autre est encore à la recherche de sa définition. »

¹³⁵² V° VERNY Emmanuel, « Économie – Économie sociale et solidaire – Mais qui fait donc partie de la famille de l’ESS ? », Juris associations, 2018, n°588, p.42 : « Rupture ou compromission avec le capitalisme ? Dogmatisme ou modernité ? En fait, l’expression d’« entrepreneur social » n’existe pas dans la loi du 31 juillet 2014, même si elle recoupe une réalité représentée par le mouvement des entrepreneurs sociaux (Mouves) ».

¹³⁵³ DUVERGER Timothée, « Esquisse d’une histoire démocratique de l’économie sociale et solidaire en France », RECMA, 2019/1, n°351, pp.31-44

¹³⁵⁴ En considération des préoccupations sociales, du caractère humain, de la bienveillance, de la philanthropie.

¹³⁵⁵ En considération de préoccupations environnementales.

des piliers du développement durable. En réalité, si les dimensions sociales et sociétales sont prédominantes dans l'ESS, l'environnement est le « parent pauvre » de l'ESS¹³⁵⁶.

395. S'il faut constater que le droit français de l'ESS place au second plan la protection de l'environnement, celle-ci peut toutefois indirectement apparaître à travers les pratiques des différentes structures de l'ESS. En réalité, le statut adopté par le groupement n'est pas nécessairement pertinent pour rendre compte de la prise en considération à la fois de préoccupations sociales et environnementales. Dès lors, une double approche des structures de l'ESS est possible selon le degré de prise en considération à la fois des enjeux sociaux et environnementaux. Une première approche envisage les structures de l'ESS, essentiellement constituées *intuitus humanitas*, dont la fondation, la mutuelle et l'association. Celles-ci sont fortement dirigées vers la satisfaction de leurs membres mais ne sont pas pour autant dénuées de tout potentiel de prise en considération de l'environnement. Il est alors souhaitable que l'ESS revêtisse davantage le volet environnemental de la RSE pour devenir une économie sociale, solidaire et écologique (I). Une seconde approche envisage les autres entités de l'ESS qui répondent davantage à l'idée d'entreprise hybride conciliant partage de résultats et satisfaction d'un intérêt collectif ou d'une utilité sociale. En effet, si la coopérative peut illustrer une insuffisante prise en considération de l'environnement dans la première approche, son évolution récente avec la coopérative d'intérêt collectif (SCIC) justifie que l'on y porte une attention particulière. Par ailleurs, la société commerciale poursuivant une utilité sociale, peut également constituer une forme sociétale pertinente, proche de l'idée d'entreprise apte à favoriser la transition écologique. Ces deux formes sociétales peuvent présenter un potentiel *intuitus naturae* plus élevé, c'est-à-dire qu'elles sont plus à même d'intégrer les intérêts des parties prenantes et de l'environnement. (II).

I. Des entités soumises à un autre mode d'entreprendre essentiellement *intuitus humanitas*

396. L'expression « économie sociale et solidaire » apparaît d'abord au XIX^{ème} siècle sous la terminologie « d'économie sociale » dans les sciences économiques. L'expression est attribuée à l'économiste français Charles Dunoyer qui publie en 1830 un *Traité d'économie sociale* dans lequel il préconise une approche morale de l'économie¹³⁵⁷,

¹³⁵⁶ V° les travaux du Centre français de droit comparé, *La responsabilité sociétale des entreprises – approche environnementale. Colloque du 22 octobre 2015*, Société de législation comparée, volume 20, juillet 2016, p. 9. ; et pour un constat d'une insuffisante présence de l'environnement dans le secteur coopératif v° DRAPERI Jean-François, « L'environnement, nouvel horizon coopératif ? », RCMA 2018/1, n°347, pp. 4-5.

¹³⁵⁷ Comité économique et social européen, MONZON José Luis, CHAVES Rafael, *L'économie sociale dans l'Union européenne*, Centre international de recherches et d'informations sur l'économie publique, sociale et coopérative (CIRIEC), rapport d'information, 2012, pp. 16 et 17. Selon les auteurs du rapport, c'est surtout l'économiste Léon Walras qui développa l'approche actuelle de l'économie sociale à travers son ouvrage *Etudes d'économie social : théorie de la répartition de la richesse sociale* publié en 1896 à Lausanne : « Avec Walras, l'économie sociale est devenue à la fois une facette des sciences économiques et une branche de l'activité économique, prolifique en coopératives, mutuelles et associations telles que nous les connaissons à l'heure actuelle. »

également partagée par Charles Gide¹³⁵⁸. Ce dernier définit l'économie sociale comme : « les relations volontaires que les hommes créent entre eux – sous forme d'association, de législation ou d'institutions quelconques – en vue d'améliorer leur condition »¹³⁵⁹. L'économie sociale est donc principalement tournée vers l'adoption de formes organisées (coopératives, associations, mutuelles), par et pour des individus, en vue de pallier certaines déficiences institutionnelles, juridiques ou marchandes. Originellement, l'ESS naît donc de la réaction d'individus face à un modèle jugé insatisfaisant, comme la transition écologique, le besoin de changement est venu « par le bas ».

397. D'abord qualifiée d'économie sociale¹³⁶⁰ à travers une définition énumérative des différentes formes sociétaires¹³⁶¹, elle devient également « solidaire » à partir des années 2000¹³⁶². Le secteur de l'ESS est ensuite laissé en dehors des priorités politiques jusqu'en

¹³⁵⁸ GIDE Charles, *Economie sociale*, Sirey, Paris, 3ème éd°, 1907, p. 3. L'ouvrage réédite le rapport général sur l'économie sociale effectué suite à l'exposition universelle qui se tint à Paris en 1900 et où figurait un « Palais de l'Economie Sociale ». L'auteur y donne la définition suivante : « L'Economie sociale descend de ces sphères sereines dans la réalité et dans les préoccupations de la vie: elle étudie de préférence les rapports volontaires, contractuels, quasi-contractuels ou légaux que les hommes forment entre eux en vue de s'assurer une vie plus facile, un lendemain plus certain, une justice plus bienveillante et plus haute que celle qui porte pour tout emblème les balances du marchand. Elle ne se fie point au libre jeu des lois naturelles pour assurer le bonheur des hommes, ni d'ailleurs aux inspirations du dévouement ou d'une vague philanthropie, mais elle croit à la nécessité et à l'efficacité de l'organisation voulue, réfléchie, rationnelle » ; Pour Charles Gide, l'économie sociale est encore « l'étude de tous les efforts tentés pour élever la condition du peuple », lorsque les institutions sociales telles que l'Etat, l'Eglise, l'Ecole ou encore la propriété n'y satisfont pas pleinement.

¹³⁵⁹ GIDE Charles, *Principes d'économie politique*, Sirey, Paris, 1926, 25° éd°, pp. 2-3 : « D'une part, l'Economie politique pure (qu'on appelle aussi parfois *L'économique*) étudie les rapports économiques qui se forment spontanément entre des hommes vivants en société, comme elle étudierait les rapport qui se forment entre de corps quelconques. Elle ne se propose pas de les juger, pas plus point de vue moral qu'au point de vue pratique, mais seulement *d'expliquer ce qui est*. Par là, elle déclare se constituer comme science exacte et même prétend pouvoir employer la méthode mathématique. D'autre part, *L'Economie sociale* étudie plutôt les relations volontaires que les hommes créent entre eux – sous forme d'association, de législation ou d'institutions quelconques – en vue d'améliorer leur condition. Elle se propose de rechercher et d'apprécier les meilleurs moyens pour atteindre cette fin. Par là, elle participe plutôt au caractère des sciences morales en recherchant *ce qui doit être*, et au caractère des arts en recherchant *ce qu'il faut faire*. ».

¹³⁶⁰ L'expression « économie sociale » est reprise dans les années 1980 dans l'une des cent dix propositions du candidat François Mitterrand à l'élection présidentielle de 1981. La proposition énonce qu'un « secteur d'économie sociale fondé sur la coopération et la mutualité, expérimentera des formes nouvelles d'organisation des travailleurs » (Programme électoral du parti socialiste pour l'élection présidentielle de 1981, intitulé : 110 propositions pour la France, avril-mai 1981, proposition 62, accessible en ligne <http://discours.vie-publique.fr/notices/083001601.html>, consulté le 24 février 2019) ; v. aussi le décret n°81-1125 du 15 décembre 1981, JORF, 20 décembre 1981, p.3472, portant création d'une délégation à l'économie sociale auprès du premier ministre, celle-ci ayant notamment pour mission de coordonner les mesures destinées à favoriser le développement des coopératives, des mutuelles et des associations dans le secteur de l'économie sociale.

¹³⁶¹ V° ESPAGNE François, « Sur l'économie sociale et solidaire », RECMA, n°286, nov. 2002, p. 16 ; Est ensuite adoptée, une loi n°83-657 du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale qui porte notamment sur le statut des coopératives artisanales, de transports, maritimes ou encore d'habitations à loyer modéré (JORF n°0167 du 21 juillet 1983 page 2242, cette loi a été modifiée par la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire) ; C'est encore un décret n°91-1133 du 28 octobre 1991 qui crée plus tard une délégation générale à l'innovation sociale et à l'économie sociale (JORF n°255 du 31 oct. 1991, p. 14293).

¹³⁶² Un secrétariat d'Etat à l'économie solidaire est créé par décret du 27 mars 2000 relatif à la composition du gouvernement, JORF n°74 du 28 mars 2000, p. 4821, texte n° 2 ; Dans ce mouvement, l'agrément « entreprise solidaire » est créé par l'article 19 de la loi n°2001-152 du 19 février 2001 sur l'épargne salariale, il est aujourd'hui remplacé par l'agrément d'entreprise solidaire d'utilité sociale (ESUS), v. *infra*. Selon l'ancienne rédaction des articles L443-3-1, L322-4-20 et L322-4-18 du code du travail l'entreprise solidaire devait exercer ses activités pour répondre à des besoins émergents non satisfaits et présentant un caractère d'utilité sociale notamment dans les domaines des activités sportives, culturelles, éducatives, d'environnement et de proximité ou être constituées sous forme d'association, de coopératives ou encore de mutuelles.

2009¹³⁶³. Cette année, le gouvernement français confie au député Francis Vercamer le soin de rédiger un rapport en vue de favoriser le secteur de l'ESS - jugé en retard par rapport aux pays européens¹³⁶⁴ - alors qu'il est d'une importance considérable¹³⁶⁵. Dans son rapport de 2010, le député observe toute l'importance de l'ESS qui représentait en 2006 entre 7 et 8 % du PIB et employait un salarié sur dix, soit 2,1 millions sur un total de 22 millions de salariés¹³⁶⁶. Un autre rapport parlementaire de septembre 2013, observe que l'ESS constitue une production de richesse qui va au-delà de son évaluation en terme de produit intérieur brut (PIB), elle apporte « toute une série de biens communs essentiels qui contribuent de manière majeure à notre bien-être individuel et collectif », éléments qui peuvent difficilement être pris en compte dans le PIB, alors que celui-ci occulte les dégâts sociaux et environnementaux causés par les activités économiques¹³⁶⁷. La mise en place de nouveaux indicateurs de richesse¹³⁶⁸ va dans le sens d'une prise en compte de cette « richesse » particulière créée par l'ESS.

398. Selon les chiffres de l'observatoire national de l'économie sociale et solidaire 8,8% des entreprises françaises appartenait au secteur de l'ESS en 2014. Cela représentait 10,3% de l'emploi salarié public et privé en France en 2014, en croissance avec un chiffre de 10,5% pour 2016¹³⁶⁹. Le secteur a connu une progression importante de 2006-2008 mais moins importante sur la période 2008-2011, toutefois, l'observatoire note que le secteur continue à se développer et la création d'entreprises et d'emplois dans l'ESS reste globalement positive selon l'étude, surtout au sein des PME de 20 à 249 salariés et des entreprises qui

¹³⁶³ On note toutefois l'existence d'un décret n°2006-151 du 13 février 2006 instituant une délégation interministérielle à l'innovation, à l'expérimentation sociale et à l'économie sociale

¹³⁶⁴ Lettre du premier ministre, M. François FILLON à M. le député Francis VERCAMER, 2 oct. 2009, in VERCAMER Francis, Rapport sur l'économie sociale et solidaire - "L'économie sociale et solidaire, entreprendre autrement pour la croissance et l'emploi", Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, avril 2010.

¹³⁶⁵ Il regroupe alors 200 000 entreprises (coopératives, mutuelles, associations et fondations) et plus de deux millions de salariés dans plusieurs secteurs tels que la banque, l'assurance, l'agriculture, la santé ou la distribution : Lettre du premier ministre, M. François FILLON à M. le député Francis VERCAMER, préc.

¹³⁶⁶ VERCAMER Francis, *L'économie sociale et solidaire, entreprendre autrement pour la croissance et l'emploi*, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, Rapport sur l'économie sociale et solidaire, avril 2010, p.12

¹³⁶⁷ FREMEAUX Philippe, *L'évaluation de l'apport de l'économie sociale et solidaire*, Ministère délégué chargé de l'économie sociale et solidaire et de la consommation, Rapport de mission à Benoît HAMON, septembre 2013, p.9 : « Assurer la croissance du Produit intérieur brut (PIB) est devenu, en quelques décennies à peine, une des fins majeures de l'action publique. Cet indicateur est cependant de plus en plus contesté. D'abord pour son incapacité à prendre en compte les dégâts sociaux et environnementaux engendrés par nos modèles de développement. Ensuite, et les deux questions sont intimement liées, parce que la poursuite mécanique de sa croissance concourt désormais aux crises sociale et environnementale. Le PIB n'est donc pas un indicateur pertinent pour mesurer notre bien-être actuel et futur. » ; p.11 : « Pour comprendre les demandes visant à mieux mesurer l'apport spécifique de l'ESS, il faut donc revenir sur les principales critiques à l'encontre du PIB. La première renvoie au fait qu'au cours des dernières décennies, une partie des décideurs et des citoyens ont pris conscience du caractère limité des ressources écologiques de la planète. Pour faire une analogie avec la comptabilité d'entreprise, le PIB est un compte d'exploitation et non un compte de capital, un bilan. Il cumule les flux de richesse monétaires durant une année, mais ne dit rien de l'évolution du stock de ressources nécessaires pour produire ces flux. Or, peut-on considérer que nous nous enrichissons quand la progression du PIB est acquise au prix de la destruction des ressources (ressources naturelles, mais aussi ressources sociales) qui constituent la base même de la vie ? Poser la question, c'est y répondre ».

¹³⁶⁸ Loi n° 2015-411 du 13 avril 2015 visant à la prise en compte des nouveaux indicateurs de richesse dans la définition des politiques publiques ; la loi prévoit la remise par le gouvernement d'un rapport au Parlement sur les nouveaux indicateurs de richesse tels que des indicateurs d'inégalités, de qualité de vie et de développement durable.

¹³⁶⁹ Observatoire national de l'ESS-CNCRES, *Atlas commenté de l'économie sociale et solidaire 2014*, Juris éditions, Hors-série jurisassociation, 2ème éd., juin 2014, pp.14-15 ; Observatoire national de l'ESS-CNCRESS, *Départs à la retraite et opportunités d'emplois dans l'économie sociale et solidaire*, 2016, p. 3.

emploient 250 salariés et plus. En 2011, les fondations représentaient 3% des emplois de l'ESS aux côtés des mutuelles (6%), des coopératives (13%) et des associations (78%)¹³⁷⁰. La loi intègre désormais dans le champ de l'ESS les sociétés commerciales recherchant une utilité sociale et il faudra observer à l'avenir, leur poids dans cet ensemble.

399. L'économie sociale et solidaire (ESS) est aujourd'hui définie par la loi n°2014-85 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire¹³⁷¹. Son article 1^{er} indique que l'économie sociale et solidaire est un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine auxquels adhèrent des personnes morales de droit privé et qui remplissent les conditions cumulatives suivantes :

- 1°) un but poursuivi autre que le seul partage des bénéfices ;
- 2°) une gouvernance démocratique définie et organisée par les statuts, prévoyant l'information et la participation, dont l'expression n'est pas seulement liée à leur apport en capital ou au montant de leur contribution financière, des associés, des salariés et des parties prenantes aux réalisations de l'entreprise ;
- 3°) une gestion conforme à ce que les bénéfices soient majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise et que les réserves obligatoires et impartageables ne puissent être distribuées (...).

400. Les activités concernées par cet article 1^{er} de la loi relative à l'ESS sont les activités de production, de transformation, de distribution, d'échange et de consommation de biens ou de services mises en œuvre par des coopératives, des mutuelles, des fondations ou des associations, ainsi que – il s'agit d'une nouveauté – par des sociétés commerciales lorsqu'elles auront intégré dans leurs statuts les principes précités (lucrativité limitée, gouvernance démocratique, réinvestissement des bénéfices), recherchant une « utilité sociale » et respectant certains principes de gestion énumérés par la loi (notamment le prélèvement d'une fraction de 20 % des bénéfices de l'exercice, affectés à la constitution d'un fonds de développement).

401. En outre, l'article 2 de la loi sur l'ESS indique que sont considérées comme poursuivant une « utilité sociale » au sens de la présente loi, les entreprises dont l'objet social satisfait à l'une au moins des trois conditions suivantes : apporter un soutien à des personnes en situation de fragilité ; contribuer à la lutte contre l'exclusion et les inégalités notamment sanitaires, sociales, économiques ou culturelles ; concourir au développement durable et à la transition énergétique, sous réserve que ces activités soient liées au moins à l'une des deux premières conditions. Selon ces dispositions l'entreprise poursuivant une utilité sociale ne peut donc qu'accessoirement concourir au développement durable et à la

¹³⁷⁰ *Ibid.*

¹³⁷¹ Pour un aperçu général, v° HIEZ David, « La richesse de la loi Economie sociale et solidaire », *Rev. sociétés*, 2015, p.147.

transition énergétique puisque celui-ci doit être lié à des activités venant en aide à un public vulnérable. Il peut néanmoins être affirmé que si la société commerciale crée un lucre objectif¹³⁷², elle contribue de près ou de loin à la mise en œuvre de la transition écologique car elle intègre dans sa pratique une autre façon d'entreprendre.

402. Suite à ces considérations, se pose la question de l'existence d'une complémentarité entre l'appartenance à l'ESS - par la recherche d'un but autre que le seul partage des bénéfices, la satisfaction des intérêts des membres du groupement voire plus largement d'un intérêt collectif ou général - et la protection de l'environnement. A première vue, cette conciliation n'est pas réalisée de façon satisfaisante puisque l'environnement est insuffisamment, voire pas du tout, pris en considération par la loi relative à l'ESS¹³⁷³. Aussi, le statut d'entité appartenant à l'ESS n'est pas nécessairement synonyme de vertu (B). Cette affirmation doit toutefois être préalablement nuancée lorsque sont envisagées les entités de l'ESS *a priori* les plus fermées sur leurs adhérents, la fondation, la mutuelle et l'association¹³⁷⁴. La coopérative peut être étudiée séparément au regard de la spécificité de la coopérative d'intérêt collectif. A les étudier, chacune d'elles possède en réalité et dans une certaine mesure, un potentiel d'intégration des enjeux sociaux et environnementaux qui en font des formes sociétaires inspirantes pour la transition écologique (A).

A. Des entités à potentiel d'intégration de la transition écologique

403. Au nombre des groupements de l'ESS qui peuvent être considérées comme particulièrement tournés vers la satisfaction de leurs membres mais comportant un potentiel d'intégration de la transition écologique, la fondation (1), la mutuelle (2) et l'association (3) peuvent également servir des intérêts plus larges qui permet de les rapprocher de la responsabilité sociétale et environnementale et des sociétés hybrides.

1. La fondation comme outil de détention de la PME en transition écologique

404. En quoi les fondations peuvent-elles être un modèle pour une société commerciale inscrite dans une démarche RSE ? Emprunté du latin chrétien *fundatio*, pour l'action de fonder, la fondation est « l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales, décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation

¹³⁷² COIPEL Michel (dir.), *Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés de la commercialité*, rapport du 371^e séminaire de la commission droit et vie des affaires de l'Université de Liège des 20 et 21 mars 1985, éd. Story Scientia, p. 93-248

¹³⁷³ On dénombre seulement 7 fois l'apparition du terme environnement dans la loi ESS qui compte 98 articles, principalement à l'article 2 où il est question de développement durable, v. *supra*. Le développement durable ne figurant lui-même qu'une seule fois à l'article 2.

¹³⁷⁴ La coopérative sera volontairement étudiée séparément au regard de la spécificité de la société coopérative d'intérêt collectif.

d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif »¹³⁷⁵. Faible par son nombre, elle n'est pas dénuée d'intérêt et mérite à être plus connue car elle présente l'intérêt de pouvoir pérenniser une entreprise sur le long-terme à l'opposé d'un capitalisme de court-terme (a). C'est surtout la fondation actionnaire qui devrait être développée en ce qu'elle permet de diriger l'investissement vers des PME qui prennent en considération les enjeux sociaux et environnementaux (b).

a. La pérennisation de l'entreprise par la fondation

405. Pour illustrer le rôle de pérennisation exercé par la fondation, le rapport de Nicole Notat et Jean-Dominique Senard relève par exemple qu'au XV^{ème} siècle, les hospices de Beaune se sont vus doter de vignobles par le chancelier Nicolas Rolin et que depuis 600 ans, la vente de vin se fait à leur profit sans que les hospices n'interviennent dans l'activité viticole¹³⁷⁶. Par sa définition, la fondation est « aux antipodes de la société ; de fait, cette dernière ne poursuit [pas] la réalisation d'une œuvre de bienfaisance et sa vocation n'est pas de faire la charité »¹³⁷⁷. Distincte de la société, la fondation se distingue également de l'association, qui est un groupement de personnes, alors qu'une fondation est avant tout un patrimoine, auquel est donnée la personnalité morale¹³⁷⁸. Plusieurs types de fondations existent ; la fondation reconnue d'utilité publique, la fondation abritée ou sous égide, la fondation d'entreprise, la fondation de coopération scientifique, la fondation partenariale, la fondation universitaire, la fondation hospitalière, et enfin le fonds de dotation. Il n'y a donc pas une fondation mais des fondations. Dès lors, la fondation permet-elle la prise en compte de préoccupations sociale et environnementales ?

406. À cet égard, le professeur Hiez s'interroge sur l'opportunité de classer la fondation parmi les entreprises non capitalistes, en raison de la faiblesse des activités économiques menées par les fondations en France¹³⁷⁹. L'auteur observe le nombre réduit de fondations en France alors qu'aux Etats-Unis celles-ci correspondent à un modèle philanthropique éprouvé, il y existait par exemple en 2011 plus de 76 000 fondations – contre environ 4 071 fondations dénombrées en France pour l'année 2014¹³⁸⁰ – ayant distribué près de 46,6 milliards de dollars de subventions et la seule fondation Bill & Melinda Gates consacre chaque année un budget supérieur au budget annuel de l'Organisation mondiale de la santé (OMS). Il faut cependant noter que seules 5% de ces fondations sont des fondations d'entreprises, la grande majorité naît de la fortune d'une famille ou d'un individu¹³⁸¹.

¹³⁷⁵ Loi n°87-571 du 23 juillet 1987, art. 18.

¹³⁷⁶ Rapport Notat et Senard, préc., p.72.

¹³⁷⁷ COZIAN Maurice, Viandier Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Lexis-Nexis, 31^{ème} éd°, 2018, spéc. 112.

¹³⁷⁸ Inspection générale des finances, JEVAKHOFF Alexandre, CAVAILLOLES David, *Le rôle économique des fondations*, Rapport n°2017-M-008, avril 2017, 203 p., spéc. p. 1. Excepté pour les fondations abrités et les fondations universitaires.

¹³⁷⁹ HIEZ David, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. des sociétés*, 2012, p.671

¹³⁸⁰ JEVAKHOFF Alexandre, CAVAILLOLES David, *Le rôle économique des fondations*, rapport préc.

¹³⁸¹ SEROT-ALMERAS Irène, CLEDAT Elise, Mission pour la Coopération non Gouvernementale - Ambassade de France aux Etats-Unis, Service de Coopération et d'Action Culturelle, *Guide pratique sur les fondations américaines ayant financé des ONG françaises entre 2008 et 2012*, décembre 2012, 63 p.

407. Néanmoins, il n'est pas exclu que la fondation puisse servir d'appui aux PME en transition écologique. Selon un rapport de 2017 de l'Inspection générale des finances (IGF), la détention de sociétés par des fondations est une pratique courante dans certains pays européens, selon ce rapport, 20 % des entreprises danoises sont détenues par des fondations¹³⁸². Ce dernier indique que le droit français doit pouvoir être amélioré en permettant à la fondation de jouer un rôle économique plus marqué, elle doit pouvoir davantage constituer un outil de détention d'entreprise et de protection dans le contrôle de celle-ci pour faire obstacle à toute prise de contrôle hostile¹³⁸³. Dans une PME il peut s'agir par exemple de pérenniser le caractère familial ou *intuitus personae* de la société. En 2015, il était estimé que 700 000 sociétés familiales étaient à transmettre dans les 15 prochaines années¹³⁸⁴. La fondation actionnaire – ou fondation commerciale au Danemark¹³⁸⁵ – semble alors toute indiquée puisque celle-ci a une double mission : protéger et favoriser le développement des entreprises dans lesquelles elle a investi et dégager des moyens pour soutenir des actions d'intérêt général¹³⁸⁶.

b. La fondation actionnaire au service d'actions d'intérêt général

408. « Modèle hybride alliant capitalisme de long terme et service d'une mission d'intérêt général »¹³⁸⁷, la fondation actionnaire est une fondation reconnue d'utilité publique « propriétaire d'une entreprise industrielle ou commerciale qui possède tout ou partie des actions et la majorité des droits de vote et/ou la minorité de blocage »¹³⁸⁸. En effet, l'article 29 de la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, dite loi *Dutreil*, est venu prévoir à l'article 18-3 de la loi n°87-571 du 23 juillet 1987 sur le mécénat, la possibilité pour une fondation reconnue d'utilité publique d'être actionnaire majoritaire d'une entreprise.

409. Les fondations actionnaires sont une formule intéressante pour introduire davantage de responsabilité dans l'activité économique de l'entreprise car « elle inverse les rôles classiquement admis : ce n'est plus l'entreprise qui alloue ses bénéfices à une fondation

¹³⁸² JEVAKHOFF Alexandre, CAVAILLOLES David, rapport préc., p.14 ; v. aussi *ibid* : « On trouve près de 1 350 fondations actionnaires au Danemark qui pèsent à elles seules 10 % de la richesse nationale. En outre, elles contrôlent les plus beaux fleurons industriels du pays : le transporteur maritime Maersk, le brasseur Carlsberg, les laboratoires pharmaceutiques Novo Nordisk et Lundbeck. Leur poids économique tout comme leur influence sociale s'avère considérable. Leurs moyens sont estimés à 55 milliards d'euros, c'est-à-dire l'équivalent de 20 % du PIB. ».

¹³⁸³ *Ibid*.

¹³⁸⁴ PERROTIN Frédérique, « Fondation actionnaire : panorama européen », LPA, n°101, 21 mai 2015, p. 4.

¹³⁸⁵ Rapport Notat et Sénard, préc., p.113.

¹³⁸⁶ *Ibid*. Cette double mission est celle du modèle danois dont s'inspire le rapport.

¹³⁸⁷ DELSOL Xavier, « La (trop) rare fondation actionnaire », *Juris association*, 2018, n°578, p. 30.

¹³⁸⁸ PERROTIN Frédérique, « Fondation actionnaire : panorama européen », LPA, n°101, 21 mai 2015, p.4 ; DELSOL Xavier, *Ibid* ; v° l'article 18-3 de la loi n°87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat créée par la loi n°2005-882 du 2 août 2005 : « Dans le cadre d'une opération de cession ou de transmission d'entreprise, une fondation reconnue d'utilité publique peut recevoir des parts sociales ou des actions d'une société ayant une activité industrielle ou commerciale, sans limitation de seuil ou de droits de vote, à la condition que soit respecté le principe de spécialité de la fondation. ».

périphérique mais la fondation qui détient l'entreprise elle-même, oriente directement ou indirectement sa stratégie, et finance, grâce aux dividendes qu'elle perçoit, des causes d'intérêt général. »¹³⁸⁹. À l'inverse de l'exemple précédent, dans lequel les Hospices de Beaune n'interviennent pas dans l'activité viticole, une fondation actionnaire peut au contraire chercher par son vote, à orienter l'activité commerciale dans un certain sens conforme à son objet statutaire. Par exemple en direction de la protection de l'environnement, notamment en usant d'une minorité de blocage lorsqu'il s'agit de s'opposer à une décision jugée contraire à la démarche de responsabilité sociétale et environnementale engagée par la société, voire plus simplement, en faisant usage de sa qualité d'associé majoritaire.

410. Néanmoins, les fondations d'actionnaires ont aujourd'hui peu de succès car essentiellement trop imprégnées de la spécialité légale de la fondation visant à la réalisation d'une mission d'intérêt général. Seules deux fondations actionnaires sont relevées par le rapport de l'IGF (fondation Pierre Fabre et fondation Avril), auxquelles peut être ajouté la fondation Varenne actionnaire de référence du journal régional La Montagne. Le rapport relève surtout l'encadrement strict de la fondation en droit français comparé aux pays étrangers dans lesquels une activité commerciale par une fondation, à titre principale ou secondaire est possible, au contraire de la définition juridique restrictive¹³⁹⁰ de la fondation en droit français¹³⁹¹. C'est notamment le principe de spécialité inscrit à l'article 18-3 de la loi du 23 juillet 1987 qui pose des difficultés. Selon une première lecture faite par le rapport de l'IGF : « celui-ci devant par définition relever de l'intérêt général, il exclut l'exercice d'une activité commerciale, notamment la gestion active de participations dans des entreprises »¹³⁹².

411. C'est dans la perspective de favoriser les investissements des fondations actionnaires dans n'importe quel secteur d'activité que le rapport Notat-Senard et le projet de loi Pacte ont proposé d'assouplir son régime et de modifier l'article 18-3 de la loi n°87-571 du 23 juillet 1987. L'article 61 *nonies A*¹³⁹³, du projet de loi Pacte prévoit une nouvelle rédaction de cet article 18-3 pour une entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2022 selon laquelle : « Une fondation reconnue d'utilité publique peut recevoir et détenir des parts sociales ou des actions d'une société ayant une activité industrielle ou commerciale, sans limitation de seuil de capital ou de droits de vote. Lorsque ces parts ou ces actions confèrent à la fondation le contrôle de la société au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, les statuts de la fondation indiquent comment, en application du principe de spécialité, cette dernière assure la gestion de ces parts ou actions sans s'immiscer dans la gestion de la

¹³⁸⁹ PERROTIN Frédérique, « Fondation actionnaire : panorama européen », LPA, n°101, 21 mai 2015, p.4, citant Virginie Seghers et Geneviève Ferone-Creuzet, cofondatrices de Prophil, société de conseil en investissement philanthropique, v. *Les fondations actionnaires, première étude européenne*, Prophil, avril 2015.

¹³⁹⁰ JEVAKHOFF Alexandre, CAVAILLOLES David, rapport préc., p.14.

¹³⁹¹ V° DELSOL Xavier, « La (trop) rare fondation actionnaire », Juris association, 2018, n°578, p.30

¹³⁹² JEVAKHOFF Alexandre, CAVAILLOLES David, rapport préc.

¹³⁹³ Art. 178 de la loi Pacte n°2019-486 du 22 mai 2019.

société ». La nouvelle rédaction propose ainsi la suppression de la condition de respect du principe de spécialité de la fondation, soit la « reconnaissance que la détention de l'entreprise n'est qu'un moyen de financement du but d'intérêt général. »¹³⁹⁴. Cette rédaction vise selon le législateur à poser le principe d'une gestion patrimoniale de telle sorte que pour intervenir dans la gestion de la société la fondation devra principalement user de ses droits patrimoniaux (approbation des comptes annuels, affectation des résultats, modification du capital social ou des statuts). La fondation actionnaire pourra donc principalement agir sur la pérennité de la société, ce qui permet par exemple d'introduire une gestion de PME sur le long terme, compatible avec l'idée de responsabilité sociétale et environnementale. Dans ce sens, c'est en réalité la création d'un « fonds de pérennité » – ou « fondation actionnaire à la française » selon l'expression du député Guérini – à l'article 61 octies du projet de loi Pacte. Ce fonds de pérennité permettrait plus spécifiquement de garantir la stabilité d'une société familiale sur le long terme et de réaliser des projets d'intérêt général, par exemple en faveur de la protection de l'environnement¹³⁹⁵.

412. Outre la réforme de la fondation actionnaire pour favoriser le mécénat au sein d'entreprises dont les valeurs sont en théorie partagées par celle-ci, un autre instrument peut conduire à une meilleure attractivité de la fondation. La loi ESS prévoit la possibilité d'émettre des « titres fondatifs », soit des obligations similaires aux titres associatifs qui sont des créances nominatives¹³⁹⁶, ce qui peut contribuer au développement de la fondation grâce à ce nouveau mode de financement¹³⁹⁷. Le mécanisme ne semble toutefois pas rencontrer de succès, ce qui semble s'expliquer par une absence de marché des titres fondatifs comme associatifs, de l'absence d'avantage fiscal et de la lourdeur administrative dissuasive. Les titres ne sont par ailleurs remboursables qu'à l'issue d'un délai minimum de 7 ans¹³⁹⁸. En définitive, les fondations permettent davantage d'envisager un autre modèle de détention des sociétés commerciales que de modifier directement le fonctionnement de son activité. Ce n'est qu'indirectement, à condition que la fondation s'intéresse un minimum à la gestion société qu'elle peut influencer sur la responsabilité sociétale et environnementale de cette dernière. À tout le moins sur la pérennité de son

¹³⁹⁴ DELSOL Xavier, « La (trop) rare fondation actionnaire », *Juris association*, 2018, n°578, p.30

¹³⁹⁵ V° l'article 61 octies du projet de loi Pacte et sa présentation par le député Stanislas Guérini lors de la séance du 5 octobre 2018 à l'Assemblée nationale.

¹³⁹⁶ Loi ESS préc., art. 70 ; L2313-21-1-A et L231-8 et s. du code monétaire et financier. HIEZ David, « La richesse de la loi Economie sociale et solidaire », préc., spéc. 40-41

¹³⁹⁷ L'exposé des motifs du projet de loi ESS n°805 enregistré au Sénat le 24 juillet 2013 indiquait que : « le besoin de financement des fondations est proche de celui des associations et comporte des similitudes en termes d'outils financiers à développer ou à encourager. De plus, on assiste à l'émergence de groupes comprenant des associations et des fondations ou fonds de dotation en particulier dans le domaine sanitaire et social. La faculté d'émettre des titres obligataires pour les fondations, dont le régime sera aligné sur celui des titres associatifs, est justifiée.»

¹³⁹⁸ GUILLOIS Thierry, HUART Bernard, « Titre associatif : on n'attire pas les mouches avec du vinaigre... », *Juris associations*, n°445, 1^{er} octobre 2011, p.22 ; DELPECH Xavier, « Emission de valeurs mobilières », in DUTHEIL Philippe-Henri (œuvre collective dir.), *Juris Corpus. Droit des associations et fondations*, juillet 2018, étude 32.

activité à travers la prise en compte du long-terme qui pourrait trouver sa concrétisation dans la création d'un fonds de pérennité¹³⁹⁹.

2. Un mutualisme dirigé vers l'intérêt général

413. De la même manière que pour la fondation, il faut se demander en quoi le mutualisme inspire davantage de responsabilité pour l'entreprise. Par définition, le système mutualiste¹⁴⁰⁰ se rapporte à l'organisation, au développement, à la doctrine de la technique de garantie des risques par la constitution d'un fonds commun de prévoyance alimenté par les cotisations des adhérents¹⁴⁰¹. Il se base sur la technique de toute assurance, à savoir le groupement de risques au sein d'une entreprise qui en effectue la répartition et la compensation selon les lois de la statistique, les membres sociétaires sont ainsi à la fois assureurs et assurés¹⁴⁰².

414. L'article L.111-1 du code de la mutualité définit les mutuelles comme des personnes morales de droit privé à but non lucratif qui mènent, notamment au moyen des cotisations versées par leurs membres et dans l'intérêt de ces derniers, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide, dans les conditions prévues par leurs statuts, afin de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres¹⁴⁰³ et à l'amélioration de leurs conditions de vie. Les mutuelles peuvent avoir pour objet social de couvrir notamment les risques de dommages corporels liés à des accidents ou à la maladie ; de réaliser des opérations de protection juridique et d'assistance aux personnes ; de couvrir le risque de perte de revenus lié au chômage ; de mettre en œuvre une action sociale ou gérer des réalisations sanitaires, sociales ou culturelles ; ou encore de participer à un régime légal d'assurance maladie et maternité. Aussi, la mutuelle est constituée dans l'intérêt commun de ses membres pour la couverture de divers événements et risques. Il est intéressant de noter que le code de la mutualité n'aborde pas les risques liés à l'environnement.

415. A la différence des coopératives, les mutuelles - personnes morales de droit privé à but non lucratif - ne sont pas rattachées à une forme extérieure de groupement, mais constituent une personne originale dotée de son propre fonctionnement¹⁴⁰⁴. Les mutuelles se répartissent en deux grandes catégories, les mutuelles de santé et de prévoyance et les

¹³⁹⁹ La fondation actionnaire peut ainsi prendre pour modèle la Caisse des dépôts et consignation (CDC) qui aux termes de l'article 518-2 du code monétaire et financier est chargée d'assurer des activités d'intérêt général et peut exercer des activités concurrentielles à travers ses différentes participations (transport, développement économique local, énergie...).

¹⁴⁰⁰ Dérivé du terme « mutuel » issu du latin *mutuus* pour « réciproque », le mutualisme est le principe par lequel chaque membre d'un groupement, constitué volontairement à cet effet, s'assure et assure les autres contre les risques de maladie, de chômage, etc.: Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} éd°, préc., v° *mutualisme*.

¹⁴⁰¹ CORNU Gérard, Vocabulaire Juridique, préc., v° mutualité et mutualiste.

¹⁴⁰² Ibid.

¹⁴⁰³ Selon l'article L114-1 du code de la mutualité, les membres participants d'une mutuelle sont les personnes physiques qui bénéficient des prestations de la mutuelle à laquelle ils ont adhéré et en ouvrent le droit à leurs ayants droit.

¹⁴⁰⁴ HIEZ David., «Le statut juridique des entreprises non capitalistes...», précité, spéc. 7

mutuelles d'assurance vie et non vie, on y trouve par exemple la MAIF, la MACIF, la MATMUT, la MAAF, la MAE, la mutuelle des motards, etc.

416. Pour le professeur Hiez, le terme de mutuelle est porteur de confusion car il faut distinguer les « sociétés d'assurance mutuelle », régies par le code des assurances et les « mutuelles de santé », régies par le code de la mutualité. Pour l'auteur, seules ces dernières présentent véritablement l'intérêt d'être étudiées pour leur mutualisme¹⁴⁰⁵. En effet, selon l'observatoire national de l'ESS : « le principe même de la mutuelle est d'exercer son activité au moyen des apports des membres. La spécificité du fonctionnement mutualiste est d'exercer une péréquation entre les apports qui permet aux personnes à risques élevés de bénéficier du soutien des mutualistes à faibles risques. Ce principe est exactement inverse au calcul effectué dans les sociétés de capitaux (qu'on observe par exemple à travers le taux du prêt bancaire qui est d'autant plus élevé que le risque est grand). Ce principe mutualiste est questionné par la concurrence des sociétés d'assurances qui opèrent la sélection des risques. Un raisonnement strictement individualiste met en péril le principe mutualiste. »¹⁴⁰⁶.

417. C'est davantage le fonctionnement particulier de la mutuelle qui permet d'identifier une forme sociétaire originale, sans qu'il ne s'agisse néanmoins d'une entreprise hybride puisqu'elle n'a pas de but lucratif. Quatre éléments caractérisent le fonctionnement d'une mutuelle¹⁴⁰⁷, il s'agit d'une société de personnes et non d'une société de capitaux¹⁴⁰⁸. Elle présente un caractère démocratique en ce que les statuts définissent les règles de participation des membres adhérents au fonctionnement de la mutuelle¹⁴⁰⁹. Elle comporte un caractère non lucratif ainsi que le définit l'article L111-1 du code de la mutualité. Le professeur David Hiez parle à cet égard « d'acapitalisme » de la mutuelle, car il lui est interdit de répartir les éventuels bonis entre les adhérents qui ne sont pas qualifiables d'associés¹⁴¹⁰. La mutuelle repose encore sur la solidarité grâce au versement de cotisations qui permet l'entraide entre ses membres¹⁴¹¹. Le droit de l'Union européenne a procédé à l'harmonisation des législations sur le mutualisme, lequel se voit appliquer les règles du droit de la concurrence. Pour illustration, dans un arrêt du 16 novembre 1995,

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*

¹⁴⁰⁶ Observatoire de l'ESS-CNCRES, Atlas commenté de l'économie sociale et solidaire 2014, préc. p.100.

¹⁴⁰⁷ Nous reprenons ici LENOIR Daniel, « La mutualité face à ses enjeux », RDSS, n°3, 10 juillet 2009, p. 397. V. aussi dans le même numéro BORGETTO Michel, KESSLER Francis, « Mutualité et protection sociale », p.395.

¹⁴⁰⁸ Art. L113-1 du code de la mutualité : « Les mutuelles se constituent par la volonté de personnes physiques réunies en assemblée générale. » Ces personnes physiques peuvent être représentées par des délégués selon l'article L114-6

¹⁴⁰⁹ Art. L.114-1 du code de la mutualité : « Les statuts définissent les règles de participation des membres au fonctionnement de la mutuelle ou de l'union. Les membres participants d'une mutuelle sont les personnes physiques qui bénéficient des prestations de la mutuelle à laquelle elles ont adhéré et en ouvrent le droit à leurs ayants droit. Les conditions dans lesquelles une personne est considérée comme ayant droit d'un membre participant sont définies par les statuts. »

¹⁴¹⁰ HIEZ David., « Le statut juridique des entreprises non capitalistes... », précité, spéc. 7.

¹⁴¹¹ Art. L111-1 du code de la mutualité : « (...) Elles mènent, notamment au moyen des cotisations versées par leurs membres, et dans l'intérêt de ces derniers et de leurs ayants droit, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide, dans les conditions prévues par leurs statuts, afin de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie.»

*Fédération française des sociétés d'assurance*¹⁴¹², la Cour de justice des communautés européennes a considéré qu'un organisme à but non lucratif chargé de la gestion d'un « régime complémentaire facultatif de sécurité sociale », doit être qualifié d'entreprise. En effet, selon la Cour, un tel organisme exerce une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance vie, même s'il ne poursuit pas un but lucratif et même si le régime qu'il gère comporte certains éléments de solidarité, limités et non comparables à ceux caractérisant les régimes obligatoires de sécurité sociale. Aussi, il existe aujourd'hui une « séparation stricte entre le domaine de la protection obligatoire et de la protection complémentaire »¹⁴¹³, mais selon Daniel Lenoir, le renforcement de la situation concurrentielle affecte le mutualisme par une segmentation croissante du marché, or celui-ci « ne produit pas spontanément de la solidarité »¹⁴¹⁴.

418. La mutuelle est donc intéressante dans le sens où elle exerce bien une activité économique dans l'intérêt de ses adhérents et en s'interdisant de poursuivre un but lucratif. La mutuelle illustre par ailleurs une entreprise qui assure une responsabilité sociétale puisqu'elle profite directement ou indirectement à d'autres personnes que les seuls adhérents. En effet, elle doit remplir une mission d'intérêt général selon l'article L111-1 du code de la mutualité qui prévoit que la mutuelle mène « une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide »¹⁴¹⁵. Il est alors intéressant de noter que cette mission d'intérêt général apparaît comme dans la fondation et peut renvoyer à l'idée d'un *general public benefit* sur le modèle de la *benefit corporation*. Néanmoins, le champ d'activité de la mutuelle est restreint aux activités énumérées par le code de la mutualité, l'article L111-1 limite principalement celle-ci aux activités assurantielles, de prestations sociales ou de prévoyance. Dans tous les cas, les principes originaux de fonctionnement méritent d'être soulignés (société de personnes, démocratie, non-lucrativité, solidarité). Ce principe de solidarité peut alors éventuellement constituer un instrument de lutte contre les inégalités environnementales¹⁴¹⁶ et les risques environnementaux, notamment ceux liés à la santé et aux pollutions diffuses.

3. L'association de droit local comme modèle de société hybride

419. On ne présente plus l'association qui représente plus de 94% des organisations de l'ESS, 84% des établissements et près de 78% du volume d'emplois de l'ESS¹⁴¹⁷. Diverses

¹⁴¹² CJCE, 16 nov. 1995, *FFSA c/ Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, C-244/94, Rec. 1995 p. I-4013

¹⁴¹³ LENOIR Daniel, « La mutualité face à ses enjeux », RDSS, 2009, préc., p.397.

¹⁴¹⁴ Ibid.

¹⁴¹⁵ HIEZ David, LAURENT Rémi, « La nouvelle frontière de l'économie sociale et solidaire, l'intérêt général ? », RECMA, 2011, n°319, p.36.

¹⁴¹⁶ LARRERE Catherine et al., *Les inégalités environnementales*, PUF, La vie des idées, 2017, 97 p. ; AUGAGNEUR Florian, FAGNANI Jeanne, (dir.), *Enjeux environnementaux, protection sociale et inégalités sociales*, Revue française des affaires sociales, n°1-2, avril 2015, 228 p.

¹⁴¹⁷ Observatoire national de l'ESS-CNCRES, Atlas commenté de l'économie sociale et solidaire 2014, préc.

associations existent comme par exemple La Ligue des droits de l'Homme, les Restos du cœur, les associations sportives, les associations de protection de l'environnement, etc.

420. L'association permet-elle davantage que la société commerciale de réaliser une démarche de responsabilité sociétale et environnementale ? En quoi l'association peut-elle exercer une activité économique de façon plus vertueuse ? L'association se distingue de la société, toutefois leur définition est très proche¹⁴¹⁸. L'article 1832 du code civil dispose que : « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie (...) ». Quant à l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, il dispose que « l'association est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leurs activités (...) ». Si ces seuls éléments de définition de la société ou de l'association devaient être retenus, il en résulterait une très forte similarité. La société et l'association ont en commun le fait d'être toutes deux des groupements de personnes, en vue de la réalisation d'un projet commun, soit pour la première d'une « entreprise commune », soit pour la seconde la « mise en commun de connaissances ou d'activités ». Il n'y a donc pas de différence fondamentale entre l'association et la société s'il est effectué une lecture partielle et limitée aux premiers éléments de définition des deux groupements.

421. En réalité, la *summa diviso* entre la société et l'association réside dans le but poursuivi¹⁴¹⁹. Alors que la société commerciale a pour objectif de « partager des bénéfices ou de profiter d'une économie »¹⁴²⁰, l'association présente l'objectif exactement inverse, puisque l'activité associative doit être réalisée « dans un but autre que de partager des bénéfices »¹⁴²¹. Pour un auteur, cette formulation négative de l'association en fait l'exact antonyme de l'article 1832 du code civil, de sorte que l'association devient la qualification supplétive de tout groupement ne pouvant prétendre à la forme sociétaire¹⁴²². Or, si la forme associative est conçue en opposition à la société commerciale, que faut-il entendre par le « but autre que de partager des bénéfices » ? En principe, cette formule signifie que l'association doit poursuivre une activité civile contrairement à la société commerciale qui effectue des actes de commerce au sens des articles L110-1 et L110-2 du code de commerce. Cependant, par exception il arrive qu'une association effectue certains actes de commerces dans le cadre de ses activités, qu'elle exerce une activité économique. Est-elle alors qualifiable de commerçant ? Selon la jurisprudence, l'activité de l'association

¹⁴¹⁸ V° nos développements *infra* sur cette distinction entre société commerciale et association.

¹⁴¹⁹ HIEZ David., Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix, Rev. des sociétés, 2012, p.671, pt.10

¹⁴²⁰ Article 1832 al. 1^{er} du code civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. »

¹⁴²¹ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, article 1^{er} : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ».

¹⁴²² MERLET Jean-François, « Association », in Dictionnaire de la culture juridique, Alland D. et Rials S. (dir.), Quadriga, Lamy-Puf.

demeure civile si elle n'agit pas dans un esprit de spéculation¹⁴²³, ou que les actes de commerces effectués contribuent par leur nature à la réalisation de son objet statutaire¹⁴²⁴. Néanmoins, lorsque l'activité commerciale revêt un caractère spéculatif répété au point de primer l'objet statutaire, l'association peut recevoir la qualité de commerçant¹⁴²⁵.

422. Aussi, il y a lieu de souligner que si les associations peuvent être une forme alternative d'exercice d'une activité économique à côté de la société commerciale, elles sont limitées par leur objet statutaire, qui interdit la poursuite d'une activité commerciale à titre habituel en qualité de commerçant, ainsi que tout partage des bénéfices entre sociétaires. La persistance de cette dichotomie entre association et société a de quoi interroger¹⁴²⁶ : pourquoi « ni la doctrine ni la jurisprudence n'[ont]aient essayé de trouver des solutions de structures plus proches des associations, comme les coopératives ou les mutuelles »¹⁴²⁷ ? L'association est aujourd'hui l'exemple le plus courant d'entreprise non capitaliste et la forme juridique majoritaire de l'économie sociale et solidaire, caractérisée par les principes de démocratie et de non-lucrativité comme les autres formes d'entreprises non capitalistes. Mais là encore, elle n'est pas une entreprise hybride en raison de sa non-lucrativité et l'impossibilité d'exercer une activité commerciale à titre habituel. Ces limites font que l'association ne constitue pas un modèle satisfaisant pour l'exercice d'une activité économique incluant une plus grande responsabilité socio-environnementale par rapport à une société commerciale.

423. Il faut toutefois nuancer l'absence d'un but non-lucratif pour l'ensemble des associations. En effet, les associations de droit local alsacien-mosellan permettent la poursuite d'un tel but lucratif, à la fois pour les associations de droit local proprement dit et pour les associations coopératives de droit local. Les associations des départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle obéissent à un régime juridique original issu de la loi d'Empire du 19 avril 1908 sur les associations¹⁴²⁸. Le droit local ne définit pas l'association, mais elle est généralement entendue comme un « groupement volontaire et organisé de personnes indéterminées, institué de façon durable, en vue de poursuivre un but précis intéressé ou désintéressé, par une action commune définie par le vote, menée sous un nom collectif et conduite par une direction »¹⁴²⁹. La spécificité de l'association de

¹⁴²³ Cass. com. 20 mai 1986, n°84-14.722, D.1987, obs. Vasseur.

¹⁴²⁴ Cons. const. 25 juillet 1984, n°84-176 DC.

¹⁴²⁵ Cass. com. 12 février 1985, n°83-10.864, Bull. civ. IV, n°59.

¹⁴²⁶ SOUSI Gérard, MAYAUD Yves (dir.), *Lamy Association*, Lamy, 2019, Partie 7 Droit local, pt 705-14 : « On peut rappeler à cet égard que le droit allemand, dont le droit local est issu, ne fait pas du caractère lucratif un critère de distinction entre les associations et les sociétés commerciales : dans ce droit, des sociétés de forme commerciale peuvent ne pas avoir de but lucratif, tout comme à l'inverse, des associations de caractère civil peuvent avoir un but lucratif ; la distinction entre ces deux types de groupements est purement formelle et organisationnelle (selon cette analyse, les sociétés commerciales ne constituent qu'une catégorie particulière d'association, les articles 21 et s. du Code civil allemand sur les associations s'appliquant aux sociétés commerciales, de façon subsidiaire, si les lois spéciales qui les régissent n'en disposent pas autrement). »

¹⁴²⁷ HIEZ David, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. des sociétés*, 2012, p.671, spéc.10.

¹⁴²⁸ Abrogée par la loi n°2003-709 du 1^{er} août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations.

¹⁴²⁹ *Lamy Associations*, préc., Partie 7 Droit local, pt.705-11

droit local – lorsqu'elle est inscrite¹⁴³⁰ – réside dans son objet non limité¹⁴³¹ et sa pleine capacité juridique¹⁴³². La poursuite d'un but non limité par le principe de spécialité permet ainsi à l'association de droit local d'exercer une activité commerciale et de poursuivre un but lucratif ou encore de partager le patrimoine de l'association entre les membres lors de la dissolution¹⁴³³. En pratique, les associations de droit local n'exercent pas d'activité à but lucratif¹⁴³⁴ alors qu'elles pourraient parfaitement constituer une forme sociétaire intéressante pour l'exercice d'une activité économique à but lucratif pour une PME recherchant un statut hybride entre forme associative et but lucratif. Sûrement par méconnaissance de cette possibilité et en raison de l'applicabilité des règles du droit général applicables à l'association¹⁴³⁵, cette forme sociétaire n'est pas choisie pour l'exercice d'activité à but lucratif.

424. Plus proche de l'idée d'entreprise hybride entre lucrativité et non lucrativité, le modèle alsacien-mosellan connaît l'association coopérative. Héritée d'une loi allemande du 1^{er} mai 1889 et modifiée par une loi du 20 mai 1898 toujours en vigueur, l'association coopérative est une personne morale de droit privé, constituée entre plusieurs personnes dans le but d'exercer une activité économique sous la forme commerciale¹⁴³⁶. Les fondateurs ont l'option entre l'association coopérative de droit local et la forme coopérative régie par la loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération¹⁴³⁷. Comme l'observe Jean-Luc Vallens, ces associations coopératives ont survécu à l'introduction du droit français de la coopération et des lois successives sur les sociétés commerciales, elles continuent d'être utilisées pour les avantages qu'elles offrent, notamment l'avantage d'entreprendre une activité commerciale sans capital social constitutif¹⁴³⁸. Néanmoins, selon Monsieur Vallens, il existe des inconvénients à cette forme associative particulière qui expliquent que celle-ci ne soit pas davantage utilisée, notamment en raison du « formalisme parfois excessif » constitué d'inscriptions multiples, de contrôle judiciaire, de dispositions obsolètes ou faisant double-emploi avec les règles

¹⁴³⁰ Il existe deux catégories d'associations de droit local, les associations non-inscrites qui existent du seul fait de l'adoption de leurs statuts mais qui n'ont pas de personnalité juridique et donc pas de patrimoine propre et les associations inscrites au registre des associations tenu auprès du tribunal d'instance du lieu du siège de l'association (Institut du droit local alsacien-mosellan, *Le guide du droit local – le droit applicable en Alsace et en Moselle de A à Z*, Publications de l'Institut du droit local alsacien-mosellan, 2015, 4^{ème} éd°, v° association)

¹⁴³¹ Sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs

¹⁴³² L'association « loi 1908 » n'est ainsi pas tenue par le principe de spécialité pour le patrimoine qu'elle peut acquérir contrairement à l'association de « loi 1901 ». V° VALLENS Jean-Luc, *Répertoire de droit civil*, Alsace et Moselle, Dalloz, juin 2011, pt. 23.

¹⁴³³ Code civil local, art. 45 : « Lorsqu'il y a dissolution de l'association ou retrait de la capacité juridique, le patrimoine est dévolu aux personnes désignées dans les statuts. (...) Lorsqu'il n'y a pas désignation des ayants droit, si l'association, d'après les statuts, a pour but exclusif de servir les intérêts de ses membres, le patrimoine est dévolu par parts égales aux personnes membres de l'association au moment de la dissolution ou du retrait de la capacité juridique, et en tout autre cas à l'Etat. »

¹⁴³⁴ Institut du droit local alsacien-mosellan, *Le guide du droit local – le droit applicable en Alsace et en Moselle de A à Z*, Publications de l'Institut du droit local alsacien-mosellan, 2015, 4^{ème} éd°, v° association

¹⁴³⁵ Ibid.

¹⁴³⁶ VALLENS Jean-Luc, *JurisClasseur* Alsace-Moselle, Fac. 531, associations coopératives, spéc. 3

¹⁴³⁷ Institut du droit local alsacien-mosellan, *Le guide du droit local – le droit applicable en Alsace et en Moselle de A à Z*, Publications de l'Institut du droit local alsacien-mosellan, 2015, 4^{ème} éd°, v° association

¹⁴³⁸ VALLENS Jean-Luc, *JurisClasseur* Alsace-Moselle, Fac. 531, associations coopératives, spéc. 275.

de la coopération¹⁴³⁹. Par ailleurs, la fiscalité reste identique à celle d'une société commerciale puisqu'en tant que personne morale commerçante, l'association coopérative sera soumise à l'impôt sur les sociétés. L'association reste donc un modèle limité d'entreprise non capitaliste.

425. En définitive, l'association régie par la loi 1901 est de loin insatisfaisante pour former l'habit sociétaire d'une PME en transition écologique puisque son activité économique doit être limitée à son objet statutaire et ne permet pas le partage de résultats. Plus proche du modèle de l'entreprise hybride, l'association et l'association coopérative de droit local constituent des modèles hybrides intéressants car permettant la poursuite d'une activité commerciale dans un but lucratif avec partage des résultats. Elles ne s'avèrent cependant pas employées à cette fin dans la pratique.

426. Les différentes structures de l'ESS envisagées jusqu'à présent avec la fondation, la mutuelle et l'association présentent des approches qui vont dans le sens d'une responsabilité sociétale et environnementale dans le cadre de l'exercice d'activités économiques. Si le volet social et sociétal prédomine sur le volet économique par la poursuite d'un but autre que le seul partage des bénéfices, il est difficile d'observer que cet autre but soit également la protection de l'environnement. Ce constat s'avère paradoxal lorsque l'on sait que l'exigence de transition écologique précède la loi relative à l'ESS.

¹⁴³⁹ *Ibid*, spéc. 276.

B. Une prise en considération de l'environnement à renforcer

427. Comme a pu l'observer le professeur Pierre Mousseron, l'économie sociale et solidaire est une manière d'entreprendre autrement, de manière « sociale », en préoccupation d'un intérêt collectif, d'un intérêt « solidaire » grâce à l'entraide des associés¹⁴⁴⁰. Or, il ne faut pas confondre économie sociale et solidaire et responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise. Comme a pu le relever un auteur, l'environnement est souvent le « pilier délaissé de la RSE »¹⁴⁴¹. Il convient en effet de rappeler que la démarche de responsabilité sociétale et environnementale vise l'intégration harmonieuse des considérations économiques, humaines et environnementales. Dans sa définition, l'économie sociale et solidaire n'intègre pas l'environnement¹⁴⁴². Est-ce à dire que l'idée même d'environnement en est absente ? Faut-il en déduire que l'ESS comporte seulement une dimension économique et humaine traduisant une vision plus horizontale, au détriment d'une vision plus verticale intégrant également les liens entre l'homme, l'environnement (ciel et terre) et les valeurs qui les unissent ? Dès lors, se pose la question de la place réelle de la protection de l'environnement dans le secteur de l'ESS ? Plus trivialement, la « concurrence sociale » ou la « performance sociale »¹⁴⁴³, peut-elle se faire au détriment de l'environnement ? Pour certains auteurs, les « communs sociaux »¹⁴⁴⁴ ne peuvent se concevoir sans « communs écologiques », en ce sens, Christian Laval et Pierre Sauvêtre appellent à un modèle alternatif de l'ESS qui prendrait en considération, non pas uniquement la protection d'individus mais aussi la défense contre les processus de destruction de la Société et de l'environnement dans leur ensemble¹⁴⁴⁵.

428. À cet égard, il y a lieu de rappeler que l'article 1^{er} de la loi dite « ESS », n°2014-85 du 31 juillet 2014, définit l'ESS comme un mode d'entreprendre et de développement

¹⁴⁴⁰ MOUSSERON Pierre, « La nouvelle entreprise : le pari de l'entrepreneuriat social et solidaire », Centre de droit des affaires (EA 380), Université de Toulouse Capitole, colloque du 30 novembre 2012.

¹⁴⁴¹ DEUMIER Pascale, « L'approche environnementale de la RSE – Prologomènes » in *La responsabilité sociétale des entreprises – approche environnementale*, Colloque du 22 octobre 2015, Société de législation comparée, Centre français de droit comparé, volume 20, p.9.

¹⁴⁴² Le développement durable n'apparaît que de manière secondaire à l'article 2 de la loi ESS pour les entreprises poursuivant une utilité sociale.

¹⁴⁴³ SCHMITT Mélanie, « La recomposition du droit du travail de l'Union européenne », *Droit social*, 2016, p. 703-716, spéc. p.713. L'auteur observe que cette concurrence sociale ne se fait d'ailleurs pas toujours en faveur de la situation des travailleurs et des demandeurs d'emplois.

¹⁴⁴⁴ Selon l'expression de MESTRUN Francine, « Promouvoir les communs sociaux », *Politis*, 1^{er} octobre 2013 : « D'abord, le concept de communs sociaux témoigne de l'analogie avec les communs écologiques. Défendre les communs veut dire que l'on se concentre sur ce qui est partagé. Il s'agit du fondement de notre vie collective en tant qu'humanité. Cela veut dire aussi de résister à la marchandisation actuelle de tout et de rompre avec la logique dominante. Les communs sociaux sont des communs créés par la population avec le but de protéger les individus et les sociétés. ; v. aussi DEFALVARD Hervé, « Des communs sociaux à la société du commun », *RECMA*, 2017/3, n°345, pp. 42-56.

¹⁴⁴⁵ LAVAL Christian, SAUVETRE Pierre, « Pour les communs sociaux », *Politis*, Hors-série, janvier 2019 : « Le terme de communs sociaux aurait l'avantage, selon elle, d'être construit sur le modèle des « communs écologiques » et donc de souligner que les activités de solidarité et de redistribution sont également au « fondement de notre vie collective en tant qu'humanité. » Car il ne s'agit pas de protéger seulement des individus ayant certains « déficits » ou « handicaps » mais de défendre la société elle-même contre les processus de destruction du capitalisme. Le terme aurait aussi pour intérêt à l'inverse de celui de « protection sociale » de souligner qu'il n'y a de solidarité que par l'effort collectif. Il s'agirait donc, en parlant de communs sociaux, de redonner du sens et de la cohérence à l'action de la société sur elle-même. ».

économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine auquel adhèrent des personnes morales de droit privé qui poursuivent un but autre que le seul partage des bénéfices, adoptent une gouvernance démocratique et respectent des principes de gestion visant à pérenniser l'activité (réinvestissement des bénéfices, impartageabilité des réserves obligatoires). Force est de constater que le terme d'environnement n'y figure pas. Cet article de loi dispose encore que l'économie sociale et solidaire est composée des activités de production, de transformation, de distribution, d'échange et de consommation de biens ou de services mis en œuvre : par les coopératives, les mutuelles, les fondations, les associations ; ou par les sociétés commerciales qui respecteraient les conditions énumérées auparavant et recherchant une utilité sociale et appliquant certains principes de gestion.

429. L'environnement figure toutefois timidement à l'article 2 de la loi ESS relatif aux sociétés commerciales poursuivant une utilité sociale. Il y est indiqué que sont considérées comme poursuivant une « utilité sociale », les entreprises¹⁴⁴⁶ dont l'objet social satisfait à titre principal notamment « au concours du développement durable dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative, à la transition énergétique ou à la solidarité internationale ». Or, cette disposition comporte une importante réserve car lorsqu'elle est exercée dans ce domaine, cette activité doit être au moins liée à un objet social qui satisfait à l'objectif de soutien à des personnes en situation de fragilité ou à un objectif de lutte contre les exclusions et les inégalités¹⁴⁴⁷. Par conséquent, un agriculteur converti à l'agriculture biologique peut ne pas appartenir à l'ESS, à moins qu'il n'emploie par exemple des personnes en situation de fragilité économique ou cherche à lutter contre l'exclusion et les inégalités sociales, économiques ou encore culturelles.

430. Cette formulation est fâcheuse puisque cette restriction limite nécessairement le champ d'intervention des entreprises de l'économie sociale et solidaire visées par l'article 2 de la loi ESS. Elle démontre par ailleurs que les entités de l'ESS ne sont pas nécessairement accueillantes pour des activités en lien avec la protection de l'environnement. Or il a été vu que la transition écologique doit recevoir une conception holistique si l'on veut parvenir à un changement du modèle socio-économique. A l'inverse, la loi ESS cloisonne, sans doute involontairement, les activités sociales des activités environnementales. Ces dernières semblent en réalité être considérées comme des activités complémentaires ou annexes aux activités principales de l'ESS, c'est-à-dire des activités avant tout dirigées vers des aspects sociaux et solidaires, voire éventuellement environnementaux. Il serait dès lors préférable que le législateur envisage ensemble et sans ordre de priorité ces trois aspects (réinsertion, inégalité, environnement), c'est-à-dire à égalité conformément à la transition écologique qui doit être conçue comme un changement global de système. Les

¹⁴⁴⁶ Nous soulignons ici l'hésitation du législateur qui emploie les termes de « société commerciale recherchant une utilité sociale » dans l'article 1-II-2° qui renvoi lui-même à l'article 2 pour la définition de cette utilité sociale et dans lequel est employé le terme « entreprise ».

¹⁴⁴⁷ Loi n°2014-85 du 31 juillet 2014 relative à l'ESS, article 2, 1° et 2° ; v. supra nos observations sur cette question d'utilité sociale restreinte.

communs sociaux devant idéalement inclure les communs écologiques et non les exclure ou les écarter. Ainsi, une entreprise de l'ESS est-elle plus vertueuse, est-elle nécessairement, de par ses statuts, une PME en transition écologique ? La loi ESS contraint à répondre par la négative en affirmant que « statut n'est pas vertu » (1), et qu'il est nécessaire de penser une économie sociale, solidaire et écologique (2).

1. « Statut n'est pas vertu »

431. Il a été question jusqu'à présent de la forme juridique choisie par l'entreprise pour atteindre un certain objet social. Or, si certaines formes d'entreprises permettent effectivement d'orienter les activités de l'entreprise vers un objet social particulier, il se trouve que la structure adoptée par l'entreprise, sa forme juridique, ne permet pas toujours l'intégration des enjeux environnementaux. Le professeur Pierre Mousseron affirme ainsi que « statut n'est pas vertu »¹⁴⁴⁸ en désignant la coopérative qui, si elle peut représenter un modèle séduisant et alternatif aux excès du capitalisme, ne disqualifie pas pour autant les sociétés ordinaires qui peuvent également intégrer des mécanismes d'entraide et de solidarité. Certes, la forme juridique de l'entreprise peut être un puissant vecteur de responsabilisation de l'entreprise lorsqu'elle poursuit ses activités conformément à un objet social spécifique. Mais c'est surtout par une application quotidienne des règles de fonctionnement statutaires, que l'entreprise parvient effectivement à être responsable des effets de ses activités. Il n'est toutefois assurément pas évident de parvenir à un équilibre entre l'aspect économique, social et environnemental. Comme cela a pu être relevé avec la notion d'utilité sociale, ce dernier semble souvent le « parent pauvre »¹⁴⁴⁹ de l'ESS.

432. L'environnement y a-t-il sa juste place dans l'économie sociale et solidaire ? Dans la revue partielle effectuée jusqu'à ce stade des formes d'entreprises non capitalistes, si l'ESS intègre bien les aspects économiques et sociaux, voire sociétaux, l'aspect environnemental est la plupart du temps plus ou moins occulté. En effet, il est tout à fait envisageable qu'une entreprise de l'ESS exerce une activité économique dans le respect des principes de l'ESS sans se préoccuper aucunement des problématiques environnementales. Dès lors, l'entité relevant du secteur de l'ESS peut-elle automatiquement être qualifiée « d'entreprise responsable » au sens de la responsabilité sociétale et environnementale des entreprises ? Ne s'agit-il pas dans ce cas d'une entreprise « quasi-responsable » car s'attachant essentiellement à résoudre une problématique sociale ou sociétale ?

¹⁴⁴⁸ MOUSSERON Pierre, « La coopérative : présentation du statut juridique et enjeux, La « nouvelle entreprise » : le pari de l'entrepreneuriat social et solidaire », Centre de droit des affaires (EA 380), Université de Toulouse Capitole, Colloque du 30 novembre 2012.

¹⁴⁴⁹ V° sur cette idée : Centre français de droit comparé, *La responsabilité sociétale des entreprises – approche environnementale*, Colloque du 22 octobre 2015, Société de législation comparé, volume 20, p. 9.

433. Pour une RSE tout à fait complète et afin de véritablement intégrer la transition écologique au sein de l'économie sociale et solidaire, il est alors souhaitable d'y prévoir expressément l'ajout des enjeux environnementaux de telle sorte qu'elle soit qualifiée d'économie sociale, solidaire et écologique (ESSE).

2. Reconnaître l'économie sociale, solidaire et écologique

434. Il est souhaitable que le législateur enrichisse l'approche de l'économie sociale et solidaire en ajoutant à l'utilité sociale qui en constitue la notion clé, la possibilité de produire et fournir des biens et services qui présente également le caractère « d'utilité environnementale ». Il ne s'agit pas de rendre exclusif l'une ou l'autre utilité, mais plutôt d'indiquer que chacune d'elle peut être poursuivie à titre principal dans l'objet social, sans effectuer de hiérarchie entre les trois conditions comme l'effectue par exemple l'article 2 de la loi ESS. Plus exactement, l'article 2 de la loi ESS devrait être modifié en énonçant l'idée « d'utilité sociale et environnementale » afin que la protection de l'environnement n'apparaisse plus comme une condition secondaire de l'ESS, mais comme une condition nécessaire et complémentaire. Par ailleurs, l'ajout de la prise en considération de l'environnement par les sociétés de l'ESS présenterait l'avantage de la cohérence avec la modification de l'article 1833 du Code civil relative à l'intégration des enjeux sociaux et environnementaux dans l'intérêt social de la société. Si le législateur a modifié l'article 1833, il semble logique et cohérent que l'économie sociale et solidaire soit aussi environnementale, à tout le moins pour les sociétés de l'ESS telle que la coopérative¹⁴⁵⁰ ou la société commerciale poursuivant une utilité sociale.

435. Signe que l'économie sociale et solidaire devrait davantage prendre en considération l'environnement, la définition de la coopérative apparaît fermée¹⁴⁵¹. Ce caractère peu ouvert sur l'extérieur est d'ailleurs relevé par David Hiez lorsqu'il compare la coopérative française à la coopérative italienne¹⁴⁵². D'une part, il peut être observé l'orientation uniquement dirigée vers les coopérateurs puisqu'il est question de répondre « à leurs besoins » alors qu'une autre rédaction, par exemple « à des besoins », eut permis d'inscrire l'idée d'une utilité pour les coopérateurs, mais aussi pour la communauté comme c'est le cas dans la formulation retenue par la coopérative italienne. Cette dernière étant dirigée vers la satisfaction des intérêts d'une communauté, d'un intérêt collectif, au-delà des intérêts des seuls membres coopérateurs¹⁴⁵³. D'autre part, il y a lieu de relever l'absence de l'environnement dans cette définition puisqu'il n'est question que de répondre à des « besoins économiques ou sociaux ». Certes, il peut être objecté qu'il est difficile d'envisager l'hypothèse d'une coopérative qui réponde à un besoin

¹⁴⁵⁰ Loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative l'ESS, art. 1, II, 1°

¹⁴⁵¹ Définie par l'article 1er de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération: « la coopérative est une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires »

¹⁴⁵² *Supra*.

¹⁴⁵³ *Supra* ; HIEZ David, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. des sociétés*, 2012, p.671.

environnemental. Pourtant, il n'est plus nécessaire de démontrer qu'un environnement équilibré et respectueux de la santé¹⁴⁵⁴ réponde au besoin social de santé humaine. L'ajout du « besoin environnemental » ou plus exactement, de l'utilité de respecter le droit à un environnement sain, n'eut sans doute pas été superflu dans la définition de la coopérative. En ce sens, la loi ESS fut une occasion manquée d'y remédier.

436. Un auteur remarque avec justesse que les coopératives sont « nées avec un projet social et n'ont en matière d'environnement, aucune valeur ajoutée particulière sur les autres formes d'organisations », il observe que cela a particulièrement été le cas dans les années 1960, 1970 et 1980 au cours desquelles les coopératives « n'ont pas échappées à la mode du tout-productivisme »¹⁴⁵⁵. Ainsi, la responsabilité sociétale et environnementale des coopératives agricoles peut-elle être mise en doute lorsque celles-ci conseillent des produits phytosanitaires aux agriculteurs et par la même occasion, leur vendent ces produits. Au-delà du conflit d'intérêts qui peut exister dans la mesure où ces coopératives n'incitent pas forcément l'agriculteur à diminuer l'achat et la consommation de pesticides, le comportement de la coopérative peut porter atteinte à la santé des coopérateurs eux-mêmes, à l'environnement, mais également aux consommateurs¹⁴⁵⁶. La preuve en est que la coopérative n'est donc pas nécessairement une forme juridique synonyme de protection de la santé des coopérateurs et de l'environnement. Elle n'est alors que sociale et réduite à la « satisfaction » du cercle restreint des coopérateurs. Or, la double qualité d'associé-coopérateur doit amener le membre de la coopérative à ne pas pouvoir ignorer les effets de l'activité de sa coopérative. Il ne peut logiquement se désintéresser des enjeux sociaux et environnementaux liés à celle-ci, dans l'idéal le coopérateur ne devrait pas être passif¹⁴⁵⁷. Aussi, l'ouverture de la coopérative à la satisfaction d'un intérêt collectif avec la création de la société coopérative d'intérêt collectif (SCIC) est-elle bienvenue car le potentiel à prendre en considération l'environnement y semble plus élevé.

II. L'ouverture d'une économie sociale et solidaire à des sociétés davantage *intuitus naturae*

437. Aujourd'hui, la société coopérative d'intérêt collectif et la société commerciale recherchant une utilité sociale apparaissent comme de nouvelles structure prometteuses

¹⁴⁵⁴ Charte de l'environnement, article 1^{er} : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ».

¹⁴⁵⁵ LIRET Pierre, « Coopérative, une entreprise socialement responsable ? », Publié sur le site de la Revue internationale de l'économie sociale (RECMA), 13 juillet 2012, <http://recma.org/node/2250>, consulté le 13 mai 2015, p.13 et s.

¹⁴⁵⁶ Voyez à cet effet la société coopérative InVivo – première coopérative agricole de France – dont les pratiques d'encouragement à l'utilisation de pesticides ont récemment été dénoncées par l'association Greenpeace le 13 mai 2015 lors d'une « opération coup de poing » bloquant l'entrée principale de la coopérative. V° plus précisément le rapport de Greenpeace, « Santé : les pesticides sèment le trouble », Laboratoire de recherches de Greenpeace, rapport, avril 2015. L'association critique notamment le double rôle joué par la coopérative qui a la double qualité de vendeurs de pesticides et de conseillers des agriculteurs : *Le Point*, « Pesticides : action de Greenpeace au siège de la coopérative agricole InVivo », 13 mai 2015.

¹⁴⁵⁷ V° FRANCOUAL Pierre, « La part sociale coopérative, un exemple de propriété commune », RECMA, 2017/3, n° 345, pp.57-67 : « la propriété coopérative ne se conçoit pas sans usage positif et « actif » ».

pour l'ESS. Elles semblent le mieux convenir à une meilleure prise en compte des intérêts collectifs et environnementaux et dans ce sens répondent mieux à l'idée d'entreprise hybride. S'il a été dit que la société coopérative peut faire l'objet de critiques en raison de sa définition restreinte à la satisfaction des besoins des coopérateurs, la société coopérative d'intérêt collectif propose de satisfaire d'autres intérêts que ceux de ses membres à travers le multisociétariat. Cette possibilité de représentation de différents intérêts en fait une entreprise avantageuse pour l'intégration de la transition écologique car conciliant l'intérêt des associés et la satisfaction d'autres intérêts (A). Par ailleurs, la possibilité désormais ouverte à une société commerciale poursuivant une utilité sociale de faire état de son appartenance au secteur de l'économie sociale et solidaire, va dans le sens d'une ouverture de l'ESS à des sociétés commerciales souhaitant faire preuve d'une plus grande responsabilité sociétale voire environnementale (B).

A. Les potentialités de la société coopérative

438. Il ne s'agit pas de détailler l'ensemble du régime juridique des coopératives, récemment modifié par la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014, néanmoins afin de comprendre l'idée d'ouverture de la coopérative vers la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux, il est nécessaire d'effectuer une brève présentation de la coopérative (1). Au sein des différentes coopératives existantes, une coopérative spécifique mérite d'être retenue en ce qu'elle peut constituer une formule adaptée à la mise en œuvre de la transition écologique par une PME, à savoir la société coopérative d'intérêt collectif. Celle-ci a pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif qui présentent un caractère d'utilité sociale (2). Même si l'utilité sociale est un élément déterminant de la définition de la SCIC, il est possible d'y intégrer la préoccupation environnementale (3). Enfin, il ne doit pas être exclu que d'autres formes de coopératives puissent intégrer l'environnement, spécifiquement pour la société coopérative de production (4).

1. La coopérative : une entreprise hybride poursuivant un lucre objectif

439. Sûrement le modèle le plus abouti d'entreprise non capitaliste du secteur de l'ESS car articulant au mieux les aspects économiques et sociaux, les sociétés coopératives représentent le deuxième secteur d'emploi de l'économie sociale et solidaire pour 22 500 entreprises, 1.3 millions de salariés et 320 milliards d'euros de chiffre d'affaires¹⁴⁵⁸. De manière générale la coopérative s'entend d'une société civile ou commerciale fondée sur le principe de la mise en commun de biens ou de capitaux de plusieurs participants qui se répartissent le bénéfice de leurs efforts¹⁴⁵⁹. Nées au XIXème siècle, les coopératives sont

¹⁴⁵⁸ Observatoire national de l'ESS-CNCRESS, *Panorama sectoriel des entreprises coopératives*, Coop FR, éd° 2018, 40 p.

¹⁴⁵⁹ Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} éd°, version informatisée, v° *coopérative* ; CORNU Gérard, *Vocabulaire Juridique*, Puf, 9 éd, v° *coopérative*.

« constituées par l'union de personnes en situation de précarité afin d'accroître leurs capacités financières, humaines et techniques »¹⁴⁶⁰, elles sont alors qualifiées de « fille de la nécessité »¹⁴⁶¹ en ce qu'elles permettent de subvenir aux besoins les plus élémentaires des ouvriers. Au-delà de l'aspect matériel, c'est autour de valeurs spécifiques – construites par opposition au modèle capitaliste¹⁴⁶² – que se réunissent les associés coopérateurs¹⁴⁶³ à travers une gestion démocratique énoncée dans la formule « un homme une voix » et un but non lucratif. Aujourd'hui, le droit coopératif est régi par la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération et la loi n°78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives de production. Ces lois ont récemment été modifiées par la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire¹⁴⁶⁴.

440. La coopérative est rattachée à la société sans que le caractère civil ou commercial ne soit davantage précisé. En effet, l'article 1^{er} de la loi de 1947 dispose que « la coopérative est une société »¹⁴⁶⁵, le choix de la forme civile ou commerciale est donc laissé à l'appréciation des fondateurs de la coopérative. La coopérative peut donc être une société coopérative civile¹⁴⁶⁶ ou commerciale (société en nom collectif, société à responsabilité limitée, société anonyme ou société par actions simplifiée)¹⁴⁶⁷. La coopérative peut encore avoir un statut spécifique dans le cas particulier de la coopérative agricole dont le régime est une composition de règles relatives aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales¹⁴⁶⁸. Aussi, contrairement aux mutuelles, aux fondations ou aux associations, la coopérative ne dispose pas en principe de sa propre forme juridique¹⁴⁶⁹, elle est une société de personnes, « constituée par plusieurs personnes volontairement réunies ». Certes, la coopérative est une société mais elle est une société particulière, il ne s'agit pas de poursuivre un but lucratif pour en partager les résultats, mais de « satisfaire les besoins économiques ou sociaux » des membres coopérateurs. Dès lors, la qualification de société

¹⁴⁶⁰ HÉRAIL Marc, « Coopérative », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, nov. 2017, spéc. 1

¹⁴⁶¹ Expression attribuée à Jean-Pierre BELUZE, v° PARODI Maurice, « L'économie sociale et solidaire une alternative à l'économie "capitaliste" ? », RECMA, août 2014

¹⁴⁶² HÉRAIL Marc, « Coopérative », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, nov. 2017, spéc. 7

¹⁴⁶³ Conformément au principe dit de la double-qualité, le membre de la coopérative est à la fois associé et contractant de la coopérative, c'est-à-dire qu'il participe économiquement à son activité et en bénéficie ; v° HÉRAIL Marc, « Coopérative », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, nov. 2017, spéc. 121-128.

¹⁴⁶⁴ V. son article 24 sur la coopérative

¹⁴⁶⁵ L'article 1^{er} de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 dispose que : « La coopérative est une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires. (...) ».

¹⁴⁶⁶ Par exemple entre des médecins au sein d'une société civile professionnelle à statut coopératif. Selon l'article R4131-10 du code de la santé publique, il peut être constitué soit entre médecins spécialistes, soit entre médecins généralistes, régulièrement inscrits au tableau de l'ordre des médecins, des sociétés civiles coopératives, notamment régies par les articles 1832 et suivants du code civil et la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération.

¹⁴⁶⁷ HÉRAIL Marc, « Coopérative », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, nov. 2017, spéc. 109 et s.

¹⁴⁶⁸ HÉRAIL Marc, « Coopérative agricole », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, nov. 2017, spéc. 15 ; v° l'art. L521-1 du Code rural : « Les sociétés coopératives agricoles ont pour objet l'utilisation en commun par des agriculteurs de tous moyens propres à faciliter ou à développer leur activité économique, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité. Les sociétés coopératives agricoles et leurs unions forment une catégorie spéciale de sociétés, distinctes des sociétés civiles et des sociétés commerciales. Elles ont la personnalité morale et la pleine capacité. (...) ».

¹⁴⁶⁹ Excepté pour la société coopérative agricole qui dispose de sa propre forme, v. l'article L521-1 du Code rural, *ibid.*

hybride - ou entreprise non capitaliste - lui sied bien davantage que les autres formes de l'ESS. Si la coopérative est une société, ce n'est pas la recherche d'un lucre subjectif qui guide son activité mais la poursuite d'un lucre objectif¹⁴⁷⁰, ce dernier permettant de satisfaire les besoins économiques et sociaux des membres coopérateurs¹⁴⁷¹.

441. L'objet social de la coopérative est pensé largement par le législateur¹⁴⁷² puisqu'il s'agit de « satisfaire les besoins économiques ou sociaux » de ses membres. Cette approche universelle d'une coopérative qui embrasse toutes les branches de l'activité humaine conduit cependant à la difficulté de distinguer la coopérative de la société commerciale non coopérative. En réalité, cette distinction s'opère par le respect de principes de fonctionnement propres à la société coopérative qui font d'elle une entreprise à plus forte responsabilité sociale et sociétale. En effet, elle doit respecter les « principes coopératifs » mentionnés à l'article 1^{er} de la loi du 10 septembre 1947 : soit une adhésion volontaire et ouverte à tous ; une gouvernance démocratique selon la formule « un associé, une voix », chaque membre coopérateur dispose d'une voix à l'assemblée générale et participe à la direction de la coopérative ; une participation économique des membres coopérateurs au capital de la coopérative ; une formation de ses membres ; une coopération avec les autres coopératives ; et l'impartageabilité des réserves afin de respecter l'aspect non lucratif de la coopérative, les excédents de la coopérative devant être prioritairement mis en réserve pour assurer son développement et celui de ses membres.

442. Pour ce qui concerne le champ des activités ouvertes à la coopérative, aucune forme de restriction n'existe puisqu'elles concernent, ni plus ni moins, « toutes les branches de l'activité humaine »¹⁴⁷³. Plusieurs types de coopératives existent et peuvent être classées en différentes familles : la coopérative d'entreprise (agriculture¹⁴⁷⁴, artisanat¹⁴⁷⁵, transport routier¹⁴⁷⁶, commerçants-détaillants¹⁴⁷⁷), la coopérative d'utilisateurs ou d'usagers

¹⁴⁷⁰ HIEZ David, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », Rev. des sociétés, 2012, p.671; COIPEL Michel (dir.), Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés de la commercialité, rapport du 371e séminaire de la commission droit et vie des affaires de l'Université de Liège des 20 et 21 mars 1985, éd. Story Scientia, p. 93-248.

¹⁴⁷¹ Pour atteindre cet objectif, il est demandé aux coopérateurs une implication non patrimoniale (HIEZ David, « La richesse de la loi Economie sociale et solidaire », Rev. sociétés, 2015, p.147, spéc. 50) à travers leur « effort commun » ainsi que par la « mise en place des moyens nécessaires ».

¹⁴⁷² L'ancienne rédaction énumérait les « objets essentiels » de la coopérative, qui consistaient notamment à réduire le prix de revient de produits, améliorer la qualité marchande des produits fournis aux membres et contribuer à la satisfaction des besoins et à la promotion des activités économiques et sociales des membres de la coopérative.

¹⁴⁷³ Article 1^{er} de la loi du 10 septembre 1947

¹⁴⁷⁴ V° par exemple la coopérative agricole *Les Saline de Guérande-Le Guérandais*, créée en 1988 elle réunit environ 200 paludiers adhérents coopérateurs et leur permet une maîtrise complète de leur filière économique et de mutualiser leur production, de l'achat dont le prix est fixé chaque année par les coopérateurs, du stockage, du conditionnement à la commercialisation et l'exportation. A noter l'intérêt écologique du site de Guérande qui est inscrit sur la liste RAMSAR depuis 1995 et en tant que site classé depuis 1996. Site internet : www.leguerandais.fr, consulté le 22 avril 2015

¹⁴⁷⁵ Loi n°83-657 du 20 juillet 1983 relative au développement de certaines activités d'économie sociale

¹⁴⁷⁶ Code des transports, art. L3441-1, v. aussi les sociétés coopératives d'entreprises de transport routier aux articles L3441-2 et s.

¹⁴⁷⁷ Code du commerce, art. L124-1 et s.

(consommateurs, scolaire et pédagogique, habitation à loyers modérés¹⁴⁷⁸), la coopérative de production¹⁴⁷⁹ (société coopérative et participative, coopérative d'activité et d'emplois), la coopérative multisociétariale (société coopérative d'intérêt collectif ou SCIC)¹⁴⁸⁰ et enfin la banque coopérative¹⁴⁸¹. Parmi ces coopératives, la SCIC est celle qui paraît la plus avantageuse pour l'intégration d'intérêts pluriels car elle prévoit l'existence de différents collèges d'associés.

2. La SCIC : un multisociétariat avantageux pour la transition écologique

443. Selon l'article 19 quinquies de la loi du 10 septembre 1947 créée par la loi n°2001-624 du 17 juillet 2001¹⁴⁸², la société d'intérêt collectif (SCIC)¹⁴⁸³ est une société anonyme (SA), une société par action simplifiée (SAS) ou une société à responsabilité limitée (SARL) à capital variable régies, sauf précision de la loi de 1947, par le code de commerce. Elle a pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale, c'est-à-dire qui permettent de répondre à des besoins non satisfaits par le marché. Aussi, puisque les biens et services produits ou fournis sont « d'intérêt collectif », les tiers non sociétaires peuvent également en bénéficier¹⁴⁸⁴.

444. L'« utilité sociale » de la SCIC marque une nette opposition avec la coopérative telle que définie à l'article 1^{er} de la loi de 1947 qui vise à satisfaire les besoins économiques et sociaux de ses propres membres. Aussi, que se passe-t-il « dès lors que cette utilité sociale est elle-même opposée à la satisfaction de ses membres »¹⁴⁸⁵ ? En réalité, la notion d'utilité sociale « apparaît relativement plastique »¹⁴⁸⁶ et il faut surtout comprendre que si les membres de la SCIC peuvent bénéficier de l'utilité sociale créée par elle, ils n'en sont pas les uniques bénéficiaires. C'est là un trait intéressant de la SCIC, contrairement à la structure fermée de la coopérative destinée à satisfaire les besoins de ses membres uniquement, la SCIC a un intérêt altruiste. Pour le professeur Hiez, « la SCIC entend par ses aspects, faire le pont entre les mondes coopératifs et associatifs : coopérative dans sa structure et dans ses mécanismes de fonctionnement, elle se rapproche par son objet des associations puisqu'elle ne se définit pas par la recherche de la satisfaction des besoins de ses membres. En conséquence, elle s'émancipe explicitement et sans restriction du

¹⁴⁷⁸ Code de la construction et de l'habitation, art. L422-12.

¹⁴⁷⁹ Loi n°78-763 du 19 juillet 1978 portant statut des sociétés coopératives de production

¹⁴⁸⁰ Loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 19 quinquies et s.

¹⁴⁸¹ Observatoire national de l'ESS-CNCRESS, *Panorama sectoriel des entreprises coopératives*, préc., p. 25 et s.

¹⁴⁸² Loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, art. 36.

¹⁴⁸³ Pour un aperçu général v. HIEZ David, « Société coopérative d'intérêt collectif », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mai 2018.

¹⁴⁸⁴ Loi n° Loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 19 quinquies et art. 19 sexies

¹⁴⁸⁵ HIEZ David, « Société coopérative d'intérêt collectif », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mai 2018, spéc. 111.

¹⁴⁸⁶ *Ibid*, spéc. 111.

principe de l'exclusivisme»¹⁴⁸⁷. La SCIC est par ailleurs plus ouverte aux parties prenantes puisque son capital social est partagé entre plusieurs associés de qualités différentes (salariés, bénéficiaires, collectivité publique, investisseur, associations,...).

445. En effet, la SCIC possède une gouvernance démocratique originale par son multisociétariat¹⁴⁸⁸. Il est permis de constituer des collèges au sein desquels sont regroupés les voix de chaque associé, indifféremment du nombre de parts qu'il détient. Les statuts peuvent prévoir que les associés sont répartis en trois ou plusieurs collèges en fonction de leur participation à l'activité de la coopérative ou de leur contribution à son développement¹⁴⁸⁹. Il est également possible de pondérer les voix détenues par chaque collègue dans la limite de ne pas dépasser cinquante pour cent du total des droits de vote ou que sa part dans le total des droits de vote puisse être inférieur à dix pour cent de ce total¹⁴⁹⁰. Par ailleurs, les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics territoriaux peuvent détenir jusqu'à cinquante pour cent du capital de chacune des SCIC¹⁴⁹¹. Ce multisociétariat est particulièrement intéressant pour la mise en œuvre d'une démarche de transition écologique inscrite dans l'économie locale et avec les acteurs locaux. Il est ainsi possible d'intégrer une association, un établissement public industriel et commercial, un parc naturel régional, des riverains, des communes, etc.

3. La possible conciliation des intérêts sociaux et environnementaux

446. La SCIC est aujourd'hui la forme sociétaire qui semble le mieux permettre la conciliation des différents intérêts qui concourent à l'exercice d'une activité économique. Surtout, la transition écologique peut y prendre toute sa place lorsque les différents associés en décident ainsi dans la poursuite d'un intérêt collectif qui peut alors devenir général lorsqu'il s'agit de protéger l'environnement.

447. Pour illustration, la société *Auto'trement* - qui appartient au réseau coopératif d'entreprises d'autopartage *Citiz* - est une SCIC majoritairement détenue par ses utilisateurs sociétaires. Les sociétaires de la SCIC sont répartis en 6 collèges et possèdent un nombre différent de voix, les membres fondateurs (20% des voix), les sociétaires utilisateurs (25%), les salariés (15%), les membres honoraires et de soutien (10%), les

¹⁴⁸⁷ HIEZ David, « Société coopérative d'intérêt collectif », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mai 2018, spéc. 3.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*, spéc. 3.

¹⁴⁸⁹ On perçoit ici l'influence de la devise de la justice distributive ou commutative, *suum cuique tribuere*, à chacun le sien, à chacun des droits selon son activité.

¹⁴⁹⁰ Loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 19 octies. Cet article prévoit que chaque associé d'une SCIC dispose d'une voix à l'assemblée générale, ou s'il y a lieu, au collège auquel il appartient ; chaque collègue dispose d'un nombre égal de voix à l'assemblée générale. Toutefois, les statuts peuvent en disposer autrement, sans qu'un collègue ne puisse détenir plus de 50 p. 100 du total des droits de vote et moins de 10 p. 100 de ce total et sans que l'apport en capital constitue un critère de pondération. Il est ainsi possible de constituer un collègue composé d'associés personnes morales en charge de la représentation de l'environnement au sein de l'assemblée générale d'une SCIC.

¹⁴⁹¹ Loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art. 19 septies.

collectivités territoriales (15%), les entreprises (15%). Chaque collègue vote à la proportionnelle et au sein de chaque collège, un associé correspond à une voix, quel que soit le nombre de parts qu'il possède¹⁴⁹². La SCIC illustre parfaitement l'idée du fonctionnement d'une entreprise non capitaliste. Bien que celle-ci exerce une activité économique par la production de biens et services, elle n'est pas guidée par l'esprit de partage du lucre – ou de lucre subjectif plus exactement –, mais par la volonté de satisfaire l'intérêt collectif, les sociétaires comme les tiers non sociétaires peuvent en bénéficier. Les parties constituantes et les parties prenantes sont identifiées et prises en considération au sein de « l'intérêt collectif » de la SCIC qui constitue ainsi une société à lucrativité limitée, solidaire, démocratique et participative. En l'espèce, la SCIC Auto'trement favorise l'économie du partage par l'usage d'un véhicule plutôt que par son acquisition, la baisse du nombre de véhicules possédés profite alors à la collectivité et à l'environnement dans son ensemble ce qui en fait un bon exemple de PME en transition écologique.

448. Une autre illustration de ce multisociétariat qui permet de concilier intérêts sociaux et environnementaux peut être présentée avec la SCIC « *Initiatives environnement* ». Celle-ci est une ancienne association qui a adopté la forme de société afin d'associer différents acteurs pour le développement d'un projet environnemental et économique. Selon ses statuts, elle a pour objet « l'éducation à l'environnement, l'entretien de l'espace rural, l'assistance à maîtrise d'ouvrages, par la mise en œuvre d'animations spécifiques et la valorisation du patrimoine environnemental ». Afin de réaliser cet objet, l'entreprise peut « réaliser tout investissement mobilier ou immobilier, effectuer toutes opérations directes ou indirectes, civiles, commerciales, industrielles ou de crédit, concourant directement ou indirectement à sa réalisation, dans le respect des objectifs d'intérêt collectif de l'entreprise »¹⁴⁹³. Trois catégories d'associés figurent dans la SCIC : les « salariés » qui disposent d'un contrat de travail avec la SCIC, les « bénéficiaires » composés de toute personne physique ou morale qui bénéficie de l'action de la SCIC et non obligatoirement cliente, dont des individus, des associations, des entreprises et les « collectivités publiques » personnes morales de droit public qui soutiennent le projet de la coopérative ou qui sont clientes des prestations fournies par la SCIC. Enfin, les statuts de la SCIC *Initiatives environnement* comprennent un titre sur les collèges de vote, définis comme un moyen d'organisation des droits de vote en fonction de l'effectif ou de l'engagement des coopérateurs. Trois collèges de vote existent dans la SCIC et correspondent aux trois catégories d'associés, les droits de vote sont répartis à 40 p. 100 pour le collège des salariés, 30 p. 100 pour le collège des bénéficiaires et 30 p.100 pour le collège des collectivités publiques. Chaque associé vote ainsi dans le collège auquel il appartient puis le décompte total des voix à l'assemblée générale est obtenu par les sous-totaux de chaque collège selon la règle de la proportionnalité et par l'affectation des pourcentages de droit

¹⁴⁹² <http://alsace.citiz.coop/qui-sommes-nous/SCIC> , consulté le 26 avril 2019. D'autres exemples peuvent être consultés sur le site internet : <http://www.les-SCIC.coop/sites/fr/les-SCIC/>

¹⁴⁹³ Statuts de la société coopérative d'intérêt collectif anonyme à capital variable *Initiatives environnement* : <http://initiatives-environnement.org/les-statuts-dinitiatives-environnement> , consulté le 15 mai 2015. Lien malheureusement devenu indisponible suite à la mise en liquidation de la société en 2016.

de vote attribués à chaque collègue. Le conseil d'administration est respectivement composé pour chaque catégorie d'associé de 4, 3 et 3 sièges. Il est donc possible d'intégrer les différentes parties constituantes et prenantes au sein d'une entreprise comme le montre cette SCIC. Ce qui permet en particulier d'y réunir des associations et des collectivités territoriales. La SCIC constitue ainsi une formule originale permettant d'associer acteurs privés et public pour la poursuite d'un intérêt collectif partagé, en outre la SCIC peut bénéficier du subventionnement d'une collectivité territoriale qui peut y trouver un moyen de mettre en œuvre une politique de protection de l'environnement¹⁴⁹⁴.

449. La SCIC est ainsi celle qui se rapproche le mieux d'une PME en transition écologique et du modèle d'entreprise hybride illustré par la *benefit corporation*. Dominique Schmidt voit d'ailleurs dans la société coopérative d'intérêt collectif (SCIC), la réponse la plus proche d'une notion juridique de l'entreprise¹⁴⁹⁵. En effet, en associant lucrativité - elle reste avant tout un contrat de société - et poursuite d'un intérêt collectif, la SCIC se rapproche du *general public benefit* de la *benefit corporation* américaine¹⁴⁹⁶. Dès lors, par son objet de production ou de fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale, la SCIC est une forme sociétaire tout à fait appropriée pour une mise en œuvre territoriale de la transition écologique, particulièrement lorsque cette utilité sociale renvoie à la protection de l'environnement.

450. Néanmoins, il faut souligner le faible *intuitus pecuniae* de la SCIC et de la coopérative en général. Sa faible lucrativité peut effrayer l'investisseur car une part minimale des résultats de la coopérative doit être affectée à la constitution de réserves légales et statutaires impartageables, afin d'assurer son autofinancement et sa pérennité¹⁴⁹⁷. Conformément à son statut de société coopérative, la SCIC ne peut donc rémunérer que de manière limitée les parts sociales détenues par les associés, ce qui peut rebuter plus d'un investisseur¹⁴⁹⁸. La conciliation entre les différents intérêts est alors problématique et c'est alors l'aspect économique qui peut se trouver déséquilibré au détriment des enjeux sociaux et environnementaux. En effet, sans un minimum d'investissement il peut s'avérer difficile de développer et d'exercer une activité économique qui ait pour objectif une utilité sociale et une protection de l'environnement. Pour y remédier, Dominique Schmidt suggère au législateur l'adoption d'un statut de « société d'intérêt collectif non coopérative »¹⁴⁹⁹ - aussi qualifiable de « société commerciale d'économie sociale et

¹⁴⁹⁴ Article 19 decies de la loi du 10 septembre 1947.

¹⁴⁹⁵ SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », D. 2017, p. 2380.

¹⁴⁹⁶ V. supra sur la *benefit corporation*.

¹⁴⁹⁷ Articles 16 et 19 nonies de la loi du 10 septembre 1947.

¹⁴⁹⁸ Selon l'article 1^{er} de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, les excédents de la coopérative sont prioritairement mis en réserve pour assurer son développement et celui de ses membres et l'article 14 dispose que les coopératives ne peuvent servir à leur capital qu'un intérêt dont le taux, déterminé par leurs statuts, est au plus égal au taux moyen de rendement des obligations des sociétés privées (celui-ci était de 1,5 p. cent au deuxième semestre de 2014).

¹⁴⁹⁹ SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », D. 2017, p. 2380.

solidaire »¹⁵⁰⁰ - afin de permettre l'admission de titres sur un marché réglementé et de ne pas dissuader les investisseurs d'apporter les capitaux nécessaires à son développement.

4. L'intégration de l'environnement dans la SCOP

451. L'intégration de l'environnement dans les autres formes de coopérative n'est pas à exclure. Selon Pierre Liret, « le statut coopératif est à plusieurs égards bien adapté aux projets économiques soucieux d'une gestion écologique de leur activité »¹⁵⁰¹. Pour cet auteur, la coopérative permet la prise en compte du long terme par « la constitution d'un patrimoine collectif transmissible aux générations futures » et le pouvoir est accordé aux membres associés en tant que personnes¹⁵⁰². Par exemple, la société coopérative de production (SCOP)¹⁵⁰³ est formée par des « travailleurs » qui se sont associés pour exercer en commun leur profession. La qualité d'associé peut toutefois ne pas être limitée aux travailleurs personnes physiques puisque l'article 5 de cette loi et l'article 3bis de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 permettent de prévoir dans les statuts de la SCOP, l'admission en qualité d'associé de personnes morales extérieures ainsi que de personnes physiques non employées dans l'entreprise, ce qui permet notamment d'attirer des investisseurs¹⁵⁰⁴. Aussi, lorsqu'il n'existe aucune démarche volontaire en faveur d'une protection de l'environnement initiée par les coopérateurs eux-mêmes, il est tentant d'y voir la possibilité pour des personnes morales d'y représenter cet intérêt.

452. En effet, le droit ne reconnaît pas de personnalité juridique à l'environnement, de ce fait « il » ne peut obtenir ni la qualité de travailleur, ni la qualité d'associé non employé au sein de la coopérative. La représentation paraît alors la solution la plus logique afin de prendre en compte l'environnement dans les décisions de la SCOP. Une solution réside éventuellement dans la proposition de considérer l'environnement comme une personne morale *sui generis* – et non pas *sui juris*¹⁵⁰⁵ – à travers l'apport en ressources environnementales effectué envers la coopérative par son représentant¹⁵⁰⁶. Une autre voie plus aisée permet la possibilité pour une association de protection de l'environnement,

¹⁵⁰⁰ FRANCOUAL Pierre, « Utilité sociale, objet social étendu et intérêt social élargi : de nouveaux horizons pour les sociétés », RLDA n° 117, 1er juillet 2016. V. *supra* sur la question des sociétés commerciales appartenant au secteur de l'ESS avec les « sociétés commerciales d'utilité sociale ».

¹⁵⁰¹ LIRET Pierre, précit.

¹⁵⁰² LIRET Pierre, précit.

¹⁵⁰³ La SCOP est régie par la loi n°78-763 du 19 juillet 1978, par le droit coopératif commun issu de la loi du 10 septembre 1947 et par les modifications apportées par la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 ainsi que par le code de commerce. Anciennement connue sous le nom de « société coopérative ouvrière de production » elle n'est désormais plus « ouvrière » mais il est encore possible d'adopter l'ancienne appellation lorsque les statuts le prévoient.

¹⁵⁰⁴ V. aussi l'article 3bis al.1^{er} de la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération : « Les coopératives peuvent admettre comme associés non coopérateurs, dans les conditions et limites fixées par leurs statuts, des personnes physiques, notamment leurs salariés, ou morales qui n'ont pas vocation à recourir à leurs services ou dont elles n'utilisent pas le travail mais qui entendent contribuer notamment par l'apport de capitaux à la réalisation des objectifs de la coopérative. ».

¹⁵⁰⁵ Sujet de droit autonome non représenté ou assisté par un tiers.

¹⁵⁰⁶ V. *infra* nos développements sur l'idée « d'apport en environnement » dans la société.

voire une autre entité du secteur de l'économie sociale et solidaire, d'être associée à la coopérative et défendre des intérêts liés à la préservation de l'environnement. Pourtant, l'article 1^{er} de la loi de 1947 portant statut de la coopération dispose que, sauf dispositions spéciales à certaines catégories de coopératives, la coopérative fonctionne selon une gouvernance démocratique à raison d'une voix pour chaque membre coopérateur à l'assemblée générale. En l'absence de disposition spéciale pour la SCOP, cette règle lui est donc applicable. Dans l'hypothèse d'une personne morale qui représente l'environnement, ce membre coopérateur n'aurait donc guère plus de voix que les autres membres coopérateurs. Le poids d'une association de protection de l'environnement dans les décisions prises par la SCOP serait donc relativement faible, sauf éventuellement à admettre davantage de personnes morales extérieures, jusqu'à la limite de 35 p. 100 du total des droits de vote permis par l'article 3bis de la loi de 1947.

453. Il demeure que dans la SCOP comme dans le cadre de la SCIC, il est regrettable que la préoccupation environnementale ne soit pas plus intégrée expressément. Il est pourtant bien prévu que peuvent être considérées comme poursuivant une « utilité sociale », au sens donné par l'article 2 de la loi ESS¹⁵⁰⁷, les entreprises dont l'objet social satisfait à titre principal au développement durable dans ses dimensions économiques, sociale, environnementale et participative à la transition énergétique. Toutefois, lorsqu'un tel objet social existe, l'article 2 émet une réserve en ce qu'il est nécessaire, lorsqu'il s'agit de développement durable, que l'activité soit liée à l'une ou l'autre précédemment listée par cet article, à savoir le soutien à des personnes en situation de fragilité et la lutte contre les exclusions et les inégalités. Il n'existe donc pas la possibilité d'un objet social d'utilité sociale uniquement dirigé vers le concours au développement durable à titre principal. L'expression d'utilité sociale employée dans la définition de la SCIC est en réalité entendue de manière relativement restrictive. Une modification de cette législation avec l'idée d'entreprise objet d'intérêt collectif, qui prenne en considération à la fois les intérêts sociaux mais aussi environnementaux, serait d'autant plus cohérente avec l'exigence de transition écologique et la réforme de l'article 1833 du code civil. Dans les textes, les coopératives restent principalement tournées vers la satisfaction de leurs membres ou plus largement, dirigée dans le cas de la SCIC, vers la satisfaction d'un intérêt collectif qui présente un caractère d'utilité sociale - soutien à des personnes en situation de fragilité et lutte contre les exclusions et les inégalités - et dans une moindre mesure, de protection de

¹⁵⁰⁷ Loi ESS, préc., art.2 : « Sont considérées comme poursuivant une utilité sociale au sens de la présente loi les entreprises dont l'objet social satisfait à titre principal à l'une au moins des trois conditions suivantes : 1° Elles ont pour objectif d'apporter, à travers leur activité, un soutien à des personnes en situation de fragilité soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leur état de santé ou de leurs besoins en matière d'accompagnement social ou médico-social. Ces personnes peuvent être des salariés, des usagers, des clients, des membres ou des bénéficiaires de cette entreprise ; 2° Elles ont pour objectif de contribuer à la lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, économiques et culturelles, à l'éducation à la citoyenneté, notamment par l'éducation populaire, à la préservation et au développement du lien social ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale ; 3° Elles concourent au développement durable dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative, à la transition énergétique ou à la solidarité internationale, sous réserve que leur activité soit liée à l'un des objectifs mentionnés aux 1° et 2°. ».

l'environnement¹⁵⁰⁸. La récente possibilité pour une société commerciale classique poursuivant une utilité sociale d'afficher son appartenance au secteur de l'ESS pourrait présenter une solution alternative intéressante à la prise en considération d'intérêts sociaux et environnementaux.

B. La société commerciale poursuivant une utilité sociale

454. Si les structures dites « historiques » ou « statutaires » de l'économie sociale et solidaires (fondations, mutuelles, associations, coopératives), appartiennent naturellement à ce secteur, rien n'est moins évident lorsqu'il s'agit d'une société commerciale. Depuis la loi ESS, une société commerciale poursuivant une utilité sociale peut faire état publiquement de sa qualité « d'entreprise de l'ESS » à condition d'en respecter les principes (1). La société commerciale peut en plus, lorsqu'elle répond aux principes de l'ESS, solliciter l'obtention de l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale », qui nécessite de remplir des conditions supplémentaires aux principes de l'ESS et permet d'obtenir des avantages¹⁵⁰⁹ (2).

1. La société commerciale appartenant au secteur de l'ESS

455. Nouveauté issue de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'ESS, l'article 1^{er} prévoit qu'une société commerciale¹⁵¹⁰ peut désormais faire publiquement état de sa qualité « d'entreprise de l'économie sociale et solidaire » et bénéficier des droits et avantages qui s'y attachent. Une PME engagée dans une démarche de RSE peut dès lors s'engager sur une telle voie, à la condition préalable de respecter et d'intégrer les trois principes de l'économie sociale et solidaire énoncés au I de l'article 1^{er} de la loi ESS. Pour rappel, il s'agit de poursuivre un but autre que le seul partage des bénéfices; d'adopter une gouvernance démocratique¹⁵¹¹ prévoyant notamment l'information et la participation¹⁵¹² des

¹⁵⁰⁸ Il est recensé 96 SCIC relative à l'environnement et aux énergies renouvelables sur les 692 SCIC en activité au 21 août 2017 selon le site internet www.les-scic.coop, consulté le 6 oct. 2018.

¹⁵⁰⁹ Not. la possibilité de pouvoir bénéficier de prêts participatifs sociaux et solidaires consentis par Bpi France, v° DELPECH Xavier, « Entrée en vigueur de l'agrément "entreprise solidaire d'utilité sociale", Dalloz actualité, 7 juillet 2015 ; à propos du décret n°2015-719 du 23 juin 2015 relatif à l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » régi par l'article L. 3332-17-1 du code du travail.

¹⁵¹⁰ Quel que soit sa forme juridique. Par ordre d'importance en avril 2017 selon l'Observatoire national de l'ESS-CNCRESS, *Les sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire : premiers éléments d'analyse*, 2017, p. 6 : SAS, SARL, SAS, SA, société en commandite par actions (SCA), groupements d'intérêt économique (GIE).

¹⁵¹¹ Sur la gouvernance démocratique, une instruction du Ministère de l'économie propose par exemple de rédiger les statuts de la manière suivante : « La gouvernance démocratique de la société est fondée sur un comité rassemblant les associés, salariés, dirigeants et toute autre partie prenante aux activités de l'entreprise, dont l'expression n'est pas liée à leur apport en capital, qui se réunit tous les ans. Ses travaux alimentent les instances statutaires : Ministère de l'économie, *Instruction à destination des services instructeurs en vue de la mise en œuvre du dispositif de l'agrément « Entreprise solidaire d'utilité sociale » (ESUS)*, 20 septembre 2016, en attente de publication au JORF, consultable en ligne : http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2016/09/cir_41318.pdf, consultée le 26 avril 2019.

associés, des salariés et des parties prenantes ; et enfin de diriger majoritairement les bénéficiaires vers le maintien ou le développement de l'activité de l'entreprise et la constitution de réserves obligatoires impartageables et non distribuables. Ces principes doivent être inscrits dans les statuts déposés au registre du commerce et des sociétés¹⁵¹³.

456. La société commerciale doit ensuite poursuivre une « utilité sociale »¹⁵¹⁴. Les statuts de la société commerciale peuvent par exemple être rédigés de la manière suivante selon une circulaire du ministère de l'économie : « La société a pour objet, directement ou indirectement, la promotion de l'insertion sociale et professionnelle par l'accès au travail, à la formation et à l'acquisition de savoir-faire pour des personnes éloignées de l'emploi dans le cadre d'une activité de restauration-traiteur, ainsi que toutes opérations industrielles et commerciales se rapportant à cet objet », ou encore : « La société a pour objet la mise à disposition de véhicules pour des personnes en difficulté sociale et/ou professionnelle, et rencontrant des problèmes spécifiques de mobilité. »¹⁵¹⁵.

457. Pour faire état de son appartenance au secteur de l'économie sociale et solidaire, la société commerciale doit, outre le respect des principes de l'ESS et la recherche d'une utilité sociale, encore appliquer trois principes de gestion spécifiques¹⁵¹⁶ : le prélèvement d'une fraction d'un cinquième des bénéfices de l'exercice affecté à la formation d'un fonds de réserve statutaire obligatoire, dit « fonds de développement »¹⁵¹⁷, ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le montant total des réserves atteint le cinquième du capital social ; le prélèvement dans tous les cas sur le bénéfice de l'exercice d'une fraction de 50 %, affectée aux réserves obligatoires, légales et statutaires, ou au report bénéficiaire¹⁵¹⁸ ; enfin, il est interdit à la société d'amortir le capital et de procéder à une réduction du capital non motivée par des pertes, sauf lorsque cette opération assure la

¹⁵¹² Selon l'article R3332-21-1 du code du travail modifié par le décret n°2015-719 du 23 juin 2015 cette condition de gouvernance démocratique est remplie lorsque les charges d'exploitations liées aux activités participant à la recherche d'une utilité sociale représentent au moins 66 % de l'ensemble des charges d'exploitation du compte de résultat de l'entreprise au cours des trois derniers exercices clos ; ou lorsque le rapport entre, d'une part, la somme des dividendes et de la rémunération des concours financiers non bancaires – une obligation ou un titre participatif par exemple au sens d'instruments financiers -, et d'autre part, la somme des capitaux propres et des concours financiers non bancaires est inférieur, au cours des trois derniers exercices clos, au taux moyen de rendement des obligations des sociétés coopératives, majoré d'un taux de 5 %.

¹⁵¹³ Les mentions devant être contenues dans les statuts ont été précisées par un décret n° 2015-858 du 13 juillet 2015 relatif aux statuts des sociétés commerciales ayant la qualité d'entreprises de l'économie sociale et solidaire, JORF n°0162 du 16 juillet 2015 page 12080, texte n° 18.

¹⁵¹⁴ *Supra*, art.2 de la loi ESS.

¹⁵¹⁵ Ministère de l'économie, Instruction à destination des services instructeurs en vue de la mise en œuvre du dispositif de l'agrément « Entreprise solidaire d'utilité sociale » (ESUS), préc.

¹⁵¹⁶ Loi du 31 juillet 2014, art. 1^{er}, II

¹⁵¹⁷ Arrêté du 3 août 2015 pris en application de l'article 1er de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire fixant la fraction des bénéfices affectée au report bénéficiaire et aux réserves obligatoires, JORF n°0184 du 11 août 2015 page 13973, texte n° 21

¹⁵¹⁸ Selon la formulation de ce texte, il faut retenir que la majorité des bénéfices de l'exercice, soit au minimum 51% des bénéfices doivent être mis en réserve au titre de la réserve obligatoire (le fonds de développement) et au titre de réserve légale (report bénéficiaire). Ce qui laisse donc la possibilité de distribuer 49 % des bénéfices sous la forme de dividendes.

continuité de l'activité¹⁵¹⁹. En d'autres termes, il s'agit selon un document du ministère de l'économie, d'orienter les excédents vers des finalités qui ne sont pas le profit, mais bien la poursuite pérenne de l'activité de l'entreprise ainsi que de limiter les possibilités de spéculation sur le capital et les parts sociales¹⁵²⁰. Dès lors, la PME engagée dans le respect de ces conditions peut faire état d'une prise en considération du long-terme dans son fonctionnement.

458. Malgré l'apparente complexité pour une société commerciale de revêtir cette « forme juridique » hybride entre société commerciale classique et économie sociale et solidaire, il était recensé 236 sociétés commerciales appartenant au secteur de l'ESS en avril 2017, dont une forte majorité (61%) constituées sous forme de sociétés par actions simplifiées¹⁵²¹. En février 2019, il était recensé 499 sociétés commerciales de l'ESS qui sont majoritairement des PME. Nombreuses sont celles qui inscrivent leur activité conformément au 3° de l'article 2 de la loi ESS, c'est-à-dire en poursuivant un développement durable. On y trouve ainsi de nombreuses PME en transition écologique dans des domaines d'activité très variés (commerce, service aux entreprises, l'industrie, le traitement et l'élimination de déchets, le transport, etc.). Par exemple, la SARL « A la source » sise à Lyon est une épicerie de 1 à 5 salariés qui privilégie des produits issus d'une agriculture locale dans un rayon de 200 km autour de Lyon, elle répond ainsi à la mise en place d'une économie circulaire. Il est néanmoins souvent difficile d'identifier en quoi les sociétés listées par les chambres régionales de l'ESS répondent aux conditions pour appartenir au secteur de l'ESS. Une analyse précise de la société doit alors être effectuée au regard de sa lucrativité limitée, de sa gestion démocratique, des principes de gestion spécifiques et de son utilité sociale.

459. Si la société commerciale peut faire état publiquement de son appartenance à ce secteur lorsqu'elle en remplit les conditions précitées, elle peut encore demander à obtenir l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » et ainsi afficher clairement qu'elle est une PME en transition écologique.

2. La société commerciale agréée entreprise solidaire d'utilité sociale

460. Pour un exemple de société commerciale répondant à la fois aux principes de l'ESS et bénéficiant de l'agrément entreprise solidaire d'utilité sociale (ci-après ESUS), il peut

¹⁵¹⁹ Un décret précise les cas pouvant donner lieu à une réduction du capital, décret n° 2015-760 du 24 juin 2015 pris pour l'application de l'article 1er, alinéa 15, de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, JORF n°0148 du 28 juin 2015 page 10946, texte n° 28

¹⁵²⁰ Ministère de l'économie, *Amplifier le financement des entreprises et structures de l'ESS*, [En ligne, <https://www.economie.gouv.fr/files/projet-loi-ess-amplifier-financement.pdf>], p.4, consulté le 6 oct. 2018]

¹⁵²¹ Observatoire national de l'ESS-CNCRESS, *Les sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire : premiers éléments d'analyse*, 2017, pp. 3 et 6 ; Pour un bref aperçu général des entreprises agréées ESUS et comprenant les associations (68%), les sociétés commerciales (20%) et les coopératives (12%) v. BENAZETH Eve, « Agrément ESUS. Retour sur les us et coutumes... », *Juris associations*, n°578, 1^{er} mai 2018, p. 36.

être cité la *SAS Equanum*¹⁵²², plus connu sous la dénomination commerciale de *La ruche qui dit oui !*. La société vise notamment à récréer des liens sociaux autour de l'alimentation, donner accès à une alimentation locale de qualité au plus grand nombre, accompagner la transition écologique en relocalisant les productions. Son objet social est ainsi rédigé :

« Article 4 - OBJET

La Société poursuit comme objectif principal la recherche d'utilité sociale au travers de ces activités.

Cet objectif se manifeste par sa volonté :

- d'apporter, à travers son activité, un soutien à des personnes en situation de fragilité¹⁵²³ soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leur état de santé ou de leurs besoins en matière d'accompagnement social ou médico-social. Ces personnes sont des salariés, des usagers, des clients, des membres et des bénéficiaires ;
- de contribuer à la lutte contre les exclusions et les inégalités¹⁵²⁴ sociales, économiques et culturelles, à l'éducation à la citoyenneté, à la préservation et au développement du lien social et au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale ;
- de concourir au développement durable¹⁵²⁵ dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative, à la transition énergétique et à la solidarité internationale. Cette activité est liée aux objectifs ci-dessus ; et
- d'avoir un impact sociétal et environnemental significatif et positif, dans le cadre de ses activités commerciales et opérationnelles.

Cet objectif se réalise notamment à travers les activités suivantes, exercées directement ou indirectement, en France et à l'étranger :

- La mise en relation, notamment à travers un site web de fournisseurs de marchandises locaux et de groupements de consommateurs locaux ;
- L'offre aux fournisseurs de marchandises des points de relais de distribution chez les particuliers, les professionnels ou autres pour une communauté d'acheteurs ;
- Le négoce et le transport de marchandises, ainsi que le commissionnement sur les ventes réalisées notamment au travers d'un site internet ;
- Le référencement à travers un annuaire de fournisseurs de marchandises ;
- La conception, l'édition et l'exploitation de sites internet et mobile, dans tout domaine d'activités ;
- L'activité de collecte, d'exploitation et de commercialisation de données ;
- L'activité de conseil en communication ;
- L'activité de services et actions marketing, publicitaires et promotionnelles ;
- La prise de participation, d'intérêts ou de contrôle dans toute société en France ou à l'étranger ;
- La participation active à la détermination, l'orientation, à la conduite et au contrôle de la politique générale, et plus généralement, à l'animation effective de toutes sociétés, entités

¹⁵²² Cette société qui a bien voulu transmettre son objet social, bénéficie également de la certification *benefit corporation*.

¹⁵²³ Cette clause fait directement référence aux dispositions de l'article 2, 1° de la loi ESS.

¹⁵²⁴ *Ibid*, article 2, 2° de la loi ESS.

¹⁵²⁵ *Ibid*, article 2, 3° de la loi ESS.

juridiques avec ou sans personnalité morale, dans lesquelles elle prendra à l'avenir une participation, et de toutes sociétés contrôlées directement ou indirectement par les précédentes, à condition que la société en ait le contrôle au sens de l'article L 233-3 du Code de commerce ;

- La gestion de ces participations et toute assistance en matière de management, gestion et de développement ainsi qu'en matière administrative, comptable, financière, commerciale ou immobilière et d'une façon générale, toutes prestations de services liées à ces participations ;
- La participation de la société, par tous moyens, dans toutes opérations pouvant se rapporter à son objet par voie de création de sociétés nouvelles, de souscriptions ou d'achats de titres ou droits sociaux, de fusion ou autrement ;
- Plus généralement, toutes opérations financières, commerciales, industrielles, immobilières ou mobilières pouvant se rattacher directement ou indirectement à l'objet ci-dessus ou à tous objets similaires ou connexes, de nature à favoriser son développement, son extension par voie de création de sociétés nouvelles, de souscriptions ou d'achats de titres ou droits sociaux, de fusion ou autrement, de création, d'acquisition, de location, de prise de location gérance de tous fonds de commerce ou établissements; la prise, l'acquisition, l'exploitation ou la cession de tous procédés et brevets concernant ces activités. ».

461. Cette société illustre parfaitement la combinaison rendue possible par la société commerciale agréée ESUS entre d'une part, l'aspect utilité sociale en vue de la réduction des inégalités et de la lutte contre l'exclusion, et d'autre part l'utilité sociale dans son aspect utilité environnementale – selon l'article 2, 3° de la loi ESS – avec le choix de favoriser l'économie circulaire dans l'objectif de la transition écologique. Il est souhaitable de voir ce modèle d'entreprise responsable s'étendre, mais les conditions requises pour satisfaire aux principes de l'ESS (notamment le fait que les bénéficiaires soient majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise), puis éventuellement pour obtenir l'agrément, semblent encore freiner son développement.

En effet, lorsque la société commerciale respecte préalablement les conditions d'appartenance au secteur de l'ESS, les conditions requises pour obtenir l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » (ESUS)¹⁵²⁶ - anciennement « entreprise solidaire » - sont nombreuses. Alors que les entreprises traditionnelles de l'ESS peuvent obtenir cet agrément « de droit »¹⁵²⁷, plusieurs conditions doivent être réunies pour que la société commerciale puisse l'obtenir.

462. L'article L3332-17-1 du code du travail, qui définissait auparavant les « entreprises solidaires », a été modifié par l'article 11 de la loi ESS et énonce désormais que : peut prétendre à l'agrément ESUS, l'entreprise qui relève de l'économie sociale et solidaire définie à l'article 1^{er} de la loi ESS (gouvernance démocratique, lucrativité limitée, réinvestissement des bénéficiaires) et qui remplit les conditions cumulatives suivantes.

¹⁵²⁶ V° l'arrêté du 5 août 2015 fixant la composition du dossier de demande d'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale », JORF n°0185 du 12 août 2015 p. 14004, texte n° 19

¹⁵²⁷ Les entreprises pouvant prétendre de plein droit à l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » sont énumérées à l'article L3332-17-1-II du code du travail. Il s'agit par exemple des entreprises d'insertion, les ateliers et chantiers d'insertion, les services de l'aide sociale à l'enfance, les entreprises adaptées, les établissements et services d'aide par le travail ou encore les associations et fondations reconnues d'utilité publique recherchant une utilité sociale au sens de l'article 2 de la loi ESS.

Premièrement, l'entreprise poursuit comme objectif principal la recherche d'une utilité sociale¹⁵²⁸ ; deuxièmement la charge induite par son objectif d'utilité sociale a un impact significatif sur le compte de résultat ou la rentabilité financière de l'entreprise¹⁵²⁹ ; troisièmement, la politique de rémunération de l'entreprise satisfait à deux conditions, la moyenne des cinq salariés ou dirigeants les mieux rémunérés dans l'entreprise ne doit pas excéder, au titre de l'année pour un emploi à temps complet, un plafond fixé à sept fois la rémunération annuelle perçue par un salarié à temps complet sur la base de la durée légale du travail et du salaire minimum de croissance ou de branche si ce dernier est supérieur et les sommes versées, y compris les primes, au salarié ou dirigeant le mieux rémunéré, n'excède pas, au titre de l'année pour un emploi à temps complet, un plafond fixé à dix fois la rémunération annuelle mentionnée dans la première condition. Ces dispositions imposent ainsi des écarts de rémunération raisonnables entre bas salaires et hauts salaires. Enfin, quatrièmement, les titres de capital de l'entreprise de l'économie sociale et solidaire, lorsqu'ils existent, ne sont pas admis aux négociations sur les marchés financiers.

463. Une fois ces conditions remplies, la délivrance de l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » est effectuée par le préfet du département où l'entreprise a son siège social¹⁵³⁰. La durée de l'agrément est de cinq années pour les entreprises de plus de trois ans, il est renouvelable sur justification du respect des conditions d'agrément (gouvernance démocratique, lucrativité limitée, réinvestissement, poursuite d'une utilité sociale, impact significatif de cet objectif sur les résultats ou la rentabilité, politique d'écarts de rémunération, exclusion des titres des marchés financiers). Une liste nationale des entreprises bénéficiant de l'agrément doit être mise à la disposition du public par le ministère de l'économie sociale et solidaire¹⁵³¹.

464. Aussi, il est souligné que l'appartenance au secteur de l'économie sociale et solidaire est une chose, alors que l'obtention de l'agrément ESUS en est une autre, puisque des conditions supplémentaires s'y ajoutent. En effet, une société commerciale peut appartenir au secteur de l'ESS si elle « comporte une utilité sociale », mais elle ne peut obtenir l'agrément ESUS qu'à la condition qu'elle ait pour « objectif principal la poursuite d'une

¹⁵²⁸ L'article 2 de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, exige que l'objet social de l'entreprise doit satisfaire à titre principal à au moins l'un des objectifs suivant : l'objectif d'apporter un soutien à des personnes en situation de fragilité économique ou sociale ; l'objectif de contribuer à la lutte contre les exclusions et les inégalités ; ou de concourir au développement durable dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative, à la transition énergétique ou à la solidarité internationale. Le raisonnement précédent sur l'approche restreinte de l'utilité sociale est également applicable à la société commerciale poursuivant un objectif d'utilité sociale ou souhaitant obtenir l'agrément ESUS.

¹⁵²⁹ Ces dispositions ont été précisées par l'article 1^{er} du décret n°2015-719 du 23 juin 2015 qui modifie l'article R3332-21-1. Ainsi, il prévoit notamment que les charges d'exploitation liées aux activités participant à la recherche d'une utilité sociale doivent représenter au moins 66 % de l'ensemble des charges d'exploitation du compte de résultat de l'entreprise au cours des trois derniers exercices clos.

¹⁵³⁰ Plus précisément par la Direction régionale des entreprises de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) alors que la qualité de société commerciale de l'ESS est délivré par le centre de formalité des entreprises (CFE). V° Observatoire national de l'ESS-CNCRESS, *Les sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire : premiers éléments d'analyse*, 2017, p.7.

¹⁵³¹ Article R3332-21-3 du code du travail modifié par décret n°2015-719 du 23 juin 2015, art.3.

utilité sociale ». Dans les deux cas, l'appartenance au secteur de l'ESS ou l'obtention de l'agrément ESUS témoigne d'une démarche de responsabilité sociétale, voire environnementale lorsqu'il s'agit de poursuivre un développement durable au titre de l'utilité sociale telle que définie à l'article 2 de la loi ESS¹⁵³².

465. Les conditions d'agrément ESUS sont nombreuses et rendent complexes les démarches d'obtention dudit agrément pour une société commerciale. Dès lors, quel est l'intérêt d'obtenir un tel agrément pour une société commerciale ?

466. Le premier intérêt de l'agrément ESUS réside assurément dans la possibilité de pouvoir publiquement faire état de son appartenance au secteur de l'ESS, mais aussi d'apporter un élément concret et public démontrant sa volonté d'adopter une véritable responsabilité sociétale en limitant sa lucrativité par l'affectation majoritaire de ses résultats à des activités d'utilité sociale, notamment lorsque c'est le cas, d'activités liées à la mise en œuvre de la transition écologique. Le second intérêt réside *a fortiori* dans les « droits attachés » à l'agrément ESUS. Ainsi, selon l'instruction du ministère de l'économie en date du 20 septembre 2016 à destination des services instructeurs en vue de la mise en œuvre du dispositif de l'agrément ESUS, il est indiqué que : « cet agrément peut s'avérer d'une grande importance pour les entreprises de l'ESS qui demandent à l'obtenir, car il constitue une « porte d'entrée » pour les entreprises de l'ESS vers l'accès au financement, à partir de plusieurs dispositifs, de collecte d'épargne solidaire, qui connaissent une forte croissance. Notamment, les encours collectés d'épargne salariale solidaire sont passés de 600 millions d'euros en 2007 à plus de 5,2 milliards d'euros en 2015. Ces sources de financement sont de plus en plus utiles pour les entreprises solidaires, leur procurant notamment les fonds propres et quasi fonds propres nécessaires à leur changement d'échelle. Dans ce contexte, assurer la robustesse de la qualification des entreprises ESUS constitue un enjeu majeur, notamment pour mobiliser vers les actifs solidaires les investisseurs ainsi que les principaux collecteurs d'épargne (gestionnaires d'épargne salariale, banques, assureurs-vie). »¹⁵³³. L'agrément permet ainsi aux sociétés commerciales du secteur de l'ESS d'accéder à des ressources de financement spécifiques à ce secteur, ce qui pourrait encourager d'autres entreprises à se diriger vers ce type de fonctionnement lorsque les banques sont parfois réticentes à financer certaines entreprises. L'agrément ESUS peut donc offrir un réel avantage pour le financement de PME en

¹⁵³² Pour rappel, l'article prévoit que : « Sont considérées comme poursuivant une utilité sociale au sens de la présente loi les entreprises dont l'objet social satisfait à titre principal à l'une au moins des trois conditions suivantes : 1° Elles ont pour objectif d'apporter, à travers leur activité, un soutien à des personnes en situation de fragilité soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle et particulièrement de leur état de santé ou de leurs besoins en matière d'accompagnement social ou médico-social. Ces personnes peuvent être des salariés, des usagers, des clients, des membres ou des bénéficiaires de cette entreprise ; 2° Elles ont pour objectif de contribuer à la lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, économiques et culturelles, à l'éducation à la citoyenneté, notamment par l'éducation populaire, à la préservation et au développement du lien social ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale ; 3° Elles concourent au développement durable dans ses dimensions économique, sociale, environnementale et participative, à la transition énergétique ou à la solidarité internationale, sous réserve que leur activité soit liée à l'un des objectifs mentionnés aux 1° et 2°.»

¹⁵³³ Ministère de l'économie, Instruction à destination des services instructeurs en vue de la mise en œuvre du dispositif de l'agrément « Entreprise solidaire d'utilité sociale » (ESUS), 20 septembre 2016, préc.

transition écologique, il est ainsi possible pour un investisseur de bénéficier d'une réduction d'impôt sur le revenu en cas d'investissement dans le capital d'une PME agréée¹⁵³⁴. Toutefois, si les apports du secteur de l'économie sociale et solidaire sont indéniables pour l'essor de sociétés hybrides à lucrativité limitée et poursuivant un objectif social et sociétal, l'ESS présente un déséquilibre en raison d'un volet environnemental certes présent, mais insuffisamment développé.

¹⁵³⁴ Art. 199 terdecies-0 AA du code général des impôts

CONCLUSION CHAPITRE II

467. Incontestablement, le difficile recherche d'équilibre au sein d'une entreprise entre les contingences économiques et financières, la nécessité de veiller aux conditions de travail et effets sociaux, ainsi que de protéger l'environnement, sont autant d'éléments souvent divergents, qui rendent cette conciliation ardue. Il a été précédemment examiné que le choix d'une forme juridique particulière parmi celles qui existent aujourd'hui ne répond pas de manière satisfaisante à cette difficulté. En effet, dans le domaine de l'économie sociale et solidaire, il y a lieu de constater qu'il existe le plus souvent un déséquilibre en faveur du pilier social et ce au détriment du pilier environnemental. L'enjeu économique pouvant par ailleurs être limité et insuffisamment attractif. Un ouvrage intitulé *La responsabilité sociétale des entreprises – Approche environnementale*¹⁵³⁵, montre la volonté de ses auteurs de mettre en avant le pilier environnemental, jusqu'à présent insuffisamment développé lorsque la RSE est envisagée. Pascale Deumier observe que « la dimension sociale semble pourtant plus visible, au moins dans le regard des juristes, au point qu'elle pourrait absorber la dimension environnementale, plusieurs travaux récents proposant de saisir cette dernière via le droit du travail »¹⁵³⁶. Tout porte à croire que l'école environnementaliste de la RSE « réponde » enfin à l'école sociale ou travailliste de la RSE (qui était), jusqu'à présent, largement dominante dans la littérature relative à la RSE. Et qu'ainsi, la terminologie de « responsabilité sociale » qui avait quasiment occulté l'aspect environnemental, soit remplacée par celle plus complète de « responsabilité sociétale et environnementale ». Par conséquent, il convient de renforcer l'intégration du pilier environnemental au sein du fonctionnement des entreprises, car tout comme il est « indispensable qu'une personne physique ou morale assume l'entreprise »¹⁵³⁷, il est nécessaire qu'une personne physique ou morale assume l'environnement et prenne en considération ses « intérêts ».

468. Des formes hybrides de société existent déjà et permettent de satisfaire une plus grande pluralité d'intérêts en réduisant leur lucrativité et en recherchant une utilité sociale. C'est à l'étranger, plus particulièrement aux Etats-Unis, qu'apparaissent les formules les plus équilibrées entre recherche d'un but lucratif et poursuite d'une utilité sociétale, environnementale, voire culturelle et scientifique avec la *benefit corporation*. Ce modèle tend d'ailleurs à dépasser les frontières des Etats-Unis puisque des sociétés européennes dont des françaises sont aujourd'hui certifiées *b-corp*. Certaines cumulent même cette certification avec l'agrément entreprise solidaire d'utilité sociale (ESUS). Aussi, c'est peut-être le secteur de l'économie sociale et solidaire qui est le plus dynamique pour envisager de nouvelles façons d'entreprendre une activité économique. Les exemples dans les pays européens voisins donne des illustrations et l'entreprise sociale en droit de l'Union européenne permet de constater l'encouragement donné à ce secteur. En France,

¹⁵³⁵ Centre français de droit comparé, *La responsabilité sociétale des entreprises – approche environnementale*, Colloque du 22 octobre 2015, Société de législation comparée, volume 20, p. 9.

¹⁵³⁶ DEUMIER Pascale, « L'approche environnementale de la RSE – Prolégomènes », *in ibid*, pp. 9-10

¹⁵³⁷ Mémento droit commercial, Francis Lefebvre, 2019, n°2050, v° Personnification juridique de l'entreprise

c'est surtout la législation issue de la loi ESS de 2014 qui a permis de donner une nouvelle dynamique à ce secteur économique en plein développement. Aussi, le champ d'application de l'ESS ne se limite plus uniquement aux structures traditionnelles de l'ESS avec les fondations, les associations, les mutuelles et les coopératives puisque des sociétés commerciales poursuivant une utilité sociale peuvent désormais faire publiquement état de leur appartenance au secteur de l'ESS. Ces sociétés qui peuvent également être agréées ESUS, se doivent alors de respecter les principes attachés à l'ESS, de gouvernance démocratique, de lucrativité limitée et de réinvestissement des bénéfices dans la pérennité de l'entreprise.

469. Si les entités de l'ESS possèdent chacune, plus ou moins, un potentiel pour l'intégration de la transition écologique, il est toutefois, regrettable que la définition de l'utilité sociale soit restreinte à un volet social et sociétal. Ce qui se fait au détriment du volet environnemental qui apparaît être le parent pauvre de l'ESS. Il serait alors logique que l'ESS se transforme en économie sociale, solidaire et écologique. Néanmoins, la pratique permet de constater que les sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC) et les sociétés commerciales poursuivant une utilité sociale, permettent aujourd'hui l'exercice d'activités dans le domaine environnemental et plus généralement, dans le sens de la transition écologique. Les SCIC présentent d'ailleurs un intérêt certain pour l'exercice d'une activité économique qui prend en compte les effets de ses activités sur la société et l'environnement à travers son multisociétariat et l'existence de collègues d'associés. Il est alors possible d'y intégrer diverses parties constituantes et prenantes de la société dont des collectivités territoriales ou des associations qui permettent d'orienter l'activité de la société vers l'intérêt collectif. Cette forme sociétaire présente ainsi un modèle encore plus intéressant que la *benefit corporation* qui ne comprend pas un tel multisociétariat.

470. La condition de faible lucrativité propre aux entités de l'ESS peut néanmoins s'avérer être un obstacle. C'est alors le volet économique qui peut rebuter les investisseurs et rendre ces formes statutaires peu attractives. En ce sens, Dominique Schmidt suggère par exemple la création d'une « société d'intérêt collectif non coopérative » afin d'écarter cette difficulté. En l'état, les différentes entités envisagées apparaissent insuffisantes à résoudre l'équation pour atteindre l'équilibre entre les différents volets économique, social et environnemental de la RSE et permettre de poursuivre l'exigence de transition écologique. Dès lors, cette difficulté révèle la nécessité de conceptualiser une approche plus universelle de l'entreprise, une entreprise hybride qui concilie différents intérêts, mais surtout une « entreprise sobre » qui permette leur juste équilibre dans le sens de la transition écologique.

CONCLUSION TITRE II

471. Les développements sur le concept de société commerciale montrent que celle-ci est elle-même un enjeu déterminant pour une RSE permettant une transition écologique réelle. La société commerciale doit être repensée car elle souffre notamment de sa comparaison avec la notion d'entreprise non définie en droit français. Alors que la société commerciale est réduite à un aspect lucratif, la notion d'entreprise telle qu'énoncée en droit de l'Union européenne est fondée sur le critère plus réaliste d'activité économique. Malgré son absence de définition en droit français, l'entreprise constitue pourtant une entité juridique plus pertinente pour appréhender la réalité économique de l'entreprise. Aussi, la société commerciale apparaît bousculée par l'augmentation de l'emploi du terme « entreprise » dans la législation française. Les propositions de modification de la société commerciale aux articles 1833 et 1835 du Code civil soulèvent ainsi le fait qu'elle n'apparaît plus en phase avec les nouvelles préoccupations sociales et environnementales. Par ailleurs, le développement de formes sociétaires hybrides à l'étranger témoigne du besoin de nouvelles structures par les acteurs économiques. L'apparition de la possibilité pour des sociétés commerciales d'appartenir au secteur de l'économie sociale et solidaire marque encore un peu plus l'effritement de la société commerciale classique. Si toutefois la société commerciale demeure encore centrale et continue de constituer la majorité des PME, elle connaît une diversification croissante de ses formes, avec par exemple la société coopérative d'intérêt collectif qui permet le multisociétariat. Cette dynamique de formes sociétaires alternatives ou hybrides entre but lucratif et poursuite d'un objet social élargi à un but social, sociétal ou environnemental, montre que la société commerciale est une entité en proie à de fortes tensions. Telle une métamorphose, la société commerciale tend de plus en plus, à prendre corps dans d'autres formes que dans sa forme classique définie à l'article 1832 du Code civil. L'entrepreneur responsable souhaite désormais disposer d'une entité compatible avec une PME en transition écologique. Dès lors, la société commerciale paraît prête à se transformer pour constituer un levier pour une transition écologique effective.

CONCLUSION PARTIE I

472. La société commerciale de petite ou moyenne taille est soumise à perturbations. La manifestation de cette fragilisation réside d'une part, dans l'extension de la responsabilité sociétale et environnementale au droit et d'autre part, dans l'existence de la notion d'entreprise et l'apparition de nouvelles formes sociétaires qui viennent ébranler le concept établi de société commerciale.
473. Poussées par l'exigence de transition écologique et l'émergence de nouvelles normes sociales, les sociétés commerciales adoptent des engagements volontaires dans le cadre d'une démarche de RSE qui vise à prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de leurs activités. En réalité, la prise volontaire d'engagements n'est pas nouvelle et l'analyse des origines de la RSE montre que déjà au XIX^{ème} siècle, un paternalisme bienveillant au sein de sociétés à taille humaine envisageait l'adoption de mesures sociales au-delà du droit *de lege lata*. L'évolution de la RSE vers le développement durable puis la transition écologique a conduit le juriste à s'interroger sur la juridicité d'une telle responsabilité ainsi que sur la nature et les conséquences juridiques des engagements volontaires qui en constitue l'expression., il a pu être constaté que la RSE constituait alors une responsabilité singulière distincte de la classique responsabilité civile puisque caractérisée par l'adoption d' « obligations », considérées par l'entreprise, dans un premier temps en tout les cas, comme dénués de contrainte. C'est-à-dire produisant seulement, *a priori*, un effet de norme - ou effet comportemental - à l'exclusion de tout effet de droit. Ces obligations apparaissent alors en théorie imparfaites ou quasi-juridique dès lors qu'il n'existe pas de voies et moyens d'action de droit spécifiques pour obtenir la sanction des engagements adoptés. Toutefois, il n'est pas exclu aujourd'hui qu'elles puissent entraîner des effets juridiques contraignants, à la condition de pouvoir qualifier et faire entrer ces engagements volontaires au sein de notions juridiques existantes. La dynamique de multiplication des engagements volontaires, encouragée par les attentes et nouvelles normes sociales de la société civile, amène les sociétés commerciales à modifier leur comportement. Ce phénomène laisse apparaître un mouvement qui tend à juridiciser la RSE ou à réformer le contrat de société.
474. Ces éléments amènent à repenser la société commerciale plus largement, en particulier par le prisme de l'entreprise. A cet égard, il a été vu également que la notion d'entreprise, non définie par le droit, peut se concevoir comme une entité juridique pertinente, plus large que la société commerciale qui, par essence s'avère restreinte à une dimension lucrative alors qu'un tel critère est absent de la définition de l'entreprise en droit de l'Union européenne qui exige surtout l'exercice d'une activité économique. Par ailleurs, le juge français tend à se détacher du voile de la personnalité morale de la société commerciale. Il emploie en droit du travail le concept prétorien d'unité économique et social pour écarter les découpages sociétaires qui diluent les responsabilités. Toutefois, l'absence de définition juridique de l'entreprise dans le droit français, oblige le juriste français à élargir son horizon pour définir les bases juridiques d'une entreprise responsable et sobre.

475. C'est davantage l'observation d'entreprises non capitalistes ou hybrides, à travers des formes statutaires alternatives dans le domaine de l'économie sociale et solidaire ou à l'étranger, qui s'avère riche d'enseignements. En effet, ces formes alternatives d'exercice d'une activité économique interrogent véritablement la finalité de l'entreprise et se conçoivent par un dépassement du seul critère lucratif, satisfaisant l'intérêt de ses membres dans la vision la plus restreinte, et un intérêt communautaire ou collectif dans la vision la plus générale. L'économie sociale et solidaire possède des entités au potentiel d'intégration de la transition écologique qui mérite d'être développé. Ainsi, la société coopérative d'intérêt collectif se révèle intéressante comme réceptacle d'une PME en transition écologique, tout particulièrement en raison de son multisociétariat qui permet l'intégration de multiples parties prenantes. Pourtant, il est permis de douter que la seule forme sociétaire, le statut juridique – essentiellement *intuitus humanitas* dans l'ESS et insuffisamment *intuitus naturae*¹⁵³⁸ – soit le moyen de concilier à la fois économie, Société et environnement. La PME en transition écologique suppose non seulement d'arbitrer des intérêts divergents, mais aussi de les confronter dans le respect de l'exigence de transition écologique. Aussi, il ne s'agit d'écarter les solutions apportées par les engagements volontaires, par les propositions de formes hybrides de sociétés à l'étranger ou par le secteur de l'ESS, mais de s'appuyer sur ces éléments pour aller plus loin dans la recherche d'une entreprise socialement et environnementalement responsable et proposer l'hypothèse d'une entreprise sobre.

¹⁵³⁸ Voir insuffisamment *intuitus pecuniae* en raison d'une lucrativité limitée.

SECONDE PARTIE

INSTITUER UNE

ENTREPRISE SOBRE

PARTIE 2 INSTITUER UNE ENTREPRISE SOBRE

476. « Le droit et l'excès se connaissent mais ils ne s'aiment pas. Le droit par essence est amené à lutter contre l'excès ; il a pour fonction d'encadrer les comportements humains pour éviter les excès et ainsi de les combattre et même de les prohiber »¹⁵³⁹. Aussi, puisque le comportement de certaines entreprises peut paraître excessif, il convient d'en penser plus avant sa modération et d'instituer¹⁵⁴⁰ une entreprise sobre en considération des développements précédents. En effet, s'il a précédemment été observé que la RSE peut constituer un outil d'intégration de la transition écologique dans l'entreprise à travers l'adoption d'engagements volontaires, ceux-ci peuvent effectivement présenter un effet de norme et de droit, et donc influencer le comportement de celles-ci. Aussi, il a été constaté que loin de laisser toute latitude aux entreprises dans ce domaine, le législateur, tant français qu'européen, était intervenu en adoptant des dispositions contraignantes à l'égard essentiellement des grandes entreprises. Pourtant, il faut constater que ces législations balbutiantes manquent de revêtir une réelle portée contraignante, à l'image par exemple de l'obligation de *reporting*, dont la faiblesse des sanctions en cas de non-respect laisse songeur. Le devoir de vigilance des sociétés-mères, quant à lui, demande encore à prouver son effectivité juridique.

477. Il s'avère par ces considérations que la première partie fut l'occasion de constater que les engagements volontaires ainsi que les dispositions législatives, même d'apparence séduisantes, bien que nécessaires dans la construction d'une entreprise responsable, se révèlent insuffisants pour conclure à une intégration satisfaisante des enjeux sociaux, et surtout environnementaux dans les entreprises. Tout n'est cependant pas négatif puisqu'il a été vu que le secteur de l'économie social et solidaire a récemment été renouvelé par le législateur. L'exemple, de loin le plus intéressant, de la société coopérative d'intérêt collectif, apparaît véritablement comme une forme d'entreprise « hybride »¹⁵⁴¹, c'est-à-dire à la croisée des chemins entre but lucratif et but extra-lucratif par la poursuite d'une utilité sociale et d'un intérêt environnemental. C'est néanmoins à l'étranger aux Etats-Unis, que l'on trouve les formes les plus abouties d'entreprises hybrides avec notamment le modèle de la *benefit corporation* qui se rapproche le plus de la SCIC ou de l'extension davantage lucrative proposée par Dominique Schmidt avec la société d'intérêt collectif non

¹⁵³⁹ HERVOUËT François, « L'excès dans le droit de l'Union européenne, ou comment s'en débarrasser ? », in MBONGO Pascal (dir.), *L'excès, l'hypermodernité, entre droit et politique*, Mare & Martin, coll. Droit et science politique, 2012, 337p., spéc. p.299. L'auteur observe que cette relation entre excès et régulation vaut pour l'ensemble du droit, néanmoins le droit privé recourt davantage à la notion d'abus: p.300, « c'est-à-dire le plus souvent d'un détournement du droit pour atteindre un but différent de celui prévu par l'auteur de la norme. L'abus demande donc alors une appréciation subjective puisqu'il est conditionnée par l'analyse que l'on fait du comportement de son auteur ».

¹⁵⁴⁰ Le terme « instituer » est volontairement adopté pour faire référence à l'article 1832 du code civil qui dispose que la société est « instituée (...) ». Le terme renvoie également à une approche institutionnelle de l'entreprise qui est conçue dans les développements suivants comme un système d'intérêts communs.

¹⁵⁴¹ TCHOTOURIAN Ivan, « L'inconnu de la réforme de l'objet social », BJS, 2018, p. 134 ; rapp. TCHOTOURIAN Ivan, « Nouvelles entreprises aux Etats-Unis et au Canada », Revue Lamy droit des affaires, n°142, 1^{er} nov. 2018

coopérative¹⁵⁴². Ainsi, il a pu être envisagé que la solution relative à la recherche de l'entreprise responsable résidait dans sa forme juridique. Or, par l'exemple de la société coopérative, la forme de l'entreprise n'est pas apparue déterminante dans sa capacité à poursuivre un objectif environnemental davantage qu'une entreprise classique. Il est donc nécessaire de dépasser le « tandem » engagements volontaires et RSE dans sa version développement durable qui connaît un déséquilibre en défaveur de l'environnement, pour dégager de nouvelles propositions en vue de promouvoir un nouveau modèle d'entreprise. Celle-ci ne peut plus être réduite à sa conception actuelle, enfermée dans la « fiction » de la société commerciale : c'est une voie médiane et réaliste au regard des enjeux sociaux et environnementaux qui doit être pensée. Un nouveau modèle d'entreprise doit être proposé pour impulser une RSE de 3^{ème} génération, c'est-à-dire conforme à l'accompagnement de la transition écologique, au-delà donc d'une seule approche sociale et économique.

478. L'ensemble des éléments vus précédemment participe d'un mouvement de modification et de transformation du modèle de la société commerciale dont il faut s'inspirer. Mouvement dans lequel l'entreprise apparaît comme une entité juridique pertinente, qui permet d'intégrer les différentes parties constituantes et prenantes¹⁵⁴³, c'est-à-dire les personnes « gravitant » dans et autour de l'entreprise. Surtout, ce mouvement démontre qu'une « nouvelle grammaire »¹⁵⁴⁴ de l'entreprise se met en place et permet de penser « l'embryon d'une redéfinition générique de la société »¹⁵⁴⁵. Et en ce sens, de conceptualiser une entreprise sobre c'est-à-dire qui soit compatible avec la nécessité d'une transition écologique de notre Société . Aussi, pour étayer davantage l'analyse selon laquelle la société commerciale n'est plus adaptée aux évolutions actuelles, eu égard la prégnance des enjeux sociaux et environnementaux, il convient dans un premier temps de chercher à conceptualiser l'existence d'une « entreprise sobre ».

479. Pourquoi choisir la terminologie d'entreprise et de comportement sobre alors qu'il existe déjà la notion de développement durable ? En réalité, cette dernière pose un problème évident car l'intégration du développement durable dans l'entreprise laisse présupposer qu'il est toujours question de « développement ». Or, il appert que ce terme apparaît de plus en plus sujet à confusion avec le terme de « croissance ». De quel développement s'agit-il ? N'est-ce justement pas ce dernier qu'il convient de repenser au regard de l'exigence de transition écologique ? En effet, le terme même de « développement » pose une difficulté de compréhension car derrière ce mot, demeure l'idée d'une « course à la croissance », voire l'idée que cette croissance – notamment qualifiée de verte par la loi¹⁵⁴⁶ – est la solution pour résoudre les problèmes

¹⁵⁴² SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », D. 2017, p. 2380.

¹⁵⁴³ CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », Rev. de droit du travail, 2018, p. 107.

¹⁵⁴⁴ LEVILLAIN Kévin, « L'émergence de nouvelles formes de sociétés : l'exemple de la *Flexible Purpose Corporation* », Arch. Phil. Droit 56, 2013, p. 333 : « Cette nouvelle grammaire nous permet de mieux comprendre les différentes alternatives que le droit des sociétés a commencé à inclure dans de nombreux pays. »

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*

¹⁵⁴⁶ Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

environnementaux. Un auteur qui plaide pour une *décroissance soutenable* observe ainsi qu'outre « les professionnels de la justification du capitalisme, d'autres acteurs plus sensibles à la question écologique ont également contribué à nous persuader qu'il était possible de continuer à croître sur le plan économique sans mettre en danger l'espèce humaine. Force est bien de constater aujourd'hui que l'idéologie du "développement durable", quelle que soit la pureté des intentions de ses partisans, a retardé ou même empêché une vraie prise de conscience de la gravité de la situation »¹⁵⁴⁷. Aussi, nous pensons que le mouvement de responsabilité sociétale des entreprises est l'un des mécanismes qui a pu retarder l'adoption de solutions plus efficaces, en laissant la possibilité aux entreprises, d'adopter des engagements volontaires et sans que ces derniers n'entraînent de véritable bouleversement du modèle économique actuel.

480. Aujourd'hui, le développement durable continue de porter en son sein, le postulat d'une croissance toujours possible et contient l'idée sous-jacente d'une croissance infinie, sans que ne soit véritablement posé la question d'une limitation stricte voire d'un arrêt de ce développement. Pourtant, l'objectif d'un développement infini est logiquement condamné et ce constat n'est pas nouveau. En effet, déjà en 1798, l'économiste Malthus s'essayait à dénoncer l'impossible équation entre l'augmentation de la population et des richesses et un environnement qui ne pourrait plus indéfiniment y pourvoir¹⁵⁴⁸. Reprenant par la suite les idées développées par Malthus, les économistes Ricardo et Mill avançaient l'idée de « l'état stationnaire », soit un développement économique stable qui ne poursuive pas une croissance sans fin¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴⁷ ABRAHAM Yves-Marie in MEADOWS Dennis, MEADOWS Donella, RANDERS Jorgen, *Les limites à la croissance (dans un monde fini) Le Rapport Meadows, 30 ans après*, Ed. Ecosociété, coll. Retrouvailles, 2013, préface, p. 13.

¹⁵⁴⁸ MALTHUS Thomas Robert, *Essai sur le principe de population*, 1798, traduction de Pierre Theil et mis en ligne par Jean Marie Tremblay : http://classiques.uqac.ca/classiques/malthus_thomas_robert/essais_population/principe_de_population.pdf, consulté le 5 janvier 2016 : « Une place limitée est accordée à l'être humain. Lorsque tous les arpents ont été ajoutés les uns aux autres jusqu'à ce que toute la terre fertile soit utilisée, l'accroissement de nourriture ne dépendra plus que de l'amélioration des terres déjà mises en valeur. Or cette amélioration ne peut faire des progrès toujours croissants, bien au contraire. A l'opposé, partout où elle trouve de quoi subsister, la population ne connaît pas de limites, et ses accroissements sont eux-mêmes les causes de nouveaux accroissements ! » ; V. aussi ATTALI Jacques (groupe de réflexion présidé par), *Pour une économie positive*, Fayard, La documentation française, Paris, 2013, p.41. Le rapport indiquant qu'au « cours des vingt prochaines années, une explosion démographique portera l'humanité de 7,2 à 8,3 milliards d'individus ».

¹⁵⁴⁹ MILL John-Stuart, ROQUET Léon, *Principes d'économie politique*, Ed. Guillaumin, Paris, 1894, p.138 : « Les chapitres précédents contiennent la théorie du progrès économique de la société dans le sens où on le comprend ordinairement et qui consiste en un accroissement des capitaux, de la population et des arts de la production. Mais lorsqu'on étudie un mouvement progressif qui n'est pas naturellement infini, l'esprit n'est pas satisfait d'embrasser les lois de ce mouvement ; il ne peut manquer de se poser la question : Où tendons-nous ? A quel but définitif la société marche-t-elle avec ces progrès industriels ? Lorsque ces progrès cesseront, quelle sera la condition dans laquelle ils laisseront l'humanité ? ». V. aussi DOLLO Christine, BRAQUET Laurence, DOLCE Delphine, GINESTE Nathalie, *Economie*, Sirey, coll. Aide-mémoire Sirey, 2016, pp. 392-394 : « D. Ricardo en 1817 souligne quant à lui le rôle des rendements agricoles décroissants. Il compare la terre à une série de machines à produire du blé. Il les envisage comme inaltérables, signifiant par là une nature éternelle et inépuisable. Cependant, ces machines diffèrent par leur niveau de productivité. On peut ainsi les classer des plus productives au moins productives. Avec l'augmentation de la population et la hausse des besoins qui en découle, l'homme est amené à mettre en culture des terres de moins en moins fertiles. Ainsi, la fertilité des terres demeure intacte, mais les rendements agricoles sont décroissants. Ici réside la finitude de la dynamique économique, la hausse de la rente foncière conduit à la baisse du taux de profit, et mène à l'état stationnaire. L'activité humaine est ainsi pensée en fonction de la nature ; ce qui est conforme aux sociétés du début du XIXe siècle, essentiellement agricoles, où dominent les énergies froides (énergie éolienne ou hydraulique). J. S. Mill (1806-1873) souligne les bienfaits, notamment environnementaux, de l'état stationnaire. ».

481. Mill observe ainsi dans ses principes d'économie politique : « il n'y a pas grand plaisir à considérer un monde où il ne resterait rien de livré à l'activité spontanée de la nature, où tout rood de terre propre à produire des aliments pour l'homme serait mis en culture ; où tout désert fleuri, toute prairie naturelle seraient labourés ; où tous les quadrupèdes et tous les oiseaux qui ne seraient pas apprivoisés pour l'usage de l'homme seraient exterminés comme des concurrents qui viennent lui disputer sa nourriture (...) Si la terre doit perdre une grande partie de l'agrément qu'elle doit à des objets que détruirait l'accroissement continu de la richesse et de la population, et cela seulement pour nourrir une population plus considérable, mais qui ne serait ni meilleure, ni plus heureuse, j'espère sincèrement pour la postérité, qu'elle se contentera de l'état stationnaire longtemps avant d'y être forcée par la nécessité. »¹⁵⁵⁰. C'est donc bien un passage d'une RSE de deuxième génération avec le développement durable à une RSE de troisième génération avec la transition écologique qu'il s'agit d'opérer, cette exigence peut être poursuivie par une sobriété appliquée à l'entreprise et perçue à travers un réalisme juridique.

482. Le réalisme juridique¹⁵⁵¹ ou réalisme ontologique, nécessite une approche empiriste du droit¹⁵⁵², en effet « le droit n'est pas un ensemble d'entités abstraites (telles que les normes, les valeurs, les obligations, les droits, ou n'importe quelle chose de de genre), mais bien un ensemble de faits, de faits sociaux d'un certain type »¹⁵⁵³. En d'autres termes, le droit n'est pas « dans la nature », ou « dans les choses »¹⁵⁵⁴. Aussi, si le réalisme juridique revient à saisir les faits pour lesquels des valeurs peuvent être énoncées, il en va ainsi de l'entreprise, réalité économique soumise à une exigence de transition écologique qui ne peut être ignorée du droit. Aussi, c'est la réalité de l'ossature même de l'entreprise qui

¹⁵⁵⁰ MILL John Stuart, op. cit., p. 141.

¹⁵⁵¹ Au sens d'une approche sociologique du droit renvoyant au courant objectiviste du droit qui entend refuser toute vision idéaliste du droit. V° MILLARD Eric, « Réalisme », in ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, préc. : « Les travaux réalistes dans le domaine juridique sont ceux qui entendent refuser toute vision idéaliste du droit. Ainsi en est-il par exemple, pour ce qui de la doctrine française, des courants objectivistes qu'incarne, entre autres, l'école de Bordeaux en droit public (Léon Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1912 – puis notamment, avec d'importantes nuances, Gaston Jèze ou Paul Duez) : ces doctrines s'inspirent d'un positivisme sociologique qui les conduit à rejeter le subjectivisme juridique (critique des notion de droits subjectifs, de volonté de l'Etat) pour insister sur des faits objectifs, comme l'existence de normes sociales qu'il appartient au juriste savant comme au législateur de (re)connaître et de respecter ». ; v. aussi à propos de l'approche sociologique du droit ou positivisme sociologique BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, préc., p. 29 : « Dans cette conception, la règle de droit découle des faits sociaux et non de la volonté des gouvernants. ». Le réalisme juridique tel qu'entendu ici ne se réduit pas à l'approche sociologique du droit au risque selon Jean-Louis Bergel: « de limiter le droit à un reflet servile des faits » (*ibid.*, p.30).

¹⁵⁵² GUASTINI Riccardo, « Le réalisme juridique redéfini », trad. Eric Millard, *Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 2013/19, pp.113-129.

¹⁵⁵³ *Ibid.* v° spéc. 23 : « Nous dirons donc que le droit n'est pas proprement l'ensemble des textes normatifs, mais plutôt l'ensemble des significations – ou des normes – tirées des textes normatifs, au moyen de l'interprétation, ainsi – comme nous le savons maintenant – qu'au moyen de constructions juridiques. En ce sens, les textes normatifs ne sont pas à proprement parler “le droit” : ils sont plus modestement des « sources du droit ».

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*

doit être préalablement mise en exergue : d'une part, à travers les intérêts communs¹⁵⁵⁵ qui constituent le système de l'entreprise et s'inscrivent dans un cadre qui est celui de l'ordre public écologique, d'autre part, à travers l'inhérente fonction sociale de l'entreprise qui amène à penser la place que doit accorder le droit objectif à l'entreprise. Une fois déterminés les traits essentiels de l'entreprise, il est alors possible de donner une colonne vertébrale à cette ossature par la caractérisation d'un comportement sobre de l'entreprise. S'appuyant sur la présence d'une terminologie de la sobriété aujourd'hui présente dans le droit, le comportement sobre pourrait constituer un standard juridique émergent et devenir un outil de systématisation d'appréciation de la responsabilité de l'entreprise. Dès lors, le comportement sobre doit pouvoir se définir en s'appuyant sur des principes cardinaux tels que la proportionnalité, la subsidiarité, l'altérité et la temporalité écologiques (**Titre I**). Procédant de ces développements conceptuels relatifs à l'entreprise sobre, un second temps doit permettre d'en proposer une concrétisation à travers une relecture des éléments du contrat de société qui participent de sa constitution et de son fonctionnement. Plus précisément, il est question de savoir comment représenter l'intérêt environnemental – ou « l'associé-environnement » – dans l'entreprise en considération de l'exigence de personnalité juridique de l'associé. Se poser la question de la place de l'environnement dans la société commerciale revient également à s'interroger sur les notions d'apport en société et de bénéficiaire ou d'économie qui soulèvent la problématique de l'évaluation de l'environnement. Enfin, l'entreprise sobre peut encore se concrétiser à travers l'objet social et l'intérêt social qui peuvent constituer des moyens de contrôle d'un comportement sobre (**Titre II**).

¹⁵⁵⁵ V° FARJAT Gérard, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », RTD civ., 2002, p. 221. L'auteur attribue l'expression d'intérêts communs à Maurice Hauriou: « En 1916, Hauriou faisait appel à l'idée d'organisation « qui permettra de dégager non pas une volonté collective, mais au moins une représentation valable des intérêts communs » (HAURIOU Maurice, Principes de droit public, 2ème éd°, 1916, p.123 et s. ; v. encore l'expression utilisée par KISS Alexandre Charles, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », RCADI, 1982, vol. 175, pp. 99-256, spéc. p. 203, à propos des intérêts communs de l'humanité : « De même, il importe de préserver le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale, d'actes et d'utilisations qui pourraient être préjudiciables aux intérêts communs de l'humanité. ».

TITRE 1 LA CONCEPTUALISATION D'UNE ENTREPRISE SOBRE

483. L'adoption récente par le législateur d'un champ lexical de la sobriété à travers plusieurs textes de loi laisse apparaître une mise à l'écart partielle du développement durable au profit de l'exigence de transition écologique. Il s'agit d'une nouvelle prise en main par le législateur de la question environnementale à côté de la faible législation ayant trait à la RSE des entreprises. Cette intervention du législateur semble acter la fin d'un certain « laissez-faire » en matière de responsabilité sociétale des entreprises et traduit en quelque sorte l'insuffisance des entreprises à se montrer capables d'introduire efficacement le développement durable dans leur fonctionnement par des engagements volontaires. En effet, le législateur optait jusqu'à présent pour une régulation par les acteurs eux-mêmes, en prenant soin néanmoins d'encadrer ce nouveau domaine du droit à destination des grandes entreprises. Bien que trop timidement, puisqu'on assista au passage du « laissez-faire » originel au « laissez-agir ». C'est-à-dire que le législateur accepta le discours général des entreprises selon lequel celui-ci devait se garder d'une législation plus étendue, sans aller au-delà de l'instauration d'une obligation de déclaration de performance extra-financière et d'un devoir de vigilance pour certaines entreprises. Or, cette inertie et ce choix attentiste du législateur semblent surtout avoir retardé l'adoption d'une législation qui comporte véritablement les ferments d'un véritable changement de paradigme de l'entreprise. Soit une entreprise qui, comme dans le secteur de l'économie sociale et solidaire, n'est plus réduite à son essence économique mais qui accepte d'endosser de nouvelles responsabilités par la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux. Par suite, en adoptant un champ lexical de la sobriété, le législateur admet une certaine inefficacité du « laissez-faire » (le droit-écarté), par la régulation, et du « laissez-agir » (le droit-interrogé), par un faible encadrement législatif. Le législateur effectue ainsi un changement de posture et emploie à nouveau la législation comme s'il appelait désormais à un « laissez-régir » (le retour du droit). Ce mouvement de bascule illustre ainsi le passage d'une « société commerciale RSE », - en passant par une entreprise non capitaliste ou de forme hybride - initiée par les entreprises elles-mêmes, à une « entreprise sobre », dont le développement émerge à travers les différentes interventions du législateur, sans qu'elle ne soit véritablement désignée comme un objectif politique et législatif à atteindre.

484. A l'heure actuelle, la notion de « sobriété » n'est pas définie par la loi. Toutefois, il est possible de conceptualiser la sobriété en droit et d'en dégager une définition à travers les différents textes de loi qui constituent un droit de la sobriété. Appliqué à l'entreprise, c'est surtout le comportement sobre qui doit pouvoir être mis en lumière. Or, affirmer que l'entreprise doit limiter son activité économique peut être contradictoire avec la liberté d'entreprendre. En réalité, l'application d'un réalisme juridique à l'entreprise permet

d'écarter cette difficulté et de concevoir l'entreprise – en elle-même – comme acteur de la sobriété ou bioacteur¹⁵⁵⁶. En effet, l'entreprise permet de répondre à l'insatisfaisante « fiction »¹⁵⁵⁷ de la société commerciale, à sa transformation et au constat d'une volonté de la réformer, alors que de nouvelles formes d'exercice d'une activité économique émergent. Aussi, proposer une « entreprise sobre » doit préalablement conduire à exposer l'ossature de « l'entreprise » elle-même afin de vérifier si le qualificatif de sobre peut lui être accolé de façon cohérente. Deux questionnements surgissent : quels intérêts composent l'entreprise et quelle fonction remplit-elle ? Ces interrogations amènent à une double approche de l'entreprise, systémique et fonctionnelle. D'une part, l'entreprise peut être considérée comme un système composé d'intérêts communs qui s'y rejoignent. Ce système trouvant lui-même à s'inscrire dans un cadre, celui de l'ordre public écologique. Ordre public en développement, celui-ci tend à véhiculer de nouvelles valeurs et limites, conformes à l'exigence de transition écologique qui peuvent conduire à limiter l'exercice d'une activité économique. D'autre part, l'entreprise possède une fonction sociale, en elle-même, qui se distingue de l'objet social et du but social. L'exercice des droits subjectifs du sujet entreprise doit alors être dirigé dans un certain sens, vers la Société qui a admis par le droit objectif, l'activité économique poursuivie (**Chapitre I**). Une fois proposée une conceptualisation systémique et fonctionnelle de l'entreprise qui permet de rendre compte de son ossature finalisée, il s'agit de préciser ce qui peut conduire à qualifier l'entreprise de sobre. Pour ce faire, la sobriété doit être définie. En réalité ancienne, la sobriété figure aujourd'hui dans les textes les plus récents du droit puisqu'il est possible d'en déceler des applications législatives. Aussi, la poursuite d'une sobriété par l'entreprise en tant que moyen de mise en œuvre de la transition écologique, conduit à poser l'hypothèse d'une systématisation d'un tel comportement qui puisse devenir un véritable standard juridique. Néanmoins, la sobriété peut n'être que matérielle, c'est-à-dire insuffisamment vertueuse et limitée à une sobriété égoïste, à l'inverse d'une frugalité altruiste. Ce qui explique la nécessité d'établir des principes cardinaux du comportement sobre – à l'image des antiques principes cardinaux de l'action humaine – conciliant la sobriété de l'avoir et de l'être (**Chapitre II**).

¹⁵⁵⁶ L'entreprise n'est pas la seule personne à pouvoir être identifiée comme un acteur de la sobriété. V° en ce sens le concept de « bioacteur », selon l'expression de DEPINCÉ Malo, « D'un droit privé de l'environnement », RLDC, juill.-août 2008, n°51, étude, pp.65-78, spéc. p.66: «le néologisme de bioacteur peut dès lors également être proposé (...) Le bioacteur est alors celui qui peut agir sur son environnement, en bien ou en mal (...) L'ambiguïté qui pèse sur le terme bioacteur permet d'insister sur la propre ambiguïté de l'homme quant à son rapport à l'environnement: il en dépend et dans le même temps il le détériore. Il peut également agir pour le protéger». V. également Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier, *Perspectives d'un droit privé de l'environnement. A la recherche du statut juridique du bioacteur*, BDEI, Lamy, février 2009, supplément au n°19, faculté de droit de Montpellier, colloque du 11 et 12 septembre 2008.

¹⁵⁵⁷ V° Partie I sur l'idée que la société commerciale est une fiction restreinte en ce qu'elle représente la réalité économique uniquement à travers la société commerciale alors que l'entreprise apparaît comme une fiction davantage conforme à cette réalité.

CHAPITRE 1 REALISME JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

ENCADREE PAR L'ORDRE PUBLIC ECOLOGIQUE

485. « On néglige trop souvent l'étude des finalités du droit »¹⁵⁵⁸. Aussi, c'est faire preuve de réalisme juridique que de penser la « fin » de la société commerciale¹⁵⁵⁹ à l'aune de la transition écologique. Dans l'élaboration de l'ossature de l'entreprise sobre, il peut ainsi être affirmé que la fonction sociale est un trait essentiel de l'entreprise en raison des intérêts qui l'entoure. La finalité du contrat de société est sans doute insuffisamment questionnée au-delà de la satisfaction de l'intérêt des associés ou de l'intérêt de la personne morale sociétaire. Or, si les intérêts de la société commerciale peuvent s'avérer limités, les intérêts de l'entreprise sont eux bien plus vastes et soulèvent plus fondamentalement la question de la « fin de l'entreprise privée »¹⁵⁶⁰, c'est-à-dire sa fonction au sein de la Société dans son ensemble. Autrement dit, comment l'entreprise peut-elle « profiter » à la Société ? Possède-t-elle une fonction qui la conduise à adopter un certain comportement ? En économie, il est indiqué que l'entreprise, parce qu'elle n'existe que par la liberté donnée par le législateur d'exercer son activité (*licence to operate* ou permis social d'opérer¹⁵⁶¹), contracte une dette dès sa création par le fait qu'elle est amenée à puiser des ressources dans les « biens communs »¹⁵⁶². Aussi, doit-elle intégrer l'idée de « redevabilité sociale »¹⁵⁶³. Egalement traduite dans la littérature juridique par

¹⁵⁵⁸ BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, préc., p. 31, l'auteur ajoute que : « Ni les praticiens, ni les théoriciens ne peuvent s'abstraire des finalités du système juridique ou des règles de droit pour en comprendre le sens, en guider l'interprétation, en orienter l'application ou en prévoir l'évolution ».

¹⁵⁵⁹ Expression empruntée à FAVEREAU Olivier, « La fin de l'entreprise privée », in SUPIOT Alain (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontière – Perspectives économiques et juridiques*, coll. Les sens du droit, Dalloz, 2015, conclusion, pp. 305 à 320.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*

¹⁵⁶¹ V° VARISON Leandro, « La RSE saisie par le droit », colloque des 06 et 07 avril 2016, Université de Strasbourg, v. la publication MARTIN-CHENUT Kathia, DE QUENAUDON René (dir.), *La RSE saisie par le droit, Perspectives interne et internationale* aux éd. Pedone, 2016, p. 397

¹⁵⁶² V° PARANCE Béatrice, DE SAINT VICTOR Jacques, *Repenser les biens communs*, CNRS éd°, 2014, p.16 : Comme l'expose ces auteurs en introduction de l'ouvrage, Elinor Oström, [*La gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles* (1990), Bruxelles, éd. De Boeck, 2010, 301 p.], s'attacha à démontrer les erreurs théoriques de Garett Hardin [*The tragedy of the Commons* », Science, vol. 162, 13 déc. 1968, p. 1243-1248] qui fondait son hypothèse de *Tragédie des communs* par la théorie néoclassique de l'*homo oeconomicus* selon laquelle les individus agissent exclusivement dans la recherche de leur seul intérêt immédiat, excluant que certains agissent en fonction d'une forme d'intérêt collectif. C'est cette même idée appliquée à la société commerciale qu'il s'agit d'explorer. Le concept de « biens communs » étant selon les auteurs à définir mais pouvant être identifiés comme « une autre façon de posséder » (ibid, p.20, les auteurs de référant à GROSSI Paolo, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza postunitaria*, Milan, Giuffrè, 1977). Les auteurs prennent notamment l'exemple des immeubles classés dont les propriétaires s'accommodent d'entorses au principe propriétaire (p.23). Les auteurs constatent alors que si les individus peuvent accepter d'atténuer leur droit de propriété, il en va différemment lorsqu'il s'agit de sociétés commerciales, plus particulièrement des entreprises multinationales qui peuvent adopter un comportement de prédation sur les « ressources naturelles » (les semences agricoles brevetées par exemple) et défendent alors de façon beaucoup plus implacables le droit de propriété classique (pp.23-24). Plus avant, les « biens communs » participent selon les auteurs de la production de « nouveaux droits fondamentaux ou, à tout le moins, obligent à concevoir différemment certains droits fondamentaux dont la racine philosophique est l'individualisme de la modernité occidentale » (p.27).

¹⁵⁶³ CAPRON Michel, « La RSE saisie par le droit », colloque des 06 et 07 avril 2016, Université de Strasbourg, V° la publication MARTIN-CHENUT Kathia, DE QUENAUDON René (dir.), *La RSE saisie par le droit, Perspectives interne et internationale* aux éd. Pedone, 2016 : L'intervenant exposait que la redevabilité sociale renvoie chez les économistes au vocable anglais de « accountability » et indique une réinternalisation des externalités.

l'idée de « fonction sociale »¹⁵⁶⁴ dans l'approche sociologique du droit. En ce sens, un auteur indique que « la fonction sociale est inhérente à la science juridique » et explique que « dès le XIII^e siècle saint Thomas d'Aquin, considérait que le droit positif (*ius positivum*) ne saurait être juste et légitime que s'il a en vue le Bien commun »¹⁵⁶⁵.

486. L'idée de fonction sociale appliquée à l'entreprise pose toutefois des difficultés. En effet, la seule fonction *a priori* assignée par le contrat de société à l'entreprise est celle de satisfaire *l'intérêt commun des associés* – et non pas le bien commun – par la poursuite d'un but lucratif. Mais peut-on encore se satisfaire de cette approche, alors que se développe un ordre public écologique, un ensemble législatif relatif à la transition écologique et à la sobriété, ainsi qu'un contrat de société en voie d'être amené à intégrer les enjeux environnementaux à travers l'intérêt social ? Par ces considérations, ne convient-il pas d'être cohérent et de dépasser une approche anachronique du contrat de société – trop réduit à la satisfaction d'intérêts restreints – et de décliner l'intérêt commun des associés en des intérêts communs pluriels à l'entreprise ? Cette question permet alors de rapprocher la réalité juridique – dépassée – de la société commerciale, de la réalité économique, juridique et sociale de l'entreprise. Par conséquent, ce rapprochement conduit à l'hypothèse qu'il existe, non pas, « une » fonction sociale de l'entreprise destinée à satisfaire l'intérêt commun des associés, mais « des » fonctions sociales de l'entreprise au pluriel, satisfaisant à la fois, l'intérêt commun des associés mais aussi d'autres intérêts communs¹⁵⁶⁶. Dans une approche systémique, l'entreprise peut en effet être considérée comme un système d'intérêts communs et de pouvoirs, aux confluences de différentes responsabilités, à la fois juridiques mais également extrajuridiques. Du fait de l'existence de cette multiplicité d'intérêts et de responsabilités autour de l'entreprise, certains auteurs proposent alors de voir « l'entreprise comme commun »¹⁵⁶⁷. Néanmoins, cette expression n'étant pas tout à fait fixée en droit, il est certainement plus aisé de s'appuyer sur l'ordre public écologique. Cadre pertinent pour définir les contours des intérêts communs et responsabilités de l'entreprise, ce nouvel ordre public est alimenté

¹⁵⁶⁴ V° par not. DESPAX Michel., *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, pp. 352-353 : « Fonction sociale vis-à-vis des travailleurs, auxquels il s'agit d'assurer un niveau de vie convenable, fonction sociale vis-à-vis des usagers de l'entreprise à l'égard desquels l'entreprise assume des fonctions analogues à celles d'un véritable service public. La recherche des bénéfices est donc dans la société exclusive de tout autre intérêt que celui du capital, elle va de pair dans l'entreprise avec la recherche d'une conciliation des différents intérêts mis en jeu par la marche de l'exploitation. » ; TCHOTOURIAN Ivan, « Avis du CESE sur les Livres verts en matière de gouvernement d'entreprise : pour une consécration de la fonction sociale des entreprises », Bull. Joly Bourse, 1^{er} février 2012, n°2, p.58. A propos des avis du CESE sur le « Livre vert – Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE », 27 octobre 2011, COM (2011) 164 final ; et sur le « Livre vert – Le gouvernement d'entreprise dans les établissements financiers et la politique de rémunération », 20 janvier 2011, COM(2010) 284 final. Et pour des applications concrètes v° le colloque sur le thème « Les fonctions sociales du banquier », LASSERE CAPDEVILLE Jérôme (dir. scient.), organisé par l'équipe de droit des affaires de l'UMR DRES de l'Université de Strasbourg, 14 février 2018.

¹⁵⁶⁵ GEIGER Christophe, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », D. 2010, p. 510.

¹⁵⁶⁶ La société fait face à une pluralité d'intérêts distincts qui doivent être combinés, cette « condition d'homogénéité des intérêts » selon Emmanuel Gaillard est constitutive d'un élément essentiel à la personnification d'intérêts distincts au sein d'un groupement personnalisé dans une personne morale. Les intérêts doivent alors être un minimum mis en commun pour qu'il y ait groupement, v. *supra* GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, 250 p.

¹⁵⁶⁷ BOMMIER Swann, RENOARD Cécile, *L'entreprise comme commun, Au-delà de la RSE*, Ed. Charles Léopold Mayer, février 2018, 264 p., spéc. p. 212 : « Plutôt que simple acteur économique mû par une rationalité instrumentale de maximisation du profit, l'entreprise peut donc être définie comme un collectif entretenant un tissu de relations extrêmement diversifié avec des communautés politiques multiples ».

par les nouvelles législations et autres normes sociales¹⁵⁶⁸ relatives à la transition écologique (**Section I**). Dès lors, c'est en admettant l'idée que l'entreprise est un système d'intérêts communs encadré, qu'il peut conséquemment être affirmé qu'elle possède une fonction sociale. Inhérente à l'entreprise, une telle fonction suppose l'exercice de la propriété et de la liberté dans une direction qui n'est pas seulement celle d'un but social lucratif (**Section II**).

Section 1 Un système d'intérêts communs encadré par l'ordre public écologique

487. Parallèlement aux propositions de réforme – envisagées ou réalisées¹⁵⁶⁹ – des articles 1832 et 1833 du Code civil¹⁵⁷⁰, des auteurs en sciences sociales ont envisagé de définir « l'entreprise comme commun »¹⁵⁷¹, dans le sillage des travaux d'Elinor Oström¹⁵⁷². Cette proposition se heurte à la notion d'intérêt collectif, notamment employée dans le rapport Notat et Senard pour désigner un « dépassement des intérêts particuliers au sein de la société »¹⁵⁷³. Il faut alors s'interroger sur la distinction entre « collectif » et « commun » pour établir dans quelle mesure, l'entreprise peut être considérée comme un commun et plus exactement, un système d'intérêts communs. Pour ce faire, il s'agit de procéder méthodiquement en partant d'abord de « l'intérêt commun » des associés tel qu'il est défini à l'article 1833 du code civil, pour envisager ensuite son élargissement plus réaliste à « des intérêts communs », soit une terminologie qui apparaît plus pertinente au regard des intérêts plus larges qui entourent l'entreprise. Dès lors, au vu de l'existence d'intérêts multiples, une approche systémique¹⁵⁷⁴ de l'entreprise peut se concevoir du fait de la concentration de ces intérêts dans l'entreprise, elle peut alors être considérée comme un système d'intérêts communs (**I**). Ce système trouve lui-même à s'inscrire dans un système d'intérêts supérieurs, l'ordre public écologique qui peut être perçu comme cadre de l'entreprise sobre (**II**).

¹⁵⁶⁸ V° BENISTY Samuel, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Institut Universitaire Varenne, Coll. des Thèses, LGDJ, 2014, 364 p.

¹⁵⁶⁹ V° la loi Pacte n°2019-486 du 22 mai 2019 et l'ajout d'un second alinéa à l'article 1833.

¹⁵⁷⁰ V. Partie I.

¹⁵⁷¹ BOMMIER Swann, RENOARD Cécile, *L'entreprise comme commun, Au-delà de la RSE*, Ed. Charles Léopold Mayer, février 2018, 264 p., spéc. p. 212 : « Plutôt que simple acteur économique mû par une rationalité instrumentale de maximisation du profit, l'entreprise peut donc être définie comme un collectif entretenant un tissu de relations extrêmement diversifié avec des communautés politiques multiples ».

¹⁵⁷² OSTRÖM Elinor, *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, , éd. De Boeck supérieur, coll. Planète en jeu, 2010, 301 p.

¹⁵⁷³ Rapport Notat et Senard, préc., p.19

¹⁵⁷⁴ Supra.

I. L'entreprise comme un système d'intérêts communs

488. La notion d'intérêt collectif est l'une des plus couramment utilisée pour désigner un intérêt qui regroupe celui de plusieurs personnes, toutefois l'expression « intérêts communs » peut paraître plus pertinente pour désigner l'ensemble des intérêts satisfaits ou concernés par l'entreprise. Il est alors possible de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux dans les intérêts communs de l'entreprise (A). Cette terminologie d'intérêts communs paraît d'autant plus adaptée qu'elle permet de concevoir l'entreprise de manière systémique, c'est-à-dire comme une entité visant à satisfaire et préserver des intérêts communs en vue de pourvoir à la pérennité de l'entreprise-système (B).

A. De l'intérêt commun aux intérêts communs

489. L'approche réaliste de l'entreprise ne peut se satisfaire de l'intérêt commun des associés. L'entreprise est dans les faits le siège d'une rencontre de davantage d'intérêts. Il pourrait alors être retenu que l'entreprise est un « objet d'intérêt collectif » comme l'énonce le rapport Notat et Senard mais l'intérêt collectif n'est encore pas suffisant pour appréhender l'ensemble des intérêts qui gravitent autour de l'entreprise. Par conséquent, une différenciation peut être faite entre l'intérêt commun et l'intérêt collectif, qui doivent eux-mêmes être distingués de la proposition d'intérêts communs (1). Cette prise en compte d'intérêts supplémentaires tels que les enjeux sociaux et environnementaux par l'entreprise correspond à une approche collective qui s'explique par la nécessaire limitation de la liberté d'entreprendre (2).

1. Intérêt collectif *versus* intérêts communs

490. Passer de l'intérêt commun des associés défini à l'article 1833 alinéa 1^{er} du Code civil, approche restreinte de l'intérêt social, à l'intérêt de l'entreprise, approche élargie de l'intérêt social aux parties prenantes, nécessite d'appréhender l'entreprise comme un système d'intérêts communs. Que faut-il comprendre par « intérêts communs » ? En réalité, l'expression est courante lorsqu'elle est utilisée au singulier, par exemple pour désigner l'intérêt commun des associés, mais plus rarement lorsque l'expression est déclinée au pluriel. Dans ce second cas, l'expression « intérêts communs » apparaît essentiellement en droit des sociétés¹⁵⁷⁵ et renvoie à la réunion d'intérêts partagés par

¹⁵⁷⁵ L'expression exacte d'intérêts communs est surtout présente dans le code de commerce (voir l'illustration ci-après), mais le code monétaire et financier utilise également cette terminologie, par exemple aux articles L512-56 ou encore L512-99 dans le domaine des banques mutualistes pour la représentation d'intérêts communs.

plusieurs personnes. Il en est ainsi de la « masse »¹⁵⁷⁶ de porteurs de valeurs mobilières émises par une société par actions (titres participatifs ou obligations)¹⁵⁷⁷. Cette masse qui a la personnalité morale, peut agir en nullité de la société, des actes ou délibérations, ou pour toute action en justice ayant pour objet la défense des intérêts communs des obligataires¹⁵⁷⁸ (a). Au-delà de l'utilisation précise de l'expression « intérêts communs », dans ce cas, si l'expression peut être rapprochée de l'intérêt collectif, elle s'en distingue néanmoins par une appréhension plus large des intérêts, au-delà des personnes (b).

a. Les intérêts communs de la masse dans la société par actions

491. La notion de masse est intéressante à plus d'un titre puisqu'elle permet à plusieurs personnes constituées autour « d'intérêts communs » – la possession de valeurs mobilières émises par la société – d'agir en justice par l'intermédiaire des représentants de cette masse pour défendre leurs intérêts envers la société. Par extrapolation, nous pourrions envisager un mécanisme similaire pour des personnes également liées à l'entreprise par un lien de droit, pour différents fournisseurs d'une même société. Cependant, peuvent-ils être considérés comme une masse ? La loi envisage spécifiquement la masse pour des personnes obligataires mais rien n'empêche *a priori* la fixation par les statuts de la société d'une « masse statutaire » ou contractuelle, reconnaissant à certaines personnes des droits similaires inspirés du modèle de la masse d'obligataires, notamment en prévoyant des droits politiques à travers la délivrance d'informations, la consultation par vote électronique sur des projets d'actes et délibérations envisagés par la société. Ce mécanisme de masse contractuelle – véritable « bloc » de protection des parties prenantes¹⁵⁷⁹ – pourrait se décliner en différentes masses, propres à chaque groupement de personnes réunis autour d'intérêts communs, c'est-à-dire les parties prenantes plus ou moins intéressées par l'activité de l'entreprise comme les fournisseurs, sous-traitants, consommateurs, collectivités territoriales, créanciers, associations, etc.

492. La reconnaissance par l'entreprise de masses représentées au sein de l'entreprise pourrait conférer un pouvoir de proposition ou d'opposition à chaque masse - dans les

¹⁵⁷⁶ La masse désigne un groupement de détenteurs de titres participatifs ou d'obligataires. Le régime de la masse est principalement régi par les articles L228-37 et suivants du code de commerce, notamment créés par l'ordonnance n°2017-970 du 10 mai 2017. Pour un aperçu historique et de son régime juridique v° ENDREO Gilles, « Ordonnance du 10 mai 2017 visant à favoriser le développement des émissions obligataires régies par le droit français », Bull. Joly Sociétés, n°06, 1^{er} juin 2017, p.416. Le projet de décret envisagerait la masse à partir d'une valeur nominale unitaire égale ou supérieure à 100000 euros pour l'émission constituée d'obligations.

¹⁵⁷⁷ Art. L228-37 al.2 du code de commerce : « Les porteurs de titres participatifs d'une même émission sont groupés de plein droit pour la défense de leurs intérêts communs en une masse qui jouit de la personnalité civile. » ; art. L228-46 du code de commerce : « Les porteurs d'obligations d'une même émission sont groupés de plein droit pour la défense de leurs intérêts communs, en une masse qui jouit de la personnalité civile. »

¹⁵⁷⁸ L'article L228-54 du Code de commerce prévoit que : « Les représentants de la masse, dûment autorisés par l'assemblée générale des obligataires, ont seuls qualité pour engager, au nom de ceux-ci, les actions en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieures à sa constitution, ainsi que toutes autres actions en justice ayant pour objet la défense des intérêts communs des obligataires... ».

¹⁵⁷⁹ V° ENDREO Gilles, « Ordonnance du 10 mai 2017 visant à favoriser le développement des émissions obligataires régies par le droit français », Bull. Joly Sociétés, n°06, 1^{er} juin 2017, p.416.

limites statutaires ou contractuelles prévues par l'entreprise. Cette hypothèse peut évidemment apparaître contraignante pour la bonne marche de l'entreprise et cause de complexité, aussi conviendrait-il de prévoir dans les statuts, les hypothèses pour lesquelles la ou les masses pourraient intervenir (projet de fusion, changement de forme sociétaire, définition de la stratégie de l'entreprise, ou toute décision qui nécessite la réunion de l'assemblée générale extraordinaire...). Toutefois, le mécanisme de masse, élargi à d'autres personnes que les détenteurs de valeurs mobilières, offrirait à l'entreprise un nouveau moyen de démocratiser l'entreprise par l'insertion de contre-pouvoirs, autres que ceux pouvant être exercés par les administrateurs et les associés. La société pourrait prévoir l'attribution de droits politiques aux masses envisagées dans son fonctionnement à l'image des collègues d'associés dans les SCIC. La masse pourrait être pertinemment envisagée dans le cadre de la proposition de Dominique Schmidt relative à l'instauration d'une société d'intérêt collectif non coopérative. Néanmoins, il a été vu que l'intérêt collectif de la société coopérative était défini par rapport à la production de biens et services d'intérêt collectif, « qui présentent un caractère d'utilité sociale »¹⁵⁸⁰. Ce caractère fixé par l'article 2 de la loi ESS ne donnant à la préoccupation environnementale qu'une application subsidiaire. L'intérêt collectif est donc insatisfaisant dans cette hypothèse, mais il l'est également de manière générale si l'on souhaite prendre en considération, à la fois, les enjeux sociaux et environnementaux dans l'entreprise.

b. L'insuffisant intérêt collectif

493. L'intérêt collectif est essentiellement employé pour la mise en œuvre de la responsabilité civile lorsque des intérêts sont lésés et qu'il s'agit de donner une consistance au préjudice¹⁵⁸¹. Plus précisément, les intérêts collectifs sont qualifiables d'intérêts « spécialisés »¹⁵⁸², ils ne se résument pas à la somme des intérêts individuels et se distinguent de l'intérêt personnel des différents membres d'une collectivité¹⁵⁸³. Il peut s'agir par exemple de l'intérêt collectif de copropriétaires, de consommateurs¹⁵⁸⁴, d'une profession¹⁵⁸⁵, d'un groupe de sociétés¹⁵⁸⁶ ou encore d'une association agréée pour la

¹⁵⁸⁰ Art. 19 quinquies, loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération.

¹⁵⁸¹ V° BRUN Philippe, PIERRE Philippe, LABASSE Julie (dir.), *Le Lamy droit de la responsabilité*, Wolters Kluwer, coll. Lamy droit civil, oct. 2017, n°214-20

¹⁵⁸² CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, GUIHAL Dominique, « Préjudice écologique », RJE 2013/3, vol. 38, pp. 457-480 ; v. aussi CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », in CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de la nature devant le juge : approches comparative et prospective*, Vertigo, hors-série 22, septembre 2015 : « Ainsi, la notion d'intérêt collectif s'applique-t-elle dans certains secteurs déterminés ». V. également sur la notion d'intérêt collectif, BOY Laurence, *L'intérêt collectif en droit français (réflexions sur la collectivisation du droit)*, Thèse, Nice, 1979, dactyl., 2 t., 1616 p.

¹⁵⁸³ V° BRUN Philippe, PIERRE Philippe, LABASSE Julie (dir.), *Le Lamy droit de la responsabilité*, Wolters Kluwer, coll. Lamy droit civil, oct. 2017, n°214-290.

¹⁵⁸⁴ V° l'art. L621-1 du code de la consommation s'agissant des associations de défense des consommateurs qui peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs.

¹⁵⁸⁵ V. l'art. L2132-3 du code du travail s'agissant du droit des syndicats professionnels de défendre l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.

protection d'intérêts collectifs liés à l'environnementaux sur le fondement de l'article L142-2 du code de l'environnement¹⁵⁸⁷. En droit des sociétés, le rapport Notat et Senard opte pour la terminologie « d'objet d'intérêt collectif » pour désigner l'entreprise et sa raison d'être¹⁵⁸⁸. L'intérêt collectif y est présenté comme une déclinaison de la notion jurisprudentielle d'intérêt social, et comme le « dépassement des intérêts particuliers au sein de la société et de l'entreprise »¹⁵⁸⁹. Dans ce rapport, l'intérêt collectif est défini de manière négative par opposition à l'intérêt général et à la maximisation du profit¹⁵⁹⁰, il est un intérêt médian situé au-dessus de l'intérêt commun des associés et en-dessous de l'intérêt général, apanage de l'Etat. Aussi, si un classement devait être effectué selon le nombre d'intérêts visés, l'ordre serait le suivant : intérêt personnel, intérêt commun, intérêt collectif ou spécialisé et intérêt général. Or, chacun d'eux vise des personnes. L'intérêt personnel vise l'intérêt d'une personne, l'intérêt commun ne vise à l'article 1832 du code civil que les personnes associées, l'intérêt collectif renvoie à une collectivité d'individus regroupée autour d'intérêts spécifiques partagés, tandis que l'intérêt général vise au bien public, c'est à-dire à l'avantage de tous¹⁵⁹¹. En ce sens, si l'intérêt collectif peut s'apparenter à l'intérêt d'autrui ou s'identifier à un intérêt altruiste¹⁵⁹², c'est toujours par référence à une personne ou bien à des circonstances contingentes. En d'autres termes, l'intérêt collectif souffre d'une certaine précarité, d'une incomplétude à saisir des intérêts transcendants. Ainsi, il apparaît par conséquent que si l'entreprise est désignée comme un « objet d'intérêt collectif », cette approche ne permet pas d'appréhender l'ensemble des intérêts qui s'y rapportent et plus particulièrement les enjeux environnementaux. En effet, faute d'être une personne, il ne peut être affirmé que l'environnement, indépendamment et *per se*, figure dans l'intérêt collectif.

494. Le vocable d'intérêt collectif appliqué à l'entreprise présente la difficulté de ne viser que certains intérêts spécifiques, liés à des personnes, et peut donc présenter l'inconvénient d'écarter les intérêts des biens ou plus exactement, les intérêts non représentés par des personnes qui y ont un intérêt spécifique. Le danger est alors d'accorder une importance à géométrie variable à l'intérêt collectif selon que les intérêts soient plus ou moins partagés entre les personnes qui le composent, au détriment d'intérêts spécifiques existants mais non représentés. Dès lors, l'expression « d'intérêts

¹⁵⁸⁶ Par exemple pour justifier le financement de sociétés dans l'intérêt du groupe, v° Cass. Crim. 16 janvier 2013, n°11-88852, note Emmanuel Dreyer, Gaz. Pal., 11 mai 2013, n°131.

¹⁵⁸⁷ CAMPROUX-DUFFRENE, GUIHAL Dominique. préc.

¹⁵⁸⁸ NOTAT Nicole, SENARD Jean-Dominique, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », Rapport remis aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances, et du travail, le 9 mars 2018, p. 4. Selon ce rapport, la raison d'être de l'entreprise n'est pas réductible au profit, elle vise à répondre aux attentes croissantes des parties prenantes, à intégrer les enjeux sociaux et environnementaux, à répondre à des besoins spécifiques dans une dynamique de création collective et à contribuer à un ensemble économique et social en s'insérant dans un écosystème (réseau de fournisseur, clients, sous-traitants...). « La raison d'être se définit comme ce qui est indispensable pour remplir l'objet social, c'est-à-dire le champ des activités de l'entreprise. Elle est à l'entreprise ce que *l'affectio societatis*, bien connu des juristes, est aux associés : une volonté réelle et partagée. »

¹⁵⁸⁹ Rapport Notat, Senard, précité, p. 15

¹⁵⁹⁰ Rapport Notat, Senard, précité, pp. 38 à 46.

¹⁵⁹¹ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc., v° intérêt.

¹⁵⁹² BRUN Philippe, PIERRE Philippe, LABASSE Julie (dir.), *Le Lamy droit de la responsabilité*, Wolters Kluwer, coll. Lamy droit civil, oct. 2017, n°214-295 et 214-300.

communs » peut sembler plus appropriée. Les intérêts communs peuvent en effet être envisagés plus largement que l'intérêt collectif dans ce sens où ils ne sont pas limités à des intérêts spécialisés, mais incluent l'ensemble des intérêts présents dans l'activité économique de l'entreprise. Il est alors possible d'inclure dans ces intérêts communs, les intérêts des parties prenantes et de l'environnement. Conçus plus largement que l'intérêt collectif, les intérêts communs concernent davantage d'intérêts que ceux des seules personnes ayant un intérêt spécifique dans l'entreprise. Ainsi, l'environnement étant l'un des intérêts communs de l'entreprise¹⁵⁹³, il doit être pris en considération au même titre que les intérêts des parties prenantes.

495. Par ailleurs, la notion d'intérêts communs présente l'avantage de renvoyer à l'utilisation jurisprudentielle de la notion de « communauté d'intérêts ». Celle-ci est employée en droit des sociétés lorsqu'il s'agit de vérifier la validité d'un cautionnement donné par une société civile au regard de son objet social. Sous le visa de l'article 1849 du code civil, la jurisprudence considère que : « si le cautionnement donné par une société n'entre pas directement dans son objet social, ce cautionnement est néanmoins valable lorsqu'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la société cautionnée »¹⁵⁹⁴, encore faut-il que cette conformité indirecte à l'objet social respecte l'intérêt social de la société. Si cette communauté d'intérêt se caractérise pas les liens familiaux et capitalistiques unissant les personnes au sein des sociétés visées, il n'est pas exclu que le juge utilise d'une autre manière la communauté d'intérêts pour apprécier les intérêts communs dans une conception élargie de l'intérêt social de la société. *A contrario* de la solution jurisprudentielle, le cautionnement n'entrant pas dans l'objet social pourrait ne pas être valable dès lors qu'il est porté atteinte aux intérêts communs de l'entreprise, sans même qu'il ne soit besoin de se référer à l'intérêt social. Néanmoins, approuver cette solution semble délicat si une approche plus complète, collective, de l'entreprise n'est pas envisagée et que lesdits intérêts communs ne sont pas précisés.

2. L'approche collective de l'entreprise

496. Les propositions de modification de l'article 1833 du code civil précédemment envisagées visent à dépasser la seule satisfaction de l'intérêt commun des associés en y intégrant d'autres intérêts (intérêt supérieur de l'entreprise, intérêts sociaux, sociétaux et environnementaux...). Or, il peut être soulevé que ces propositions heurtent la conception de la liberté et de la propriété au sein de l'entreprise. En effet, selon l'article 2 de la

¹⁵⁹³ V° plus précisément sur cette question l'hypothèse d'apports en environnement, *infra*.

¹⁵⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2000, n° 97-17827, LPA, 25 déc. 2000, n°256, p.8, *note* COURTIER Jean-Loup. V. aussi sur la validité d'un cautionnement par une SCI des engagements personnels d'un associé : Cass. com. 8 nov. 2005, n°01-15503, Bull. Joly Sociétés, 1^{er} mars 2006, n°03, p.339, *note* BARBIERI Jean-François. Néanmoins la Cour de cassation considère désormais que la conformité indirecte à l'objet social (par communauté d'intérêt ou par décision unanime des associés) ne suffit pas. Dans tous les cas, le cautionnement doit être conforme à l'intérêt social de la société (existence de contrepartie non dérisoire pour la société caution). V° Cass. com. 8 nov. 2011, n° 10-24438, Gaz. Pal. n°26, 26 janv. 2013, obs. DONDERO Bruno.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, la liberté et la propriété sont deux droits de l'Homme considérés comme naturels et imprescriptibles. Plus exactement, les propositions de modification viennent atténuer la liberté d'entreprendre dont la valeur constitutionnelle est reconnue¹⁵⁹⁵, car il faudrait y inclure d'autres intérêts que ceux des associés exprimés lors de la constitution de l'entreprise. Cette vision qui consiste à voir dans les propositions de prendre en considération des intérêts supplémentaires – les enjeux sociaux et environnementaux – une limitation de la liberté et de la propriété au sein de l'entreprise n'est pas tout à fait exacte et doit être nuancée.

497. En réalité, les propositions d'ajouter au contrat de société des intérêts supplémentaires – sociaux et environnementaux – reviennent à écarter l'interprétation erronée du droit romain effectuée jusqu'à présent. En effet, comme le souligne Michel Villey, c'est à tort que le droit moderne, dès le Moyen-âge, en passant par la philosophie moderne libérale individualiste, a systématisé les trois attributs de la propriété, l'*usus*, le *fructus*, et l'*abusus*¹⁵⁹⁶ comme un droit inviolable, exclusif, absolu, sans limitation quelconque. L'auteur observe qu'à Rome : « les pouvoirs du propriétaire subissent diverses limitations, provenant non seulement des mœurs familiales, mais du contrôle du censeur et plus tard des lois impériales. Mais surtout, les juristes romains nous paraissent s'être abstenus de donner *aucune définition* des pouvoirs du propriétaire : le rôle du droit étant seulement à Rome de répartir les choses, non de mesurer des pouvoirs. »¹⁵⁹⁷. Il faut alors comprendre que la liberté comme la propriété, si naturels et imprescriptibles soient-elles, ne doivent pas être conçues comme source de pouvoir mais garant d'une juste répartition des choses. Il en va de même pour l'entreprise qui doit être un lieu de juste exercice de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété, c'est-à-dire susceptible de comporter des limitations en considération d'intérêts extérieurs¹⁵⁹⁸.

498. S'opposent en l'occurrence une approche individualiste et une approche collective de l'entreprise. D'une part, se présente une approche de l'entreprise réduite aux intérêts d'un nombre restreint d'individus, *a minima* les associés. D'autre part, s'oppose une approche

¹⁵⁹⁵ Conseil constitutionnel, Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982, loi de nationalisation : « Considérant que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ».

¹⁵⁹⁶ Selon MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Les biens*, LGDJ, Lextenso, coll. Droit civil, 6^{ème} éd°, 2015, spéc. 432, une autre approche peut être adoptée à partir de la lecture de l'article 544 du Code civil (La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue), il serait plus exact de distinguer deux droits : le *jus abutendi* (le droit de disposer, c'est-à-dire l'*abusus*), et le *jus utendi et fruendi* (le droit d'user de la chose et d'en percevoir les fruits, c'est-à-dire l'*usus* et le *fructus*).

¹⁵⁹⁷ VILLEY Michel, *Le droit romain*, coll. Quadrige, PUF, 2012, p.94

¹⁵⁹⁸ L'article 544 du code civil précise que si le droit de propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, elle ne peut faire l'objet d'un usage prohibé par les lois ou les règlements.

collective – pour ne pas dire collectiviste¹⁵⁹⁹ – qui serait davantage tournée vers la satisfaction d'un intérêt collectif au sens des intérêts spécifiques d'une collectivité restreinte. En réalité, il ne faudrait pas envisager isolément, ni l'intérêt commun des associés, ni l'intérêt collectif¹⁶⁰⁰, mais les intérêts communs de l'entreprise. En effet, cette formule d'intérêts communs présente l'avantage de traduire l'idée d'une « hétérogénéité d'intérêts » propre à l'entreprise et absente de la société commerciale selon Michel Despax¹⁶⁰¹. Elle permet également de signifier que l'entreprise se compose, non seulement des intérêts des associés, mais également des intérêts des parties intéressées par la marche de l'entreprise¹⁶⁰². Par exemple, une collectivité territoriale ou de consommateurs ont toutes deux un intérêt commun à ce que l'entreprise mène une activité économique, si celle-ci permet d'assurer la pérennité d'emplois locaux. Surtout, puisque la formule « intérêts communs » ne renvoie pas nécessairement à des personnes, elle présente l'avantage de ne pas systématiser la protection d'une volonté mais peut aussi exprimer la protection d'un intérêt juridiquement protégé. Les intérêts communs peuvent dès lors comprendre l'environnement¹⁶⁰³.

499. Il peut alors être opposé à cette proposition son aspect simpliste. En effet, il peut être soulevé la question de l'intérêt de l'entreprise à satisfaire des intérêts au-delà de ceux des associés et de la société. La réponse réside en partie dans la notion de fonction sociale inhérente à l'entreprise et inséparable de la satisfaction d'intérêts communs par l'entreprise. Tout comme le droit de propriété n'est pas absolu, la liberté d'entreprendre ne l'est pas également. En réalité, nier toute fonction sociale à l'entreprise reviendrait à nier l'existence même de l'entreprise et exclure l'idée qu'elle satisfait des intérêts communs par son activité économique. Comme l'énonce justement Léon Duguit, la fonction sociale se ramène à ceci :

« L'homme n'a pas de droits, la collectivité n'en a pas davantage. Parler des droits de l'individu, des droits de la société, dire qu'il faut concilier les droits

¹⁵⁹⁹ Dictionnaire de l'Académie française, 9^eéd., v^o *collectivisme* : « Doctrine politique et sociale qui vise à supprimer la propriété individuelle et à remettre à la collectivité tous les moyens de production et d'échange, ainsi que tous les produits du travail (par opposition à capitalisme). »

¹⁶⁰⁰ Notons que selon la présentation du projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017, il a été abandonné toute référence à l'intérêt collectif dans la définition du préjudice réparable, « afin d'éviter une extension non maîtrisée de cette notion qui ne saurait être confondue avec l'intérêt général »; Site internet du Ministère de la justice, en ligne, <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/projet-de-reforme-du-droit-de-la-responsabilite-civile-29782.html>, consulté le 07 mai 2018.

¹⁶⁰¹ V^o la distinction entre homogénéité des intérêts dans la société commerciale et hétérogénéité des intérêts dans l'entreprise chez DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, préc., pp.353-354 : « Cette homogénéité des intérêts ne se retrouve pas dans l'entreprise. Le fonctionnement de l'entreprise et en effet tout entier dominé par la recherche d'une conciliation entre des intérêts hétérogènes : intérêt du travail, intérêt du capital, intérêt des usagers... On conçoit dès lors aisément que le cadre sociétaire conçu pour réaliser l'équilibre d'intérêts homogènes, ne permette pas de parvenir à l'équilibre d'intérêts hétérogènes et qu'une volonté d'union ne puisse que malaisément s'y manifester. ». L'auteur illustre son propos par les intérêts hétérogènes présents dans les entreprises publiques.

¹⁶⁰² Il ne s'agit pas nécessairement de la « bonne » marche puisqu'il peut s'agir de tiers intéressés par le fait que l'activité s'exerce sans nuisances, par exemple une association de riverains de l'entreprise.

¹⁶⁰³ C'est-à-dire en tant que patrimoine commun à protéger : v. Charte de l'environnement, préambule, 3^{ème} considérant : « Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ».

de l'individu avec ceux de la collectivité, c'est parler de choses qui n'existent pas »¹⁶⁰⁴.

500. Semblable affirmation de l'inhérente nécessité pour l'entreprise de satisfaire des intérêts communs trouve une grande clarté chez les économistes :

« La poursuite de l'intérêt personnel ne sert pas le bien-être collectif quand les coûts et les bénéfices privés diffèrent des coûts et bénéfices sociaux. La problématique environnementale est typique d'une telle situation où les coûts privés sont souvent différents des coûts sociaux. Dans ce cas, la poursuite de l'intérêt privé, parce qu'elle ne prend pas en compte l'ensemble des coûts et des bénéfices, ne conduit pas à une situation optimale. Les économistes proposent alors d'instaurer certaines taxes (effet dissuasif) ou subventions (effet incitatif) afin que les calculs individuels conduisent à l'intérêt collectif, c'est-à-dire à la prise en compte de l'ensemble des coûts et bénéfices. »¹⁶⁰⁵.

Selon ce raisonnement, la prise en compte *ex ante* par l'entreprise des intérêts communs dès sa constitution, permet d'éviter de recourir à des mécanismes de réparation *ex post*. En d'autres termes, la satisfaction d'intérêts communs assumée aujourd'hui, permet l'évitement demain, d'éventuels coûts sociaux et environnementaux.

501. Dans le sens de la satisfaction d'intérêts communs par l'entreprise, si la lecture de l'article 1833 du code civil prévoit que la société commerciale est constituée dans l'intérêt commun des associés, il n'est pas écrit dans leur « seul » intérêt. Aussi, les propositions de modification de l'article 1833 envisageaient-elles d'autres intérêts, sociaux et environnementaux. De plus, l'obligation pour toute société d'avoir « un objet licite » souligne le fait que le législateur a entendu concevoir la constitution d'une société dans un intérêt plus large que l'intérêt commun des associés. Dès sa création, la société est en réalité déjà préalablement limitée par ce qui est licite de ce qui ne l'est pas. Par ce qui est conforme à l'ordre public de ce qui ne l'est pas, précisément dans le sens d'une protection d'autres intérêts, d'intérêts communs hétérogènes, considérés comme supérieurs et extérieurs à l'entreprise. L'élargissement de l'actuel « intérêt » de l'article 1833 du code civil à un « intérêt général économique, social et environnemental »¹⁶⁰⁶ et désormais à

¹⁶⁰⁴ DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé*, préc., p. 24

¹⁶⁰⁵ BELLEMARE Diane, « Bien commun et intérêt collectif », *Éthique publique*, vol. 6, n° 1 | 2004, spéc. 6, mis en ligne le 30 décembre 2015, <http://ethiquepublique.revues.org/2049> consulté le 22 juin 2017.

¹⁶⁰⁶ Formule proposée dans l'avant-projet de loi sur la croissance et l'activité présenté par M. Emmanuel Macron alors ministre de l'économie lors d'un conseil des ministres en novembre 2014 contenait un article 83 aujourd'hui disparu relatif à l'intérêt social qui était ainsi rédigé : « À l'article 1833 du code civil, après les mots : “ *et être constituée dans l'intérêt commun des associés.* ” sont ajoutés les mots : “ *Elle doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental* ”. ». En ce sens, le projet de loi Pacte, préc., semble quelque peu en-deçà des ambitions initiales en n'envisageant pas « l'intérêt général ». L'article 1833 nouveau du code civil se présenterait comme suit : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. »

l'intérêt social depuis l'adoption de la loi Pacte le 11 avril 2019, constitue l'aboutissement logique d'une conciliation entre l'objet licite et l'intérêt commun des associés.

502. En dehors des propositions visant à spécifier les intérêts à prendre en considération, il serait peut-être plus pertinent d'indiquer plus simplement à l'article 1833 que : « la société est constituée en vue de la satisfaction d'intérêts communs »¹⁶⁰⁷.

503. Cette proposition est une formule suffisamment large pour offrir à la fois aux dirigeants la possibilité de gérer l'entreprise conformément à l'intérêt commun des associés dans un but essentiellement lucratif, mais aussi de permettre aux personnes intéressées, de saisir le juge pour apprécier la validité des actes et délibérations de la société lorsque ceux-ci seraient contraires aux intérêts communs. Toute la difficulté d'inclure l'idée d'intérêts communs dans l'entreprise, réside alors dans l'identification primordiale desdits intérêts communs. Par souci évident de sécurité juridique l'entreprise doit pouvoir avoir un minimum de connaissance des personnes ayant qualité pour agir en défense de ces intérêts.

504. Aussi, la nécessité d'une délimitation juridique du « cercle des intérêts »¹⁶⁰⁸ ou de la « communauté d'intérêts »¹⁶⁰⁹ présents dans l'entreprise, amène à proposer une approche systémique des intérêts communs. En ce sens, Aïda Bennini relève le succès des réseaux et groupes de sociétés constitués autour d'un maillage de contrats, la société n'étant alors qu'une composante de l'entreprise qui constitue un « ensemble économique plus vaste »¹⁶¹⁰. L'auteur qualifie ainsi l'entreprise « d'organisation d'intérêts collectifs »¹⁶¹¹, lieu de convergence et somme de multiples intérêts convergents et divergents, elle constitue ainsi un « centre d'intérêts »¹⁶¹² accueilli par un « corps juridique centralisateur »¹⁶¹³, la société commerciale. Dès lors, si la société est la seule à posséder la personnalité juridique et qu'il n'est pas question de l'attribuer à l'entreprise comme l'indique Gérard Farjat, il s'agit de sortir de l'ombre les « entités juridiques innommées »¹⁶¹⁴, c'est-à-dire inclure dans l'entreprise ce qu'il appelle les centres d'intérêts et qui constituent les éléments d'un même système. En ce sens, l'idée que l'entreprise constitue une « entité de fait », centralisateur d'intérêts multiples, tel un noyau autour

¹⁶⁰⁷ Notre formulation.

¹⁶⁰⁸ BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 365 et s.

¹⁶⁰⁹ *Ibid.* : « Cette communauté peut être définie comme l'espace virtuel dans lequel prospère une pluralité d'intérêts naturellement divergents ».

¹⁶¹⁰ *Ibid.* spéc. 368.

¹⁶¹¹ *Ibid.* Comme la formule proposée des « intérêts communs », l'auteur trouve également plus pertinent de décliner au pluriel les intérêts présents dans l'entreprise alors que le rapport Notat-Senard qualifie « l'entreprise d'objet d'intérêt collectif ».

¹⁶¹² FARJAT Gérard, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », RTD civ., 2002, p. 221. L'auteur propose la notion de centre d'intérêt comme une catégorie juridique intermédiaire entre les personnes juridiques et les choses, ce qui permettrait de faciliter un certain nombre de contradictions.

¹⁶¹³ *Ibid.*

¹⁶¹⁴ *Ibid.*

duquel s'agrège ces derniers¹⁶¹⁵, permet de concevoir l'entreprise comme un *système d'intérêts communs*.

B. L'approche systémique des intérêts communs

505. Une approche systémique : « Se dit d'une approche scientifique des systèmes politiques, économiques, sociaux, etc., qui s'oppose à la démarche rationaliste en abordant tout problème comme un ensemble d'éléments en relations mutuelles (Cette approche s'appuie sur les découvertes réalisées dans les autres disciplines : cybernétique et théorie de l'information, biologie, linguistique, anthropologie) »¹⁶¹⁶.

506. Qualifiée de « notion en gestation », le professeur Antoine Gaudemet emploie la terminologie d'entreprise pour qualifier la nature systémique du risque encouru par un marché financier qui, présentant une solidarité de fait de plus en plus grande, fait courir un risque pour l'économie réelle à l'image de la crise de 2008¹⁶¹⁷. Ainsi, d'une manière générale l'approche systémique revient à considérer l'ensemble des personnes et des choses qui peuvent entrer dans le spectre d'activité d'une entreprise. Plus pertinemment, l'approche systémique peut être perçue comme une application, à l'échelle de l'entreprise, du « principe de solidarité écologique », – ou fraternité écologique – tel que définie par le législateur, selon lequel : « Il s'agit de prendre en compte, au niveau législatif, l'étroite interdépendance des différents écosystèmes entre eux, et de porter une attention particulière aux effets apportés sur les éléments constitutifs de la biodiversité ou des services écosystémiques rendus »¹⁶¹⁸. Dans cette perspective, si l'entreprise possède une fonction sociale et est constituée en vue de la satisfaction d'intérêts communs, c'est qu'elle obéit à l'idée de *système*¹⁶¹⁹. En effet, à travers le regroupement d'intérêts hétérogènes, l'entreprise conduit, dans le sillage de son activité économique, à

¹⁶¹⁵ *Ibid.* : « La notion de centre d'intérêts peut être considérée au départ comme une notion de fait puisque tous ces intérêts n'ont pas une formalisation juridique unitaire, mais au contraire, une formalisation juridiquement diversifiée. Des actionnaires de nature différente au moins substantiellement, des obligataires, et puis : des contrats de travail, de fournitures, des créances nées de dommages causés par l'activité de l'entreprise. Le seul corps juridique « centralisateur » est la société. Mais déjà son fonctionnement en appelle pratiquement à l'intérêt de l'entreprise sous une forme ou une autre. Et se greffent autour de ce noyau tous les autres intérêts : on a bien une entité de fait. ».

¹⁶¹⁶ Dictionnaire Larousse, en ligne, consulté le 2 août 2018.

¹⁶¹⁷ GAUDEMET Antoine, « Le risque de système », in SUPIOT Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité: la dynamique de la solidarité*, préc., pp. 161-180

¹⁶¹⁸ Assemblée nationale, commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, rapport n°2064 sur le projet de loi relatif à la biodiversité, 26 juin 2014. Selon les travaux de cette commission, le nouveau principe de « solidarité écologique » a été défini par une universitaire britannique, Murray Gray. Il s'agit de prendre en compte, au niveau législatif, l'étroite interdépendance des différents écosystèmes entre eux, et de porter une attention particulière aux effets apportés sur les éléments constitutifs de la biodiversité ou des services écosystémiques rendus. La commission illustre par analogie, le principe de solidarité avec la gestion de l'eau en France qui repose sur un principe similaire, avec la solidarité entre territoire aval et territoire amont au sein d'un même bassin versant. Cependant, la portée de l'application du principe de solidarité écologique a été limitée aux « décisions publiques ayant une incidence notable sur l'environnement ».

¹⁶¹⁹ L'idée de système se présente comme une voie alternative à l'institution dont Michel Despax disait qu'elle était une « institution *sui generis* », mais restait selon lui insuffisante pour qualifier l'entreprise: DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, préc., p.369 et s. Le système se rapproche davantage du centre d'intérêt développé par FARJAT Gérard, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », RTD civ., 2002, p. 221.

l'édification d'une « solidarité de fait »¹⁶²⁰. Plus précisément, il peut s'agir selon le professeur Antoine Gaudemet d'une solidarité de fait, passive et désordonnée qui, lorsque les acteurs financiers sont défaillants, place les acteurs de l'économie réelle dans la dépendance des uns et des autres¹⁶²¹. A l'échelle d'une entreprise ce sont alors les centres d'intérêts regroupés autour de l'entreprise qui peuvent subir les conséquences des effets nés de l'activité économique. L'entreprise est alors un centre d'intérêts communs qualifiable de système. Soit selon une définition générale du système, un ensemble d'éléments divers formant un tout, dont toutes les parties sont liées et qui, mis en application, permet d'obtenir un résultat¹⁶²². En d'autres termes, l'entreprise est l'ensemble d'intérêts liés – en fait ou en droit¹⁶²³ – à un système unique défini autour du projet d'entreprise et de sa fonction sociale (1). Dans l'hypothèse d'une entreprise système d'intérêts communs, il conviendra d'aborder la question essentielle et certainement la plus conflictuelle, d'intégration des centres d'intérêts¹⁶²⁴ « extérieurs » à l'entreprise et par voie de conséquence, celle de la limitation des pouvoirs de l'entreprise (2).

1. L'entreprise système d'intérêts communs

507. L'intégration d'intérêts extérieurs n'est pas une question nouvelle et renvoie au débat sur l'intérêt de l'entreprise, ainsi qu'à l'opposition entre approche contractuelle ou institutionnelle de l'entreprise qu'il convient de rappeler brièvement. À cet égard, Aïda Bennini observe que l'intérêt de l'entreprise, défendu par l'école de Rennes¹⁶²⁵, tient ses origines du courant institutionnel et s'oppose à l'intérêt commun des actionnaires¹⁶²⁶. Si le débat sur l'intérêt de l'entreprise permet de discuter la notion insaisissable d'entreprise qui

¹⁶²⁰ Expression déjà envisagée lors des discussions relatives à la rédaction de l'article 1202 ancien du Code civil selon PLANCHENAULT Ernest, *De la solidarité*, Paris, éd° E. Thunot, thèse, 1854, p.119 : « Prenant maintenant les discussion du code Napoléon, nous voyons que, lors de la discussion au conseil d'Etat de l'art. 1202, "M. Bégouen dit qu'indépendamment des cas de la solidarité conventionnelle et légale dont parle cet article, il existe dans le commerce une solidarité de fait qui s'établir de plein droit entre les négociants qui font un achat en commun. Il pense qu'il est nécessaire de la maintenir. M. Bigot-Préameneu dit que les usages du commerce seront maintenus par un article général. L'article est adopté" » ; v. aussi GAUDEMET Antoine, « Le risque de système », in SUPIOT Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité: la dynamique de la solidarité*, préc., pp. 161-180 : « situation de dépendance mutuelle qui existe entre les membres d'un groupe ».

¹⁶²¹ GAUDEMET Antoine, « Le risque de système », in SUPIOT Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité: la dynamique de la solidarité*, préc., pp. 161-180 : L'auteur souligne ainsi la nécessité de substituer à la solidarité de fait désordonnée, qui s'était imposée entre le secteur financier et l'économie réelle, une solidarité de droit, active et ordonnée ».

¹⁶²² V° Trésor de la Langue Française Informatisé, *système*.

¹⁶²³ Le « lien de droit » (du latin *vinculum juris*) est le fondement de l'obligation, c'est-à-dire selon PLANIOL Marcel, *traité élémentaire de droit civil*, préc., p.650, le rapport juridique entre deux personnes, en vertu duquel l'une d'elles, appelée créancier, a le droit d'exiger un certain fait de l'autre, qui est appelée débiteur. Aussi, *a contrario*, le lien de fait n'est pas créateur d'un droit d'exiger, il néanmoins peut conduire au droit d'obtenir réparation lorsque le fait porte atteinte à un intérêt juridiquement protégé. Par conséquent le lien de fait ne peut être exclu des intérêts communs à prendre en considération par l'entreprise. Sur la difficile question du « lien de droit » v° JEULAND Emmanuel, « L'énigme du lien de droit », RTD civ., 2003, p. 455.

¹⁶²⁴ Selon l'expression empruntée à FARJAT Gérard, art. préc.

¹⁶²⁵ V° CHAMPAUD Claude, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise*, coll. Droit, Management et Stratégies, Larcier, 2011, 366 p.

¹⁶²⁶ BENNINI Aïda, « L'intérêt de l'entreprise, faux débats et vraies questions », in LYON-CAEN Antoine, URBAN Quentin (dir.), *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2012, p. 49

comprend plusieurs sens¹⁶²⁷, il permet surtout de préciser quels sont les « centres d'intérêts » qui doivent être protégés au sein de l'entreprise. Or, là réside toute la difficulté, car ces intérêts sont loin d'être systématiquement convergents, il n'existe pas d'intérêt unique de l'entreprise représentatif de tous les intérêts catégoriels de l'institution¹⁶²⁸. Selon Emmanuel Gaillard, la condition d'homogénéité des intérêts, nécessaire pour attribuer la personnalité juridique, est inexistante pour l'entreprise¹⁶²⁹. Aussi, est-il vain selon Mme Bennini, de rechercher la définition de l'intérêt de l'entreprise, mais plus pertinemment, de s'interroger sur l'organisation de l'entreprise et sa forme contemporaine, car celle-ci va déterminer le « centre de gravité du pouvoir dans l'entreprise »¹⁶³⁰. Toutefois, l'auteur observe qu'il n'existe pas de forme unique d'entreprise, mais plusieurs formes qui découlent des diverses techniques d'organisation et transformations de l'entreprise¹⁶³¹. Et de parvenir à cette interrogation : « Le pouvoir serait-il éclaté à l'image de l'entreprise elle-même ? ». Partant, si l'entreprise n'est pas un centre unique d'intérêts communs, il faut la concevoir comme un système d'intérêts communs, comme un « réseau »¹⁶³² au sein duquel s'articulent « pouvoirs et contre-pouvoirs »¹⁶³³, et caractérisée par une relation dialectique entre coopération et dépendance¹⁶³⁴. Dans le même sens, le professeur Alain Supiot indique, que dès lors qu'elle mobilise plus d'un travailleur, l'entreprise se présente comme une « communauté politique à laquelle l'Etat peut transposer dans une certaine mesure le principe de

¹⁶²⁷ *Ibid.*, p.51 et s. et p.54 : « Force est de constater que la notion d'entreprise comprend plusieurs sens. Un point commun se dégage de toutes ces définitions. L'entreprise est le trait d'union entre le droit et l'économie. Elle permet une adaptation du droit aux impératifs économiques. La notion d'entreprise serait donc une norme extérieure au droit, d'où l'impossibilité de lui attribuer une définition juridique unitaire. Pour autant, son encre en droit n'est plus à démontrer, au regard des effets juridiques que cette notion produit. Toutefois, il est vain de rechercher un contenu figé et substantiel à l'entreprise, tel un concept ontologique. Cette notion est un standard du droit qui a vocation à produire des règles flexibles... »

¹⁶²⁸ *Ibid.*, p. 55.

¹⁶²⁹ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, 250 p.

¹⁶³⁰ BENNINI Aïda, « L'intérêt de l'entreprise, faux débats et vraies questions », in LYON-CAEN, URBAN Quentin (dir.), *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2012, p.56.

¹⁶³¹ *Ibid.*, pp.56-57. Nous avons précédemment relevé la dilution des responsabilités caractérisée par la multiplication de la sous-traitance et l'éclatement de l'entreprise. V° en ce sens NEYRET Laurent, « Le préjudice écologique : un levier pour le réforme du droit des obligations », Rec. Dalloz 2012, p.2673

¹⁶³² Selon PESKINE Elsa, « De la solidarité à la vigilance. A propos de la responsabilité dans les organisations pluri-sociétaires », in SUPIOT Alain (dir.) *Face à l'irresponsabilité: la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2018, pp. 37-51, Le réseau est qualifiable d'organisation pluri-sociétaire, il est le résultat d'un « découpage sociétaire » et a pour conséquence une multiplication des pôles de pouvoir. ; v. aussi SUPIOT Alain dans le même ouvrage, pp. 7-17, qui parle de « réseaux d'allégeance » dont les membres présentent une certaine solidarité, notamment entre les donneurs d'ordres, les professionnels impliqués dans une chaîne de distribution, de sous-traitance, etc., dont une responsabilité solidaire, pas tout à fait similaire à la responsabilité *in solidum* du Code civil, pourrait être recherchée par : « la possible mise en cause de la responsabilité d'une entité juridique exerçant un contrôle sur l'activité d'une autre » ; V. également SUPIOT Alain, *La gouvernance par les nombres*, préc., p.390 : « A la différence des entreprises de type fordiste, qui intégraient toute la chaîne de production, les entreprises transnationales sont organisées en réseaux d'entités juridiques et économiques autonomes (...) Juridiquement, elles ne sont donc pas en principe responsables des fautes commises et des risques encourus par leurs filiales, leurs sous-traitants ou leurs fournisseurs ».

¹⁶³³ BENNINI Aïda, « L'intérêt de l'entreprise, faux débats et vraies questions », in LYON-CAEN Antoine, URBAN Quentin (dir.), *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2012, p.57 : « Assurément, le réseau d'entreprises est synonyme de pouvoirs et contre-pouvoirs. En effet, l'organisation horizontale implique deux sortes de relations entre la société et les tiers, parties prenantes [OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publi. Factultés univers. Saint-Louis, 2002, p.9 et s.] : la coopération et la dépendance. Ces deux relations, apparemment antagonistes, cohabitent dans le même cercle matériel, celui du réseau.»

¹⁶³⁴ *Ibid.*

démocratie »¹⁶³⁵. L'idée de communauté politique renvoie ainsi à celle de système et, appliquée à l'entreprise, elle n'est pas dénuée de sens. Au contraire, comme l'observe Alain Supiot, l'assimilation de l'Etat à l'entreprise est en vogue¹⁶³⁶. Il est donc tentant d'appliquer, de manière inverse à la tendance d'application des principes de l'entreprise à l'Etat¹⁶³⁷, les principes démocratiques et de partage des pouvoirs à l'entreprise, pensés comme un système politique se rapprochant de l'Etat.

508. Dès lors que l'entreprise est pensée comme un réseau, une communauté politique, permettant de saisir l'ensemble des intérêts entrelacés autour de l'entreprise, celle-ci peut être considérée comme un système réunissant l'ensemble des liens de droit ou de faits destinés à satisfaire l'exercice d'une activité économique. Cette entreprise, système d'intérêts communs, permet alors d'appréhender des intérêts divergents – entendus largement, ne se réduisant pas uniquement aux intérêts des associés, des dirigeants et des salariés – pour les concilier en intérêts communs à l'entreprise.

509. Pour mieux comprendre l'idée de système, une analogie entre l'entreprise et la famille peut être proposée, toutes deux considérées par le professeur Farjat comme des « entités de fait », des « entités juridiques innommées » ou des « centres d'intérêts »¹⁶³⁸. Par exemple, le droit de la famille vise notamment à préserver le « système familial » lorsque celui-ci connaît des difficultés. Il en va ainsi de l'obligation, contractée ensemble par les époux lors du mariage, de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants¹⁶³⁹. Inversement, l'enfant a une obligation alimentaire envers ses parents ou autre ascendants dans le besoin, indépendamment de leur situation matrimoniale¹⁶⁴⁰. De la même façon, lors de la séparation des époux, le système familial ne prend pas fin pour autant puisque la séparation emporte des effets régies par le code civil. Entre les parents divorcés, il peut être prévu une prestation compensatoire afin de compenser les disparités nées de la séparation¹⁶⁴¹. Mais c'est surtout pour les enfants que le système familial demeure préservé au-delà de la dissolution du mariage, l'article 373-2 alinéa 2 dispose que « chacun des parents doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent ». Dans la fixation des modalités de l'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales prendra ainsi en considération l'intérêt de l'enfant et les intérêts des parents à travers l'organisation de droits de visite et d'hébergement. Aussi, c'est la protection du système familial qui est recherché à travers la préservation

¹⁶³⁵ SUPIOT Alain, « Etat, Entreprise et démocratie », in MUSSO Pierre (dir.), *L'entreprise contre l'Etat ?*, éd. Manucius, Institut d'Etudes Avancées de Nantes, 2017, p. 23.

¹⁶³⁶ *Ibid.*, p. 13. L'idée de « start-up nation » a pu être formulée par le Président de la République en 2017, mais étrangement, l'idée d'une « entreprise Etat » ou « entreprise démocratique » n'a pas été avancée. V° *ibid.*, p. 23 dans le sens de la démocratisation de l'entreprise.

¹⁶³⁷ V° sur la question du « chassé-croisé » entre entreprise et politique MUSSO Pierre, « Et l'industrie naquit dans les monastères », *Le Monde diplomatique*, juillet 2017, p. 3.

¹⁶³⁸ FARJAT Gérard, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD civ.*, 2002, p. 221.

¹⁶³⁹ Code civil, art. 203.

¹⁶⁴⁰ Code civil, art. 205.

¹⁶⁴¹ Code civil, art. 270 et 271.

des intérêts de chaque membre de la famille, c'est-à-dire des *intérêts communs* au système familial.

510. Par analogie au droit de la famille, il peut également être défendu une approche systémique de l'entreprise qui permette de protéger les éventuels intérêts divergents mais communs au système que constituent l'entreprise. En effet, quand bien même des intérêts distincts s'opposent dans le système-entreprise, c'est-à-dire qu'existent des divergences entre les parties prenantes constituantes ou internes (salariés, associés, dirigeants) et externes (créanciers, consommateurs, collectivités, riverains, environnement), l'intérêt social de l'entreprise, constitué de la synthèse des intérêts communs à l'entreprise, appelle à poursuivre l'activité économique exercée. A condition bien entendu que l'activité ne soit pas totalement paralysée par ces divergences. La synthèse de ces intérêts constituant certainement l'arbitrage le plus délicat, généralement effectué par le dirigeant, mais comme en droit de la famille, par le juge lorsque les parties ne s'entendent plus.

511. En réalité, l'entreprise-système existe déjà, à travers par exemple l'entreprise constituée en réseau. C'est le cas de l'entreprise *Système U Centrale Nationale*, constituée sous la forme juridique d'une « société coopérative de commerçants de détail à capital variable »¹⁶⁴². Selon l'article L124-1 du code de commerce, ces sociétés ont pour objet d'améliorer par l'effort commun de leurs associés les conditions dans lesquelles celles-ci exercent leur activité commerciale. Généralement désigné par le « commerce coopératif et associé », il s'agit d'une forme de commerce en réseau, constitué de commerçants indépendants rassemblés au sein de groupements, généralement sous une enseigne commune¹⁶⁴³. Différent du contrat de franchise, par lequel une personne met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, le commerce coopératif et associé constitue un réseau organisé et contrôlé par des commerçants indépendants, regroupés au sein d'un groupement, dont « la structure centrale ainsi constituée est la propriété du réseau »¹⁶⁴⁴. En ce sens, il peut être considéré qu'il s'agit d'une entreprise-système. Toutefois, comme dans la société coopérative, ce commerce coopératif et associé s'exerce dans l'intérêt des associés, sans que ne soit nécessairement considérés l'existence d'intérêts communs comme envisagés auparavant avec la prise en considération de centres d'intérêts externes à l'entreprise. Les intérêts communs dans cet exemple ont une toute autre signification, celle d'une simple somme entre les intérêts de chaque commerçant, ni plus ni moins. Il faut donc penser l'approche systémique¹⁶⁴⁵ de l'entreprise plus largement que celle de l'idée d'entreprise organisée en

¹⁶⁴² Ces sociétés coopératives sont régies par les articles L 124-1 et suivants du code de commerce ainsi que par la loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération.

¹⁶⁴³ V° [<http://www.entreprises.gouv.fr/secteurs-professionnels/commerce-cooperatif-et-associe>], consulté le 28 juin 2017. Et aussi le site de la Fédération du Commerce et Associé qui regroupe plus de 180 enseignes comme par exemple Bricomarché, E.Leclerc, Intermarché, Intersport, [www.commerce-associe.fr], consulté le 28 juin 2017.

¹⁶⁴⁴ [<https://www.commerce-associe.fr/decouvrir-le-commerce-cooperatif-et-associe/definitions/panorama/>], consulté le 28 juin 2017.

¹⁶⁴⁵ Supra.

réseau, c'est-à-dire davantage comme un système de pouvoirs dont les droits doivent être limités.

2. La limitation des droits subjectifs de l'entreprise-système

512. L'entreprise-système suppose d'appréhender les intérêts situés en dehors de l'entreprise. Il peut alors facilement être objecté que semblable hypothèse revient à dépasser l'esprit des articles 1832 et 1833 du Code civil - dirigé vers les associés - et du rôle assigné à la société, bien qu'il n'en existe aucun à ce jour. Pourtant, s'il peut être débattu que l'entreprise possède une fonction sociale, il est admis que l'entreprise tend de plus à plus à exercer des « pouvoirs »¹⁶⁴⁶. Elle exerce *a minima*, une influence sur les centres d'intérêts qui peuvent se trouver en situation de dépendance économique¹⁶⁴⁷, voire en situation de dépendance environnementale lorsqu'il devient impossible d'éviter les effets sur l'environnement nés de l'activité économique. Ce phénomène de pouvoir exercé sur les personnes ou les choses est tout particulièrement présent dans l'économie numérique où des entreprises vont même jusqu'à revendiquer une « fonction politique »¹⁶⁴⁸. Par ces brèves considérations qui méritent bien d'autres développements, la désignation de l'entreprise comme un système d'intérêts communs doté d'un pouvoir économique et politique amène à questionner l'exercice de ces pouvoirs en droit. De manière générale, il convient de poser la question des limites des droits subjectifs, c'est-à-dire la volonté d'imposer sa volonté à une autre volonté¹⁶⁴⁹.

513. Plus précisément, il s'agit d'utiliser la critique portée à l'encontre des droits subjectifs. Pour Auguste Comte, « nul ne possède plus d'autre droit que celui de toujours faire son

¹⁶⁴⁶ Certains n'hésitent pas à inciter les entreprises à « prendre le pouvoir » : LE GENDRE Gilles, QUETEL Mathieu, *Les Echos*, « Entreprises, prenez le pouvoir ! », 09 juin 2017, en ligne, consulté le 24 avril 2018 : « Socialisme et libéralisme, ces épouvantails autour desquels les Français s'emparaient, ne font plus peur à grand monde. Mais aux extrêmes, l'illusion du rêve a remplacé l'idéologie. Jamais le clivage n'aura été aussi frappant entre les propositions délirantes des uns et la culture de l'efficacité des autres pour faire reculer le chômage, améliorer l'utilité de la dépense publique, réussir la transition énergétique ou tirer avantage de la révolution numérique. L'heure de vérité approche, qui permettra, espérons-le, à l'entreprise de sortir de son statut assigné d'otage de la politique pour s'imposer, enfin ! comme une partie de la solution. ». Sur le thème du pouvoir en droit des sociétés v° les travaux de l'Association Henri Capitant, *Le pouvoir dans les sociétés. Journées chiliennes*, Bruylant, t. LXII, 2012, 736 p. ; et sur le pouvoir en général GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, 250 p.

¹⁶⁴⁷ Par exemple à travers une situation de dépendance économique, l'absence d'alternative, etc...

¹⁶⁴⁸ MUSSO Pierre, « De la réforme grégorienne à la Silicon Valley. Et l'industrie naquit dans les monastères. », *Le Monde diplomatique*, juillet 2017, p.3 : « Ainsi l'entreprise devient-elle la nouvelle institution dominante. Elle est un haut lieu de production matérielle et intellectuelle ; trop vite réduite à une organisation socio-économique, elle voit sa dimension politico-culturelle souvent ignorée. » ; FAVEREAU Olivier, « La fin de l'entreprise privée », in SUPPIOT Alain (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontière – Perspectives économiques et juridiques*, coll. Les sens du droit, Dalloz, 2015, conclusion, pp. 311 à 317.

¹⁶⁴⁹ DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1912, pp. 12-14 : selon l'auteur la notion de droit subjectif « implique toujours deux volontés en présence ; une volonté qui est supérieure à une autre volonté. Cela implique une hiérarchie des volontés, en quelque sorte une mesure des volontés, et une affirmation sur la nature et la force de la substance volonté. Or, cela est précisément au premier chef une affirmation d'ordre métaphysique. (...) Et cependant c'est sur cette conception artificielle et caduque de droit subjectif que la Déclaration de 1789, le Code Napoléon et la plupart des législations modernes ont établi tout le système juridique ! ».

devoir »¹⁶⁵⁰. Cette approche fonctionnaliste des droits subjectifs fut développée par Duguit qui exposa que la liberté comme la propriété se traduisent toujours en fait dans « le pouvoir que j'ai d'imposer, même par la force, à d'autres individus ma propre volonté »¹⁶⁵¹. Dans cette perspective, Léon Duguit utilise la notion de droit subjectif pour critiquer sa prédominance dans le droit et relève ainsi que même la règle de droit, ou le droit objectif, a pour fondement le droit subjectif de l'individu¹⁶⁵². Duguit affirme ensuite que la conception individualiste du droit est insoutenable :

« Cette idée de l'homme naturel, isolé, indépendant, ayant en sa qualité d'homme des droits antérieurs à la société et apportant ces droits dans la société est une idée tout à fait étrangère à la réalité. L'homme isolé et indépendant est une pure fiction ; il n'a jamais existé. L'homme est un être social ; il ne peut vivre qu'en société ; il a toujours vécu en société »¹⁶⁵³.

514. Par cette critique d'un droit subjectif prédominant au détriment d'un droit objectif réduit¹⁶⁵⁴, Duguit soutient que la conception individualiste du droit doit disparaître au profit d'un nécessaire réalisme :

« L'Homme n'a pas de droits ; la collectivité n'en a pas davantage. Mais tout individu a dans la société une certaine fonction à remplir, une certaine besogne à exécuter. Et cela est précisément le fondement de la règle de droit qui s'impose à tous, grands et petits, gouvernants et gouvernés »¹⁶⁵⁵.

515. *A fortiori* l'entreprise ne peut s'accaparer des droits au détriment de la collectivité. En ce sens, l'entreprise n'a pas de droits mais a, avant toute chose, une fonction à remplir en raison du système de pouvoirs qu'elle constitue. En effet, malgré son absence de personnalité juridique, l'entreprise en tant que système, parvient à imposer une volonté, à la fois économique, social et environnemental. Par son activité économique, l'entreprise

¹⁶⁵⁰ COMTE Auguste, *Système de politique positive ou Traité de sociologie, instituant la religion de l'humanité*, éd. O. Zeller, 1967, T.1 p.361 : « Dans l'état positif, qui n'admet plus de titres célestes, l'idée de droit disparaît irrévocablement. Chacun a des devoirs, et envers tous mais personne n'a aucun droit proprement dit. Les justes garanties individuelles résultent seulement de cette universelle réciprocité d'obligations, qui reproduit l'équivalent moral des droits antérieurs, sans offrir leurs graves dangers politiques. En d'autres termes, nul ne possède plus d'autre droit que celui de toujours faire son devoir. » ; CARBONNIER Jean, *Droit civil*, coll. Quadrige, PUF, vol.1, 2004, p.312, spéc. 162.

¹⁶⁵¹ *Ibid*, pp.11-12 : « Prenez ce qu'on est convenu d'appeler des droits, ceux qui nous sont le plus familiers, vous verrez aisément qu'ils se traduisent en fait dans le pouvoir que j'ai d'imposer, même par la force, à d'autres individus ma propre volonté ». La liberté est un droit : j'ai le pouvoir d'imposer à autrui le respect de la volonté que j'ai de développer librement mon activité physique, intellectuelle et morale. J'ai le droit de propriété : j'ai le pouvoir d'imposer à autrui le respect de ma volonté, d'user comme je l'entends de la chose que je détiens à titre de propriétaire». Comp. CARBONNIER Jean, *Droit civil*, coll. Quadrige, PUF, vol.1, 2004, p.311 spéc. 161.

¹⁶⁵² *Ibid*, p. 18.

¹⁶⁵³ *Ibid*, p. 18.

¹⁶⁵⁴ V° CARBONNIER Jean, *Droit civil*, coll. Quadrige, PUF, vol.1, 2004, p.190, spéc.105, : « le droit objectif est l'ensemble des règles de droit, telles qu'elles s'expriment dans des sources formelles, loi et coutume » ; et p.311, spéc.161 « Le droit objectif reconnaît aux individus des prérogatives, des aires d'action, des sphères d'activité, dont ils vont jouir sous la protection de l'Etat : ce sont les droits individuels, les droits subjectifs (les droits de la personne, que l'on appelle justement *sujet* de droit). »

¹⁶⁵⁵ DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1912, pp.19-20.

peut affecter l'économie, la Société et l'environnement. C'est donc en limitant l'exercice de ses droits subjectifs, par le droit objectif qu'il est possible de « réguler » les pouvoirs de l'entreprise. En d'autres termes, si l'entreprise est dotée de droits subjectifs incarnés dans la forme juridique sociétaire, elle ne peut les exercer que dans le respect du droit objectif qui autorise préalablement son existence. Par conséquent, lorsque le droit objectif est modifié – lorsque le législateur modifie le contenu du système juridique à travers par exemple le développement d'un nouvel ordre public, l'ordre public écologique en l'occurrence – il appartient à l'entreprise de s'y conformer, en poursuivant notamment un comportement sobre.

516. Cet idéal se heurte toutefois à la nécessité pour le législateur ou le régulateur de s'affranchir de la « capture de la régulation » ou théorie de la « capture normative » issue des sciences économiques. Selon cette théorie, il arrive qu'une « agence de régulation, chargée de faire prévaloir le bien public dans le fonctionnement d'un secteur d'activité déterminé, tombe sous la dépendance des groupes d'intérêts qui dominent ce secteur »¹⁶⁵⁶. Le professeur Supiot déplore en ce sens une capture de la démocratie par l'économie qui, loin d'être la superposition de multiples entreprises, constitue elle-même un système tout entier sur lequel revient à reposer la démocratie¹⁶⁵⁷. Il est donc d'autant plus primordial de repenser l'organisation de l'entreprise avec ses centres d'intérêts identifiés à travers une véritable démocratisation sur le modèle de collègues d'associés ou encore des « masses »¹⁶⁵⁸.

517. L'idée que l'entreprise possède une certaine fonction sociale et doit être instituée, non pas dans l'intérêt commun des associés mais « en vue de satisfaire des intérêts communs », va par conséquent dans le sens de la proposition initiale de réforme de l'article 1833 du code civil, qui consistait à ajouter que la société est gérée dans « son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental »¹⁶⁵⁹. Bien que la formule retenue dans le projet de loi Pacte soit différente¹⁶⁶⁰, la modification de l'article 1833 peut constituer une avancée réjouissante mais certainement insuffisante au regard du manque de démocratie dans l'entreprise et de la complexité de détermination des centres d'intérêts de l'entreprise. Aussi, la détermination d'un cadre reliant ces intérêts communs et l'inhérente fonction sociale de l'entreprise pourrait constituer un pas supplémentaire vers la conceptualisation d'une entreprise sobre.

¹⁶⁵⁶ V° SUPPIOT Alain, in MUSSO Pierre (dir.), *L'entreprise contre l'Etat ?*, préc., p.26

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*

¹⁶⁵⁸ *Supra.*

¹⁶⁵⁹ L'avant-projet de loi sur la croissance et l'activité présenté par M. Emmanuel Macron alors ministre de l'économie lors d'un conseil des ministres en novembre 2014 contenait un article 83 aujourd'hui disparu relatif à l'intérêt social qui était ainsi rédigé : « À l'article 1833 du code civil, après les mots : “ *et être constituée dans l'intérêt commun des associés.* ” sont ajoutés les mots : “ *Elle doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental* ”. ». V° sur ce point Girard J. Et si l'intérêt social d'une entreprise devenait sociétal, *Le blog Huglo*, 11 décembre 2014, <http://blog.huglo-lepage.com/post/2014/12/11/Et-si-linteret-social-dune-entreprise-devenait-societale>, consulté le 17 mars 2015.

¹⁶⁶⁰ « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. »

II. L'ordre public écologique comme cadre

518. L'entreprise sobre ne peut-être conceptualisée isolément de manière abstraite, elle doit pouvoir s'adosser à un cadre qui lui donne sa légitimité et sa forme. Il peut être proposé en ce sens l'emploi du concept d'ordre public écologique. Pourquoi mobiliser ce concept ? Parce qu'il contribue de manière générale à la compréhension de l'évolution de notre système juridique actuel, mais surtout, il permet de répondre, au moins en partie, au constat développé par certains auteurs. Ainsi, Philippe Robé fait état de l'émergence d'un « nouveau système de pouvoir » qui ne comporte pas de « constitution » mais comprend les Etats, les organisations internationales et les entreprises¹⁶⁶¹. Ce constat s'applique également aux PME lorsqu'elles se regroupent autour de la défense d'un intérêt collectif lié au secteur d'activité dans lequel elles exercent¹⁶⁶². Aussi, l'entreprise doit-elle être comprise comme évoluant au sein d'un « nouveau constitutionnalisme »¹⁶⁶³.

519. Il ne s'agit pas de vérifier cette proposition, mais plutôt d'indiquer qu'il peut être opposé à ce phénomène l'ordre public écologique. Dans cette hypothèse, le concept d'ordre public écologique permet de répondre à ce nouveau système de pouvoir et constitue « l'ordre nouveau »¹⁶⁶⁴. En effet, il sera observé que l'ordre public écologique est une réalité juridique tangible, applicable à chaque personne composant ce nouveau système de pouvoir. En écartant l'Etat et les entreprises publiques, les organisations internationales et les multinationales qui ne sont pas l'objet de la présente étude, il s'agit surtout en l'occurrence de concevoir l'ordre public écologique comme cadre de l'entreprise sobre. En effet, il faut bien comprendre que la conceptualisation de l'entreprise sobre proposée à partir de nos travaux intervient à une époque au cours de laquelle l'entreprise moderne semble dépasser la capacité de l'Etat à en réglementer tous les aspects. Aussi, pour que l'entreprise puisse être définie comme répondant à un concept de sobriété, elle doit être comprise comme une entreprise qui ne cherche pas à échapper à l'ordre juridique mais qui va, au contraire, chercher à en pallier les lacunes par le respect de l'ordre public écologique. Celui-ci peut en ce sens être conçu comme un « parfum de refondation de l'ordre public »¹⁶⁶⁵ et par extension, de refondation de l'entreprise qui en ferait ou non l'application. Dans un premier temps il s'agit d'exposer la définition de l'ordre public écologique, de dire en quoi il incarne le nouvel ordre public (A), puis dans

¹⁶⁶¹ ROBÉ Jean-Philippe, « Les entreprises multinationales, vecteur d'un nouveau constitutionnalisme », Arch. phil. droit 56, 2013, pp. 337-338 et p.342.

¹⁶⁶² Les professions organisées et regroupées autour de syndicats, peuvent être constituées d'une multitude de petites sociétés qui peuvent exercer autant voire plus de pouvoir qu'une seule grande entreprise (taxis, ambulanciers, routiers, agriculteurs...).

¹⁶⁶³ ROBÉ Jean-Philippe, « Les entreprises multinationales, vecteur d'un nouveau constitutionnalisme », Arch. phil. droit 56, 2013, pp. 337-338 et p.342.

¹⁶⁶⁴ NAIM-GESBERT Eric, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, 2011, pp.181-183.

¹⁶⁶⁵ LAVILLE Bettina, « L'ordre public écologique. Des troubles de voisinage à l'aventure de l'anthropocène », Arch. phil. droit 58, 2015, p. 329 : « On voit bien que, dans une ambiance mondiale où les menaces globales planétaires s'accumulent, un parfum de refondation d'ordre public, assis non pas seulement sur la sécurité des biens et des personnes, mais sur la « sécurité humaine », englobant une solidarité entre toutes les espèces vivantes devient une utopie réaliste, qui pourrait se traduire dans les 20 ans à venir dans la formulation d'un ordre public écologique, décliné tant au niveau mondial que national ».

un second temps, de préciser en quoi l'ordre public écologique constitue un cadre pertinent de l'entreprise sobre (B).

A. L'ordre public écologique : nouvel ordre public

520. L'ordre public est classiquement défini comme une notion fonctionnelle et évolutive (1). Par cette définition, l'ordre public peut par conséquent intégrer de nouvelles législations, de nouvelles valeurs et normes sociales comme celle de la protection de l'environnement et ainsi, conduire à envisager un ordre public qualifiable d'écologique (2).

1. La notion classique d'ordre public: fonctionnelle et évolutive

521. Le droit français connaît deux dispositions principales relatives à l'ordre public. L'article X de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ». L'article 6 du Code civil vient renforcer cette disposition constitutionnelle en affirmant que « l'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. ». Pour autant, le contenu exact de l'ordre public n'y est pas précisé et, il n'est guère évident d'en donner une définition.

522. Les professeurs Hauser et Lemouland soulignent toutes les difficultés pour cerner les contours de l'ordre public qui est considéré comme « l'une des notions juridiques les plus difficiles à définir »¹⁶⁶⁶. Ils relèvent ainsi les vingt définitions que recensait déjà le professeur Malaurie dans sa thèse de 1953 et la définition que celui-ci proposa : « l'ordre public, c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité »¹⁶⁶⁷. Les auteurs du répertoire nous expliquent que d'autres auteurs tel que Planiol ont cherché à définir l'ordre public à partir d'une autre notion –l'intérêt général- mais cela avait pour inconvénient de repousser le problème vers une notion encore plus vague que celle d'ordre public. Aussi les auteurs rejoignent-ils Le Doyen Jean Carbonnier qui contourna ce problème en proposant l'idée « d'intérêt social essentiel, incomparablement supérieur aux intérêts privés en jeu »¹⁶⁶⁸.

523. Au regard de cette définition, l'ordre public est ainsi perçu comme une notion fonctionnelle permettant de faire prévaloir un intérêt social supérieur, les valeurs

¹⁶⁶⁶ HAUSER Jean, Jean-Jacques LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2004, (mis à jour mars 2014), n°1.

¹⁶⁶⁷ MALAURIE Philippe, *Les contrats contraires à l'ordre public*, thèse, Paris, 1953, p.69, n°99.

¹⁶⁶⁸ CARBONNIER Jean, *Droit civil*, 25^e éd., 1997, PUF, n°126, p. 211.

essentielles du consensus social et du système juridique¹⁶⁶⁹, sur des intérêts particuliers jugés inférieurs ou pour tout le moins, de moindre importance. Le terme « d'ordre » renvoie ainsi à la fonction de la notion d'ordre public et à l'idée d'une disposition organisée de différents éléments que l'on souhaite classer, notamment par ordre hiérarchique. Il traduit également l'état d'une chose ou d'une situation. On oppose en ce sens l'ordre au désordre¹⁶⁷⁰ ou au trouble, ce qui est bien disposé de ce qui l'est mal, on parle encore de bonne administration des biens ou du bon fonctionnement des institutions¹⁶⁷¹. Le terme d'ordre est également utilisé pour désigner ce qui est établi. Rousseau parlait ainsi « d'ordre social » comme d'un « droit sacré qui sert de base à tous les autres (...) fondé sur des conventions »¹⁶⁷². L'ordre est donc issu d'une volonté d'organisation. Cet ordre peut concerner les rapports des individus dans leur sphère privée, au sein d'un foyer par exemple, mais peut aussi concerner l'ensemble de la société au-delà et indépendamment de la sphère particulière, il est alors qualifiable de public. En ce sens, « l'ordre implique en effet que chaque individu conçoive d'abandonner une part de ses droits et libertés au profit de l'Etat, afin que tous puissent cohabiter, c'est-à-dire dans une société où des rapports sociaux sont pacifiés »¹⁶⁷³.

524. Dans cette acception systémique, l'ordre public est alors une chose commune organisée, la « chose de tous »¹⁶⁷⁴. En ce sens, un auteur a pu définir l'ordre public comme une « vaste conception d'ensemble de la vie en commun sur le plan politique et administratif. Son contenu varie évidemment du tout au tout selon les régimes. À l'ordre public s'opposent, d'un point de vue dialectique, les libertés individuelles dites publiques ou fondamentales et spécialement la liberté de se déplacer, l'inviolabilité du domicile, la liberté de pensée, la liberté d'exprimer sa pensée. »¹⁶⁷⁵ Cette approche rejoint celle communément admise en droit public de la police municipale, à savoir le maintien de l'ordre public -c'est-à-dire garantir la tranquillité, la sécurité et la salubrité publiques¹⁶⁷⁶ - dont sont en charge l'autorité de police administrative et l'autorité de police judiciaire. En réalité, la notion d'ordre public est d'une grande « plasticité »¹⁶⁷⁷ comme la jurisprudence a pu l'illustrer en ne se limitant pas au champ du maintien de l'ordre public, au sens du triptyque posé par la police municipale à l'article L2212-2 du code général des

¹⁶⁶⁹ STIRN Bernard, « Ordre public et libertés publiques », arch. phil. droit, t 58, 2015, p.5 : l'auteur prend comme par l'exemple de l'interdiction de l'excision, de la polygamie, de la répudiation ou encore de l'extradition d'un étranger vers un pays où il risque la peine de mort qui sont contraires à l'ordre public français.

¹⁶⁷⁰ MEYER Nadège, *L'ordre public en droit du travail - Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 461, 2006, p.2 : « Ainsi, l'ordre public concerne l'organisation du peuple et la soumission de ce dernier aux exigences de l'ordre, par opposition au désordre »

¹⁶⁷¹ Cela renvoi à la définition proposée par Philippe Malaurie, op. cit.

¹⁶⁷² ROUSSEAU Jean-Jacques, *Œuvres politiques de J.-J. Rousseau. Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Vve Lepetit, Paris, 1821, p.7. Accessible sur le site gallica.bnf.fr., consulté le 05 avril 2019.

¹⁶⁷³ MEYER Nadège, *L'ordre public en droit du travail*, préc., p. 1.

¹⁶⁷⁴ TERRÉ François, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, cité in LEMOULAND Jean-Jacques, PIETTE Gaël, HAUSER Jean, « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire civil*, Dalloz, février 2019, spéc. 3.

¹⁶⁷⁵ VAREILLES-SOMMIERES Marie-Gabriel-André de La Brouë de, *M. Lainé et les lois d'ordre public*, Librairie Cottillon, E. Pichon, 1904, gallica.bnf.fr.

¹⁶⁷⁶ Art. L131-2, c. commune. V. aussi l'art. L2212-2 du code général des collectivités territoriales et la loi du 4 avril 1884

¹⁶⁷⁷ STIRN Bernard, « Ordre public et libertés publiques », Arch. phil. droit, t 58, 2015, p.7

collectivités territoriales¹⁶⁷⁸, puisqu'elle vise aussi bien à prévenir des troubles à l'ordre public en raison de la tenue d'un spectacle¹⁶⁷⁹ qu'à protéger la dignité humaine, valeur considérée comme supérieure à l'intérêt individuel d'une personne physique poursuivant volontairement un comportement dégradant¹⁶⁸⁰.

525. L'ordre public connaît ainsi une double fonction, une fonction organisationnelle de la société et une fonction de protection des droits et libertés. Il comporte ainsi « deux modes de réalisation selon la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection »¹⁶⁸¹. D'une part, il vise à la bonne organisation de la vie en société et assure la prévention des troubles à l'ordre public. D'autre part, il assure une fonction de protection de libertés et de valeurs essentielles qui sont considérées comme supérieures aux intérêts particuliers. Dès lors, l'ordre public participe de l'organisation des entreprises mais aussi de la protection des droits et libertés de ces dernières. Or, les libertés et valeurs essentielles qui composent l'ordre public sont sujettes à des appréciations fluctuantes de telle sorte que l'ordre public n'est pas figé dans le temps.

526. En effet, l'ordre public est une notion évolutive. Planiol observait que « le droit est mobile comme la vie et comme l'opinion humaine »¹⁶⁸². Le changement dans le temps des valeurs essentielles considérées comme supérieures aux intérêts particuliers peuvent ainsi faire évoluer l'ordre public. L'ordre public est par conséquent une « notion à contenu variable » du droit¹⁶⁸³. Dès lors, conformément à l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme qui prévoit que l'ordre public est établi par la loi¹⁶⁸⁴, si le législateur estime qu'il convient de modifier le droit pour protéger de nouveaux intérêts, il contribue à faire évoluer concomitamment le contenu de l'ordre public¹⁶⁸⁵. À cet égard, certaines dispositions législatives sont explicitement qualifiées d'ordre public, elles s'imposent

¹⁶⁷⁸ V° l'art. L. 2212-2 du CGCT : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ».

¹⁶⁷⁹ Conseil d'Etat, 19 mai 1933, Benjamin, Rec. Lebon p.541 s'agissant de la liberté de réunion et des atteintes à celle-ci par les mesures de police prises pour le maintien de l'ordre public.

¹⁶⁸⁰ Conseil d'Etat, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Rec. Lebon, p.372 s'agissant pour les autorités de police municipale de la possibilité d'interdire des spectacles susceptibles de troubler les consciences parce qu'ils portent atteinte à la dignité de la personne humaine.

¹⁶⁸¹ SEVE René, « Avant-Propos : la mesure de l'ordre public », in *L'ordre public*, arch. phil. Droit, 58, Dalloz, 2015, p.VII.

¹⁶⁸² PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit*, Ed. R. Pichon et R. Durand-Auzias, 10^{ème} éd. avec la collaboration de Georges RIPERT, t.1, Paris, 1928, p. 2

¹⁶⁸³ V. GHESTIN Jacques, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in PERELMAN Chaïm et VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 77-97 et spéc. p.77 : « Le législateur emploie parfois des notions générales au contenu indéterminé qui, pratiquement, ne peuvent donner lieu à des définitions précises. L'ordre public, le bon père de famille [désormais remplacé par le terme "raisonnablement"], la faute, la bonne foi, l'urgence, l'équité en son des illustrations classiques. ».

¹⁶⁸⁴ Préc., « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi »

¹⁶⁸⁵ MEYER Nadège, *L'ordre public en droit du travail - Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 461, p.5 : « L'ordre public a pour objet de promouvoir les intérêts de la société ; il évolue donc au gré des changements politiques », p.6 « Toute évolution notable des choix politiques et sociétaux, découlant du changement des mœurs ou de la société elle-même, influe sur le contenu de l'ordre public. Ainsi, à une époque où le dirigisme étatique est remis en cause, le rôle et les dispositions d'ordre public, se trouvent également ébranlés ».

alors aux parties, sans que celles-ci ne puissent y déroger par convention¹⁶⁸⁶. C'est par exemple le cas de l'article 1102 alinéa 2 du Code civil qui dispose que « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public » ou de l'article 1104 du même code qui prévoit que la disposition suivante est d'ordre public : « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». Dans cette fonction régulatrice des libertés, l'ordre public s'attache ainsi à « l'ordre qui règne au sein des relations contractuelles déséquilibrées », il essaie de « compenser les inégalités économiques, sociales ou culturelles »¹⁶⁸⁷.

527. S'en tenir uniquement à une approche de l'ordre public régulateur des libertés conduirait cependant à ignorer largement l'ensemble des « forces imaginantes du droit »¹⁶⁸⁸. En effet, si le législateur a le monopole de la loi, il n'a pas de monopole en matière de fixation des valeurs considérées comme essentielles. L'intérêt social supérieur¹⁶⁸⁹ évolue en effet au gré des perceptions de l'ensemble de la société, des personnes qui la compose et sous l'influence des normes sociales¹⁶⁹⁰, des phénomènes de mœurs et plus subtilement, des *folkways* c'est-à-dire des manières de vivre d'un peuple¹⁶⁹¹.

528. Des auteurs relèvent ainsi que, d'un ordre public de direction qualifié d'ordre public de première génération qui visait surtout à « orienter » les comportements, nous sommes passé à un ordre public de deuxième génération, à visée protectrice, l'ordre public de protection, à la fois sur un plan économique¹⁶⁹² et social¹⁶⁹³. Or, il semble que c'est désormais sur un plan environnemental que l'ordre public évolue. Depuis les années 1970, est apparu un ensemble législatif relatif à la protection de l'environnement. Mouvement renforcé par l'adoption d'un Code de l'environnement en l'an 2000 puis par l'intégration d'une Charte de l'environnement dans la Constitution française en 2005. Un ensemble de dispositions relatives à la protection de l'environnement se sont encore ajoutées à ce corpus législatif avec les lois Grenelle I et II, la loi sur la croissance verte et celle sur la transition énergétique. Enfin, des dispositions relatives à la responsabilité sociétale des entreprises ont été adoptées avec notamment la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres. Tirant la conséquence d'une multiplication croissante de règles protectrices de l'environnement ayant acquis une place centrale

¹⁶⁸⁶ V. Lexique des termes juridiques, Dalloz, 15^{ème} édition, p. 439.

¹⁶⁸⁷ MEYER Nadège, L'ordre public en droit du travail - Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 461, p.3

¹⁶⁸⁸ Selon l'expression de DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit*, éd. Seuil, 2004 à 2011, 4 vol.

¹⁶⁸⁹ STIRN Bernard, « Ordre public et libertés publiques », arch. phil. droit, t 58, 2015, p.5

¹⁶⁹⁰ V° sur la notion de normes sociales BENISTY Samuel, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Versailles-Saint Quentin en Yvelines, Institut universitaire Varenne, 2014, 364 p.

¹⁶⁹¹ CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique* (1978), PUF, coll. Quadrige manuels, 2016, p.14 et p.305 et s. L'auteur distingue les *mores* (mœurs au sens étroit) des *folkways* (manière de vivre d'un peuple). Les premières constituent un simple comportement, que n'accompagnent ni jugement de valeur, ni tourments de conscience mais qui ont pu être juridique à d'autres époques, c'est selon l'auteur, une « norme du convenable ». Les *folkways* sont pour Jean Carbonnier des « usages très anodins dont est tissée la vie quotidienne » comme par exemple la façon de saluer.

¹⁶⁹² V. HAUSER Jean, LEMOULAND Jean-Jacques, « Ordre public et bonnes mœurs » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2004, (mis à jour mars 2014), n°57-86.

¹⁶⁹³ *Ibid*, n°87-89.

jusqu'au sommet de la hiérarchie des normes, certains auteurs estiment qu'il existe désormais un ordre public écologique ou environnemental¹⁶⁹⁴ selon la terminologie retenue.

2. Le concept d'ordre public écologique consacré par la jurisprudence

529. L'ordre public écologique marquerait ainsi l'avènement d'un ordre public de troisième génération qu'il conviendra de préciser dans nos développements suivants. Son existence, une fois précisée à l'aide de la jurisprudence, nous permet alors de penser l'ordre public écologique comme constitutif d'un cadre pour l'entreprise sobre. En effet, si l'ordre public est une notion fonctionnelle, c'est elle qui permet d'organiser, de diriger ou de protéger et qui peut donc également permettre d'assigner à l'entreprise la responsabilité et la sobriété souhaitées. Il convient cependant préalablement de définir plus précisément l'ordre public écologique et de voir qu'il peut permettre de repenser la fonction sociale de l'entreprise (a), avant d'envisager ensuite une illustration jurisprudentielle générale (b).

a. Une réactualisation environnementale de l'ordre public

530. « Existe-il un concept général, harmonieux et transversal du droit de l'environnement pour sauvegarder, rendre sain et sauf ? »¹⁶⁹⁵ À cette question, Eric Naim-Gesbert répond par le concept d'ordre public écologique. L'auteur observe que si l'ordre public apparaît comme une « belle évidence », l'ajout de l'adjectif « écologique » constituerait un « ordre nouveau » lorsqu'il est conçu comme « la clef de voûte du système juridique de la sauvegarde de la biodiversité »¹⁶⁹⁶. Dans le même sens, Mme Belaïdi défend dans sa thèse que l'ordre public écologique constitue un outil au service de la « lutte contre les atteintes globales à l'environnement »¹⁶⁹⁷. La terminologie d'ordre public écologique est par ailleurs préférable à celle d'ordre public du développement durable puisque certains auteurs constatent une véritable « dénaturation » de la notion de développement durable qui devient « en tout premier lieu une invitation à la promotion de la croissance économique »¹⁶⁹⁸. L'ordre public écologique permettrait ainsi de repenser la fonction sociale de l'entreprise et d'amender le droit existant en faisant prévaloir l'ordre public écologique sur l'ordre public classique.

531. L'idée n'est pas nouvelle, et sa paternité peut être attribuée à Monsieur le professeur Michel Prieur qui utilisa dès 1976 les termes d'ordre public écologique pour désigner la

¹⁶⁹⁴ FONBAUSTIER Laurent, « L'ordre public environnemental et les mutations de l'action publique », in HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde (dir.), *Le contrat et l'environnement*, PUAM, coll. Droits de l'environnement, 2014, 562 p., pp. 143-156.

¹⁶⁹⁵ NAIM-GESBERT Eric, *Droit général de l'environnement*, LexisNexis, 2011, pp.181-183.

¹⁶⁹⁶ *Ibid.*

¹⁶⁹⁷ BELAÏDI Nadia, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique ?*, Bruylant, 2008, 498 p.

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*, p.19.

naissance d'un *ordre public nouveau* aux finalités de protection de l'environnement¹⁶⁹⁹. Michel Prieur explique l'origine du concept d'ordre public écologique par le constat de la multiplicité et de l'ampleur des polices spéciales en matière de pollution et de protection de la nature qui a abouti à la question de savoir si elles ne correspondaient pas à une unique police administrative spéciale soumise à un ordre public écologique, « celui-ci aurait le mérite de regrouper au moins théoriquement tous les textes épars en matière d'environnement et de leur donner un fondement commun. Toutes ces règles nouvelles ont pour objet de contraindre l'homme à respecter les lois biologiques et l'équilibre écologique général »¹⁷⁰⁰. L'ordre public écologique est ainsi généralement défini par la littérature à travers sa fonction protectrice de l'environnement et les règles qui le composent.

532. Pour Éric Naim-Gesbert, l'ordre public écologique peut recevoir une définition négative et positive. Tout d'abord, une définition négative qui consiste à prévenir le trouble écologique, c'est une « police des nuisances »¹⁷⁰¹. Ensuite, l'auteur explique que l'ordre public écologique peut recevoir une définition positive et cite à l'appui Alexandre Kiss qui envisage l'ordre public écologique comme un « ensemble de principes élaborés dans l'intérêt général de l'humanité et fondés sur la justice environnementale qui permet de sauvegarder les ressources naturelles et leurs équilibres entre elles et par rapport aux humains, ainsi que d'assurer l'accès équitable à ces ressources à toute personne et à toute autre espèce vivante »¹⁷⁰².

533. Tout comme Michel Prieur envisage l'ordre public écologique comme un regroupement de textes épars en matière d'environnement et Alexandre Kiss comme un ensemble de principes, Eric Naim-Gesbert propose de définir l'ordre public écologique comme un « système de normes appropriées – fondé sur l'adaptation harmonieuse de la loi juridique à la loi écologique – [qui vise à] la sauvegarde de la biodiversité dans la durée et de manière équitable. »¹⁷⁰³ Selon ce même auteur, la physiologie de l'ordre public écologique tient ainsi dans la protection de l'espèce et de l'écosystème dont d'innombrables normes viennent assurer le respect¹⁷⁰⁴. On retient de ces propositions que l'ordre public écologique est donc caractérisé par un système de normes dont la fonction est la protection d'un intérêt général, largement entendu, qui embrasse l'environnement, au-delà de la seule protection des individus. Il ressort de ces propositions que l'ordre public écologique comprend une définition fonctionnelle et une définition matérielle, ce vers quoi il tend -

¹⁶⁹⁹ PRIEUR Michel (dir.), *La pollution atmosphérique en droit français et en droit comparé*, Publications périodiques spécialisées Lyon, 1976, 224 p., spéc. p. 5.

¹⁷⁰⁰ PRIEUR Michel, *Les principes généraux du droit de l'environnement*, Cours de Master 2 Droit international et comparé de l'environnement, Université de Limoges, Tronc commun, Cours n°5, p. 8.

¹⁷⁰¹ NAIM-GESBERT Eric, *Droit général de l'environnement*, Lexis Nexis, 2011, p. 183 : « La formulation théorique primitive de l'ordre public écologique repose sur l'idée matérielle et extérieure d'une *police des nuisances*. Celle-ci procède de la définition négative de l'ordre public (prévenir le trouble écologique) – héritée du doyen Hauriou ».

¹⁷⁰² KISS Alexandre, « L'ordre public écologique », in BOUTELET Marguerite et FRITZ Jean-Claude (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruylant, 2005, 360 p., p.167.

¹⁷⁰³ NAIM-GESBERT Eric, *Droit général de l'environnement*, Lexis Nexis, 2011, p.184.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 189.

l'organisation d'une société qui intègre un ordre écologique- et ce qui le compose, c'est-à-dire les normes environnementales qui en assure le respect.

534. Pour ce qui concerne le contenu matériel, nous avons précédemment relevé que l'ordre public pouvait se définir à travers les valeurs essentielles d'une société considérées comme supérieures aux intérêts particuliers et que celles-ci pouvaient prendre leur consistance à travers les dispositions législatives. Toutefois, en l'absence de précision des textes, le juge peut être amené à déduire le caractère d'ordre public de l'esprit de la loi. Ainsi, la doctrine reconnaît le pouvoir du juge de faire naître des dispositions d'ordre public et de considérer que la jurisprudence constitue une autre source d'ordre public en-dehors de la loi¹⁷⁰⁵.

b. L'adhésion du juge à l'existence de l'ordre public écologique

535. Le juge français reconnaît l'existence de l'ordre public écologique comme l'illustre un arrêt de la cour d'appel de Grenoble du 19 mars 2008¹⁷⁰⁶. Dans cet arrêt, la juridiction a été amenée à trancher un concours d'ordres publics. Autrement dit, le juge a été appelé à opérer un arbitrage entre des valeurs également considérées comme essentielles et composantes toutes deux d'un ordre public, en l'occurrence l'ordre public social et l'ordre public écologique.

536. Dans cet arrêt de la cour d'appel de Grenoble rendu le 19 mars 2008, une société de fonderie de laiton placée en liquidation judiciaire entreposait des produits chimiques polluants. Après ouverture de la procédure collective, plusieurs arrêtés préfectoraux enjoignaient le liquidateur, considéré comme « l'exploitant », de prendre les mesures de dépollution du site. Ce dernier saisit alors le juge du tribunal de commerce pour obtenir la disposition des fonds nécessaires pour procéder à l'élimination des matières dangereuses. Le juge accorda son autorisation par ordonnance mais c'était sans compter sur

¹⁷⁰⁵ HAUSER Jean, LEMOULAND Jean-Jacques, PIETTE Gaël, « Ordre public et bonnes mœurs », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2004, (mis à jour février 2019), n°16-20.

¹⁷⁰⁶ CA Grenoble, ch. Com., 19 mars 2008, n°05/03219 : « Attendu, sur le fond du litige, que la Cour relève et considère que : - si, ainsi que le fait valoir à juste titre Me B., les traités, la loi, la pratique et la jurisprudence (y compris en droit communautaire) ont bien consacré l'existence d'un ordre public écologique (dont fait partie la "créance environnementale"), force est de constater qu'aucune disposition du droit des procédures collectives droit touchant "l'ordre public économique" (et ayant pour but de faciliter le sauvetage de l'entreprise, but encore rappelé par la récente loi dite de "sauvegarde")- ne précise formellement le sort de cette créance, d'autant que l'AGS CGEA rappelle, également à juste titre, que sa créance (résultant d'une subrogation dans les droits des salariés) relève, elle, de "l'ordre public social", - en présence de ce "conflit" entre les ordres publics susvisés, la présente Cour, qui n'a pas pour compétence de donner la primauté à l'un ou l'autre d'entre eux, mais d'appliquer les textes en vigueur, ne peut que constater que, faire primer le superprivilège de l'AGS CGEA par la créance environnementale, reviendrait à faire supporter, indirectement, la créance environnementale par les salariés, - aucun texte du droit positif ne permet de prendre cette décision, et, si le "guide à l'attention des mandataires judiciaires et de l'inspection des installations classées" précise que "les mesures urgentes sont prises en charge sur les fonds disponibles préalablement à toute répartition", d'une part, ces précisions n'ont pas force de loi, d'autre part aucune urgence n'est caractérisée dans la présente affaire où il s'agit d'évacuer des produits polluants entreposés dans des caves ; Attendu qu'ainsi, il apparaît que la créance environnementale, qui a été déclarée, (et qui est née le jour de l'arrêt préfectoral ordonnant la consignation cf l'arrêt de la Cour de Cassation du 17 septembre 2002) sera prise en charge dans l'ordre prévu à l'article L 621-32 ancien du Code de commerce, donc après le règlement du superprivilège de l'AGS CGEA (...) ».

l'opposition présentée par l'Association pour la Gestion du régime d'assurance des créances des Salaires (AGS) qui avait déjà procédé au règlement des avances des salaires. L'AGS soutenait que l'ordonnance autorisant la disposition des fonds pour la dépollution ne respectait pas la primauté de son super-privilège. Le tribunal de commerce de Grenoble rejeta la contestation de l'AGS, après avoir relevé l'autonomie des procédures administratives et des mécanismes de redressement et de liquidation judiciaires, au motif que : « l'intérêt général l'emporte sur les intérêts particuliers, même ayant un caractère collectif, et qu'il ne peut pas être présumé que le liquidateur ne pourra pas assurer le remboursement total des avances de l'AGS ».

537. Nous observons que le premier juge résout le concours de créances en plaçant au rang prioritaire de règlement des créances, la créance environnementale¹⁷⁰⁷ consistant en la nécessité d'assurer la dépollution du site, mesure qu'il juge d'intérêt général et ne pouvant souffrir d'intérêts particuliers, à savoir le règlement des créances salariales à l'AGS. La « créance environnementale » qui appartient à l'ordre public écologique selon les termes de l'arrêt, bénéficie ainsi d'une priorité sur la disposition de l'ordre public social dans ce premier jugement.

538. Toutefois, la chambre commerciale de la cour d'appel de Grenoble n'a pas entendu valider ce jugement qui a été réformée en toutes ses dispositions. Elle a jugé que si la créance environnementale appartenait à l'ordre public écologique, la créance de l'AGS relevait de l'ordre public social. En réalité, la Cour ne s'estime pas être compétente pour régler ce conflit entre ordres publics et refuse de donner la primauté à l'un ou l'autre d'entre eux. Aussi, s'est-elle contentée d'appliquer les textes en vigueur¹⁷⁰⁸ en l'absence de précision formelle de rang dans l'ordre de paiement pour la créance environnementale (article L 514-1 ancien du code de l'environnement). La Cour n'a donc pu que constater que l'AGS bénéficiait d'un super privilège qui appartenait à l'ordre public social et que le jugement inverse « reviendrait à faire supporter, indirectement, la créance environnementale par les salariés ». Il convient cependant d'observer que ce n'est que de manière « indirecte » ou incidente que la créance environnementale aurait été supportée par les salariés, en effet, ce ne sont pas les individus salariés personnes physiques qui assumeraient le coût de dépollution du site sur leurs créances salariales personnelles, mais l'AGS personne morale au titre de sa garantie de créances. Or, l'AGS se défend de devoir assumer une créance environnementale au moyen que la protection de l'environnement relève d'une attribution de l'État. Par ailleurs, on note le surplus de motivation apportée par la Cour d'appel de Grenoble qui justifie sa décision par l'absence d'urgence à évacuer les produits polluants entreposés dans des cuves. Nous pourrions imaginer que l'urgence de la situation aurait pu aboutir à une issue différente du litige mais c'est à bon droit que la Cour d'appel se fonde sur l'article L 621-32 ancien du code de commerce qui régit

¹⁷⁰⁷ Sur la notion de « créance environnementale » v. VOINOT Denis, « Le sort des créances dans la procédure collective - L'exemple de la créance environnementale », RTD com. 2001, p.581.

¹⁷⁰⁸ L'arrêt vise l'article L. 621-32 ancien du code de commerce qui dispose que les créances salariales sont au premier rang de l'ordre du règlement des créances (article L. 622-17 nouveau).

l'ordre de règlement des créances en cas de liquidation et place la créance salariale avant celle des autres rangs.

539. Cet arrêt nous enseigne que la question d'un concours d'ordres publics n'est pas définitivement tranchée puisque la Cour d'appel a érudé sa compétence sur ce point. À ce jour, seule la précision des dispositions litigieuses permettra d'y apporter une solution. Toutefois, à défaut de précision textuelle, le juge pourrait être amené à trancher un concours d'ordres publics et faire primer l'un sur l'autre, notamment à l'aide de la notion d'intérêt général comme souhaitait le faire le juge de première instance. Enfin, nous retiendrons surtout de cet arrêt l'adhésion du juge à l'existence d'un ordre public écologique : « les traités, la loi, la pratique et la jurisprudence (y compris en droit communautaire) ont bien consacré l'existence d'un ordre public écologique (dont fait partie la "créance environnementale") »¹⁷⁰⁹.

540. Un arrêt antérieur rendu par la cour d'appel de Lyon relatif à des travaux non autorisés effectués par une commune fait par ailleurs usage de la notion « d'ordre public environnemental », envisagée comme une exigence du respect de l'intérêt général au même titre que le respect de la loi¹⁷¹⁰. Il sera encore observé que dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 juin 2015, la Haute-juridiction indique que « le traitement des déchets vise à la satisfaction d'un objectif public d'intérêt général d'ordre environnemental »¹⁷¹¹. Cette formule va ainsi dans le sens d'un « ordre nouveau » décrit par Monsieur Prieur mais on nuancera l'importance de la formule en raison de l'utilisation conjointe de l'intérêt général et de l'ordre public environnemental qui n'apparaît pas ainsi comme une notion encore pleinement autonome, sans doute par souci de motivation satisfaisante.

541. En toute hypothèse, l'existence d'un ordre public écologique a été consacrée dans la jurisprudence même s'il demeure peu employé. Toutefois, la protection de

¹⁷⁰⁹ CA Grenoble, précité. V. aussi Cass. civ. 3^{ème}, 3 nov. 2011, n° 10/14986 et 10-30549, inefficacité de la clause de non-garantie légale contre les vices cachés en ce qui concerne un contrat de vente d'immeuble pollué en raison du caractère d'ordre public de l'obligation de dépollution, v. BOUTONNET Mathilde, « L'exonération de la garantie légale contre les vices cachés confrontée à l'ordre public environnemental », Revue des contrats, 1er octobre 2012, n°4, p.1314. ; et aussi CEDH, 9 décembre 1994, Lopez Ostra c/ Espagne, Les grands arrêts de la CEDH, F. SUDRE et al., PUF, 2003, n°3, p. 26.

¹⁷¹⁰ CA LYON, 20 septembre 2001, n°2001/72, Association Interdépartementale pour la protection du lac de Sainte Croix : « Sur la responsabilité de Charles Y. Attendu qu'il convient de rechercher si les actes délictueux commis par Charles Y constituent ou non des fautes personnelles détachables de sa fonction de maire ; Attendu que la lettre que lui a adressée le préfet le 24 mars 1995 lui enjoignant de faire cesser les travaux établit le caractère délibéré des violations multiples des prescriptions législatives et réglementaires commises par Charles Y ; Que celui-ci ne saurait soutenir avoir agi dans l'intérêt général, cet intérêt exigeant au premier chef le respect de la loi, et de l'ordre public environnemental ; Qu'il ne peut prétendre avoir agi dans l'intérêt collectif de sa commune puisqu'il a exposé la responsabilité de cette dernière en entreprenant des travaux dans l'inobservation des lois ; Qu'il n'a donc pu agir que dans un intérêt personnel ; Attendu qu'il apparaît toutefois que les actes délictueux commis par Charles Y dans le cadre de ses attributions ne sont pas dépourvus de tout lien avec sa fonction de maire, et que dès lors il ne saurait être statué par les juridictions de l'ordre judiciaire sur une quelconque responsabilité civile personnelle de sa part ».

¹⁷¹¹ Cass. com., 23 juin 2015, n°14/12.419, publié au bulletin arrêt n°610. Lexbase, La lettre juridique, 2 juillet 2015, Brèves, p.38, n° N8253BU9.

l'environnement conçue comme « intérêt supérieur qui s'imposera aux lois ordinaires »¹⁷¹² avec l'adoption d'une Charte de l'environnement décrite comme, « un acte politique fondateur, un pacte républicain d'une nouvelle forme, le *pacte écologique* »¹⁷¹³ ainsi que la multiplication des dispositions du droit de l'environnement amène à consolider l'existence d'un système de normes constitutif d'un ordre public écologique. Dès lors, cet ensemble cohérent constitutif de l'ordre public écologique nous permet d'envisager l'existence d'un cadre général pour l'entreprise sobre, entendu comme le cadre des lois et principes qui en définissent la portée¹⁷¹⁴.

B. L'ordre public écologique : cadre pertinent de l'entreprise sobre

542. Nous entendons employer le terme de cadre comme un synonyme de règle au sens latin de *regula*, c'est-à-dire de ligne directrice, d'armature juridique qui délimite, structure et ordonne un concept de droit. En l'occurrence, l'ordre public écologique compris comme la « clef de voute du système juridique de sauvegarde de la biodiversité »¹⁷¹⁵ permet d'ordonner l'entreprise sobre. Aussi, il ne s'agit pas seulement d'un système de normes cohérentes qui regroupe des dispositions éparses relatives à la protection de l'environnement à destination des entreprises, il est surtout un « ordre public finalisé »¹⁷¹⁶ vers la protection de l'environnement et par suite il permet de revêtir la fonction de structuration de l'entreprise sobre. Plus précisément, Gérard Lyon-Caen suggère qu'un ordre public finalisé, l'ordre public social en l'occurrence chez cet auteur, pourrait être supérieur à l'ordre public général qui ne le serait pas¹⁷¹⁷. Cet ordre public général encore appelé ordre public absolu¹⁷¹⁸ ou ordre public classique s'entend de « l'observation de principes généraux tels que la sauvegarde de l'État, des institutions, des cadres élémentaires de la société, de la liberté des conventions, etc. »¹⁷¹⁹. Des auteurs considèrent toutefois que l'affirmation de Gérard Lyon-Caen est « dangereuse car l'intérêt social n'est pas *a priori* supérieur ou conforme à l'intérêt général »¹⁷²⁰.

543. Cette critique peut toutefois être écartée si l'on considère à l'inverse que l'ordre public écologique « transcende » tout ordre public. En effet, alors qu'il est indiqué dans la Charte

¹⁷¹² CHIRAC Jacques, *Discours de Jacques Chirac, candidat à la présidence de la République*, le 18 mars 2002 à Avranches, in RJE, numéro spécial, 2003, La charte constitutionnelle en débat, vol. 28, n°1, pp. 89-97

¹⁷¹³ FONBAUSTIER Laurent, « Environnement et pacte écologique - Remarques sur la philosophie d'un nouveau « droit à » », Les cahiers du Conseil constitutionnel n° 15, 2003, p.140. V. aussi SADDIER Martial, Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, *Avis n°1593 sur le projet de loi constitutionnelle n°992 relatif à la Charte de l'environnement*, Assemblée Nationale, 11 mai 2004.

¹⁷¹⁴ Par analogie et référence à l'article L110-1-II du code de l'environnement.

¹⁷¹⁵ NAIM-GESBERT Eric, *Droit général de l'environnement*, Lexis Nexis, 2011, pp.183-187

¹⁷¹⁶ LYON-CAEN Gérard, « Négociations collective et législation d'ordre public », Dr. soc. 1973, p. 89, indiquait : « l'ordre public social, parce qu'il est finalisé, pourrait être supérieur à l'ordre public général qui ne le serait pas ».

¹⁷¹⁷ *Ibid.*

¹⁷¹⁸ MEYER Nadège, *L'ordre public en droit du travail – Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, Thèse, Toulouse, 2003, disponible sous LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 461, p.12

¹⁷¹⁹ HAUSER Jean, LEMOULAND Jean-Jacques, « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2004, (mis à jour mars 2014), n°17

¹⁷²⁰ *Ibid.*

de l'environnement que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts de la nation¹⁷²¹, il y a lieu d'élever l'ordre public écologique – concept plus large que la seule finalité de préservation de l'environnement- à un rang supérieur puisqu'il conditionne l'existence même de l'ordre public. En effet, l'ordre public écologique doit être considéré comme un ordre public préalable sans lequel la société ne peut établir d'ordre public positif. Il est *a fortiori* vecteur d'intérêt général et se confond avec lui. En réalité, il ne s'agit pas de s'interroger sur la supériorité de l'ordre public écologique sur un autre ordre public mais de savoir liminairement si l'ordre public écologique permet l'existence de l'ordre public classique, ou du moins, l'existence d'un ordre public social ou économique. En effet, si nous poursuivons notre raisonnement plus avant, sans protection de l'environnement par l'ordre public écologique, les ressources permettant à une entreprise d'exercer une activité économique pourraient se trouver définitivement altérées, rendant impossible par la suite de concevoir la protection même de tout ordre public économique et social. L'intérêt général commande par conséquent de donner priorité à l'ordre public écologique pour assurer la sobriété de l'entreprise.

544. La priorité accordée à l'ordre public écologique dans le système juridique pourrait se traduire par des dérogations à l'ordre public classique dans le sens de son amélioration. Dans sa thèse relative à l'ordre public en droit du travail, Nadège Meyer pose la question de l'adaptation de l'ordre public aux évolutions de la société en raison de changements politiques, économiques et sociaux¹⁷²². L'auteur observe ainsi que le droit du travail varie et s'adapte à ces changements auxquels il est particulièrement réactif¹⁷²³. Elle relève encore que le « législateur a organisé la possibilité de déroger à des dispositions d'ordre public en édictant des règles qui fixent un minimum de droit susceptible de dérogation. Il ne s'agit plus de dispositions intangibles auxquelles les parties doivent absolument se soumettre. Ces règles déterminent un minimum d'ordre public absolu qui laisse une place à la liberté contractuelle. »¹⁷²⁴. Madame Meyer distingue ainsi l'ordre public absolu insusceptible de dérogation¹⁷²⁵ et un ordre public social caractérisé par « un minimum légal d'ordre public absolu et par la faculté d'améliorer ce *plancher* en concluant des conventions particulières »¹⁷²⁶. Dans cette hypothèse, cela impliquerait qu'un salarié ne puisse pas voir ses avantages minimaux réduits mais toujours accrus. Ainsi, l'auteur précise que plutôt que de limiter ou de supprimer la liberté contractuelle, l'ordre public

¹⁷²¹ Ce qui entre en contradiction avec le préambule de la Charte de l'environnement qui prévoit que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la nation. Notons également que le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement. CC, 19 juin 2008, décis. n°2008-564 DC (loi relative aux OGM).

¹⁷²² MEYER Nadège, *L'ordre public en droit du travail*, thèse préc., p.12.

¹⁷²³ *Ibid.*, p. 12.

¹⁷²⁴ *Ibid.*, p. 12.

¹⁷²⁵ *Ibid.*, p. 19 : « cet ordre public a pour objet de mettre en œuvre des droits, des libertés et des principes fondamentaux (...) Il s'agit de protéger des intérêts jugés indispensables au bon fonctionnement de la société. ».

¹⁷²⁶ *Ibid.*, p. 91.

social constitue au contraire un moteur de la liberté contractuelle et incite les parties à améliorer le minimum légal intangible ou réglementaire d'ordre public absolu¹⁷²⁷.

545. Aussi, par analogie à l'approche développée par Nadège Meyer, l'ordre public écologique constitue le cadre d'incitation de l'entreprise sobre. Ce cadre doit permettre à l'entreprise de déroger à l'ordre public classique dans le sens d'une « amélioration » de la protection de l'environnement et vers davantage de sobriété, soit à travers la technique contractuelle ou par des engagements volontaires. Il appartiendra alors au juge d'apprécier la mise en œuvre du concept de sobriété au regard de l'ordre public écologique qui en constitue le cadre. Ce qui implique que la mise en œuvre pratique du concept de sobriété, passerait par une conciliation entre, les engagements volontaires ou les dispositions législatives relatives à la sobriété¹⁷²⁸ et la disposition d'ordre public classique, au regard de l'utilité socio-environnementale d'intérêt général qui en résulterait.

546. Par exemple, en droit des contrats, la formation de tout contrat obéit au respect des conditions de validité des conventions. L'une d'elle est essentielle, le respect de l'ordre public. Ainsi, conformément à l'article 1162 du Code civil : « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Or, si l'ordre public évolue par l'effet du temps, les conditions de validité du contrat qui étaient auparavant réunies sous le régime de l'ordre public ancien s'en trouveraient modifiées. Par conséquent, les faits qui permettaient par le passé de réunir les conditions de validité de formation d'une convention, en vue de la création d'une entreprise, pourraient ne plus être réunis pour l'établissement d'une nouvelle situation juridique identique. Prenons pour illustration la période de « prohibition » de fabrication et de vente d'alcool aux Etats-Unis au début du XX^e siècle. Avant cette période, l'ordre public permettait la création d'une entreprise poursuivant une telle finalité alors que pendant la prohibition, cette création fut rendue impossible puisque l'ordre public avait évolué. Celui-ci fut alors dirigé vers la réduction des comportements délictueux et vers une certaine moralisation de la société vers plus de sobriété, entendue ici dans son sens large, à travers la poursuite d'une tempérance des comportements individuels. De façon analogue à cette période de prohibition d'alcool où un contexte social avait nécessité une évolution de l'ordre public, le contexte environnemental actuel amène les entreprises à être de plus en plus encadrées par un nouvel ordre public, l'ordre public écologique.

¹⁷²⁷ *Ibid*, p. 92 : « De prime abord, il apparaît contradictoire qu'une disposition dite d'ordre public absolu édicte une règle minimale et permette en même temps d'y déroger par convention. Du point de vue de la technique juridique, l'ordre public limite ou même supprime la liberté contractuelle (...). Il semble que dans l'hypothèse de l'ordre public dit social, l'ordre public constitue au contraire le moteur de cette liberté, dans la mesure où il incite la conclusion de conventions privées. Les parties à la convention peuvent toujours améliorer le minimum légal ou réglementaire d'ordre public absolu. »

¹⁷²⁸ Il s'agit des dispositions législatives relative à la sobriété précédemment envisagées (sobriété énergétique, obsolescence programmée, lutte contre le gaspillage alimentaire, pièces de rechanges automobiles issues de l'économie circulaire...) qui participent à l'enrichissement de l'ordre public écologique.

547. Le respect du cadre issu de cet ordre public écologique, passe assurément par l'application des dispositions du système de normes qui le composent et dont le contenu matériel doit être laissé à l'appréciation souveraine du juge. Toutefois, en l'absence d'un support législatif sur lequel se fonder, le juge pourra apprécier le respect de l'ordre public écologique en considération du respect d'un comportement sobre pris en tant que standard juridique à la condition première qu'il accueille l'idée que l'entreprise possède en elle-même une telle fonction sociale.

Section 2 L'inhérente fonction sociale de l'entreprise

548. A qui, à quoi, profite l'entreprise ? En économie, l'entreprise vise à la production de biens et services, en droit, la société commerciale a pour but de satisfaire l'intérêt commun des associés. L'article 1833 alinéa 1^{er} du Code civil énonce « toute société doit avoir un objet licite et être constitué dans l'intérêt commun des associés ». À sa lecture, l'article 1833 alinéa 1^{er} du Code civil s'avère en décalage avec les idées de responsabilité sociétale et environnementale des entreprises, de transition écologique et d'entreprise sobre. Toutefois, l'article 1833 alinéa 2 ajoute désormais que la société est gérée dans son intérêts social et en prenant en considération les enjeux sociaux et environnement. Aussi, la société n'est plus seulement « constituée dans l'intérêt commun des associés », dirigé vers la satisfaction d'un intérêt unique. La loi Pacte du 22 mai 2019 envisage donc l'existence d'intérêts extérieurs. Pour autant, la rédaction de l'alinéa 1^{er} de l'article 1833 n'a pas été modifiée et sa rédaction reste conforme au droit des contrats selon lequel le contrat de société est la loi des parties. En effet, la liberté contractuelle permet de choisir librement son cocontractant¹⁷²⁹ et par extension, son associé au nom de la liberté d'entreprendre¹⁷³⁰. De même, l'article 1833 Code civil est tout à fait conforme au principe de l'effet relatif des contrats qui permet d'exclure les tiers de la relation contractuelle à travers l'opposabilité du contrat aux tiers, à tous, *erga omnes*¹⁷³¹. Les tiers se devant ainsi de respecter la situation juridique créée par le contrat. Par conséquent, il peut très bien être indiqué que la formule, « être constitué dans l'intérêt commun des associés », est superfétatoire, car le contrat de société a justement pour objet de régir des relations entre associés, de satisfaire leur intérêt commun. Le contrat de société présente donc un caractère *exclusif*, conformément à l'effet relatif des contrats. Cependant, les propositions récentes et la modification de l'article 1833 du code civil¹⁷³², vont dans le sens d'une atténuation de l'effet relatif du contrat de société. Il est imaginé un contrat de société plus inclusif, moins rigoureux à exclure les tiers de la situation sociétale créée, du moins dans la formulation de ces propositions, de prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux. En somme, la modification de l'article 1833 par l'intégration de l'intérêt social et des enjeux sociaux et environnementaux revient à reconnaître une « fonction du contrat de société » qui, entendue largement, est synonyme de fonction sociale de l'entreprise. Le contrat de société ne viserait donc plus seulement à satisfaire l'intérêt commun des associés mais d'autres intérêts, des intérêts communs tiers.

¹⁷²⁹ Art. 1102 C. civ. : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Il peut également être fait état de la force obligatoire du contrat qui a pour conséquence l'opposabilité du contrat aux tiers, et donc à leurs intérêts.

¹⁷³⁰ Cons. const., 20 juillet 1988, décision n°88-244 DC, consid. 22.

¹⁷³¹ Art. 1199 al.1 : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties » ; art. 1200 : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat », v° FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations*, t1, Contrat et engagement unilatéral, 4^{ème} éd., 2016, PUF, p.579

¹⁷³² Notamment l'article 61 du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, n°1088 déposé le 19 juin 2018 à l'Assemblée nationale. Loi Pacte n°2019-486 du 22 mai 2019, v° l'article 1833 alinéa 2.

549. Une première brèche, très vite refermée, aurait déjà pu amoindrir le caractère exclusif de l'article 1833 du Code civil en y ajoutant la prise en compte du respect des droits et libertés fondamentaux¹⁷³³, donc de tiers intérêts. En effet, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public comme le prévoit l'article 1102 du Code civil, or il était prévu d'y adjoindre les droits et libertés fondamentaux dans le cadre de la réforme du droit des contrats. Muriel Fabre-Magnan regrette que ne fut pas adopté « la proposition innovante et stimulante qui figurait dans le projet initial (et aussi dans certains projets doctrinaux tels que le projet Terré) d'interdire également que le contrat puisse déroger aux droits et libertés fondamentaux »¹⁷³⁴. L'auteur indique toutefois qu'il est permis de les y inclure sans qu'ils ne soient expressément mentionnés. Elle observe que l'article 1102 vise les « règles qui intéressent l'ordre public » et que cette formule est donc opportune puisqu'elle permet au juge, en dehors d'une disposition législative ou réglementaire, d'apprécier si une clause du contrat déroge ou non à l'ordre public¹⁷³⁵. Le même raisonnement est proposé pour apprécier la licéité du contrat au regard des droits et libertés fondamentaux¹⁷³⁶. Par conséquent, si la liberté contractuelle doit pouvoir subir des limitations au regard de l'ordre public et des droits et libertés fondamentaux, le caractère exclusif de « l'intérêt commun des associés » de l'article 1833 alinéa 1^{er} appelle également à être nuancé. D'une part en raison de l'insertion de nouveaux intérêts à l'alinéa second de cet article¹⁷³⁷ mais aussi à travers de l'ordre public écologique qui véhicule l'idée d'intérêts extérieurs par l'exigence d'un objet licite.

550. En réalité, la société constituée dans le seul intérêt des associés est une réalité bien entamée et sa rédaction ne pouvait plus tenir longtemps. En effet, outre le désormais second alinéa de l'article 1833 du code civil¹⁷³⁸, il faut rappeler que déjà en 2014, une proposition fondée sur la théorie des parties prenantes¹⁷³⁹, visait à prendre en compte d'autres intérêts que le seul intérêt commun des associés. Il était envisagé, à la suite de la disposition selon laquelle la société est constituée dans l'intérêt commun des associés, d'y ajouter : « Elle doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental »¹⁷⁴⁰.

¹⁷³³ V. FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations*, t.1 Contrat et engagement unilatéral, 4^{ème} éd., 2016, PUF, p.77.

¹⁷³⁴ *Ibid.*

¹⁷³⁵ *Ibid.*, p.78 ; l'auteur fait référence à l'article 6 du Code civil et renvoie à Cass. Ass. Plén., 4 mars 2005, n°03-11725, *D.* 2005, 785, point de vue B. Sousi, et 836, obs. X. Delpech.

¹⁷³⁶ *Ibid.*, p.80

¹⁷³⁷ Art. 1833 al. 2 c. civ selon la loi Pacte n°2019-486 du 22 mai 2019 : « « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. ».

¹⁷³⁸ *Ibid.*

¹⁷³⁹ La théorie des parties prenantes ou *stakeholders theory*, s'oppose à la théorie de l'agence et à la doctrine de la *corporate governance* qui perçoivent l'entreprise comme un bien dont les associés cherchent à maximiser les profits et promeut l'assujettissement de la direction des entreprises au pouvoir de ces derniers : SUPIOT Alain (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontière – Perspectives économiques et juridiques*, coll. Les sens du droit, Dalloz, 2015, introduction, pp.20-21 : « une conception financière de l'entreprise s'est imposée, consistant à y voir un bien plutôt qu'une institution ». V. aussi sur la théorie de l'agence LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, coll. Domat droit privé, LGDJ, 7^{ème} éd., 2018, spéc. n° 449 : « Selon cette théorie, la légitimité des dirigeants ne réside pas dans la fonction de direction elle-même, ni dans la décision de l'organe social qui les a nommés, mais dans le fait que ces dirigeants ne sont que les agents des associés, et qu'ils doivent agir dans l'intérêt commun de ces associés. ».

¹⁷⁴⁰ V° MEKKI Mustapha, Le projet « Macron » et le nouvel article 1833 du Code civil : quand la force du droit vient de la force des mots, *dalloz-actu-étudiant.fr*, Actualité, Le billet, 1^{er} décembre 2014

551. Enrichir l'article 1833 du code civil pouvait sembler démagogique en 2014 mais l'adoption de la proposition visant à intégrer l'intérêt social et les enjeux sociaux et environnementaux dans la loi Pacte du 22 mai 2019, démontre le souhait du législateur d'adhérer véritablement à l'intégration de nouveaux intérêts au contrat de société, sans doute guidé par l'exigence de transition écologique. En dehors de la symbolique des mots, c'est tout un pan du droit des sociétés qui s'ouvre par ce complément à l'article 1833. En envisageant le fait que l'entreprise n'est pas seulement constituée par les associés en vue de satisfaire leurs propres intérêts, c'est l'esprit individualiste, ou « exclusiviste » du code civil tel que rédigé en 1804 qui en ressort désormais profondément amoindri. Est alors accueillie, l'idée que l'entreprise n'a pas une fin qui se résume à une essence lucrative mais possède une finalité plus globale, une fonction sociale.

552. Envisager la société sous l'angle de sa fonction revient ainsi à basculer d'un positivisme juridique – qui s'appuie sur la théorie pure du droit se voulant autonome et dégagée de toute « irrationalité » surgies du social et du politique¹⁷⁴¹ – à un réalisme juridique du contrat de société, ajusté à la réalité sociale¹⁷⁴² mais aussi à la réalité environnementale. Il convient par conséquent d'explicitier la notion¹⁷⁴³ de fonction sociale en ce qu'elle permet d'attribuer un certain dessein à l'entreprise (I), avant d'envisager son intelligibilité concrète pour l'entreprise (II).

I. La notion de fonction sociale du droit

553. La fonction sociale de l'entreprise ne peut être définie sans définir au préalable le concept juridique de « fonction » (A). C'est alors une approche « fonctionnalisante » qui permet d'attribuer au droit une fonction intégrative ou promotionnelle¹⁷⁴⁴. La notion de fonction sociale appliquée à l'entreprise permet par conséquent d'appréhender le droit positif sous un angle renouvelé, tenant compte de l'exigence de transition écologique et de l'élaboration d'une entreprise sobre (B).

¹⁷⁴¹ Sur cette distinction entre théorie pure du droit et sociologie juridique : COMMAILLE Jacques, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, Folio, 2015, pp.18-19

¹⁷⁴² COMMAILLE Jacques, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, Folio, 2015, pp.18-19.

¹⁷⁴³ Rappelons que la « notion » se distingue du « concept » et qu'en l'état, la *fonction sociale de l'entreprise* apparaît davantage comme une notion dont les traits doivent être dégagés avant de pouvoir affirmer qu'il s'agit d'un concept. V° supra précité : GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.17 : « Le concept se distingue de la notion, plus intuitive, par la précision de ses traits. La notion se découvre alors que le concept se construit. ». Pour cet auteur aboutir à un concept juridique, nécessite préalablement de s'assurer de l'existence de la notion et d'en avoir précisé les contours, c'est seulement une fois ce travail effectué, qu'il peut être envisagé d'en faire un concept juridique, voire une véritable théorie.

¹⁷⁴⁴ CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, préc., p.135 ; citant les travaux de l'italien BOBBIO Norberto, notamment *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977 ; *La funzione promozionale del diritto, Sociologia del diritto*, Guiffè, Milano, 1984, pp. 7-27.

A. Le concept juridique de fonction

« Serait-il possible qu'un charpentier ou un cordonnier aient une fonction et une activité à exercer, mais que l'homme n'en ait aucune et que la nature l'ait dispensé de toute œuvre à accomplir ? Ou bien encore, de même qu'un œil, une main, un pied et, d'une manière générale, chaque partie d'un corps, a manifestement une certaine fonction à remplir, ne doit-on pas admettre que l'homme a, lui aussi, en dehors de toutes ces activités particulières, une fonction déterminée ? Mais alors en quoi peut-elle consister ? Le simple fait de vivre est, de toute évidence, une chose que l'homme partage en commun même avec les végétaux ; or ce que nous recherchons, c'est ce qui est propre à l'homme. Nous devons donc laisser de côté la vie de nutrition et la vie de croissance. Viendrait ensuite la vie sensitive, mais celle-là encore apparaît commune avec le cheval, le bœuf et tous les animaux. Reste donc une certaine vie pratique de la partie rationnelle de l'âme, partie qui peut être envisagée, d'une part, au sens où elle est soumise à la raison, et, d'autre part, au sens où elle possède la raison et l'exercice de la pensée. »¹⁷⁴⁵

554. Dans cet extrait d'*Ethique à Nicomaque*, Aristote affirme que la fonction est assurément ce qui est propre à l'homme, l'homme a une fonction déterminée qui le différencie des animaux et des végétaux. Pour le philosophe grec, la fonction de l'homme consiste ainsi dans une activité de l'âme conforme à la raison, ou qui n'existe pas sans la raison, la vie rationnelle. Aussi, c'est dans cette fonction de l'homme que réside le bien au sens de ce qui est juste. Droit et fonction sont intimement liés, ainsi dans sa définition du droit, saint Thomas d'Aquin indique que la justice a pour « fonction » propre d'ordonner l'homme en ce qui est relatif à autrui¹⁷⁴⁶. Saleilles reprend cette approche et indique que « l'homme a des droits à lui pour remplir sa fonction d'homme »¹⁷⁴⁷. Planiol relève plus simplement dans sa définition du droit qu'« il y a une fonction sociale qui consiste à résoudre les questions de droit »¹⁷⁴⁸. Du Pasquier attribue au droit le rôle d'assurer la coexistence paisible du groupe humain ou, comme l'on dit souvent, d'harmoniser l'activité des membres de la Société. En un mot, il est « l'assise de l'ordre social »¹⁷⁴⁹.

555. De façon contemporaine, c'est par exemple au contrat qu'il est attribué une fonction sociale. Selon le professeur Mekki : « les fonctions du contrat se sont amplifiées et diversifiées. Il n'est plus une simple opération économique. Le contrat devient un

¹⁷⁴⁵ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. Tricot J. (1959), Ed. Les Echos du Maquis, v.1, janv.2014, p.28, 6, (1097b-1098a).

¹⁷⁴⁶ THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique*, question 57, trad. dominicaine (1984), éd. numérique, <http://docteurangelique.free.fr>, 2017, consulté le 05 mars 2018.

¹⁷⁴⁷ SALEILLES Raymond, *De la personnalité juridique*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1922, p. 127

¹⁷⁴⁸ PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 8ème éd., t.1, 1920, p. 2

¹⁷⁴⁹ DU PASQUIER Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, éd° Delachaux & Niestlié, Neuchâtel, 4^{ème} éd., 1967, p.19

instrument de régulation sociale »¹⁷⁵⁰. Par cette approche, on retrouve l'idée que l'homme a une fonction et que le droit, à l'image de celui-ci, doit revêtir les éléments au service de cette fonction, dont il peut être dit qu'elle obéit à un principe de solidarité¹⁷⁵¹, puisqu'il s'agit d'ordonner les relations en ce qui est relatif à autrui¹⁷⁵² mais aussi aux choses si l'on ne veut pas oublier l'environnement. Par un bref aperçu de l'utilisation du terme fonction dans la littérature juridique, il s'avère que droit et fonction sont indissociables. Il faut néanmoins préciser la signification de cette dernière pour mieux comprendre son utilité à intégrer le concept d'entreprise sobre dans le droit.

556. L'étymologie du terme de fonction provient du latin *funcio*, qui signifie « accomplissement, exécution »¹⁷⁵³. Selon la définition donnée par le dictionnaire de l'Académie française, la fonction peut essentiellement revêtir deux acceptions à l'image d'un masque de Janus, une « fonction-activité » et une « fonction-relation »¹⁷⁵⁴ (1). La combinaison de ces deux approches permettant alors d'aboutir à l'affirmation selon laquelle la fonction est nécessairement limitée par un intérêt (2).

1. Fonction-activité et fonction-relation

557. La première approche de la fonction ou la fonction-activité, s'entend de l'ensemble des activités, obligations et devoirs inhérents à l'exercice d'une charge¹⁷⁵⁵. Par exemple, en droit administratif, « exercer une fonction publique consiste à assurer une tâche d'intérêt public (politique, technique, administrative, judiciaire) dans le cadre d'une collectivité publique »¹⁷⁵⁶. En droit des sociétés, la fonction s'entend de l'activité exercée par le dirigeant social dans l'intérêt de la société¹⁷⁵⁷. La fonction dans cette acception d'exercice d'une activité, renvoie au latin *activitas*, de celui qui est actif, qui détient une « puissance d'agir »¹⁷⁵⁸, au sein d'un ensemble, en vue de satisfaire un intérêt, généralement distinct du

¹⁷⁵⁰ MEKKI Mustapha, « Le contrat : entre liberté et solidarité », in SUPIOT Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Paris, Collège de France, 2018, pp.93-120, spéc. 18 -19.

¹⁷⁵¹ MEKKI Mustapha, « Le contrat : entre liberté et solidarité », précit., : spéc. 19 : « à savoir, la solidarité d'action, le principe d'organisation entre les générations, un principe d'égalisation des conditions, un principe d'entraide » ; V. également SUPIOT ALAIN (dir.) *La solidarité. Enquête sur une principe juridique*, Odile Jacob, coll. Collège de France, 2015, 357 p. ; SUPIOT Alain, *La gouvernance par les nombres*, précit., p.376 : « Dans une perspective de solidarité, la péréquation des risques a pour fonction, non seulement de doter chacun de certaines garanties, mais aussi de compenser les inégalités de fortune et d'exposition à ces risques».

¹⁷⁵² THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique*, précit.

¹⁷⁵³ Académie française, Dictionnaire, 9^{ème} éd., v. *fonction*.

¹⁷⁵⁴ Notre proposition de distinction.

¹⁷⁵⁵ Académie française, Dictionnaire, 9^{ème} éd., v. *fonction*.

¹⁷⁵⁶ LEMOYNE de FORGES Jean-Michel in ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012, v° *Fonction publique*.

¹⁷⁵⁷ V° par exemple l'art. L225-56 du code de commerce pour la société anonyme.

¹⁷⁵⁸ Académie française, Dictionnaire, 9^{ème} éd., v. *activité*.

sien propre¹⁷⁵⁹, par exemple celui d'une collectivité publique ou d'une société commerciale. La fonction-activité correspond alors à l'exercice par un sujet actif de droits subjectifs¹⁷⁶⁰. En effet, l'accomplissement d'une fonction nécessite l'exercice d'un droit par une personne, pour son intérêt ou pour un intérêt distinct ; soit le fait de faire quelque chose afin d'obtenir un effet juridique¹⁷⁶¹, ou encore, d'exercer la prérogative ou le pouvoir juridiquement reconnu de faire valoir un désir et les avantages matériels ou moraux qui y sont associés¹⁷⁶². La fonction doit alors être pensée avec les éventuels attributs accessoires au pouvoir conféré en vue de sa réalisation (véhicule de fonction, logement de fonction,...)¹⁷⁶³.

558. La seconde approche de la fonction, ou la fonction-relation, peut recevoir une acception intimement liée à la première et à l'idée d'activité. Dans un sens davantage arithmétique, la fonction peut ainsi s'entendre de la relation de dépendance d'un élément à un ensemble, c'est-à-dire : « hors duquel il n'a point d'action appréciable »¹⁷⁶⁴. Cela signifie que pour qu'il y ait une puissance d'agir ou une capacité d'action, il est nécessaire d'identifier l'ensemble, par ou sur lequel, s'exerce cette activité. Ainsi, les pouvoirs détenus par le dirigeant social au titre de sa fonction, sont limités par la nécessité de respecter l'objet social et d'agir dans l'intérêt social de la société. La fonction du dirigeant est donc doublement reliée et limitée, à l'ensemble des associés et à la société elle-même, mais également à la considération d'intérêts extérieurs qui ne sont pas nécessairement d'ordre juridique et limitent les possibilités d'engagements de la société (intérêts économiques, sociologiques, géopolitiques, techniques, environnementaux, etc.).

559. Définir le concept juridique de fonction revient en réalité à s'interroger sur la définition même du droit, qui ne peut se définir sans attribution, sans finalité, sans fonction selon le

¹⁷⁵⁹ Rapp. GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, pp. 8-12, L'auteur voit dans le terme de pouvoir, l'idée de fonction. Il observe ainsi que dans le mandat, dans le droit du travail ou dans le droit de la famille dans le cadre de l'autorité parentale : « on constate qu'une personne exerce une activité sans en être le bénéficiaire direct ou exclusif. Un individu se voit confier une charge qu'il exerce dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien propre ».

¹⁷⁶⁰ V° ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, p.145, selon l'auteur, les droits subjectifs s'entendent de manière générale des prérogatives reconnues aux individus par le droit et qui leur permettent de disposer d'un avantage, garanti par les règles de droit ; v. aussi, *ibid*, p. 154 et 155 : « le droit subjectif s'inscrit aujourd'hui comme une prérogative ou un pouvoir juridiquement reconnu de faire valoir un désir et les avantages qui y sont associés » ; et également, *ibid*, p. 174, selon le même auteur, la doctrine identifie la structure du droit subjectif par la réunion de quatre éléments : un sujet actif, un contenu, un objet déterminé et un sujet passif.

¹⁷⁶¹ GUTMANN Daniel, in ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012, v° *droit subjectif*, spéc. pp.529 et 530. L'auteur distingue le droit subjectif des libertés publiques qui expriment pour ces dernières, de façon très générale, des possibilités d'agir conférés au sujet (liberté de religion, de communication...), alors que le droit subjectif désignerait des prérogatives plus nettement précisées. Les droits subjectifs correspondent ainsi davantage à l'idée de fonction.

¹⁷⁶² ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2016, pp. 154-155

¹⁷⁶³ MANGEMATIN Céline, *La faute de fonction en droit privé*, coll. Nouvelles Bibliothèque de Thèses, Dalloz, Avril 2014, p.1

¹⁷⁶⁴ Trésor de la Langue Française Informatisé, lexique v° *activité*, spéc. 32 : « Sphère d'activité : L'espace dans lequel la faculté d'agir d'un agent naturel est renfermée, hors duquel il n'a point d'action appréciable ».

courant sociologique, fonctionnaliste et solidariste du droit¹⁷⁶⁵. Aussi, la fonction serait nécessairement sociale et « inhérente à la science juridique »¹⁷⁶⁶. En ce sens, René Demogue inspiré par le juriste allemand Jhering¹⁷⁶⁷, refuse de rattacher la « fonction » à la « volonté », il indique « que le droit a pour mission de protéger un intérêt et non pas une volonté »¹⁷⁶⁸. Demogue adopte ainsi une vision fonctionnaliste – le droit protège un intérêt – et s’oppose à celle de Duguit, ce dernier ayant le tort de voir dans la volonté l’essentiel du droit¹⁷⁶⁹. Pour Demogue, si le droit est un intérêt juridiquement protégé, « il y a des droits qui ne sont pas élevés à la dignité de droits : ce sont *les droits reflets* », auxquels manque une volonté qui les représente¹⁷⁷⁰. Aussi, selon cet auteur, retenir la volonté comme critère essentiel du droit « présente l’inconvénient de rendre très difficile la reconnaissance d’un droit là où il n’y a pas de volonté »¹⁷⁷¹, notamment lorsqu’il s’agit de protéger des intérêts qui ne sont pas personnifiés par la personnalité juridique, dont le patrimoine et l’environnement.

560. Selon ces approches, la fonction peut-être entendue comme l’exercice de droits subjectifs en vue de satisfaire un certain intérêt et dans la limite d’un ensemble. Par suite, la fonction peut-être comprise comme synonyme d’un droit-fonction ou droit à esprit altruiste, par opposition à l’idée d’un droit-intérêt ou d’un droit à esprit égoïste¹⁷⁷², c’est-à-dire d’un droit essentiellement basé sur la volonté et omettant la prise en compte d’intérêts tiers. Aussi, la fonction peut s’entendre juridiquement de l’exercice de droits subjectifs dans l’intérêt et la limite d’un ensemble¹⁷⁷³.

¹⁷⁶⁵ V° les développements sur la fonction sociale du droit par GEIGER Christophe, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », D. 2010, p.510. L’auteur renvoie également à C. du Pasquier, Louis Josserand, ou encore Denis Mazeaud plus récemment qui prône la reconnaissance d’un solidarisme contractuel. Plus récemment v. SUPIOT Alain (dir.), *Face à l’irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Paris, Collège de France, 2018.

¹⁷⁶⁶ GEIGER Christophe, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », D. 2010, p. 510.

¹⁷⁶⁷ JHERING Rudolf von, *L’esprit du droit romain*, Paris, éd. Marescq, trad. Meulenaere, 3ème éd°, vol. 4, 1886, p.327 : « L’utilité, non la *volonté*, est la substance du droit. », et p. 328 : « Les droits sont des intérêts juridiquement protégés (...) Tout droit privé existe pour assurer à l’homme un avantage quelconque, pour venir en aide à ses besoins, pour sauvegarder ses intérêts, et concourir à l’accomplissement des buts de sa vie. ».

¹⁷⁶⁸ DEMOGUE René, *La notion de sujet de droit : caractère et conséquences*, éd. Larose, Paris, 1909, 45 p., p.6.

¹⁷⁶⁹ DUGUIT Léon, *L’Etat, le droit objectif et la loi positive*, éd. Albert Fontemoing, Paris, 1901, p.174, cité par DEMOGUE René, op. cit., p.2 et 7 : « M. Duguit, malgré toutes les nouveautés qu’il propose et son hostilité contre les sujets de droit, voit encore dans la volonté l’essentiel du droit. Le droit subjectif, dit-il, peut avoir pour support un intérêt, mais cet intérêt ne peut constituer un droit que lorsqu’il est voulu, et un droit seulement au profit de la personne qui le veut ».

¹⁷⁷⁰ DEMOGUE René, *La notion de sujet de droit : caractère et conséquences*, préc., p. 6.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*

¹⁷⁷² CARBONNIER Jean, *Droit civil*, coll. Quadrige, PUF, vol.1, 2004, pp.312 et 313 spéc. 162 ; CUCHE Paul, *En lisant les juristes philosophes*, éd. J. de Gigord, 1919, p.117 : « Au fond, tout droit repose sur un intérêt et les partisans les plus résolus du droit-fonction ne peuvent en disconvenir, car l’exercice même d’une fonction ne peut avoir pour but que d’assurer la satisfaction d’un intérêt. L’opposition ne doit pas être faite entre le droit-intérêt et le droit fonction, mais entre le droit, organe de défense de l’intérêt exclusif du sujet de droit, et le droit, organe de défense des intérêts collectifs. » ; *droit à esprit égoïste et droits à esprits altruistes ; droit à finalité individuelle et pouvoirs ; droits-intérêts et droits-fonctions* : JOSSERAND Louis, *De l’esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l’abus des droits*, Dalloz, 1939, 2ème éd°, p.414 et s., sur la distinction entre les droits à esprit égoïste et les droits à esprit altruiste.

¹⁷⁷³ À rapprocher des développements sur la définition du pouvoir par GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, précit.

2. La délimitation de la fonction par l'intérêt

561. C'est justement l'intérêt ou la limite d'un ensemble qui détermine les contours d'une fonction et inspire son exercice. En d'autres termes, les droits subjectifs exercés en vue de satisfaire un intérêt ne s'exercent pas sans limites. Par exemple, « l'intérêt futur »¹⁷⁷⁴ des générations futures limite les libertés des générations présentes. Par un mécanisme d'interdépendance, la fonction-activité est donc nécessairement limitée par la fonction-relation. Cette affirmation prend alors tout son sens lorsque l'entreprise est définie comme un système d'intérêts communs exerçant une activité économique. Par exemple, le droit de propriété, droit subjectif, est exercé par son titulaire mais son étendue est limitée, il n'est pas absolu. En ce sens, la cour d'appel de Paris a pu juger dans un arrêt rendu sur renvoi après cassation partielle, que « le droit de propriété ne constitue plus aujourd'hui tout à fait, comme au XIX^{ème} siècle, un droit absolu, exclusif et perpétuel »¹⁷⁷⁵.

562. Dans le sens de la limitation de l'exercice des droits subjectifs en vue de satisfaire un intérêt, Judith Rochfeld identifie des limites intrinsèques et des limites extrinsèques à l'exercice des droits subjectifs¹⁷⁷⁶. Sans entrer dans les détails, s'agissant des premières, l'auteur indique que l'exercice des droits subjectifs est limité par des prérogatives « d'effectivité variable », ce qui renvoie à la problématique de leur force normative en raison de l'imprécision des sanctions afférentes à ces droits qui peuvent nuire à leur effectivité¹⁷⁷⁷. S'agissant des secondes, l'auteur observe que si « l'exercice des droits subjectifs a longtemps été conçu comme une toute-puissance. Ce n'est plus le cas de nos jours : on admet que, dans l'exercice des droits, leurs titulaires de droits subjectifs trouvent des limites tenant au respect d'impératifs d'intérêt général ou à la considération accrue des intérêts individuels d'autrui »¹⁷⁷⁸. Ces faits sont désignés par l'auteur comme la « socialisation des droits subjectifs », c'est-à-dire la nécessaire prise en considération, dans l'exercice d'un droit subjectif, d'un « rapport à autrui » qui « concrétise toujours une forme de lien social »¹⁷⁷⁹. On retrouve alors l'idée que l'exercice d'une fonction, qui vise à

¹⁷⁷⁴ V° KISS Alexandre Charles, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », RCADI, 1982, vol. 175, pp. 99-256, spéc. p. 131

¹⁷⁷⁵ CA Paris, pôle 4, 3^{ème} ch., 4 mai 2017, n°16/07980 : « même si le droit de propriété ne constitue plus aujourd'hui tout à fait, comme au XIX^{ème} siècle, un droit absolu, exclusif et perpétuel, et s'il est devenu, selon la formule du doyen Carbonnier, une sorte de "droit fonction", qui ne saurait être exercé contrairement à l'utilité sociale et doit être ordonné au bien commun, il ne peut être admis pour autant, même en un lieu et à une époque où la pénurie de logements demeure cruelle et où un droit au logement a été reconnu, que le manquement d'un propriétaire urbain à sa fonction sociale, qui est de loger les gens, puisse justifier cette sorte de réquisition privée, que constitue l'occupation sans droit ni titre d'un immeuble vacant. ».

¹⁷⁷⁶ ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 172.

¹⁷⁷⁷ *Ibid.* : l'auteur s'interroge sur la précision de certaines prérogatives et notamment les nouveaux « droits à » qui renvoient aux travaux relatifs à la force normative, outre l'imprécision des sanctions afférentes à ces droits qui peuvent nuire à leur effectivité. V° THIBIERGE Catherine et alii., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, 912 p.

¹⁷⁷⁸ ROCHFELD Judith, *op. cit.*, p.182

¹⁷⁷⁹ *Ibid.*

la satisfaction d'un intérêt est limité par des intérêts distincts, tiers et concurrents qui peuvent être sociaux, économiques et environnementaux¹⁷⁸⁰.

563. Aussi, tout comme l'exercice d'une fonction se fait dans l'intérêt et la limite d'un ensemble – ou système d'intérêts communs s'agissant de l'entreprise –, l'idée que « l'exercice d'un droit suppose nécessairement un rapport à autrui et concrétise toujours une forme de lien social »¹⁷⁸¹, permet de distinguer : la *fonction-activité* (ou limite intrinsèque au droit subjectif), limitée par l'exercice même d'une charge, d'un pouvoir, d'une prérogative dont les contours sont définis ; elle-même limitée par la *fonction-relation* (ou limite extrinsèque), c'est-à-dire par la nécessité de prendre en compte une relation ou un intérêt qui constituent un ensemble limitant¹⁷⁸².

564. À côté de cette socialisation des droits subjectifs, Judith Rochfeld voit un mouvement parallèle de « fonctionnalisation »¹⁷⁸³. Ce phénomène permet alors de préciser la fonction sociale de l'entreprise, juste mesure ou équilibre entre « socialisation » (prise en considération d'un rapport à autrui) et « fonctionnalisation » des droits subjectifs auxquels il est donné une orientation. En d'autres termes, si l'entreprise est classiquement limitée par des intérêts extérieurs, la transition écologique doit l'amener à exercer ses droits subjectifs à une fin vertueuse, à tout le moins elle doit faire preuve d'un comportement compatible avec la transition écologique et donc sobre.

B. De la socialisation des droits subjectifs à la fonction sociale de l'entreprise

565. La fonction sociale ainsi définie comme une limitation des droits subjectifs en considération d'autres intérêts, antagonistes, parallèles, d'intérêt général ou privé¹⁷⁸⁴, il convient d'identifier les fondements théoriques d'une fonction sociale spécifique à l'entreprise sans pour autant retenir l'idée que la socialisation des droits subjectifs consiste en leur négation, mais d'avantage en leur limitation, notamment pour le droit de propriété (1). Dans sa version plus actuelle, la fonction sociale de l'entreprise s'appuie sur le mouvement de fonctionnalisation des droits subjectifs et est tournée vers l'intérêt de l'entreprise qui intègre largement les intérêts extérieurs, notamment sociaux et environnementaux (2).

¹⁷⁸⁰ V. *infra* sur ce point, la proposition d'élargir l'intérêt commun des associés à l'intérêt de l'entreprise. Conformément à l'Ecole de Rennes, « l'intérêt commun des associés » inscrit à l'article 1833 du Code civil doit être compris largement et intégrer des intérêts extérieurs à la société. V° par exemple sur les propositions de réforme de l'article 1833 la critique de HAMELIN Jean-François, « Gérer la société en prenant en compte les intérêts des tiers... ou le flou artistique », Droit des contrats, L'essentiel, 5 février 2018, n°2, p.1

¹⁷⁸¹ ROCHFELD Judith, *op. cit.*, p. 182.

¹⁷⁸² L'expression « d'ensemble limitant » renvoie à la terminologie plus exacte de « situations juridiques constituées par l'intérêt général et les intérêts privés » selon ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2016, p.186.

¹⁷⁸³ ROCHFELD Judith, *op. cit.* p.182

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 182 et s.

1. Une fonction sociale issue du mouvement sociologique du droit

566. Dans les écrits de Jean Carbonnier relatifs à la propriété, on peut déceler les origines d'un mouvement sociologique du droit – ou sociologie juridique¹⁷⁸⁵ – à travers ce qu'il appelle « une crise de la propriété depuis 1914 »¹⁷⁸⁶. Selon l'auteur, cette crise « se place sur une courbe d'évolution déjà amorcée auparavant »¹⁷⁸⁷. D'abord installée par la Révolution, puis multipliée auprès d'une paysannerie auparavant sans terres, les gouvernements se sont ensuite désintéressés de sa répartition au point qu'il était proposé de lui attribuer une fonction. Chez les auteurs « objectivistes » comme Duguit et Kelsen, les droits subjectifs, au nombre desquels figure la propriété, seraient niés et remplacés par des devoirs ou des fonctions¹⁷⁸⁸. L'idée dominante chez ces auteurs, en un résumé réducteur, consiste à dire que si toute norme tire sa validité d'une norme supérieure, tout droit tire sa validité d'une certaine finalité qui réside au plus haut degré de la hiérarchie des normes, dans la Constitution¹⁷⁸⁹. Or, cette Constitution a elle-même pour norme encore plus fondamentale, une norme sociale acceptée de tous¹⁷⁹⁰, à savoir le présupposé que la Constitution constitue la norme la plus fondamentale.

567. Saleilles indique à la même époque, que le droit collectif précède le droit individuel : « le droit collectif est le droit primaire et initial, le droit individuel est un droit secondaire, issu du premier »¹⁷⁹¹. Appliqué concrètement à l'entreprise, tout droit subjectif attribué à une société, personne morale et sujet de droit, toute norme valable à son égard, l'est en considération d'une certaine fonction sociale dans la Société. Dans cette hypothèse, le législateur autorise et encadre par le droit objectif, l'exercice d'une activité économique car il considère que ce droit subjectif remplit une certaine fonction sociale. Aussi, l'exercice d'une fonction sociale est intimement lié à l'exercice de la liberté et de la propriété (a). Néanmoins, vouloir limiter abusivement leur exercice peut conduire à les priver d'effets (b), il est alors nécessaire de parvenir à un équilibre entre liberté, propriété et fonction sociale (c). Or, si le juge peut admettre qu'il existe des droits désintéressés qui

¹⁷⁸⁵ CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, préc.

¹⁷⁸⁶ CARBONNIER Jean, *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p.352.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸⁸ ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2016, p.183

¹⁷⁸⁹ KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Trad.° par Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 257.

¹⁷⁹⁰ DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1912, p. 20 : « Robinson dans son île n'a pas de droits ; il ne peut en avoir que lorsqu'il entre en relation avec d'autres hommes. L'individu ne peut donc avoir de droits que quand il vit en société et parce qu'il vit en société. Parler de droits antérieurs à la société, c'est parler du néant. ».

¹⁷⁹¹ SALEILLES Raymond, *De la personnalité juridique*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1922, pp. 12-13 : L'auteur critique avec sévérité l'héritage juridique laissé par l'école individualiste lors de la Révolution française, l'auteur critique ainsi le fait d'avoir fait primer le droit individuel sur le droit social ou droit collectif. Il observe par une métaphore que : « l'homme est, avant tout, un être social, qui ne se comprend pas, qui n'existe pas, moralement parlant, en dehors de l'état de société ou de groupement organisé. L'homme, en dehors de l'état de groupement, n'est pas plus un homme normal qu'une abeille ne serait encore une abeille en dehors de la ruche (...) C'est par l'intermédiaire du groupe qu'il fait valoir ses droits individuels. » ; Rapp. DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, *op. cit.*, p.18 : « Tout droit par définition implique un rapport entre deux sujets. Si l'on imagine un homme isolé et absolument séparé de ses semblables, il n'a pas, il ne peut pas avoir de droits. Robinson dans son île n'a pas de droits ; il ne peut en avoir que lorsqu'il entre en relation avec d'autres hommes. L'individu ne peut donc avoir de droits que quand il vit en société et parce qu'il vit en société. Parler de droits antérieurs à la société, c'est parler du néant. ».

ne servent qu'une fonction sociale minime, pareille solution est moins évidente pour l'exercice d'une activité économique (d).

a. Une fonction sociale liée à l'exercice de la liberté et de la propriété

568. Selon Duguit la fonction sociale est intimement liée à l'exercice de la liberté et de la propriété. Pour cet auteur, la liberté est définie, dans le système individualiste, comme le droit de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui et par là même *a fortiori* le droit de ne rien faire du tout. Or Duguit conteste cette vision et condamne tout droit à l'oisiveté. Il estime que « tout homme a une fonction sociale à remplir »¹⁷⁹². Dans une approche similaire selon laquelle toute liberté s'accompagne d'une fonction, Saleilles indique que : « Toute liberté implique une responsabilité et la responsabilité a pour corollaire l'idée de contrôle (...) l'idée moderne est que toute liberté est une fonction. Elle n'appartient pas en soi à l'individu, elle ne lui appartient qu'en fonction du rôle social qu'il doit remplir. Si elle cesse d'être utile elle tend à disparaître, ou tout au moins à se modifier »¹⁷⁹³. Ainsi en va-t-il en matière de liberté d'entreprendre, limitée par exemple en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement lorsque les activités exercées en leur sein sont jugées néfastes ou nuisibles pour la Société ou l'environnement et nécessite leur encadrement par un régime de police administrative.

569. A propos de la propriété, Léon Duguit affirme que : « La propriété n'est plus dans le droit moderne le droit intangible absolu que l'homme détenteur de la richesse a sur elle. (...) la propriété n'est pas un droit ; elle est une fonction sociale. Le propriétaire, c'est-à-dire le détenteur d'une richesse a, du fait qu'il détient cette richesse, une fonction sociale à remplir ; tant qu'il remplit cette mission, ses actes de propriétaires sont protégés. »¹⁷⁹⁴. Loin de réfuter l'existence de la liberté ou de la propriété qu'il perçoit comme nécessaires à la vie en société, Duguit en conteste cependant la qualification de droits. Dans cette approche, la liberté et la propriété sont conçues comme des fonctions ou des devoirs et

¹⁷⁹² DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, op. cit., p.20 : « dans la conception moderne la liberté n'est plus cela. Tout homme a une fonction sociale à remplir, et par conséquent il a le devoir social de la remplir ; il a le devoir de développer aussi complètement que possible son individualité physique, intellectuelle et morale, pour remplir cette fonction le mieux possible, et nul ne peut entraver ce libre développement. Mais l'homme n'a pas le pouvoir de rester inactif, d'entraver lui-même le libre développement de son individualité ; il n'a pas de droit à l'inactivité, à la paresse. »

¹⁷⁹³ SALEILLES Raymond, *De la personnalité juridique*, op. cit., pp. 12-13 : « le principe moderne est aujourd'hui qu'il n'y a pas et qu'il ne peut y avoir de liberté sans contrôle. Toute liberté implique une responsabilité et la responsabilité a pour corollaire l'idée de contrôle. C'était l'idée féodale, que chaque liberté devenait une propriété ; elle conduisit au régime du privilège, qui fut celui de la dernière époque de la monarchie. Mais l'idée moderne est que toute liberté est une fonction. Elle n'appartient pas en soi à l'individu, elle ne lui appartient qu'en fonction du rôle social qu'il doit remplir. Si elle cesse d'être utile elle tend à disparaître, ou tout au moins à se modifier. »

¹⁷⁹⁴ DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, op. cit., p.21 : « La propriété n'est plus dans le droit moderne le droit intangible absolu que l'homme détenteur de la richesse a sur elle. Elle est et elle doit être ; elle est la condition indispensable de la prospérité et de la grandeur des sociétés et les doctrines collectivistes sont un retour à la barbarie. Mais la propriété n'est pas un droit ; elle est une fonction sociale. Le propriétaire, c'est-à-dire le détenteur d'une richesse a, du fait qu'il détient cette richesse, une fonction sociale à remplir ; tant qu'il remplit cette mission, ses actes de propriétaires sont protégés. S'il ne la remplit pas ou la remplit mal, si par exemple il ne cultive pas sa terre, laisse sa maison tomber en ruine, l'intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à remplir sa fonction sociale de propriétaire, qui consiste à assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur destination. »

non pas comme des droits. Aussi, la liberté chez Duguit n'est pas un droit mais un devoir qu'il appartient de remplir, elle n'est pas absolue.

570. Appliquée aux associés de la société commerciale, cette approche fonctionnaliste incite ces derniers à agir du mieux qu'ils peuvent pour développer librement l'activité de la société, mais toujours en considération du fait qu'il s'agit d'un devoir et non pas d'un droit¹⁷⁹⁵. Cette logique plus collective rompt avec celle plus individualiste de l'associé qui ne satisfait que ses propres intérêts et l'intérêt commun des associés, mais agit également en direction d'autres intérêts¹⁷⁹⁶. De fait, l'entreprise est *une liberté d'agir limitée*¹⁷⁹⁷, c'est-à-dire une liberté qui ne s'entend pas de manière absolue et indépendante, mais conditionnée à l'action dans une certaine direction, qui serait selon cette approche, sociétale ou « fraternelle », tel que le droit des sociétés l'envisage déjà à travers le *jus fraternitatis*¹⁷⁹⁸ et selon le principe désormais constitutionnel de fraternité¹⁷⁹⁹. Par conséquent la liberté peut se perdre lorsque son exercice n'est pas conforme à l'usage conditionné qu'il convient d'en faire, ce qui pose la question pour la société commerciale de l'étendue de son champ d'exercice d'activité économique. En d'autres termes, dans quelle mesure l'activité économique doit-elle tenir compte d'un principe de fraternité, doit-elle remplir une fonction sociale au risque de nier sa liberté ?

b. Liberté d'agir et fonction sociale

571. Conditionner toute action à une fonction sociale est assurément critiquable et peut conduire à « la négation des droits subjectifs »¹⁸⁰⁰, ou plus précisément à nier l'existence de droits non désintéressés – sans fonction sociale – uniquement destinés à satisfaire un intérêt individuel. Néanmoins, ne retenir que l'existence de droits subjectifs désintéressés est contraire à la fonction même du droit. Les droits subjectifs ne sont pas absolus mais relatifs. Sur le droit de propriété, Josserand indique que « si ce droit tyrannique était abandonné à lui-même, à sa nature spécifique, il envahirait tout et finirait par se détruire lui-même »¹⁸⁰¹. Selon ce même auteur, si : « le dogme de la libre concurrence entre

¹⁷⁹⁵ V° not. LE NABASQUE Hervé, « Les devoirs de l'actionnaire », in *Les devoirs de l'actionnaire*, Gaz. Pal., 06 juin 2016, n° hors-série 2, p. 6 ; SAYER Patrick, « Le devoir de voter de l'actionnaire : droit ou obligation ? » in *Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés*, Gaz. Pal., 06 juin 2016, n° hors-série 2, pp. 36-39 : « un actionnaire est susceptible de modifier la situation de multiples personnes morales ou physiques, fournisseurs, clients ou collaborateurs de l'entreprise ou de ces derniers, leur droit de vote n'est-il pas assorti d'une obligation d'un devoir de vote responsable donc implicitement sanctionnable... ».

¹⁷⁹⁶ *Ibid.*

¹⁷⁹⁷ Expression également utilisée pour désigner la « liberté d'entreprendre » par SUPIOT Alain (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontière – Perspectives économiques et juridiques*, coll. Les sens du droit, Dalloz, 2015, introduction, p.17 : « Du point de vue juridique, l'entreprise se présente donc comme la mise en œuvre d'une liberté d'agir. »

¹⁷⁹⁸ MESTRE Jacques, « Les devoirs de l'actionnaire », in *Les devoirs de l'actionnaire*, Gaz. Pal., 06 juin 2016, n° hors-série 2, p.77.

¹⁷⁹⁹ Conseil constitutionnel, décision n°2018-717/718, QPC du 06 juillet 2018, principe de fraternité alors appliqué dans un tout autre domaine, celui de l'aide au séjour apporté dans un but humanitaire à des personnes en situation irrégulière.

¹⁸⁰⁰ ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, p.183.

¹⁸⁰¹ JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1939, p. 16, spéc. 14 : l'auteur parle de « l'impossibilité sociale d'une droit de propriété absolu; la nature envahissante d'une telle prérogative nécessite impérieusement des mesures de compression ».

commerçants et industriels dont la rivalité peut se donner libre cours », constitue « l'âme du commerce et de l'industrie », l'unique poursuite d'intérêts individuels ne peut être maintenue¹⁸⁰². En effet, « tout comme une propriété foncière illimitée, une concurrence sans bornes est socialement et pratiquement irréalisable : un droit absolu serait voué à la destruction ; il se dévorerait lui-même, par ses propres excès ; comme les autres libertés, la liberté du commerce veut être réglementée, sagement aménagée ; il est des actes de concurrence que la conscience sociale réprouve, que l'intérêt général ne saurait tolérer et qui doivent donc, sous une forme ou une autre, engager la responsabilité de ceux qui les accomplissent »¹⁸⁰³.

572. Il en résulte que ne pas nier les droits subjectifs ni leur accorder une portée illimitée conduit à rechercher le juste équilibre entre la fonction individuelle et sociale du droit¹⁸⁰⁴. Selon Duguit, « la limite de l'activité de chacun a pour fondement et pour mesure la protection des droits de tous »¹⁸⁰⁵. Dès lors que la fonction individuelle du droit porte atteinte aux droits de tous, ou pour l'entreprise, lorsqu'elle porte atteinte aux intérêts communs, il est nécessaire de réduire ses droits subjectifs, notamment en exigeant d'elle un comportement qui limite sa liberté d'entreprendre, un comportement sobre.

c. Recherche d'équilibre entre liberté, propriété et fonction sociale

573. La jurisprudence admet qu'un droit peut être atténué en raison de la poursuite d'une fonction sociale et plus généralement de la poursuite par la loi de l'intérêt général et dans le cadre de nos travaux d'une exigence de transition écologique. Ainsi, Jean-François Giacuzzo affirme, à propos d'une série de décisions rendues par le Conseil constitutionnel, relatives à la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, que les propos de Duguit sur la fonction sociale sont des plus actuels¹⁸⁰⁶. Sans entrer dans le détail de ces décisions qui ont trait à des entreprises en difficulté, M.

¹⁸⁰² JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1939, p. 232, spéc. 169.

¹⁸⁰³ JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1939, p. 232; spéc. 170.

¹⁸⁰⁴ Rapp. CADIET Loïc, « Abus de droit », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015, actualisé mai 2017 sur la distinction entre la conception individualiste ou moraliste et la conception finaliste ou objective de l'abus de droit. L'auteur indique que la querelle s'est apaisée et que les tribunaux y sont restés étrangers, le critère de l'abus variant surtout selon la nature du droit.

¹⁸⁰⁵ DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1912, p.17, se référant à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme : « La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits »; v. aussi SALEILLES Raymond, *Théorie générale de l'obligation*, Paris, éd. Pichon, 2^o éd., 1914, p.370, note 1 : « que les droits subjectifs ne sont jamais, en soi, et ne peuvent pas être, dans un état social civilisé, des droits absolus au sens technique du mot, puisqu'ils ne peuvent être reconnus et exercés que dans la mesure où ils ne sont pas en contradiction avec les fins organiques de la société ».

¹⁸⁰⁶ GIACUZZO Jean-François, « A la recherche d'un équilibre entre la propriété individualiste et la propriété-fonction sociale », *Constitutions*, 2015, p.555. Conseil constitutionnel, 7 octobre 2015, n° 2015-486-QPC (JO du 9 oct. 2015, p. 18829), D. 2015. 2006, Conseil constitutionnel, 7 octobre 2015, n° 2015-487-QPC, D. 2015. 2006, Conseil constitutionnel, 17 juillet 2015, n° 2015-476-QPC (JO du 19 juill. 2015, p. 12291), D. 2015. 1537, et les obs. et Conseil constitutionnel, 5 août 2015, n° 2015-715-QPC (JO du 7 août 2015, p. 13616), *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*.

Giacuzzo relève que : « le Conseil vérifie que la loi ne fait pas pencher trop fortement la *propriété économique* – ce que Léon Duguit qualifiait de *capitaliste*, c'est-à-dire les biens affectés à l'activité économique ou à son financement – du côté de l'intérêt général au détriment des intérêts des propriétaires »¹⁸⁰⁷. L'auteur note aussi que le Conseil constitutionnel « admet que la loi mette la propriété économique à la contribution de l'intérêt général », sans pour autant accepter que la fonction sociale de la propriété économique ne soit transformée en une propriété inéquitable¹⁸⁰⁸. Aussi, si le droit possède une fonction assurément sociale, cette dernière ne doit pas conduire à effacer la fonction individuelle du droit, c'est-à-dire la possibilité d'exercer des droits subjectifs désintéressés – ou droit à esprit égoïste¹⁸⁰⁹ –, à la condition de se conformer à la loi et de ne pas nuire¹⁸¹⁰.

574. Pour illustrer la recherche d'un juste équilibre entre fonction sociale ou individuelle du droit¹⁸¹¹, notamment en matière de propriété, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 mai 2017 montre le « jeu d'équilibrisme » auquel doit se prêter le juge¹⁸¹². Dans les faits, un immeuble vacant de la capitale avait été occupé par des personnes sans droit ni titre et son propriétaire demanda leur expulsion ainsi qu'une indemnité d'occupation. Si la juridiction relève que l'occupation durant quinze mois du bien en question constituait une atteinte au droit de propriété justifiant la demande d'indemnité d'occupation, on relève la formule surprenante adoptée par les conseillers : « En effet, même si le droit de propriété ne constitue plus aujourd'hui tout à fait, comme au XIX^{ème} siècle, un droit absolu, exclusif et perpétuel, et s'il est devenu, selon la formule du doyen Carbonnier, une sorte de « droit-fonction », qui ne saurait être exercée contrairement à l'utilité sociale et droit être ordonné au bien commun, il ne peut être admis pour autant, même en un lieu et à une époque où la pénurie de logements demeure cruelle et où un droit au logement a été reconnu, que le manquement d'un propriétaire urbain à sa fonction sociale, qui est de loger les gens, puisse justifier cette sorte de réquisition privée, que constitue l'occupation sans droit ni titre d'un immeuble vacant. ».

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*

¹⁸⁰⁸ *Ibid.*

¹⁸⁰⁹ V. *supra* CUCHE Paul, *En lisant les juristes philosophes*, éd. J. de Gigord, 1919, p.117 : « Au fond, tout droit repose sur un intérêt et les partisans les plus résolus du droit-fonction ne peuvent en disconvenir, car l'exercice même d'une fonction ne peut avoir pour but que d'assurer la satisfaction d'un intérêt. L'opposition ne doit pas être faite entre le droit-intérêt et le droit fonction, mais entre le droit, organe de défense de l'intérêt exclusif du sujet de droit, et le droit, organe de défense des intérêts collectifs. » ; *droit à esprit égoïste* et *droits à esprits altruistes* ; *droit à finalité individuelle et pouvoirs* ; *droits-intérêts* et *droits-fonctions* : JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1937, 2^{ème} éd°, p.414 et s., sur la distinction entre les droits à esprit égoïste et les droits à esprit altruiste.

¹⁸¹⁰ Plusieurs auteurs dont Josserand, Planiol et Saleilles distinguent l'abus de droit du « défaut de droit ». V° par exemple SALEILLES Raymond, *Théorie générale de l'obligation*, précit., p. 372 : « Je suis donc pleinement d'accord avec M. Planiol, lorsqu'il dit qu'en réalité, la plupart du temps, lorsqu'on parle d'abus de droit, on s'exprime d'une façon incorrecte. On fait allusion à un défaut de droit, et non à un droit dont on userait mal : un droit dont on abuse n'est pas autre chose qu'une faculté qui n'est plus comprise dans le droit que l'on prétend avoir. » ; JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, précit., p.17 : « si par exemple un propriétaire foncier ouvre une vue droite dans un mauvais mur situé à la limite de son héritage, il y a, non pas abus, mais défaut de droit ; les frontières objectives du droit de propriété ont été dépassées et non point seulement les limites subjectives (...) » ; Pour aller plus loin CADIET Loïc, « Abus de droit », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015, actualisé mai 2017.

¹⁸¹¹ Rapp. CADIET Loïc, « Abus de droit », *Répertoire de droit civil*, précit.

¹⁸¹² CA Paris, pôle 4, 3^{ème} ch., 4 mai 2017, n°16/07980.

575. Dans cet arrêt, la cour d'appel s'oppose à la vision de la propriété conçue par les contemporains des rédacteurs du Code civil. Elle indique qu'aujourd'hui, le droit de propriété « n'est plus tout à fait absolu, exclusif et perpétuel ». Néanmoins, les conseillers rappellent immédiatement la nécessaire protection de la propriété – dans sa fonction individuelle d'expression d'un droit subjectif –, même lorsque des circonstances particulières se présentent, comme dans les faits à travers l'hypothèse d'une insuffisance de logements. La juridiction relève ainsi que, s'il peut exister pour un propriétaire urbain une « fonction sociale de loger les gens », elle indique que le droit de propriété comprend la faculté de ne pas faire¹⁸¹³. C'est-à-dire en l'espèce, la liberté consistant à ne pas mettre le bien à disposition de personnes en recherche de logement et donc à conserver le bien inoccupé. L'arrêt de la cour d'appel de Paris tire surtout son originalité du raisonnement adopté. Il reprend le raisonnement doctrinal de droit-fonction, développé par Duguit¹⁸¹⁴ et Carbonnier¹⁸¹⁵, selon laquelle un propriétaire doit user de ses biens conformément à leur destination.

576. La Cour propose de nuancer le droit de propriété en lui reconnaissant une fonction sociale, mais sans aller jusqu'à affirmer qu'il y a abus de droit de propriété par le refus de louer¹⁸¹⁶. Au contraire, elle relève l'atteinte à la fonction individuelle du droit de propriété par la « sorte de réquisition privée » que constitue l'occupation sans droit ni titre d'un immeuble vacant, et ce, malgré le fait que le bien présente une utilité sociale, en l'occurrence la possible utilisation de logements inoccupés¹⁸¹⁷. Il ressort de cet arrêt que les conseillers ont très certainement été séduits par les notions de « droit-fonction » et de « fonction sociale », mais les faits ne semblent pas avoir permis d'en faire application au litige. Le droit de propriété et la possibilité d'en accorder l'usage restant soumis à

¹⁸¹³ V° CARBONNIER Jean, *Droit civil*, coll. Quadrige, PUF, vol.1, 2004, pp.312 et 313 spéc. 162 ; et aussi du même auteur, *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p.352 : citant Léon Duguit et revenant sur l'idée d'un passage de la propriété-droit à la propriété-fonction sociale, DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, préc., p.147 et s., « Sixième conférence. La propriété fonction ».

¹⁸¹⁴ DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, préc., p.147 et s.

¹⁸¹⁵ CARBONNIER Jean, *Droit civil*, coll. Quadrige, PUF, vol.1, 2004, pp.312 et 313 spéc. 162.

¹⁸¹⁶ Il aurait été difficile d'affirmer que le propriétaire qui « use de son droit », sans volonté de nuire est fautif selon les développements de PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 7^{ème} éd°, t.2, 1917, p.279, spéc. 871: «il peut y avoir des abus dans la conduite des hommes, mais ce n'est pas quand ils *exercent* leurs droits, c'est quand ils les *dépassent* ». Sur l'abus de droit v. l'arrêt fondateur Cass., req., 3 août 1915, *Clément-Bayard*, GAJC, Dalloz, 13 éd°, 2015, n°69, et précédemment CA Colmar, 2 mai 1855, D., 1856, II, p.9. Comp. DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, préc., p.166 : « Le propriétaire a le devoir et le pouvoir d'employer la richesse qu'il détient à la satisfaction de ses besoins individuels. Mais il va de soi qu'il ne s'agit que des actes qui correspondent à l'exercice de la liberté individuelle telle que je l'ai définie précédemment, c'est-à-dire au libre développement de l'activité individuelle. Les actes faits en vue de ce but sont protégés. Ceux qui n'ont pas ce but et qui, d'autre part, ne poursuivent pas un but d'utilité collective, seront contraires à la loi de la propriété et pourront donner lieu à une répression ou à une réparation ». En l'espèce, ne pas louer son immeuble ne constitue pas une atteinte à l'utilité collective.

¹⁸¹⁷ Le juge aurait pu éventuellement trancher dans le sens des occupants en indiquant que le propriétaire a l'obligation minimum de proposer le logement à bail. Hypothèse qui se rapproche du droit de la famille avec la possibilité pour le juge aux affaires familiales d'obliger l'un des époux à concéder à l'autre, un droit temporaire d'usage sur un immeuble d'habitation (dans le cadre des mesures provisoires à l'article 255, 4° ou dans le cadre d'une prestation compensatoire à l'article 274, 2° du Code civil).

l'autorisation de son titulaire, celui-ci disposant de la liberté « de ne rien faire du tout »¹⁸¹⁸. Il sera alors très intéressant de suivre l'emploi futur de ces notions par le juge, plus particulièrement lorsqu'elles seront envisagées dans les branches du droit des sociétés et de l'environnement.

577. La propriété et la liberté sont dans cet exemple, à l'échelon individuel, des droits subjectifs dont la fonction sociale est limitée ou absente en raison de la possibilité d'exercer ses droits de manière la plus désintéressée. Cette observation est moins vraie lorsque la propriété et la liberté sont exercées par un sujet de droit constitué en groupement, c'est-à-dire par une personne morale et plus particulièrement une société commerciale.

d. La fonction sociale de l'activité économique

578. Si l'exercice d'une activité économique se traduit par la liberté et la propriété, c'est qu'elle est donc l'expression d'un *pouvoir* et la fonction sociale y est alors beaucoup plus présente. En effet, selon Emmanuel Gaillard le titulaire du droit subjectif décide pour lui-même, alors que le titulaire du pouvoir est celui qui décide pour autrui¹⁸¹⁹. Aussi, par son activité économique consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné¹⁸²⁰, l'entreprise est un lieu d'exercice de pouvoirs¹⁸²¹, elle est par conséquent encadrée, ou pourrait-on dire, « fonctionnalisée ». Il suffit de relever l'essence inhérente au droit de la concurrence ou au droit de l'environnement, consistant à encadrer l'exercice des pouvoirs dont dispose une entreprise, en limitant son droit de propriété et sa liberté d'entreprendre. Le droit de la concurrence veille ainsi à protéger le caractère concurrentiel du marché en interdisant les pratiques anticoncurrentielles telles que les ententes, les abus de position dominante ou encore les offres de prix abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation¹⁸²². A cet égard, il faut souligner l'objectif originel du droit de la concurrence qui réside dans la lutte contre l'accaparement excessif des richesses par certains et la limitation des comportements nocifs qui faussent

¹⁸¹⁸ DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé*, précit., pp. 20-21. Pour cet auteur, cette affirmation relève d'un système individualiste dépassé alors que « la conception moderne de la liberté n'est plus cela. Tout homme a une fonction à remplir (...) », il ajoute que si la propriété est une fonction sociale, le propriétaire, détenteur d'une richesse, a, du fait qu'il détient celle-ci, une fonction sociale à remplir : « Si par exemple il ne cultive pas sa terre, laisse tomber sa maison en ruine, l'intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à remplir sa fonction sociale de propriétaire, qui consiste à assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur destination ». Aussi, les conseillers de la cour d'appel de Paris sont restés au milieu du gué en n'adoptant que la moitié de ce raisonnement. Ils reconnaissent la fonction sociale de la propriété mais refuse d'obliger le propriétaire de mettre son bien à disposition de personnes dans le besoin de logement.

¹⁸¹⁹ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, préc., spéc. 216, se fondant sur la distinction de Kelsen entre autonomie et hétéronomie (KELSEN, « La théorie juridique de la convention, Archives de philosophie du droit, 1940, p.33 et s.). L'auteur indique : « le droit subjectif est autonomie, le pouvoir, hétéronomie ».

¹⁸²⁰ CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, aff. C-41/90, Rec. CJCE 1991, p. 1979., point 21.

¹⁸²¹ V° Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le pouvoir dans les sociétés. Journées chiliennes*, Bruylant, t. LXII, 2012, 736 p.

¹⁸²² Code de commerce, art. L 420-1 et s.

le libre jeu du marché (abus de position dominante, oligopole...) ¹⁸²³. Indubitablement, l'activité économique comporte donc une certaine fonction sociale ¹⁸²⁴.

579. Dans le cas d'une pratique anticoncurrentielle, c'est alors à la fonction sociale du marché qu'il est porté atteinte et le jeu du libre échange de biens et services entre les individus, biaisé. De façon similaire, le droit de l'environnement comporte une fonction sociale par son rôle de lutte contre les atteintes causées par les activités économiques nuisibles et/ou polluantes pour l'homme et l'environnement. En réalité, la fonction sociale est simplement la traduction du rôle régulateur du droit ¹⁸²⁵ et du nécessaire « ancrage social du droit privé » ¹⁸²⁶. Aussi, concevoir une entreprise sans fonction sociale et par extension, sans un minimum de sobriété, semble aller à l'encontre même de la fonction du droit, surtout lorsque de nouvelles dispositions apparaissent dans le sens d'une plus grande réglementation des droits subjectifs.

580. La « socialisation des droits subjectifs », qui amène à limiter les droits subjectifs, est néanmoins insuffisante pour cerner la fonction sociale de l'entreprise. Encore faut-il que les droits subjectifs soient exercés dans une direction sociale, par la prise en considération de l'intérêt général et d'intérêts privés tiers, ce que Judith Rochfeld nomme la fonctionnalisation des droits subjectifs ¹⁸²⁷.

2. Une fonctionnalisation des droits subjectifs vers l'intérêt de l'entreprise

581. Dans le mouvement de « fonctionnalisation des droits subjectifs » ¹⁸²⁸, l'existence de droits subjectifs n'est pas niée – tout comme dans la socialisation des droits subjectifs où ils doivent être limités – mais c'est « une approche plus sociale » qui est adoptée, insistant sur la « nécessité de contrôler que l'exercice des droits s'effectue conformément à des impératifs d'intérêt général d'une part, de respect des intérêts et droits d'autrui, d'autre part. » ¹⁸²⁹. Sans entrer dans les détails, on retient chez les auteurs fonctionnalistes que les

¹⁸²³ V° MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 2017, 7^e éd., Introduction.

¹⁸²⁴ V° DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1912.

¹⁸²⁵ V° les travaux sur la régulation de FRISON-ROCHE Marie-Anne, not. « Le droit de la régulation », D. 2001, p.610-616 ; (dir.) *Régulation, supervision, compliance*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2017, p. 1 : « Le droit de la régulation est parfois défini comme la gestion efficace des défaillances techniques, provisoires ou définitives, des marchés. Il est donc en deça de l'image que le système juridique, notamment français, donne du droit public dans sa construction classique, alors même que l'un et l'autre portent sur les mêmes objets.»

¹⁸²⁶ GEIGER Christophe, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », D., 2010, p.510 ; l'auteur se référant à la théorie allemande de l'ancrage social du droit privé ou « Sozialbindung des Privatrechts » selon laquelle les droits privés sont limités par les contraintes sociales : « L'ordre juridique a l'obligation de trouver un compromis entre les intérêts individuels et les intérêts collectifs. Il doit, d'un côté, assurer l'octroi de droits subjectifs aux individus mais également, de l'autre, veiller à ce que ceux-ci soient compatibles avec les intérêts du reste de la collectivité. Le droit de l'individu ne se présente pas comme un droit absolu, mais un droit " limité socialement " ». Cette théorie peut aujourd'hui être complétée par les "contraintes" environnementales pour aboutir à une théorie de l'ancrage social et environnemental du droit privé.

¹⁸²⁷ ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2016, p.182 et s.

¹⁸²⁸ *Ibid.*

¹⁸²⁹ *Ibid.*, p.184

droits subjectifs doivent être exercés et articulés en considération des buts, motifs légitimes et impératifs de la vie en société¹⁸³⁰. Plusieurs illustrations peuvent être données, en droit de la propriété intellectuelle (a) ou en droit des sociétés avec l'intérêt social de la société (b).

a. La fonctionnalisation de la propriété intellectuelle

582. Outre le droit de la concurrence et le droit de l'environnement, une autre branche du droit peut encore servir d'illustration à la notion de fonction sociale, c'est le cas en matière de droit de la propriété intellectuelle qui, selon une approche nécessairement réductrice, permet d'inciter à la création et à l'innovation au bénéfice de la Société¹⁸³¹.

583. Christophe Geiger s'interroge ainsi sur la justification du droit de la propriété intellectuelle, sur sa fonction sociale. Il indique que : « si le droit doit être utilisé conformément à sa fonction, il ne doit pas être utilisé de manière "antisociale", c'est-à-dire au mépris de certaines valeurs fondamentales et de droits concurrents »¹⁸³². De manière simplifiée, pour que le droit de la propriété intellectuelle soit utilisé de manière sociale, il suffit qu'il respecte sa finalité, qu'il soit « conditionné », « finalisé », « causé » par la poursuite de l'intérêt général¹⁸³³. Or, cet idéal n'est pas toujours précisé par le législateur qui n'explique pas clairement pourquoi il octroie un droit de propriété intellectuelle, « ce qui semble difficile lorsque la règle est le pur résultat de la pression de certains groupes d'intérêts » comme le relève Monsieur Geiger¹⁸³⁴. Aussi, la fonction sociale du droit de la propriété intellectuelle mérite d'être précisée. Dans quelle mesure par exemple celui-ci permet-il de protéger l'environnement, ou inversement, participe-t-il de sa dégradation ? Force est de constater que le terme « environnement » ne figure pas dans le code de la propriété intellectuelle. Néanmoins, Christophe Geiger voit dans le juge, plus que dans le législateur qu'il estime trop soumis à l'exercice politique, une solution pour mettre effectivement en œuvre la fonction sociale du droit de la propriété intellectuelle à travers l'emploi du droit commun et notamment de la théorie de l'abus de droit ou du solidarisme contractuel, cela afin de « mettre en lumière que ces droits ne sauraient en aucun cas, ne profiter à quelques-uns au détriment du plus grand nombre,

¹⁸³⁰ JOSSERAND Louis, *De l'abus de droit*, Paris, Rousseau, 1905 ; et *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, rééd. Dalloz, 2006, spéc. n°231 et s., p.311 et s. cités par ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2016, p.184.

¹⁸³¹ GEIGER Christophe, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », D., 2010, p. 510.

¹⁸³² GEIGER Christophe, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », D., 2010, p.510. A cet égard, Saleilles indique qu'un fait antisocial consiste dans le seul exercice anormal d'un droit, il comporte donc un aspect objectif, peu importe le but ou l'intention de l'auteur du fait, « il n'y a pas à distinguer s'il provient de l'exercice individuel de la liberté ou de la mise en œuvre d'une faculté légale, que cette dernière se rattache à la propriété, à l'autonomie des contrats, ou à la poursuite judiciaire des droits », SALEILLES Raymond, *Théorie générale de l'obligation*, préc., pp. 371-372 ; v. aussi la critique de JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1939, 2^e éd°, p.6, sur l'absolutisme des droits subjectifs et la possibilité d'exercice par l'individu de ses droits « dans une direction quelconque direction, même asociale, même antisociale » ; *ibid*, p.9, par opposition au relativisme des droits subjectifs auquel la plupart des auteurs civilistes ont désormais adhéré.

¹⁸³³ GEIGER Christophe, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », D., 2010, p. 510.

¹⁸³⁴ *Ibid*.

qu'ils sont au contraire fortement liés à l'intérêt de la société »¹⁸³⁵. En ce sens, la société commerciale peut veiller à ce que l'exercice de ses droits de propriété intellectuelle ait une fonction sociale. On bascule alors dans la notion de « commun » et l'idée de partage qui lui est substantielle¹⁸³⁶.

b. La fonctionnalisation de l'intérêt social

584. En droit des sociétés, cela revient pour les associés à écarter l'idée que l'intérêt social se confond avec l'intérêt des associés. La jurisprudence admet en effet que les droits subjectifs des associés, réunis autour d'un intérêt commun selon l'article 1833 du code civil, peuvent être atténués par le juge en considération d'un autre intérêt, notamment celui de la société¹⁸³⁷. C'est le cas lorsque le juge prononce la nullité d'une garantie, pourtant adoptée par une délibération unanime des associés, car contraire à l'intérêt de la société¹⁸³⁸. Les droits des associés doivent par conséquent s'exercer également en direction de l'intérêt propre de la société. Les associés sont ainsi indirectement investis d'une fonction qui dépasse la satisfaction de leurs propres intérêts individuels, celle d'exercer leurs droits dans l'intérêt de la société. Il ne s'agit pas de nier tout droit subjectif de l'associé mais de reconnaître qu'il exerce son droit dans l'intérêt propre de la société qui consiste en sa pérennité, sa continuité, son avenir¹⁸³⁹. L'intérêt social est fonctionnalisé.

585. Cette approche fonctionnaliste revient à prendre en compte, non plus seulement l'intérêt des associés, l'intérêt de la société *per se*, mais à considérer que l'intérêt social doit être compris comme l'intérêt de l'entreprise¹⁸⁴⁰. Bien avant les modifications apportées par la loi Pacte de 2019¹⁸⁴¹, il est déjà question de réformer l'entreprise et notamment de mieux y

¹⁸³⁵ *Ibid.*

¹⁸³⁶ CLÉMENT-FONTAINE Mélanie, « Internet et la résurgence des “communs” », in PARENCE Béatrice SAINT-VICTOR Jacques de (dir.) *Repenser les biens communs*, CNRS éditions, 2014, p.261-273 ; v. également BROCA Sébastien, EYNAUD Philippe, « Biens communs et outils numériques : le cas des logiciels libres », *Juris associations*, 2014, n°501, p. 33.

¹⁸³⁷ C.A. Paris, 22 mai 1965, *Fruehauf*, JCP 1965, II, n°14274 bis. D.1968, p.147, note Contin.

¹⁸³⁸ Cass. Com., 8 nov. 2011, n°10-24438, dans le cas de la souscription d'une sûreté contraire à l'intérêt social par une SCI : « Mais attendu que la sûreté donnée par une société doit, pour être valable, non seulement résulter du consentement unanime des associés, mais également être conforme à son intérêt social ».

¹⁸³⁹ GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine, « La définition de l'intérêt social », *RTD com.* 2004, p.35, spéc.12 ; citant à l'appui de cette analyse, les travaux parlementaires sur la loi NRE n°2001-420 du 15 mars 2001 le rapport de BESSON Eric, rapport n° 2327 sur le projet de loi de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, Assemblée nationale, 12 avril 2000. Loi qui intégra à l'article L225-35 la notion de « bonne marche de la société », entendue dans le rapport précité à l'art.56, comme désignant la pérennité de la société : « Cette notion de « bonne marche de la société » est nouvelle : elle désigne en fait la pérennité de la société. Les membres du conseil d'administration sont mandatés par les actionnaires pour veiller au devenir de leur capital. Placé à la charnière entre les actionnaires et les gestionnaires, le conseil d'administration doit défendre l'intérêt de l'actionnaire en faisant preuve de vigilance à l'égard de toutes les décisions qui pourraient avoir une incidence sur l'avenir de la société : insister sur ce point est utile. ».

¹⁸⁴⁰ Dès 1995, un rapport AFEP-MEDEF dirigé par Marc VIENOT indiquait que pour les sociétés anonymes, le conseil d'administration est « une instance collégiale qui représente collectivement l'ensemble des actionnaires et à qui s'impose l'obligation d'agir en toutes circonstances dans l'intérêt social de l'entreprise ».

¹⁸⁴¹ La loi Pacte du 22 mai 2019 préc., ajoute à l'article 1833 du code civil que : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » ; elle ajoute également à l'article 1835 du même code, « 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. » ; et enfin elle crée les articles L210-10 à L210-12 du code de commerce relatifs à la société à mission.

intégrer les intérêts des salariés dans la gestion de l'entreprise comme le propose en 1975 le rapport « Sudreau »¹⁸⁴². En 1995, le rapport « Viénot I », relève que la mission des dirigeants sociaux est ainsi de prendre en compte le marché, mais aussi de respecter « en toutes circonstances, un intérêt plus large que les leurs propres »¹⁸⁴³. Selon ce rapport, « l'intérêt social peut ainsi se définir 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 correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise »¹⁸⁴⁴. Cette conception s'inspire de la Doctrine de l'entreprise – principalement représentée par Michel Despax, Jean Paillusseau et Claude Champaud – qui a pour idée fondatrice de dissocier l'entrepreneur de l'entreprise¹⁸⁴⁵, puisant notamment ses racines dans la Doctrine Sociale de l'Eglise et dans toute pensée humaniste de manière générale¹⁸⁴⁶. L'entreprise y est ainsi perçue comme un « être sociétal collectif mais singulier », auquel il convient de reconnaître une personnalisation en tant que « collectivité privée et *sujet collectif de droit*, socialement reconnue »¹⁸⁴⁷.

586. Pour Claude Champaud il s'agit donc de parler d'entreprise-sujet, à l'inverse du communisme marxiste et du capitalisme financier qui, tous deux, se rejoignent sur l'idée d'entreprise-objet, simple outil de production de richesses au profit des seuls apporteurs de capitaux¹⁸⁴⁸. C'est donc bien l'hypothèse d'une entreprise-fonction qu'expose cet auteur puisqu'il s'agit alors de « produire » des richesses collectives dans un intérêt plus large, un intérêt sociétal, voire environnemental dans le sens de l'absence d'atteinte à l'environnement.

587. Il peut être objecté qu'en l'état actuel des textes et de l'interprétation donnée par la jurisprudence, la société commerciale n'a pas vocation à satisfaire davantage d'intérêts que celui de l'intérêt social¹⁸⁴⁹, pour l'heure et malgré son inscription à l'article 1833 alinéa 2, réduit à l'intérêt commun des associés et/ou à l'intérêt de la société de la personne morale sociétaire. En réalité, même si la conception de l'intérêt social

¹⁸⁴² SUDREAU Pierre (dir.), *Rapport du Comité d'étude pour la réforme de l'entreprise*, La Documentation française, fév. 1975, 1912 p.

¹⁸⁴³ Association Française des Entreprises Privées, Conseil National du Patronat Français, VIENOT Marc (dir.), *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, juillet 1995, Rapport du groupe de travail, p.8.

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*

¹⁸⁴⁵ DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, préc., p.196

¹⁸⁴⁶ CHAMPAUD Claude, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise. Sortir de la crise du financialisme*, Larcier, 2011, p.49 et s.

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 225.

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 226.

¹⁸⁴⁹ V. *supra* pour les développements relatifs à l'intérêt social.

aujourd'hui inscrite dans le Code civil reste indéterminé¹⁸⁵⁰, l'article 1833 alinéa 2 du code civil se rapproche de la doctrine de l'entreprise et de l'idée de « fonction sociale de l'entreprise »¹⁸⁵¹. La doctrine de l'entreprise vise justement à élargir l'intérêt social de la société vers d'autres intérêts que le seul intérêt des associés et du groupement personnifié. En ce sens, l'approche adoptée dans le rapport « L'entreprise, objet d'intérêt collectif »¹⁸⁵² qui a inspiré la loi Pacte, dépasse la vision d'un intérêt restreint. Aussi, s'il apparaissait encore fantaisiste pour certains d'envisager la prise en compte d'intérêts tiers dans le fonctionnement de l'entreprise¹⁸⁵³, il n'est plus absurde désormais d'envisager une approche fonctionnaliste de l'entreprise, d'une part en raison de la prise en considération d'intérêts sociaux et environnementaux et d'autre part, à travers une « raison d'être »¹⁸⁵⁴ qui guide sa « raison d'avoir »¹⁸⁵⁵.

588. Il faut bien comprendre qu'il ne s'agit plus seulement d'un mouvement de type volontariste, comme c'est le cas en matière de RSE à travers les engagements volontaires et la prise en compte de la théorie des parties prenantes. Bien plus, il s'agit maintenant de

¹⁸⁵⁰ REYGROBELLET Arnaud, « Société – L'intérêt social, quel intérêt ? », JCP N, n°30-34, 27 juillet 2018, p. 670 : « le projet de réforme se garde bien de définir l'intérêt social, même si on comprend qu'il sera nécessairement distinct - et sans doute hiérarchiquement prévalent - de « l'intérêt commun des associés » visé au premier alinéa du texte. Ce sera l'intérêt de la personne morale, en tant que telle, soumis à l'appréciation du juge. Pareillement, n'est pas autrement caractérisé le contour des « enjeux sociaux et environnementaux » sauf à y voir une référence aux éléments figurant dans le rapport RSE visé à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce. ».

¹⁸⁵¹ Nous soulignons pour distinguer la fonction sociale de de l'entreprise de la fonction sociale de la société, cette dernière formule étant plus restreinte à notre sens car limitée au groupement sociétaire sans nécessairement s'interroger sur l'ensemble du système d'intérêts communs que compose l'entreprise, réalité économique plus large que la société.

¹⁸⁵² NOTAT Nicole, SENARD Jean-Dominique, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport remis aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances, et du travail, le 9 mars 2018. Les propositions du rapport visent à alimenter le projet de loi du Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises présenté le 18 avril 2018 en Conseil des ministres. V° DE RAVEL D'ESCLAPON Thibault, « Rapport Notat-Senard : l'entreprise, objet d'intérêt collectif », Dalloz actualité, 13 mars 2018 ; v. aussi SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », D. 2017, p. 2380.

¹⁸⁵³ HAMELIN Jean-François, « Gérer la société en prenant en compte les intérêts des tiers... ou le flou artistique », Droit des contrats, L'essentiel, 5 février 2018, n°2, p. 1.

¹⁸⁵⁴ Loin d'être une terminologie nouvelle dans le rapport Notat et Senard, les termes de « raison d'être » figuraient déjà dès 2011 dans une communication de la Commission européenne : COM(2011)682 final, « Initiative pour l'entrepreneuriat social. Construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales », 25 octobre 2011, p.2. La communication y définit l'entreprise sociale comme les entreprises pour lesquelles l'objectif social ou sociétal d'intérêt commun est la raison d'être de l'action commerciale, qui se traduit souvent par un haut niveau d'innovation sociale.

¹⁸⁵⁵ Rapport Notat et Senard, précité, p. 49 : « On peut définir la raison d'être comme l'expression de ce qui est « indispensable pour remplir [l'] objet (social) » L'objet social mentionné dans les statuts de la société étant devenu un inventaire des activités potentielles, souvent beaucoup plus large que le champ des activités réelles, la raison d'être est une recherche de cohérence. Elle est souvent formulée pour renforcer l'engagement des salariés, en donnant du sens à leur travail. Formulée par le conseil d'administration, la raison d'être peut aussi avoir un usage stratégique, en fournissant un cadre pour les décisions les plus importantes, afin de concrétiser l'intérêt propre de la société et de l'entreprise, et les considérations sociales et environnementales et ainsi d'apporter un contrepois utile au critère financier de court terme. La notion de raison d'être constitue le retour de l'objet social au sens premier du terme, celui des débuts de la société anonyme, quand cet objet était d'intérêt public et examiné par le Conseil d'Etat. Pourquoi la société ne pourrait-elle disposer que d'un « avoir » constitué de ses actifs et de ses passifs, pourquoi ne pourrait-elle pas faire valoir un « être » ? Si elle est dotée d'une volonté propre, de droits et d'obligations, et d'un intérêt propre parfois distinct de celui de ses associés [C.A. Paris, 22 mai 1965, Fruehauf, JCP 1965, II, n°14274 bis. D.1968, p.147, note Contin.], pourquoi ses décisions devraient-elles être guidées par une seule « raison d'avoir » sans une « raison d'être » ? » ; le rapport cite également une jurisprudence dans une note 136, p.49 : « La Cour d'Appel de Chambéry écrit par exemple : « [...] favorisé par une implication plus grande du Directeur, désormais libéré de l'établissement des devis et du pilotage de l'activité Bâtiment, qu'il s'en était suivi une augmentation de l'offre d'emploi pour les salariés en insertion, raison d'être de l'entreprise, dont l'effectif était passé de [...] », (CA Chambéry – 2 février 2012 – n° 11/01012) ».

considérer qu'il est de la *fonction* de l'entreprise d'être sociale. C'est-à-dire d'avoir une « raison d'être » ou d'avoir un « objectif social ou sociétal d'intérêt commun »¹⁸⁵⁶, sans pour autant lui assigner la poursuite de l'intérêt général¹⁸⁵⁷, ce dernier objectif devant rester prioritairement la mission de l'Etat. Néanmoins, le rapport précité, n'indique pas expressément que l'entreprise comporte une telle fonction même si cela peut apparaître entre les lignes.

589. Dans le rapport Notat et Senard, directement en lien avec la recherche d'une entreprise sobre, différentes propositions déjà présentes dans la littérature sur le sujet sont reprises¹⁸⁵⁸. Désormais, l'article 1833 alinéa 2 du code civil prévoit que : « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». C'est donc bien une fonctionnalisation des droits subjectifs de la société commerciale qui est à l'œuvre comme en témoigne également l'article 1835 modifié du code civil qui prévoit 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 »¹⁸⁵⁹. Ainsi, la « raison d'être » est pensée comme un complément à la poursuite de l'objet social – devenu un inventaire technique auquel il convient de redonner le sens d'un objet collectif ou d'intérêt public – et intégrant dans la stratégie de l'entreprise la considération d'enjeux sociaux et environnementaux¹⁸⁶⁰. Cette formulation pouvant être décliné tant à la société anonyme, aux mutuelles, aux coopératives et aux SAS, ainsi que plus généralement à l'article 1835 du Code civil¹⁸⁶¹.

590. Le choix de qualifier l'entreprise « d'objet » et non pas de « sujet » de droit est toutefois regrettable alors que l'entreprise, longtemps « sujet de droit naissant »¹⁸⁶², doit aujourd'hui être considérée, selon les partisans de la Doctrine de l'entreprise, comme un « sujet

¹⁸⁵⁶ COM (2011)682 final, précité, p.2.

¹⁸⁵⁷ Rapport Notat et Senard, précité, p.4 : « Le rôle premier de l'entreprise n'est pas la poursuite de l'intérêt général, mais des attentes croissantes à l'égard des entreprises sont régulièrement exprimées, avec l'essor des défis environnementaux et sociaux. Le concept de « parties prenantes » – c'est-à-dire les personnes et les groupes qui subissent un risque du fait de l'activité de l'entreprise – est fréquemment évoqué pour susciter une prise de conscience par l'entreprise des impacts de son activité. Au-delà de ces tiers prenant part à l'entreprise, la conviction portée par ce rapport est que le gouvernement d'entreprise lui-même doit incorporer ces considérations dans sa stratégie. Il convient pour cela que chaque entreprise prenne conscience de sa « raison d'être ». (...) Chaque entreprise a donc une raison d'être non réductible au profit. C'est d'ailleurs souvent lorsqu'elle la perd que les soucis financiers surviennent. »

¹⁸⁵⁸ V. partie I

¹⁸⁵⁹ Une formulation similaire est prévue pour l'article L225-35 du code de commerce relatif au rôle du conseil d'administration d'une société anonyme.

¹⁸⁶⁰ Rapport Notat et Senard, précité, p.6-7, Recommandation n°2 : « La notion de raison d'être constitue en fait un retour de l'objet social au sens premier du terme, celui des débuts de la société anonyme, quand cet objet était d'intérêt public. De même qu'elle est dotée d'une volonté propre et d'un intérêt propre distinct de celui de ses associés, l'entreprise a une raison d'être. »

¹⁸⁶¹ Rapport Notat et Senard, préc., p.8 : « Recommandation n°11 : confirmer à l'article 1835 du Code civil la possibilité de faire figurer une « raison d'être » dans les statuts d'une société, quelle que soit sa forme juridique, notamment pour permettre les entreprises à mission. Un deuxième alinéa serait ainsi adjoint : « L'objet social peut préciser la raison d'être de l'entreprise constituée. »

¹⁸⁶² DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, 443 p.

collectif de droit »¹⁸⁶³, et non pas comme un « objet d'intérêt collectif ». Alors que le droit européen de la concurrence ne manque pas d'utiliser la terminologie d'entreprise de manière tentaculaire, le droit français refuse toujours de reconnaître dans les textes, la réalité juridique de l'entreprise en tant que sujet de droit. Plus surprenant, dans sa recommandation n°12, le rapport Notat et Senard suggère de reconnaître dans la loi « l'entreprise à mission »¹⁸⁶⁴, mais toujours adossée à une forme sociétaire¹⁸⁶⁵. Les auteurs du rapport reconnaissant vouloir proposer une « évolution normative légère pour toutes les entreprises »¹⁸⁶⁶. Sans doute est-ce peut-être dû à la volonté d'éluder le débat sur la définition juridique de l'entreprise qui reste donc rattachée à la société, seule personne juridique reconnue. Les observateurs jugent d'ailleurs que le rapport Notat et Senard – élaboré en deux mois – est en-deçà de la proposition de loi n° 476, « Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances », portée par le député Dominique Potier, enregistrée à l'Assemblée Nationale le 6 décembre 2017, ou encore de la proposition de reformulation de l'article 1833 par la Fondation Jean Jaurès¹⁸⁶⁷.

591. En réalité, le débat le plus saillant n'est pas tant terminologique, mais a trait à la nécessité de circonscrire le contenu exact de « l'intérêt collectif » proposé par le rapport Notat et Senard. Certains craignent que celui-ci ne s'étende trop largement alors qu'une entreprise est le lieu d'intérêts divergents qu'il est difficile de concilier. Cette réflexion n'est pourtant pas nouvelle puisque la jurisprudence a déjà pu considérer que l'intérêt commun des associés inscrit à l'article 1833 du Code civil ne se réduisait pas à la somme de leurs intérêts individuels, mais s'étend également à l'intérêt de la société, indépendamment

¹⁸⁶³ CHAMPAUD Claude, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise. Sortir de la crise du financialisme*, Larcier, 2011, pp.222-226 : « Le problème est de savoir si, comme tout sujet de droit individuel ou collectif, l'entreprise jouit d'une autonomie juridique reconnue, opposable aux tiers et protégée par des normes de droit. (...) Plus prosaïquement encore, le problème débouche sur la question de savoir si la personnalité patrimoniale de l'entreprise est condamnée à passer par le biais sociétaire. (...) En réalité, sur le plan des techniques juridiques, le débat fondamental relatif au point de savoir si l'entreprise peut être dotée d'un patrimoine autonome et de la personnalité juridique est depuis longtemps résolu ». L'auteur cite en ce sens l'institution du fonds de commerce et indique que l'entreprise doit être reconnue comme le sont les collectivités publiques locales ou spéciales ; les associations à but non lucratif, les syndicats, les fondations et les fiducies-entreprises. ».

¹⁸⁶⁴ V° SEGRESTIN Blanche, LEVILLAIN Kevin, VERNAC Stéphane, HATCHUEL Armand, *La Société à Objet Social Étendu. Un nouveau statut pour l'entreprise*, Presses des Mines, coll. Economie et gestion, 2015, 126 p. ; et SEGRESTIN Blanche in « Les entreprises peuvent-elles se contenter de faire du profit », émission radiophonique *Du grain à moudre*, France culture, 14 mai 2018. Selon Mme Blanche Segrestin, l'inscription d'une mission par l'entreprise dans ses statuts sous son objet social, permettrait de rendre opposable les actes qui n'entreraient pas dans cette mission. L'idée de mission est donc à rapprocher de l'idée de fonction sociale.

¹⁸⁶⁵ V° les articles L210-10 et L210-12 du code de commerce créés par la loi Pacte et relatifs aux sociétés à mission.

¹⁸⁶⁶ Rapport Notat-Senard, précité, p. 6.

¹⁸⁶⁷ V° PIALOT Dominique, « Le rapport Senard/Notat ne fait pas entrer l'entreprise dans le Code civil », La Tribune, 12 mars 2018, [en ligne : <https://www.latribune.fr/economie/france/le-rapport-senard-notat-ne-fait-pas-entrer-l-entreprise-dans-le-code-civil-771325.html>], consulté le 13 mars 2018 : « "On est loin des préconisations portées notamment par la Nouvelle gauche (en la personne du député Dominique Potier, déjà auteur de la loi sur le "Devoir de Vigilance", Ndlr) ou de la [Fondation Jean Jaurès](#), qui souhaitaient une "entrée fracassante de l'entreprise dans le Code civil", observe [Bertrand Valiorgue](#), titulaire de la chaire Alter-Gouvernance à l'Université de Clermont-Auvergne. La version qu'ils suggéraient pour réécrire l'article 1833 était en effet bien différente : "Toute société doit avoir un objet licite, être constituée dans l'intérêt des parties constituantes de l'entreprise et prendre en compte l'intérêt des parties prenantes." "Cela aurait permis de ramener les parties prenantes au cœur du contrat de société, alors qu'on reste au niveau du contrat d'associés ; il s'agit seulement de responsabiliser un peu plus les mandataires sociaux et les parties constituantes", explique Bertrand Valiorgue. ».

et propre à la société personne morale¹⁸⁶⁸. Il conviendra par conséquent d'observer comment le juge sera amené à poursuivre son œuvre d'élargissement de l'intérêt social à l'intérêt collectif ou plus largement à l'intérêt de l'entreprise selon la Doctrine de l'entreprise¹⁸⁶⁹, c'est-à-dire au-delà de l'intérêt commun des associés et de l'intérêt de la société *per se*. Néanmoins, la terminologie « d'intérêt collectif » est restrictive. En effet, l'emploi de ces termes renvoie à un « collectif humain »¹⁸⁷⁰, à des personnes juridiques, ce qui est « collectif » fait allusion à autrui et donc à des personnes juridiques¹⁸⁷¹.

592. On peut alors remarquer que se pose le problème de la place de l'environnement dans cet intérêt collectif, car si la défense de l'environnement peut représenter un intérêt collectif pour certains, il peut ne pas l'être pour d'autres. Il faut donc admettre que les propositions actuelles, bien qu'allant dans le bon sens, restent insuffisantes pour repenser plus avant la véritable responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise, c'est-à-dire une fonction sociale ou sociétale qui soit pleinement dirigée vers la satisfaction d'un ensemble d'intérêts. En ce sens, il s'agit sûrement d'une fonctionnalisation du contrat de société en demi-teinte puisque l'entreprise n'a pas été prise en considération comme entité juridique pertinente alors qu'il aurait pu être proposé de désigner celle-ci comme « sujet d'intérêts communs » au lieu de l'expression restreinte « d'objet d'intérêt collectif ». Il est toutefois possible d'affirmer que l'entreprise possède une véritable fonction sociale qui peut se vérifier en droit positif.

¹⁸⁶⁸ V° sur la notion d'intérêt commun des associés et l'intérêt social : SOUSI Gérard, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, th. dactyl., Lyon III, 1974, 374 p. ; BENNINI Aïda, *Le voile de l'intérêt social*, Thèse, Cergy-Pontoise, LEJEP, Lextenso, 2010, 492 p. ; SCHAPIRA Jean, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », RTD com, 1971, p. 957 ; PIROVANO Antoine, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », D. 1997. 189 ; GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine, « La définition de l'intérêt social », RTD com. 2004, p. 35 ; ROUSSEAU Stéphane, TCHOTOURIAN Ivan, « L'intérêt social en droit des sociétés. Regards canadiens », Rev. sociétés, 2009, p. 735.

¹⁸⁶⁹ V° la proposition de reformulation de l'article 1833 dans la proposition de loi n°476 « Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances » déposé par le député Dominique Potier à l'Assemblée Nationale le 6 décembre 2017 : « L'article 1833 du code civil est complété par une phrase ainsi rédigée : « La société est gérée conformément à l'intérêt de l'entreprise, en tenant compte des conséquences économiques, sociales et environnementales de son activité. »

¹⁸⁷⁰ Rapport précité, p.28, citant ROGER Baudoin, « L'entreprise et la personne » in ROGER Baudoin, *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*. Collèges des Bernardins, 2011, p. 105-149.

¹⁸⁷¹ L'exemple de la Société d'intérêt collectif (SCIC), notamment donné à titre d'exemple comme modèle à suivre dans le rapport Notat Senard précité, est une forme intéressante de forme sociétaire en ce qu'elle réunit des collègues d'associés qui représentent un intérêt collectif. Toutefois l'environnement ne peut y être associé en l'absence de personnalité juridique, il y reste absent à moins qu'il n'y soit représenté. La terminologie d'intérêt collectif présente donc l'inconvénient d'exclure les choses.

II. Affirmation d'une véritable fonction sociale de l'entreprise

593. La fonction sociale de l'entreprise peut être pensée en l'état du droit positif. Elle n'est pas une notion évanescence condamnée au champ théorique mais bien une réalité juridique qu'il convient de dégager en la distinguant du but social (A). Ses manifestations seront ensuite étudiées (B).

A. Une fonction sociale distincte du but social

594. Tout est « social » en droit des sociétés et pourtant il n'existe pas de *fonction sociale* de l'entreprise¹⁸⁷². Il existe néanmoins un but social de l'entreprise mais celui-ci désigne la volonté des associés de partager les résultats escomptés issus de l'activité exercée, soit un but lucratif, « qui reste toujours le même »¹⁸⁷³. Cette approche est contestée tant par les économistes que par la doctrine qui tend à accueillir l'idée de fonction sociale (1). Par ailleurs, but social et fonction sociale ne sont pas incompatibles comme le montre l'entreprise publique qui peut constituer un modèle pour l'entreprise sobre (2).

1. La distinction entre les moyens et la finalité de l'entreprise

595. Cette approche est contestée chez les économistes Cécile Renouard et Gaël Giraud affirment que : « contrairement à la thèse défendue par les théoriciens libertariens selon laquelle la finalité de l'entreprise s'épuiserait dans la recherche du profit, nous défendons l'idée que le profit est un moyen nécessaire au service d'une finalité sociale. Il faut qu'une entreprise soit rentable, ce qui ne veut pas dire que maximiser son profit doit être son ultime finalité. La fonction de l'économie, c'est toujours de répondre à une certaine utilité sociale en fabriquant des biens ou en proposant des services. »¹⁸⁷⁴. En réalité, ces économistes adoptent une approche fonctionnaliste des droits subjectifs¹⁸⁷⁵.

596. Claude Champaud, invite quant à lui à poursuivre une « troisième voie sociétale ». Celle-ci écarterait deux courants de pensées antagonistes, mais tous deux matérialistes et inhumains se rejoignant sur une conception de « l'entreprise-objet » : entre d'une part, « le communisme marxiste qui refuse l'appropriation privée des entreprises, moyens de production de la richesse d'une nation », et d'autre part, « le capitalisme pur et dur, ultralibéral et financier qui, dans sa lorgnette, ne voit dans l'entreprise qu'un outil de

¹⁸⁷² Il a été dit précédemment qu'il existe une *fonction sociale de la société* mais pas de *fonction sociale de l'entreprise*. On relèvera par exemple l'exigence d'une dénomination sociale, d'un siège social, d'un capital social, d'un objet social et d'un intérêt social.

¹⁸⁷³ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, Droit des sociétés, LGDJ, 7^{ème} éd°, 2018, spéc. n° 243 : « Objet social et but de toute société. L'objet de la société est généralement défini comme la ou les activités que les associés se proposent de faire exercer par la société. Il se distingue du but social, qui consiste à partager les résultats que procurent cette ou ces activités, et reste toujours le même. »

¹⁸⁷⁴ GIRAUD Gaël, RENOUARD Cécile, « Peut-on réformer le capitalisme ? », Etudes, S.E.R., 2010/1, T. 412, p. 26.

¹⁸⁷⁵ V. *supra*

production de richesses au profit des seuls apporteurs de capitaux »¹⁸⁷⁶. L'auteur plaide pour une « réhabilitation du rôle sociétal de l'entrepreneur » qui constitue le pendant de l'idée de fonction sociale de l'entreprise et de la personne devant inspirer une « fonction entrepreneuriale »¹⁸⁷⁷. Au soutien de cet auteur, il peut être relevé la terminologie utilisée par la Commission européenne lorsqu'elle définit l'entreprise sociale, même si cette conception est restreinte à l'économie sociale, elle peut cependant inspirer la présente réflexion. En effet, la Commission indique qu'une entreprise sociale est un acteur de l'économie sociale – ce qui est plutôt tautologique puisque par définition l'économie est une activité humaine, donc sociale – « dont le principal objectif est d'avoir une incidence sociale plutôt que de générer du profit pour ses propriétaires ou ses partenaires. Elle opère sur le marché en fournissant des biens et des services de façon entrepreneuriale et innovante et elle utilise ses excédents principalement à des fins sociales »¹⁸⁷⁸. Or, c'est justement l'aspect de « principal objectif » qu'il convient aujourd'hui de ne pas limiter pour permettre à un plus grand nombre d'entreprises de choisir cette voie entrepreneuriale. Il peut surtout être retenu de cette définition, l'idée d'un « objectif social ou sociétal d'intérêt commun », qui pourrait constituer un synonyme de fonction sociale.

597. Par suite, il s'agit de relever que si le but social de l'entreprise consiste à obtenir une activité rentable, soit « le moyen », il ne doit pas se confondre avec « la fin », soit la fonction sociale ou « voie sociétale » de l'entreprise. A cet égard, l'entreprise publique¹⁸⁷⁹, telle qu'elle fonctionne aujourd'hui¹⁸⁸⁰, illustre la possibilité d'allier but social et fonction sociale, alors que l'entreprise privée y peine, voire ignore cette distinction. En ce sens, le professeur Paul Le Cannu fait le constat d'une *crise des finalités* et observe que : « la crise se développe à la fois dans les structures et dans les mentalités. Côté mentalité, la philosophie très dominante s'exprime en deux mots seulement : *make money* (...). Le système financier glorifie le résultat financier, qui seul compte, qui est la seule justification des conduites à tenir. Autrement dit, l'égoïsme et l'aveuglement sont non seulement permis, mais encore encouragés »¹⁸⁸¹. Certains défendent ainsi la fonction

¹⁸⁷⁶ CHAMPAUD Claude, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise. Sortir de la crise du financialisme*, Larcier, 2011, p. 226 et p. 280 et s.

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*, p.283 : l'auteur indique que le financialisme a conduit, non pas à remplacer, mais à évincer l'entrepreneur du rôle capital qu'il tenait avant les Trente glorieuses dans la prise de décisions stratégiques : « Notre économie est veuve de l'entrepreneur et de ce fait irrémédiablement fragilisée », écrit-il.

¹⁸⁷⁸ COM(2011)682 final, précité, p.2

¹⁸⁷⁹ Selon l'article 11 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : « Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance, tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs [une personne morale de droit public ou une personne morale de droit privé qui a été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial] exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. »

¹⁸⁸⁰ Nous n'entendons pas adopter une « analyse étatiste de l'entreprise » selon les développements de CHAMPAUD Claude, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise. Sortir de la crise du financialisme*, Larcier, 2011, pp.227-243. L'auteur désigne par analyse étatiste, l'interventionnisme de l'Etat par le « colbertisme » et le soviétisme totalitaire.

¹⁸⁸¹ LE CANNU Paul, « Rapport de synthèse », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le pouvoir dans les sociétés. Journées chiliennes*, Bruylant, t. LXII, 2012, p.19

politique¹⁸⁸² de l'entreprise mais il faut certainement y préférer le vocable plus consensuel de fonction sociale. Preuve de la pertinence de cette terminologie et de l'accueil de ce vocable au sein du milieu universitaire et professionnel, un colloque envisageait récemment par exemple « la fonction sociale du banquier »¹⁸⁸³. Pour mieux comprendre l'idée de fonction sociale de l'entreprise il faut s'intéresser au modèle qui lui semble le plus proche, celui de l'entreprise publique.

2. La fonction sociale de l'entreprise publique comme modèle d'inspiration

598. Par définition, l'entreprise publique – encore désignée par entreprise du secteur public ou opérateur public¹⁸⁸⁴ – exerce une activité économique en vue de satisfaire un intérêt général. Pour illustration, la Caisse des dépôts ou la Banque Publique d'Investissement, parviennent à concilier but social (poursuite d'une activité économique en vue de réaliser des profits) et fonction sociale (satisfaction de l'intérêt général). L'entreprise publique est ainsi considérée comme une « espèce hybride », mêlant capital social majoritairement détenu par une personne morale de droit public et règles de fonctionnement fixées par cette dernière, avec une activité économique marchande qui doit s'avérer profitable¹⁸⁸⁵. L'exemple de l'entreprise publique qui intervient en concurrence avec d'autres entreprises sur un même marché, montre qu'il n'est pas impossible pour une entreprise de concilier but social et fonction sociale. Au contraire, elle y parvient alors même qu' : « il lui faut, entre pressions libérales et exigences citoyennes, tenir fermement les deux bouts de la chaîne, savoir faire face aux réalités du marché tout en restant fidèle à sa mission d'intérêt général »¹⁸⁸⁶.

599. En réalité, l'idée de fonction sociale n'est pas tout à fait étrangère au secteur privé, si l'on s'intéresse au droit des marchés publics. Ainsi, les entreprises privées qui contractent avec des pouvoirs adjudicateurs, connaissent des exigences inhérentes à la satisfaction de

¹⁸⁸² FAVEREAU Olivier, La « fin » de l'entreprise privé in SUPIOT Alain (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontière – Perspectives économiques et juridiques*, coll. Les sens du droit, Dalloz, 2015, Conclusion, pp. 311 à 314 ; v. aussi BOMMIER Swann et RENOARD Cécile, *L'entreprise comme commun – Au-delà de la RSE*, éd. Charles Leopold Mayer, février 2018, p. 212 : « L'entreprise est à la fois un acteur politique interne (l'entreprise locale ou transnationale étant une arène où diverses conceptions de la justice, diverses cultures et divers intérêts coexistent) et un acteur politique externe (l'entreprise ayant un impact sur la fiscalité des Etats ; sur ses fournisseurs et ses clients, impliqués dans des chaînes de valeur mondiales ; sur les territoires où elle investit). »

¹⁸⁸³ Université de Strasbourg, « Les fonctions sociales du banquier », Colloque organisé par l'équipe droit des affaires, UMR DRES, MISHA, 14 février 2018.

¹⁸⁸⁴ NICINSKI Sohie, *Droit public des affaires*, Lextenso, Domat droit public, 2009, p. 271, n°641 : « Le secteur public est traditionnellement composé d'opérateurs publics, terme plus moderne que l'on préférera à celui d'entreprise publique. »

¹⁸⁸⁵ FOURNIER Jacques, « L'entreprise publique », in SUPIOT Alain (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontière – Perspectives économiques et juridiques*, coll. Les sens du droit, Dalloz, 2015, p.287 et p.303 : « Sa vocation, même si l'exigence d'un équilibre dynamique s'impose à elle comme à toute entreprise, n'est pas d'enrichir ses actionnaires. Elle a une mission publique, elle fournit des services collectifs, elle est un acteur de l'économie des besoins. À ce titre, et indépendamment des objectifs sectoriels qui lui sont assignés, elle doit toujours être, d'une manière ou d'une autre, en quête de plus d'égalité dans le bénéfice de ses prestations, d'une meilleure qualité des services qu'elle rend aux diverses catégories de la population, d'une plus grande convivialité avec toutes les parties prenantes du monde politique, économique et social et de la société civile. C'est ainsi qu'elle pourra continuer à diversifier et enrichir le jardin de l'économie. ».

¹⁸⁸⁶ *Ibid*, p.303.

l'intérêt général dans le cadre de l'exercice d'une mission de service public. Par exemple, les contrats de concessions, tels que définis par l'ordonnance du 29 janvier 2016 en son article 5, sont des contrats par lesquels une autorité concédante, notamment une personne morale de droit public, confie la gestion d'un service à un opérateur économique, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. Cet article précise que la part de risque transférée au concessionnaire, implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que le concessionnaire n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service. En d'autres termes, le concessionnaire accepte d'endosser une fonction sociale, au risque de ne pas remplir son but social, soit le partage de bénéfices ou l'économie tirés de cette activité. Le secteur public connaît donc bien l'idée de fonction sociale à travers les notions d'intérêt général et de service public, sans pour autant ignorer, en cas de contrat de concession, la nécessité d'un but social pour financer cette fonction sociale, notamment à travers le prix payé par l'utilisateur. Pourtant, dans sa grande majorité, le secteur privé ignore l'idée que la société commerciale puisse, elle aussi, présenter une double nature, une certaine « hybridité » entre lucre et fonction sociale¹⁸⁸⁷.

600. Si l'on s'en tient à la lecture des articles 1832 et 1833 du Code civil, le droit des sociétés ignore l'idée de fonction sociale qui pourrait être entendue comme la fonction de l'entreprise destinée à satisfaire un intérêt collectif¹⁸⁸⁸ ou des intérêts communs, en dehors de la seule satisfaction de l'intérêt commun de ses associés. Il est néanmoins permis de nuancer cette analyse à travers les entreprises de l'économie sociale et solidaire et plus particulièrement en raison de l'existence en droit français de « l'entreprise solidaire d'utilité sociale »¹⁸⁸⁹. Toutefois, cette dernière reste pour le moins, somme toute différente des modèles d'entreprises responsables américains envisagés précédemment. Il faut effectivement souligner que la *social purpose corporation* comme la *benefit corporation* intègrent précisément l'idée de fonction sociale, par la poursuite respectivement d'un *specific public benefit* ou *general public benefit* – dans la définition même de leur objet social¹⁸⁹⁰. En l'absence de notion de fonction sociale ou de finalité sociale¹⁸⁹¹ en droit des sociétés, il convient par conséquent de déterminer ce qui pourrait y renvoyer en droit positif.

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 287 en référence au statut hybride de l'entreprise publique.

¹⁸⁸⁸ Le rapport Notat Sénard précité utilise les termes « d'objet d'intérêt collectif » pour désigner l'entreprise.

¹⁸⁸⁹ *V. supra.*

¹⁸⁹⁰ *V°* toutefois le concept de société à objet social étendue qui propose d'intégrer des objectifs sociaux et environnementaux dans les statuts de la société SEGRESTIN Blanche, LEVILLAIN Kevin, VERNAC Stéphane, HATCHUEL Armand, *La Société à Objet Social Étendu. Un nouveau statut pour l'entreprise*, Presses des MINES, coll. Economie et gestion, 2015, 126 p. Cette idée renvoie à la proposition de modification de l'article 1833 du Code civil qui avait été formulée en 2014.

¹⁸⁹¹ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, coll. Domat droit privé, LGDJ, 7^{ème} éd., 2018, spéc. n° 262 : « Le droit français n'inclut pas dans sa définition de la société le concept de société à *finalité sociale*. ».

B. La fonction sociale de l'entreprise dans la pratique

601. La fonction sociale de l'entreprise telle que comprise précédemment doit être distinguée dans la pratique de la fonction sociale de l'entreprise dans son sens économique ou managérial, elle n'est pas comprise dans les présents développements comme la tâche dédiée aux ressources humaines mais renvoie davantage aux autres fonctions qui permettent à l'entreprise de mener son activité économique, grâce notamment aux fonctions de production, de financement, d'approvisionnement, de technique ou encore de marketing. Concrètement, la fonction sociale de l'entreprise peut se manifester à travers sa fonction fiscale qui sert indirectement l'intérêt général mais ne s'y limite pas (1). C'est surtout dans le développement d'un réel projet d'entreprise que peut s'inscrire la fonction sociale de l'entreprise (2).

1. La fonction sociale de l'entreprise non limitée au rôle de contribuable

602. Proche de l'idée de fonction sociale défendue, il convient d'observer que l'entreprise, en tant que contribuable, va remplir un rôle social puisqu'elle va participer indirectement et par la voie de la fiscalité, à la fonction sociale assignée à l'Etat (missions régaliennes, services publics, etc.)¹⁸⁹². Dans cette perspective, l'entreprise présente une fonction sociale éminemment centrale dans le fonctionnement de l'Etat et par suite de la Société dans son ensemble. Elle participe donc déjà indirectement à la mise en œuvre de la transition écologique par les politiques menées dans ce sens et financées par l'impôt. Se pose alors immédiatement la question de savoir si la fonction sociale de l'entreprise se confond avec ou dépasse son obligation fiscale ?

603. En effet, il peut tout à fait être considéré, de manière limitative, que le paiement de l'impôt sur les bénéfices des sociétés, par définition confiscatoire d'une partie du patrimoine social de l'entreprise¹⁸⁹³, libère celle-ci de toute obligation de fonction sociale supplémentaire. Pourtant, le mouvement de responsabilité sociétale des entreprises, ou encore les travaux de M. Samuel Benisty sur la norme sociale¹⁸⁹⁴, montrent l'attente croissante de la Société pour une plus grande implication de l'entreprise dans la résolution des problèmes sociaux et environnementaux contemporains. S'y ajoute, la tendance au recul de l'interventionnisme de l'Etat qui contribue certainement en parallèle, par un jeu de vases communicants, à l'intervention croissante d'entreprises qui investissent les domaines qui étaient jusqu'alors le seul apanage de l'Etat. Cette analyse, forcément

¹⁸⁹² V° en ce sens MANGIAVILLANO Alexandre, *Le contribuable et l'État*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2013, vol.126, 676 p. ; BOMMIER Swann et RENOARD Cécile, *L'entreprise comme commun – Au-delà de la RSE*, éd. Charles Léopold Mayer, février 2018, p.212 : « L'entreprise est à la fois un acteur politique interne (l'entreprise locale ou transnationale étant une arène où diverses conceptions de la justice, diverses cultures et divers intérêts coexistent) et un acteur politique externe (l'entreprise ayant un impact sur la fiscalité des Etats ; sur ses fournisseurs et ses clients, impliqués dans des chaînes de valeur mondiales ; sur les territoires où elle investit). »

¹⁸⁹³ *Ibid.*, p.13. Parlant de l'impôt en général, l'auteur indique qu'il s'analyse comme un « transfert obligatoire de richesses »

¹⁸⁹⁴ BENISTY Samuel, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, préc.

réductrice, appellerait évidemment de plus amples développements, mais en toute hypothèse, il y a lieu de retenir que l'entreprise comporte une fonction sociale qui ne se résume pas à sa qualité de contribuable. D'ailleurs, certaines entreprises revendiquent désormais leur fonction sociale dans le monde anglo-saxon à travers le « social business » ou capitalisme d'intérêt général, dans lequel l'économie sociale et solidaire est jugée insuffisamment innovante¹⁸⁹⁵. Apparaissent ainsi, de nouvelles techniques juridiques d'intervention des entreprises dans le domaine social, à travers par exemple l'apparition des « social impact bonds » ou contrats à impact social, dont l'utilité reste débattue¹⁸⁹⁶. C'est une approche similaire qui est désormais partagée en France puisque les entreprises françaises semblent désormais souhaiter des formes sociétaires hybrides entre le modèle classique de la société à but lucratif et les formes de l'économie sociales et solidaires, ces dernières étant jugées insuffisantes pour mener des projets nécessitant d'importants capitaux ou une importante rétribution de leur apporteurs¹⁸⁹⁷.

2. La fonction sociale au sein d'un projet d'entreprise

604. Comment appréhender la fonction sociale de l'entreprise ? En réalité, celle-ci permet de donner du sens à l'entreprise, via sa « raison d'être »¹⁸⁹⁸. Elle permet surtout de concevoir l'entreprise comme une entité juridique pertinente pour caractériser l'entreprise responsable et son corolaire plus avancé, l'entreprise sobre. Dans ses travaux, George Ripert constatait que le droit ne connaissait pas l'entreprise et, appelant à la construction d'une institution nouvelle, énonçait : « il y a une fin sociale de l'entreprise »¹⁸⁹⁹. Ces propos renvoient directement à l'approche de la propriété exposée par Léon Duguit qui

¹⁸⁹⁵ LAVILLE Jean-Louis, « Au-delà de l'État et du marché, l'économie social et solidaire, *The conversation*, 13 juin 2017, <http://theconversation.com/au-dela-de-letat-et-du-marche-leconomie-sociale-et-solidaire-78952>, consulté le 23 juin 2017.

¹⁸⁹⁶ V° par exemple le Contrat à Impact Social ou *Social Impact Bonds* qui consiste à faire financer une action sociale par une entreprise mais dont les objectifs sont fixés par l'Etat : v° Institut de l'entreprise, « Les Social Impact Bonds : pour une collaboration (enfin) vertueuse entre le privé et le public », en ligne <https://medium.com/institut-de-l-entreprise/contrat-impact-social-social-impact-bond-2957e1d09640>, 14 mars 2016, consulté le 26 avril 2019 ; Pour la défense de ce mécanisme v° DURQUETY Eve, BAUDET Adrien, « Financement – Economie sociale et solidaire – Contrats à impact social : des clés pour comprendre », *Juris associations*, 2016, n°537, p. 43. Et pour un avis réservé v° GUILLOIS Thierry, « Financement – Economie sociale et solidaire – A qui profitent les contrats à impact social ? », *JA* 2016, n°544, p.48.

¹⁸⁹⁷ Rapport Notat Senard, p. 67 : « Si l'Economie sociale et solidaire (ESS) a constitué une « troisième voie » entre l'Etat et le marché, ou entre marxisme et libéralisme, la demande de ce nouveau statut semble dessiner une autre voie entre le capitalisme classique et l'ESS, celle d'une économie de marché responsable. La création de richesses demeure à son fondement, mais la prise en compte des conséquences sociales et environnementales doit permettre d'éviter la mise en danger du patrimoine naturel et des droits humains, afin que la recherche de l'efficacité productive ne tombe jamais dans la captation de ressources. Les personnes auditionnées ont souvent exprimé le besoin de statuts distincts de l'ESS, les entreprises concernées « n'ayant pas peur du profit ». L'ESS ne limite cependant pas réellement le profit, c'est-à-dire la constitution d'excédents financiers. Ce qu'elle interdit ou limite, est son appropriation individuelle, afin que cet objectif demeure secondaire. » ; v. également la proposition de Dominique Schmidt précédemment évoquée d'une société d'intérêt collectif non coopérative.

¹⁸⁹⁸ COM (2011)682 final, précité, p.2 ; Rapport Notat Senard, not. p.4 ; art. 1835 modifié du code civil.

¹⁸⁹⁹ RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, pp.277-278 : « il [le droit] juxtapose des contrats de société, de prêt, de louage de services. Il les entremêle d'une façon telle qu'il y ait entre ces contrats une certaine connexité. Il n'arrive pas à les fondre. Le creuset, dont parlent les économistes, est encore à créer. Il y a une fin sociale de l'entreprise, il n'y a pas de forme juridique. (...) C'est donc une institution nouvelle qu'il faut imaginer, une institution et non un contrat. Cette institution n'a pas encore de traits précis. Il faut essayer de les tracer ».

déclarait que « la propriété n'est pas un droit, elle est une fonction sociale »¹⁹⁰⁰. Dès lors, on conçoit plus aisément la justification de l'impôt sur les sociétés, qui constitue certes une atteinte à la propriété – le patrimoine social de l'entreprise en l'occurrence –, mais justifié par la considération d'une fonction sociale, d'une utilité commune¹⁹⁰¹, d'un objectif social ou sociétal d'intérêt commun¹⁹⁰² ou d'intérêt collectif à satisfaire¹⁹⁰³.

605. La notion de fonction sociale, dirigée vers un comportement sobre, pourrait alors concrètement prendre forme dans l'idée de « projet d'entreprise » présente chez le professeur Dominique Schmidt, selon lequel, les différentes propositions de réforme des articles 1832 et 1833 du Code civil avancent l'idée que « la société doit avoir pour but le développement d'un projet d'entreprise »¹⁹⁰⁴. Projet non limité à l'activité exercée par la société, la poursuite d'un projet d'entreprise viserait, selon cet auteur, à la satisfaction de l'intérêt commun de toutes les parties prenant part au développement de l'entreprise – donc des intérêts communs – et plus avant, de l'accomplissement d'un rôle positif pour la Société¹⁹⁰⁵. N'est cependant pas innovante en soi, selon l'auteur, l'énonciation de préoccupations que l'entreprise devrait intégrer (croissance raisonnée, génératrice de bien-être, lutte contre le changement climatique et l'épuisement de la biodiversité et des ressources naturelles, explosion démographique, montée des inégalités, discrimination, domination des marchés financiers et leur impact sur l'*affectio societatis*, ou encore malaise au travail)¹⁹⁰⁶. En réalité, l'innovation des propositions de modification des articles 1832 et 1833 réside pour le professeur Dominique Schmidt, dans le changement de perception des préoccupations énoncées qui ne devraient plus être perçues comme des contraintes mais comme le « but premier » de l'activité des entreprises, « orientée non plus vers la maximisation du profit et son partage entre les associés mais vers un intérêt général économique, social et environnemental »¹⁹⁰⁷. Si l'auteur émet des réserves quant à l'absence de définition exacte du projet d'entreprise et des difficultés que poserait son application, il reste que le concept de projet d'entreprise appelle à réinterroger l'intérêt de

¹⁹⁰⁰ DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1912, p.21 « Le propriétaire, c'est-à-dire le détenteur d'une richesse a, du fait qu'il détient cette richesse, une fonction sociale à remplir ; tant qu'il remplit cette mission, ses actes de propriétaire sont protégés. S'il ne la remplit pas ou la remplit mal, si par exemple il ne cultive pas sa terre, laisse sa maison tomber en ruine, l'intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à remplir sa fonction sociale de propriétaire, qui consiste à assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur destination. » ; V° aussi CUCHE Paul, *En lisant les juristes philosophes*, éd. J. de Gigord, 1919, p.117 et s., pour une nuance de la fonction sociale chez Duguit et une distinction entre droit-intérêt et droit-fonction.

¹⁹⁰¹ Constitution du 4 novembre 1848, article 15 : « Tout impôt est établi pour l'utilité commune. - Chacun y contribue en proportion de ses facultés et de sa fortune. ».

¹⁹⁰² COM(2011)682 final, précité, p.2.

¹⁹⁰³ Rapport Notat et Senard, préc., not. p.4.

¹⁹⁰⁴ SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », *Rec. Dalloz*, 2017, p.2380. L'auteur fait notamment référence aux travaux parlementaires relatifs à la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (amendement n°1555 rectifié), ainsi qu'à une tribune paru dans le journal *Le Monde* « Plaidoyer en faveur d'une "économie de marché responsable" », *Le Monde*, 16 nov. 2016. Nous pouvons ajouter à ces propositions la proposition de loi n°476 « Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances » déposé à l'Assemblée nationale le 6 décembre 2017 ainsi que le projet de loi PACTE du gouvernement.

¹⁹⁰⁵ SCHMIDT Dominique, art. préc..

¹⁹⁰⁶ « Plaidoyer en faveur d'une "économie de marché responsable" », *Le Monde*, 16 nov. 2016, cité par SCHMIDT Dominique, art. préc.

¹⁹⁰⁷ SCHMIDT Dominique, art. préc.

l'entreprise qui pourrait être défini selon Dominique Schmidt, se fondant sur des travaux parlementaires¹⁹⁰⁸, comme un « intérêt général commun des parties prenantes » et comme une « nouvelle boussole orientant l'activité de la société et de l'entreprise qu'elle exploite »¹⁹⁰⁹. Ce qui renvoie à l'idée de définir l'entreprise comme un système d'intérêts communs. Encore faut-il lui appliquer une direction par une fonction sociale de l'entreprise compatible avec une transition réellement écologique et donc vers la sobriété.

606. Dans cette approche, les associés devraient alors exercer des droits politiques, financiers et patrimoniaux, mais aussi des devoirs¹⁹¹⁰, dans l'intérêt de l'entreprise. Pour le professeur Schmidt, l'exercice de devoirs par les associés amènerait à une modification du fonctionnement de la société, notamment pour les dirigeants et les assemblées d'associés, alors incités à ne prendre aucun acte, aucune délibération contraire à l'intérêt de l'entreprise (par exemple pour des décisions tenant à la distribution de bénéfices, à la rémunération des dirigeants, à la transformation de la société, etc.), mais aussi à des intérêts collectifs tels que ceux des salariés¹⁹¹¹. Lesquels devraient davantage être entendus comme les intérêts communs tel que la protection de l'environnement¹⁹¹². Dominique Schmidt imagine par exemple que des parties prenantes puissent exercer des actions en responsabilité en cas de décisions portant atteinte à l'intérêt de l'entreprise, de manière similaire à l'action *ut singuli* qui permet à un associé d'engager la responsabilité d'un dirigeant pour un acte contraire à l'intérêt social de la société.

« Voici l'hypothèse de départ : les associés décident, dans leur intérêt particulier, la fermeture d'une unité de production qu'ils jugent insuffisamment rentable. Cette décision est susceptible de contrevenir à l'intérêt général commun. Les parties prenantes auxquelles cette décision porterait préjudice seraient en droit d'exercer des actions judiciaires. On peut en avancer plusieurs en droit des sociétés *in bonis* : la révocation du dirigeant, une action en responsabilité, l'exclusion des associés détenant le contrôle, ou une action en annulation des décisions et des actes pris en violation de l'intérêt commun. Ces actions ne sont efficaces que si elles permettent de restaurer l'intérêt commun. Tel n'est pas le cas actuellement. »¹⁹¹³

607. La fonction sociale de l'entreprise ne peut donc se concevoir sans la prise en considération d'intérêts extérieurs, qui ne se limitent pas à l'intérêt commun des associés

¹⁹⁰⁸ Amendement n°1555 rectifié déposé à l'Assemblée Nationale lors des travaux sur la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : « Art. XX – L'article 1833 du code civil est complété par une phrase ainsi rédigée : « Elle doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental ». Selon l'exposé des motifs de l'amendement : « Cet amendement vise à inscrire l'intérêt social de l'entreprise dans la loi afin de permettre aux administrateurs et aux partenaires du dialogue social de se saisir des problématiques liées aux impacts économiques, environnementaux et sociétaux de leur entreprise. Cette disposition pose ainsi les jalons d'une nouvelle approche de la gouvernance des entreprises qui présente les enjeux sociaux et environnementaux comme de potentiels avantages compétitifs ».

¹⁹⁰⁹ SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », D., 2017, p. 2380.

¹⁹¹⁰ V° les travaux relatifs aux « Devoirs de l'actionnaire », 41^{ème} colloque, 8 et 9 avril 2016, Deauville, Gaz. Pal. 6 juin 2016, Hors série.

¹⁹¹¹ SCHMIDT Dominique, art. préc., l'auteur expose sur ce point les propositions de modification de la structure de gestion d'une société qui s'inspirent du modèle allemand avec la codétermination, système dans lequel des représentants salariés siègent en qualité d'administrateur au sein du conseil d'administration ou de surveillance pour les sociétés anonymes dualistes dotées d'un directoire. Ce qui amène à véritablement repenser l'organisation du pouvoir au sein des sociétés.

¹⁹¹² Rappelons que l'intérêt collectif a pour inconvénient de ne viser que des intérêts personnels à l'exclusion d'intérêts *per se* tel que l'environnement et les éléments qui le compose.

¹⁹¹³ SCHMIDT Dominique, art. préc., à propos des « sanctions de la méconnaissance de l'intérêt commun ».

mais bien plus, à la considération qu'il existe un intérêt de l'entreprise plus large et des intérêts communs. Or, toute la difficulté d'une bonne gestion d'une société consiste à concilier des intérêts hétérogènes distincts. Il faut donc penser leur conciliation comme le formulait Emmanuel Gaillard à travers la « condition d'homogénéité des intérêts »¹⁹¹⁴, celle-ci pouvant prendre forme dans le concept de sobriété et par sa caractérisation dans une entreprise au comportement sobre.

¹⁹¹⁴ V. supra, GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, préc.

CONCLUSION CHAPITRE I

608. La conceptualisation d'une entreprise sobre doit être réaliste. En ce sens, il a pu être considéré que la société commerciale constitue une fiction restreinte qui ne permet pas de saisir pleinement la réalité économique, sociale et environnementale d'une activité économique. L'entreprise est en ce sens une entité plus pertinente. La doctrine de l'entreprise et une approche collective permet une meilleure prise en compte d'intérêts qui dépassent l'intérêt commun des associés et l'intérêt de la société elle-même. Aussi, ni l'intérêt commun ni l'intérêt collectif ne suffisent à exprimer l'hétérogénéité et la diversité des intérêts qui gravitent autour de l'entreprise. Certains intérêts dont celui de l'environnement, ne sont pas nécessairement représentés par des personnes. Il est par conséquent plus pertinent de considérer que l'entreprise n'est pas un « objet d'intérêt collectif », mais est davantage un système d'intérêts communs. Cette esthétique systémique de l'entreprise indique qu'il convient de veiller à chaque intérêt au risque de bouleverser le système dans son ensemble. Comme au sein d'une cellule familiale, les potentielles divergences doivent être conciliées afin de veiller à sa pérennité. Il en va de même au sein d'une entreprise dont la protection des intérêts sociaux et environnementaux participe directement ou indirectement de ce système. Cependant, il n'est pas toujours évident d'identifier lesdits intérêts et de déterminer dans quelle mesure ils peuvent conduire à limiter l'exercice d'une activité économique. C'est alors l'ordre public écologique, consacré par la jurisprudence, qui permet de donner un cadre général désignant les intérêts à prendre en considération et venant limiter les droits subjectifs de l'entreprise. Si une limitation des droits est faite au sein de l'entreprise en considération d'intérêts communs et du cadre porteur et délimitant de l'ordre public écologique, il en résulte que l'entreprise possède une inhérente fonction sociale. Ce qui revient à considérer que la liberté d'entreprendre et la propriété doivent être corrélativement limitées en considération du pouvoir exercé sur la Société et l'environnement. En ce sens, il a été vu que la fonction-activité est nécessairement limitée par la fonction-relation, soit que l'activité économique de l'entreprise s'inscrit dans un système d'intérêts communs. Ainsi, un mouvement de fonctionnalisation des droits subjectifs conduit à limiter la liberté et la propriété, droits subjectifs sièges de l'activité de l'entreprise qui ne sont pas absolus. L'impératif d'un intérêt supérieur, le droit objectif et l'ordre public écologique empêche de concevoir que l'entreprise puisse être dénuée de fonction et réduite à un seul but social lucratif. Aussi, le projet d'entreprise ne peut être anti-social, anti-écologique. En témoigne la volonté du législateur d'introduire dans le contrat de société la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux ou la possibilité d'inscrire sa raison d'être. Au-delà de ces propositions, la fonction sociale de l'entreprise et l'intériorisation de la transition écologique doivent être précisées. En ce sens, une nouvelle sémantique émerge au sein de la législation, celle de la sobriété qui alors devrait permettre de caractériser la fonction sociale de l'entreprise par le biais d'un comportement sobre.

CHAPITRE 2 CARACTERISATION D'UNE ENTREPRISE AU COMPORTEMENT SOBRE

609. Au sens premier, la sobriété véhicule l'idée de modération, de tempérance, de mesure, de discernement, de recherche d'un juste équilibre, de balance des intérêts en présence, de raison, d'ascétisme ou de frugalité au sens de vertu¹⁹¹⁵. L'idée de sobriété s'oppose par conséquent à celle d'ébriété, d'ivresse, d'avidité, de démesure, de déraison, d'excessivité, d'intempérance, de voracité, voire d'agressivité. Au sens figuré, la sobriété désigne ensuite la réserve, la retenue, la raison dans l'utilisation d'objets, de choses. On parlera par exemple de la sobriété de l'architecture d'un bâtiment, de la sobriété de son style. Cette conception, *a priori* positive, en ce qu'elle permettrait d'atteindre une vie plus saine, plus paisible, plus mesurée, connaît pourtant une contradiction originelle que l'on situe dans la religion. Ainsi, tel qu'a pu l'exposer l'historien Lynn White dans son questionnement sur les « racines historiques de notre crise écologique »¹⁹¹⁶, le christianisme est la religion la plus anthropocentrique que le monde n'ait jamais vu. L'auteur expose une vision de la Genèse qui véhicule l'idée de multiplication, de croissance et d'assujettissement de la Terre par les hommes¹⁹¹⁷. Il y aurait donc dès les premières écritures, l'affirmation d'une faculté pour l'homme de disposer de son environnement et de s'y multiplier sans mesure. Néanmoins, Lynn White adopte une lecture incomplète du texte de la Genèse. Dieu a pourtant indiqué une limite, une mesure. En effet, s'il est juste d'affirmer qu'il était permis à l'homme de se nourrir de tous les arbres du jardin d'Eden, ce fut à la condition de s'abstenir de se nourrir de « l'arbre de la

¹⁹¹⁵ Par souci de simplicité nous utiliserons le terme générique de sobriété mais nous observons que le terme de frugalité, s'il conviendrait mieux à nos propos, a perdu le sens qui pouvait lui être attribué par le passé. V° OUTREPONT Charles-Lambert d', *Discours sur la frugalité, prononcé au temple national de Bruxelles, le 10 ventôse de l'an troisième.*, Ed. impr. De G. Huyghe, 1795, p.3 : « La république a consacré ce jour à la frugalité. C'est une des vertus les plus précieuses qui puissent orner l'âme d'un républicain. Le vulgaire la confond ordinairement avec la sobriété, et ce sont cependant deux qualités bien différentes : la frugalité est nécessairement une vertu, la sobriété ne l'est pas toujours. L'avare est sobre, mais il n'est rien moins que frugal. L'homme sobre vit de peu, soit par tempérament, soit par avarice : l'homme frugal vit de peu, parce que les mœurs pures lui sont chères, et que son superflu est pour sa patrie et pour l'humanité souffrante. L'homme sobre ne songe qu'à lui ou à sa famille dans la modicité de sa dépense, tandis que le citoyen frugal ne voit dans les privations auxquelles il se soumet, que le bien qui doit en résulter pour son pays ou pour les infortunés ; et il forme un contraste aussi parfait avec le prodige qu'avec l'avare. ».

¹⁹¹⁶ WHITE Lynn Townsend, « The Historical Roots of Our Ecological Crisis », *Science*, vol. 155, n°3767, 10 mars 1967, p.1203-1207 : « Especially in its Western form, Christianity is the most anthropocentric religion the world has seen. As early as the 2nd century both Tertullian and Saint Irenaeus of Lyons were insisting that when God shaped Adam he was foreshadowing the image of the incarnate Christ, the Second Adam. Man shares, in great measure, God's transcendence of nature. Christianity, in absolute contrast to ancient paganism and Asia's religions (except, perhaps, Zoroastrianism), not only established a dualism of man and nature but also insisted that it is God's will that man exploit nature for his proper ends. »

¹⁹¹⁷ Bible, Genèse, 1.27 : « Soyez féconds, multipliez, remplissez la terre, et l'assujettissez; et dominez sur les poissons de la mer, sur les oiseaux du ciel, et sur tout animal qui se meut sur la terre. » ; V. aussi la Torah, Genèse (Berechit), 1.27 à 1.29 : Dieu créa l'homme à son image; c'est à l'image de Dieu qu'il le créa. Mâle et femelle furent créés à la fois. Dieu les bénit en leur disant "Croissez et multipliez! Remplissez la terre et soumettez-la! Commandez aux poissons de la mer, aux oiseaux du ciel, à tous les animaux qui se meuvent sur la terre!" Dieu ajouta: "Or, je vous accorde tout herbage portant graine, sur toute la face de la terre, et tout arbre portant des fruits qui deviendront arbres par le développement du germe. Ils serviront à votre nourriture. ; V. aussi le récit sur la création de l'univers chez PLATON, *Timée*, trad. Par Emile Chambry, La bibliothèque électronique du Québec, coll. Philosophie, vol. 8, version 1.01 : <https://beq.ebooksgratuits.com/Philosophie/Platon-Timee.pdf> , consulté le 22 août 2017.

connaissance du bien et du mal, car le jour où tu en mangeras, tu mourras. »¹⁹¹⁸. Face à la faculté de disposer de l'environnement aussitôt assortie d'une limite, nous pourrions indiquer qu'il existait bien une modération, une sobriété originelle, dans la défense faite de ne pas suivre un comportement excessif. Nous savons pourtant que cette sobriété originelle ne fut pas respectée car la tentation eut raison d'Adam et Eve qui la transgressèrent. Par cette exigence de ne prélever que ce qui est nécessaire, il est affirmé un objectif de sobriété. Quel peut être est le sens de cette sobriété ?

610. Appliquée à l'entreprise, la sobriété traduirait donc un emploi modéré, mesuré, raisonnable, des ressources utilisées dans l'activité économique de production de biens et services. L'idée de sobriété est-elle pour autant présente dans la définition de la société commerciale ? Rappelons à cet effet que le code civil dispose en son article 1832 alinéa 1^{er} que : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

611. Force est de constater que l'idée de sobriété n'apparaît pas dans l'article 1832 du Code civil, ni dans celui de l'article 1833 modifié du code civil, mais on peut toutefois penser qu'elle y fait une entrée discrète par l'inscription à cet article des enjeux sociaux et environnementaux, indication d'une certaine mesure à l'activité sociétaire.

612. Par ailleurs, le fait qu'il soit mentionné la recherche d'un but lucratif sans que ne ce soit précisé les moyens d'y parvenir amène à constater l'inexistence de toute idée de proportionnalité ou de limitation entre la poursuite d'un but lucratif et les moyens employés. Dès lors, pour envisager la sobriété de l'entreprise, il convient tout d'abord d'étudier le concept même de sobriété. Nous verrons que la sobriété est loin d'être une idée nouvelle puisqu'elle apparaît dès l'Antiquité, mais qu'elle resurgit actuellement dans notre droit à la faveur des textes relatifs à la transition écologique. Une fois le concept de sobriété dégagé et sa présence identifiée dans les textes donnant lieu à une proposition de définition, il s'agira d'envisager l'application de la sobriété à l'entreprise à travers l'hypothèse d'un standard juridique du comportement sobre qui peut s'avérer être un outil pertinent d'appréciation de la responsabilité de l'entreprise (**Section I**). Néanmoins, la sobriété peut souffrir d'une définition étroite, limitée à un aspect matériel d'économie de ressources naturelles. Elle doit alors pouvoir être définie plus largement dans une dimension supérieure qui, outre l'ordre public écologique précédemment envisagé, traduise une sobriété qui respecte les principes cardinaux d'un comportement sobre par la prise en compte de la biodiversité et plus généralement des conséquences des activités de l'entreprise sur l'homme et l'environnement. Les principes cardinaux de proportionnalité, de subsidiarité, de solidarité et de temporalité écologiques permettent alors de conforter la vision d'une entreprise sobre dans son ensemble, respectueuse de l'environnement (**Section II**).

¹⁹¹⁸ Bible, Genèse, 2.16 : « L'Éternel Dieu donna cet ordre à l'homme: Tu pourras manger de tous les arbres du jardin; mais tu ne mangeras pas de l'arbre de la connaissance du bien et du mal, car le jour où tu en mangeras, tu mourras. »

Section 1 Le concept de sobriété comme standard juridique

613. La sobriété n'est pas un nouveau concept qui viendrait remplacer une notion de développement durable dépassée ou à tout le moins, qui demande à être précisé au regard de l'exigence de transition écologique. En réalité, la sobriété est un concept beaucoup plus ancien qui trouve essentiellement ses origines dans la philosophie, la morale et la politique. Plus récemment, le législateur français a mobilisé une terminologie de la sobriété dans les textes relatifs à la transition écologique – nouvelle approche du développement durable – et dans diverses branches du droit, ce qui permet d'affirmer que le concept de sobriété est bien présent en droit français, et potentiellement qu'il émerge l'embryon d'un droit de la sobriété. Il s'agira alors d'identifier les acteurs de la sobriété¹⁹¹⁹ et à cet égard, de proposer une classification des entreprises susceptibles d'appliquer le concept de sobriété au regard de leur forme juridique ou de leurs engagements volontaires (I). Constatant que la définition de la sobriété telle que dégagée à partir des textes envisagés peut apparaître restreinte à une dimension matérielle, réduite à la question de « l'avoir » ou du « faire », il s'agit de concevoir une définition large de la sobriété. C'est-à-dire une sobriété conforme à l'exigence de transition écologique perçue comme une véritable ontologie de « l'être » au sens comportemental. Il s'agit donc d'ajouter à la sobriété matérialiste, une dimension morale à travers l'hypothèse d'un comportement sobre. Ce dernier peut se concevoir dans la dynamique d'un mouvement de retour au droit, comme un nouveau standard juridique émergent, permettant d'apprécier la responsabilité d'une entreprise par son comportement sobre (II).

I. La sobriété et son appréhension en droit français

614. La sobriété peut apparaître comme relevant uniquement de la philosophie, or elle est aux fondements même du droit. Sa fonction de modération des comportements est même un fondement de la démocratie lorsqu'elle est assimilée à sa forme la plus vertueuse, la frugalité voire par extension, la fraternité. Aussi, si les humains doivent modérer leur comportement entre eux, il convient également de le faire en « harmonie avec la nature »¹⁹²⁰ (A). Aujourd'hui, la sobriété se voit nouvellement intégrée dans le droit puisque le législateur français y multiplie les références terminologiques en droit positif. Essentiellement motivées par la mise en œuvre de la transition écologique, les dispositions relatives à la sobriété peuvent être rangées dans deux catégories, une sobriété quantitative et une sobriété qualitative (B). Les entreprises peuvent par ailleurs intégrer la sobriété par leur forme juridique ou par des engagements volontaires (C).

¹⁹¹⁹ Dont les principaux concernés sont les entreprises, plus importantes consommatrices de ressources naturelles ou génératrices de nuisances et de pollutions (air, eau, sol, êtres vivants, etc.).

¹⁹²⁰ Nations-Unies, Assemblée générale, *Harmonie avec la nature. Rapport du Secrétaire général*, 68^{ème} session, 15 août 2013, A/68/325, 19 p.

A. Un concept ancien en voie de renouvellement

615. L'idée de sobriété est un concept ancien car elle apparaît dès l'Antiquité où il était question chez les grecs de tempérance (*sophrosyne*) par opposition à l'*hubris*, c'est-à-dire la *démésure*, le comportement excessif considéré comme un vice, une faute morale. Cette tempérance appartenait aux quatre vertus considérées comme cardinales dans l'action humaine avec la prudence ou la sagesse, la force d'âme ou le courage et la justice. Ainsi, l'adage grec *-pan metron-* appelle à « de la mesure en tout ». Il existait ainsi à Athènes des magistrats, des inspecteurs qui contrôlaient les poids et les mesures et veillaient ainsi aux intérêts matériels de la cité¹⁹²¹, l'ordre harmonieux. Chez les Romains on retrouve la même idée de tempérance à travers celle de modération avec la maxime *Aut facio hoc moderate, et possum, aut facio hoc immoderate, et non possum*, c'est-à-dire, « ou je le fais avec modération, et alors je le peux, ou je le fais d'une manière immodérée, et alors je ne le peux pas ». La sobriété était également perçue à travers la santé et l'adage latin *medicorum nutrix est intemperantia* attribué à Publius Syrus indique que l'intempérance est la nourrice de la médecine. De la même façon, l'italien Luigi Cornaro écrivait en 1558: « L'individu né avec une constitution défectueuse, s'il appelle à son secours la raison et la sobriété, peut vivre de longues années bien portant. »¹⁹²².

616. La sobriété est également présente dans la religion chrétienne qui fut marquée par la querelle des indulgences, un commerce lucratif pour l'Eglise qui promettait la réduction d'années de purgatoire en échange de sommes d'argent, une pratique dénoncée par Martin Luther dans ses « 95 thèses » en 1517¹⁹²³, qui fut pour partie la cause de la Réforme protestante au début du XVIème siècle¹⁹²⁴ et poursuivi ensuite par le calvinisme, qui mirent en exergue l'importance de l'ascétisme dans la vie quotidienne¹⁹²⁵. La sobriété peut d'ailleurs trouver sa traduction allemande à travers le terme *Suffizienz*¹⁹²⁶. La vision anthropocentrique de la religion chrétienne a plus récemment été combattue par Lynn

¹⁹²¹ FUSTEL DE COULANGES Numa-Denys, *La cité antique*, (1864) Hachette, Paris, [édition numérique en ligne <http://dx.doi.org/doi:10.1522/24754884> , consulté le 11 mai 2018], p.430.

¹⁹²² CORNARO Luigi, De la sobriété, *Conseils pour vivre plus longtemps*, 1558, Million Jérôme éditions, juin 2014, 176 p.

¹⁹²³ LUTHER Martin, *Disputatio pro declaratione virtutis indulgentiarum*, Wittenberg, 1517, en ligne <https://www.luther2017.de/fr/martin-luther/textes-sources/les-95-theses/> consulté le 11 mai 2018. On retiendra surtout les thèses suivantes : « 27. Ils prêchent des inventions humaines, ceux qui prétendent qu'aussitôt que l'argent résonne dans leur caisse, l'âme s'envole du Purgatoire. 28. Ce qui est certain, c'est qu'aussitôt que l'argent résonne, l'avarice et la rapacité grandissent. Quant au suffrage de l'Eglise, il dépend uniquement de la bonne volonté de Dieu. 45. Il faut enseigner aux chrétiens que celui qui voyant son prochain dans l'indigence, le délaisse pour acheter des indulgences, ne s'achète pas l'indulgence du Pape mais l'indignation de Dieu. 46. Il faut enseigner aux chrétiens qu'à moins d'avoir des richesses superflues, leur devoir est d'appliquer ce qu'ils ont aux besoins de leur maison plutôt que de le prodiguer à l'achat des indulgences. 47. Il faut enseigner aux chrétiens que l'achat des indulgences est une chose libre, non commandée. 48. Il faut enseigner aux chrétiens que le Pape ayant plus besoin de prières que d'argent demande, en distribuant ses indulgences plutôt de ferventes prières que de l'argent. 56. Les trésors de l'Eglise, d'où le Pape tire ses indulgences, ne sont ni suffisamment définis, ni assez connus du peuple chrétien. 57. Ces trésors ne sont certes pas des biens temporels ; car loin de distribuer des biens temporels, les prédicateurs des indulgences en amassent plutôt. »

¹⁹²⁴ L'Eglise accordait des indulgences, c'est-à-dire des rémissions de peines attachées à des péchés en échange d'argent. V. Académie Française, Dictionnaire, 9^{ème} éd., indulgences : « La querelle des indulgences, combat que mena Luther contre l'Eglise romaine, qui accordait des indulgences en échange d'argent. »

¹⁹²⁵ V. également nos développements précédents sur Saint François d'Assise et l'encyclique du Pape François

¹⁹²⁶ Ainsi que l'a montré WEYRICH Julie, *Les outils pour une gestion sobre de la société anonyme selon une approche franco-allemande*, Mémoire de recherche, M2 Droit de l'environnement, Strasbourg, 2019, 106 p.

White qui a pu relever l'existence d'une vision alternative développée par Saint-François d'Assise. Ce dernier forgea ; « une croyance dans les vertus de l'humilité – non seulement pour les individus mais aussi pour l'Homme en tant qu'espèce. François d'Assise essaya de débarrasser l'Homme de sa domination sur la Création et d'établir une démocratie entre toutes les créatures divines (...). De substituer l'idée d'un Homme crée sans limites pour celle d'égalité entre toutes les créatures »¹⁹²⁷. On notera l'adhésion aux idées de François d'Assise par le Pape François dans son encyclique *Laudato Si'* sur la sauvegarde de la maison commune. Le Pape y reprend explicitement Saint François d'Assise : « si nous nous sentons intimement unis à tout ce qui existe, la sobriété¹⁹²⁸ et le souci de protection jailliront spontanément. La pauvreté et l'austérité de saint François n'étaient pas un ascétisme purement extérieur, mais quelque chose de plus radical : un renoncement à transformer la réalité en pur objet d'usage et de domination »¹⁹²⁹. Répondant aux critiques sur l'interprétation qui put être faite des écritures, le Pape François affirme que s'il a été dit que la Genèse invite à « dominer » la Terre, favorisant ainsi l'exploitation sauvage de la nature et présentant l'être humain comme dominateur et destructeur, il s'agit de retenir une « relation de réciprocité responsable entre l'être humain et la nature. Chaque communauté peut prélever de la bonté de la terre ce qui lui est nécessaire pour survivre, mais elle a aussi le devoir de la sauvegarder et de garantir la continuité de sa fertilité pour les générations futures »¹⁹³⁰. La religion chrétienne a donc aujourd'hui pleinement adopté le discours d'une nécessaire sobriété des comportements avec l'intéressante formule de « réciprocité responsable » qui renvoie à l'idée que les hommes ont autant de droits que de devoirs relatifs à l'environnement.

617. Au temps des Lumières et de la Révolution française, c'est le terme proche, de frugalité, qui est perçu en matière politique comme un moyen de garantir la démocratie. Dans *l'Esprit des lois*, Montesquieu affirme que l'égalité et la frugalité sont indissociables en démocratie¹⁹³¹ :

« L'amour de la république, dans une démocratie, est celui de la démocratie; l'amour de la démocratie est celui de l'égalité. L'amour de la démocratie est encore l'amour de la frugalité. Chacun devant y avoir le même bonheur et les mêmes avantages, y doit goûter les mêmes plaisirs, et former les mêmes espérances; choses qu'on ne peut attendre que de la frugalité générale. (...) Il

¹⁹²⁷ WHITE Lynn Townsend, « The Historical Roots of Our Ecological Crisis », *Science*, vol. 155, n°3767, 10 mars 1967, p.1203-1207 : The key to an understanding of Francis is his belief in the virtue of humility--not merely for the individual but for man as a species. Francis tried to depose man from his monarchy over creation and set up a democracy of all God's creatures. (...) Saint Francis, proposed what he thought was an alternative Christian view of nature and man's relation to it; he tried to substitute the idea of the equality of all creatures, including man, for the idea of man's limitless rule of creation.»

¹⁹²⁸ Nous soulignons.

¹⁹²⁹ Pape François, Lettre encyclique *Laudato Si'* du Saint-Père François sur la sauvegarde de la maison commune, Rome, 24 mai 2015, point 11.

¹⁹³⁰ *Ibid.*, points 65- 67.

¹⁹³¹ MONTESQUIEU Charles de Secondat, *De l'Esprit des lois*, (1758), Gallimard, 1995 [en ligne http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_1/esprit_des_lois_Livre_1.pdf , consulté le 11 mai 2018], vol. 1, Livre V chapitre VI - « Comment les lois doivent entretenir la frugalité dans la démocratie », pp. 64-69

ne suffit pas, dans une bonne démocratie, que les portions de terre soient égales ; il faut qu'elles soient petites comme chez les Romains. « À Dieu ne plaise, disait Curius à ses soldats, qu'un citoyen estime peu de terre, ce qui est suffisant pour nourrir un homme »¹⁹³². Comme l'égalité des fortunes entretient la frugalité, la frugalité maintient l'égalité des fortunes. Ces choses, quoique différentes, sont telles, qu'elles ne peuvent subsister l'une sans l'autre ; chacune d'elles est la cause et l'effet ; si l'une se retire de la démocratie, l'autre la suit toujours. »¹⁹³³.

618. Par ailleurs, Montesquieu estime que ce n'est pas « l'esprit de commerce » lui-même qui peut entraîner les désordres de l'inégalité, mais c'est l'excès de richesses qui détruit cet esprit de commerce. Pour y faire face, l'auteur indique que :

« Pour maintenir l'esprit de commerce, il faut que les principaux citoyens le fassent eux-mêmes; que cet esprit règne seul, et ne soit point croisé par un autre; que toutes les lois le favorisent; que ces mêmes lois, par leurs dispositions, divisant les fortunes à mesure que le commerce les grossit, mettent chaque citoyen pauvre dans une assez grande aisance, pour pouvoir travailler comme les autres; et chaque citoyen riche dans une telle médiocrité, qu'il ait besoin de son travail pour conserver ou pour acquérir. »¹⁹³⁴.

619. Le professeur Alain Supiot résume les développements de Montesquieu en trois propositions essentielles: il n'est pas de démocratie durable sans égalité et modestie des conditions ; l'esprit de commerce est compatible avec la frugalité tant qu'il n'est pas détruit par l'excès de richesse ; pour éviter ces excès, les lois doivent diviser les fortunes à mesure que le commerce les grossit en sorte que chacun doive travailler pour vivre¹⁹³⁵. Le professeur Supiot expose que la frugalité est déjà présente chez Rousseau dans son *Projet de constitution pour la Corse* (1765) : « où Rousseau projette l'idéal d'un pays peuplé de petits propriétaires, possédant chacun de quoi faire vivre leur famille dans une honnête aisance »¹⁹³⁶. Il voit encore chez les pères de la démocratie américaine, notamment Jefferson, le partage des vues de Rousseau avec l'idée d'une démocratie avec une économie rurale, faite d'une vie frugale de paysans indépendants. Cette économie

¹⁹³² Montesquieu illustre son propos en se référant aux soldats romains qui demandaient une plus grande portion de la terre conquise qu'il n'était suffisant pour nourrir un homme (Plutarque, *oeuvres morales, vie des anciens rois et capitaines*, cité par Montesquieu).

¹⁹³³ MONTESQUIEU Charles de Secondat, *De l'Esprit des lois*, (1758), préc., vol. 1, Livre V chapitre III – Ce que c'est l'amour de la république dans la démocratie, p.64

¹⁹³⁴ *Ibid.*, p.69

¹⁹³⁵ SUPIOT Alain, « Etat, entreprise et démocratie », in MUSSO Pierre (dir.), *L'entreprise contre l'Etat ?*, ed° Manucius, Institut d'Etudes Avancées de Nantes, 2017, 214 p., pp.16-17

¹⁹³⁶ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Projet de constitution pour la Corse* (1765), in *Oeuvres complètes*, Paris, Gallimard, La Pléiade, t.3, 1970, p. 933 cité par SUPIOT Alain, « Etat, entreprise et démocratie », in MUSSO Pierre (dir.), *L'entreprise contre l'Etat ?*, ed° Manucius, Institut d'Etudes Avancées de Nantes, 2017, 214 p., pp.16-17

permettant de former de véritables citoyens, « aptes au *self-government*, c'est-à-dire à une autonomie faite de liberté, de responsabilité et de respect du bien public »¹⁹³⁷.

620. Aux temps de la Révolution française, on notera qu'il était plus exact d'employer le terme de frugalité plutôt que celui de sobriété. En effet, un député prononçant un discours sur la frugalité en 1795 au Temple National de Bruxelles, distingua les termes de sobriété et de frugalité. Il indiquait que la frugalité désigne la modération par préoccupation d'autrui, par désintéressement, alors que la sobriété désigne la modération par souci personnel, voire par avarisme :

« Le vulgaire la confond ordinairement avec la sobriété, et ce sont cependant deux qualités bien différentes : la frugalité est nécessairement une vertu, mais il n'est rien moins que frugal. L'homme sobre vit de peu, soit par tempérament, soit par avarice : l'homme frugal vit de peu, parce que les mœurs pures lui sont chères, et que son superflu est pour sa patrie et pour l'humanité souffrante. L'homme sobre ne songe qu'à lui ou à sa famille dans la modicité de sa dépense, tandis que le citoyen frugal ne voit dans les privations auxquelles il se soumet, que le bien qui doit en résulter pour son pays ou pour les infortunés ; et il forme un contraste aussi parfait avec le prodigue qu'avec l'avare. »¹⁹³⁸

621. Avec la Révolution industrielle et le développement du capitalisme, l'on observera un basculement – sans précédent dans l'histoire – vers une accumulation de biens de manière démesurée. Puis, à partir des Trente glorieuses¹⁹³⁹, apparaissent les premières contestations d'un système basé sur un modèle de croissance exponentielle et aux conséquences néfastes. Suite aux événements de Mai 1968 et aux mobilisations d'une partie de la Société française qui s'en sont suivies, un groupe de réflexion de l'association Club de Rome publiera un rapport en 1972 intitulé : « Halte à la croissance » qui s'interroge sur les limites d'une croissance infinie dans un monde fini¹⁹⁴⁰. En 1987, le rapport Brundtland met en avant la notion de « développement durable » qui sera ensuite reprise par le Sommet de Rio de 1992 et comprise comme un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs. Le rapport *Harmonie avec la nature* du secrétaire général de l'ONU du 15 août 2013 émet encore l'idée de la nécessité de construire un nouveau paradigme : « il importe de

¹⁹³⁷ SUPIOT Alain, « Etat, entreprise et démocratie », in MUSSO Pierre (dir.), *L'entreprise contre l'Etat ?*, Ed° Manucius, Institut d'Etudes Avancées de Nantes, 2017, 214 p., p.17. Dans le sens d'une réappropriation du travail au niveau territorial à rapprocher avec les travaux des sociologues BERREBI-HOFFMANN Isabelle, LALLEMENT Michel, BUREAU Marie-Chistine, *Makers. Enquête sur les laboratoires du changement social*, Seuil, 2018, 352 p.

¹⁹³⁸ OUTREPONT Charles-Lambert d', *Discours sur la frugalité, prononcé au temple national de Bruxelles*, le 10 ventôse de l'an troisième., Ed. impr. De G. Huyghe, 1795, [en ligne, <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k62255364>], consulté le 16 mai 2018].

¹⁹³⁹ Expression de l'économiste FOURASTIÉ Jean, *Les Trente Glorieuses : ou La révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, Pluriel, 2011 (première publication Fayard, 1979, 306 p.) pour désigner des années de croissance et de prospérité sans précédent en France de 1946 jusqu'au choc pétrolier de 1974.

¹⁹⁴⁰ DELAUNAY Janine, *Halte à la croissance ? Enquête sur le Club de Rome et Rapport sur les limites de la croissance par MEADOWS Donella H., MEADOWS Dennis L., RANDERS Jorgens, BEHRENS III William W du Massachusetts Institute of Technology*, trad. de l'anglais par DELAUNAY Jacques, Paris, Fayard, coll. Ecologie, 1972, 314 p.

redéfinir les besoins de l'humanité et de reconnaître qu'il faut dépasser la poursuite non viable d'une augmentation toujours plus intense de la croissance économique, sans souci du développement social et de la nature. Etre en harmonie avec la nature signifie ne pas supposer qu'on dispose de ressources ou de moyens illimités »¹⁹⁴¹. Le rapport indique encore que reconnaître les limites de la nature suppose des limites imposées à la Société¹⁹⁴². C'est donc bien l'idée de sobriété, par l'idée de limites, qui sous-tend ces différents constats qu'il est possible de déceler dans le droit positif français.

B. L'existence du concept de sobriété en droit positif français

622. En droit français, la Charte de l'environnement adossée à la Constitution française du 4 octobre 1958 depuis 2005, indique dans son préambule : « Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ». Il y a donc dans les termes « d'exploitation excessive » l'idée de démesure et d'un nécessaire retour à une sobriété afin d'assurer un développement durable. De la même manière, l'article 191 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) indique que la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement contribue notamment à la poursuite de l'objectif « d'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles ». Plus encore, la Convention européenne des droits de l'homme mesure et prohibe l'excès – c'est-à-dire « le comportement qui peut être regardé dans une certaine mesure déterminé comme conventionnel, mais qui, mis en œuvre au-delà, devient déraisonnable et à ce titre excessif »¹⁹⁴³. Selon Grégory Houillon, cette mesure de l'excès s'effectue à travers le standard, notamment en employant des formulations telles que : « absolue nécessité du recours à la force » (art. 2 § 2), « restrictions légitimes » (art.11§2), « dans la stricte mesure où la situation l'exige », etc.¹⁹⁴⁴. Comme l'observe l'auteur, c'est d'ailleurs « au regard de l'admission du principe de précaution que le dynamisme interprétatif de la Cour semble aujourd'hui le plus prometteur »¹⁹⁴⁵.

623. Même si le terme de sobriété n'est pas toujours exactement celui employé, l'idée de sobriété est présente dans différents textes. Dans tous les cas, il y a lieu d'observer que le développement durable inscrit dans la Charte de l'environnement – et son nouvel axiome par l'exigence de transition écologique –, passe par le concept de sobriété. Dès lors, il y

¹⁹⁴¹ Nations-Unies, Assemblée générale, *Harmonie avec la nature. Rapport du Secrétaire général*, 68^{ème} session, 15 août 2013, A/68/325, 19 p., spéc. 60.

¹⁹⁴² *Ibid.* spéc.72.

¹⁹⁴³ V° HOUILLON Grégory, « Les standard prohibitifs de l'excès dans la Convention européenne des droits de l'homme », in MBONGO Pascal (dir.), *L'excès, l'hypermodernité, entre droit et politique*, Mare & Martin, coll. Droit et science politique, 2012, 337 p., p.105.

¹⁹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁹⁴⁵ HOUILLON Grégory, préc., p.132, en référence à CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c. Espagne*, req. n° 1698/90, §51 ; et CEDH, 30 mars 2010, *Băcilă c. Roumanie*, req. n°19234/04, § 4 et 5 ; CEDH, 27 janvier 2009, *Tàtar c. Roumanie*, req. n° 67021/01, § 111

lieu d'identifier comment il s'inscrit concrètement dans notre droit. En d'autres termes, quels sont les éléments et textes de droit positif qui traduisent le concept de sobriété ? Outre la Charte de l'environnement qui fixe un objectif de développement durable, la présence en droit français du concept de sobriété peut trouver un point d'ancrage dans le droit de l'UE qui prévoit dans son article 191, 1° du TFUE au titre des politiques de l'Union en matière d'environnement, un objectif « d'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles »¹⁹⁴⁶. Dans le même sens, l'article L110-1-1 du code de l'environnement relatif à l'économie circulaire vise à une « consommation sobre et responsable des ressources naturelles ». De manière plus générale, l'article L110-1-2 prévoit que les dispositions dudit code ont pour objet « en priorité, de prévenir l'utilisation des ressources, puis de promouvoir une consommation sobre et responsable des ressources ». Il est alors possible à partir de ces dispositions de distinguer deux types de sobriété. D'une part, une sobriété quantitative¹⁹⁴⁷, le « moins » ou l'utilisation « prudente » des ressources naturelles - (1), et d'autre part, une sobriété qualitative¹⁹⁴⁸ par le « mieux » ou l'utilisation « rationnelle » des ressources naturelles (2). Il y aura toutefois lieu d'observer que la sobriété ne devrait pas se limiter pas à une définition étroite restreinte aux ressources naturelles, elle peut aussi toucher l'utilisation de technologies nouvelles pouvant affecter la santé humaine, le vivant ou l'environnement. Aussi, s'il s'agit d'aller plus avant dans une sobriété en phase avec le changement de paradigme, ces deux types de sobriété existent dans plusieurs branches du droit et différents secteurs tels que celui de l'énergie, de la santé, des télécommunications, de la consommation et de l'alimentation ou encore de la commande publique et s'appliquent, selon les domaines concernés, aussi bien à l'Etat, aux collectivités territoriales et aux établissements publics qu'aux entreprises.

1. La sobriété quantitative

624. L'objectif « d'utilisation prudente » appelle à une limitation quantitative tant des ressources employées ou prélevées que des émissions subséquentes aux activités de production de biens et services, dans l'eau, l'air, le sol et pouvant affecter les êtres vivants. Plusieurs domaines sont d'ores et déjà concernés par cet objectif, l'énergie (a), les déchets (b), les télécommunications (c), la lutte contre le gaspillage (d) ou encore l'urbanisme (e).

a. La sobriété énergétique

¹⁹⁴⁶ « Art. 191 - 1. La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement contribue à la poursuite des objectifs suivants : - la préservation, la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement, - la protection de la santé des personnes, - l'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles, - la promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique. »

¹⁹⁴⁷ Par opposition à « l'excès quantitatif », selon RENAUDIE Olivier, « L'excès administratif : une perspective française », in MBONGO Pascal (dir.), *L'excès, l'hypermodernité, entre droit et politique*, Mare & Martin, coll. Droit et science politique, 2012, 337p., p.315, qui « renvoie à une trop grande quantité, c'est-à-dire à ce qui dépasse la mesure moyenne ou les limites ordinaires. »

¹⁹⁴⁸ *Ibid*, p. 330, par opposition à « excès qualitatif » qui : « ne renvoie pas à une trop grande quantité mais à un acte ou un comportement qui apparaît décalé au regard des circonstances. A la différence de l'excès quantitatif qui se mesure à l'aune d'un chiffre étalon, l'excès qualitatif est fonction d'un comportement idéal », en l'occurrence agir sobrement.

625. La sobriété peut se traduire par la réduction de la consommation énergétique. La loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte (ci-après LTECV) a ainsi modifié le code de l'énergie qui dispose désormais dans son article L100-1-1° que :

« La politique énergétique : 1° Favorise l'émergence d'une économie compétitive et riche en emplois grâce à la mobilisation de toutes les filières industrielles, notamment celles de la croissance verte qui se définit comme un mode de développement économique respectueux de l'environnement, à la fois sobre et efficace en énergie et en consommation de ressources et de carbone, socialement inclusif, soutenant le potentiel d'innovation et garant de la compétitivité des entreprises »

626. Pour l'application de cet article, il est ainsi demandé à l'Etat et aux collectivités territoriales de mobiliser les entreprises, les associations et les citoyens pour favoriser la *sobriété énergétique*, c'est-à-dire réduire le besoin en énergie notamment à travers une amélioration de l'efficacité énergétique ou encore par des substitutions d'usages. Dans le sens d'une réduction des besoins en énergie, il existe par exemple un classement énergétique des produits, permettant de choisir ceux consommant moins d'énergie. C'est le cas dans le domaine des biens immobiliers proposés à la vente ou à la location avec le diagnostic de performance énergétique¹⁹⁴⁹, ou encore dans le domaine publicitaire pour certaines publicités qui présentent des produits soumis à l'étiquetage énergétique européen¹⁹⁵⁰ tels que les ampoules, les appareils électroménagers comme les lave-linges, les lave-vaisselles, ou encore les réfrigérateurs. A noter que cet étiquetage a poussé les fabricants de tels produits, à produire des appareils à faible consommation énergétique en raison de l'information désormais donnée au consommateur, lui offrant par ce biais, la possibilité d'être plus attentif à ces critères d'économie énergétique lors d'un achat. Cette législation a ainsi permis une baisse effective de la consommation énergétique de ces appareils pour la plupart électro-ménagers mais leur nombre croissant dans les foyers entraîne malgré tout une hausse de la consommation totale d'électricité¹⁹⁵¹. La diminution quantitative de la consommation de chaque appareil ne permet donc pas nécessairement de lutter contre la hausse générale de la consommation énergétique due à l'équipement croissant des foyers.

b. Les déchets et la réduction d'emballages

¹⁹⁴⁹ V. par exemple l'obligation d'indiquer la classe énergétique d'un bien immobilier lors de sa mise en vente ou de sa location, art. L126-23 du code de la construction et de l'habitat.

¹⁹⁵⁰ Art. L 122-11 du code de la consommation crée par ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 : « Lorsque des publicités, quel que soit leur support, présentent des produits soumis à l'étiquetage énergétique européen en indiquant leur prix de vente, elles comportent la mention de la classe énergétique de ces produits de façon aussi visible, lisible et intelligible que l'indication de leur prix de vente.» ; Directive 2010/30/UE du 19 mai 2010 concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et en autres ressources des produits liés à l'énergie. A noter que la Directive 2010/30/UE a été remplacée par un Règlement (UE) 2017/1369 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2017 établissant un cadre pour l'étiquetage énergétique et abrogeant la directive 2010/30/UE, dans le but de donner une meilleure lisibilité à l'étiquetage énergétique, abandonnant les distinctions A+ A++ et A+++ pour une classement énergie plus simple de A à G.

¹⁹⁵¹ <http://www.developpement-durable.gouv.fr/Etiquetage-energetique-des.html>, consulté le 5 décembre 2016, lien brisé au 26 avril 2019.

627. Dans le sens d'une politique énergétique sobre en consommation de ressources, la loi du 17 août 2015 dite « LTECV » a renforcé la priorité donnée à la prévention de la production de déchets qui consiste à réduire la quantité et la nocivité des déchets produits en intervenant à la fois sur les modes de production et de consommation¹⁹⁵². Aussi, le ministère de l'environnement indique que les entreprises ont un rôle essentiel à jouer en matière de prévention – quantitative et qualitative- des déchets issus à la fois de leurs activités économiques et de leurs produits en fin de vie¹⁹⁵³. Dans le cadre de la Responsabilité Élargie des Producteurs (REP)¹⁹⁵⁴ le législateur a ainsi adopté un arrêté du 29 novembre 2016 relatif à la procédure d'agrément et portant cahier des charges des éco-organismes de la filière des déchets d'emballages ménagers¹⁹⁵⁵. Ce cahier des charges permet ainsi de lutter contre le *suremballage* en imposant au producteur de déchet une contribution au poids par matériau et par « Unité de Vente Consommateur (UVC) », c'est-à-dire une unité de produit conditionnée qu'un consommateur peut acheter séparément des autres¹⁹⁵⁶. Étant précisé que pour les boissons, l'UVC est par exemple la bouteille, la canette ou la brique, qu'elle soit achetée à l'unité ou en lot¹⁹⁵⁷. Cette contribution peut être modulée par majoration (malus) par exemple quand un « emballage perturbateur » est utilisé ou bien par diminution du montant de la contribution (bonus) selon le type d'emballage utilisé ou par réduction à la source, notamment lorsqu'il est issu du recyclage ou par la plus grande concentration du produit comme les lessives vendues dans des bidons de taille réduite¹⁹⁵⁸. Il a rapidement été projeté de durcir ce dispositif législatif en tenant compte du « nombre d'unités d'emballages au sein de l'UVC » afin de lutter contre la multiplicité d'unité d'emballage, par exemple au sein d'un paquet de biscuits eux-mêmes emballés individuellement¹⁹⁵⁹. En ce sens un arrêté est venu majorer la multiplicité

¹⁹⁵² Art. L 541-1 et L541-1-1 du code de l'environnement.

¹⁹⁵³ <http://www.developpement-durable.gouv.fr/prevention-des-dechets>, consulté le 6 avril 2017, lien brisé eu 26 avril 2019.

¹⁹⁵⁴ Art. L 541-1-I-3° et L541-10-II du code de l'environnement.

¹⁹⁵⁵ Arrêté du 29 novembre 2016 relatif à la procédure d'agrément et portant cahier des charges des éco-organismes de la filière des déchets d'emballages ménagers en application des articles L. 541-10 et R. 543-53 à R. 543-65 du code de l'environnement, JORF n° 0280 du 02 décembre 2016. Modifié par un arrêté du 13 avril 2017 portant modification du cahier des charges des éco-organismes de la filière des déchets d'emballages ménagers, JORF n°0095 du 22 avril 2017. V. aussi pour un aperçu complet l'avis relatif à l'éco-modulation applicable au tarif de contribution 2018 pour la filière REP des emballages ménagers, JORF n°0158 du 7 juillet 2017 texte n°86.

¹⁹⁵⁶ *Ibid*, cahier des charges, annexe 1, v. unité de vente consommateur : « Unité de Vente consommateur » (UVC) : unité de produit conditionné qu'un consommateur peut acheter séparément des autres. Pour l'application du présent cahier des charges, les emballages de colisage et d'économat correspondent chacun à une unité indépendante et équivalente à une UVC. L'UVC peut être composée de différents éléments de différents matériaux. ».

¹⁹⁵⁷ V° l'avis relatif à l'éco-modulation applicable au tarif de contribution 2018 pour la filière REP des emballages ménagers, JORF n°0158 du 7 juillet 2017 texte n°86, point 7.5.

¹⁹⁵⁸ *Ibid*, annexe VII - Modulation des contributions en l'absence de mise en place d'un nouveau jeu de critères, spéc. 2/ : « Une majoration de 100 % de la contribution au poids au titre du plastique est appliquée aux emballages en PET opaque, tant que des solutions spécifiques de recyclage du PET opaque ne sont pas mises en œuvre. Si des solutions spécifiques ont été mises en place, le ministère chargé de l'environnement peut notifier au titulaire que cette majoration ne s'applique plus. ».

¹⁹⁵⁹ COLLET Philippe, « REP emballage : vers une réintroduction d'une disposition contre le suremballage », Actuenvironnement.com, 05 avril 2017, <https://www.actu-environnement.com/ae/news/suremballages-dechets-cahier-charges-contirbution-producteurs-28774.php4>, consulté le 26 avril 2019.

d'unités d'emballage présentes dans une UVC¹⁹⁶⁰ Il était encore envisagé d'appliquer une majoration de la contribution d'un malus de 100%, les bouteilles composées de PET (polyéthylène téréphtalate) opaque dont la solution de recyclage fait défaut¹⁹⁶¹, chose faite depuis le même arrêté en date du 13 avril 2017 au titre de la majoration de la contribution pour les « emballages perturbateurs »¹⁹⁶². Il s'agit par exemple des bouteilles de lait en PET opaque, qui ne sont pas recyclables ou très difficilement, en raison des produits opacifiant ajoutés, principalement de l'oxyde de titane¹⁹⁶³. A noter enfin que le législateur européen a adopté une proposition de directive européenne relative à la réduction de l'incidence sur l'environnement de certains produits en plastiques à usage unique, qui représentent notamment plus de la moitié des déchets marins retrouvés sur les plages européennes (coton-tiges, gobelets, couverts, ballons)¹⁹⁶⁴.

c. Les télécommunications et la limitation des ondes

628. La sobriété n'est pas seulement appliquée aux prélèvements et à la consommation de ressources naturelles. En effet, l'absence de prélèvements de ressources naturelles ne signifie pas nécessairement que l'activité échappe à l'application d'un concept de sobriété puisqu'une activité peut également être une source de nuisance et de pollution, scientifiquement avérée ou simplement hypothétique. Pour illustration, la sobriété est appliquée au secteur des télécommunications dans lequel il est poursuivi un objectif de réduction de l'exposition des populations aux ondes en raison des incertitudes scientifiques qui demeurent quant à leur possible nocivité. Aussi, le législateur a encadré le secteur des télécommunications sans fil en fixant un objectif de sobriété de l'exposition

¹⁹⁶⁰ Arrêté du 13 avril 2017 portant modification du cahier des charges des éco-organismes de la filière des déchets d'emballages ménagers (modifiant le cahier des charges annexé à l'arrêté du 29 nov.2016 préc.), JORF n°0095 du 22 aril 2017, Annexe VII, 3 bis : « Majoration pour la multiplicité d'unités d'emballage présentes dans une UVC. Une majoration de la contribution de l'unité de vente consommateur concernée (la majoration porte uniquement sur la partie de la contribution liée à l'UVC et pas celle liée à la masse des différents matériaux constitutifs) est appliquée aux emballages en fonction du nombre d'unités d'emballages qu'elle contient, en ajoutant à la contribution initiale liée à l'UVC : « – un montant égal à 80 % de la contribution initiale liée à l'UVC pour chaque unité d'emballage présente dans l'UVC à partir de la deuxième unité d'emballage et jusqu'à la cinquième unité d'emballages ; « – auquel s'ajoute un montant égal à 60 % de la contribution initiale liée à l'UVC pour chaque unité d'emballage présente dans l'UVC à partir de la sixième unité d'emballage et jusqu'à la dixième unité d'emballages ; « – auquel s'ajoute un montant égal à 40 % de la contribution initiale liée à l'UVC pour chaque unité d'emballage présente dans l'UVC à partir de la onzième unité d'emballages ; ».

¹⁹⁶¹ COLLET Philippe, « Emballages : le ministère de l'environnement veut appliquer un malus de 100 % au PET opaque », Actuenvironnement.com, 05 avril 2017, en ligne, <https://www.actu-environnement.com/ae/news/emballages-malus-pet-opaque-28775.php4> consulté le 26 avril 2019.

¹⁹⁶² Arrêté du 13 avril 2017 portant modification du cahier des charges des éco-organismes de la filière des déchets d'emballages ménagers (modifiant le cahier des charges annexé à l'arrêté du 29 nov.2016 préc.), JORF n°0095 du 22 aril 2017, Annexe VII, 2/ Majoration pour emballages perturbateurs : « « Une majoration de 100 % de la contribution au poids au titre du plastique est appliquée aux emballages en PET opaque, tant que des solutions spécifiques de recyclage du PET opaque ne sont pas mises en œuvre. Si des solutions spécifiques ont été mises en place, le ministère chargé de l'environnement peut notifier au titulaire que cette majoration ne s'applique plus. ».

¹⁹⁶³ V° Association Zero Waste France, « Pet opaque – dossier complet », janvier 2017 [en ligne <https://www.zerowasteFrance.org/media/PET%20Opaque%20-%20Dossier%20complet.pdf>], consulté le 12 mai 2018] 11p. PET opaque à ne pas confondre avec le PEHD opaque qui lui est recyclable et utilisé généralement pour les bouteilles de lait issues de l'agriculture biologique.

¹⁹⁶⁴ Commission européenne, *Proposition de directive relative à l'incidence sur l'environnement de certains produits en plastiques*, COM(2018) 340 final, 18 mai 2018, texte adopté en première lecture par le Parlement européen le 27 mars 2019.

du public aux champs électromagnétiques, avec par exemple l'obligation pour les établissements proposant au public un accès *Wi-Fi* de le mentionner au moyen d'un pictogramme à l'entrée de l'établissement¹⁹⁶⁵. La loi n° 2015-136 du 9 février 2015 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques dite loi « Abeille » prévoit par ailleurs que l'Agence nationale des fréquences mette à la disposition du public des communes une carte à l'échelle communale des antennes relais existantes. L'agence est chargée par la loi de réaliser des évaluations périodiques et recherches scientifiques sur l'impact sanitaire des champs électromagnétiques¹⁹⁶⁶. Enfin, il existe encore une obligation d'information sur chaque équipement de télécommunication sans-fil de la notion de DAS¹⁹⁶⁷ et des précautions d'usages à respecter par l'utilisateur¹⁹⁶⁸. Il en résulte que la limitation des ondes est une forme de sobriété qui peut relever d'une application du principe de précaution en raison des risques incertains liés à l'exposition aux ondes¹⁹⁶⁹.

d. La lutte contre le gaspillage chimique et alimentaire

629. La sobriété quantitative, l'utilisation prudente des ressources naturelles, et l'évitement des conséquences néfastes pour l'homme et l'environnement appellent mécaniquement à lutter contre toute forme de gaspillage de façon à prévenir la production de toute forme de déchets. Le législateur prévoit ainsi la possibilité de fixer des modalités particulières pour la délivrance des médicaments afin d'éviter leur gaspillage¹⁹⁷⁰, qui permet également que ceux-ci ne se diffusent pas dans l'environnement notamment par le vecteur de l'eau. Les oestrogènes et les perturbateurs endocriniens par exemple.

¹⁹⁶⁵ L'article 184 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 (Grenelle II) tel que modifié par la loi n° 2015-136 du 9 février 2015 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques dispose qu'afin d'assurer la sobriété de l'exposition du public aux champs électromagnétiques : 1° Les notices d'utilisation des équipements terminaux radioélectriques comportent une information claire sur les indications pratiques permettant d'activer ou de désactiver l'accès sans fil à internet ; 2° Les équipements émetteurs de champs électromagnétiques d'un niveau supérieur à un seuil fixé par décret ne peuvent être installés dans un local privé à usage d'habitation sans qu'une information claire et lisible ne soit donnée aux occupants concernant l'existence d'un rayonnement et, le cas échéant, les recommandations d'usage permettant de minimiser l'exposition à celui-ci ; 3° Les établissements proposant au public un accès wifi le mentionnent clairement au moyen d'un pictogramme à l'entrée de l'établissement. V. aussi l'article L32-1-II-9° du code des postes et télécommunications électroniques : « Dans le cadre de leurs attributions respectives, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes prennent, dans des conditions objectives et transparentes, des mesures raisonnables et proportionnées en vue d'atteindre les objectifs suivants : (...) 9° La sobriété de l'exposition de la population aux champs électromagnétiques. »

¹⁹⁶⁶ Loi n° 2015-136 du 9 février 2015 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques, article 3.

¹⁹⁶⁷ Code des postes et télécommunications, art. R9.: "On entend par " débit d'absorption spécifique " de l'énergie (DAS) le débit avec lequel l'énergie produite par un équipement est absorbée par une unité de masse du tissu du corps et exprimée en watts par kilogramme (W/ kg), mesuré sur l'ensemble du corps ou sur une de ses parties".

¹⁹⁶⁸ Code des postes et télécommunications, art R20-10.

¹⁹⁶⁹ V° PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, op. cit., p. 208, spéc. 195

¹⁹⁷⁰ Code de la santé publique, art. L5123-7 : « Afin d'éviter le gaspillage des médicaments et sans porter atteinte à la liberté des prescriptions médicales, des modalités particulières peuvent être fixées par décret pour la délivrance des médicaments aux bénéficiaires d'un régime d'assurance maladie et aux bénéficiaires de l'aide sociale. »

630. Outre le domaine pharmaceutique, c'est le domaine phytopharmaceutique qui est désormais visé par la sobriété, c'est-à-dire les produits destinés à la protection des végétaux tel que les pesticides. La loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, complète l'article L254-3 du code rural et de la pêche maritime par les dispositions suivantes : « IV.-A compter du 1er janvier 2019, la formation prévue pour la délivrance ou le renouvellement des certificats mentionnés aux I et II contient des modules spécifiques relatifs à l'exigence de sobriété dans l'usage des produits phytopharmaceutiques et aux alternatives disponibles, notamment en matière de biocontrôle. ». Il faut alors relever que le terme de sobriété est explicitement employé par cette disposition, la sobriété est ainsi une exigence de modération dans l'usage des produits.

631. Lutter contre le gaspillage alimentaire fait également partie des préoccupations récentes du législateur qui a fixé pour l'Etat, ses établissements publics et les collectivités territoriales, l'obligation de mettre en place une démarche de lutte contre le gaspillage alimentaire au sein des services de restauration collective dont ils assurent la gestion¹⁹⁷¹. Dans le même sens, la loi n° 2016-138 du 11 février 2016 relative à la lutte contre le gaspillage a été adoptée¹⁹⁷². Cette loi a créé un nouvel article L514-15-4 dans le code de l'environnement selon lequel la lutte contre le gaspillage alimentaire implique de responsabiliser et de mobiliser les producteurs, les transformateurs et les distributeurs de denrées alimentaires, les consommateurs et les associations. Les actions de lutte contre le gaspillage alimentaire doivent ainsi être mises en œuvre dans l'ordre de priorité suivant : la prévention du gaspillage alimentaire ; l'utilisation des invendus propres à la consommation humaine, par le don ou la transformation ; la valorisation destinée à l'alimentation animale ; l'utilisation à des fins de composte pour l'agriculture ou la valorisation énergétique, notamment par méthanisation.

632. Pour un exemple de valorisation énergétique par méthanisation, nous pouvons citer la PME alsacienne *Agrivalor* constituée en société par actions simplifiée. Celle-ci collecte chaque année 30 000 tonnes de biodéchets dont 40% de produits agricoles (lisier, petit lait, moût de raisins, colza), ou encore des déchets de restauration (restaurants et restauration collective) et des grandes et moyennes surfaces. Elle procède à leur méthanisation et en retire une production d'énergie, obtenue sous la forme de biogaz (4 millions de mètres cubes par an), qui permet de produire de l'électricité d'une part et de la chaleur d'autre part, notamment pour le casino et le centre de balnéoludisme qui se trouvent dans le voisinage de l'entreprise. Le digestat obtenu à la fin du processus de méthanisation peut être mis sur le marché en tant que matière fertilisante pour des usages

¹⁹⁷¹ Code de l'environnement, article L541-15-3.

¹⁹⁷² JORF n°36 du 12 février 2016.

en grandes cultures et sur prairies¹⁹⁷³. Ce procédé de valorisation des déchets relève ainsi d'une application de la transition vers une économie circulaire visé à l'article L110-1-1 du code de l'environnement. Il répond également à l'exigence de sobriété énergétique en ce qu'il permet de prévenir l'utilisation d'autres ressources puisque le dispositif de méthanisation produit cinq fois plus d'énergie qu'il n'en consomme¹⁹⁷⁴. Cette installation participe ainsi de la promotion d'une « consommation sobre et responsable des ressources » prévu par l'article L110-1-2 du code de l'environnement.

Loin d'être un simple objectif, la lutte contre le gaspillage alimentaire s'accompagne d'un nouveau délit introduit dans le code de l'environnement qui punit le fait de rendre impropre à la consommation des aliments encore consommables. L'article L541-15-5 du code de l'environnement dispose que « I.- Les distributeurs du secteur alimentaire assurent la commercialisation de leurs denrées alimentaires ou leur valorisation conformément à la hiérarchie établie à l'article L. 541-15-4. Sans préjudice des règles relatives à la sécurité sanitaire des aliments, ils ne peuvent délibérément rendre leurs invendus alimentaires encore consommables impropres à la consommation ou à toute autre forme de valorisation prévue au même article L. 541-15-4. ». L'article L541-15-6-III prévoit ainsi : « un distributeur du secteur alimentaire qui rend délibérément impropres à la consommation les invendus alimentaires encore consommables, sans préjudice des dispositions réglementaires relatives à la sécurité sanitaire, est puni d'une amende de 3 750 €. Il encourt également la peine complémentaire d'affichage ou de diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du code pénal. ». Aussi, lorsqu'il existe des produits alimentaires invendus qui sont encore propres à la consommation humaine, l'article L541-15-4 prévoit leur utilisation par le don ou la transformation. Selon l'article L541-15-5, III, le don de denrées alimentaires par un distributeur dont la surface dépasse 400 m² envers une association caritative fait l'objet d'une convention qui en précise les modalités. Enfin, seules peuvent faire l'objet d'un don pour l'application de l'article L541-15-5 les denrées alimentaires qui respectent certaines prescriptions, notamment en matière de date limite de consommation ou d'étiquetage¹⁹⁷⁵. Au-delà du domaine de l'alimentation, la lutte contre le gaspillage a été renforcée par le législateur à travers la loi n°2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire¹⁹⁷⁶.

e. La consommation économe de l'espace en urbanisme

¹⁹⁷³ V. en ce sens l'arrêté du 13 juin 2017 approuvant un cahier des charges pour la mise sur le marché et l'utilisation de digestats de méthanisation agricoles en tant que matières fertilisantes, JORF 18 juin 2017, texte n° 13. Les matières premières autorisées à la méthanisation sont notamment les effluents issus d'élevages qui ne font pas l'objet de mesures de restrictions sanitaires tel que par exemple les lisiers, fumiers ou fientes, les eaux blanches de laiteries, etc.

¹⁹⁷⁴ <http://www.energievivre.info/content/centre-methanisation-agricole-a-ribeauville>

¹⁹⁷⁵ Art. D 543-306 du code de l'environnement.

¹⁹⁷⁶ La loi du 10 février 2020 ajoute à l'art. L110-1-1 relatif à l'objectif de transition vers une économie circulaire la poursuite d'une « empreinte écologique neutre dans le respect des limites planétaires » Neutralité et limite expriment ainsi l'idée de modération, de sobriété des besoins.

633. Enfin, il convient de souligner qu'en matière d'urbanisme, le code de l'urbanisme, par l'article L 101-1, fait des collectivités publiques les gestionnaires et les garantes du territoire français considéré comme le patrimoine commun de la nation¹⁹⁷⁷. Or, l'article suivant L101-2 dispose que l'action des collectivités publiques en matière d'urbanisme doit notamment se réaliser dans le respect, notamment de l'objectif de « développement urbain maîtrisé » ou encore, par une « utilisation économe des espaces naturels ». Selon l'article L141-6 du code de l'urbanisme, le document d'orientation et d'objectifs, contenu dans le Schéma de Cohérence Territoriale (SCOT) : « arrête par secteur géographique, des objectifs chiffrés de consommation économe de l'espace et de lutte contre l'étalement urbain et décrit, pour chacun d'eux, les enjeux qui lui sont propres. ».

634. Selon l'article L141-17 le document d'orientation et d'objectifs peut contenir un document d'aménagement artisanal et commercial déterminant les conditions d'implantation des équipements commerciaux qui, du fait de leur importance, sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur l'aménagement du territoire et le développement durable. Ces conditions privilégient la consommation économe de l'espace, notamment en entrée de ville, par la compacité des formes bâties, l'utilisation prioritaire des surfaces commerciales vacantes et l'optimisation des surfaces dédiées au stationnement. Les entreprises sont donc visées par les règles d'urbanisme qui leur sont applicables lorsqu'elles réalisent des centres commerciaux par exemple. Il en résulte que la consommation économe d'espaces permet que ces ressources naturelles ne soient pas affectées par l'artificialisation des sols. Au-delà d'une sobriété quantitative, il peut être envisagé une sobriété qualitative qui vise à une utilisation rationnelle des ressources naturelles et à une limitation des nuisances nées de l'activité économique.

2. La sobriété qualitative

635. Mener une activité de production de biens et services en diminuant uniquement la quantité de ressources naturelles utilisées ou la quantité de produits émis est nécessaire mais non suffisant. En effet, il est louable de diminuer le prélèvement de ressources naturelles ou d'utiliser des technologies moins émettrices de nuisances pour l'environnement, mais cela ne va pas sans envisager leur utilisation rationnelle. Plusieurs illustrations législatives peuvent être données en ce sens dans les domaines de l'alimentation (a), de la consommation avec la lutte contre l'obsolescence programmée (b) de la commande publique (c) ou encore de l'économie circulaire (d). Le plus souvent, c'est une économie de la fonctionnalité qui amène à « mieux consommer » en privilégiant l'usage plutôt que la propriété (e). Ces différentes illustrations permettent alors de proposer une définition du concept de sobriété en droit positif (f).

¹⁹⁷⁷ En matière d'eau, dans une rédaction similaire au code de l'urbanisme, l'article L210-1 du code de l'environnement dispose que « l'eau fait partie du patrimoine commun de la nation ». Son article suivant, L211-1 vise l'objectif d'une « gestion équilibrée et durable de la ressource en eau ».

a. L'ancrage territorial de l'alimentation et la publicité responsable

636. Pour ce qui concerne l'alimentation, la loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous¹⁹⁷⁸, vise à favoriser l'ancrage territorial de l'alimentation aussi désignée comme l'alimentation en circuit-court¹⁹⁷⁹. La loi crée notamment un nouvel article L230-5-1 dans le code rural et de la pêche maritime qui prévoit qu'à compter du 1^{er} janvier 2022, les repas servis dans les restaurants collectifs dont les personnes morales de droit public ont la charge incluront dans leur composition des produits relevant à 50 % de l'alimentation durable, c'est-à-dire des produits issus d'approvisionnements en circuit-court ou répondant à critères de développement durable, notamment en prenant compte les coûts imputés aux externalités environnementales liés au cycle de vie du produit, par exemple la saisonnalité des produits¹⁹⁸⁰, et une part au moins égale à 20 % de produits issus de l'agriculture biologique. La loi du 30 octobre 2018 a par ailleurs déjà prévu la possibilité d'étendre ces dispositions aux opérateurs de restauration collective du secteur privé¹⁹⁸¹.

637. En ce sens, les entreprises agricoles seront assurément incitées à modifier leur pratique si elles veulent pouvoir répondre aux exigences d'une alimentation durable à destination des restaurants collectifs de l'Etat, des établissements publics et des collectivités territoriales. Par ailleurs, il n'est pas à exclure que les restaurants collectifs de personnes morales de droit privé adoptent spontanément cette législation par des engagements volontaires, voire qu'elles soient à l'avenir concernées par une législation similaire. Enfin, il faut indiquer que cette loi fait une application de la sobriété dans le sens où, par la mise à l'écart d'une alimentation élaborée à l'aide de produits phytosanitaires, une alimentation sobre en pesticide est tout simplement meilleure pour la santé humaine – selon une étude, la consommation régulière de produits issus de l'agriculture biologique réduit de 25 % le risque de développer un cancer¹⁹⁸² – mais participe aussi de la lutte contre l'érosion de la biodiversité qui s'accroît.

¹⁹⁷⁸ Loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous

¹⁹⁷⁹ V° l'article L1, I, 9° du code rural et de la pêche maritime sur la politique en faveur de l'agriculture et de l'alimentation qui doit notamment avoir pour finalité : « 9° D'encourager l'ancrage territorial de la production, de la transformation et de la commercialisation des produits agricoles, y compris par la promotion de circuits courts, et de favoriser la diversité des produits et le développement des productions sous signes d'identification de la qualité et de l'origine ».

¹⁹⁸⁰ V° l'article L 230-5 du code rural et de la pêche maritime : « Les gestionnaires, publics et privés, des services de restauration scolaire et universitaire ainsi que des services de restauration des établissements d'accueil des enfants de moins de six ans, des établissements de santé, des établissements sociaux et médico-sociaux et des établissements pénitentiaires sont tenus de respecter des règles, déterminées par décret, relatives à la qualité nutritionnelle des repas qu'ils proposent et de privilégier, lors du choix des produits entrant dans la composition de ces repas, les produits de saison. »

¹⁹⁸¹ Loi du 30 octobre 2018, préc., art. 30 : « Le Gouvernement remet au Parlement, au plus tard le 31 décembre 2020, un rapport évaluant l'opportunité et la possibilité juridique d'une extension des règles prévues aux articles L. 230-5-1 à L. 230-5-4 du code rural et de la pêche maritime aux opérateurs de restauration collective du secteur privé autres que ceux mentionnés à l'article L. 230-5 du même code. »

¹⁹⁸² BAUDRY Julia, ASSMAN Karen E., TOUVIER Mathilde, et al., « Association of Frequency of Organic Food Consumption With Cancer Risk: Findings From the NutriNet-Santé Prospective Cohort Study », *JAMAL Internal Medicine*, octobre 2018, 178(12).

638. Également dans le domaine de l'alimentation, l'utilisation rationnelle des ressources naturelles et la lutte contre une alimentation trop riche en sucre et en graisse chez les enfants, conduit à envisager une publicité responsable socialement, notamment par la diminution d'incitations à la consommation envers des publics fragiles. En ce sens, il faut mentionner la loi n° 2016-1771 du 20 décembre 2016 relative à la suppression de la publicité commerciale dans les programmes jeunesse de la télévision publique. En effet, les enfants sont un public fragile et très perméable à la publicité, aussi, ne pas montrer d'images incitant à la consommation de tel ou tel produit permet de prévenir des problèmes de santé publique tels que l'obésité.

b. La lutte contre l'obsolescence programmée

639. S'agissant de la consommation de manière générale, le législateur a récemment adopté une législation pour lutter contre l'obsolescence programmée. En effet, la sobriété appelle à ne pas remplacer systématiquement un produit défectueux mais à le réparer et prévoir la mise disposition des pièces qui permettront de le réparer. Aussi, le fait de concevoir un produit non réparable, ce en quoi consiste l'obsolescence programmée est désormais condamné par le législateur. Celle-ci est désormais définie, interdite et réprimée par l'article L213-4-1 du code de la consommation.¹⁹⁸³ Il s'agit de l'ensemble des techniques par lesquelles un metteur sur le marché vise à « réduire délibérément la durée de vie d'un produit pour en augmenter le taux de remplacement ». De plus, il est par ailleurs prévu une obligation d'information précontractuelle du consommateur sur la période pendant laquelle seront disponibles les pièces détachées indispensables à l'utilisation du bien acheté¹⁹⁸⁴.

640. Il est néanmoins plus difficile de lutter contre l'obsolescence non programmée, soit que le metteur sur le marché n'ait pas eu d'intention de « réduire délibérément la durée de vie d'un produit pour en augmenter le taux de remplacement », selon la formulation de l'article L213-4-1 du code de la consommation. En effet l'augmentation du taux de remplacement d'un produit peut simplement être due à notre société de consommation couplée à l'innovation technologique qui rend l'objet obsolète au vu du consommateur et le pousse à son remplacement (particulièrement visible dans le domaine des nouvelles technologies). C'est encore le cas lorsque le bien ou le produit devient désuet par le design ou la mode (voitures, vêtements...), et il s'agira alors d'éduquer le consommateur à préférer des produits moins sensibles à de tels changements. Toutefois, l'emploi dans les

¹⁹⁸³ « I.-L'obsolescence programmée se définit par l'ensemble des techniques par lesquelles un metteur sur le marché vise à réduire délibérément la durée de vie d'un produit pour en augmenter le taux de remplacement. II.-L'obsolescence programmée est punie d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende. III.-Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits. »

¹⁹⁸⁴ La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation fixe une obligation d'information du consommateur sur la période pendant laquelle seront disponibles les pièces détachées indispensables à l'utilisation du bien acheté. V. l'art. L111-3 du code de la consommation.

termes de la loi de « l'ensemble des techniques visant à réduire délibérément la durée de vie d'un produit... » peut laisser la porte ouverte à des interprétations larges qui pourraient inclure le fait de renouveler trop fréquemment l'apparition d'un même type de produit sans réelle innovation mais uniquement modifié par des aspects minimes relatifs au design par exemple. Ainsi, l'ajout d'un simple trait de couleur sur le produit sans que son contenu technique ne soit modifié, peut-il constituer un délit d'obsolescence programmé ? Assurément, il y a peu de chance que cela puisse être considéré comme un délit d'obsolescence programmée, mais la discussion n'est pas nécessairement à écarter si la modification, minime une fois, tend à se répéter, si bien que l'on pourrait considérer qu'il s'agisse d'une technique dont l'objectif est de provoquer délibérément le renouvellement du produit. Pour caractériser le délit d'obsolescence programmée dans notre hypothèse, le juge pourrait se fonder sur les dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales des articles L121-1 et suivants du Code de la consommation. Plus spécifiquement, le juge peut s'appuyer sur les dispositions relatives aux pratiques commerciales trompeuses et les allégations de nature à induire le consommateur en erreur sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service¹⁹⁸⁵. En effet, le consommateur aura été incité à prendre une décision d'achat – fondée par l'allégation de nouveauté – qu'il n'aurait pas prise en d'autres circonstances¹⁹⁸⁶. Enfin, le juge pourrait renforcer sa motivation en s'inspirant de la définition du caractère « nouveau » donnée par l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) selon laquelle : « le terme nouveau et ses dérivés ne doivent être utilisés qu'en relation avec une modification réelle, soit du produit ou de son mode d'emploi, soit de sa présentation ou de son conditionnement, à condition qu'il soit bien spécifié que la nouveauté est à ce seul niveau. Il est d'usage de limiter l'utilisation de ce terme à une durée d'un an. »¹⁹⁸⁷.

c. Commande publique et caractéristiques sociales et environnementales

641. La sobriété qualitative peut encore être relevée dans un autre secteur, celui de la commande publique. Cette dernière intéresse directement les entreprises puisqu'elle représentait 10 % du PIB en 2014, soit 200 milliards d'euros¹⁹⁸⁸. La législation relative à la passation des marchés publics influe directement sur le comportement des entreprises qui choisissent d'y candidater. Ainsi, l'objectif d'utilisation rationnelle des ressources naturelles - ou la sobriété qualitative - apparaît à plusieurs étapes de la procédure de passation d'un marché public. Aujourd'hui, le pouvoir adjudicateur qui définit

¹⁹⁸⁵ Art. L121-2, 2°, b du Code de la consommation.

¹⁹⁸⁶ V° Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, *Pratiques commerciales trompeuses : les clés pour les reconnaître et s'en prémunir*, Vie pratique, Fiches pratiques, 19 janvier 2018, en ligne, <https://www.economie.gouv.fr/dgcrf/Publication/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Pratiques-commerciales-trompeuses>, consulté le 26 avril 2019.

¹⁹⁸⁷ Autorité de régulation professionnelle de la publicité, *Le Code de l'ARPP : guide des recommandations*, 2017, précité, p. 124.

¹⁹⁸⁸ Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique, *La commande publique : une réforme au service de l'économie, dossier de présentation*, avril 2016 : <http://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/brochure-commande-publique-v04.pdf>, consulté le 7 décembre 2016. V° aussi l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 nov. 2018 portant partie législative du code de la commande publique entrée en vigueur le 1^{er} avril 2019.

préalablement la nature et l'étendue des besoins à satisfaire, tient notamment compte des objectifs de développement durable¹⁹⁸⁹. Par ailleurs, la définition des spécificités techniques du marché peut être formulée en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles pouvant contenir des caractéristiques sociales et environnementales¹⁹⁹⁰. L'acheteur public doit par exemple sélectionner une offre que l'on pourrait qualifier de sobre lorsqu'il achète un véhicule à moteur car il doit tenir compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie¹⁹⁹¹. Ce qui amène nécessairement les constructeurs automobiles à proposer des offres adéquates.

d. L'économie circulaire

642. Dans le cadre de l'économie circulaire¹⁹⁹², le secteur de l'automobile peut servir d'illustration avec le décret n° 2016-703 du 30 mai 2016 relatif à l'utilisation de pièces de rechange automobiles issues de l'économie circulaire¹⁹⁹³. Ce décret permet au consommateur d'être informé, lors d'une intervention pour l'entretien ou la réparation d'un véhicule dans un garage, de la possibilité d'opter pour l'utilisation de pièces de rechange issues de l'économie circulaire, à la place de pièces neuves. Ces pièces sont notamment issues de centres agréés de traitement des véhicules hors d'usage (VHU) et remis en état en vue de leur réutilisation pour un « échange standard ». Ce sera par exemple le cas de pièces optiques, de pièces de carrosserie amovibles, des organes de freinage, ou encore des éléments de direction. En terme de sobriété, pour l'environnement, c'est autant de ressources non renouvelables, d'énergie et de matière première économisées, tandis que pour le consommateur, ce sont des pièces détachées automobiles moins onéreuses auxquelles il a désormais accès¹⁹⁹⁴.

643. Il convient par ailleurs de relever le mouvement de retour du droit dans le domaine de l'économie circulaire. En effet, si l'adoption en avril 2018 d'une feuille de route pour l'économie circulaire (FREC) était essentiellement axée sur l'engagement volontaire des

¹⁹⁸⁹ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 30, disposition désormais codifiée à l'art. L2111-1 du code de la commande publique entré en vigueur le 1^{er} avril 2019 suite à l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 nov. 2018 portant partie législative du code de la commande publique.

¹⁹⁹⁰ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art. 6 et aussi art. 10, désormais aux art. R2111-4 à R2111-17 du code de la commande publique.

¹⁹⁹¹ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, art. 31, II, désormais à l'art. L2172-4 du code de la commande publique.

¹⁹⁹² Art. L110-1-1 du code de l'environnement : « La transition vers une économie circulaire vise à dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires (...) ».

¹⁹⁹³ Les dispositions de ce décret pris en application de la loi n°2015-992 du 17 août 2015 figurent aux articles R 121-26 à R121-29 du code de la consommation.

¹⁹⁹⁴ Les Echos, « Les garagistes vont devoir proposer des pièces détachées d'occasion, 31 mai 2016, https://www.lesechos.fr/31/05/2016/lesechos.fr/021981738789_les-garagistes-vont-devoir-proposer-des-pieces-detachees-d-occasion.htm, consulté le 16 août 2017 : « Cette mesure vise à économiser des ressources non renouvelables, de l'énergie et de la matière première en réemployant des équipements devenus sans usage mais encore fonctionnels », ajoute-t-on. Toujours selon le ministère, les prix de vente des pièces d'occasion seront « attractifs » par rapport au prix des pièces neuves. »

entreprises, celle-ci envisageait également des mesures obligatoires¹⁹⁹⁵. Aussi, une loi spécifiquement consacrée à l'économie circulaire doit être proposée. L'avant-projet de loi pour une économie circulaire et une meilleure gestion des déchets, en date du 15 janvier 2019, propose ainsi dans son article 1^{er}, l'affichage d'un indice de réparabilité et de recyclabilité pour les équipements électriques et électroniques¹⁹⁹⁶. Il est par ailleurs prévu la création d'une nouvelle infraction visant à réprimer « toute publicité ou action de communication commerciale incitant à dégrader des produits en état normal de fonctionnement et à empêcher leur réemploi ou réutilisation »¹⁹⁹⁷.

e. L'économie de la fonctionnalité

644. Ces différentes illustrations en termes de sobriété s'appuient sur ce qu'il est appelé l'économie circulaire, c'est-à-dire selon l'article L110-1-1 du code de l'environnement « un modèle économique qui vise à dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires ainsi que, par ordre de priorité, à la prévention de la production de déchets, notamment par le réemploi des produits, et, suivant la hiérarchie des modes de traitement des déchets, à une réutilisation, à un recyclage ou, à défaut, à une valorisation des déchets ». Pour compléter ce modèle, il est également possible de s'appuyer sur « l'économie de la fonctionnalité », c'est-à-dire du système privilégiant l'usage plutôt que la vente d'un produit : « l'échange économique ne repose plus sur le transfert de propriété de biens, qui restent la propriété du producteur tout au long de son cycle de vie, mais sur le consentement des usagers à payer une valeur d'usage »¹⁹⁹⁸.

645. L'ADEME a publié en 2017 un rapport sur « l'économie de la fonctionnalité » qu'elle considère comme l'un des nouveaux modèles économiques qui émergent, elle en donne la définition suivante : « L'économie de la fonctionnalité consiste à fournir aux entreprises, individus ou territoires des solutions intégrées de services et de biens reposant sur la vente d'une performance d'usage ou d'un usage et non sur la simple vente de biens. Ces solutions doivent permettre une moindre consommation des ressources, un accroissement du bien-être des personnes et un développement économique dans une perspective

¹⁹⁹⁵ Ministère de la Transition écologique et solidaire, *Feuille de route pour l'économie circulaire, 50 mesures pour une économie 100 % circulaire*, avril 2018, 46 p.

¹⁹⁹⁶ Avant-projet de loi pour une économie circulaire et une meilleure gestion des déchets, 15 janvier 2019, NOR : TREP1901302L. L'article 1^{er} vise à créer un article L541-9-1 dans le code de l'environnement prévoyant : « L'autorité administrative peut arrêter les modalités d'information des consommateurs sur les qualités et caractéristiques environnementales des produits proposés à la vente, en vue d'apporter une information claire, précise et harmonisée au consommateur, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, et notamment : « - les informations relatives à la réparabilité des produits, leur recyclabilité et l'incorporation de matière recyclée (...) ».

¹⁹⁹⁷ *Ibid*, art. 3 visant à la création d'un article L541-15-7 du code de l'environnement.

¹⁹⁹⁸ Question écrite n°5955 de Mme le député Frédérique Lardet au ministre de la transition écologique et solidaire, JO 27 fév. 2018, p.1609.

d'économie circulaire.»¹⁹⁹⁹. Pour illustration, l'article 4 de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation prévoyait ainsi à titre expérimental jusqu'au 31 décembre 2017, la possibilité pour les vendeurs de produits de pratiquer l'affichage d'un « double prix » pour un même bien : un prix de vente et un prix d'usage. Ce dernier « désigne la valeur marchande associée à l'usage du service rendu par un bien meuble, et non à la propriété de ce bien ». L'expérimentation de la possibilité de pratiquer l'affichage d'un double prix a été généralisée mais n'a finalement pas été retenue par l'ordonnance de recodification 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation²⁰⁰⁰.

646. D'autres illustrations plus abouties existent à l'initiative des entreprises elles-mêmes. C'est par exemple le cas de la SARL *Cleaning Bio*, une entreprise de propreté qui poursuit un « engagement dans la sphère fonctionnelle ». Elle prend en considération sa « finalité d'usages de la prestation : “à quoi ça sert de faire le nettoyage” ? ». Ce questionnement qui renvoie à la fonction sociale de l'entreprise développée précédemment trouve en l'occurrence une application concrète et l'entreprise *Cleaning Bio* a modifié la contractualisation de la prestation de nettoyage en se fondant non plus sur un volume d'heures mais la vente d'une propreté adaptée ou performance d'usage²⁰⁰¹. D'autres illustrations sont recensées au sein de PME, par exemple un cabinet, une entreprise d'aménagement intérieur qui met en place une offre de location de mobilier, de la même façon l'entreprise SEB développe une offre de location d'appareils électriques de cuisine²⁰⁰², la même formule existe pour la téléphonie²⁰⁰³. L'économie de la fonctionnalité s'illustre encore avec le cas de l'entreprise de pneumatiques Michelin qui propose au client de ne plus payer l'achat d'un pneu mais de payer le kilomètre parcouru en prenant

¹⁹⁹⁹ ADEME, ATEMIS, VUIDEL Patrice, PASQUELIN Brigitte, *Vers une économie de la fonctionnalité à haute valeur environnementale et sociale en 2050*, Les dynamiques servicielle et territoriale au cœur du nouveau modèle. ADEME, coll. Horizons, juin 2017, rapport, 300 p.

²⁰⁰⁰ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 47. ; ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, art. 33. Cette ordonnance dans son article 34, abroge l'article L112-10 du code de la consommation qui contenait les dispositions relatives à l'expérimentation avant son entrée en vigueur.

²⁰⁰¹ Rapport ADEME préc., p. 74 : « il s'agirait de ne plus acheter de la prestation technique, mais de s'entendre sur le type de propreté attendue et sa finalité (...) Sur le plan social, il peut être repéré une baisse du turn-over, moins d'absentéisme et davantage d'engagement des salariés. A noter également que des agents amenés à être transférés à un autre prestataire (via le dispositif conventionnel de branche permettant aux agents de rester sur leur site lors d'un changement de prestataire) font le choix délibéré et inhabituel de rester chez *Cleaning Bio*. Un point clef, particulièrement intéressant au vu des conditions de contractualisation et de rémunération du travail dans le secteur, réside dans l'instauration de temps d'investissements immatériels stratégiques à travers la création d'un groupe de travail « Axe de Progrès » dont l'objet est de permettre l'échange entre salariés sur leur travail et d'étudier les possibilités d'amélioration (matériels, conditions de travail, etc.). Sur le plan économique, il est relevé dès l'année 2015 une augmentation significative du chiffre d'affaires (+10%), la réalisation d'économies d'adoption⁷⁵ par l'intervention régulière des mêmes agents chez les clients et une fidélisation des clients. »

²⁰⁰² *Ibid.* pp. 80-88

²⁰⁰³ V° <https://commown.fr>, [En ligne, consulté le 26 mars 2019].

en charge le cycle de vie du pneu²⁰⁰⁴, ou encore avec l'entreprise de photocopieurs Xerox qui propose pour la location d'imprimante de payer à la copie²⁰⁰⁵.

f. Proposition de définition du concept de sobriété

647. De ces différents textes et illustrations peut être identifiée l'existence d'un concept de sobriété. En effet, exposé d'abord comme une notion aux origines morales, sa présence désormais diffuse dans une législation et une pratique très évolutive permet de concevoir un concept juridique de sobriété. Tout comme l'ordre public écologique est un concept qui permet de « regrouper au moins théoriquement les textes épars en matière d'environnement et de leur donner un fondement commun »²⁰⁰⁶, la sobriété constitue un concept dont la dimension n'est pas seulement juridique mais aussi extra-juridique²⁰⁰⁷ car ne se limitant pas à l'utilisation d'instruments de police, mais contient une finalité : décliner la transition écologique dans le droit. Pour autant, le concept resterait flou s'il n'était pas proposé de définition stipulative de la sobriété. Aussi, les éléments de définition dégagés des textes permettent d'affirmer aujourd'hui en droit positif que :

La sobriété est l'action de maîtrise quantitative et qualitative des ressources naturelles qui concourent aux activités économiques et qui tend à prévenir les nuisances sur la Société et l'environnement.

648. Cette proposition de définition peut évidemment faire l'objet de critiques. En l'occurrence, on peut considérer qu'elle a un sens restreint, car sa formulation s'attache uniquement à l'activité de production économique, c'est-à-dire « l'avoir » ou le « faire ». Au sens large, il faut pouvoir y inclure la dimension de « l'être » à travers les origines philosophiques et historiques sous-jacentes aux objectifs de production de biens et de services. Par exemple en envisageant dans la définition l'utilisation ou le choix des technologies les moins nocives pour l'environnement. Cependant, les dispositions législatives énumérées s'attachent essentiellement à la façon d'utiliser les ressources, de les consommer ou de mieux fabriquer, par exemple avec la lutte contre l'obsolescence programmée. Aussi, la définition de la sobriété retenue en droit positif ne pouvait être que restrictive et limitée à une dimension de « l'avoir » ou du « faire ».

²⁰⁰⁴ A noter qu'il existe une proposition de règlement européen visant à renforcer l'étiquetage des pneumatiques et l'efficacité énergétique des pneumatiques par un classement selon leur résistance au roulement : Commission européenne, proposition de règlement sur l'étiquetage des pneumatiques en relation avec l'efficacité en carburant et d'autres paramètres essentiels et abrogeant le règlement (CE) n° 1222/2009, COM/2018/296 final - 2018/0148 (COD), 17 mai 2018 : « L'amélioration de l'étiquetage des pneumatiques fournira aux consommateurs de plus amples informations sur l'efficacité en carburant, la sécurité et le bruit, leur permettant d'obtenir des renseignements précis, pertinents et comparables sur ces aspects lors de l'achat de pneumatiques. Elle concourra à renforcer l'efficacité du système d'étiquetage des pneumatiques afin de garantir des véhicules plus propres, plus sûrs et plus silencieux et d'optimiser la contribution de ce système à la décarbonation du secteur des transports. ».

²⁰⁰⁵ Fondation Concorde, *L'économie de la fonctionnalité, Vers un nouveau modèle de développement durable*, novembre 2010, 50 p.

²⁰⁰⁶ PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^{ème} éd°, p. 85, spéc. 74 et 75.

²⁰⁰⁷ *Ibid* : « réduire l'ordre public écologique à l'absence de nuisances c'est retirer toute la dimension extra-juridique qui existe derrière les objectifs du droit de l'environnement. ».

649. Afin de ne pas occulter la dimension de « l'être » dans la définition de la sobriété, qui réside dans les moyens de mise en œuvre et les finalités de cette sobriété, il sera traité plus avant du comportement sobre et de son inspiration à travers ses principes cardinaux qui doivent permettre de donner une définition élargie de la sobriété. Il convient toutefois préalablement d'identifier l'entreprise comme la personne la plus à même de mettre en application le concept de sobriété car de loin la plus concernée pour en faire l'application.

C. L'entreprise, actrice privilégiée de la mise en application du concept de la sobriété

650. Si l'Etat au sens large et les individus personnes physiques s'avèrent être des acteurs importants de la mise en application du concept de la sobriété²⁰⁰⁸, les entreprises par leurs activités économiques sont assurément les plus susceptibles de systématiser ce concept. C'est au sein même de l'entreprise, de par ses engagements volontaires, de par une sobriété volontaire ou une « frugalité volontaire »²⁰⁰⁹ que celle-ci peut déjà influencer le

²⁰⁰⁸ Puisque le législateur fixe désormais une exigence de transition écologique, l'Etat, les établissements publics et les collectivités territoriales, notamment par la commande publique et par l'élaboration de nouvelles obligations ou interdictions de conduite précédemment abordées, sont des acteurs importants de la mise en application du concept de sobriété. De même, toute personne physique, tout individu peut y contribuer par son comportement notamment en tant que consommateur. Il s'agit par exemple d'acheter des biens issus d'une production sobre, c'est-à-dire dont la production aura été logiquement plus sobre en consommation d'énergie et de ressources possibles. Ce qui peut amener à consommer des produits issus d'une certaine proximité géographique entre le lieu de production et le lieu de consommation. Nous soulignerons au demeurant qu'il est regrettable que le cahier des charges du label AB, Agriculture Biologique, ne fasse pas d'un ancrage territorial de la production, un critère d'obtention de ce label, qui est essentiellement tourné vers l'interdiction de pesticides et d'engrais chimiques [Conseil de l'Union européenne, Règlement CE n°834/2007 relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques du 28 juin 2007, JOUE L189 du 20 juillet 2007]. Or, un aliment dont le lieu de production est situé excessivement loin de son lieu de consommation ne peut prétendre respecter un principe de sobriété. A cet égard, nous ne pouvons que déplorer à l'heure actuelle l'inexistence d'un étiquetage énergétique sur les biens alimentaires ou du moins simplement la distance qu'il aura parcouru. Afin de consommer localement, il est toutefois possible de se procurer des aliments auprès de groupes de distributions locaux comme par exemple des Associations pour le Maintien d'une Agriculture Paysanne (AMAP). Adopter une consommation sobre revient également à se tourner vers l'économie dite « collaborative » (partage de voitures, covoiturage, échanges de services et de biens, monnaie locale, etc.). Enfin, encourager chacun à son niveau peut modifier son comportement au quotidien, encore faut-il que les principaux acteurs de la vie économique accompagnent et renforcent ce mouvement vers plus de sobriété en l'intégrant dans leurs pratiques pour que celui-ci prenne toute son ampleur et permette de satisfaire l'exigence de transition écologique.

²⁰⁰⁹ OUTREPONT Charles-Lambert d', *Discours sur la frugalité, prononcé au temple national de Bruxelles, le 10 ventôse de l'an troisième*, (28 février 1795), Ed. impr. De G. Huyghe, 1795, p.5 : « Pour que la frugalité soit respectable et utile à la patrie, il faut qu'elle soit volontaire » ; rapp. MONTESQUIEU Charles de Secondat de, *De l'Esprit des lois*, préc., t. 1, Livre V chapitre VI - *Comment les lois doivent entretenir la frugalité dans la démocratie*, pp. 56-57, précité. Montesquieu voit dans la frugalité un moyen de favoriser la démocratie : « Comme l'égalité des fortunes entretient la frugalité, la frugalité maintient l'égalité des fortunes. Ces choses, quoique différentes, sont telles, qu'elles ne peuvent subsister l'une sans l'autre ; chacune d'elles est la cause & l'effet ; si l'une se retire de la démocratie, l'autre la suit toujours. Il est vrai que, lorsque la démocratie est fondée sur le commerce, il peut fort bien arriver que des particuliers y aient de grandes richesses, & que les mœurs n'y soient pas corrompues. C'est que l'esprit de commerce entraîne avec soi celui de frugalité, d'économie, de modération, de travail, de sagesse, de tranquillité, d'ordre & de règle. Ainsi, tandis que cet esprit subsiste, les richesses qu'il produit n'ont aucun mauvais effet. Le mal arrive, lorsque l'excès des richesses détruit cet esprit de commerce : on voit tout-à-coup, naître les désordres de l'inégalité, qui ne s'étaient pas encore fait sentir. Pour maintenir l'esprit de commerce, il faut que les principaux citoyens le fassent eux-mêmes ; que cet esprit règne seul, & ne soit point croisé par un autre ; que toutes les lois le favorisent ; que ces mêmes lois, par leurs dispositions, divisant les fortunes à mesure que le commerce les grossit, mettent chaque citoyen pauvre dans une assez grande aisance, pour pouvoir travailler comme les autres ; & chaque citoyen riche dans une telle médiocrité, qu'il ait besoin de son travail pour conserver ou pour acquérir. ».

comportement de chacun à travers son activité économique. L'entreprise peut servir de « moteur » auprès des parties prenantes de l'entreprise par la proposition et la mise en œuvre de mesures concrètes de sobriété telles que la diffusion de consignes relatives à la lutte contre le gaspillage, à la prévention et à la gestion des déchets. Ces nouvelles façons de penser et d'agir dans le cadre d'une activité économique peuvent ainsi rejaillir auprès des salariés et des autres parties prenantes qui vont alors adapter leur pratique à la dynamique environnementale impulsée par l'entreprise. Néanmoins, par leurs activités économiques lucratives, les sociétés commerciales entrent *a priori* en contradiction avec l'idée de sobriété. Il n'en reste pas moins que comme nous avons précédemment pu en faire le constat, dans le domaine des engagements volontaires, les entreprises mais également le législateur, intègrent progressivement l'idée de RSE et de ce qu'il appartient à chacun de participer à la transition écologique au sein du système économique.

651. Nous proposons par conséquent de distinguer les entreprises « sobres par la forme » lorsqu'elles font l'objet d'une législation spécifique de mise en œuvre d'une sobriété quantitative ou qualitative (1). Puis de qualifier d'entreprises « sobres par la volonté », les entreprises non soumises à une telle législation qui adoptent des engagements volontaires dans le sens de la maîtrise des ressources naturelles (2).

1. Les entreprises sobres par leur forme juridique

652. En considération des éléments vus précédemment sur les premières formes d'entreprises responsables et les entreprises non-capitalistes²⁰¹⁰, les entreprises sobres par la forme juridique peuvent s'entendre des entreprises qui ont adopté des statuts ne se limitant pas au seul respect du contrat de société commerciale tel qu'entendu par les articles 1832 et 1833 du code civil. Pour rappel, l'article 1832 du code civil définit la société commerciale comme l'association de personnes qui affectent leur bien ou leur industrie à une entreprise commune en vue de réaliser des bénéfices ou de profiter des économies qui pourraient en résulter. Cette entreprise commune est tournée vers l'intérêt commun des associés selon l'article 1833 alinéa 1^{er} du code civil : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. ».

653. Or, nous avons relevé dans notre première partie que certaines entreprises entendent choisir une autre forme d'organisation et de fonctionnement en adéquation avec leurs objectifs orientés vers un intérêt, non exclusivement tourné vers l'intérêt commun des associés mais davantage orienté de façon à satisfaire un intérêt collectif, essentiellement dans le domaine social et environnemental, voire culturel. Par exemple, la société coopérative vise à satisfaire les intérêts de ses membres coopérateurs, et dans le cas de la société coopérative d'intérêt collectif, à satisfaire les intérêts des différents collègues

²⁰¹⁰ HIEZ David, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », Rev. des sociétés, 2012, p.671 ; reprenant l'analyse de JEANTIN Michel., « L'entreprise non capitaliste en économie de marché », Revue Procès, cahiers d'analyse politique et juridique, 1981, n°7, p. 37.

d'associés constituant la SCIC (consommateurs, collectivité territoriale, associés fondateurs...). Peuvent ainsi être classées dans la catégorie d'entreprise sobre par la forme juridique, les entreprises de l'Economie Sociale et Solidaire (ESS) qui répondent à des principes de fonctionnements particuliers tels qu'une gouvernance démocratique, une libre adhésion, une lucrativité limitée et souvent un ancrage territorial de leurs activités.

654. Pourtant, pouvons-nous classer les entreprises de l'ESS, dans la catégorie d'entreprise sobre ? Il a été observé qu'elles constituent en réalité une forme d'entreprise essentiellement *intuitus humanitas* et éventuellement de manière subsidiaire, *intuitus naturae*²⁰¹¹. En tous les cas, les entreprises de l'ESS peuvent être qualifiées d'entreprises plus responsables au sens où elles sont plus enclines à intégrer les intérêts des parties prenantes et non seulement le seul intérêt commun des associés, mais aussi parce que ces entreprises intègrent une fonction sociale qui n'est pas seulement économique. La question peut alors se poser de savoir si ces formes juridiques particulières d'entreprises répondent à la définition de la sobriété précédemment émise ? En d'autres termes, ces entreprises exercent-elles une activité économique en veillant à la maîtrise quantitative et qualitative de l'utilisation de ressources naturelles de manière à limiter les nuisances sur l'homme et l'environnement ? Aussi, la définition de l'économie sociale et solidaire qui consiste à entreprendre autrement dans un but autre que le seul partage des bénéfices²⁰¹² est-elle compatible avec la transition écologique dont la sobriété constitue une application ?

655. Sans revenir sur les détails de chaque structure, il faut essentiellement retenir que si les statuts juridiques des structures de l'ESS imposent une lucrativité absente ou limitée, il faut par conséquent en déduire qu'il existe une mesure, une tempérance dans la recherche de gains et dans le comportement suivi pour y parvenir. La lucrativité y est donc envisagée non pas comme une « fin » comme nous l'indique l'article 1832 du Code civil mais davantage comme un « moyen » pour remplir des objectifs davantage tournés vers un intérêt plus large que le seul intérêt commun des associés défini à l'article 1833 du Code civil, la SCIC étant la forme la plus ouverte aux intérêts communs par la possibilité d'un multisociétariat. Par extension, nous pourrions observer la présence d'une certaine sobriété dans les entreprises de l'ESS ainsi que dans les autres hypothèses d'entreprises hybrides, comme celles existantes aux Etats-Unis, en raison de ce critère de lucrativité limitée qui peut se traduire par une limitation de l'utilisation de ressources naturelles et par suite, à une limitation des nuisances sur l'homme et l'environnement. Il peut ainsi être fait référence à l'économie de la fonctionnalité qui est présente dans le secteur de l'ESS,

²⁰¹¹ V° Partie I, Titre II.

²⁰¹² Rappelons que l'économie sociale et solidaire (ESS) a été définie par la loi n°2014-85 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire²⁰¹², son article 1^{er} dispose ainsi que : « L'ESS est un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine auquel adhèrent des personnes morales de droit privé et qui remplissent les conditions cumulatives d'un but autre que le seul partage des bénéfices ; d'une gouvernance démocratique ; ainsi qu'une gestion conforme à ce que les bénéfices soient majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise et que les réserves obligatoires et impartageables ne puissent être distribuées. ».

essentiellement dans le secteur associatif, l'association Emmaüs permet ainsi d'éviter la production de nouveaux produits par le réemploi de biens de seconde main.

656. Néanmoins, il n'est pas évident de concilier le volet économique, social et environnemental au sein d'une entreprise. La limitation de la lucrativité qui est au cœur de l'économie sociale et solidaire peut ne pas nécessairement correspondre à la conception de la sobriété telle que définie. En effet, la définition de la sobriété dégagée à partir de différents textes de droit positif – conçue comme l'action de maîtrise quantitative et qualitative d'utilisation de ressources naturelles en vue de limiter les effets sur l'homme et l'environnement – n'exprime pas forcément l'idée de « sobriété économique ». Ainsi, une entreprise peut entrer dans le champ de la définition de l'ESS car elle limite sa lucrativité, mais elle n'est pas nécessairement sobre au sens où elle peut ne mener aucune action visant à limiter l'utilisation de ressources naturelles.

657. Pour parvenir véritablement à l'entreprise sobre de par la forme juridique qui la constitue, il faut donc que l'entreprise constituée sous la forme d'une structure de l'ESS adopte, dans ses statuts et dans son fonctionnement, en plus de la limitation de sa lucrativité, la limitation de l'exploitation des ressources naturelles, et pour le moins, limiter l'impact de son activité économique sur l'homme et l'environnement. En conséquence, le seul fait d'être constitué sous la forme d'une entreprise de l'ESS ne permet pas systématiquement de ranger celle-ci dans la catégorie d'entreprise sobre par la forme juridique, sauf à enrichir la définition de l'ESS. Ce qui est appelé de nos vœux, si on veut étendre l'ESS à l'environnement et que l'économie prenne en compte l'environnement pour en faire une économie sociale, solidaire et écologique (ESSE).

658. L'entreprise sobre par la forme juridique relève donc encore du stade de l'hypothèse et de la nécessité d'amender les premières formes d'entreprises responsables vues précédemment. Notre objectif d'atteindre une entreprise sobre par la forme juridique réside à la fois, dans la réunion et l'adoption de textes de loi relatifs aux principes de fonctionnement des premières formes d'entreprises responsables, dans le concept de sobriété et dans nos propositions de relecture du contrat de société commerciale étudiées ultérieurement.

659. A l'heure actuelle, la forme qui se rapprocherait le plus de l'entreprise sobre par la forme juridique réside dans la société coopérative d'intérêt collectif s'il lui était expressément adjoint une finalité de sobriété. En réalité, des modèles de SCIC intégrant indirectement cette finalité de sobriété existent comme la SCIC *Citiz* citée plus haut. Cette dernière est majoritairement détenue par ses utilisateurs associés, elle regroupe différentes personnes autour de l'autopartage et il existe six collèges de voix répartis entre les utilisateurs, les fondateurs, les salariés, les membres honoraires et de soutien, les

collectivités territoriales et les entreprises²⁰¹³. Aussi, en permettant le partage de voitures, la société coopérative *Citiz* répond au concept de sobriété (moins de pollution, gaz, moins de ressources utilisées pour fabriquer une voiture en plus...).

2. Les entreprises sobres par leurs engagements volontaires

660. Outre les entreprises qui intègreraient nécessairement le concept de sobriété de par leur forme, il existe les entreprises qui poursuivent classiquement un but lucratif conformément à l'article 1832 du Code civil. A l'opposé des entreprises de l'économie sociale et solidaire qui cherchent à limiter leur lucrativité, certaines des entreprises « classiques » choisissent de s'engager volontairement en faveur d'intérêts qui dépassent le seul intérêt des associés et de la société. Elles répondent sur ce point à la notion de RSE étudiée dans notre première partie, soit pour rappel : « l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »²⁰¹⁴, ou de manière plus réductrice « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »²⁰¹⁵.

661. Il faut préciser que la RSE et la sobriété n'ont pas la même signification en droit. Quand l'une renvoie désormais à un concept juridique en évolution dans le droit depuis les années 2000, l'autre, la sobriété, n'est qu'un concept naissant en droit, utilisé de manière éparsée dans la nouvelle législation sans avoir été défini par le législateur et donc souvent utilisé de façon réductrice en droit positif. Il convient donc de différencier RSE et sobriété qui ne sont pas synonymes. Une entreprise pourrait tout à fait faire preuve de sobriété au sens restreint de limitation de l'utilisation de ressources naturelles utilisées, sans pour autant être responsable vis-à-vis des effets qu'elle exerce sur la société dans son ensemble. Soit une sobriété de l'avoir ou du faire dénué d'une sobriété de l'être. A l'inverse, une entreprise pourrait faire preuve de responsabilité sociétale et environnementale au sens de la dernière définition donnée par la Commission européenne quant aux effets qu'elle exerce sur la société, et cantonner cette responsabilité à l'aspect social et sociétal et s'abstenir de prendre en compte le concept de sobriété. C'est-à-dire en omettant d'intégrer la problématique de la qualité et de la quantité de ressources naturelles extraites de l'environnement et rejetées dans celui-ci avec des conséquences potentielles sur la biodiversité. Pour un exemple édifiant, il peut être fait mention des entreprises

²⁰¹³ La société *Auto'trement* -qui appartient au réseau coopératif d'entreprises d'autopartage *Citiz*- est une SCIC majoritairement détenue par ses utilisateurs sociétaires. Les sociétaires de la SCIC sont répartis en 6 collèges et possèdent un nombre différent de voix, les membres fondateurs (20% des voix), les sociétaires utilisateurs (25%), les salariés (15%), les membres honoraires et de soutien (10%), les collectivités territoriales (15%), les entreprises (15%). Chaque collège vote à la proportionnelle et au sein de chaque collège, un associé correspond à une voix, quel que soit le nombre de parts qu'il possède. <http://alsace.citiz.coop/qui-sommes-nous/SCIC>, consulté le 23 avril 2015.

²⁰¹⁴ COM (2001)366, préc.

²⁰¹⁵ Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au comité économique et social européen et au comité des régions, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », 25 octobre 2011, COM (2011) 681 final, p. 7.

productrices d'emballages en plastique et aluminium pour boissons qui, n'ayant aucun intérêt à réduire leur production, s'engagent en faveur de solution de recyclage plutôt que d'assumer la mise en place d'un système de consigne plus économe de ressources naturelles que le recyclage. L'entreprise affiche peut être une démarche de RSE mais son comportement n'est pas sobre et elle renvoie la responsabilité au consommateur, responsable de « mal recycler »²⁰¹⁶.

662. Il en résulte que, ni la RSE seule, ni le concept de sobriété pris isolément dans son sens restreint, ne peuvent convenir à eux seuls à une conception juridique satisfaisante de l'entreprise sobre. En réalité, l'entreprise sobre comme véhicule de la transition écologique, c'est-à-dire une RSE de 3^{ème} génération qui dépasse la contradiction du développement durable limité à l'avoir et le faire ne peut se concevoir sans une dimension de « l'être », par un comportement sobre.

²⁰¹⁶ CHAMAYOU Grégoire, « Comment les industriels ont abandonné le système de la consigne, Eh bien, recyclez maintenant ! », Le Monde diplomatique, février 2019, p.3 : « La pratique du recyclage fut ainsi promue par l'industrie comme une solution de rechange aux projets de consigne obligatoire et d'interdiction des contenants jetables. (...) Ainsi, au moment même où les industriels démantèlent le système de la consigne, s'exonérant des coûts de retraitement, et prennent des décisions structurellement antiécologiques, ils en appellent à la responsabilisation écologique des consommateurs. Un cas typique de double morale, où l'on proclame une norme valant pour tous sauf pour soi. Responsabiliser les autres pour mieux se déresponsabiliser soi-même. ».

II. Le standard juridique : outil d'appréciation du comportement sobre

« Les heureux parents d'un nouveau-né invitent leurs connaissances à le rencontrer pour la première fois. Primus est de la fête. A peine arrivé, on le voit enflammer un énorme cigare – un Partagas lusitanias – qu'il fume avec une délectation ostentatoire à proximité du couffin. S'agissant de l'un des meilleurs cigares du monde, le fumer en extérieur, et laisser ainsi échapper ses volutes, ce serait le dilapider ! Rapidement, un émoi général s'empare de l'assemblée, et des murmures, dont la somme finit par détonner, envahissent l'espace. Il ne faut pas attendre bien longtemps pour qu'un autre convive finisse, très ouvertement, par se dire scandalisé. On peine d'ailleurs à le retenir et il s'en faut de peu qu'il fasse acte de violence. Toisé, puis en proie à une hostilité générale, Primus prend d'abord la direction du jardin et ne tarde pas à quitter les lieux. On ne le saluera pas. »²⁰¹⁷

663. Par cette allégorie que l'on peut transposer à la transition écologique où Primus serait l'entreprise au comportement excessif et l'enfant l'environnement, Samuel Benisty illustre dans sa thèse l'existence d'une « norme sociale de conduite » ou « norme sociale », dont il entend construire une théorie générale²⁰¹⁸. L'auteur désigne ainsi par l'expression de norme sociale, une « normativité informelle, dont on comprend qu'elle s'inscrit dans un rapport d'opposition avec le Droit »²⁰¹⁹ et observe que malgré la réception de la norme sociale dans la pensée juridique privatiste, l'autorité de la norme sociale fut niée, du moins minimisée²⁰²⁰. Or, M. Benisty indique que la norme sociale est loin d'être dénuée de contrainte²⁰²¹ puisqu'elle exerce sur l'individu une *contrainte sociale*²⁰²² qui le pousse à respecter un certain devoir de conduite. Aussi, par analogie avec le personnage de Primus à qui l'on reproche de fumer un cigare en présence d'un nouveau-né, l'entreprise se voit également contrainte de suivre un certain comportement sous la pression du groupe social. Alors qu'auparavant l'entreprise pouvait émettre des volutes d'émissions polluantes dans l'atmosphère sans être sanctionnée, elle est désormais contrainte, non seulement par le droit de l'environnement, mais aussi par une *norme sociale* qui détermine le devoir de

²⁰¹⁷ BENISTY Samuel, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Institut Universitaire Varenne, Coll. des Thèses, LGDJ, 2014, introduction, pp. 9-10 ; v° PIGNARRE Geneviève, « Samuel Benisty, La norme sociale de conduite saisie par le droit », RTD civ., 2014 p.746 ; et aussi MUIR WATT Horatia, « Benisty (Samuel), La norme sociale de conduite saisie par le droit », rev. crit. DIP, 2015, p.293

²⁰¹⁸ *Ibid.*, p.21 : « Il apparaît en effet qu'une théorie générale de la norme sociale fait actuellement défaut à la pensée juridique moderne (...). On montrera, en s'appuyant sur des travaux de psychosociologie moderne, qu'elle se caractérise par sa sanction, la réaction des individus composant un groupe social – apologie de l'action conforme, stigmatisation de la déviance – et par l'autorité qui en est à l'origine : la *conscience morale* de chaque individu du groupe ».

²⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 12.

²⁰²⁰ *Ibid.*, p. 15 : « Malgré le progrès considérable qu'a constitué cette réception sans précédent de la norme sociale [que l'auteur attribue aux travaux de Carbonnier], il faut bien reconnaître que son autorité fut, sinon niée, du moins minimisée. Il est en effet classique de lui refuser toute emprise sur les faits, en affirmant que ces normes sociales, simples convenances, ne sont suivies que si l'individu y agrée, s'il y met de la bonne volonté ! »

²⁰²¹ *Ibid.*, p. 17 L'auteur indique que comparé à la contrainte juridique, cette contrainte est dite « atténué ».

²⁰²² DURCKHEIM Emile., *Les règles de la méthode sociologique* (1894), 13^{ème} éd., coll. Quadrige grands textes, PUF 2007, p.4-5

conduite attendu, et dans le cadre de nos recherches, le comportement sobre souhaité. Ce comportement pouvant dès lors être apprécié en droit par le juge à travers l'outil du standard juridique, à lumière de l'ordre public écologique qui en constitue le cadre.

664. Que faut-il entendre par comportement sobre ? Tout d'abord, il ne s'agit plus en l'occurrence de concevoir uniquement l'engagement volontaire²⁰²³, soit l'action spontanément poursuivie à la seule initiative de l'entreprise mais de considérer plus avant, que la *norme sociale* exerce une forme de contrainte qui oblige l'entreprise à adopter un certain comportement, un devoir de conduite, la privant dès lors de la spontanéité propre à l'engagement volontaire. En effet, il s'agit d'admettre que l'adoption d'un comportement sobre se situe un cran au-dessus de l'engagement volontaire. Doit ainsi être distingué l'engagement volontaire qui poursuit un « effet de norme », c'est-à-dire un comportement entièrement adopté à l'initiative de l'entreprise, indépendamment de toute forme d'influence extérieure à l'entreprise, et le comportement sobre qui poursuit un « effet de norme sociale » en réponse à une pression d'origine extérieure à l'entreprise. Aussi, la contrainte sociale peut-être exercée par les parties prenantes (consommateurs, collectivités territoriales, associations, etc.). Or, si l'effet de norme poursuivi dans un engagement volontaire n'entraîne pas nécessairement un possible engagement de responsabilité juridique, la norme sociale adoptée par l'entreprise pourrait au contraire constituer un standard juridique. C'est-à-dire qu'en dehors de la nécessité d'un texte consacrant la sobriété, le standard pourrait permettre à un juge, dans le cadre de l'engagement de responsabilité de l'entreprise, d'apprécier le comportement sobre normalement attendu et conforme à l'ordre public écologique. Il importe de considérer que le comportement de l'entreprise sobre est ainsi doublement encadré. Par le droit en général, et plus précisément par l'ordre public écologique, ainsi que par la norme sociale qui « l'alimente »²⁰²⁴. Cette affirmation suppose toutefois d'adopter le raisonnement de M. Benisty qui refuse l'idée selon laquelle « jamais une norme ne peut avoir pour substrat un phénomène social »²⁰²⁵. Aussi, le droit et la norme sociale doivent être envisagés comme

²⁰²³ Nous avons précédemment défini l'engagement volontaire comme l'expression recherchée spontanée d'un effet de norme – d'une « obligation » comportementale – à laquelle l'entreprise s'astreint au-delà de ses obligations légales.

²⁰²⁴ BENISTY Samuel, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Institut Universitaire Varenne, Coll. des Thèses, LGDJ, 2014, introduction, p.22. L'auteur suggère que la norme sociale « pourrait promouvoir une restructuration de l'univers normatif, dans lequel celle-ci ne serait plus marginalisée, comme elle l'est actuellement lorsqu'on la saisit sous le nom de *règle de mœurs*, cantonnées à la régulation des phénomènes non-juridiques. ».

²⁰²⁵ BENISTY Samuel, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Institut Universitaire Varenne, Coll. des Thèses, LGDJ, 2014, introduction, pp 16-17 : « Les obstacles à la reconnaissance de la norme sociale. D'abord, et c'est sans doute le plus notable, la tradition juridique est extrêmement attachée à ce qu'il convient de nommer la « guillotine de HUME ». Dans son *Traité de la nature humaine*, le philosophe britannique énonce que jamais un devoir être (*ought*) ne peut s'inférer d'un être (*is*), interdisant de la sorte l'ajustement d'un premier sur le second. Or, qu'est-ce que la norme sociale, sinon l'observation d'un phénomène, d'un être ? Partant de ce prérequis, la notion même de norme sociale est nécessairement fautive. Jamais une norme ne peut avoir pour substrat un phénomène social, même fort d'une régularité statistique : ce serait confondre le normatif et le normal, et contaminer la notion même de norme. Les effets de ce veto conceptuel opposé à la reconnaissance de la norme sociale furent aggravés par la manière dont celle-ci fut appréhendé par DURCKHEIM et son Ecole. Il faut montrer comment la perception sociologique de la normativité informelle non juridique a freiné sa reconnaissance par la théorie juridique, spécialement privatiste, provoquant le maintien de la normativité sociale à la marge du Droit. ».

intrinsèquement liés selon la thèse défendue par l'auteur²⁰²⁶. Ce concept de norme sociale ne sera pas davantage développé dans nos travaux mais il s'agira toutefois de prêter une attention particulière aux futurs développements de ce concept qui contribue à l'édification d'un nouvel ordre juridique. Sans aller plus loin dans l'analyse de la théorie proposée par l'auteur, nous retiendrons surtout qu'elle permet de conforter l'idée que l'entreprise est « contrainte » d'adopter la norme sociale d'un comportement socialement responsable et sobre.

665. Pour illustration, la société anonyme coopérative des magasins U affiche clairement sur son site internet qu'elle poursuit une « politique de substitution des substances controversées » en raison des interrogations et préoccupations des consommateurs, amplifiées par la télévision, la presse écrite et les discussions scientifiques²⁰²⁷. Les magasins U relèvent ainsi que « les consommateurs, à tort ou non, ont conclu sur la toxicité de ces substances », aussi l'entreprise a fait le choix de ne pas se « réfugier uniquement derrière la réglementation » mais d'aller au-delà de celle-ci en supprimant peu à peu ces substances controversées tout en précisant que ce comportement fait partie de sa mission vis-à-vis de ses clients. Nous constatons ainsi que l'engagement volontaire doit ici être qualifié de norme sociale puisqu'il n'est pas né de l'initiative spontanée de l'entreprise mais bien de la contrainte sociale exercée par les consommateurs. A cet égard, rien n'est plus explicite que lorsque les magasins U précisent dans leur politique de substitution que, seront prioritairement éliminés des produits vendus, les catégories de substances « ayant le plus fort buzz sociétal »²⁰²⁸. Par cet exemple, nous voyons que l'entreprise se soumet en l'occurrence à une *norme sociale*, dont l'autorité réside selon M. Samuel Benisty dans la *conscience morale* de chaque individu du groupe – ici la société des magasins U – et la sanction, dans la réaction des individus composant un groupe social, en l'espèce les consommateurs qui font l'apologie de l'action conforme et stigmatisent la déviance, soit la non-utilisation de produits controversés comme le glyphosate.

666. Ces considérations liminaires montrent que la transition écologique est bien à l'œuvre sans que le droit ne vienne ajouter de nouvelles contraintes puisque ces contraintes peuvent également être sociales, à défaut d'être légales. Aussi, si la sobriété est une action, contrainte ou volontaire, elle conduit en tous les cas à l'adoption d'un comportement sobre qui peut se concevoir comme un standard juridique. Cette proposition s'inspire de la réflexion de Marie-Caroline Caillet qui observe que « la

²⁰²⁶ *Ibid*, p.23. L'auteur a toutefois conscience de la difficulté de sa démonstration : « C'est dire qu'il sera difficile de convaincre d'une nécessaire réhabilitation de la norme sociale, puisqu'il s'agira finalement pour le lecteur de réexaminer sa propre vision du monde, invétérée, pour admettre qu'en dépit de nos représentations ancestrales, la norme juridique transcendante coexiste avec des normes qui le sont beaucoup moins. » L'auteur renvoi en ce sens à LE ROY Etienne, « La face cachée du complexe normatif en Afrique noire francophone », in ROBERT Philippe, SOUBIRAN-PAILLET Francine et KERCHOVE Michel van de (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t.1, coll. Logiques sociales, L'Harmattan 1997, p.123

²⁰²⁷ <https://www.magasins-u.com/cooperative-u/vision-engagements/meilleur-ingredient/substances-controversees> , consulté le 26 avril 2019.

²⁰²⁸ *Ibid*

responsabilité sociale des entreprises permet de saisir les entreprises transnationales par le biais de leurs relations commerciales, et d'envisager la conception d'un *nouveau standard juridique de conduite sociétale*, générateur d'une responsabilité individuelle et collective fondée sur une obligation de vigilance. »²⁰²⁹. L'auteur relève encore que « finalement, de "notion", la RSE pourrait alors bien devenir un "standard", et plus spécialement un standard juridique de conduite sociétale des entreprises transnationales et plus largement, des sociétés »²⁰³⁰. De la même manière, le concept de sobriété tel que défini précédemment peut s'inscrire dans un « mouvement du standard »²⁰³¹ et offrir au juge la possibilité de disposer d'un instrument pour apprécier concrètement les situations juridiques nées d'engagements volontaires et de normes sociales.

667. Selon Gregory Houillon, la technique du standard « sert aux autorités publiques afin d'apprécier les excès *en fait*, mais plus encore, elle permet au juge de limiter les excès *en droit* (...) »²⁰³². Pour cet auteur, « le standard est donc à la fois un indicateur d'excès et un élément préventif de celui-ci. En somme le standard représente l'anti-excès. C'est pourquoi il constitue par essence une notion prohibitive de l'excès »²⁰³³, c'est-à-dire un instrument au service du comportement sobre. Partant, le juge pourra ainsi procéder « de la question de fait à la question de droit, du complexe au simple, du concret à l'abstrait »²⁰³⁴, le comportement sobre constituant dès lors un standard juridique permettant d'apprécier le comportement moyen attendu de l'entreprise au même titre que d'autres « notions à contenu variable du droit »²⁰³⁵ tel que l'ordre public, la faute, la bonne foi, l'intérêt de l'enfant ou encore l'urgence (A). Une fois les contours du comportement sobre établis, la question de l'appréciation de son respect se pose alors et en ce sens, il s'agit de proposer l'emploi du standard juridique du « comportement sobre » comme outil d'appréciation de la responsabilité juridique de l'entreprise au comportement excessif (B).

²⁰²⁹ CAILLET Marie-Caroline, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises : étude à partir des entreprises transnationales*, Thèse, Bordeaux, 2014, résumé. Accessible en ligne <https://hal.archives-ouvertes.fr/tel-01127610/document>, [nous soulignons].

²⁰³⁰ *Ibid.*, p.583.

²⁰³¹ RIALS Stéphane, « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymon (dir.), *Les notions à contenu variables en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles 1984, Etudes, p.40. L'auteur attribue l'origine de ce mouvement à Gény.

²⁰³² HOUILLON Grégory, « Les standard prohibitifs de l'excès dans la Convention européenne des droits de l'homme », in MBONGO Pascal (dir.), *L'excès, l'hypermodernité, entre droit et politique*, Mare & Martin, coll. Droit et science politique, 2012, 337p., p.105. L'auteur indique exactement que la technique du standard permet de limiter les excès des pouvoirs publics mais la même réflexion peut être adoptée pour les personnes de droit privé.

²⁰³³ *Ibid.*

²⁰³⁴ CRUET Jean, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Bibliothèque de philosophie scientifique, Flammarion, Paris, 1908, p. 73. En sous-titre de l'ouvrage l'auteur énonce cette phrase assez provocatrice que : « Nous voyons tous les jours la société refaire la loi, on n'a jamais vu la loi refaire la société », cité par RIALS Stéphane, *Les standard, notions critiques du droit*, op. cit., p. 40.

²⁰³⁵ V. en ce sens PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruxelles, Bruylant, 1984.

A. Le comportement sobre : un standard juridique émergent

668. A l'instar des engagements volontaires, dont l'appartenance au droit fut l'objet d'interrogations, il n'était pas évident que les standards soient considérés comme étant véritablement du « droit »²⁰³⁶. M. Stéphane Rial observe que les standards sont pourtant bien des « notions critiques du droit dans la mesure où ils obligent à s'aventurer dans ces zones difficiles ou le droit craque, (...) où ils permettent d'appréhender les grandes articulations de la matière et du travail juridiques, où se manifestent leurs plus subtiles tensions »²⁰³⁷. Ainsi, comme a encore pu le souligner le professeur Gérard Farjat, le droit français fait un usage considérable de concepts standards, notamment à des « postes stratégiques du système juridique »²⁰³⁸. Non défini par les textes, le standard a fait l'objet de multiples travaux de définition et est généralement entendu comme un instrument de mesure du comportement moyen et un procédé permettant d'être utilisé par le juge pour apprécier, en l'occurrence dans nos travaux la sobriété du comportement de l'entreprise. Dès lors, il convient de préciser en quoi un comportement sobre, soit l'application d'une sobriété de l'avoir et de l'être à la fois, peut constituer un standard juridique (1) puis d'examiner sa manifestation et fonction comme procédé d'appréciation d'un comportement sobre d'une entreprise (2).

1. L'applicabilité de la qualité de standard juridique au comportement sobre

669. Issu de l'anglais, le *standard* désigne de manière générale un niveau, un modèle ou une moyenne²⁰³⁹. Etalon abstrait, le standard permet d'effectuer une comparaison entre un fait précis et le comportement tel qu'il aurait été attendu par une personne « ordinaire » placée

²⁰³⁶ V. en ce sens RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980, thèse, 564 p., p. 3 et aussi RIALS Stéphane, « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), *Les notions à contenu variables en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles 1984, Etudes, p.42 : « Al Sanhoury et les autres élèves de Lambert, omnibusés par la distinction règle/standard, remettent en question le caractère juridique du standard. Parallèlement, ils ne parvinrent pas à trancher le point de savoir : si le standard est une simple méthode de pensée, un outil, un sextant comme le dira métaphoriquement Hauriou dans *Police juridique et fond du droit*, son article de 1926. Bref s'il est, pour reprendre la terminologie de ce dernier auteur, un *instrument d'administration du droit* (par opposition à *fond du droit*) ; ou bien si le standard est un mode de qualification floue, outil certes mal déterminé mais relevant alors peut-être du fond du droit. Dans les œuvres de cette période, tantôt le standard consiste à rechercher un solution raisonnable, normale, morale, *pour le juge*, tantôt il consiste à prescrire un comportement raisonnable, normal, moral, *aux acteurs*. ». C'est à cette deuxième conception que nous nous rangeons.

²⁰³⁷ RIALS Stéphane, « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), *Les notions à contenu variables en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles 1984, Etudes, pp. 44-45

²⁰³⁸ FARJAT Gérard., « Réflexion sur les codes de conduite privés », in *Mélanges Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 62

²⁰³⁹ CORNU Gérard., *Vocabulaire Juridique*, 10^eéd., v^o *standard*. Et aussi RIALS Stéphane, « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), *Les notions à contenu variables en droit*, préc., p.44

dans les mêmes conditions²⁰⁴⁰, il est en ce sens une « mesure moyenne de conduite sociale »²⁰⁴¹. Nous verrons ainsi les raisons et les origines du développement du standard juridique dans la littérature juridique (a), avant d'envisager sa fonction et son applicabilité au comportement sobre (b).

a. Le développement du standard juridique né d'un besoin d'adaptabilité du droit

670. Selon André Tunc, « l'idée de *standards juridiques* semble avoir été présentée pour la première fois dans une communication adressée par le doyen Roscoe Pound à un congrès de l'*American Bar Association* en 1919 »²⁰⁴². Aujourd'hui, si le standard paraît communément employé, Stéphane Rials observe que le terme même de standard est « rarement utilisé par les juristes, probablement en raison du halo de mystère qui entoure la notion »²⁰⁴³. Pourquoi cette faible utilisation du standard par les juristes ? Tout d'abord, les raisons seraient à rechercher dans les origines anglo-saxonnes du standard qui participeraient d'une réticence à son adaptation dans le système juridique français, et cela alors même que le droit français a repris des standards préexistants dans le droit romain tels que le « bon père de famille », ou encore la « bonne foi »²⁰⁴⁴. Notons que le standard juridique de « bon père de famille » a été remplacé par « raisonnablement »²⁰⁴⁵ et correspond désormais davantage à son équivalent anglo-saxon de *reasonable man*

²⁰⁴⁰ V. CABRILLAC Rémy (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2016, LexisNexis, 7^e éd., v^o standard : « Etalon abstrait (correspondant aux éléments normaux de la catégorie concernées) qui permet une comparaison d'une chose ou d'un comportement d'un individu avec les qualités d'une chose du même type ou avec le comportement que le même type d'individu aurait dû avoir dans les mêmes circonstances » ; PUIGELIER Catherine, « Mots à sens multiples et règle de droit », in *Archives de philosophie du droit*, n^o48, Paris, Dalloz, 2004, pp. 381 et s. ; PUIGELIER Catherine, *Dictionnaire juridique*, Coll. Paradigme, Larcier, 1^o éd^o, 2015, v^o standard : « Désigne des notions (ou concepts) souples ».

²⁰⁴¹ AL-SANHOURY Abdel-Ahmed, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, p.145.

²⁰⁴² TUNC André, « Standards juridiques et unification du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1970, vol. 22, n^o2, pp. 247-261, spéc. 248 « Le doyen Roscoe Pound le définit comme une mesure moyenne de conduite sociale correcte » ; POUND Roscoe, « Administrative Application of Legal Standards », in *Reports of American Bar Association*, vol. 44, 1919 accessible en ligne <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=hvd.32044090114513;view=lup;seq=449>, consulté le 10 mai 2017, p.456 : « Fourth, we have standards—legally defined measures of conduct, to be applied by or under the direction of tribunals. As examples, I may cite the standard of due care under the circumstances which obtains in the law of torts, the standard of reasonable service in the law of public utilities, (...) We may see the same institution in Roman law as, for instance, the standard of good faith in *negotia bonae fidei*, (...) Moreover most of them contain a large moral element and so application of them calls for common sense or the average moral judgement rather than for deductive logic. »

²⁰⁴³ BLOUD-REY Céline, in ALLAND Denis, RIALS Stéphane. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, 1^o éd., 2003, v^o *standard*.

²⁰⁴⁴ *Ibid* ; ROLAND Henri, BOYER Laurent, *Locutions latines du droit français*, 4^o éd., Litec : v^o *bon père de famille* : « *bonus pater familias* : définit l'homme honnête, diligent, soigneux, qui se comporte le mieux possible (...) Notre législation impose à la personne chargée d'administrer ou de conserver le bien d'autrui – exemple, article 1137, article 450, alinéa 2 du code civil- d'agir en bon père de famille. » ; et sur la *bonne foi* : « *ex bona fide* : le respect de la bonne foi est de droit dans tous les contrats et astreint chacune des parties à se comporter loyalement vis-à-vis de l'autre. Notion qui justifie en cas de violation, la résolution de la convention (c.civ. art. 1184). »

²⁰⁴⁵ Loi n^o 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes

« l'homme raisonnable »²⁰⁴⁶ et *reasonableness* pour le caractère raisonnable²⁰⁴⁷. C'est ensuite une conceptualisation jugée incomplète qui renforce cette difficulté d'utilisation du standard²⁰⁴⁸. Pourtant, malgré ces réticences et l'absence d'une définition complète, l'École de Lyon – représentée par Edouard Lambert²⁰⁴⁹ qui a repris les travaux du juriste américain Roscoe Pound²⁰⁵⁰ – puis Stéphane Rials²⁰⁵¹, ont pu mettre en avant les différentes fonctions du standard²⁰⁵².

671. Remontant dans sa thèse aux origines de ce qu'il appelle *le mouvement du standard* dans les années 1920, le professeur Stéphane Rials s'appuie sur l'œuvre de Gény qui participe alors à un « mouvement mondial et de grande ampleur de réaction contre l'Exégèse »²⁰⁵³. Le mouvement du standard, prend ainsi sa source selon M. Rials dans la publication en 1899 des *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique* par François Gény²⁰⁵⁴, qui réagit contre « le système dans lequel la seule source admissible du droit est la loi »²⁰⁵⁵. Dans ses écrits, Gény avance l'idée d'une *libre recherche scientifique* lorsque les sources formelles du droit positif ne satisfont plus, à

²⁰⁴⁶ ALBARIAN Alexis (dir.), « Les 100 mots du droit anglais – 100 notions fondamentale du droit anglais à l'épreuve du droit français », Lamy, coll. Lamy Axe, 2013, 724 p., v° *standard* : « Le standard juridique exigé est le comportement de l'homme raisonnable (*raeasonable man*) placé dans des circonstances semblables à celles du cas. Ce modèle de référence est construit par le juge au fur et à mesure à partir des cas particuliers qui lui sont soumis. Le *reasonable man* du XXIème siècle est différent de celui du XIIIème siècle. »

²⁰⁴⁷ V° MacCORMICK Nick., On *reasonableness*, in PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), « Les notions à contenu variables en droit », Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles 1984, pp.131-156.

²⁰⁴⁸ ALLAND Denis, RIALS Stéphane. (dir.), préc., v° *standard*.

²⁰⁴⁹ LAMBERT Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. Préf. MODERNE F., Dalloz, 2005.

²⁰⁵⁰ POUND Roscoe. « Administrative Application of Legal Standards », préc.

²⁰⁵¹ RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, thèse (1978), 1980, 564 p.

²⁰⁵² BLOUD-REY Céline, in ALLAND Denis., RIALS Stéphane. (dir.), précité, v° *standard*.

²⁰⁵³ RIALS Stéphane., *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., p.16 ss. : « Le XIXème siècle se clôt, du point de vue des doctrines juridiques, par un mouvement mondial et de grande ampleur de réaction contre l'Exégèse. C'est une réaction contre un esprit : le scepticisme des positivistes quant au rôle de la raison pratique dans les disciplines juridiques. C'est une réaction contre une méthode : celle qui consiste à privilégier et même à n'utiliser que la déduction, la complétude du système juridique étant posée. ». L'école de l'exégèse est aussi appelée l'école des interprètes du code civil. ; HALPÉRIN Jean-Louis, in ALLAND Denis., RIALS Stéphane. (dir.), précité, v° *exégèse (Ecole)*, selon cet auteur, le mouvement du standard se fait ainsi en réaction contre l'École des interprètes du code civil de 1804 à 1904 qui attribua à la loi un rôle central et rendit inaptés ses exégètes à s'interroger sur les fondements philosophiques du droit, à observer les réalités sociologiques et à prendre en compte les évolutions de la jurisprudence

²⁰⁵⁴ GENY François, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif - Essai critique*, préface de Raymond SALLEILLES, 2^{ème} éd., LGDJ, 1954, v° tome 2, pp.74-75, spéc. 155 ; v. aussi DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, Paris, 1912, p.3 : « Je suis de ceux qui pensent que le droit est beaucoup moins l'œuvre du législateur que le produit constant et spontané des faits. Les lois positives, les codes peuvent subsister intacts dans leurs textes rigides : peu importe ; par la force des choses, sous la pression des faits, des besoins pratiques, se forment constamment des institutions juridiques nouvelles. »

²⁰⁵⁵ PERELMAN Chaïm, *Logique juridique, nouvelle rhétorique (Méthodes du droit)*, Dalloz, 1976, 194 p., spéc. pp. 51 et s. et pp. 113 et s., ; ARNAULD André-Jean, *Les juristes face à la société. Du XIXème siècle à nos jours*, PUF, coll. « Sup », 1975, pp. 105 et s. ; Cités par RIALS Stéphane in *Le juge administratif et la technique du standard*, préc., p. 16.

elles seules, tous les *desiderata* de la vie juridique²⁰⁵⁶.. Cette libre recherche scientifique a ainsi pour origine un « besoin d'adaptabilité » du droit²⁰⁵⁷.

672. Aussi, la multiplication de normes sociales, d'engagements volontaire ou d'exigences nouvelles amènent à considérer que les sources formelles du droit peuvent être insuffisantes pour répondre au « besoin d'adaptabilité » du droit. Il est alors utile de se référer à une technique, celle du standard qui permet de pallier l'insuffisance des sources formelles du droit²⁰⁵⁸. En effet, pour Al-Sanhoury : « ce n'est pas par des règles et des principes qu'on peut arriver à individualiser le droit privé. La règle est, par sa nature même, générale et abstraite. Le principe est encore abstraction de l'ensemble des règles. Il nous faut donc des nouveaux procédés pour réaliser l'adaptabilité du droit privé et l'individualisation de ses solutions. C'est par des directives, "standards", qu'on peut arriver à cette fin. »²⁰⁵⁹. Il indique que l'on parviendrait ainsi à concilier deux besoins en conflit dans tout système juridique : le besoin de stabilité²⁰⁶⁰ et celui d'adaptabilité »²⁰⁶¹. En ce sens, l'emploi d'un standard juridique du comportement sobre répondrait parfaitement à ce double besoin, tant du point de vue de la *stabilité*, entendue comme la sécurité juridique indispensable à la liberté d'entreprendre, que du point de vue de l'*adaptabilité* au regard du besoin d'adaptation des entreprises à un nouvel ordre public écologique. Certains rétorqueront que le standard peut ouvrir la voie à l'arbitraire du juge ou porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs. André Tunc répond que sans le standard, le juge pourrait tout aussi bien déformer la loi et relève : « qu'en toute hypothèse, le magistrat possède un certain pouvoir de fait qu'il est préférable que ce pouvoir lui soit ouvertement délégué par le législateur dans le standard que pris par lui pour répondre aux besoins sociaux devant la carence du législateur pour faire face aux besoins sociaux »²⁰⁶². En d'autres termes, les inconvénients théoriques que pourraient représenter l'existence

²⁰⁵⁶ GENY François, op. cit., pp.74-75, spéc. 155 : selon l'auteur : « l'interprète du droit arrive nécessairement, à un moment où, « dépourvu de tout appui formel, il doit se fier à lui-même, pour découvrir la décision qu'il ne peut refuser (...), le juriste ne joue pas un rôle purement récepteur ou mécanique. Ses facultés propres entrent en scène, pour découvrir et employer, à propos de la formule qu'il applique, les éléments objectifs de tout ordre » ; v. aussi p. 182 spéc. 176, François Gény observe « la nécessité primordiale, dans un système de droit positif, que les sources formelles ne peuvent constituer assez plein et assez souple, pour suffire aux besoins innombrables et sans cesse changeants de la vie », et de souligner la « nécessité de nature, que le droit, qui ne peut se réaliser de lui-même, à la façon d'un mécanisme fatal, mais qui a besoin de la volonté humaine ».

²⁰⁵⁷ AL-SANHOURY Abdel-Ahmed, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, p.144 : « On a cru, pendant longtemps, que le besoin le plus impérieux du droit privé c'est la stabilité, et on lui a sacrifié toute autre chose. On commence maintenant à reconnaître que la stabilité est une chimère; elle ne peut pas résister aux transformations de la vie, et c'est un autre besoin, plus impérieux et moins facile à réaliser, qu'il faut satisfaire : le besoin d'adaptabilité. En d'autres termes, le droit privé, à l'instar du droit pénal, doit être individualisé : à chaque situation juridique sa solution propre, individuelle, la solution la plus appropriée aux circonstances particulières de cette situation. Envisager des hypothèses variées d'une façon abstraite et générale, établir une règle rigide pour les englober en bloc sans tenir compte des particularités de chaque cas, c'est méconnaître la nature même du monde social, nature rebelle à toute uniformisation mathématique. »

²⁰⁵⁸ *Ibid.*, p.144 : l'auteur indique qu'il s'agit de donner « à une nouvelle école, une nouvelle technique ».

²⁰⁵⁹ *Ibid.*

²⁰⁶⁰ *Ibid.*, p.155 : L'auteur observe cependant que cette stabilité ne peut être que relative et non pas absolue puisqu'il est impossible d'exclure l'appréciation personnelle du juge comme en témoigne le flottement de la jurisprudence et les hésitations et contradictions de la doctrine.

²⁰⁶¹ *Ibid.*, p.155

²⁰⁶² TUNC André, «Standards juridiques et unification du droit», *Revue internationale de droit comparé*, 1970, vol. 22, n°2, p. 249.

d'un standard juridique du comportement sobre doivent être confrontés à l'hypothèse de son absence. Il apparaît par conséquent préférable que le magistrat dispose d'un tel outil au regard de la nécessité d'appliquer l'ordre public écologique. Les principes cardinaux proposés plus avant permettant par ailleurs de conforter la caractérisation du contenu du standard du comportement sobre.

673. L'idée de faire du comportement sobre un standard juridique, intervient dans un interstice du droit à combler, et chacun sait que le droit a horreur du vide. En ce sens, le législateur a récemment contribué à introduire le concept de sobriété dans le droit positif mais il est encore éparpillé à travers différents textes, sans qu'il n'existe en qualité de concept autonome et désigné comme tel par le système juridique. Or, il en résulte que la multiplication des engagements volontaires et des normes sociales se heurte à l'absence d'une notion unificatrice permettant d'apprécier la conduite sociétale des entreprises. Le standard juridique du comportement sobre remplirait ainsi ce rôle unificateur à travers la « force normative » qu'il contient, par sa valeur normative, sa portée normative et sa garantie normative²⁰⁶³. Si l'on applique les propositions de Catherine Thibierge à un standard du comportement sobre, il comporterait d'abord une « valeur normative » ayant vocation à fournir une référence, ce que nous pouvons appeler l'attitude théorique attendue. Ensuite, le standard juridique du comportement sobre posséderait une « portée normative », c'est-à-dire servant d'étalon de mesure du comportement sobre normalement attendu dans une situation de fait objective. Enfin, le standard juridique du comportement sobre verrait sa « force normative » assurée par la « garantie normative » d'une sanction du système juridique, assurant dès lors sa validité, par exemple par l'engagement de la responsabilité civile de l'entreprise.

b. Distinction entre standard juridique et notions proches

674. Le juriste américain, Roscoe Pound, distinguait quatre catégories d'instruments juridiques à disposition des juristes : les règles, les principes, les concepts et les standards²⁰⁶⁴. Avant d'envisager plus avant ces distinctions, et justifier l'emploi du standard juridique pour faire exister le comportement sobre en droit, il convient de préciser préalablement la distinction entre standard juridique et d'autres vocables proches tels que le standard technique, la directive, la règle, le principe et le concept.

²⁰⁶³ THIBIERGE Catherine et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009, pp.840-841 ; Selon les travaux dirigés par Mme Catherine Thibierge, la force normative est constituée de trois pôles qui s'autoalimentent, la valeur normative qui a vocation à fournir référence ; la portée normative qui est le fait de servir de référence ; et la garantie normative qui est la réaction potentielle et/ou effective du système juridique pour assurer le respect et la validité de la norme.

²⁰⁶⁴ POUND Roscoe, *Reports of American Bar Association. Administrative Application of Legal Standards*, vol. 44, 1919, p.454 : « *We have rules, in the sense in which a real-property lawyer thinks of them, but we have much besides; and I venture to think we shall understand the matter much better by distinguishing rules, principles, conceptions and standards. This may seem unduly complex. But life, which law is to govern, is a complex thing, and modern law requires and possesses a diversity of instruments for the purpose* ». Accessible en ligne : <https://hdl.handle.net/2027/coo.31924071212181>, consulté le 7 septembre 2017.

675. Le standard juridique doit tout d'abord être distingué du « standard technique », ce dernier constitue une norme privée de « normalisation », au sens technique, c'est par exemple le cas des normes ISO ou AFNOR²⁰⁶⁵. Le standard juridique doit encore être distingué de la « directive administrative » qui permet de fixer les orientations d'application d'une loi ou d'un règlement²⁰⁶⁶. Selon Hauriou qui fait également cette distinction entre standard et directive, le standard est l'instrument qui permet au commandant de faire le point en longitude et en latitude tandis que la directive est la route à suivre, dégagée grâce à l'emploi de cet instrument standard²⁰⁶⁷. Si nous reprenons cette distinction métaphorique, le standard s'apprécie davantage comme la détermination d'une situation tandis que la directive serait le moyen de parvenir à ce positionnement, c'est-à-dire d'atteindre le comportement visé, d'atteindre le standard souhaité.

676. S'agissant ensuite de la différence entre standard et règle, Roscoe Pound indique que les règles constituent le fondement de la loi. Il donne l'exemple des codes anciens, comme celui d'Hammurabi, qui contenait de multiples règles détaillées pour des situations précises, soit : « *a fixed and definite result for a fixed and definite situation of fact* »²⁰⁶⁸. Le Code babylonien d'Hammurabi prévoit par exemple que : « Si un homme, négligent à fortifier sa digue, n'a pas fortifié sa digue, et si une brèche s'est produite dans sa digue, et si le canton a été inondé d'eau, l'homme sur la digue de qui une brèche s'est ouverte, restituera le blé qu'il a détruit. »²⁰⁶⁹. Al-Sanhoury observe dans un sens similaire que « la règle donne une solution fixe à une hypothèse déterminée », il y a donc « fixité quant aux faits prévus, et fixité quant à la solution applicable à ces faits » ; or, l'auteur nous explique que le standard n'a pas cette fixité, il est une « grande ligne de conduite, une directive générale pour guider le juge »²⁰⁷⁰. Poursuivant sa comparaison, Al-Sanhoury observe que le juge « se borne à appliquer la règle d'une façon mécanique » alors qu'au contraire l'application du standard « exige un pouvoir discrétionnaire, l'intuition d'un expert ; il lui faut non pas le travail d'une machine aveugle, mais le doigté d'un artisan

²⁰⁶⁵ International Organization for Standardisation (ISO) et Association Française de Normalisation (AFNOR). V° par exemple la récente norme volontaire NF Z42-026 publié par l'AFNOR relative à la fiabilité des copies numériques pour satisfaire à l'article 1379 al.2 du code civil. Notons que la numérisation participe de la sobriété puisque cela réduit la consommation de papier, v° Le Monde, « La difficile quête du "zéro papier" », supplément économie, 3 septembre 2017.

²⁰⁶⁶ CORNU Gérard, *Vocabulaire Juridique*, 10^eéd., v° directive au sens administratif. « Norme par laquelle une autorité disposant d'un pouvoir d'appréciation se fixe à elle-même, ou prescrit à une autre autorité une ligne de conduite dans l'exercice de ce pouvoir ». Selon le guide de légistique publié sur le site internet de Légifrance, : la directive administrative permet, par exemple dans une circulaire (aussi appelée « note de service »), de fixer des orientations au vu desquelles les décisions individuelles seront prises par les autorités qui en sont les destinataires en application de la loi ou du règlement : <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique2>, consulté le 26 avril 2019.

²⁰⁶⁷ HAURIOU Maurice, *Police juridique et fond du droit : à propos du livre d'Al-Sanhoury : Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon*, Sirey, 1926, 30 p., spéc. p.9, cité par AL-SANHOURY Abdel-Ahmed, in « Le standard juridique », Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Sirey, 1934, p. 145

²⁰⁶⁸ POUND Roscoe, art. préc., p. 454 : « *Rules were the staple of the beginnings of law. Ancient codes are made up of a series of detailed rules for definite situations. "If a free man strike a free man", says Hammurabi, "he shall pay ten shekels of silver". (...) All these prescribe a fixed and definite result for a fixed and definite situation of fact.* »

²⁰⁶⁹ Traduction française de SCHEIL Vincent, *La loi de Hammourabi – vers 2000 av. J.-C.*, éd. Ernest Leroux, Paris, 1904, p.13, §53, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00766666>, consulté le 6 septembre 2017.

²⁰⁷⁰ AL-SANHOURY Abdel-Ahmed, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, p.145. Notons sur ce point que l'auteur ne distingue pas directive et standard comme l'effectue Hauriou.

habile ; et elle aboutit, non pas à la solution invariable que donne l'application de la règle, mais à des solutions variées et concrètes, chacune d'elles adaptée aux particularités des faits en présence. À la fixité et la rigidité de la règle s'opposent avantagusement la souplesse et l'adaptabilité du standard.»²⁰⁷¹. Le standard juridique permet ainsi l'exercice d'une capacité de réflexion et de discernement plus précis des faits par le juge, ce qui n'est pas forcément le cas en l'absence de standard lors de l'application mécanique d'une règle.

677. S'agissant par ailleurs de la distinction entre standard et principe, Roscoe Pound envisage le principe comme « prémisses du raisonnement juridique » sur lequel s'appuyer pour interpréter les règles nouvelles et anciennes, appréhender les nouvelles situations, mesurer la portée et l'application des règles et standards, et les concilier lorsqu'ils entrent en conflit²⁰⁷². Al-Sanhoury précise pour sa part que le principe est l'idée commune abstraite, qui permet de conduire à l'établissement d'un ensemble de règles, il s'agit de la projection d'une conception idéale purement subjective, en une réalité permanente et objective²⁰⁷³. Or, le standard ne possède pas cette abstraction, selon cet auteur, le standard est formulé concrètement ; « sans abstraction ni généralisation ; il suppose par son essence même, qu'il y a plusieurs façons de se conduire selon les circonstances, et c'est au juge qu'incombe la tâche délicate de déterminer dans telles circonstances quelle est la meilleure façon de se conduire. »²⁰⁷⁴.

678. Le standard doit enfin être distingué du concept, qui apparaît encore plus abstrait que le principe et renvoie à l'idée que l'on se fait de quelque chose²⁰⁷⁵. Pour Roscoe Poud, les concepts ou « conceptions juridiques » sont des catégories plus ou moins bien définies auxquelles se référer ou par lesquelles on distingue des situations types, de telle sorte que lorsqu'une situation concrète se présente il est possible d'y attacher les conséquences juridiques de la catégorie à laquelle elle appartient, par exemple la vente, le bail ou encore

²⁰⁷¹ AL-SANHOURY Abdel-Ahmed, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, p.146.

²⁰⁷² POUND Roscoe, art. préc., p. 455. « *A second element may be called principles. These are general premises for judicial and juristif reasoning, to which we turn to supply new rules, to interpret old rules, to meet new situations, to measure the scope and application of rules and standards and to reconcile them when they conflict.* » Pour illustrer ses propos, l'auteur indique que le principe de l'enrichissement sans cause inspire le quasi-contrat ou encore que la responsabilité est le corollaire de la faute : « *Examples may be seen in the principle that one person is not to be enriched unjustly at the expense of another, which is used in declaring constructive trusts and is behind the rules as to quasi contract ; the principles that liability is a corollary of fault, which has played so large a part in the modern law of torts* ».

²⁰⁷³ AL-SANHOURY Abdel-Ahmed, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, p.146: « Ce qui caractérise le « principe », c'est l'abstraction. On arrive à dégager de l'ensemble des règles un principe par un travail de pure induction logique, en éliminant les particularités de chaque règle, pour ne retenir qu'une conception idéale et purement subjective et en faire une réalité permanente et objective. Le standard est essentiellement différent. Il n'a rien d'abstrait. Il se borne à formuler la façon normale de se conduire, sans abstraction ni généralisation ; il suppose par son essence même, qu'il y a plusieurs façons de se conduire selon les circonstances, et c'est au juge qu'incombe la tâche délicate de déterminer dans telles circonstances quelle est la meilleure façon de se conduire. Au caractère abstrait et subjectif du principe, on peut opposer le caractère concret et objectif du standard. »

²⁰⁷⁴ AL-SANHOURY Abdel-Ahmed., « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, p.146

²⁰⁷⁵ V° BIOY Xavier, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », in TUSSEAU Guillaume (dir.), *Les notions juridiques*, coll. Etudes juridiques, Economica, 2009, pp.21-53

le contrat²⁰⁷⁶. Pour cet auteur, les concepts permettent ainsi au juriste d'ordonner différentes situations en catégories. Sur ce point, il y a lieu de préciser la distinction que nous avons opérée entre d'une part, « la sobriété » et d'autre part, « le comportement sobre appliqué à l'entreprise ». L'une tient lieu de concept juridique comme *criterium* afin de bien distinguer, ce qui relève de la conception théorique en vue de sa déclinaison aux entreprises sobres par opposition à celles qui ne le sont pas. L'autre relève de l'application pratique de ce concept à l'entreprise à travers la pensée d'une sobriété de l'avoir, du faire et de l'être, soit du comportement sobre en qualité de standard juridique et comme déclinaison de la sobriété dans sa définition large.

679. Une fois le standard distingué des autres notions, il nous faut maintenant envisager plus précisément la définition du standard et sa fonction qui permet l'appréciation d'un comportement moyen, en l'occurrence, le suivi d'un comportement sobre.

2. Le standard juridique comme procédé d'appréciation du comportement sobre

680. Selon Roscoe Pound, le standard juridique est une mesure de conduite légalement définie telle que la bonne foi ou la faute, qui contient souvent un large élément moral et dont l'application par le juge fait appel au bon sens ou au jugement moyen, plutôt qu'à une déduction logique²⁰⁷⁷. Le standard juridique possède donc par définition un contenu *a priori* indéterminé, imprécis ou flou²⁰⁷⁸. Il est encore « une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif (englobant et plastique, mais normatif) qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière des données extralégales ou même extrajuridiques (références coutumières, besoins sociaux, contexte économique et politique), occasion d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant »²⁰⁷⁹. Cette définition ne nous semble pas satisfaisante car elle ne détermine pas précisément l'origine ou l'auteur du standard et le « renvoi implicite de la loi » comporte un certain flou.

²⁰⁷⁶ POUND Roscoe, art. préc., p.455 : « A third element may be called legal conceptions. These are more or less well-defined types to which we refer or by which we classify cases, so that when a particular case is so classified we may attribute to it the legal consequences attaching to the type. Examples are sale, bailment, lien, trust, contract, tort. »

²⁰⁷⁷ POUND Roscoe, art. préc., p. 456.

²⁰⁷⁸ GÉNIAUT Benoît, « La force normative des standards juridiques. Eléments pour une approche pragmatique », in THIBIERGE Catherine et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p.183 : « C'est que les termes ou expressions, au contenu *a priori* indéterminé, imprécis ou flou, tels que l'intérêt de l'enfant, la faute, le sérieux ou encore le raisonnable, n'ont cessé de remettre en cause la vision d'un droit dont la considération formelle assurerait la prévisibilité de ses solutions. »

²⁰⁷⁹ CORNU Gérard, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, 10^eéd., v° *standard*.

681. Plus précise et sans doute plus complète, la définition générale du standard donnée par le professeur Rials s'entend d'une :

« Technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité, dans la double acception de ce terme. Le standard présente trois caractéristiques fonctionnelles essentielles dont il n'a d'ailleurs pas nécessairement l'exclusivité :

- il opère en fait sinon en droit un transfert du pouvoir créateur de droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique ou si ces deux missions sont assumées par la même autorité, il contribue à réserver le pouvoir de cette dernière ;
- il assure trois missions rhétoriques liées de persuasion, de légitimation et de généralisation ;
- il permet une régularisation permanente du système juridique. »²⁰⁸⁰.

682. Constituent par exemple des standards juridiques : l'ordre public et les bonnes mœurs tels qu'ils figurent à l'article 6 du code civil²⁰⁸¹, la bonne foi, l'intérêt de l'enfant, la faute, le dol ou encore la fraude qui sont des standards utilisés au quotidien, tant en droit des contrats, en droit de la famille qu'en droit des biens²⁰⁸². À cet égard, M. Stéphane Rials expose que le standard juridique constitue un instrument de mesure caractérisé par « l'idée de normalité » qui, « à l'état pur se manifeste dans des termes comme normal, anormal, exceptionnel, particulier, spécial, excessif, exagéré, abusif, extraordinaire, exorbitant, (...) satisfaisant, défectueux, courant, grave, manifeste, nettement, clair, notable, notoire, sensiblement, sérieux, valable, légitime, convenable, impropre et même proportionné »²⁰⁸³. Nous pourrions ainsi facilement ajouter à cette liste le terme de « sobre » pour qualifier le comportement sobre moyen, normalement attendu d'une entreprise.

683. Par ailleurs, l'auteur distingue deux types de normalité : la *normalité descriptive* pour ce qui représente la moyenne des comportements au sens statistique ; et la *normalité dogmatique* pour ce qui est « habituellement pensé » ou « ce que pensent certaines

²⁰⁸⁰ RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, 1980, p.120.

²⁰⁸¹ V° par ex. Cass. civ., 4 décembre 1929 *Croizé c. Veaux*, GAJC, t. 1, n° 13 : « Une cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prohibée par la loi. »

²⁰⁸² V° par ex. Cass. com., 10 juillet 2007 *Soc. Les Maréchaux*, GAJC, t. 2, n° 164, s'agissant de l'article 1134 du code civil : « Si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties » ; Civ. 5 novembre 1913 *Veuve Picot*, GAJC, t. 1, n°35 sur la bonne foi dans le mariage ; Civ. 29 octobre 1899 *Rawane-Boye c. Chemin de fer de Dakar à Saint-Louis*, GAJC, t. 1, n°81, sur l'article 2265 du code civil et l'acquéreur de bonne foi.

²⁰⁸³ RIALS Stéphane, « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), « Les notions à contenu variables en droit », Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles 1984, p. 43 .

personnes plus exigeantes que ne l'est la société globalement »²⁰⁸⁴. Aussi, il ne s'agit pas de concevoir une *normalité dogmatique* du comportement sobre, nécessairement condamnée à rester théorique, mais d'envisager l'emploi d'une *normalité descriptive*, à partir : du concept de sobriété, de la législation relative à la sobriété précédemment recensée, ainsi que précisé à l'aide des principes cardinaux du comportement sobre qui sont envisagés ultérieurement (proportionnalité, subsidiarité, temporalité et solidarité écologiques) et enfin, de la pratique croissante des entreprises à adopter engagements volontaires et normes sociales²⁰⁸⁵.

684. C'est à travers l'ensemble de ces éléments que le juge pourrait ainsi appréhender le comportement sobre normalement attendu de l'entreprise, sans qu'il soit nécessaire de déterminer précisément ledit comportement sobre, justement en raison de sa qualité de standard juridique qui doit pouvoir conserver une certaine indétermination. En effet, selon les définitions envisagées, le standard juridique comporte un contenu, dont le caractère « élastique », est volontairement entretenu pour répondre aux contingences des situations de faits et de droit. Or celles-ci sont nécessairement changeantes au fil des évolutions de la société. En ce sens, le comportement sobre n'a pas, et ne doit pas recevoir, de contenu précisément déterminé, malgré l'effort de conceptualisation réalisé, car il découle lui-même d'un concept de sobriété et de l'idée plus large d'ordre public écologique. Le standard juridique du comportement sobre permet ainsi l'appréciation du comportement des entreprises à droit constant sans la nécessité de modifier le droit écrit tout en tenant compte des découvertes scientifiques et de l'état de dégradations de l'environnement. Tout comme la bonne foi issue du droit romain a traversé les époques, elle est toujours utilisée comme standard juridique malgré les évolutions de la société.

685. Preuve de toute l'acuité, encore aujourd'hui, de la pensée de François Gény et du mouvement des standards mis en lumière par le professeur Stéphane Rials, le professeur Pierre Mousseron observe que si : « Les valeurs républicaines, le respect dû aux lois remplissent les discours politiques. Du côté des juridictions, le son de cloches est dissonant. L'inflation législative incontrôlée conduit à une ineffectivité croissante du droit légiféré. Les juges hésitent de moins en moins à recourir à un droit plus informel, dit spontané, composé d'usages et de coutumes »²⁰⁸⁶.

686. Aussi, en l'absence d'un véritable droit légiféré de la sobriété, le recours au droit non-écrit avec le standard juridique du comportement sobre est-il justifié.

²⁰⁸⁴ RIALS Stéphane, « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), *Les notions à contenu variables en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 44.

²⁰⁸⁵ BENISTY Samuel, La norme sociale de conduite saisie par le droit, préc.

²⁰⁸⁶ MOUSSERON Pierre, « La France : République coutumière ? », D. 2016, p. 305, à propos d'un arrêt du 4 décembre 2015 rendu par la cour de discipline budgétaire et financière siégeant à la cour des comptes : « Cette référence expresse aux usages ne nous choque pas ; bien au contraire. C'est la croyance aveugle dans les vertus de la seule loi qui nous surprend. Notre pays n'a pas vocation à vivre indéfiniment sous le corset de textes qui l'asphyxient et écartent tout comportement même admis par une communauté. Aussi critiquable soit-il, l'usage observé par la Cour a le mérite de rappeler les limites humaines des textes légiférés. Le Parlement fait la loi mais le peuple est souverain. »

687. Un tel recours au standard juridique du comportement sobre présente l'intérêt de faciliter la tâche du juge dans l'appréciation du comportement sobre des sociétés commerciales lorsque les sources formelles du droit sont insuffisantes. Pour le professeur Gérard Farjat, « les standards peuvent permettre la juridicisation de dispositions des codes de conduite »²⁰⁸⁷, c'est-à-dire leur accès à une certaine juridicité²⁰⁸⁸ ou, plus simplement, leur appréciation par le juge lorsqu'ils seraient invoqués devant lui. De la même manière, le professeur François-Guy Trébulle souligne que dès lors qu'une société commerciale adopte une démarche de responsabilité sociétale, celle-ci élève par conséquent son niveau d'exigence qu'elle revendique, et par là-même élève les conditions d'analyse de la normalité de son comportement²⁰⁸⁹. En d'autres termes, une société se revendiquant socialement responsable pourrait voir son comportement apprécié plus sévèrement qu'au regard d'une société n'ayant pas adopté de tels engagements au-delà de ce que la législation requiert. C'est notamment lors de l'affaire du pétrolier *Erika*²⁰⁹⁰, sur le fondement d'un comportement volontaire – le *vetting* – adopté par la société Total, que le juge s'est appuyé pour condamner ladite société et a par conséquent, élevé les « conditions d'analyse de la normalité du comportement »²⁰⁹¹ de l'entreprise.

688. En effet, il convient de relever la vitesse à laquelle les entreprises ont multiplié ces dernières années l'adoption d'engagements volontaires et de « normes sociales », selon la conceptualisation de Samuel Benisty qui parle à leur propos de « norme de rien » pouvant devenir quelque chose lorsqu'elle est saisie par le droit et comporter un empire théoriquement illimité²⁰⁹². Partant, ces normes renferment pour certaines, la potentialité d'être attirées par le droit. Le standard du comportement sobre constituant ainsi, « l'aimant magnétique » employé par le juge, pour attirer les normes informelles vers la juridicité.

²⁰⁸⁷ FARJAT Gérard., «Réflexion sur les codes de conduite privés», Mélanges Berthold Goldman, 1982, Litec, p. 62

²⁰⁸⁸ V. *supra* sur la « juridicité » des engagements volontaires, CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique* (dir.), préc. : « Caractère de ce qui relève du Droit, par opposition aux mœurs, à la morale, aux convenances. Exemple le *dolus bonus* est un dol qui n'atteint pas un seuil de juridicité ». Ainsi peut-on s'interroger de la même manière sur la juridicité des engagements volontaires au même titre que la morale ou les mœurs. Pour une étude complète sur la juridicité v. BARRAUD Boris, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », Arch. phil. Droit 56, 2013, p.367 : « La juridicité est la qualité de ce qui est juridique, de ce qui est droit », p. 368 : « L'échelle de juridicité aspire à mettre en lumière (toute) les spécificité du droit par rapport aux autres systèmes normatifs que sont la morale, la religion, la technique ou encore la nature. ». L'auteur identifie six critères de la juridicité dont la valeur, la validité, la qualité, la sanction, l'application et l'efficacité.

²⁰⁸⁹ TRÉBULLE François-Guy, « Responsabilité sociale des entreprises », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, précité, spéc. 37.

²⁰⁹⁰ Cass. crim., arrêt n°3439 du 25 septembre 2012, n° 10-82938.

²⁰⁹¹ V° *Ibid*, spéc. 38 « celui qui revendique haut et fort le fait de se soumettre à des règles particulières en matière sociale et environnementale ne se place plus sous la seule comparaison du bon professionnel normalement diligent mais se situe volontairement à un degré d'exigence renforcé dont il faut tenir compte : la violation des obligations souscrites dans ce cadre devra donc nécessairement être sanctionnée alors même que le droit commun conduirait à l'excuser ».

²⁰⁹² BENISTY Samuel, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Institut Universitaire Varenne, Coll. des Thèses, LGDJ, 2014, n°276 et 279 ; cité par PIGNARRE Geneviève, « Samuel Benisty, La norme sociale de conduite saisie par le droit », RTD civ., 2014, p.746 ; v. aussi MUIR WATT Horatia, « Benisty (Samuel), La norme sociale de conduite saisie par le droit », rev. crit. DIP, 2015, p. 293.

689. Si le contenu du standard du comportement sobre apparaît encore flou à ce stade – ce qui est le propre du standard puisqu’il est nécessairement obscurité et lumière à la fois –, il pourrait à tout le moins, trouver à s’appliquer devant une juridiction car le standard est essentiellement un « procédé qui permet au juge de prendre en considération le type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d’actes qu’il s’agit de juger »²⁰⁹³. Le standard du comportement sobre représenterait ainsi pour le juge un « outil d’analyse du comportement des parties à un contrat ou des auteurs d’une faute »²⁰⁹⁴, ce qui présenterait l’avantage d’appréhender les multiples situations d’espèces, aussi nombreuses qu’il existe d’engagements volontaires différents.

690. Le contenu du standard juridique du comportement sobre, nécessairement souple, serait ainsi à rechercher dans le concept de sobriété dans une version élargie, c’est-à-dire qu’il serait non seulement basé sur l’action qui consiste à maîtriser quantitativement et qualitativement l’utilisation de ressources naturelles qui concourent aux activités économiques et tend à limiter les nuisances sur l’homme et l’environnement, mais aussi sur l’appréciation comportementale de cette action en considération d’un contenu du comportement sobre dont les contours doivent pouvoir être précisés à l’appui d’autres standards juridiques tel que le standard de la bonne foi. Il convient ainsi d’examiner plus précisément en quoi le comportement standard attendu d’une entreprise, se déclarant responsable à travers l’adoption d’engagements volontaires et de normes sociales voire en l’absence de toute démarche en considération du fait qu’une entreprise doit opérer une transition écologique, pourrait être contrôlé par la technique du standard juridique pour apprécier la responsabilité juridique de l’entreprise.

B. Le standard du comportement sobre

691. L’idée d’employer la notion de standard juridique, en ce qu’il permet l’analyse des comportements autrement que par la seule source de la loi, n’est pas nouvelle comme nous avons pu le voir précédemment à travers le renouvellement des sources du droit initié par François GénY²⁰⁹⁵. C’est en ce sens que nous proposons l’application d’un standard du comportement sobre aux entreprises comme outil d’appréciation de leur responsabilité juridique, en présence, voire en l’absence d’engagements volontaires. Toutefois, un obstacle se présente immédiatement puisque le standard du comportement sobre n’existe pas dans la législation et celui-ci ne peut faire l’objet que de développement théoriques à partir de textes épars, alors même que le concept de sobriété ne fait pas encore l’objet d’une reconnaissance autonome dans la loi. La difficulté peut toutefois être levée par l’idée de « standard jurisprudentiel » en l’absence de texte de loi consacrant ce standard. En effet, deux approches d’identification du standard issues de la thèse du

²⁰⁹³ MARTY Gabriel, RAYNAUD Pierre, *Droit civil, Introduction générale à l’étude du droit et des institutions judiciaires*, Sirey, 1956, t.1, n°62.

²⁰⁹⁴ TRÉBULLE François-Guy, « Responsabilité sociale des entreprises (entreprises et éthique environnementale) », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, actualisation de juillet 2018, spéc. 37.

²⁰⁹⁵ GENY François, op. cit.

professeur Rials, peuvent être envisagées. Une méthode déductive à partir du standard textuel et une méthode inductive à partir du standard jurisprudentiel²⁰⁹⁶. D'une part, nous verrons que la méthode déductive à travers le *standard textuel* ne permet pas l'application directe d'un standard du comportement sobre pour la raison évidente que ce dernier n'existe pas dans les textes en tant que tel, mais nous verrons qu'il est possible d'envisager une application indirecte par le biais d'un autre standard comme celui de la bonne foi (1). D'autre part, la reconnaissance d'un *standard jurisprudentiel* du comportement sobre permettrait d'apprécier la responsabilité de l'entreprise par une méthode inductive à partir de l'utilisation du contenu des engagements volontaires et d'autres éléments du champ de la normativité informelle (2).

1. Le standard textuel comme appui d'appréciation indirecte du comportement sobre

692. Le professeur Rials qualifie de « standard textuel », les standards constitutionnels²⁰⁹⁷, les standards législatifs²⁰⁹⁸ ou réglementaires²⁰⁹⁹ ou encore issus de conventions internationales²¹⁰⁰. Il y a lieu de constater que le standard du comportement sobre n'entre à ce jour dans aucune de ces catégories. Toutefois, d'autres standards juridiques textuels sont mobilisables pour apprécier la responsabilité juridique de l'entreprise et le respect d'un comportement sobre. En réalité, nous pensons que ceux-ci permettraient, indirectement, de procéder par étape dans l'attente – souhaitée – d'une véritable consécration du standard du comportement sobre par le législateur ou par le juge. Aussi, pour donner au standard du comportement sobre une portée effective, des standards comme la faute, la bonne foi, le dol, la fraude, l'ordre public ou les bonnes mœurs peuvent être mobilisés pour qualifier le comportement de l'entreprise visée de non-sobre et permettre l'engagement de sa responsabilité juridique. Il faut alors préciser le sens de ces standards textuels (a) avant de donner une illustration avec le standard de la bonne foi qui pourrait constituer une voie d'entrée du comportement sobre (b).

a. Le standard textuel : technique de délégation du pouvoir au juge

693. C'est donc une approche globale qu'il s'agit d'adopter dans un premier temps par l'emploi combiné de plusieurs standards. Or ces standards peuvent parfois apparaître en filigrane dans les engagements volontaires des entreprises et ainsi, sans avoir à procéder par une véritable induction de leur contenu, le juge aurait seulement besoin de passer par

²⁰⁹⁶ RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, 1980, pp. 36-44 et pp. 55-57

²⁰⁹⁷ *Ibid.*, p.38, l'auteur cite par exemple la « juste indemnisation » de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme.

²⁰⁹⁸ *Ibid.*, pp.39-41, l'auteur cite pêle-mêle : « l'excuse valable » ; le « stock normal d'une entreprise », le « bénéfice normal » ou « exceptionnel », le « prix normal », « la durée normale d'utilisation », les rémunérations de dirigeants « excessives eu égard à l'importance du service rendu ».

²⁰⁹⁹ *Ibid.*, p.43, l'auteur cite par exemple la « quantité de pollution produite un jour normal » (Art. 3 D. 28.10.1975, AJ 1976. 50).

²¹⁰⁰ *Ibid.*, p.44, par exemple dans les traités européens avec les « limitations justifiées par des raisons d'ordre public ».

une simple reformulation en standard textuel. En ce sens et s'interrogeant sur « les sources d'inspiration des codes d'éthiques », le professeur Daniel Tricot observe que les codes d'éthique « incitent à définir des standards de comportement (...) invitent à effectuer une appréciation globale des comportements en transposant la notion jurisprudentielle de la faute de gestion commise envers les associés ou la société »²¹⁰¹. Aussi selon cet auteur, les conseils et recommandations négatifs ou positifs qui figurent dans les codes d'éthiques s'inspirent directement des éléments de la faute de gestion caractérisée par « la réunion, dans une sorte de bouquet vénéneux, d'une série de comportements inappropriés, d'une collection de comportements maladroits »²¹⁰².

694. Partant, les standards textuels de faute, de bonne foi, d'ordre public ou encore de loyauté pourraient clairement être décelés par le juge dans un engagement volontaire ou une norme sociale souscrit par l'entreprise lorsque cet engagement ferait clairement allusion, directement ou indirectement par l'emploi d'un terme synonyme, à un standard textuel existant comme la faute. Pour le professeur François-Guy Trébulle :

« Celui qui revendique haut et fort le fait de se soumettre à des règles particulières en matière sociale et environnementale ne se place plus sous la seule comparaison du bon professionnel normalement diligent mais se situe volontairement à un degré d'exigence renforcé dont il faut tenir compte : la violation des obligations souscrites dans ce cadre devra donc nécessairement être sanctionnée alors même que le droit commun conduirait à l'excuser »²¹⁰³.

695. Aussi, le standard du comportement sobre offre-t-il un instrument d'appréciation du comportement normalement attendu par une entreprise qui choisirait d'augmenter ses engagements au-delà de ce que, non pas le droit requiert, mais de ce la législation requiert²¹⁰⁴. En effet, cet engagement peut être appelé à subir un contrôle du juge, interprète non seulement de la loi et des sources formelles tels que le standard, l'usage ou la coutume, mais aussi du droit en général et des sources informelles à la force normative incertaine, qui pourtant le compose si l'on retient une conception large de notre système juridique.

696. Toutefois, sans précision du législateur, les standards seraient creux si le juge ne venait pas en définir le champ d'application et le contenu. Dans ce sens, le professeur Rials adopte, à côté d'une définition matérielle du standard textuel, une définition fonctionnelle en ce que le standard représente une technique de délégation du pouvoir aux autorités d'exécution, notamment en raison de l'interdiction faite au juge, par l'article 4 du code

²¹⁰¹ TRICOT Daniel, « 3 questions - Les sources d'inspiration des codes d'éthique », JCP E, n°40, 2 octobre 2014, p. 703.

²¹⁰² *Ibid.*

²¹⁰³ TRÉBULLE François-Guy, précité ; OSMAN Filali, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », RTD civ. 1995, p. 509, spéc. p. 524 ; et BERGEL Jean-Louis (dir.), *Droit et déontologies professionnelles*, Lib. univ. Aix-en-Provence, 1997, p. 13.

²¹⁰⁴ Si l'on considère que le droit est plus que la simple réunion des textes législatifs.

civil, de commettre un déni de justice²¹⁰⁵. Le standard textuel est par conséquent à la fois une « technique de délégation de pouvoir » et une « technique de réservation du pouvoir » de telle sorte que le juge n'épuise jamais vraiment l'étendue de son pouvoir par une formule trop rigide²¹⁰⁶. Partant, si les standards juridiques existants, possèdent en eux-mêmes, un potentiel d'enrichissement de leur contenu, cela donne une relative latitude au juge pour y intégrer le comportement sobre et dans l'attente d'une souhaitable consécration en tant que standard juridique autonome. A défaut, une voie alternative peut être trouvée pour intégrer le comportement sobre au sein des standards juridiques puisque ce dernier pourrait prendre forme dès à présent dans le standard de la bonne foi.

b. L'intégration du comportement sobre dans le standard de la bonne foi

697. En l'absence d'un standard autonome du comportement sobre à ce jour, ce dernier peut être rattaché au standard juridique textuel de la bonne foi qui est l'attitude, la qualité morale ou l'ignorance légitime, traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au droit²¹⁰⁷. Sa place dans le Code civil a récemment été consacrée par la réforme du droit des obligations issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016²¹⁰⁸ et codifiée à l'article 1104 du code civil qui dispose désormais que : « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public »²¹⁰⁹.

698. Classiquement, la bonne foi intervient dans l'exécution d'une obligation contractuelle et son manquement est générateur de sanctions sous la forme de dommages et intérêts et/ou

²¹⁰⁵ RIALS Stéphane, op. cit, p.56

²¹⁰⁶ *Ibid.*, p.57, l'auteur nuance sur ce point l'approche de Maurice Hauriou qui indique que le standard autolimité le pouvoir du juge.

²¹⁰⁷ V. CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., v° *bonne foi* : « Attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au Droit qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi ». V. aussi ZOLLER Elisabeth in ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, 1^{er}éd., 2003, v° *bonne foi*, l'auteur distingue trois sens à la bonne foi, elle est d'abord un critère d'interprétation d'un texte juridique selon son esprit, elle s'oppose donc au formalisme et au droit strict; elle est ensuite une qualité morale, être de bonne foi c'est faire preuve d'un esprit loyal, sincère, honnête et être fidèle à la parole donnée; elle est enfin une croyance erronée à l'existence d'une certaine situation juridique, c'est une bonne foi objective qui est alors présumée. Et également LE TOURNEAU Phillipe et POUMAR Matthieu, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2017, v° *Bonne foi*, spéc. 3,4 et 19 : Les auteurs désignent les deux derniers sens de la bonne foi développés par Mme Elisabeth Zoller comme d'un « comportement loyal » et en comme une « ignorance légitime ». Les deux auteurs du répertoire envisagent encore la bonne foi comme une « norme de comportement » et un « devoir général de conduite » sans pour autant retenir la qualification de standard juridique contrairement à MAINGUY Daniel, « Le contractant, personne de bonne foi ? », in Faculté de droit de Montpellier, *La réforme du droit des contrats et des obligations*, Publications de la faculté de droit de Montpellier, 2015, Actes de colloque, p. 83 : « la formule, souvent employée, d'obligation de bonne foi, n'a aucun sens : la bonne foi est un standard juridique sur la base duquel des obligations ou des comportements s'imposent en fonction des interprétations dégagées par le juge ». Notons encore que si le professeur MEKKI Mustapha, « La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013 », [en ligne : www.mekki.fr/files/sites/37/2015/09/Bonne-foi-Mekki.pdf], juin 2014, consulté le 23 août 2018, indique que la bonne foi est un principe général du droit, il observe dans le même temps que « le juge sait raison gardée lorsqu'il est de sa responsabilité de mettre en œuvre des standards juridiques tels que la bonne foi », v. aussi du MEKKI Mustapha, « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », RDC, 1^{er} septembre 2015, n°3, p. 651.

²¹⁰⁸ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°35 du 11 février 2016, texte n°26.

²¹⁰⁹ Depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et à compter du 1^{er} octobre 2016.

de résolution du contrat²¹¹⁰. Suite à la réforme du droit des obligations, la bonne foi a vu son contenu s'enrichir, car elle étend désormais son empire à la négociation du contrat et à la conclusion du contrat²¹¹¹. Aussi, il existe un débat sur la qualification exacte de la bonne foi puisque l'article 1104 qui l'intègre désormais en tant que standard textuel n'en donne pas de définition. Le professeur Pascal Ancel observe que dans un certain nombre de jurisprudences, les juges sanctionnent le manquement à la bonne foi sans viser expressément l'obligation qui aurait été violée²¹¹². La bonne foi est donc essentiellement virtuelle dans le sens où son contenu n'est pas déterminé, ce qui renvoie en réalité à la définition du standard juridique, notion à contenu indéterminé.

699. A cet égard, la plupart des auteurs définissent la bonne foi comme un « devoir général de comportement », une « norme générale de conduite »²¹¹³, ce qui renvoie alors à la définition même du standard juridique. La bonne foi peut d'autant plus être qualifiée de standard en ce qu'elle ne reçoit pas une définition unique et intangible et emporte, de ce fait, une part de relativité, en fonction du contexte économique et sociologique ainsi que du moment où elle intervient²¹¹⁴. En effet, elle se définit surtout par l'action attendue, l'attitude juste, le comportement normal souhaité, ainsi « agir de bonne foi, c'est agir raisonnablement et loyalement »²¹¹⁵. En d'autres termes encore, « la solidarité qu'instaure, pour cause d'utilité sociale, le lien contractuel, prive chaque partie du droit égoïste de se désintéresser de ses partenaires et, en outre, lui impose de s'abstenir de tout acte susceptible de leur nuire. »²¹¹⁶. La bonne foi comporte donc un double volet positif et négatif²¹¹⁷. Au-delà de l'obligation de faire par l'adoption d'un comportement normalement attendu, la bonne foi contient également l'obligation de ne pas faire ou en tous les cas, de s'abstenir, d'actes pouvant nuire.

700. Si la bonne foi reçoit la qualification de standard juridique, son contenu ou le devoir général de comportement, est par définition appelé à s'enrichir. Or, le comportement sobre pourrait venir participer de cet enrichissement, notamment sur le fondement d'un impératif de refus de désintéressement²¹¹⁸ (i) ou sur les principes doctrinaux de

²¹¹⁰ ANCEL Pascal., « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat – Retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, LexisNexis Litec, Dalloz, 2011, p. 68.

²¹¹¹ LE TOURNEAU Phillipe et POUMAR Matthieu, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2017, v° *bonne foi*, spéc. 16.

²¹¹² ANCEL Pascal, art. précit., p.68-69 : « La sanction est prononcée directement à partir de la constatation que le contractant n'a pas exécuté le contrat de bonne foi, même si l'interprète peut, dans les motifs qui conduisent à cette constatation, discerner l'existence d'une telle obligation. »

²¹¹³ MEKKI Mustapha, art. précit., spéc. 18 et 21.

²¹¹⁴ KEUTGEN Guy, DE CORDT Yves., « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *La loyauté, Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Larcier, 1997, p. 191.

²¹¹⁵ *Ibid.*

²¹¹⁶ *Ibid.*

²¹¹⁷ V° MEKKI Mustapha, « La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013 », art. préc., sur l'aspect positif de la bonne foi, à propos de la proposition de cet auteur, d'adopter à la bonne foi, un principe de collaboration : « Le principe de collaboration met en lumière l'aspect « positif » de la bonne foi qui ne se réduit pas à l'absence de mauvaise foi. Elle suppose parfois d'adopter un comportement actif pour préserver, du moins en partie, les intérêts du cocontractant. ».

²¹¹⁸ En référence à KEUTGEN Guy, DE CORDT Yves, préc., p.191.

collaboration et de cohérence (ii). Sous l'effet de la pratique, ces principes illustrent ainsi un mouvement de balancier entre *légalité* et *légitimité*, entre la bonne foi légale et la bonne foi idéale (iii).

i. L'impératif de refus de désintéressement

701. L'impératif de refus de désintéressement en tant qu'élément constitutif de la bonne foi, renvoie à la RSE lorsque l'entreprise vise directement ou indirectement des parties prenantes dans ses déclarations ou engagements volontaires. Ainsi, l'entreprise, ayant déclaré qu'elle adopterait un comportement sobre, ne pourrait pas, par la suite se désintéresser des personnes qu'elle incluait dans ses déclarations, elle ne pourrait pas se dédire, s'affranchir de leur porter un intérêt. En droit, la bonne foi pourrait alors constituer un outil juridique efficace en matière d'appréciation dudit comportement de l'entreprise dans ses relations avec ses parties prenantes. De plus, l'utilisation de la bonne foi devant le juge comme standard juridique éluderait les interrogations du périmètre de son application et permettrait d'y inclure le comportement sobre. Qu'il existe un lien contractuel entre les parties prenantes ou bien que l'on constate son absence. En effet, la définition de la responsabilité sociétale des entreprises ne précise pas le type de relation entretenue avec les parties prenantes puisque ce sont, de manière générale, les préoccupations normales qu'une entreprise doit intégrer dans son fonctionnement afin de prévenir tout effet néfaste engendré par son activité sur l'ensemble de la société²¹¹⁹. Le qualificatif de « normal »²¹²⁰ dans la bonne foi peut ainsi être rapproché du comportement normalement attendu d'une entreprise se déclarant socialement responsable ou de comportement sobre. Le juge pourrait ainsi s'inspirer de cet impératif de refus de désintéressement pour enrichir le standard juridique de la bonne foi et l'utiliser pour apprécier le comportement sobre de l'entreprise, c'est-à-dire la normalité de l'action normalement attendue d'une entreprise ayant intégré le concept de sobriété. Ce refus de désintéressement qui serait concrètement inspiré des engagements volontaires des entreprises, viendrait enrichir le standard juridique textuel de la bonne foi et renforcer l'émergence d'un standard juridique du comportement sobre. L'enrichissement du contenu du standard juridique de la bonne foi et par extension de l'intégration du comportement sobre peut encore intervenir par un principe de collaboration et un principe de cohérence.

²¹¹⁹ Rappelons que la responsabilité sociétale des entreprises a été définie comme « L'intégration volontaire des préoccupations du développement durable au sein de l'entreprise dans ses activités commerciales et avec ses parties prenantes. » [Commission européenne, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Livre vert, COM (2001)366], puis comme « La responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société. » [Commission européenne, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, COM (2011) 681 final].

²¹²⁰ KEUTGEN G. et de CORDT Y., « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *La loyauté, Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Larcier, 1997, p.191

ii. Les principes de collaboration et de cohérence

702. Regrettant le projet d'ordonnance tel qu'il a été finalement adopté, le professeur Mustapha Mekki observe que la bonne foi, telle qu'elle figure désormais à l'article 1104 du code civil, n'a pas été complétée par un principe de collaboration [entre les cocontractants] qui suppose l'adoption d'un comportement actif pour préserver, du moins en partie, les intérêts du cocontractant ; ainsi qu'un principe de cohérence selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui²¹²¹. L'auteur rappelle à cet égard l'article 6 alinéa 1 du projet de réforme du droit des obligations dit « Terré » selon lequel : « une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légalement fondé »²¹²².

703. Il reste que ce principe de cohérence reste pour l'heure « dénué d'autonomie conceptuelle » puisque l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 n'a pas adopté de principe de cohérence et ce dernier reste selon le professeur Mazeaud : « placé sous l'encombrante dépendance du devoir de bonne foi »²¹²³. Ce dernier explique par ailleurs, que ce principe de cohérence n'est guère désiré par une frange de la doctrine et certaines grandes organisations patronales et économiques, qui redoutent l'atteinte à la liberté individuelle et au libéralisme économique au nom d'une exigence excessive d'éthique contractuelle²¹²⁴.

704. Quoi qu'il en soit, ces deux principes, de collaboration et de cohérence peuvent toujours être utilisés par le juge au soutien de la bonne foi et permettrait de démontrer que l'entreprise ne souhaitait pas adopter véritablement un comportement sobre. En réalité, que la bonne foi soit ou non éclatée en sous-principes autonomes, dans le domaine de la responsabilité sociétale des entreprises importe peu. L'approche actuelle de la bonne foi, entendue comme un standard juridique directeur et constituée de sous-principes émergents, constitue ainsi un outil pour appréhender les déclarations vertueuses des entreprises quant à leurs engagements volontaires, relatifs à la sobriété de leur comportement. En effet, la bonne foi, déclinée en principe de cohérence (ne pas contredire) et en principe de collaboration (ne pas nuire aux intérêts du cocontractant),

²¹²¹ MEKKI Mustapha, art. précit., spéc. 25 et 26 ; v. par exemple Cass. 3ème civ., 28 janvier 2009, n°07-20891 ; obs. MAZEAUD Denis, « Principe de cohérence », RDC, 1er juillet 2009, n°3, p.999 « depuis plusieurs années déjà, la Cour de cassation a mis en œuvre l'idée en vertu de laquelle un contractant dont les actes ou les paroles sont contradictoires, et qui trompe ainsi la confiance qu'il avait légitimement créée dans l'esprit de son cocontractant, lequel avait agi sur la foi de ses déclarations ou comportements initiaux, doit assumer les conséquences de ses contradictions contractuelles illégitimes. » ; HOUTCIEFF Dimitri, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Institut de Droit des affaires, 2001, 2 tomes, 1134 p.

²¹²² MEKKI Mustapha, art. précit., spéc. 25 et 26

²¹²³ MAZEAUD Denis, « Principe de cohérence », RDC, 1er juillet 2009, n°3, p.999, obs. Cass. 3ème civ., 28 janvier 2009, n°07-20891 : « Reste qu'il convient peut-être, en second lieu, de modérer cet « enthousiasme », et ce, pour deux raisons. D'une part, parce qu'en vertu de cet arrêt, précisément du visa auquel il a été rendu, le principe de cohérence est dénué d'autonomie conceptuelle et se trouve placé sous l'encombrante dépendance du devoir de bonne foi (dans le même sens, v. Cass. com., 8 mars 2005, préc.). Autrement dit, ce principe de cohérence semble, dans l'esprit de la Cour, ne constituer qu'une simple déclinaison du devoir de bonne foi. Ce qui décevra sans doute le père doctrinal du principe en question, Dimitri Houtcieff, qui, après sa thèse remarquable et remarquée consacrée audit principe, a toujours ferrailé pour qu'il soit débarrassé de la tutelle de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil [désormais article 1104 du code civil]. »

²¹²⁴ *Ibid.*

permettrait de mieux appréhender la réalité du comportement, sobre ou au contraire excessif, de l'entreprise affichant des déclarations vertueuses sur la maîtrise quantitative et qualitative de ressources naturelles. Ces déclarations pouvant alors être confrontées aux attentes et intérêts légitimes du consommateur. Ce dernier pouvant alors s'appuyer sur la bonne foi pour démontrer que le comportement sobre attendu de l'entreprise a déterminé son engagement. Aussi, le comportement sobre constituerait dans ce cas une cause subjective²¹²⁵ de l'engagement contractuel envers « l'entreprise sobre ». Il s'agira alors de vérifier, si le bien ou le service fourni, est « à la mesure » de la sobriété qui a été annoncée ou, le cas échéant, en contradiction, en incohérence avec les déclarations de l'entreprise²¹²⁶..

705. En ce sens, la récente affaire dite du *dieseldate* constitue une illustration éclairante d'un comportement pouvant être considéré comme contraire à la bonne foi et au principe de cohérence. Certains constructeurs automobiles dont Volkswagen ont dissimulé la véritable quantité d'émissions polluantes rejetées par les moteurs diesel à l'aide d'un logiciel trompant les tests de pollution. Dans ce cas, la confrontation des faits quant aux précédentes déclarations vantant la sobriété des moteurs en termes de consommation et donc de rejets polluants notamment en utilisant la dénomination « TDI Clean Diesel », vient exclure tout comportement sobre. Les promesses publicitaires vantant les propriétés peu polluantes des moteurs diesel, dissimulant en réalité, un véritable nuage de particules fines, dont le consommateur n'avait pas connaissance. Certains auteurs proposent à cet égard un meilleur encadrement de la fabrication des informations relatives à l'environnement selon la formule : « l'obligation de dire porte en germe une obligation de faire »²¹²⁷.

706. Aussi, le standard juridique de la bonne foi permet, par son côté élastique, d'attirer les nouveaux besoins exprimés par le droit, d'y intégrer des principes émergents de collaboration et de cohérence, et par conséquent de pouvoir offrir une voie d'entrée indirecte au standard du comportement sobre à travers sa greffe sur celui de la bonne foi. Ou pour le moins, de permettre indirectement d'apprécier le concept de sobriété d'un comportement à travers le standard de la bonne foi.

²¹²⁵ Cette cause subjective se retrouvant désormais dans le contenu du contrat au nouvel article 1128 du code civil.

²¹²⁶ L'existence d'une incohérence peut dès lors aider à démontrer l'absence de bonne foi sans que les déclarations vertueuses puissent entrer dans le champ du *dolus bonus*, à condition bien entendu de pouvoir rapporter la preuve de l'incohérence.

²¹²⁷ EPSTEIN Aude-Solveig, *Ethique de l'entreprise (Janvier 2015 – Septembre 2016)*, LPA, 26 juin 2017, n°126, p.8, chron. : « Au-delà de la diffusion des informations climatiques, c'est la fabrication de ces informations qui pourrait faire l'objet d'un meilleur encadrement : tel est l'enseignement du *Dieseldate*. Après Volkswagen, tous les constructeurs automobiles sont aujourd'hui soupçonnés d'avoir truqué les tests sur les émissions polluantes de certains de leurs modèles. À la tourmente médiatique, s'ajoute un risque de débâcle financière, alimenté par les nombreuses poursuites et actions de groupe engagées contre les constructeurs. » ; V. aussi sur l'information environnementale du même auteur, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, thèse préc.

Exemple, vous achetez un pull dont l'entreprise vous a vanté la production « éco-responsable ». Or, trois mois après votre achat, une célèbre émission de télévision habituée à dénoncer les pratiques d'entreprises peu scrupuleuses vous révèle que votre pull est en réalité fabriqué dans des conditions de travail déplorables et de plus, irrespectueuses de l'environnement. Mécontent, vous engagez la responsabilité contractuelle de l'entreprise sur le fondement de l'article 1104 du code civil et développez vos moyens sur la bonne foi et les principes de cohérence et de collaboration, outre les articles L-121-1 et L121-2 du code de la consommation relatifs aux pratiques commerciales déloyales et trompeuses.

707. Au-delà de l'aspect théorique, si le standard juridique de la bonne foi trouve matière à s'appliquer dans une relation contractuelle liant deux personnes, la bonne foi peut être appréciée au regard de l'adoption d'un comportement sobre, lorsque ce lien contractuel inclut une prise en compte de l'environnement par le cocontractant-entreprise.

iii. Du standard légal au standard légitime de la bonne foi

708. L'enrichissement du standard de la bonne foi dans l'article 1104 nouveau du code civil²¹²⁸, les propositions d'étendre le contenu de la bonne foi ou d'y accoler d'autres principes comme celui de cohérence, illustrent un mouvement de balancier entre *légalité et légitimité*²¹²⁹. En effet, la bonne foi, qualifiable de standard juridique textuel ou légal, a vocation à connaître un enrichissement par la pratique considérée comme légitime. C'est-à-dire par des engagements volontaires qui finissent par se confondre avec le comportement normalement attendu d'une entreprise quelconque. Outre la légitimité venant renforcer la légalité, c'est également l'idée d'un système juridique réflexif qui permet de soutenir que le comportement des entreprises et les textes relatifs à la protection de l'environnement irriguent le système juridique qui alors s'en saisit et renforce ce mouvement²¹³⁰. Notamment, à travers l'utilisation du standard juridique, outil qui renferme une puissance certaine de changements, à la condition que le juge s'en serve et s'inspire des sources informelles du droit. Enfin, les principes de collaboration et de cohérence entrent en résonance avec la proposition de Marie-Caroline Caillet de concevoir à partir de la RSE un nouveau standard juridique de conduite sociétale, générateur d'une

²¹²⁸ Restreint à l'exécution de bonne foi des conventions dans l'article 1134 ancien du Code civil.

²¹²⁹ En référence à SCHMITT Carl, *Légalité et légitimité*, 1932, trad. par ROY Christian et SIMARD Augustin, Presses de l'Université de Montréal, 2015, 149 p.

²¹³⁰ V° SIMARD Augustin, *La loi désarmée, Carl Schmitt et la controverse légalité/légitimité sous Weimar*, Coll. Philia, Editions de la maison des sciences de l'homme, Les presses de l'Université Laval, 2009, p. 386 : « L'Etat constitutionnel n'est pas seulement le résultat d'une vaste transformation, il est lui-même un dispositif de transformation des sociétés humaines, dispositif à la fois extrêmement complexe et d'une puissance inédite. Certes, on pourra dire que tout régime politique est est générateur de transformations, et qu'il n'en est aucun qui ne soit producteur de différence historique. Mais l'Etat constitutionnel a comme particularité d'être réflexif, c'est-à-dire conscient des changements qu'il introduit, de les encourager, et de chercher à institutionnaliser ce pouvoir de transformation afin de le rendre régulier, rationnel, prévisible. ».

responsabilité. Dès lors, le devoir de vigilance imposé à certaines entreprises²¹³¹ pourrait constituer un renforcement du standard de la bonne foi, d'autant plus que ce plan à vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société²¹³², dont les PME filiales. Néanmoins, en l'absence de textes consacrés à un standard juridique textuel du comportement sobre, c'est au juge qu'il revient d'apprécier son élaboration. Aussi, lorsqu'il y a absence de relation contractuelle, le standard de la bonne foi n'est pas mobilisable sur le fondement de l'article 1104 du Code civil et le comportement sobre devra alors s'apprécier en dehors du contrat sur le fondement de la faute, c'est-à-dire le comportement anormalement sobre. Or, c'est justement par ce biais que pourrait advenir directement, dans un premier temps tout du moins, la découverte par le juge d'un standard jurisprudentiel du comportement sobre.

2. Le standard jurisprudentiel ou le standard volontaire saisi par le juge

709. Le professeur Stéphane Rials qualifie de « standard jurisprudentiel » la technique de réservation du pouvoir du juge, soit un moyen pour lui « de réserver son pouvoir, de ne pas l'épuiser en une formule trop rigide »²¹³³. En effet, lorsque le juge constate une lacune de la loi, que celle-ci ne prévoit pas le cas présenté ou qu'elle ne permette pas de trouver une motivation suffisante afin de vider entièrement le litige soumis à l'office du juge, ce dernier peut être amené à rechercher l'emploi d'un standard juridique. Son utilisation et sa formulation devront demeurer souple, non rigide, selon l'expression de M. Rials, pour éviter le risque d'éteindre ou d'amoindrir son utilité future. Loin de discuter les pouvoirs du juge ou de dénoncer l'accroissement de prérogatives laissées à la discrétion du juge, il s'agit surtout de « trouver un fondement solide »²¹³⁴ au standard du comportement sobre et d'en consolider la conceptualisation pour qu'il puisse trouver une application jurisprudentielle future.

710. Aussi, en l'absence de standard textuel du comportement sobre, explicitement énoncé par la loi, le juge pourrait être amené à « découvrir » ce standard pour saisir et qualifier la situation d'excessive²¹³⁵ dans un litige, c'est-à-dire en l'induisant de la pratique, notamment en s'appuyant sur le contenu des engagements affichés (a). La jurisprudence montre en ce sens une certaine propension à transformer une obligation naturelle en obligation civile (b).

²¹³¹ Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, codifiée aux articles L225-102-4 et L225-102-5 du code de commerce.

²¹³² Art. L225-102-4, I al.4

²¹³³ RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, 1980, p. 57.

²¹³⁴ V° sur ce point COLSON Renaud, *La fonction de juger : Etude historique et positive*, Fondation Varenne, LGDJ, 2006, spéc. 460 et 461.

²¹³⁵ Le juge pourrait notamment s'appuyer sur d'autres standards tels que ceux développés par la Cour européenne des droits de l'homme pour saisir et qualifier la situation d'excessive V° HOUILLON Grégory, « Les standard prohibitifs de l'excès dans la Convention européenne des droits de l'homme », in MBONGO Pascal (dir.), *L'excès, l'hypermodernité, entre droit et politique*, Mare & Martin, coll. Droit et science politique, 2012, 337 p., p.105

a. Induire un standard du comportement sobre par la pratique

711. À propos des « normes » contenues dans les engagements volontaires et dans sa réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, le professeur Filali Osman observait dès 1995 que les engagements volontaires peuvent progressivement acquérir un caractère obligatoire lorsque de telles normes assument la fonction de standard – au même titre que la bonne foi, les soins de l'homme raisonnable²¹³⁶ – dont le juge peut se saisir pour apprécier le comportement de l'entreprise²¹³⁷.
712. Ainsi, le juge pourrait être amené à induire un standard juridique jurisprudentiel du comportement sobre à partir du contenu suffisamment caractérisé d'engagements volontaires ou en raison de l'attitude poursuivie par l'entreprise. Il s'agirait alors pour le juge de vérifier dans le contenu de l'engagement volontaire ou dans le comportement poursuivi, si celui-ci comporte des mesures de sobriété du comportement ou la poursuite d'une politique de « comportement socialement responsable ». Par exemple par la réduction quantitative de l'utilisation de ressources naturelles, l'amélioration qualitative du produit ou du service notamment dans sa durée de vie, la réduction des rejets polluants et des déchets lors du processus de production, l'exclusion de certains produits considérés comme nocifs, et de manière générale toute mesure en faveur de la préservation et de l'amélioration de la protection de l'environnement.
713. Les hypothèses d'objectifs et de politiques dirigés vers un comportement sobre ne manquent pas et nous pouvons constater une multiplication des annonces publicitaires allant dans ce sens. Aussi, lorsque ces objectifs affichés sont contredits par les faits, le juge devrait pouvoir qualifier ce comportement de fautif en raison de la contradiction ou de l'incohérence manifeste entre l'engagement volontaire, entrant dans le champ d'un comportement sobre, et la réalité. Si l'entreprise Volkswagen est assurément tout l'inverse d'une PME, l'affaire du *Dieseldate* précédemment envisagée illustre une telle distorsion, entre le discours vertueux sur des moteurs « Clean Diesel » respectueux de l'atmosphère par la baisse des émissions polluantes, et le comportement frauduleux poursuivi par le truchement d'un logiciel qui faussait les tests anti-pollution. Aussi, la plupart des entreprises de la grande distribution possèdent désormais une page « nos engagements » ou « x s'engage » avec un champ lexical relatif à la « responsabilité » et à la

²¹³⁶ Observons que l'expression de *bon père de famille* est désormais remplacée par la loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes par l'adverbe *raisonnablement* ou l'adjectif *raisonnable*, l'expression « en bon père de famille » ayant été jugé désuète et renvoyant à une conception patriarcale de la famille ou présentant de manière discriminatoire l'homme comme étant un bon gestionnaire.

²¹³⁷ OSMAN Filali, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », RTD civ., 1995, p. 509 : « nombre de codes de bonne conduite, d'éthique, de déontologie, etc., apparaissent sur le plan formel comme des documents à caractère exclusivement incitatifs, et ce, en raison de leur contenu recommandatoire et/ou de la subordination de leur aspect contraignant de leur adhésion. Néanmoins ils peuvent progressivement acquérir un caractère obligatoire. Il en va ainsi lorsque de telles normes assument la fonction de standards permettant au juge étatique d'apprécier le comportement des opérateurs privés. En effet, beaucoup de ces normes définissent abstraitement et plus ou moins précisément le comportement d'un agent normalement prudent et avisé. Il s'agit de standards au même titre que la bonne foi ou les "soins d'un bon père de famille" qui sont des concepts familiers aux juristes ».

« proximité »²¹³⁸. Il en résulte que la plupart des entreprises possèdent désormais un fonds de comportement sobre sur lequel s'appuyer, soit l'ensemble de leurs engagements, même non formalisés mais pouvant être prouvés, qui pourraient leur être opposé en cas de contradiction, d'incohérence donnant lieu à un dommage.

714. Si l'exemple de Volkswagen est édifiant, c'est également au niveau des PME qu'on trouve désormais de plus en plus d'engagements volontaires²¹³⁹. Ils ne sont plus l'apanage de grandes entreprises ayant pu mettre en place une fonction ou un service dédiés à la responsabilité sociétale de l'entreprise au sein de l'entreprise. Le plus souvent ces engagements sont d'autant plus précis que l'entreprise est intégrée dans le tissu économique local. L'entreprise *Hueco*, qui conçoit et exploite des salles d'escalades, en est une belle illustration en ce qu'elle indique par exemple les engagements suivants :

« Hueco, ce sont aussi des engagements éthiques pour une salle "durable", clean, proche de chacun et de notre environnement. Promis, pas de green bashing ici, juste des faits : - Nous travaillons avec des artisans régionaux (regardez nos meubles, nos charpentes, mezzanine, campus-board, volumes rapportés et même certaines prises d'escalade sont « made in Elsass »...) et avec des matériaux locaux. La structure des murs sur lesquels vous grimpez est en bois issu de forêts durables de la Forêt Noire voisine. Coût carbone minimisé au mieux, et peu de structure métallique. - Choix d'un local récent, bien isolé et bénéficiant d'une circulation d'air naturelle plutôt que de consommer à outrance de l'énergie avec une climatisation au fonctionnement un peu absurde quand on y pense : on réchauffe la planète pour "refroidir" ponctuellement un local. L'énergie est rare, économisons la ! Sans compter les problèmes de mauvaise ventilation (et donc de qualité de l'air) d'une climatisation souvent insuffisamment entretenue. Nous avons plutôt choisi d'investir pour créer des ouvrants supplémentaires (fenêtres, porte etc.) pour favoriser les courants d'air naturels ! - Choix de s'ouvrir vers le plein air : au clinquant de produits d'appel peu utiles et souvent énergivores, nous investissons dans des murs d'escalade extérieurs. La grimpe en plein air, à portée de vélos ! Et si vous voulez pratiquer à l'extérieur, sur de véritables

²¹³⁸ V° par exemple cet extrait tiré du site internet des supermarchés *Auchan*, <https://auchanetmoi.auchan.fr/article/filiere-volaille-bio>, [en ligne], consulté le 26 avril 2019: « La filière responsable, qu'est-ce que c'est ? Militant du bon, du sain et du local, Auchan a mis en place la démarche « filière responsable » visant à offrir des produits de qualité, à des prix accessibles pour les consommateurs et à prix justes pour les producteurs. Concernant la volaille, l'objectif est de proposer des produits issus de l'élevage biologique et d'origine 100 % française. Cette filière, en partenariat avec des acteurs du monde agricole et des intervenants de la transformation produits, permet ainsi de faire connaître des savoir-faire traditionnels. La filière Volaille Bio respecte les quatre axes de la filière responsable : - une qualité de produits assurée par une traçabilité maîtrisée et un cahier des charges précis garantissant le goût et la sécurité alimentaire ; - le respect de l'environnement et des animaux ; - le respect des hommes impliqués, pour une collaboration dans la confiance et la durée des engagements sur le long terme visant à promouvoir l'activité et l'emploi et la juste rétribution des différents acteurs de la filière. »

²¹³⁹ V° BPI France Le Lab, *Une aventure humaine : les PME-ETI et la RSE*, 26 avril 2018, en ligne, <https://www.bpifrance-lelab.fr/Analyses-Reflexions/Les-Travaux-du-Lab/Une-aventure-humaine-Les-PME-ETI-et-la-RS>, consulté le 26 avril 2019, 82 p. ; Selon la présentation du rapport : « 90% des dirigeants interrogés déclarent mener des actions RSE ; 50% disent avoir une démarche RSE, 25% une démarche structurée autour d'un plan d'actions à moyen ou long-terme. ».

rochers, notre équipe est là pour vous conseiller et nous disposons d'une bibliothèque de topos à prêter ! ; - La Hueco Stub privilégie des boissons saines : pas de Red Bull ici, mais des limonades et du café bio et équitable (Bionade, Club Maté, Sati...), ou encore des bières bio issues de micro-brasseries locales, Uberach et La Mercière. »²¹⁴⁰.

715. Dès lors, il s'agit de savoir comment induire un standard juridique du comportement sobre en scrutant concrètement le contenu des « standards volontaires » adoptés par les entreprises. Des réponses existantes dans la jurisprudence permettraient de s'en inspirer pour opérer la transformation du standard volontaire en standard juridique jurisprudentiel.

b. La transformation du standard volontaire de l'entreprise en un standard juridique jurisprudentiel

716. Dans le sens d'une novation d'un standard volontaire en standard juridique, le professeur Osman observe dans la jurisprudence, la possible mutation d'une mesure d'ordre intérieur en véritable règle de droit²¹⁴¹. Selon cet auteur, des engagements volontaires peuvent ainsi devenir progressivement obligatoires lorsqu'ils acquièrent la fonction de standard, de telle sorte que l'engagement permette au juge d'apprécier le comportement responsable normalement attendu. La jurisprudence s'est par exemple prononcée dans le domaine des « standards professionnels » (i). C'est alors le critère de la « normalité » qui peut permettre d'appréhender le comportement sobre de celui qui ne l'est pas (ii). Or, c'est l'élévation d'un comportement normal, par comparaison aux entreprises qui se contentent de la normalité, qui constitue l'idée même d'un comportement sobre ou de normalité augmentée (iii).

i. L'exemple des standards professionnels

717. Filali Osman relève l'emploi par le juge du code des pratiques loyales en matière de publicité définissant le comportement de l'homme diligent et avisé, pour apprécier l'illicéité de certains agissements dans la publicité, en raison de l'insuffisance législative précisant les pratiques déloyales réprimandables²¹⁴². Il est intéressant de voir que depuis, cette lacune du droit a été comblée par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 venue préciser dans le code de la consommation les pratiques commerciales interdites, dont les pratiques commerciales déloyales aux articles L121-1 et suivants.

²¹⁴⁰ Ces engagements figurent sur son site internet : <http://www.hueco.fr/static34/strasbourg-escalade-salle-durable>, [en ligne], consulté le 20 novembre 2017.

²¹⁴¹ OSMAN Filali, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », RTD civ., 1995, p. 509, citant T. com. Blois, 15 juin 1984, *Sté Moulage industriel c/ Banque de France*, D. 1985. IR 327, note Vasseur.

²¹⁴² *Ibid.*, p. 525 à propos d'un arrêt : Crim. 25 juin 1984, D. 1985.80, note Fourgoux.

718. Dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 25 juin 1984, des fonctionnaires de la répression des fraudes avaient relevé dans un établissement d'un vendeur de meubles, des « anomalies d'étiquetage », consistant en de fausses indications du matériau de fabrication de certains meubles exposés à la vente. Or, chacun sait que le bois de chêne se vend plus cher que le bois de sapin et l'on comprend alors immédiatement l'intérêt d'un tel stratagème. Le vendeur de meuble a été poursuivi et condamné pour fausse publicité et contravention relative à l'étiquetage des meubles, quand bien même les étiquettes apposées étaient de petite dimension et ne comportaient aucune inscription laudative selon la Cour de cassation. Selon la note de Jean-Claude Fourgoux sous arrêt, la Cour étend la notion de publicité en assimilant le simple étiquetage à une pratique publicitaire. Bien qu'il n'en soit aucunement fait état dans l'arrêt, l'extension de la notion de publicité trouve ainsi ses fondements dans l'appréciation d'un comportement standard du vendeur inspiré du code des pratiques loyales en matière de publicité²¹⁴³.

719. Plus avant, cet arrêt illustre l'utilisation faite par le juge d'un code de déontologie professionnel pour apprécier le comportement moyen d'une entreprise en renvoyant directement aux usages professionnels²¹⁴⁴. Si le juge peut, à travers cet exemple, se saisir d'un usage professionnel, et a fortiori d'un engagement volontaire, pour caractériser un comportement standard du vendeur, il convient toutefois pour celui-ci de légitimer sa décision sans tomber dans le risque de l'arbitraire²¹⁴⁵. Il convient pour le juge de remplir son obligation de motivation de la décision et ainsi justifier substantiellement les raisons qui l'ont poussé à se prononcer comme il l'a fait²¹⁴⁶. En effet, comme le souligne le professeur Rials, contrairement au pouvoir législatif et exécutif dont la légitimité normative découle de la Constitution, l'autorité judiciaire doit trouver « un fondement convaincant à sa création autonome »²¹⁴⁷. Or, c'est justement dans le standard que le juge pourra puiser « les standards et les topiques dont il relève, qui ont le prestige des grandes

²¹⁴³ *Ibid.*

²¹⁴⁴ V° par ex. Com. 22 mars 2011, n°09-72426 BICC n°746 du 15 juillet 2011 à propos d'un usage en matière agricole qui autorise les parties à conclure la vente d'aliments pour le bétail verbalement par téléphone sans être concrétisée par un écrit daté et signé du client.

²¹⁴⁵ Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard*, précité, pp.58-59 à propos de la fonction de persuasion du standard. L'auteur prend ainsi l'exemple d'un juge qui poserait directement « qu'un trou de 4,5 cm dans la chaussée n'entraîne pas, au cas d'accident, la responsabilité de l'administration, ce serait s'exposer de plein fouet à la dénonciation de l'arbitraire qu'une telle décision implique. Rien ne sera au fond changé si la même légère défectuosité est qualifiée d'entretien normal de la voirie. »

²¹⁴⁶ V° par ex. COLSON Renaud, *La fonction de juger : Etude historique et positive*, Fondation Varenne, LGDJ, 2006, spéc. 291-293, 339-341, 517 et 518 ; v. également CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., v° motif ; et l'article 455 al.1^{er} du code de procédure civile qui dispose que : « Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé ».

²¹⁴⁷ RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., p. 59 : « Le législateur et le pouvoir réglementaire sont en eux-mêmes constitutionnellement des autorités normatives. Dans leur cadre ils peuvent agir librement et une présomption de normalité pèse sur leur action. Ces pouvoirs n'ont nul besoin de fonder leurs choix. (...) Le juge au contraire doit s'attacher à trouver un fondement convaincant à sa création autonome : où le trouverait-il mieux qu'en le puisant dans les standards et les topiques dont il relève, qui ont le prestige des grandes évidences sensibles, intellectuelles et morales et qui apparaissent comme d'incoercibles sources matérielles de droit et dont il serait fâcheux qu'elles n'émergent pas à la vie juridique ? ».

évidences sensibles, intellectuelles et morales et qui apparaissent comme d'incoercibles sources matérielles de droit »²¹⁴⁸.

ii. La normalité comme caractère exclusif de la sobriété

720. Par ces considérations, l'ensemble des codes de bonne conduite, des chartes d'éthique, et toutes autres formes d'engagement volontaire constituent une riche source d'inspiration, pour le renforcement de standards existants ou le fondement de nouveaux standards, comme celui du comportement sobre que nous défendons. Ainsi, pour apprécier le comportement sobre des entreprises se réclamant d'une démarche de responsabilité sociétale, le juge pourrait employer l'idée de « normalité » que le professeur Rials identifie comme le « dénominateur commun » de tous les standards²¹⁴⁹. Pour l'auteur, la normalité, dont il a déjà été fait état précédemment, renvoie à ce qui sert de règle et de modèle, ce qui est dépourvu de tout caractère exceptionnel, ce qui est conforme au type le plus fréquent. Dans sa démonstration, nécessairement relative au droit administratif qui est la matière traitée par l'auteur, Stéphane Rials recense un grand nombre de jurisprudences qui emploient l'idée de normalité²¹⁵⁰, à travers par exemple les expressions de « diligence normale », « défaut d'entretien normal », « usage normal du droit de propriété », et pour ce qui peut être rapproché du fonctionnement d'une société commerciale, la « perte de recettes anormale », le « fonctionnement normal d'une entreprise », « l'acte de gestion normal » et « charges étrangères à la gestion commerciale normale », « bénéfice que l'entreprise peut produire normalement », « rémunération normale », « charges normales d'exploitation », « prix normal », etc.

721. Dès lors, le standard jurisprudentiel de comportement sobre peut naître de cette idée de normalité du comportement d'une entreprise en transition écologique ou adoptant une RSE de 3^e génération et par exemple ayant adopté un engagement volontaire contenant un standard volontaire de comportement. En réalité, l'appréciation du comportement normal d'une entreprise sobre renvoie à l'hypothèse d'une élévation du comportement normal. Dès lors, la normalité exclut l'idée de comportement sobre qui est une action qui la dépasse.

²¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 59.

²¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 61.

²¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 62-65.

iii. La normalité augmentée comme caractère du comportement sobre

722. L'entreprise sobre dépasse le comportement normal adopté par les entreprises ordinaires, aussi selon le professeur François-Guy Trébulle, l'adoption d'exigences plus élevées dont elle se réclame, augmente corrélativement le niveau d'appréciation de son comportement « alors même que le droit commun conduirait à l'excuser »²¹⁵¹. La normalité du comportement d'une entreprise sera donc d'autant plus appréciée sévèrement par le juge qu'elle se sera engagée volontairement dans une démarche de responsabilité sociétale ou aura adopté une norme sociale. C'est donc une « normalité augmentée » qui sera prise en considération par le juge. L'exemple de la jurisprudence Erika confirme cette hypothèse puisque le *vetting*²¹⁵² – engagement volontaire qui élevait le niveau d'exigence au-delà de ce que la loi prévoyait – fut retenu pour caractériser une « faute de témérité » de la société Total²¹⁵³.

723. Un autre exemple qui peut davantage être rencontré dans une PME en transition écologique doit être cité. Il peut être mentionné en droit du travail un arrêt du 27 novembre 2013, rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation et relatif à une rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié, motivée par le non-respect d'un code d'éthique par l'employeur²¹⁵⁴.

²¹⁵¹ TRÉBULLE François-Guy., « Responsabilité sociale des entreprises », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, juillet 2018, spéc. 37 : « Celui qui revendique haut et fort le fait de se soumettre à des règles particulières en matière sociale en environnementale ne se place plus sous la seule comparaison du bon professionnel normalement diligent mais se situe volontairement à un degré d'exigence renforcé dont il faut tenir compte : la violation des obligations souscrites dans ce cadre devra donc nécessairement être sanctionnée alors même que le droit commun conduirait à l'excuser ». L'auteur renvoie à OSMAN Filali, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », RTD civ. 1995.509, spéc. p. 524 ; et BERGEL Jean-Louis (dir.), *Droit et déontologies professionnelles*, Lib. univ. Aix-en-Provence, 1997, p. 13.

²¹⁵² Procédure volontaire interne à l'entreprise de vérification et d'inspection des navires.

²¹⁵³ Cass. crim., 25 septembre 2012, n°10-82.938, *Erika*, D. 2012, p.2711, v° plus particulièrement MONTAS Arnaud, ROUSSEL Gildas, « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika », AJ Pénal 2012, p.574 : « Pour aboutir à cette conclusion, la Cour, après avoir précisé que Total SA disposait, en sa qualité d'affrètement au voyage, d'un pouvoir de contrôle et de direction dans la gestion ou la marche du navire, lui impute une faute pénale d'imprudence commise lors du *vetting* de l'Erika, mis en place, en interne, par Total SA. Courant en matière de transport maritime, le *vetting* est une démarche volontaire des affrètement ; il s'agit de l'inspection d'un navire, *a priori* certifié conforme, précaution prise pour déterminer les risques que celui-ci peut présenter pour la compagnie. Même si l'affrètement soumet dans ce cadre le navire à une série de contrôles techniques tenant à la sécurité et à la protection de l'environnement, le *vetting* ne se substitue d'aucune manière à la certification faite par l'État du pavillon et/ou une société de classification, seuls garants du bon état de navigabilité des navires. En l'espèce, la Cour estime qu'une nouvelle inspection aurait dû avoir lieu, qui aurait nécessairement révélé l'inaptitude à la navigation de l'Erika en raison de sa vétusté et du non-renouvellement de son certificat de navigation. En s'abstenant d'y procéder, Total SA a commis une faute d'imprudence à l'origine de la pollution. Cependant, à l'inverse de la cour d'appel, la Cour de cassation estime que l'affrètement « avait nécessairement conscience qu'il s'ensuivrait probablement un dommage par pollution ». Cette imprudence consciente du risque est ainsi déclarée constitutive de la faute de témérité visée par la Convention CLC 69/92 ». Visée par la Cour de cassation, la « faute de témérité » correspond à la faute définie par la Convention CLC 69/92 comme « [le] fait ou [l'] omission personnels, [...] commis témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement ». Telle qu'interprétée par la Chambre criminelle, cette faute peut être de commission ou d'omission ; ainsi qu'en l'espèce, elle peut consister en une imprudence ou une négligence. Cependant, à la différence de la faute simple d'imprudence connue du droit civil (c. civ., art. 1240) comme du droit pénal (c. pén., art. 121-3 al. 3), cette faute implique ici la conscience de la probabilité de son résultat. À l'inverse de la Cour de cassation, la cour d'appel n'avait pas décelé cette conscience chez l'affrètement. La faute de témérité » est ainsi plus grave que la faute simple en raison de cet élément de conscience qu'elle implique et qui doit porter sur la probabilité de dommage. »

²¹⁵⁴ Cass. Soc. 27 nov. 2013, n°12-22.626, v° Liaisons sociales 2014, n°5, juin 2014.

724. Dans cette affaire, une entreprise avait adopté un code d'éthique et de déontologie prônant ; « une qualité et une valeur élevées, des prix compétitifs et des transactions honnêtes ». L'entreprise s'engageait à traiter tous ses clients conformément à la loi et à la morale, ainsi qu'à « ménager pour tous les salariés des conditions de travail saines et sûres et un climat propice à une communication franche et honnête ». Or, les dirigeants imposaient des pratiques commerciales peu scrupuleuses à leurs salariés qui devaient en assumer les conséquences auprès de clients mécontents. En considération de la distorsion entre ce qui était annoncé par l'entreprise et les pratiques qui lui étaient imposées, le salarié a par conséquent pris acte de la rupture de son contrat de travail. Dans son arrêt du 27 novembre 2013, la Cour de cassation considère que c'est à bon droit que la cour d'appel – après avoir constaté l'existence de pratiques peu scrupuleuses de l'employeur destinées à développer le chiffre d'affaires, contraires au code d'éthique de la société – a relevé que le salarié avait subi les répercussions de ces pratiques auxquelles il avait été contraint de participer, lesquelles avaient engendré des relations conflictuelles avec les clients mécontents et provoqué un réel malaise résultant non seulement de l'écart entre le travail demandé et ce qu'il considérait comme étant un travail de qualité mais également du risque de licenciement pour faute grave fondé sur la violation du code d'éthique à laquelle il était contraint (mais dont l'entreprise n'attendait pas qu'il le respecte dans les faits).

725. La Cour de cassation approuve le raisonnement de la Cour d'appel en ce qu'elle a estimé, par motifs propres et adoptés que les manquements de l'employeur étaient suffisamment graves pour justifier la requalification de la démission en prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié produisant les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

726. L'élévation du comportement standard normalement attendu de l'entreprise, à travers un code d'éthique adopté dans le cadre de ses activités, peut donc être retenue et reprise par le juge pour apprécier la responsabilité de celle-ci. Aussi, la normalité du comportement n'est-elle pas appréciée de la même façon pour une entreprise qui n'aurait pas adopté un tel code de conduite. Dès lors, cet engagement volontaire « autorise » en quelque sorte le juge à effectuer une appréciation dont la rigueur est à la hauteur de la normalité augmentée par le code de conduite. En effet, si le juge approuve la requalification de la démission en prise d'acte de la rupture, c'est qu'il a pu constater des manquements suffisamment graves de l'employeur tirés de l'existence d'une contradiction, d'une distorsion entre le code d'éthique et les pratiques effectivement poursuivies. Encore faut-il

que les « manquements suffisamment graves »²¹⁵⁵ aient entraîné des contraintes et un malaise pour le salarié qui encourait alors le risque de faute grave s'il entendait faire application du code d'éthique.

727. Cet arrêt de la chambre sociale apparaît comme un avertissement lancé par la plus haute-juridiction de l'ordre judiciaire, aux entreprises qui se montreraient incohérentes entre leurs discours et leurs actes, entre la volonté affichée et la réalité de leurs pratiques. Cette solution permet d'offrir au salarié un droit de retrait similaire à celui offert par l'article 1869 du Code civil, qui permet à l'associé d'une société civile de demander le retrait en justice pour justes motifs. Hors le cas de la démission, un tel droit de retrait du « salarié retrayant »²¹⁵⁶, au sens de la possibilité pour un salarié de quitter la société par prise d'acte de la rupture n'existe pas en l'état actuel du droit du travail. Seul un droit de retrait en cas de danger grave et imminent est prévu par l'article L4131-3 du code du travail et permet temporairement au salarié de ne pas se présenter. Cette solution mérite d'être soulignée à plus d'un titre puisqu'elle laisse entrevoir la possibilité d'un élargissement du droit de retrait, définitif dans ce cas, lorsqu'il y aurait distorsion entre l'engagement volontaire de l'entreprise et les instructions données au salarié. Cette distorsion, à condition qu'elle soit démontrée, pouvant alors constituant un juste motif de retrait du salarié sous la forme d'une prise d'acte de la rupture du contrat de travail, avec les conséquences de l'obtention d'une indemnité et de dommages intérêts par le salarié retrayant. Enfin, cet arrêt est protecteur du « salarié retrayant » qui par son action, se comporte alors comme un lanceur d'alerte et oblige son employeur à subir les conséquences d'une violation d'un engagement volontaire. Aussi, l'avènement d'un standard jurisprudentiel du comportement sobre pourrait provenir d'un salarié dénonçant la contradiction existante entre la pratique de son entreprise et l'engagement volontaire souscrit en matière environnementale qui augmente la normalité du comportement et par suite, son appréciation par le juge.

728. Nous avons pu le constater, l'hypothèse d'un standard du comportement sobre développé à partir des pratiques d'entreprises peut constituer un outil pertinent pour l'appréciation d'un comportement sobre dans le fonctionnement d'une entreprise. Le juge pourrait être amené à employer le standard d'un comportement sobre, instrument pouvant servir à retenir la responsabilité de la société qui aurait « élevé » son comportement standard, la jurisprudence nous ayant montré que cette possibilité n'était pas exclue. Bien au contraire, le juge peut s'attacher à la normalité augmentée du comportement pour

²¹⁵⁵ Nous constatons que cette formule renvoie à ce que le professeur Rials qualifie dans sa thèse de « substitut du terme normal », (RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980, 564 p., pp. 62-65). En effet, Stéphane Rials -empruntant l'idée déjà esquissée par Yves Gaudemet- observe que la présence de l'idée de normalité tient pour le signe de la présence d'un standard. Nous pouvons ainsi affirmer à cet égard, que les termes de « suffisamment graves » peuvent être considérés comme un « standard substituable » dont le juge peut s'emparer pour apprécier le comportement normal d'une société engagée dans une démarche de RSE.

²¹⁵⁶ Expression en référence à l'associé retrayant exerçant son droit de retrait au sein d'une société et en l'occurrence, du salarié qui prend acte de la rupture du contrat de travail, suite aux manquements de l'employeur relatifs au non-respect du code de conduite qu'il avait lui-même adopté.

apprécier le litige qui lui est soumis. Aussi, il serait souhaitable d'inscrire cette hypothèse dans la loi afin de donner pleinement au juge la possibilité d'apprécier plus rigoureusement l'existence d'un comportement sobre. Sauf à ce qu'il soit plus simplement retenu dans l'idéal, que le comportement sobre constitue un comportement normal en considération de l'exigence de transition écologique et de l'ordre public écologique qui en constitue le cadre.

729. Il reste que le comportement sobre envisagé jusqu'à présent se présente sous une dimension restreinte, réduite à un aspect matériel alors que la transition écologique exige l'adoption d'un comportement vertueux global. En effet, le comportement sobre peut tout à fait être adopté dans la seule optique de réaliser des économies, par seul esprit égoïste même si indirectement il peut avoir un effet de préservation de l'environnement. Or, si l'entreprise a une fonction sociale et qu'elle s'inscrit dans l'ordre public écologique, le comportement sobre doit nécessairement être orienté vers une dimension supplémentaire qui soit vertueuse. Aussi, des principes sont proposés pour aboutir à une conceptualisation plus complète du comportement sobre.

Section 2 Les principes cardinaux du comportement sobre

730. Le comportement sobre ne peut être pensé sans rappeler préalablement que l'entreprise est une liberté contrainte²¹⁵⁷. Tout d'abord, la liberté d'entreprendre est contrainte par l'obligation de respecter l'ordre public classique²¹⁵⁸ ainsi que les autres libertés et droits fondamentaux protégés par le Conseil constitutionnel²¹⁵⁹. Contrainte ensuite, désormais plus spécifiquement, par l'ordre public écologique. Enfin, la liberté d'entreprendre apparaît de surcroît « contrainte » par la norme sociale. Au vu de ces multiples sujétions, il apparaît que l'entreprise est soumise à ce que M. Samuel Benisty appelle un *devoir de conduite* qui comprend, et la norme juridique et la norme sociale. Ainsi, comme aujourd'hui la transition écologique se substitue au développement durable, véritable exigence au changement de paradigme, l'entreprise doit évoluer dans une sobriété de l'être qui ne se réduit pas à la sobriété de l'avoir et du faire. Il s'agit donc de penser le devoir de conduite d'un comportement sobre de l'entreprise afin d'unir droit et norme sociale.

731. Inspirés des quatre vertus cardinales relatives à l'action humaine que sont la prudence, la tempérance, le courage et la justice²¹⁶⁰ mais aussi des quatre axes de la transition écologique énoncés en introduction (matériel, spatial, temporel et solidaire), quatre principes²¹⁶¹ fondés sur un raisonnement *materia, loci, temporis et personae* peuvent être imaginés pour conforter le concept de sobriété. Par ce biais, il s'agit de donner au comportement sobre une définition large du devoir de conduite de l'entreprise sobre, non réduite à une définition matérielle sur l'utilisation de ressources naturelles. Cohérents avec l'ordre public écologique, les principes proposés doivent permettre, non seulement d'atteindre « l'état stationnaire », mais aussi et surtout, de limiter les pollutions et nuisances causées aux personnes et à l'environnement par le biais d'activités économiques sans cesse croissantes. À cet effet, l'application des principes de proportionnalité, de subsidiarité (I), de temporalité et de solidarités écologiques (II) permet de caractériser une nouvelle orientation, un devoir de conduite de l'entreprise conforme à la transition écologique. Il est précisé que si les principes de proportionnalité, de subsidiarité et de solidarité écologiques sont des principes juridiques établis dans les textes, le principe de temporalité doit être compris comme un principe sans texte, dans la mesure où il n'existe pas de reconnaissance expresse formelle.

²¹⁵⁷ SUPIOT Alain, « Prendre la responsabilité au sérieux », Collège de France, Colloque, juin 2015. Monsieur le professeur Alain Supiot concluait le colloque en insistant sur le fait que l'entreprise était d'abord et avant tout une liberté.

²¹⁵⁸ HAUSER Jean, LEMOULAND Jean-Jacques, « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2004, (mis à jour mars 2014), n°17 : l'ordre public classique s'entend de « l'observation de principes généraux tels que la sauvegarde de l'État, des institutions, des cadres élémentaires de la société, de la liberté des conventions, etc. ».

²¹⁵⁹ V. not. C. const., n°81-132 DC, 16 janvier 1982, loi de nationalisation, AJDA 1982 p. 202.

²¹⁶⁰ PLATON, *La République*, trad. V. Cousin, Paris, éd° Rey et Gravier, 1833, t.9, Livre IV, spéc. 427°. Etymologiquement, cardinal provient du latin *cardinalis* qui signifie pivot, charnière, point d'appui.

²¹⁶¹ V° CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc., v° *principe* : règle ou norme générale de caractère non juridique ou juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques ou peuvent inspirer l'application d'une règle.

I. La proportionnalité et la subsidiarité écologiques

732. Proportionnalité et subsidiarité semblent aujourd'hui indissociables. Le droit français, auparavant pensé de manière verticale, tend vers l'horizontalité, notamment illustré par le processus de décentralisation qui amène à transférer des compétences détenues par l'Etat aux collectivités territoriales. L'entreprise poursuit une tendance similaire avec le phénomène d'éclatement de l'entreprise à travers l'externalisation des processus de production²¹⁶². Aussi, il convient dans ce schéma et à partir de l'idée d'entreprise sobre, de faire application d'un principe de proportionnalité conçu comme une « norme juridique globale »²¹⁶³. Selon Raymonde Vatinet, la proportionnalité est très utilisée en droit des sociétés à travers l'idée de « rapport mathématique constant »²¹⁶⁴, mais le principe de proportionnalité est plus subtil puisque, contrairement à un principe d'égalité jugé en déclin, il représente un « principe d'adéquation ou de juste mesure, principe de mise en balance des intérêts en présence, il peut devenir un principe correcteur mieux adapté, grâce à la souplesse qui le caractérise, aux nouvelles règles du jeu sociétaire que ne l'est le principe plus rigide de l'égalité proportionnelle »²¹⁶⁵. L'auteur souligne, à une époque où le droit des sociétés et le droit de l'environnement s'étaient encore trop peu rencontrés, que « cette recherche d'un nouveau principe d'équilibre paraît d'autant plus indispensable qu'on assiste sans doute à l'amorce d'une radicalisation dans l'expression et la défense d'intérêts catégoriels » avec « les risques de nouvelles formes de conflits », et de proposer le principe de proportionnalité comme outil pouvant « contribuer à normaliser ces comportements »²¹⁶⁶ (A). La subsidiarité vient alors renforcer la proportionnalité en ce qu'il s'agit au niveau de l'entreprise de prendre la décision à l'échelon sociétaire et local le plus adéquat (B).

A. La proportionnalité écologique

733. « Par nature, il appartient au juge de trancher les litiges, c'est-à-dire d'arbitrer entre des intérêts contraires par application d'une règle de droit »²¹⁶⁷. Ainsi, la proportionnalité est bien connue du juge, constitutionnel, administratif et judiciaire qui opèrent un contrôle de proportionnalité dans de nombreux domaines²¹⁶⁸ au sein desquels l'environnement ne doit

²¹⁶² V° Partie I sur la propension des PME à se diviser en groupe lorsque sa taille s'accroît.

²¹⁶³ MEKKI Mustapha, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, p. 375.

²¹⁶⁴ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc., v° *proportionnalité*.

²¹⁶⁵ VATINET Raymonde, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? », LPA, 30 septembre 1998, p. 58.

²¹⁶⁶ *Ibid.*

²¹⁶⁷ FEVRIER Jean-Marc, « La conciliation dans la pratique du juge », in LECUCQ Olivier, MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruylant, coll. A la croisée des droits, 2008, 384 p. p. 235.

²¹⁶⁸ V° AGRESTI Jean-Philippe (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Droits, pouvoirs et sociétés, 2018, 168 p.

pas être exclu : « la prise de conscience environnementale de notre société ne peut rester sans effet sur les pratiques jurisprudentielles »²¹⁶⁹. La proportionnalité qui n'est pas définie en droit français offre au juge un instrument de limitation des comportements (1), qu'il peut alors utiliser plus précisément pour la mise en application d'un comportement sobre. Peut être alors effectué un contrôle de proportionnalité en direction de l'environnement selon la proposition de Gerd Winter qui envisage un principe d'éco-proportionnalité ou de proportionnalité écologique (2).

1. La proportionnalité : outil de limitation des comportements

734. Le code civil ne contient pas de « principe de proportionnalité » à proprement dit, mais l'idée de proportion est néanmoins présente. Il peut y être recensé 54 occurrences ayant trait à la proportion. Ainsi, le droit de la famille comporte à de nombreuses reprises l'idée de proportion dans les rapports matrimoniaux et familiaux (devoir d'assistance, divorce, partage, succession). Le droit des obligations connaît également l'idée de proportion lorsqu'il s'agit par exemple pour le créancier d'accepter une exécution imparfaite du contrat et de solliciter une réduction proportionnelle du prix²¹⁷⁰. Le droit des sociétés n'est pas en reste puisque l'article 1843-2 du code civil dispose que les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports. De la même façon, l'article 1844-1 prévoit que la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de leur part dans le capital social. Aussi, un auteur en déduit qu'à défaut de stipulations statutaires contraires, le droit commun des sociétés pose un principe de proportionnalité, qui permet d'assurer une répartition égale des bénéfices et des pertes ou, à l'inverse, de prévoir une répartition inégale sous réserve des clauses léonines qui accorderaient une fraction dérisoire des bénéfices²¹⁷¹.

735. Le « principe de proportionnalité » apparaît sous cette terminologie exacte en droit de l'Union européenne à l'article 5 paragraphe 4 du Traité sur l'Union Européenne²¹⁷². Cet article régit la délimitation des compétences de l'Union européenne par rapport aux compétences des Etats membres, ainsi : « en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités »²¹⁷³. Il y a donc l'idée d'adéquation, de mesure et de limite. Le protocole n°2 sur l'application du principe de subsidiarité et de proportionnalité

²¹⁶⁹ FEVRIER Jean-Marc, art. préc., p. 235.

²¹⁷⁰ Code civil, article 1223 al. 1 : « Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. ».

²¹⁷¹ VELAROCCHIO Dominique, « Dividendes », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, février 2019, spéc. 159-161

²¹⁷² D'abord d'origine jurisprudentielle, le principe de proportionnalité a pu être défini dans l'arrêt CJCE, 5 octobre 1994, Cripoltoni, affaires jointes C-133/93, C-300/93 et C-362/93, point 41, comme le principe qui « exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés ».

²¹⁷³ V. aussi le protocole n°2 du Traité sur l'Union européenne relatif à l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

précise que les institutions de l'Union doivent ainsi procéder à de larges consultations avant de proposer un acte législatif. Le projet d'acte législatif devant contenir notamment pour le respect du principe de proportionnalité, des éléments permettant d'évaluer son impact financier et de faire en sorte que toute charge, financière ou administrative, incombant à l'Union, aux gouvernements nationaux, aux autorités régionales ou locales, aux opérateurs économiques et aux citoyens soit la moins élevée possible et à la mesure de l'objectif à atteindre. Pour illustration, la proposition de directive européenne sur les emballages plastiques du 28 mai 2018 est motivée en considération du principe de proportionnalité de la façon suivante : « La proposition vise à résoudre un problème environnemental urgent et, avec la législation existante et les actions prévues par la stratégie sur les matières plastiques, à produire des résultats environnementaux ambitieux tout en ayant des impacts économiques positifs, produisant un effet limité mais positif sur l'emploi net, encourageant l'innovation, assurant l'acceptation du public et contribuant à une utilisation plus efficace des ressources »²¹⁷⁴. Il en ressort qu'un aménagement entre différents intérêts y est effectué.

736. Aussi, dans un conflit de règles de même valeur, la proportionnalité est la juste mesure à observer devant deux principes antinomiques d'égale valeur qui ont l'un et l'autre, vocation à en gouverner la solution. Elle est donc un « critère directif de pondération »²¹⁷⁵. Dans le cadre de la responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise, peut ainsi être considérée comme un conflit entre règles de même valeur, l'opposition entre la liberté d'entreprendre²¹⁷⁶ et le devoir de prendre part à la préservation de l'environnement inscrit à l'article 2 de la Charte de l'environnement. En effet, la liberté d'entreprendre permet à l'entreprise, à travers le droit de propriété, d'user, de jouir ou de disposer de ressources tirées de l'environnement, avec la conséquence que ces dernières seront le plus souvent inévitablement aliénées ou altérées²¹⁷⁷. Néanmoins, la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue et ne peut exister que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi²¹⁷⁸. Le Conseil constitutionnel a ainsi pu décider qu'il était loisible au législateur d'apporter des limitations à la liberté d'entreprendre, exigées par l'intérêt général²¹⁷⁹

²¹⁷⁴ Commission européenne, proposition de directive relative à l'incidence sur l'environnement de certains produits en plastiques, COM (2018) 340 final, 18 mai 2018, texte adopté en première lecture par le Parlement européen le 27 mars 2019.

²¹⁷⁵ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, v° *proportionnalité*.

²¹⁷⁶ La valeur constitutionnelle de cette liberté a été reconnue par le Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, lois de nationalisation, n°81-132 DC. La liberté d'entreprendre est ainsi issue de la combinaison des articles 4 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (liberté et propriété).

²¹⁷⁷ Art. 544 Code civil. S'agissant du droit de jouir de la chose *-fructus-*, la perception de fruits périodiques sans épuisement de la substance du bien peut néanmoins conduire à son altération (ex. prélèvement d'eau puis rejet); alors que la perception de produits de la chose non périodiques conduit à l'épuisement de la substance du bien (ex. produits issus de l'exploitation d'une carrière).

²¹⁷⁸ CC, décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982, loi n°82-652 sur la communication audiovisuelle, cons. 13. S'agissant de la liberté d'entreprendre et de la liberté de communication.

²¹⁷⁹ CC, décision n°89-254 DC du 4 juillet 1989, loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations, cons. 5 : « Considérant que la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ».

comme la protection de la santé publique²¹⁸⁰ ou la protection de l'environnement²¹⁸¹. Aussi, la proportionnalité est « largement admise comme un principe de l'Etat de droit »²¹⁸² et permet au juge administratif de vérifier que l'administration n'empiète pas sur les droits et libertés des personnes. Le juge administratif peut par exemple contrôler que la mesure de police administrative adoptée par l'administration soit proportionnée à l'objectif poursuivi²¹⁸³. Il occupe par ailleurs un grand rôle dans la sanction des atteintes à l'environnement, essentiellement lorsqu'il contrôle l'utilité publique d'une opération d'aménagement ou qu'il veille à ce que l'administration exerce son pouvoir de police environnementale conformément à la loi²¹⁸⁴. Au-delà, le juge judiciaire peut quant à lui s'appuyer sur un ordre public écologique en développement pour apprécier si l'entreprise a modéré son comportement ou si au contraire, elle a eu un comportement excessif au regard du standard du comportement sobre. Ce dernier pouvant être caractérisé *in concreto* en considération du contenu du standard volontaire qu'elle aura adopté.

2. La proportionnalité écologique : mesure de la modération du comportement

737. La proportionnalité écologique vise à faire du principe de proportionnalité un outil fonctionnel tourné vers la protection de l'environnement. Gerd Winter distingue deux types de proportionnalité, une proportionnalité sociologique et une proportionnalité écologique. La première désigne la proportionnalité qui vise classiquement à assurer l'ordre public et protéger les citoyens contre les atteintes de l'Etat. Cependant, faisant le constat de l'accroissement de la rareté des ressources naturelles disponibles, l'auteur préconise une seconde proportionnalité, la « proportionnalité écologique ou éco-proportionnalité », qui permette de protéger la nature contre les atteintes de la Société.

²¹⁸⁰ CC, décision n°90-283 DC du 8 janvier 1991, loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, cons. 14.

²¹⁸¹ CC, décision n°2016-737 DC du 4 août 2016, loi n°2016-1087 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, cons. 37 à 39 : « 37. En second lieu, il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. 38. D'une part, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu prévenir les risques susceptibles de résulter pour l'environnement ainsi que pour la santé publique de l'utilisation des produits phytopharmaceutiques contenant des substances actives de la famille des néonicotinoïdes. Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances, l'appréciation par le législateur des conséquences susceptibles de résulter pour l'environnement et pour la santé publique de l'utilisation de ces produits. 39. D'autre part, si le législateur a interdit l'usage de ces produits et des semences traitées avec ces produits, il n'a en revanche interdit ni leur fabrication ni leur exportation. Par ailleurs, s'il a fixé la date d'interdiction de l'usage de ces produits et des semences traitées avec ces produits au 1er septembre 2018, il a toutefois aménagé des possibilités de dérogation à l'interdiction pendant une durée de vingt-deux mois à compter de cette date. Dans ces conditions, il a porté à la liberté d'entreprendre des personnes commercialisant ces produits et ces semences et à celle de leurs usagers une atteinte qui n'est pas manifestement disproportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général de protection de l'environnement et de l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé publique poursuivis. »

²¹⁸² WINTER Gerd, « La proportionnalité écologique : un principe émergent », *Environnement* n°12, décembre 2014, étude 19.

²¹⁸³ CE, 19 mai 1933, Benjamin, Rec. Lebon, p.541 s'agissant du contrôle des atteintes portées par le pouvoir de police à la liberté de réunion.

²¹⁸⁴ V° not. LE BOT Olivier, « Le juge administratif et la sanction des atteintes à l'environnement », in LECUCQ Olivier, MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruylant, coll. A la croisée des droits, 2008, 384 p., pp. 271-285 : « Si l'administration a parfois la tentation de négliger l'environnement, le juge, lui, se trouve en dernière ligne et ne peut se dérober face à la règle environnementale. ».

Cette proposition trouve ainsi un écho direct dans l'ordre public écologique précédemment envisagé. La proportionnalité écologique constituerait ainsi un outil de sa mise en œuvre à l'échelle de l'entreprise. Il convient d'en expliciter la signification (a) puis d'envisager son application par la réunion de quatre critères (b). Enfin, il faut souligner que la proportionnalité écologique existe dans le droit positif mais il faudrait davantage en systématiser l'application aux entreprises (c).

a. L'application de la proportionnalité à l'entreprise

738. Selon Gerd Winter, le principe de proportionnalité doit être étendu à l'entreprise, il « ne devrait pas seulement être appliqué aux activités gouvernementales qui empiètent sur les droits des citoyens, mais aussi aux activités de ces citoyens qui créent des dommages sur la nature »²¹⁸⁵. Gerd Winter justifie cette analogie par le fait qu'il s'agit dans les deux cas de limitation de pouvoir : « Dans le premier cas, il s'agit du pouvoir de l'Etat sur la société (ou la collectivité sur les individus) qui doit être jugulé, dans le second cas, il s'agit du pouvoir de la société sur la nature qui doit être maîtrisé »²¹⁸⁶. La proportionnalité serait ainsi une « exigence de justification des usages de la nature par la société »²¹⁸⁷, la société incluant pour M. Gerd Winter la société civile et les entreprises, mais aussi les organismes gouvernementaux dans leur capacité, non en tant que régulateurs, mais comme usagers directs de la nature²¹⁸⁸.

739. L'intégration de la proportionnalité écologique par le dirigeant d'entreprise, s'articulerait autour de deux aspects ; concevoir la solution la plus pertinente quant à l'objectif poursuivi et arbitrer les intérêts contradictoires qui se présenteraient. Dans cette hypothèse, la proportionnalité écologique permet de considérer qu'une décision sociale de l'entreprise constitue raisonnablement une mesure proportionnée à l'objectif poursuivi de sobriété et qui concilie les intérêts communs de l'entreprise (les associés, l'intérêt social, les parties prenantes, l'environnement). Plus précisément, sur le modèle des pouvoirs du dirigeant au sein des entreprises hybrides américaines, il s'agit pour le dirigeant de considérer l'ensemble des intérêts communs avant de proposer la prise d'une décision. La simple information ou la soumission préalable du projet de décision aux autres organes de la société permettrait ainsi de s'assurer de l'impact financier et extra-financier de la décision. Et ainsi, de faire en sorte que toute charge financière ou administrative incombant à l'entreprise, à ses sous-traitants, fournisseurs et autres parties prenantes soit la moins élevée possible et à la mesure de l'objectif à atteindre. Il s'agirait ainsi, comme cela existe dans le cadre de l'évaluation environnementale pour les projets susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement²¹⁸⁹, d'intégrer une démarche similaire

²¹⁸⁵ WINTER Gerd, art. préc., spéc. 3.

²¹⁸⁶ *Ibid.*

²¹⁸⁷ *Ibid.*

²¹⁸⁸ *Ibid.*

²¹⁸⁹ V. Code de l'environnement, art. L122-1 et s.

dans le processus de prise de décision relative à des projets qui n'entrent pas dans le champ de l'évaluation environnementale. Même succincte et à tout le moins existante, cette étude d'impact interne à l'entreprise prendrait en considération les conséquences économiques, sociales, sociétales et environnementales de son projet de décision. Ce qui a le mérite d'être cohérent avec la réforme de l'article 1833 du Code civil qui envisage la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux. La proportionnalité écologique mise en œuvre de cette façon en serait une traduction. Aussi, une telle étude interne devrait-elle être inévitable lorsqu'il existe des incidences notables sur l'environnement, la biodiversité et de manière générale, même lorsque la décision ne constitue pas un projet nécessitant une évaluation environnementale dans le respect de l'article L 122-1 du code de l'environnement.

b. Une application par la réunion de quatre critères

740. Gerd Winter propose l'analyse de quatre conditions cumulatives pour vérifier si l'entreprise, par son activité, affecte ou non les ressources naturelles. L'acteur doit viser un « objectif sociétal justifiable », soit la réalisation de droits individuels et/ou collectifs ; l'activité doit éventuellement être « efficace », c'est-à-dire capable d'être utile à l'objectif ; elle doit être « nécessaire », c'est-à-dire non remplaçable par une autre étant moins intrusive pour les écosystèmes afin de ne pas porter atteinte à leur capacité de résilience; et enfin elle doit être équilibrée au vu de l'importance de l'objectif sociétal²¹⁹⁰.
741. La proportionnalité écologique ainsi énoncée comme la poursuite d'un objectif sociétal justifiable, efficace, nécessaire et équilibré, permettrait de motiver expressément l'adoption d'une décision en présence d'intérêts contradictoires au sein de l'entreprise. Essentiellement lorsqu'il y a antinomie entre la recherche de bénéfices et la protection des personnes et de l'environnement. De la même manière que le juge effectue un contrôle de proportionnalité permettant d'aboutir à une solution lorsque deux règles de même valeur s'opposent, le dirigeant d'entreprise devrait ainsi veiller à l'application d'un « critère directif de pondération »²¹⁹¹ pour arbitrer lorsque des intérêts s'opposent. Au demeurant, il faut souligner qu'il est du mandat des dirigeants de société de rechercher l'intérêt social de la société et des associés, outre l'intérêt des parties prenantes. Les auteurs Paul Le Cannu et Bruno Dondero observent que les dirigeants sont tenus « à une obligation de prudence (s'abstenir de prendre des risques excessifs) et de diligence (ne pas rester inactif, ne pas être négligent, profiter des opportunités...) »²¹⁹². Par conséquent, dans tous les cas, l'adoption d'une étude d'impact interne à l'entreprise avec les critères proposés précédemment, renforcerait l'obligation de loyauté du dirigeant. En effet, l'obligation de loyauté impose aux dirigeants d'entreprise « de ne pas profiter de leurs fonctions pour porter atteinte aux droits des associés ou des tiers », dans le cas contraire

²¹⁹⁰ WINTER Gerd, art. préc., spéc. 4

²¹⁹¹ CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Coll. Quadrige, PUF, 9^{ème} éd., v. *proportionnalité*.

²¹⁹² LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, Droit des sociétés, LGDJ, 7^{ème} éd., 2018, spéc. 499.

leur responsabilité pourrait être engagée ou des actes menacés de nullité²¹⁹³. L'évaluation motivée du projet de décision par le dirigeant serait ainsi pour lui, un moyen de se prémunir de toute remise en cause de décisions, notamment relative à des « opportunités d'affaires »²¹⁹⁴. Il pourrait ainsi observer que les solutions alternatives ont bien été envisagées mais qu'elles ne correspondaient pas aux engagements volontaires souscrits par l'entreprise, à son intérêt social, à l'intérêt des associés et à l'intérêt des parties prenantes.

c. Une proportionnalité préexistante par la méthode de hiérarchisation

742. En réalité, la proportionnalité écologique existe déjà dans notre droit. Elle est par exemple imposée dans le cadre de la politique nationale de prévention des déchets qui fixe une hiérarchie des modes de traitement des déchets à l'article L 541-1-II du code de l'environnement avec, par ordre de priorité, la prévention et la réduction de production de déchets, la préparation en vue de la réutilisation, le recyclage, la valorisation notamment énergétique et en dernier lieu, l'élimination. Cette hiérarchie des modes de traitement des déchets est reprise dans la loi relative à la lutte contre le gaspillage alimentaire du 11 février 2016²¹⁹⁵. La loi crée un nouvel article L 541-15-4 dans le code de l'environnement qui témoigne de l'exigence de proportionnalité exigée des producteurs, transformateurs et distributeurs de denrées alimentaires. Ces derniers doivent ainsi mettre en œuvre des actions de lutte contre le gaspillage alimentaire dans l'ordre hiérarchique suivant : 1° La prévention du gaspillage alimentaire ; 2° L'utilisation des invendus propres à la consommation humaine, par le don ou la transformation ; 3° La valorisation destinée à l'alimentation animale ; 4° L'utilisation à des fins de compost pour l'agriculture ou la valorisation énergétique, notamment par méthanisation²¹⁹⁶. Il faudrait donc simplement l'appliquer de manière systématique aux entreprises. Enfin, il faut souligner que le mode de traitement des déchets, doit selon l'article L 541-1-II-4° du code de l'environnement, répondre à un *principe de proximité* pour ce qui concerne le transport des déchets afin de limiter le volume et la distance parcourue par les déchets. Aussi, il convient d'observer que la proportionnalité écologique ne semble pas aller sans un principe de subsidiarité, comme proportionnalité et subsidiarité vont déjà de paire en droit de l'Union européenne. En d'autres termes, il s'agit pour l'entreprise de répondre -selon un principe de proportionnalité écologique- aux effets causés par son activité au niveau hiérarchique le plus adéquat et le plus local, ce que nous appellerons la « subsidiarité écologique ».

²¹⁹³ *Ibid.*

²¹⁹⁴ *Ibid.*, «La Cour de cassation considère que le dirigeant qui appréhende un marché ou un bien qu'il aurait dû faire attribuer à la société manque à son devoir de loyauté envers celle-ci (Cass. Com., 15 nov. 2011, n° 10-15049, Bull. civ., IV, n° 188; D. 2011, p. 2865, obs. A. Lienhard; D. 2012, p.134, note Th. Favario; *Rev. sociétés* 2012, p.292, note L. Godon; *RTD com* 2012, p.134, obs. A. Constantin; Gaz Pal. 10-11 février 2012, p.19, note B. Saintourens; JCP éd. E 2011, 1893, note A. Couret et B. Dondero) ou envers les associés (Cass. Com., 18 déc. 2012, n° 11-24305; BRDA 1/13, n°2; D. 2013, p. 83, obs. A. Liehnard et p. 288, note Th. Favario; JCP éd. E 2013, 1084, note M. Roussille; *Rev. sociétés* 2013, p.362, note Th. Massart; *RTD com.* 2013, p. 90, obs. Le Cannu et B. Dondero; BJS 2013, p.200, note B. Dondero).

²¹⁹⁵ JO n°36 du 12 février 2016.

²¹⁹⁶ V° l'exemple de la société Agrivalor précédemment employé.

B. La subsidiarité écologique

743. Conformément à la transition écologique selon laquelle celle-ci s'effectue « par le bas », c'est-à-dire de manière diffuse ou horizontale²¹⁹⁷, il peut être envisagé une subsidiarité écologique entendue comme la prise de décision à l'échelon décisionnel le plus adéquat et par la personne qui aura, après évaluation, les éléments les plus pertinents pour proposer la mesure la plus appropriée.
744. Comme a pu le relever Marie-Caroline Caillet, dans le cadre de la législation des installations classées pour la protection de l'environnement, il existe par exemple un « principe de responsabilité subsidiaire » qui pèse sur la société-mère ou la holding envers la société filiale contrôlée²¹⁹⁸, plus précisément, il existe pour la première une obligation de financer les mesures de remise en état d'un site après exploitation et arrêt définitif²¹⁹⁹. En matière de déchets, la responsabilité subsidiaire du propriétaire du terrain peut être recherchée en l'absence de détenteur ou de producteur identifiables et responsables de leur élimination, à la condition qu'il soit démontré que le propriétaire ait fait preuve de négligence ou qu'il n'est pas étranger à leur abandon²²⁰⁰.
745. Plus généralement, un « principe de subsidiarité » apparaît au même endroit que le principe de proportionnalité en droit de l'Union européenne. L'article 5 paragraphe 3 alinéa 1er du traité sur l'Union européenne prévoit qu' « en vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ». Il est octroyé un « certain degré d'indépendance à une autorité subordonnée vis-à-vis d'une autorité de niveau supérieur, notamment d'une autorité locale envers le pouvoir central. Il y va donc du partage des compétences entre les divers échelons de pouvoirs, principe qui constitue le fondement institutionnel des Etats à structure fédérale »²²⁰¹.

²¹⁹⁷ COLLART DUTILLEUL François, « Le droit au service des transitions écologiques », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p. 45.

²¹⁹⁸ Sur la notion de contrôle v. l'art. L233-3 du code de commerce.

²¹⁹⁹ CAILLET Marie-Caroline, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises, étude à partir des entreprises transnationales*, Thèse, Bordeaux, 2014, Spéc. 546 et 547, pp. 491-493 à propos de l'obligation prévue par l'article L512-17 du code de l'environnement.

²²⁰⁰ V° pour les déchets l'art. L541-1 du code de l'environnement et par ex., Cass. civ. 3^{ème}, 11 juillet 2012, n°11-10478 : « attendu qu'en l'absence de tout autre responsable, le propriétaire d'un terrain où des déchets ont été entreposés en est, à ce seul titre, le détenteur au sens des articles L. 541-1 et suivants du code de l'environnement dans leur rédaction applicable, tels qu'éclairés par les dispositions de la directive CEE n° 75-442 du 15 juillet 1975, applicable, à moins qu'il ne démontre être étranger au fait de leur abandon et ne l'avoir pas permis ou facilité par négligence ou complaisance », V. aussi pour les sites pollués l'art. L556-3, II, 2° du code de l'environnement et pour un ex., CE 24 oct. 2014, n° 361231, Sté Unibail-Rodamco c/ Préfet de Seine-et-Marne, Gaz. Pal. 2015, p.13 note Mustapha Mekki.

²²⁰¹ Parlement européen, fiche techniques sur l'Union européenne, « Le principe de subsidiarité », fiche thématique, octobre 2018, en ligne http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/fr/FTU_1.2.2.pdf, consulté le 26 avril 2019.

746. Par analogie pour l'entreprise, y compris la PME, il s'agit de confier aux autorités subordonnées de l'entreprise – filiales, sous-traitants – le soin de réaliser l'activité au degré le plus efficient en termes de responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise. Il ne s'agit pas de laisser à une filiale ou à un sous-traitant le soin d'être seul responsable de l'activité conforme au comportement le plus sobre mais surtout, d'en permettre l'accomplissement effectif, le cas échéant, en prévoyant l'attribution de moyens matériels, humains et financiers. La contrepartie d'une telle subsidiarité est alors la responsabilité de l'entreprise contrôlaire dans le sens d'une entreprise élargie²²⁰². Il peut alors être imaginé que la subsidiarité s'efface au profit d'une solidarité lorsqu'une même situation peut être appréhendée à la fois par la société mère et la société filiale. Néanmoins, la solidarité ne se présument pas entre des sociétés qui restent juridiquement distinctes, la clause de solidarité devra être prévue entre lesdites sociétés, celle-ci précisant les situations de fait dans laquelle la clause s'applique.

747. Plus simplement, la subsidiarité peut se concevoir comme l'adoption d'un comportement sobre à l'échelle spatiale locale et territoriale conformément à l'article L110-1-1 du code de l'environnement qui met en exergue une économie circulaire et une écologie industrielle et territoriale. Dans ce sens, la subsidiarité renvoie alors à la transition écologique « par le bas ». Par exemple, la SARL NUN qui exerce son activité dans l'imprimerie et les arts graphiques indique vouloir être reconnue pour son impact positif sur la vie économique, sociale, culturelle et environnementale²²⁰³. L'entreprise ancre ainsi localement son activité et pour ce faire se fournit en papier et encre produits localement, c'est-à-dire par l'utilisation de ressources subsidiaires, alors qu'il serait tout à fait possible pour elle de choisir un fournisseur principal de dimension nationale dont les ressources sont produites plus lointainement. En ce sens, une entreprise fabricant des vêtements en a même fait son argument de vente. Dénommée 1083 km, elle inscrit sa production de vêtements dans un territoire et affiche le fait que les résultats de l'activité sociale irriguent l'économie locale²²⁰⁴. Aussi, la création par la loi ESS de monnaies locales complémentaires²²⁰⁵ ou subsidiaires à l'euro, participe de ce mouvement d'une relocalisation de l'économie. Plus spécifiquement, il existe des monnaies locales complémentaires spécifiquement à vocation environnementale qui peuvent être utilisées

²²⁰² V° TRÉBULLE François-Guy, « Les frontières de l'entreprise vue au prisme des enjeux environnementaux, Cahiers de droit de l'entreprise, 2017, n°5, dossier, p. 29 ; CERDACC, ROLLAND Blandine (organisé par), « L'entreprise élargie », Université de Haute-Alsace, colloque du 25 oct. 2018.

²²⁰³ V° www.nundesign.fr, consulté le 19 avril 2019.

²²⁰⁴ V° www.1083.fr, consulté le 19 avril 2019.

²²⁰⁵ Article L311-5 du code monétaire et financier : « Les titres de monnaies locales complémentaires peuvent être émis et gérés par une des personnes mentionnées à l'article 1er de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire dont c'est l'unique objet social. » ; v. pour une présentation CHAABEN Mohamed, « Financement – Ressources alternatives – Les monnaies locales complémentaires valent-elles leur pesant d'or ? », JA 2018, n°583, p.43 : « l'objectif principal des monnaies locales complémentaires est de promouvoir les échanges locaux. En effet, ces monnaies permettent l'échange de biens et de services au sein d'un réseau limité de personnes dans un territoire local ».

dans le cadre de la poursuite d'un comportement sobre²²⁰⁶. Au-delà des principes de proportionnalité et de subsidiarité, la caractérisation d'un comportement sobre peut être encore effectué à travers les principes de temporalité et de solidarité écologique.

II. La temporalité et la solidarité écologiques

748. Si la proportionnalité et la subsidiarité peuvent relever d'une certaine « rationalité » par comparaison à une définition restreinte de la sobriété²²⁰⁷, l'adoption d'un comportement sobre ne peut aller sans orientation. Un comportement sobre rationnel doit également être fonctionnel pour être conforme à la vision holiste de la transition écologique. Il doit correspondre à l'idée que l'entreprise est un système d'intérêts communs ayant une fonction sociale. Pour ce faire, un comportement sobre doit intégrer à la fois le « temps » et les intérêts communs. L'absence de prise en compte du « temps long »²²⁰⁸ par l'entreprise dans son activité peut être source de nuisances et de dommages, aussi il convient d'en prévenir la survenance à travers un principe de temporalité écologique qui peut être mise en œuvre par la caractérisation d'une faute de temporalité **(A)**. De la même manière, l'absence de prise en compte par l'entreprise d'autrui et de manière plus large des intérêts communs dans son activité, peut causer un dommage aux générations présentes et futures ainsi qu'à l'environnement. Pour y remédier, il conviendra d'envisager un principe d'altérité ou plus exactement en droit, de solidarité écologique pouvant s'exprimer à travers la prise en considération de l'intérêt des générations présentes et futures pour la protection de leur patrimoine commun **(B)**.

²²⁰⁶ ADEME, *Les monnaies locales complémentaires environnementales, Etat des lieux, impacts environnementaux et efficacité économique*, coll. Expertise, mars 2016, 175 p., spéc. p. 24 à propos des monnaies locales complémentaires dites « vertes » qui flèchent la consommation vers les acteurs économiques plus respectueux de l'environnement : « Les utilisateurs sont encouragés à effectuer leurs achats au sein d'un réseau de partenaires sélectionnés pour leur engagement en faveur de l'environnement et leur ancrage sur le territoire de diffusion de la monnaie. De plus, dans certains cas, le recours à une monnaie complémentaire permet aux utilisateurs de soutenir des projets environnementaux déployés localement. Ce soutien financier se fait de différentes façons selon les dispositifs : certains dispositifs ont, entre autres, mis en place une « taxe » lors de la reconversion entre la monnaie complémentaire et la monnaie nationale dont les bénéfices sont ensuite redistribués à des associations ; d'autres prévoient aussi un mécanisme de « don » équivalent à un certain pourcentage des sommes échangées par l'utilisateur sur une période donnée. Enfin, l'argent échangé peut également être déposé sur des livrets éthiques et solidaires où l'épargne permet alors de financer des projets locaux et environnementaux. »

²²⁰⁷ Action de maîtrise quantitative et qualitative des ressources naturelles qui concourent à l'activité économique de l'entreprise et visant à limiter les effets sur l'homme et l'environnement.

²²⁰⁸ V° Conseil économique, social et environnemental, *Entre temps court et temps long - Les Forums du CESE sur le vivre ensemble*, PUF, «Hors collection», 2013, 240 p.

A. L'intégration d'une temporalité écologique dans l'entreprise

749. Le temps et le droit sont intimement liés comme en témoigne l'abondante littérature sur le sujet, avec par exemple : l'ouvrage intitulé *Le temps du droit* de François Ost²²⁰⁹, la thèse rédigée par Thibault Soleilhac²²¹⁰, le rapport annuel 2014 de la Cour de cassation consacré à ce sujet²²¹¹, le dossier consacré par le Conseil constitutionnel à « La Constitution et le temps »²²¹², ou encore dans le droit de l'UE, la directive européenne 2017/827 relative à la promotion de l'engagement à long terme des actionnaires²²¹³. Si le temps est directement envisagé dans ces exemples, il apparaît également indirectement en filigrane à travers les principes généraux du droit de l'environnement, particulièrement celui de précaution et de non-régression²²¹⁴. Ceux-ci traduisent tous deux l'idée d'écoulement du temps et de rapport de présent au futur. Le principe de précaution indique qu'il ne faut pas « retarder » l'adoption de mesures visant à prévenir un risque de dommage, tandis que le principe de non-régression indique que la protection de l'environnement ne peut faire l'objet que d'une amélioration « continue ». De manière générale, c'est l'objectif de développement « durable » de l'article L110-1 du code de l'environnement qui indique une relation entre les générations présentes et futures. Si le droit ne méconnaît donc pas le temps juridique (1), il est constaté une crise de la temporalité juridique qui fait face à une extrême valorisation du présent et exclusif de la

²²⁰⁹ OST François, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999, 376 p. ; L'auteur développe trois thèses centrales, pp.11-13 : « Première thèse : le temps est une institution sociale avant d'être un phénomène physique et une expérience psychique(...) ; La deuxième thèse qui sous-tend cet ouvrage concerne le droit. Elle tient que la fonction principale du juridique est de contribuer à l'institution du social (...) le droit est un discours performatif, un tissu de fictions opératoires qui disent le sens et la valeur de la vie en société. (...) Finalement, la troisième thèse résulte de l'interaction dialectique des deux premières. Il sera soutenu qu'un lien puissant s'établit entre temporalisation sociale du temps et institution juridique de la société. Plus précisément : le droit affecte directement la temporalisation du temps, tandis que, en retour, le temps détermine la forme instituante du droit. Plus précisément encore : le droit temporalise tandis que le temps institue. (...) Le temps ne demeure pas extérieur à la matière juridique, comme un simple cadre chronologique au sein duquel se déroulerait son action ; de même le droit ne se borne-t-il pas à imposer au calendrier quelques délais normatifs laissant pour le surplus le temps dérouler son fil. C'est bien plutôt de l'intérieur que droit et temps se travaillent mutuellement ». L'auteur prend ainsi l'exemple du temps du procès, p.13 : « Temps séparé de celui de la vie réelle, étroitement réglementé par les prescriptions du rituel, il permet au jugement de déployer ses effets performatifs et institutants : effets juridiques (la condamnation, l'acquiescement) et effets sociaux (l'apaisement du conflit par le mécanisme de la catharsis). »

²²¹⁰ SOLEILHAC Thibault, *Le temps et le droit de l'environnement*, Thèse, Lyon, 2006, 2 vol., 1400 p.

²²¹¹ Cour de cassation, *Le temps - Rapport annuel 2014*, La documentation française, 2015, 678 p.

²²¹² Conseil constitutionnel, *La Constitution et le temps*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, Dossier, Lextenso, n°54, janvier 2017

²²¹³ Directive (UE)2017/828 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, dont la transposition est prévue par le biais de l'article 66 du projet de loi PACTE n°1088 du 19 juin 2018, préc. L'exposé des motifs de la directive indique dans son point 2 que : « La crise financière a révélé que, dans de nombreux cas, les actionnaires soutenaient une prise de risque à court terme excessive des gestionnaires. En outre, il apparaît clairement que, souvent, les investisseurs institutionnels et les gestionnaires d'actifs ne suivent pas suffisamment les sociétés détenues et ne s'y engagent pas assez, et qu'ils sont trop centrés sur les rendements à court terme, ce qui peut conduire à une gouvernance d'entreprise et des performances sous-optimales.»

²²¹⁴ L'article L110-1 du code de l'environnement en donne les définitions suivantes, II, 1° « 1° Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable » ; II, 9° : « Le principe de non-régression, selon lequel la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment.»

sobriété (2). Or, un tel comportement de « spéculation temporelle » par l'entreprise peut aboutir à des dommages causés par ce qui peut être qualifié de faute de temporalité (3). C'est alors une conciliation entre le présentisme juridique et la temporalité écologique – de long terme – qui doit être recherchée dans le cadre d'un comportement sobre (4).

1. Le sens du temps juridique

750. Deux significations du temps sont généralement admises, le moment et la durée, du grec *kairos* et *chronos*. Le temps au sens de *kairos* désigne un temps court, actuel, un instant déterminé, furtif, le moment vécu, l'opportunité à saisir ou encore plus largement l'époque contemporaine. Le temps, au sens de *kairos*, peut-être identifié à l'article 2 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui envisage les principes politiques, économiques et sociaux « particulièrement nécessaires à notre temps ». Le temps, au sens de *chronos*, désigne quant à lui, le temps qui s'écoule, une durée, le temps au quotidien. L'exclamation prononcée par Cicéron : « *O tempora, O mores* » ; autre temps, autres mœurs²²¹⁵, véhicule l'idée que le temps qui passe, modifie la perception qu'une société porte sur son temps social.

751. A côté de ce temps social, du temps au sens de *chronos* qui rythme la vie des personnes, il existe en droit le « temps juridique », soit la création par le droit d'un « temps artificiel auquel il confère des effets propres »²²¹⁶. Ainsi, le temps juridique permet-il de faire naître ou d'éteindre des droits, il possède une fonction créatrice ou extinctive de droits²²¹⁷ grâce à l'artifice de « stratégies temporelles »²²¹⁸. A cet égard, le professeur Dominique Rousseau observe que le Conseil constitutionnel détient un « redoutable pouvoir : il peut transformer, tordre la temporalité des dispositions législatives invalidées en déplaçant le curseur de l'abrogation et en gommant plus ou moins la ligne de vie de la loi censurée »²²¹⁹. Mais le temps juridique peut encore au contraire, ne jamais éteindre certains droits et fixer l'imprescriptibilité de certains faits comme dans l'hypothèse de crimes contre l'humanité ou de reprise de faits passés qui n'étaient alors pas condamnables²²²⁰. Aussi, puisque le temps juridique diffère du temps social, l'entreprise qui se veut responsable socialement a tout intérêt à tenir compte de l'hypothèse d'une insécurité juridique

²²¹⁵ CICERON, *Catilinaires*, I, 1.

²²¹⁶ Cour de cassation, rapport précité, pp.101-102

²²¹⁷ Cour de cassation, rapport précité, p.103

²²¹⁸ V. ROSA Harmunt, *Accélération. Une critique sociale du temps*, La découverte, 2013, p.26 expression que l'auteur attribue à Pierre BOURDIEU.

²²¹⁹ ROUSSEAU Dominique, « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », in *La Constitution et le temps*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, Dossier, Lextenso, n°54, janvier 2017, p.9

²²²⁰ V. en ce sens MARKUS Jean-Paul, « Introduction », in MARKUS Jean-Paul (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p.12: « Certaines affaires de justice sont emblématiques de ce report de responsabilité sur les générations futures. L'affaire de la responsabilité de fait des persécution antisémites sous le régime de Vichy montre des survivants et surtout, le temps passant, leurs héritiers, qui attaquent, dans les années 1990-2000, l'Etat, lequel a juridiquement, en 1995, assumé les actes de l'Etat vichyssois. Ce sont bien les générations futures par rapport à la génération présente au moment des faits, qui assument financièrement les conséquences des actes commis.»

relative au temps juridique. Plus précisément et en d'autres termes, l'activité aujourd'hui considérée par le droit comme ne présentant pas de risques d'engagement d'une responsabilité, pourrait ne plus l'être dans un temps plus éloigné.

752. Dans ce sens, Jean-Paul Markus observe que la loi n°2010-2 du 5 janvier 2010 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français établit une responsabilité des générations actuelles en raison des conséquences d'actes commis dans les années 1950-1960 dans le cadre des essais nucléaires en Algérie²²²¹. Certes, il s'agit dans cette hypothèse d'une responsabilité de l'Etat mais l'engagement parallèle de la responsabilité d'une personne morale de droit privé ne doit pas être exclu.

753. Pour illustrer cette possibilité, l'affaire du médicament *Mediator* produit par les Laboratoires Servier, qui s'est avéré être défectueux, est révélatrice de cette double responsabilité de l'Etat et du producteur du médicament. Dans un arrêt de la 3^{ème} chambre civile de la cour d'appel de Versailles du 14 avril 2016, la juridiction d'appel constate que « le débat sur les effets néfastes du Médiator apparaît largement dépassé, au regard de la loi du 29 juillet 2011 instaurant un mécanisme de réparation amiable et une substitution par l'ONIAM » et relève « l'attitude publique des Laboratoires Servier, qui ont fait part de leur volonté d'indemniser les victimes », pour considérer que « la faute reconnue d'une autorité publique dans l'exercice d'une mission de santé publique ne saurait avoir pour effet d'exclure ou de diminuer la responsabilité première des Laboratoires Servier soumis à ce contrôle en leur qualité de producteur de médicaments, et leur obligation de réparer les préjudices ainsi causés.»²²²². Cette solution a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 20 septembre 2017²²²³. Dans cette affaire de responsabilité du fait des produits défectueux, l'autorisation délivrée par l'Etat pour la mise sur marché d'un médicament ne constitue donc pas un « blanc-seing ». En effet, l'autorisation délivrée n'exonère pas le producteur de toute responsabilité, sauf s'il parvient à démontrer que lors de la mise en circulation du produit, l'état des connaissances scientifiques disponibles ne permettait pas de déceler la défectuosité du produit. Il appartient donc à l'entreprise de s'assurer de la sécurité du produits en tenant compte de l'état des connaissances et expériences scientifiques et techniques disponibles au moment de la mise en circulation du produit²²²⁴. Dans le cas contraire, l'entreprise s'expose à un temps juridique incertain

²²²¹ *Ibid.*, l'auteur illustre également son propos avec l'affaire de l'amiante.

²²²² Cour d'appel de Versailles, 3^{ème} ch., 14 avril 2016, RG n°15/08232, chron. de BYK Christian, « Bioéthique », JCP G, n°43-44, 24 octobre 2016, doct. p. 1155, spéc. 37, v° *Responsabilité du fait des produits*.

²²²³ Cass. civ. 1^{ère}, 20 sept. 2017, n° 16-19643, D. 2017, p. 2279, avis Sudre, et aussi p.2284 note Viney

²²²⁴ *Ibid.*, en l'espèce, le risque de développement, c'est-à-dire le fait que l'état des connaissances scientifiques au moment du traitement de la patiente ne permettaient pas de déceler l'existence du défaut, a été écarté ; V. sur les causes d'exonération de la responsabilité du fait des produits défectueux, l'article 1245-10 c. civ. : « Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve : 1° Qu'il n'avait pas mis le produit en circulation ; 2° Que, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement ; 3° Que le produit n'a pas été destiné à la vente ou à toute autre forme de distribution ; 4° Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ; 5° Ou que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives d'ordre législatif ou réglementaire. Le producteur de la partie composante n'est pas non plus responsable s'il établit que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel cette partie a été incorporée ou aux instructions données par le producteur de ce produit.»

pouvant éventuellement conduire à l'engagement éventuel de sa responsabilité, si elle ne veille pas à prendre toutes les précautions préalablement à la production d'un produit. Néanmoins, le délai d'action en réparation du fait des produits défectueux demeure relativement réduit puisque une telle action ne peut être introduite que dans le délai de trois ans qui court à compter de la date de la connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur²²²⁵. En tout état de cause, sauf faute du producteur, la responsabilité de ce dernier s'éteint dans les dix ans à compter de la mise en circulation du produit à moins que la victime n'ait engagé une action durant cette période²²²⁶. Aussi, malgré un délai d'action plutôt réduit, l'entreprise aurait tort de ne pas tenir compte de l'évolution du temps juridique, surtout qu'il peut être caractérisée une faute faisant échec à l'effet extinctif du délai de dix ans. Comme l'observe Catherine Caillé, cette réserve est corroborée par l'article 1247-2 alinéa 2 qui dispose que le producteur « reste responsable des conséquences de sa faute et de celle des personnes dont il répond ». Ainsi, « dans cette hypothèse, la victime pourra agir contre le responsable nonobstant l'expiration du délai de dix ans »²²²⁷. Au-delà, c'est l'accélération de la temporalité juridique qui interroge sur l'adaptation du droit face à ce phénomène.

2. Une crise de la temporalité juridique néfaste pour l'environnement

754. Dans son rapport annuel consacré au temps, la Cour de cassation dénonce ainsi le mythe selon lequel le droit serait intemporel²²²⁸. Au contraire, la Haute juridiction observe que le droit est soumis à des évolutions constantes, « loin de cette époque où l'on considérait qu'il ne fallait toucher aux lois que d'une main tremblante » selon l'expression empruntée à Montesquieu²²²⁹. C'est tout l'inverse, elle constate ainsi une crise du régime de la temporalité juridique, une accélération du temps juridique marqué par un « *présentisme juridique* compris comme une extrême valorisation du temps présent par le droit »²²³⁰. De la même manière, le Conseil constitutionnel effectue une analyse similaire dans son dossier consacré à la Constitution et au temps, le professeur Dominique Rousseau indique ainsi que « la conjugaison des temps de la jurisprudence ne facilite pas toujours le langage constitutionnel. Elle rappelle, à sa façon, que le temps long de la Constitution se confronte à l'accélération des sollicitations procédurales, que l'appréciation du changement doit préserver les relations entre le juge et le législateur sans qu'on puisse constitutionnellement reprocher à ce dernier de ne pas adapter la loi à l'évolution des

²²²⁵ Art. 1245-16 c. civ.

²²²⁶ Art. 1245-15 c. civ.

²²²⁷ CAILLÉ Catherine, « Responsabilité du fait des produits défectueux », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2018, spéc. 96-100.

²²²⁸ Cour de cassation, rapport préc., p.105. Dans le même sens v° OST François, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999, pp. 14-15 : l'auteur met en garde contre la menace de *détemporalisation* et de *déni du temps* pouvant générer des idéologies totalitaires en raison de l'incapacité d'articuler passé et avenir.

²²²⁹ Cour de cassation, rapport préc., p. 105, Montesquieu, *Lettres persanes*, Lettre CXXXIX, Ubsek à Rhédi. À Venise.

²²³⁰ Cour de cassation, rapport préc., p.107 l'Etude renvoi notamment à HALEVY Daniel, *Essai sur l'accélération de l'histoire*, éd. Self, 1948, 166 p. ; HARTOG François, *Régimes d'historicité. Présentisme et expériences du présent*, éd. du Seuil, 2003, p.137 et ROSA Harmunt, *Accélération. Une critique sociale du temps*, La découverte, 2010, spéc. chap. 3 à 7.

mœurs ni lui imposer de le faire, que l'érosion de la règle jurisprudentielle n'affecte pas l'autorité de son énonciation, et plus fondamentalement que nous ne pouvons pas expliquer le changeant sans le ramener au permanent, ni raconter la durée sans imaginer qu'elle monnaie quelque invariance. »²²³¹

755. Le « règne de l'urgence » qui caractérise l'économie actuelle²²³² entraîne ainsi une nécessaire adaptation du droit par le législateur et le juge pour faire face à l'accélération du temps juridique décrit par la Cour de cassation. Aussi, l'entreprise ne peut rester en marge de ce processus auquel elle participe et en subir les effets. Le sociologue allemand Harmunt Rosa décrit ainsi une *accélération du temps* caractérisée par une relation synergique entre un processus d'accélération technique, une accélération du changement social et une accélération du rythme de vie²²³³. Or, pour cet auteur, « la pression accélératrice engendre des problèmes massifs de désynchronisation », il prend ainsi l'exemple de la réduction de la période d'essai de nouveaux produits ou de nouveaux matériaux : « ils sont introduits sur le marché *avant* d'être finalisés, si bien que le stade final du développement d'un nouveau produit enrôle le consommateur comme "testeur" »²²³⁴. Ainsi, ce phénomène de *désynchronisation* a pu être observé dans le domaine électronique avec des batteries de téléphones portables défectueuses qui prenaient feu dans les mains des utilisateurs. Bien mal en a pris au fabricant sud-coréen *Samsung*, qui a ainsi perdu des milliards d'euros en voulant mettre sur le marché son nouveau téléphone avant celui de son grand concurrent américain *Apple*, la forte dégradation liée à son image de marque²²³⁵ sans compter le gaspillage de ressources naturelles lié à la fabrication d'objets inutilisables. L'épilogue de ce fiasco industriel a amené l'entreprise, sous la pression d'ONG environnementales, à annoncer qu'elle utiliserait les composants des téléphones retirés de la vente et qu'elle recyclerait les téléphones rappelés auprès des consommateurs par une « méthode éco-responsable », elle

²²³¹ ROUSSEAU Dominique, in *La Constitution et le temps*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, Dossier, Lextenso, n°54, janvier 2017, p.29

²²³² ATTALI Jacques (groupe de réflexion présidé par), *Pour une économie positive*, Fayard, La documentation française, Paris, 2013, p.15.

²²³³ ROSA Harmunt, *Accélération – Une critique sociale du temps*, Ed. La découverte, 2013, p.187

²²³⁴ *Ibid*, p. 318.

²²³⁵ V. LeMonde.fr, « Le fiasco du Galaxy Note 7 dû aux batteries défectueuses, selon Samsung », 23 janvier 2017, http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/01/23/le-fiasco-du-galaxy-note-7-du-aux-batteries-defectueuses-selon-samsung_5067176_3234.html, consulté le 30 janvier 2017: « Samsung a formellement imputé, lundi 23 janvier, à un dysfonctionnement de sa batterie les problèmes du Galaxy Note 7, censé être son produit phare, mais qui s'est soldé par un fiasco commercial historique (...)« Nous présentons nos excuses sincères pour la gêne et la préoccupation occasionnées auprès de nos clients », a déclaré aux journalistes, à Séoul, Koh Dong-jin, chef de la division mobile de Samsung Electronics. (...) Le premier fabricant mondial de smartphones avait été contraint en septembre d'ordonner le rappel planétaire de 2,5 millions de Note 7, plusieurs spécimens ayant pris feu ou explosé. Le premier conglomerat sud-coréen a ensuite dû renoncer complètement, en octobre, à la production de cet appareil, quand il est apparu que certains Note 7 distribués en remplacement des appareils défectueux prenaient également feu.»

espérait ainsi récupérer 157 tonnes de métaux rares et précieux (or, argent, cuivre, cobalt)²²³⁶ pour un éventuel et salutaire retour à un comportement sobre.

756. Ces pratiques de désynchronisation entraînent un risque pour l'existence même de l'entreprise et son « espérance de vie » risque d'être rapidement réduite. Des auteurs américains ont pu montrer que l'espérance de vie d'une entreprise diminuait de plus en plus et qu'elles « meurent » donc de plus en plus jeunes²²³⁷. Ils ont par ailleurs constaté que, plus l'entreprise s'enrichissait rapidement, plus sa durée de vie risquait d'être réduite, aussi préconisent-ils de construire des modèles de gouvernance axés sur des échelles de temps multiples²²³⁸. Par conséquent, une entreprise responsable au présent est souhaitable mais une entreprise qui envisage sa responsabilité future est préférable, notamment pour son espérance de vie. S'agissant par exemple du *reporting* – imposé ou volontaire – en matière de RSE, il ne s'agira pas simplement d'établir un rapport annuel sur les activités menées dans le domaine socio-environnemental mais davantage de penser le long terme, envisager les activités sur des échelles de temps multiples, à travers des stratégies temporelles. Aussi, l'existence de comportements asynchroniques ou temporellement spéculatifs conduisant à un dommage pourrait mener à l'engagement de la responsabilité de l'entreprise pour faute de temporalité – la non prise en considération d'un temps raisonnable – ou servir à caractériser un comportement non sobre.

3. La faute de temporalité

757. Selon la thèse développée par l'historien François Hartog nous serions entrés dans l'ère du *présentisme* avec le présent pour seul horizon : « Le futurisme s'est abîmé sous l'horizon et le présentisme l'a remplacé. Le présent est devenu l'horizon. Sans futur et sans passé, il génère, au jour le jour, le passé et le futur dont il a, jour après jour, besoin et valorise l'immédiat »²²³⁹. Mais alors, comment éviter de tels désastres industriels au regard de notre exemple précédent et valoriser davantage le futur dans l'entreprise ? D'emblée il pourrait être affirmé que l'intégration du temps par l'entreprise comme une obligation fondamentale, c'est-à-dire une obligation statutaire inscrite dans son objet social, permettrait à celle-ci, outre d'échapper à l'engagement de sa responsabilité du fait de

²²³⁶ Communiqué de presse de Samsung du 18 juillet 2017 [Notre traduction du coréen] : Samsung Electronics lancera le Galaxy Note FE, qui minimise le gaspillage de ressources en utilisant Galaxy Note 7 non ouvert et pièces non utilisées, et le reste des produits récupérés seront recyclés et recyclés à partir de ce mois. Samsung Electronics a décidé de séparer et de réutiliser les principaux composants réutilisables tels que les modules d'affichage OLED, les semi-conducteurs de mémoire et les modules de caméras grâce à des méthodes de traitement écologiques, dont certaines seront utilisées comme matériaux de service et les autres pièces seront vendues. En outre, grâce au processus de recyclage et de recyclage, on estime qu'environ 157 tonnes d'or, d'argent, de cobalt et de cuivre seront récupérées en plus des pièces.

²²³⁷ REEVES Martin, PUESCHEL Lisanne, « Die Another Day: What Leaders Can Do About the Shrinking Life Expectancy of Corporations », Boston Consulting Group, Perspectives, 2 juillet 2015, <https://www.bcgperspectives.com/content/articles/strategic-planning-growth-die-another-day/>, consulté le 4 février 2017

²²³⁸ *Ibid.*

²²³⁹ HARTOG François, *Régimes d'historicité – présentisme et expériences du temps*, Seuil, coll. La librairie du XXe siècle, 2003, p. 126, et p. 200 : « un présent massif, envahissant, omniprésent, qui n'a d'autre horizon que lui-même, fabriquant quotidiennement le passé et le futur dont il a, jour après jour, besoin. Un présent déjà passé avant même d'être complètement advenu.»

produits défectueux, de pérenniser son existence tout en se montrant responsable au plan sociétal et environnemental. En effet, si les consommateurs peuvent être les premières victimes d'un dommage lié à l'achat d'un produit défectueux, la fabrication de tels objets défectueux comportant des matières rares et précieuses, parfois difficilement recyclables, pourrait entraîner l'engagement de la responsabilité du fabricant pour préjudice écologique²²⁴⁰, du fait d'une atteinte non négligeable à l'environnement, en l'occurrence l'extraction et l'utilisation des ressources naturelles limitées. Une association de protection de l'environnement pourrait ainsi saisir le juge sur ce fondement.

758. Aussi, la non-prise en compte du temps normalement ou raisonnablement nécessaire à la conception d'un produit avant sa mise sur le marché, comme ce fut le cas pour l'entreprise *Samsung*, pourrait entraîner l'engagement d'une responsabilité juridique délictuelle. L'hypothèse du fondement de responsabilité par ce qu'on pourrait appeler une « faute de négligence temporelle » ou « faute de temporalité juridique »²²⁴¹, pourrait permettre de rechercher la responsabilité de l'entreprise sur les mêmes fondements que dans la jurisprudence Erika précédemment abordée, c'est-à-dire sur le fondement de la négligence fautive et la faute de témérité. Il s'agira alors de démontrer que des délais n'ont pas été respectés, que les tests de produits n'ont pas été effectués conformément aux règles de l'art et selon les meilleures techniques disponibles du moment. Certes, cette charge de la preuve ne serait pas nécessairement aisée en raison du secret des affaires qui entourent la conception d'un produit, mais un autre fondement pourrait également être envisagé à travers l'interdiction des pratiques commerciales déloyales.

759. Précédemment envisagées pour adosser le comportement sobre au standard juridique de la bonne foi, les pratiques commerciales déloyales peuvent encore caractériser la faute de négligence temporelle. En effet, selon l'article L121-1 du code de la consommation, une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service. L'article L121-2 prévoit qu'une pratique commerciale est trompeuse lorsqu'elle repose sur des indications ou présentations fausses portant sur les conditions d'utilisation du produit et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service. Dans le sens de la faute de temporalité, c'est surtout l'article L121-3 du code de la consommation qui permettrait de la caractériser. Celui-ci prévoit que, constitue une pratique commerciale trompeuse, l'omission, la dissimulation ou la fourniture de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle. Dès lors, pour

²²⁴⁰ Code civil, article 1247 : « atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement. »

²²⁴¹ À rapprocher de l'idée d'un « excès de précipitation » en droit public développée par RENAUDIE Olivier, « L'excès administratif : une perspective française », in MBONGO Pascal (dir.), *L'excès, l'hypermodernité, entre droit et politique*, Mare & Martin, coll. Droit et science politique, 2012, 337p., p.330. L'auteur illustre son propos par l'agent verbalisateur qui sanctionne un véhicule stationné alors même que son propriétaire est en train d'aller chercher un ticket à l'horodateur.

avoir omis d'effectuer les tests et contrôles qui auraient permis de déceler la défektivité du produit, la responsabilité de *Samsung* pouvait être engagée sur le fondement de cet article. Dans les faits, ce n'est qu'après que plusieurs téléphones eurent pris feu, dans les mains des consommateurs, que *Samsung* portait à la connaissance du public le défaut des produits déjà commercialisés et décidait d'effectuer leur rappel auprès des consommateurs et leur retrait de la vente. Il est alors nécessaire que l'entreprise ne limite pas ses décisions au temps présent et prenne en considération une certaine temporalité.

4. Concilier présentisme juridique et temporalité écologique

760. Comment échapper au « présentisme juridique », c'est-à-dire à une « valorisation intense du temps présent »²²⁴² par le droit au détriment du futur, ou plus exactement, par l'absence de conséquences juridiques attachées à la non-prise en compte du futur. Paradoxalement, des instruments existent déjà pour que la question du temps, de la durée, d'un délai, puissent être intégrés dans l'entreprise, puisque le contrat de société est justement l'outil juridique qui permet d'organiser le fonctionnement de l'entreprise dans le temps. L'entreprise a une durée de vie définie de 99 ans dans la plupart des situations. La question qui se pose est celle de savoir comment les dirigeants, dont les mandats sont nécessairement limités par une durée beaucoup plus courte, peuvent-ils prendre des décisions quant au présent et à l'avenir, qui menacent, l'existence, la durée de vie de la société, telles que définies dans ses statuts. N'est-ce pas paradoxal ? Pour résoudre cette contradiction d'intérêts, nous pouvons reprendre les idées développées par M. François Hartog qui indique dans son ouvrage que le *présentisme* peut être combattu grâce à deux principes, le principe de responsabilité tel que défini par Hans Jonas et le principe de précaution, qui permettent de réinsérer en quelque sorte un retour vers le futur, une réappropriation d'un horizon lointain²²⁴³.

761. En droit, il s'agirait pour l'entreprise de définir, par l'intermédiaire d'un engagement volontaire ou par le mécanisme de la loi, l'idée d'une échelle des temporalités²²⁴⁴ dans la prise de décisions. Ainsi, lorsque la visibilité financière le permet, il faudrait projeter les conséquences d'une décision à 2 ans, 5 ans, 10 ans ... C'est par exemple le pari remporté par l'entreprise de fabrication d'enveloppes en papier *Pocheco* qui a démontré par sa réussite que le raisonnement à long terme avait permis non seulement de baisser les coûts mais aussi de concevoir des enveloppes avec moins de produits chimiques et de projeter qu'elles ne comporteraient plus de plastique à l'horizon 2020²²⁴⁵.

²²⁴² Cour de cassation, étude préc., p.110.

²²⁴³ HARTOG François, *Régimes d'historicité – présentisme et expériences du temps*, Seuil, Coll. La librairie du XXe siècle 2003, p. 126 et p. 200.

²²⁴⁴ REEVES Martin, PUESCHEL Lianne, article précité.

²²⁴⁵ <http://www.bastamag.net/Pocheco-l-entreprise-industrielle-qui-place-l-environnement-et-la-protection>, article du 3 février 2017, consulté le 4 février 2017.

762. Pour illustrer par un autre exemple, la valorisation du temps long dans l'entreprise, et plus particulièrement la longévité, on relèvera l'existence de l'association « Les Hénokiens » qui regroupe des entreprises familiales bicentenaires, le plus souvent des PME. Elles sont aussi diverses qu'un fabricant automobile ; l'entreprise Etablissement Peugeot Frères fondée en 1810, des viticulteurs ; Hugel & Fils fondé en 1639²²⁴⁶ ou encore Louis Latour fondée en 1797²²⁴⁷. La pérennité de ces entreprises est valorisée et encouragée puisque pour en devenir membre, l'entreprise doit pouvoir comptabiliser une durée de vie d'au moins 200 ans. Le modèle est clairement basé sur la succession familiale de ces entreprises, car elles doivent être détenues en majorité par les descendants du fondateur et dirigé par l'un d'eux. Aussi, l'association « Les Hénokiens » dispose d'un guide de recommandations à destination des entreprises-membres afin de les aider à pérenniser l'activité et la vie de leur entreprise. Le guide préconise par exemple d'établir un plan stratégique à long terme qui prévoit notamment, le projet de succession à la tête de l'entreprise, la mise en place par la famille propriétaire de l'entreprise d'un comité de conseillers extérieurs, ainsi qu'une révision périodique de ce plan stratégique²²⁴⁸.

763. Hormis le fait de concevoir des projets à long terme, l'entreprise a généralement une durée de vie statutaire qui ne peut excéder 99 ans, qui est toutefois indéfiniment prorogable²²⁴⁹. Pourquoi ne pas se poser la question d'une réduction de cette durée de vie de l'entreprise avec un examen périodique des activités de l'entreprise – au regard par exemple des valeurs prônées au sein de celle-ci ou de l'évolution des attentes de la Société. Cet examen périodique réalisé en dehors du bilan annuel, permettrait de réaliser un bilan de la situation générale des activités de l'entreprise – proche en réalité de l'audit et des méthodes d'évaluations extra-financières intégrant les aspects économiques, sociaux, environnementaux qui la concernent – et pourrait se faire au terme d'une période écoulée qu'il conviendra de fixer dans les statuts de l'entreprise. L'objectif étant d'inscrire le moyen-terme et le long-terme dans la vie de l'entreprise. Aussi, à l'issue de cet examen, il s'agira de décider de la poursuite de l'activité économique et donc de la pérennité même de l'entreprise. L'entreprise pouvant par exemple, après constat d'une activité sociale ne répondant plus à l'objet social initialement fixé ou modifié, décider de suspendre son activité ou, solution plus radicale, de procéder à la cession ou la liquidation de l'entreprise, à l'image de la dissolution d'une association qui n'aurait plus d'objet. On pourra s'inspirer du droit des installations classées où, à la suite du procès-verbal d'un inspecteur, une entreprise peut être amenée à voir son activité suspendue par décision de l'administration, lorsque les conditions d'exploitation ne seraient plus réunies.

²²⁴⁶ Hugel et fils SA est une PME constituée sous la forme d'une société anonyme, son effectif est compris entre 20 et 49 salariés. Elle possède deux établissements, l'un a pour activité la vinification tandis que l'autre a une activité d'entreposage et de stockage.

²²⁴⁷ Maison Louis Latour est une société anonyme, son effectif est compris entre 50 à 99 salariés.

²²⁴⁸ <http://www.henokiens.com/content.php?id=6&lg=fr>, consulté le 18 février 2017.

²²⁴⁹ Code civil, art. 1835 et code de commerce, art. L210-2 : « La forme, la durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, la dénomination sociale, le siège social, l'objet social et le montant du capital social sont déterminés par les statuts de la société. ».

764. Il devrait dès lors être imaginé une autorité administrative indépendante chargée d'évaluer la « sobriété temporelle » ou temporalité écologique, de l'activité menée dans sa globalité conformément à l'ordre public contemporain, à savoir l'ordre public écologique. L'autorité administrative indépendante pourrait ainsi émettre des avis sur « l'opportunité écologique » d'une activité sur saisine d'associations de protection de l'environnement. Ces avis simples, qui pourraient être utilisés lors d'éventuelles procédures devant le juge, pourraient ainsi conduire l'entreprise à modifier ses pratiques et à innover dans le sens d'une activité plus respectueuse de l'environnement sur le temps long.

765. Cette idée est loin d'être fantaisiste puisque le droit de l'Union européenne a récemment intégré l'idée du long terme pour les actionnaires de sociétés cotées par la directive 2017/828/UE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires²²⁵⁰. Dans les motifs de cette directive, le constat est dressé selon lequel : « l'expérience de ces dernières années a montré que, souvent, les investisseurs institutionnels et les gestionnaires d'actifs ne s'engagent pas à l'égard des sociétés dont ils détiennent des actions, et il apparaît que les marchés des capitaux exercent souvent une pression sur les sociétés pour que celles-ci soient performantes à court terme, ce qui peut compromettre les performances financières et non financières des sociétés à long terme et conduire, entre autres conséquences négatives, à des niveaux d'investissement sous-optimaux, par exemple dans la recherche et le développement, au détriment des performances à long terme tant des sociétés que des investisseurs. »²²⁵¹. Il est ainsi prévu de rendre public pour certains actionnaires « la manière dont les principaux éléments de leur stratégie d'investissement en actions sont compatibles avec le profil et la durée de leurs engagements, en particulier de leurs engagements à long terme, et la manière dont ils contribuent aux performances de leurs actifs à moyen et à long terme »²²⁵². A l'image de la déclaration de performance extra-financière c'est donc une déclaration de performance temporelle qui est prévue par cette directive. Une PME qui fournit des services de garde d'actions²²⁵³, de gestion d'actifs²²⁵⁴ ou de conseil en vote²²⁵⁵, peut alors être amenée à transmettre de telles informations²²⁵⁶. En ce sens, la loi Pacte du 22 mai 2019 dans son

²²⁵⁰ Directive (UE) 2017/828 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, 17 mai 2017.

²²⁵¹ *Ibid.*

²²⁵² *Ibid.*

²²⁵³ *Ibid.*, art. 1, un intermédiaire est une personne telle qu'une entreprise d'investissement (v. note *infra*) qui fournit des services de garde d'actions, de gestion d'actions ou de tenue de comptes de titres au nom d'actionnaires ou d'autres personnes.

²²⁵⁴ Au sens de la directive 2014/65/UE du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers, un gestionnaire d'actif est notamment une « entreprise d'investissement » (soit toute personne morale dont l'occupation ou l'activité habituelle consiste à fournir un ou plusieurs services d'investissement à des tiers et/ou à exercer une ou plusieurs activités d'investissement à titre professionnel), qui fournit des services de gestion de portefeuille à des investisseurs.

²²⁵⁵ Directive (UE) 2017/828 préc., art. 1 : « conseiller en vote : une personne morale qui analyse, sur une base professionnelle et commerciale, les communications des entreprises et, le cas échéant, d'autres informations de sociétés cotées afin d'éclairer les décisions de vote des investisseurs en effectuant des recherches, en fournissant des conseils ou en formulant des recommandations de vote concernant l'exercice des droits de vote. »

²²⁵⁶ *Ibid.*, v° par exemple pour les gestionnaires d'actifs l'art. 3 *decies* : « 1. Les États membres veillent à ce que les gestionnaires d'actifs communiquent, une fois par an, à l'investisseur institutionnel avec lequel ils ont conclu les accords visés à l'article 3 nonies, la manière dont leur stratégie d'investissement et sa mise en œuvre respectent cet accord et contribuent aux performances à moyen et long terme des actifs de l'investisseur institutionnel ou du fonds. (...) ».

article 198 modifie l'article L533-22, I du code monétaire et financier, en mettant à la charge des sociétés de gestion de portefeuille l'obligation d'élaborer et de publier « une politique d'engagement actionnarial décrivant la manière dont elles intègrent leur rôle d'actionnaire dans leur stratégie d'investissement »²²⁵⁷, pour laquelle un compte rendu de sa mise en œuvre devra être publié chaque année. L'obligation n'est toutefois pas assortie de sanction puisqu'il est prévu que « les personnes mentionnées au premier alinéa peuvent ne pas respecter une ou plusieurs des exigences prévues au présent article si elles en précisent publiquement les raisons sur leur site internet »²²⁵⁸. Il est néanmoins envisagé la possibilité de demander au juge des référés pour toute personne intéressée, d'enjoindre la société, le cas échéant sous astreinte, de respecter l'obligation prévue. D'autres mesures sont prévues par la directive (UE) 2017/828 à l'article 9 ter qui prévoit qu'un rapport sur la rémunération des dirigeants contienne une « explication de la manière dont la rémunération totale respecte la politique de rémunération adoptée, y compris la manière dont elle contribue aux performances à long terme de la société »²²⁵⁹.

766. La prise en compte du long-terme par l'entreprise en général, appelle naturellement à la prise en compte des intérêts présents et futurs. Et plus précisément, des générations futures, comme le fait déjà l'association « Les Hénokiens » à l'échelle familiale. Mireille Delmas-Marty appelle ainsi à « étendre l'humanisme juridique » à travers une « solidarité transtemporelle », cœur de la responsabilité des générations futures²²⁶⁰. François Ost observe par ailleurs que « les nouveaux concepts de générations futures, d'humanité et de patrimoine commun témoignent de ce souci de la pensée juridique de forger des notions qui traduisent l'exigence de transmission d'un monde viable et soutenable aux hôtes futurs de la planète. »²²⁶¹. En ce sens, la mise en œuvre d'un comportement sobre de l'entreprise suppose non seulement une proportionnalité, une subsidiarité et une temporalité écologiques mais encore et nécessairement, une solidarité écologique.

²²⁵⁷ Projet de loi Pacte, préc., : les motifs de l'article 66 sont ainsi énoncés : « L'article 66 vise à permettre la transposition de la directive 2017/828 du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires. Les I et II de l'article permettent de transposer directement la partie législative des articles 3 octies, nonies et decies de la directive ».

²²⁵⁸ V° projet de loi Pacte, préc., art. 66 visant à la modification de l'article L533-22, I, al. 3 ; devenu article 198 de loi n°2019-486 du 22 mai 2019 dite loi Pacte.

²²⁵⁹ Directive (UE) 2017/828 préc.

²²⁶⁰ DELMAS-MARTY Mireille, « Préface », in MARKUS Jean-Paul (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, pp. 1-8.

²²⁶¹ OST François, « Conclusions générales », in *Le temps, la justice et le droit, Entretiens d'Aguesseau. Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003*, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 368.

B. La solidarité écologique de l'entreprise et ses conséquences juridiques

767. « Face à l'irresponsabilité, la dynamique de la solidarité »²²⁶² peut constituer un principe supplémentaire d'orientation d'un comportement sobre. Si la solidarité est une technique du droit de la responsabilité utilisée en cas de pluralité de créanciers ou de débiteurs d'une même obligation, elle reçoit une définition plus large en 1945 à travers la création du régime de la Sécurité sociale et le principe de solidarité nationale²²⁶³. La solidarité a donc une double signification, elle permet la désignation d'un responsable dans une obligation plurale²²⁶⁴ ou possède une fonction distributive²²⁶⁵ qui renvoie à la RSE dans son aspect social²²⁶⁶. Aussi, dès lors qu'il s'agit d'employer la solidarité dans la mise en œuvre de la transition écologique et la caractérisation du comportement sobre de l'entreprise, elle peut être qualifiée de solidarité écologique. Défini à l'article L110-1, II, 6° du code de l'environnement, le principe de solidarité écologique appelle à prendre en compte, dans toute prise de décision publique ayant une incidence notable sur l'environnement des territoires concernés, les interactions des écosystèmes, des êtres vivants et des milieux naturels ou aménagés. Or, puisqu'il ne peut y avoir de solidarité qu'entre les personnes²²⁶⁷, la solidarité écologique ou le solidarisme à l'égard de la nature²²⁶⁸, passe nécessairement par le solidarisme humain²²⁶⁹. Le suivi d'un comportement sobre par l'entreprise peut alors s'effectuer par un comportement diligent à l'égard des générations présentes et futures (1), afin d'assurer la protection du patrimoine commun de l'humanité²²⁷⁰ (2).

²²⁶² SUPIOT Alain (dir.), « Introduction », in *Face à l'irresponsabilité, la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2015, pp. 7-17.

²²⁶³ SUPIOT Alain, « Ni assurance ni charité, la solidarité », *Le Monde diplomatique*, novembre 2014, p. 3.

²²⁶⁴ V. spéc. les art. 1310 à 1319 du code civil relatifs à l'obligation solidaire.

²²⁶⁵ VINALES JORGE Enrique, « La distribution de la charge de protéger l'environnement : expressions juridiques de la solidarité », in SUPIOT Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité, la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2015, p. 19 : « Une compréhension plus large porte sur la manière dont le droit, à l'aide d'une diversité de techniques, rend les diverses entités « responsables » de protéger l'environnement ou, en d'autres termes, distribue les devoirs relatifs à cette protection non seulement lorsque survient un dommage, mais aussi, plus en amont, en ce qui concerne l'internalisation des externalités (les dommages tolérés), la prévention du dommage, la réponse lorsqu'un dommage survient et qu'il s'agit de le contenir, puis enfin – comme nous venons de le voir – la réparation du dommage. Cette notion peut être appelée « solidarité distributive » (allocative solidarity). »

²²⁶⁶ V. *supra* nos développements sur le paternalisme industriel.

²²⁶⁷ « La biodiversité n'est pas autrui » comme observé par HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, « La biodiversité saisie par le droit de la responsabilité civile, des valeurs instrumentales et non instrumentales solidaristes », in HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHE-MARENGO Eve (dir.), *Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité ?*, Mare & Martin, Droit sciences et environnement, 2017, p. 282.

²²⁶⁸ *Ibid.* rapp. p. 292 : « face à l'urgence de la protection de l'environnement, poussé par des valeurs éthiques et écologiques, il ait admis [le droit], au nom d'un certain solidarisme de l'homme à l'égard de la nature, la possible réparation du préjudice écologique ».

²²⁶⁹ *Ibid.*, p. 285.

²²⁷⁰ KISS Alexandre Charles, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *RCADI*, 1982, vol. 175, pp. 99-256 ; PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^{ème} éd°, spéc. 85 : « Entendu strictement, on pourrait craindre que patrimoine soit assimilable à propriété et à rendement. En fait, il s'agit au contraire de dépasser la propriété en identifiant des éléments de l'environnement dont on veut assurer la conservation et la gestion en bon père de famille. ».

1. Le solidarisme écologique par le solidarisme humain

768. Comme « il importe à la Société que la réputation des pères puisse devenir celle des enfants »²²⁷¹, il revient de la même façon à l'entreprise d'aujourd'hui d'adopter un comportement sobre pour laisser aux entreprises de demain la possibilité d'exercer également une activité économique. Inverse de l'individualisme²²⁷² la solidarité suppose alors d'agir en homme raisonnable pour laisser aux générations futures un patrimoine commun viable.

769. Aujourd'hui, l'heure n'est plus à la question de savoir s'il faut protéger l'environnement pour le transmettre aux générations futures, mais plutôt de savoir comment y parvenir. Outre le philosophe Hans Jonas qui a mis en exergue la nécessité d'une responsabilité envers les générations futures²²⁷³, la littérature juridique montre un intérêt croissant pour cette thématique²²⁷⁴. Dans une thèse consacrée aux générations futures, Emilie Gaillard envisage une « responsabilité transgénérationnelle » visant à protéger les générations futures grâce à l'emploi d'un « principe de non-discrimination temporelle » et de « dignité des générations futures »²²⁷⁵. Or, selon le professeur Jean-Paul Markus, « l'édifice de notre droit de la responsabilité est basé sur une *relation intragénérationnelle* », comme l'illustre selon lui, l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui indique : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits »²²⁷⁶. Ainsi, Jean-Paul Markus s'interroge sur le fait de savoir : « comment faire en sorte que la notion de *Membres* recouvre aussi les êtres à venir, conçus et non conçus ? Comment faire en sorte que les

²²⁷¹ MIRABEAU Honoré Gabriel Riqueti, *Intervention du 28 oct. 1789 devant l'Assemblée nationale*, Archives parlementaires, 1^{ère} série, t. IX, p. 595 : « Il importe aux mœurs qu'il se forme un grand esprit de famille, une solidarité de la foi publique et de la foi privée. Il importe à la société que la réputation des pères puisse devenir celle des enfants. C'est une loi de famille, a-t-on dit ; et à quoi devons-nous donc aspirer, qu'à faire une grande famille ! ». L'intervention porte sur une proposition de loi visant à l'exclusion à l'éligibilité des enfants de pères faillis, l'idée étant de faire porter sur l'héritier la responsabilité du fait du père. Il s'agit déjà à l'époque de moraliser la vie politique.

²²⁷² ATTALI Jacques (dir.), *Pour une économie positive*, Fayard, La documentation française, Paris, 2013, p.51 « Plus l'homme verse dans l'individualisme, moins il est enclin à prendre en compte l'intérêt des autres, présent et futur ; et plus il oriente ses productions vers les besoins les plus immédiats et les plus changeant, indifférent aux besoins de long terme. » ; pp. 22-24 : « L'économie positive repose donc sur la rationalité de l'altruisme. Elle se fonde sur la prise en compte de l'autre, passé, présent et à venir par chacun, plutôt que sur la seule satisfaction de ses intérêts particuliers. (...) L'économie positive introduit aussi l'idée d'un altruisme rationnel intergénérationnel: l'altruisme entre individus dans le temps présent n'est rationnel qu'à condition de ne pas conopremetre les générations futures.»

²²⁷³ JONAS Hans, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, trad. de l'allemand par J. Greisch, Paris, éd° du Cerf, 1990, 336 p.

²²⁷⁴ GAILLARD Emilie, *Génération futures et droit privé*, Thèse, Orléans, 2008, publiée chez LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2011, 692 p. ; v. aussi MARKUS Jean-Paul (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?* Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, 320 p.

²²⁷⁵ GAILLARD Emilie, op. cit., p. 432 : « Le principe de non-discrimination temporelle traduit l'idée selon laquelle la validité d'une valeur ou de certains droits n'est pas soumise à une quelconque exigence d'existence temporelle.» ; et p.455. Notons que la Déclaration universelle des droits de l'humanité (LEPAGE Corine et al., *Déclaration universelle des droits de l'Humanité*, Rapport au Président de la République, 25 septembre 2015, 133 p.) envisagée plus avant dans notre étude reprend en grande partie les idées développées par cet auteur.

²²⁷⁶ MARKUS Jean-Paul, « Introduction », in MARKUS Jean-Paul (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, p.12

générations présentes assument tout de suite les conséquences de leurs actes dommageables à l'égard des générations futures ? (...) Si l'héritage laissé par les générations présentes aux générations futures ne saurait être, sans injustice, qualifié de négatif, il comporte une part toujours plus grande de passif à régler par les "héritiers" »²²⁷⁷. C'est donc la crainte de voir payer ou plutôt de subir les dommages créés aujourd'hui par les générations futures, qui motive une responsabilité transgénérationnelle. Or, certains dommages causés à l'environnement sont irréversibles et leur prévention ne doit pas attendre leur prise en charge par la génération suivante.

770. En ce sens, Emilie Gaillard émet l'hypothèse de la reconnaissance juridique du « dommage transgénérationnel » qu'elle envisage sous divers chefs de préjudice tels qu'un préjudice « de nature physiologique » lorsque sont atteints les processus de vie, « de nature morale » lorsqu'il est porté atteinte au patrimoine culturel ou encore « d'agrément » lorsqu'y a « une perte de biodiversité, d'épuisement, de destruction ou de mainmise sur un capital environnemental culturel qui pourrait relever d'un patrimoine commun »²²⁷⁸. La responsabilité juridique envers les générations futures et l'approche contentieuse de cette responsabilité déjà envisagée par la doctrine²²⁷⁹ doit aujourd'hui être considérée par l'entreprise comme un risque qui l'oblige, non seulement à penser le long terme²²⁸⁰ mais aussi à penser un « autrui lointain ». Aussi, les engagements volontaires doivent également se matérialiser par la protection du patrimoine commun des générations futures par l'entreprise comme l'expose la Déclaration universelle des droits de l'Humanité²²⁸¹.

771. S'agissant de manière générale de l'adhésion à un ensemble de valeurs relatives à la protection des générations futures, la récente *Déclaration des Droits de l'Humanité*, proposée en 2015 au Président de la République en vue de l'organisation de la COP 21 de Paris, par une mission menée par Corine Lepage, est particulièrement pertinente²²⁸². La déclaration est déclinée en principes, droits et devoirs. Il ne s'agit non plus seulement de protéger les droits de l'homme, mais plus largement, de protéger les droits de l'humanité qui est une notion permettant d'englober à la fois les générations présentes et les générations futures. Le sixième considérant du préambule de la Déclaration rappelle ainsi que l'humanité inclut tous les individus et organisations humaines, elle comprend à la fois

²²⁷⁷ *Ibid.*

²²⁷⁸ GAILLARD Emilie, « Pour la reconnaissance juridique du dommage transgénérationnel », in MARKUS Jean-Paul (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, pp. 245-260, spéc. pp. 259-260

²²⁷⁹ MARKUS Jean-Paul (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?* Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012 ; CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », in CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de la nature devant le juge : approches comparative et prospective*, Vertigo, hors-série, 2015.

²²⁸⁰ V. not. la Déclaration universelle des droits de l'humanité, préc., art. 15 : « Les Etats et les autres sujets et acteurs publics et privés ont le devoir d'intégrer le long terme et de promouvoir un développement humain et durable (...) »

²²⁸¹ *Infra.*

²²⁸² LEPAGE Corine et al., *Déclaration universelle des droits de l'Humanité*, Rapport au Président de la République, 25 septembre 2015, 133 p.

les générations passées, présentes et futures. Aussi, l'article 1^{er} figurant dans les principes de la Déclaration énonce un principe de responsabilité, d'équité et de solidarité, intragénérationnelle et intergénérationnelle. L'article 3 énonce par ailleurs le « principe de continuité de l'existence de l'humanité », notamment à travers des activités humaines prudentes et respectueuses de la nature. L'article 4 expose encore un « principe de non-discrimination à raison de l'appartenance à une génération » afin de préserver l'humanité. Cet article appelle ainsi à ce que les activités ou mesures entreprises par les générations présentes n'aient pas pour effet de provoquer ou de perpétuer une réduction excessive des ressources et des choix pour les générations futures.

772. C'est donc bien sur les ressources naturelles et la maîtrise de leur utilisation, conformément à la proposition énoncée de la sobriété, que l'entreprise peut agir. Plus largement, un comportement sobre doit intégrer l'idée de « patrimoine » dans son acception écologique, c'est-à-dire intégrant un élément à la fois moral et juridique dans la conservation de l'environnement²²⁸³. En ce sens, l'article 7 de la Déclaration des droits de l'humanité indique que : « l'humanité a droit à la protection du patrimoine commun et de son patrimoine naturel et culturel, matériel et immatériel ». De plus, l'article 8 énonce un droit de l'humanité à la préservation des biens communs, en particulier l'air, l'eau et le sol et l'accès universel et effectif aux ressources vitales, les générations ayant le droit à leur transmission : « L'humanité a droit à la préservation des biens communs, en particulier l'air, l'eau et le sol, et à l'accès universel et effectif aux ressources vitales. Les générations futures ont droit à leur transmission. ». On relèvera également, le projet du Club des juristes en date du 24 juin 2017 de Pacte mondial pour l'environnement²²⁸⁴ et son article 4 intitulé « équité intergénérationnelle » qui dispose que : « l'équité intergénérationnelle doit guider les décisions susceptibles d'avoir un impact sur l'environnement. Les générations présentes doivent veiller à ce que leurs décisions et actions ne compromettent pas la capacité des générations futures à satisfaire leurs propres besoins. ». Or, ces besoins ne peuvent être satisfaits s'il n'existe plus de patrimoine commun permettant d'y pourvoir.

²²⁸³ PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^{ème} éd°, 2016, spéc. 85 : « Entendu strictement, on pourrait craindre que patrimoine soit assimilable à propriété et à rendement. En fait, il s'agit au contraire de dépasser la propriété en identifiant des éléments de l'environnement dont on veut assurer la conservation et la gestion en bon père de famille. »

²²⁸⁴ Le Club des juristes, *Projet de Pacte mondial pour l'environnement*, La Sorbonne, Paris, 24 juin 2017, 10 p., accessible en ligne : <http://www.leclubdesjuristes.com/projet-de-pacte-mondial-lenvironnement/>, consulté le 25 août 2017.

2. La protection du patrimoine commun des générations présentes et futures

773. Les « devoirs à l'égard de l'humanité » de la Déclaration des droits de l'humanité sont essentiellement articulés autour de la notion de « patrimoine ». Or, si l'entreprise possède un patrimoine social²²⁸⁵, celui-ci peut être constitué d'actifs sous la forme de droits réels ou personnels²²⁸⁶ sur des ressources naturelles issues du patrimoine naturel. Il peut par exemple s'agir de la propriété d'un bien meuble ou encore d'un brevet. L'entreprise usagère de ces ressources naturelles²²⁸⁷ doit alors agir avec une attention tout particulière car elles font partie du patrimoine naturel de l'ensemble de la Société²²⁸⁸. En effet, l'entreprise ne peut s'approprier l'intégralité des prérogatives sur les ressources naturelles contenues au sein du patrimoine naturel²²⁸⁹ car elle n'en est pas le titulaire unique, du moins si l'on considère qu'elle en partage l'usage avec l'humanité qui en est le premier titulaire. Aussi, « l'utilité juridique »²²⁹⁰ sur une chose doit être répartie entre l'entreprise et les générations présentes et futures. Selon François-Guy Trébulle, le patrimoine commun traduit ainsi la nécessité d'une « maîtrise concurrente sur la chose » ou d'une « division qualitative des prérogatives portant sur certains biens et permettant de préserver la part irréductiblement collective qu'ils recèlent »²²⁹¹. Dès lors, l'entreprise ne peut écarter le fait qu'elle est, avec d'autres personnes, titulaire d'un droit démembré du patrimoine commun²²⁹². En contrepartie, toute personne dont l'entreprise, doit participer à la distribution de la charge de protéger l'environnement comme expression juridique de sa solidarité écologique²²⁹³. Dès lors, concevoir la protection des générations présentes et

²²⁸⁵ Le patrimoine social constitue le regroupement des droits et obligations de la société, il est distinct du capital social qui constitue seulement le montant des apports : COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 31^{ème} éd°, 2018, spéc. 56.

²²⁸⁶ Biens dont la personne morale est propriétaire pour les avoir reçus en apport ou acquis dans le cours de son exploitation. Toutes sortes de droits, réels ou personnels, peuvent faire partie du patrimoine social, sur tous biens, corporels ou incorporels : LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, coll. Domat droit privé, 7^{ème} éd°, 2018, spéc. 440.

²²⁸⁷ Et non pas propriétaire absolue en considération de la fonction sociale du droit de propriété : v° en ce sens TRÉBULLE François-Guy, « Environnement et droit des biens », in *Le droit et l'environnement*, Trav. de l'association H. Capitant, t. XI, 2006, Journée de Caen, Dalloz, p. 86 : « Peut-on encore prétendre que le propriétaire d'un bien peut en user et abuser, que son pouvoir de disposition est absolu ? Non cela ne se peut, mais dans une large mesure, cela ne se doit ».

²²⁸⁸ PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^{ème} éd°, spéc. 85 : « Les biens, ou les espaces qui vont ainsi être “ qualifiés ” de patrimoine par le droit de l'environnement vont devoir faire l'objet d'une attention toute particulière non seulement de la part de leur propriétaire juridique (s'il existe) mais aussi et surtout de l'ensemble de la collectivité ».

²²⁸⁹ V° l'idée de limitation d'accès à la ressource, de restriction d'usage aux biens publics mondiaux ou régionaux d'ordre naturel (air, eau, climat, milieux...) afin d'assurer leur protection et d'en permettre la régénération lorsqu'elle est possible : TRÉBULLE François-Guy, « Environnement et droit des biens », préc., pp. 90-91.

²²⁹⁰ AUBRY Charles, RAU Charles, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, F. Lagier, Strasbourg, 1839, t. I, § 168, p. 333 : Lorsque plusieurs personnes ont simultanément des droits sur un objet, l'utilité juridique en est répartie entre elles ».

²²⁹¹ TRÉBULLE François-Guy, « Environnement et droit des biens », préc., p. 109. Notons l'emploi du terme « qualité » qui renvoie à l'idée que la sobriété ne peut pas être seulement matérielle mais aussi spirituelle, elle doit aussi relever du comportement moral [v° la note de l'auteur : AHRENS H, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, t. II, Leipzig, Brockhaus, 1875, p. 150, souligne que la propriété divisée permet de réaliser non une division quantitative de la propriété en quotes-parts « mais une division qualitative, selon la prépondérance dans l'exercice de certains droits pour des buts différents »].

²²⁹² *Ibid.*, p.110 et note 136. L'auteur se réfère à MORIN G., « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à G. Ripert*, t. II, LGDJ, 1950, p. 15.

²²⁹³ VINUALES JORGE Enrique, « La distribution de la charge de protéger l'environnement : expressions juridiques de la solidarité », in SUPIOT Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité, la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2015, pp. 19-36.

futures par le mécanisme de préservation du patrimoine pourrait apparaître plus concret aux yeux d'une entreprise. Cette approche patrimoniale, voire matérielle de la protection des générations futures, a pour mérite d'être aisément compréhensible pour l'entreprise qui est directement ou indirectement l'auteur de prélèvements ou de dégradations des ressources naturelles. Aussi, est-il pertinent d'envisager l'application du principe de solidarité écologique à l'entreprise sous l'angle de la protection du patrimoine des générations présentes et futures composé de « communs » dont le sens doit être précisé (a). En ce sens, il convient alors d'envisager la représentation des générations futures au sein de l'entreprise pour assurer la préservation de ce patrimoine commun (b).

a. Le patrimoine commun : objet de la solidarité écologique de l'entreprise

774. L'historien François Hartog explique que le souci de sauvegarde de l'environnement naît à la fin des années 1960 avec la « patrimonialisation de l'environnement », lorsque le présent, le présentisme – qui n'a d'autre horizon que lui-même – s'est trouvé inquiet, en quête de racines, obsédé de mémoire²²⁹⁴. Il indique ainsi qu'à la confiance dans le progrès : « s'est substitué le souci de sauvegarde, préserver : préserver quoi et qui ? Ce monde, le nôtre, les générations futures, nous-mêmes. D'où ce regard muséal sur ce qui nous environne ». Il ajoute qu'ainsi, « depuis 1972 au moins, culture et nature ont été réunies sous la même notion unificatrice : le patrimoine, qui est désormais à la fois culturel et naturel »²²⁹⁵.

775. Le législateur a ainsi repris cette approche patrimoniale puisque le préambule de la Charte de l'environnement indique que « l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains », tout comme l'article L110-1 du code de l'environnement qui utilise les termes de « patrimoine commun de la nation » pour qualifier l'environnement²²⁹⁶. Toutefois, ces définitions ne règlent pas la question de ce qui constitue « un patrimoine commun » et encore moins ce qu'est « un commun ». Cette interrogation amène à celle de savoir ce qui peut faire l'objet de commerce ou ne peut pas l'être dans la mesure de son appartenance au patrimoine commun. En effet, comme le souligne Yan Thomas à propos de l'article 1128 ancien du code civil relatif aux choses qui sont dans le commerce²²⁹⁷ : « le code civil lui-même ne fait que prendre ici le relais d'une immémoriale tradition de *ius commune*, où la question de l'indisponibilité avait son siège exclusif dans le droit des choses. Seules étaient frappées d'incessibilité les « choses hors de notre patrimoine », *extra nostrum patrimonium* – ou bien, selon une autre manière de dire, les « choses hors

²²⁹⁴ HARTOG François, op. cit., pp. 200-202.

²²⁹⁵ *Ibid.*

²²⁹⁶ Code de l'environnement, art. L110-1-I al. 1 et 2 : « Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage. Les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine. »

²²⁹⁷ L'article 1128 ancien du code civil, en vigueur du 17 février 1804 au 1^{er} octobre 2016, disposait que « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. »

commerce », les *res quarum commercium non est.* »²²⁹⁸. Selon cette approche, il y aurait donc les choses exclues du commerce en ce qu'elles sont hors du patrimoine de toute personne, c'est-à-dire ne pouvant appartenir à personne elles relèveraient d'un patrimoine commun. Dès lors, le patrimoine peut recevoir deux acceptions ; l'une est restreinte à la personne et s'entend du patrimoine détenu par une personne juridique, le patrimoine social de l'entreprise par exemple ; l'autre est large et dépasse la somme des patrimoines des personnes, il est qualifiable de patrimoine commun. Aussi, les patrimoines de différentes personnes peuvent entrer en conflit lorsque des droits s'exercent concurremment sur un même élément du patrimoine commun dont l'intérêt peut alors être affecté²²⁹⁹. Or en matière environnementale, il s'agit de concevoir le patrimoine commun comme un héritage à transmettre aux générations futures²³⁰⁰ et non pas seulement comme la somme des patrimoines des personnes de la génération présente et défini selon Aubry et Rau comme un ensemble de droits et d'obligations dont une utilité peut être retirée²³⁰¹.

776. Cette approche large du patrimoine commun soulève la difficulté de concilier protection de l'environnement et liberté d'entreprendre. Elle amène à discuter la manière dont peuvent s'exercer des droits sur un même patrimoine commun. La répartition de l'utilité juridique²³⁰² du patrimoine commun s'opérant alors de manière très schématique entre la nation ou l'humanité qui en partagent l'usage avec les personnes privées aux fins d'activités économiques. A la différence toutefois, que l'entreprise ne poursuit pas le but de conservation du patrimoine commun en vue de sa transmission aux générations futures, fonction qui est attribuée à la nation et à l'humanité.

²²⁹⁸ THOMAS Yan, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat* 1998/3 (n° 100), p. 93.

²²⁹⁹ V° par exemple OSTRÖM Elinor, *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, coll. Planète enjeu, éd. De Boeck Université, 2010, 1^{ère} éd., pp.13-14. L'auteur prend l'exemple de la surpêche et aborde le problème qu'ont les pêcheurs et l'Etat à s'entendre sur une réglementation de la pêche qui permette à la fois de limiter l'utilisation des ressources naturelles (les poissons) et d'assurer leur viabilité économique à long terme. Ainsi, les poissons apparaissent comme un bien commun à l'Etat-législateur qui est chargé d'en assurer la préservation au nom du peuple qu'il représente, ainsi qu'aux pêcheurs qui en dépendent économiquement. L'auteur refuse pourtant de suivre l'approche selon laquelle seul le contrôle de l'Etat permettrait d'éviter la destruction des ressources naturelles. Elle constate que l'Etat comme le marché échouent « à permettre aux individus une utilisation productive à long terme des systèmes de ressources naturelles » et invite à penser de nouveaux outils ou modèles intellectuels qui vont au-delà des Etats et du marché.

²³⁰⁰ KISS Alexandre Charles, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *RCADI*, 1982, vol. 175, pp. 99-256, spéc. p. 243 : « le patrimoine commun de l'humanité est la matérialisation de l'intérêt commun de l'humanité dans des espaces, biens et êtres vivants déterminés. Il constitue l'aboutissement d'une solidarité de plus en plus fréquente entre tous les Etats du monde, (...). Avec le patrimoine commun de l'humanité, le temps devient un élément de finalité. Ce n'est plus un temps limité, mais un temps indéterminé, celui des générations futures qui devront se succéder.»

²³⁰¹ AUBRY Charles, RAU Charles, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, F. Lagier, Strasbourg, 1839, t. I, § 168, p. 333 : « L'ensemble des biens d'une personne constitue son patrimoine. (...) L'ensemble des biens d'une personne n'est autre chose au fond que l'utilité collective de tous ses droits civils » ; Les auteurs indiquent que le terme d'utilité est plus large que le prix ou la valeur vénale : « Il comprend tout ce qui peut contribuer au bien être moral ou matériel de l'homme, et par conséquent, des avantages non appréciables en argent. Tels, par exemple, que les avantages ressortant des rapports personnels entre époux ou entre parents et enfants. ». La vision reste donc utilitaire néanmoins, on peut apercevoir éventuellement une approche des générations futures chez ces auteurs, v. note suivante.

²³⁰² *Ibid.* « Lorsque plusieurs personnes ont simultanément des droits sur un objet, l'utilité juridique en est répartie entre elles. Les mêmes objets peuvent donc constituer des biens à l'égard de différentes personnes. ». Il faut alors pouvoir considérer les générations futures comme des personnes ayant déjà « simultanément » des droits sur le patrimoine commun, avec les générations présentes.

777. Il est constant que la société commerciale vise un but lucratif, or si la plupart des droits et biens apportés à la société proviennent des l'associé, d'autres ne sont pas apportés par les associés mais participent indirectement de la constitution du « capital social » de l'entreprise en ce qu'ils constituent des actifs issus du patrimoine commun²³⁰³. Plus précisément, ces actifs ne font pas concrètement l'objet d'un apport évalué mais l'entreprise en dispose sans formalité, lui permettant de conforter l'actif social pour exercer son activité. Ils sont issus de l'environnement et appartiennent au patrimoine commun de la nation et plus largement de l'humanité. Ces entités, voire ces activités (par exemple la pollinisation des abeilles) font actuellement l'objet d'un débat quant à leur qualification juridique exacte. Ils peuvent être qualifiés de *choses communes*²³⁰⁴ ou de *biens communs*²³⁰⁵ mais il est aujourd'hui également mis en avant la qualification de « communs »²³⁰⁶, expression en passe de devenir la plus appropriée pour ne pas rencontrer les difficultés posées par les autres notions préexistantes. Il en résulte que le comportement sobre appuyé par le principe de solidarité écologique, amène l'entreprise à protéger un intérêt présent et futur²³⁰⁷, c'est-à-dire protéger les communs des générations actuelles et à venir.

778. Le débat relatif à la qualification juridique des communs ne sera pas envisagé de manière plus approfondie²³⁰⁸ car il s'agit surtout d'indiquer que ces derniers sont utilisés

²³⁰³ V° plus précisément sur l'hypothèse d'apports en environnement *infra*, chapitre 2.

²³⁰⁴ V. sur ces différents aspects CHARDEAUX Marie-Alice, *Les choses communes*, LGDJ, coll. Thèses, bibliothèque de droit privé, t. 464, 2006. V. également CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « Entre environnement *per se* et environnement pour soi : la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement », *Revue Environnement et développement durable*, n°12, déc. 2012, étude 14, spéc. 8: « Il est classiquement admis que l'environnement naturel en tant qu'entité soit identifié comme chose commune, c'est-à-dire une chose inappropriée et inappropriable ».

²³⁰⁵ CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, PUG, Quadriga, 2017, 1280 p. ; v. aussi OST François, « A propos d'un dictionnaire peu *commun* », *RIEJ*, 2018/2, vol. 81, pp. 331-339.

²³⁰⁶ V. les développements de DARDOT Pierre LAVAL Christian, « *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle* », éd. La découverte, 2014, pp. 478-479 : « On ne retiendra pas ici la notion juridique de "chose commune", même au prix d'un réaménagement substantiel qui l'arrimerait à des procédures juridiques au lieu de l'abandonner à la pure naturalité. En effet, cette notion est foncièrement inadéquate en ce qu'elle autorise la dissociation de l'usage commun et de la participation à l'élaboration des règles de cet usage. (...) La difficulté ne peut être surmontée que si l'on veut bien admettre qu'il n'y a que des *communs*, et non des *choses communes*, et que c'est seulement par les communs, et non par un acte de droit coupé de tout engagement dans une coactivité, que des choses sont *rendues communes* à "tous", ce dernier terme devant s'entendre au sens de tous les pratiquants de ces communs. En d'autres termes, la notion de "*res communis*" est en elle-même réifiante, et c'est pourquoi elle doit être récusée, et non élargie ou même refondée.»

²³⁰⁷ Rapp. KISS Alexandre Charles, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *RCADI*, 1982, vol. 175, pp. 99-256, spéc. p. 131

²³⁰⁸ Il sera seulement indiqué que trois types de « communs » sont communément distingués : les communs de l'environnement ou les communs naturels, les communs du territoire (v. DE CLERCK Philippe, « Habiter avant la règle : quelques nouvelles d'une mise en chantier de l'institution à Notre-Dame-des-Landes », *RIEJ*, 2018/2, vol. 81, pp. 267-295.) et les communs des connaissances (v° les exemples développés sur la question des savoirs ancestraux et la question de la brevetabilité du vivant par DARDOT Pierre LAVAL Christian, *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle*, éd. La découverte, 2014, pp.480-481 ; et dans le domaine numérique STROWEL Alain, « Omnia sunt ©munia : des *opera* au Big Data », *RIEJ*, 2018/2, vol. 81, pp. 177-209).

par l'entreprise comme des actifs dans son activité économique²³⁰⁹. Ces communs, initialement extérieurs à l'entreprise dans leur état naturel, vont être saisis par l'entreprise pour devenir des communs intérieurs à l'entreprise. Ils sont alors appropriés puisque utilisés et intégrés par voie d'accession²³¹⁰ ou d'occupation et peuvent être « comptabilisé » dans les actifs de l'entreprise, sans pour autant que cette comptabilisation se fasse nécessairement en équivalent monétaire²³¹¹. Aussi, il y a lieu de relever ce paradoxe que les communs naturels dont l'entreprise fait usage tels que l'air et l'eau, n'appartiennent pas en pleine propriété à l'entreprise qui en fait pourtant l'usage²³¹².

779. Selon les auteurs Pierre Dardot et Christian Laval²³¹³, il s'agit ainsi d'opposer le droit d'usage²³¹⁴ à la propriété²³¹⁵, et ainsi pour notre étude, de dissocier usage et propriété des choses qui concourent à l'activité de l'entreprise. Plus précisément, il s'agit de concevoir l'entreprise comme possédant un capital divisé en deux parties. D'une part, le capital est constitué des droits et biens affectés par les associés, d'autre part il est constitué par les communs – intériorisés²³¹⁶ – à travers le prélèvement d'éléments naturellement présents dans son environnement. Aussi, l'entreprise est en réalité propriétaire en partie seulement de son capital social puisqu'elle partage l'usage de la part constituée des communs avec la nation ou l'humanité. En effet, il s'agit d'affirmer que le patrimoine commun est ainsi partagé dans son usage, dans le respect de la législation relative à la protection de l'environnement certes, mais partagé tout de même. L'entreprise ne peut alors s'arroger la propriété de ces communs dont l'usage est ainsi réparti entre l'entreprise et l'humanité. A

²³⁰⁹ V° *infra* nos développements sur les apports en environnement. Précisons simplement que ces communs constituent à la fois le capital social constitutif de la société mais aussi son patrimoine social. Entendu au sens du droit civil, le capital désigne ainsi « l'ensemble des biens frugifères d'une personne, des biens productifs qui lui rapportent des fruits ou lui fournissent des produits » [CORNU Gérard., Vocabulaire juridique, préc., v° *capital*]. Les communs naturels comme l'air ou l'eau, ne sont pas « apportés » par un associé au capital social au sens du droit des sociétés [CORNU Gérard, *ibid.*] puisqu'ils sont naturellement présents dans l'environnement de l'entreprise et jusqu'à présent mis à sa disposition gratuitement, et ce dans la limite des lois de police qui règlent la manière dans jouir comme le prévoit l'article 714 du code civil. Présents comme éléments constitutifs du capital social, les communs sont des actifs du patrimoine social de la société qui participent de son activité économique [CORNU Gérard, *Ibid*, v° *patrimoine* : Ensemble des biens et des obligations d'une même personne, c'est-à-dire de ses droits et charges appréciables en argent, de l'actif et du passif, envisagé comme formant une universalité de droit, un tout comprenant non seulement ses biens présents mais aussi ses biens à venir].

²³¹⁰ C. civ., art. 546.

²³¹¹ V° *Infra* sur la question d'apports en environnement ; et pour un aperçu de la question HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHE-MARENGO Eve (dir.), *Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité ?*, Mare & Martin, Droit sciences et environnement, 2017, 325 p. ; V. également JOURDAIN Edouard, *Quelles normes comptables pour une société du commun ?*, Charles Léopold Mayer, avril 2019, 220 p.

²³¹² Le capital social doit donc être entendu plus largement que les seuls apports effectués par les associés, il y a lieu également d'y inclure tout commun dont l'entreprise fait usage dans son activité sans qu'elle puisse en disposer de manière absolue. V. *infra* sur la question des apports en environnement.

²³¹³ DARDOT Pierre LAVAL Christian, *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle*, éd. La découverte, 2014, p.467 et s.

²³¹⁴ RÉMOND-GOUILLOUD Martine, « Ressources naturelles et choses sans maître », in EDELMAN Bernard et HERMITTE Marie-Angèle (dir.), *L'homme, la Nature et le Droit*, Paris, éd. Christian Bourgois, p.232-233 : « il désigne toute faculté de tirer parti de l'utilité d'une chose, qu'elle résulte de la loi [...] Mais le droit d'usage se définit surtout négativement, parce qu'il exclut la faculté de disposer de la chose sur laquelle il porte. C'est la faculté minimale dont un bien puisse faire l'objet ».

²³¹⁵ C. civ. Art. 544 : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvue qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements ».

²³¹⁶ Le commun à son état initial peut être perçu comme un « commun extérieur », c'est-à-dire comme une chose sans maître, il devient « intérieur » au patrimoine d'une personne lorsqu'il en est fait l'usage.

charge pour l'entreprise de restituer le commun après un usage normal sans qu'il n'ait subi d'altération, par exemple l'eau prise à la rivière restituée avec sa pureté naturelle²³¹⁷.

780. Il s'agit de considérer que la jouissance des communs, est autorisée en considération de la législation relative à la protection de l'environnement. En conséquence, l'entreprise n'est ainsi qu'une usagère de la partie de son capital social constituée de communs, et elle exerce sur ces communs un droit concurrent des droits qui appartiennent à l'humanité. Aussi, l'entreprise ne doit pas être perçue comme la propriété collective partagée entre les associés mais davantage comme une convention d'indivision en ce qui concerne le capital naturel tout du moins dont les droits sont partagés entre l'entreprise et la nation ou l'humanité. En réalité, ce n'est pas tant l'entreprise qui doit forcément être désignée comme n'adoptant pas volontairement un comportement sobre à l'égard des communs, mais c'est surtout la vision du droit des biens qui doit être renouvelée, notamment par la relecture des choses communes visées par l'article 714 du code civil. Selon Marie-Pierre Camproux-Duffrène, la catégorie de chose commune peut être perçue comme l'objet d'un « commun universel » permettant d'accompagner la recherche de nouveaux équilibres civilisationnels entre humain et non humain, vivant et non vivant »²³¹⁸. L'auteur indique que l'article 715 du code civil ne laisse guère de place au doute quant à l'intégration du vivant dans cette catégorie de chose commune. L'article qui dispose que « la faculté de chasser ou de pêcher est également réglée par des lois particulières » marque l'existence d'une solidarité écologique ou lien d'interdépendance entre chose commune, environnement naturel et homme²³¹⁹.

781. Pour illustration, une entreprise de pêche prélève des poissons dans l'océan qui sont qualifiables de communs. Les communs que sont les espèces de la faune marine composent, en partie, le capital nécessaire à son activité. En sa qualité d'*usager de communs* le pêcheur en attrapant des spécimens de ces espèces en l'occurrence des animaux non domestiques, va saisir des *res nullius*, dont elle va acquérir la propriété par son travail. Dans ce cas, il incombe à l'entreprise, en contrepartie de ce prélèvement de spécimens issus du droit d'usage sur le commun, l'obligation de préserver et de transmettre l'espèce comme commun aux générations présentes et futures, empêchant ainsi que ces espèces ne disparaissent et qu'elles ne soient irréversiblement aliénées en

²³¹⁷ TRÉBULLE François-Guy, « Environnement et droit des biens », art. préc., p. 88 : « Il ne s'agit pas d'en interdire l'usage, de prohiber tout prélèvement, mais d'imposer que cet usage, ce prélèvement, ne soit pas envisagé comme une acquisition, une appropriation, ne confère aucune prérogative sur la part prélevée qui doit, telle l'eau de la rivière, être restituée après son usage normal sans avoir subi d'autre altération que celle inhérente à la nature de l'usage légitime [note de l'auteur ; v. note 11 de l'auteur : « La nature de chose commune de l'eau impose à l'industriel de l'épurer après usage pour la rendre dans son état originel (Civ. 3e , 12 févr. 1974, JCP 1975. II. 18106 note Despax, approuvant l'obligation faite à un industriel de construire une station d'épuration au motif qu'en application des articles 640 et 644 C. civ., le propriétaire riverain doit restituer l'eau prise à la rivière avec sa pureté naturelle).».

²³¹⁸ CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », RIEJ, 2018/2, vol. 81, pp. 297-330, spéc. 6.

²³¹⁹ *Ibid*, spéc. 10.

manquement à la nature même de ce capital naturel ou ces communs²³²⁰. Très concrètement, il s'agit de ne pas surexploiter le stock présent de poissons dans les océans, afin qu'il puisse se renouveler. En ce sens, dans le cadre de sa politique commune de pêche²³²¹, l'Union européenne fixe des totaux admissibles de capture (TAC) et des « quotas » répartis entre les Etats membres. Ces quotas représentent des limites à la possibilité de pêche, exprimées précisément en tonnes et fixées chaque année pour la plupart des stocks halieutiques (bar, sole, hareng, merlu, thon rouge...) ²³²². Il est aussi par exemple interdit de pêcher certaines espèces de poissons lors d'une période déterminée dans certaines zones spécifiquement délimitées²³²³ ou de pêcher certaines espèces de manière permanente comme par exemple le grand requin blanc²³²⁴. Les Etats membres et par suite, les entreprises, disposent dès lors d'un capital nécessairement partagé²³²⁵ entre le capital détenu par les associés de la société et le capital détenu par l'humanité, à savoir le patrimoine commun. On observe par ailleurs avec intérêt que l'Union européenne se pose en tant que représentante de l'humanité, titulaire de ce patrimoine commun, puisqu'elle veille également à la préservation des stocks halieutiques de certaines eaux n'appartenant pas à l'Union européenne²³²⁶, aussi en raison de l'existence de conventions internationales dont elle est membre²³²⁷.

²³²⁰ V° DEMEESTER Marie-Luce, NEYRET Laurent, « Environnement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2017, spéc. 24 : « si en théorie la qualification de res nullius est liée à l'idée d'abondance, en pratique les choses environnementales sans maître deviennent rares, puisque les prélèvements des ressources ont lieu au détriment de leur reconstitution. Dès lors, le statut de choses non appropriées appliqué à une grande partie de l'environnement n'est guère satisfaisant. Ce statut juridique serait même une incitation à un usage sans limites des ressources naturelles. ».

²³²¹ Instituée par le Règlement (CE) n° 2371/2002 du Conseil du 20 décembre 2002 relatif à la conservation et à l'exploitation durable des ressources halieutiques dans le cadre de la politique commune de la pêche (abrogé par le Règlement (UE) n° 1380/2013 du 11 décembre 2013 relatif à la politique commune de la pêche).

²³²² Article 43-3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « Le Conseil, sur proposition de la Commission, adopte les mesures relatives à la fixation des prix, des prélèvements, des aides et des limitations quantitatives, ainsi qu'à la fixation et à la répartition des possibilités de pêche. » ; Règlement (UE) n° 1380/2013 du 11 décembre 2013 relatif à la politique commune de la pêche, v° not. le considérant 7 : « Lors du sommet mondial sur le développement durable qui s'est tenu à Johannesburg en 2002, l'Union et ses États membres se sont engagés à lutter contre le déclin constant de nombreux stocks halieutiques. Il convient dès lors que l'Union améliore sa PCP en adaptant les taux d'exploitation afin d'assurer, dans un délai raisonnable, que l'exploitation des ressources biologiques de la mer rétablisse et maintienne les populations de stocks exploités au-dessus des niveaux qui permettent d'obtenir le rendement maximal durable. ».

²³²³ V° par ex. le Règlement (UE) 2017/127 du Conseil du 20 janvier 2017 établissant, pour 2017, les possibilités de pêche pour certains stock halieutiques et groupes de stocks halieutiques, applicables dans les eaux de l'Union et, pour les navires de pêches de l'Union, dans certaines eaux n'appartenant pas à l'Union, art. 11-1 al.1 : « Sur le banc de Porcupine, entre le 1er et le 31 mai 2017, il est interdit de pêcher ou de détenir à bord les espèces suivantes: cabillaud, sardines, baudroies, églefin, merlan, merlu commun, langoustine, plie commune, lieu jaune, lieu noir, raies, sole commune, brosse, lingue bleue, lingue franche et aiguillat commun. »

²³²⁴ Règlement (UE) 2017/127, précité, art. 12.

²³²⁵ Sur les choses communes et le « droit d'usage partagé », v. CHARDEAUX Marie-Alice, *Les choses communes*, LGDJ, coll. Thèses, bibliothèque de droit privé, t. 464, 2006, 487 p. ; et CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « Entre environnement *per se* et environnement pour soi : la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement », *Revue Environnement et développement durable*, n°12, déc. 2012, étude 14, spéc. 8 ; CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », *RIEJ*, 2018/2, vol. 81, pp. 297-330, spéc. 6

²³²⁶ Règlement (UE) 2017/127 du Conseil du 20 janvier 2017 établissant, pour 2017, les possibilités de pêche pour certains stocks halieutiques et groupes de stocks halieutiques, applicables dans les eaux de l'Union et, pour les navires de pêches de l'Union, dans certaines eaux n'appartenant pas à l'Union.

²³²⁷ L'Union européenne est par exemple partie contractante depuis 1997 de la Commission de la Convention Internationale pour la Conservation des Thonidés de l'Atlantique (CICTA), signée à Rio de Janeiro en 1966. Le Règlement (UE) 2017/127, précité, en fait directement l'application.

782. L'hypothèse d'une entreprise qui ne serait pas propriétaire exclusive des choses affectées à son activité, notamment de communs dont elle n'a que l'usage, amène nécessairement à se poser la question de la représentation des autres personnes titulaires susceptible d'en faire usage. Dès lors, par application d'un principe de solidarité écologique dans le cadre d'un comportement sobre, il faut s'assurer que l'entreprise représente dans son activité les intérêts de ces co-titulaires du patrimoine commun, c'est-à-dire les générations présentes et futures pour assurer la conservation de ce dernier.

b. La représentation de l'intérêt des générations futures dans l'entreprise

783. Les « communs », qui sont des non-sujets de droit, appartiennent tant aux générations présentes qu'aux générations futures. Or, leur « intérêt futur »²³²⁸ n'est pas réellement pris en considération par l'entreprise au regard de la destruction déjà avancée des communs naturels, il doit par conséquent pouvoir être défendu en son sein. Aussi, puisque les générations futures constituent une fiction, la représentation de l'intérêt de celles-ci et des communs naturels apparaît comme la solution la plus adéquate pour la prise en considération de la solidarité écologique dans l'entreprise.

784. Le mécanisme juridique de la représentation est celui par lequel « une personne agit par substitution, en remplacement d'autrui », il est un « concept juridique, une construction de l'esprit »²³²⁹. Selon l'étymologie latine, *repraesentare*, la représentation permet de « rendre effectivement présent à la vue, à l'esprit de quelqu'un »²³³⁰. L'article 751 du code civil dispose que « la représentation est une fiction juridique qui a pour effet d'appeler à la succession les représentants aux droits du représenté ». À partir de cette définition de la représentation, il s'agit ainsi de s'interroger sur la possibilité de représenter les générations futures dans l'entreprise. Cette question n'apparaît pas évidente à première vue puisque, tout comme la représentation est un mécanisme de fiction, les générations futures constituant un autrui futur, sont également une fiction. Leur représentation revient donc à rendre effectif une fiction – les générations futures- par un mécanisme de fiction, la représentation.

785. Le mécanisme juridique de la représentation permet cependant de rendre « présentes » les générations futures, du moins dans le monde du droit. Par analogie avec l'enfant conçu protégé par l'article 16 du Code civil, qui permet de protéger les intérêts de l'enfant conçu dès lors qu'il en va de son intérêt, à condition qu'il naisse vivant et viable, nous pourrions envisager de protéger les intérêts d'un ensemble de personnes non encore nées ni même conçues s'il en va de leur intérêt. Si les articles 16 et suivants du Code civil protègent essentiellement le corps humain pendant la durée de la personnalité juridique, on peut

²³²⁸ V° KISS Alexandre Charles, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », RCADI, 1982, vol. 175, pp. 99-256, spéc. p. 131

²³²⁹ STORCK Michel, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, 1982, p. 7.

²³³⁰ Dictionnaire de l'Académie française, 8^e éd. et Trésor de la langue française informatisé, v° représenter.

relever que l'article 16-4 alinéa 1^{er} du Code civil dépasse cette durée, puisqu'il prévoit la protection de « l'intégrité de l'espèce humaine ». Peut donc être envisagé dans une certaine mesure, l'idée que doivent nécessairement être représentées, une pluralité de personnes physiques – ou *universitates hominum*²³³¹ – à naître, sur le fondement de la protection de l'espèce humaine. Cette protection s'effectuant alors par le biais de la représentation des intérêts de cet ensemble de personnes, non encore nées, voire ni même conçues, à travers l'attribution d'une personnalité juridique propre à ce groupe d'individus – ou *universitates bonorum*²³³² –, personnifiant un intérêt général de nature permanente²³³³, ici la protection de l'espèce humaine et son milieu naturel consubstantiel, l'écosystème planétaire²³³⁴. Le patrimoine, compris dans un sens large comme l'ensemble des intérêts et droits de cet ensemble de personnes physiques, serait ainsi représenté par une personne dont la personnalité juridique est préexistante. En cas d'atteinte à ce patrimoine, ce sont ainsi les générations futures qui subiraient alors une atteinte à leurs intérêts, celui-ci comprenant l'intérêt fondamental selon lequel « nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine ». Par l'idée de représentation, il est donc possible de défendre les intérêts des générations futures représentées. On peut alors également s'inspirer du mécanisme du quasi-contrat et plus particulièrement de la gestion d'affaire entre le gérant (les générations présentes) agissantes pour la protection des intérêts du géré (les générations futures)²³³⁵. C'est dans le sens de ces hypothèses que Emilie Gaillard a pu retracer l'historique du concept de générations futures, du droit privé de la famille avec l'enfant à naître et les rapports familiaux, en passant par l'espèce humaine et la révolution biotechnologique, au droit international où les Nations ont envisagé l'humanité future et les générations futures²³³⁶.

786. Dans sa thèse, Emilie Gaillard envisage « les acteurs publics défenseurs judiciaires des générations futures ». Elle observe la création en Hongrie d'un *ombudsman des générations futures*, et suggère la proposition d'un défenseur actif des droits des générations futures ou d'une commission des lois spécialisée dans l'approche transgénérationnelle alors que plusieurs pays ont déjà mis en place des institutions en ce sens²³³⁷. Aussi, une autorité administrative indépendante sur le modèle de l'Autorité de la concurrence pourrait être amenée à dénoncer la non-prise en compte par une entreprise

²³³¹ V. SOHNLE Jochen, « La représentation de la nature devant le juge : Plaidoyer pour une épistémologie juridique du fictif », in CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre et SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de la nature devant le juge : approche comparative et prospective*, Vertigo, Hors-série 22, septembre 2015 ; SAVIGNY Friedrich Karl von, *System des Heutigen Römischen Rechts*, vol. 2, Veit Berlin 1840, pp. 238-240 et 242. (*Traité de droit romain*, trad. par Guenoux Ch., Paris, t. 2, 1841, 504 p.).

²³³² *Ibid.* ; v. aussi JHERING Rudolf von, *L'évolution du droit*, trad. Sur la 3^{ème} éd° allemande par O. de Meulenaere, Ed. Chevalier-Marescq, Paris, 1901, 400 p., p.312

²³³³ V° GARRAUD René, *Précis de droit criminel*, Ed. Larose et Forcel, Paris, 1885, p. 80

²³³⁴ CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », in CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de la nature devant le juge : approches comparative et prospective*, Vertigo, hors-série, 2015, spéc. 33 : « L'intérêt de l'espèce humaine impose à la fois la protection de l'Homme et de manière consubstantielle celle de son milieu naturel, l'écosystème planétaire ».

²³³⁵ V° l'art. 1301 et s. du c. civ.

²³³⁶ GAILLARD Emilie, th. préc.

²³³⁷ GAILLARD Emilie, th. préc., pp. 521 et s.

des générations futures, ou plus simplement de considérer que la non-prise en compte des générations futures violent les règles du droit de la concurrence ou constitue des pratiques déloyales. L'association « Générations Futures » a ainsi relevé dans un rapport que des pesticides interdits ou suspectés d'être des perturbateurs endocriniens étaient présents dans certaines salades, ce qui pouvait menacer le développement du fœtus et donc la santé de la génération future immédiate²³³⁸. Aussi, une question analogue peut-être posée sur les nanoparticules utilisées par les entreprises dont on ne connaît pas encore aujourd'hui toutes les conséquences²³³⁹. Nous pourrions imaginer en conséquence l'intégration au sein des associés de l'entreprise ou du conseil d'administration de l'entreprise de conseillers extérieurs comme le propose par exemple l'association « Les Hénokiens »²³⁴⁰, ce qui renvoie à l'idée d'un proxène. Déjà présent sous l'antiquité grecque, le proxène était un citoyen en charge de défendre, dans sa cité, les intérêts d'une autre cité ou de ses ressortissants²³⁴¹. Il s'agit donc d'imaginer un « ambassadeur » des générations futures au sein de l'entreprise, *une personne faisant fonction de contre-pouvoir en charge des intérêts des générations futures* (association, élu local, ONG...). Encore faut-il, bien entendu, que l'entreprise ait décidé qu'il s'agisse d'un intérêt protégé à prendre en considération dans son fonctionnement par exemple en l'inscrivant dans l'objet social statutaire ou en confiant la représentation de cet intérêt futur à un associé ou à une tierce personne²³⁴².

787. Concrètement, selon la proposition de MM. Dardot et Laval, il s'agit ainsi d'introduire des personnes autres que les seuls associés ou les travailleurs aux décisions prises par l'entreprise, qui doit véritablement être « commune ». En réalité, c'est la question de la démocratie représentative dans la société commerciale qui est soulevée par ces auteurs, qui suggèrent ainsi de s'inspirer des structures politiques, pour imaginer une « nouvelle institution civique du marché qui conjoiindrait à la fois l'autogouvernement des producteurs et la souveraineté des consommateurs », présents et futurs pour intégrer toutes générations. A défaut d'une telle intégration par l'entreprise elle-même, la prise en compte des intérêts des générations futures pourrait provenir d'un « tribunal pour les générations futures » à l'exemple du média *Ubsek & Rica* qui organise des conférences sous forme de procès²³⁴³. Ceux-ci sont fictifs aujourd'hui, mais peut-être plus pour longtemps... On notera encore la proposition de modifier le nom de l'actuel Conseil Economique Social et

²³³⁸ En ligne, <http://www.generations-futures.fr/2011generations/wp-content/uploads/2015/09/EXPPERT-5-Final.pdf>, consulté le 6 avril 2019.

²³³⁹ Cette réflexion n'est pas nouvelle puisque déjà un dommage génétique a pu être observé suite à l'exposition à des armes nucléaires avec des séquelles sur l'échelle de quatre générations v. GAILLARD Emilie, th. préc., p. 562 et opinion dissidente du juge KOROMA, CIJ Rec., 1996, pp. 172-224, spéc. 175.

²³⁴⁰ Supra.

²³⁴¹ Académie française, Dictionnaire, 9^{ème} édition, v. proxène

²³⁴² V° nos développements *infra* dans le titre II

²³⁴³ Ubsek et Rica (média), Tribunal pour les générations futures, en ligne, <https://tgf.usbeketrica.com/>, consulté le 26 avril 2019.

Environnemental en « Chambre du futur »²³⁴⁴. Un lieu d'échange qui pourrait prendre en compte l'idée de solidarité écologique au sein de la démocratie mais aussi dans les entreprises.

788. En conclusion sur ces quatre principes cardinaux du comportement sobre, la proportionnalité, la subsidiarité, la temporalité et la solidarité écologiques apparaissent comme des éléments de détermination d'un standard juridique de sobriété et d'appréciation d'un comportement sobre de l'entreprise. Ces principes donnent une dimension supplémentaire à une sobriété qui ne peut se réduire à un aspect matériel.

²³⁴⁴ Proposition du Président de la République Emmanuel MACRON lors de son discours devant le Parlement réuni en congrès à Versailles le 3 juillet 2017. Pour un aperçu historique et synthétique du cheminement de l'idée de représentation démocratique des générations futures v° ROSANVALLON Pierre, « Sortir de la myopie des démocraties », *Le Monde*, daté du 07 décembre 2009 : « Quatre types de mesures ou d'institutions peuvent être envisagés pour corriger le biais "naturel" du court-termisme : introduire des principes écologiques dans l'ordre constitutionnel ; renforcer et étendre la définition patrimoniale de l'Etat ; mettre en place une grande "Académie du futur" ; instituer des forums publics mobilisant l'attention et la participation des citoyens. (...) La formation d'une "Académie du futur" pourrait aussi jouer un rôle essentiel. Composée de scientifiques, de philosophes, d'experts reconnus et de représentants des principales associations œuvrant dans le champ écologique, elle pourrait être systématiquement consultée sur les dossiers de sa compétence et formuler des avis publics par rapport auxquels les gouvernants auraient à se déterminer. (...). Une Académie de cette nature devrait jouer un rôle central dans le lancement de "forums de l'avenir" permettant aux citoyens de s'appropriier ces questions. Ces forums ne sauraient certes se laisser enfermer dans un modèle unique. Ils doivent aussi pouvoir procéder d'initiatives décentralisées multiples. Mais la formalisation de certains d'entre eux permettrait cependant de donner un poids accru au débat citoyen à l'occasion de la détermination de certaines grandes orientations en termes de politiques publiques ou de prises de position dans des négociations internationales. Le Conseil économique, social et environnemental pourrait jouer un rôle-clé dans ce processus et trouver là l'occasion d'une redéfinition de son rôle. ».

CONCLUSION DU CHAPITRE II

789. L'exigence de transition écologique qui passe par une exigence de sobriété de la part de tous les acteurs de notre Société peut apparaître nouveau. En réalité, ce concept ancien de sobriété est aujourd'hui réintégré dans le droit. Alors qu'il peut être conçu comme un moyen indispensable de garantir la démocratie au même titre que la liberté et l'égalité, la sobriété peut être aujourd'hui envisagée comme condition nécessaire pour effectuer un changement de paradigme juridico-économique, une transition écologique qui amorce une dynamique nouvelle du développement durable. Avec l'étude d'un champ lexical de la sobriété inscrit dans différents textes qui tendent à se multiplier, il peut être proposé une définition du concept de sobriété selon laquelle : la sobriété est l'action de maîtrise quantitative et qualitative des ressources naturelles qui concourent aux activités économiques et visant à limiter leurs effets sur l'homme et l'environnement. Aussi, les entreprises qui intègrent la sobriété ainsi définie peuvent être rangées en deux catégories, non exclusives l'une de l'autre, selon qu'il s'agisse d'entreprises sobres par leur forme juridique ou par leurs engagements volontaires. C'est alors l'idée d'un comportement sobre qui regroupe ces deux façons d'intégrer la sobriété dans le fonctionnement d'une entreprise. Envisageable comme un standard juridique émergent, le comportement sobre peut se révéler pertinent comme un procédé d'appréciation à destination du juge lorsqu'il s'agit d'analyser la normalité du comportement poursuivi par l'entreprise, surtout quand celle-ci aurait élevé son exigence comportementale par l'adoption d'un comportement sobre. Néanmoins, se contenter d'un concept de sobriété traduit dans l'hypothèse d'un standard du comportement sobre revient à adopter une vision restreinte de ce dernier. Afin de donner au comportement sobre une dimension semblable à la transition écologique – soit une exigence globale de changement – les principes de proportionnalité, de subsidiarité, de temporalité et de solidarité écologiques doivent inspirer le suivi d'un comportement sobre par la PME en transition écologique. Ces principes peuvent aider l'entreprise, comme les parties prenantes ou le juge, à mieux appréhender si son comportement peut être considéré comme sobre. Un comportement qui doit être compatible finalement avec le droit de l'environnement adaptée à la transition écologique dont le cadre serait fixé par ces principes. A défaut d'un comportement sobre, relatif à la maîtrise qualitative et quantitative des ressources naturelles, proportionné, subsidiaire, d'une bonne temporalité et solidaire, le comportement de l'entreprise pourrait être jugé non sobre. Une responsabilité civile pourrait alors être recherchée sur ce fondement, ces principes n'ayant pas nécessairement vocation à être cumulatifs mais permettant la réunion suffisante de faits pour apprécier le défaut de sobriété.

CONCLUSION TITRE I

790. Instituer une entreprise sobre procède, comme l'hypothèse a été émise, de deux étapes, une conceptualisation et une concrétisation. Dans cette première étape, il a été nécessaire de revenir sur la conceptualisation de l'entreprise suite aux nouvelles formes sociétaires envisagées à la fin de la première partie. En effet, il était nécessaire, avant d'envisager toute définition de la sobriété de proposer une qualification de l'entreprise comme un système constituée en vue de satisfaire des intérêts communs, c'est-à-dire qui dépasse l'intérêt des associés et l'intérêt social de la personne sociétaire. Il fut remarqué que l'entreprise conçue comme un système, manifeste de réels pouvoirs sur l'ensemble de la Société, d'où par conséquent l'affirmation de la nécessaire limitation des droits subjectifs de la forme sociétaire qui concentre et représente ce système en droit. Au nombre des intérêts à prendre en considération, il y a celui de l'environnement. Ce dernier peut alors trouver une protection à travers le développement de l'ordre public écologique qui s'impose de plus en plus comme un nouveau cadre en raison de la multiplication des dispositions législatives en droit de l'environnement. Véritable pivot de la transition écologique, l'ordre public écologique permet de soutenir l'hypothèse que l'entreprise possède une inhérente fonction sociale. L'ordre public écologique, la fonction sociale de l'entreprise, les intérêts communs de l'entreprise et l'exercice de droits subjectifs limités, amène de plus en plus l'entreprise à orienter son comportement vers une certaine sobriété dans le cadre de la transition écologique.

791. L'idée de conceptualiser une entreprise sobre qui réunisse et transcende les formes sociétaires existantes a permis de dégager, à partir des textes de droit positif, une définition de la sobriété. Celle-ci peut être définie comme l'action de maîtrise quantitative et qualitative des ressources naturelles qui concourent à l'activité économique et tend à limiter les effets sur l'homme et l'environnement. Pour décliner le concept de sobriété dans le droit, il a été imaginé un standard juridique du comportement sobre afin de montrer que l'intégration de la transition écologique peut être traduite dans le droit, et ce sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à de profonds changements. Il ne s'agit pas de propositions purement doctrinales. Il est en effet dans l'intérêt de la sécurité juridique de l'entreprise, d'adopter un véritable comportement sobre afin d'éviter que son attitude ne soit en réalité jugée excessive au regard d'un standard du comportement sobre qui s'appuierait notamment sur le standard juridique textuel de la bonne foi, à défaut d'être autonome. Il est indéniable que des entreprises s'engagent dans le suivi d'un comportement sobre par une sobriété de l'avoir, du faire et de l'être mais est-ce suffisant en droit ? Faut-il se contenter d'un mouvement de retour du droit seulement à travers ces propositions conceptuelles qui s'intégreront progressivement via la jurisprudence ou des législations sectorielles dans notre droit positif français ? Au regard de l'urgence écologique, ces propositions sont certainement insuffisantes si la sobriété n'est pas concrétisée au sein du contrat de la société commerciale. En effet, il apparaît que faute de pouvoir laisser aux entreprises l'initiative d'apprécier elles-mêmes la conformité de leur

comportement sobre – à moins qu’un contrôle interne soit véritablement et efficacement mis en place –, l’adoption de la technique du standard juridique peut en partie permettre au juge d’apprécier le respect d’un comportement sobre. Néanmoins, en l’absence de standard textuel du comportement sobre le juge serait réduit à apprécier la normalité augmentée du comportement de l’entreprise en considération de ses engagements volontaires. Seraient alors sanctionnées les entreprises volontaristes au détriment de ceux qui n’auraient adopté aucune démarche de responsabilité sociétale et environnementale. Les principes cardinaux pourraient également fonder la décision du juge au-delà du caractère volontaire du comportement sobre des entreprises mais ce processus exige du temps. Aussi, il est préférable de caractériser le comportement sobre dès la constitution et en cours de vie sociale de la société. En effet, il semble vain de conceptualiser un standard du comportement sobre pour « réenchanter » le droit, sans l’articuler avec les textes existants du droit des sociétés. Pour en effectuer la concrétisation, il convient de proposer la réformation du contrat de société commerciale afin que les sociétés soient – conformément à leur fonction sociale et dans la perspective de la mise en œuvre de la transition écologique – véritablement tournées vers la satisfaction d’intérêts communs, Ce qui sera envisagé dans un second titre.

TITRE 2 ÉLÉMENTS DE CONCRETISATION DE L'ENTREPRISE SOBRE

792. L'émergence de nouvelles formes d'entreprises reste balbutiante et l'idée d'entreprise hybride est très certainement amenée à se développer. Aussi, l'idée de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux au sein de la société commerciale ou de lui donner une raison d'être, n'est que la partie émergée d'un mouvement de retour du droit. A travers ces nouvelles propositions, la société commerciale se dévoile comme une entreprise, c'est-à-dire un système d'intérêts communs possédant une fonction sociale. Encadrée par l'ordre public écologique et poussée par des normes sociales qui créent de plus en plus d'attentes à son égard, l'entreprise n'a guère d'autre choix que de se conformer à un certain comportement. C'est alors la sobriété, outil de la transition écologique, qui permet d'indiquer l'orientation à suivre. Appliquée à l'entreprise, elle se traduit dans le comportement sobre caractérisé par la maîtrise de l'usage des ressources naturelles et l'intégration de principes vertueux. Au-delà de ces réflexions *de lege ferenda*, il est proposé de donner des éléments de concrétisation de l'entreprise sobre à partir du droit positif. C'est-à-dire par la relecture du contrat de société et sa réformation sans qu'il ne soit nécessairement besoin d'y apporter de bouleversements.

793. Dans ce présent titre, davantage prospectif, il s'agira en premier lieu de proposer une lecture des éléments du contrat de société au prisme de la transition écologique et de nos développements précédents sur l'entreprise sobre. Nous chercherons ainsi à systématiser l'intégration de l'environnement dans le contrat de société pour ce qui peut être rattaché à sa constitution. Plus précisément il s'agit d'envisager les parties constituantes de la société au sens large, tout particulièrement l'environnement à travers les ressources naturelles dont elle fait usage. Dès lors, la question de la représentation de l'intérêt environnemental au sein de la société peut être discutée, notamment à partir de la notion d'associé. Par la suite, c'est logiquement la question des apports comme éléments constitutifs du capital social qui peut être soulevée afin d'étudier s'il n'existe pas indirectement des apports en environnement. Une fois l'associé et l'apport étudié, la concrétisation de l'entreprise sobre doit nécessairement passer par la question du but social de la société commerciale, soit la réalisation de bénéfices ou d'économies et le partage des pertes. Il est alors possible en considération des développements précédents sur la fonction sociale de l'entreprise et la poursuite d'un comportement sobre, de voir que la conception classique des bénéfices doit être réexaminée à la lumière de la transition écologique. La question de leur réalité ou de leur caractère fictif est alors envisagée et amène à proposer la reconnaissance de bénéfices socio-environnementaux. Enfin, l'objet social en tant que cadre des activités de l'entreprise peut contenir la poursuite d'un comportement sobre, en s'inspirant notamment du mécanisme prévu par le récent statut de la société à mission. Par ailleurs, l'intérêt social ou intérêt supérieur de l'entreprise, récemment consacré par le législateur aux côtés

des enjeux sociaux et environnementaux, permettrait d'apprécier et de faire respecter l'intégration d'un comportement sobre par l'entreprise. Il est donc proposé d'étudier la concrétisation d'une entreprise sobre dans sa constitution (**Chapitre I**) puis dans son fonctionnement (**Chapitre II**).

CHAPITRE 1 L'ENTREPRISE SOBRE DANS SA CONSTITUTION

794. Caractériser l'entreprise sobre suppose de faire en sorte que l'action de maîtrise des ressources naturelles se fasse à tous les échelons de la société commerciale. Cette dernière est prévue à l'article 1832 du Code civil et permet la création d'une personne morale. Le contrat de société exige la réunion de différents éléments : la présence d'associés, c'est-à-dire de personnes physiques ou morales qui ont entendu s'associer dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, la réalisation d'apports sans lesquels le projet commun ne pourrait être poursuivi, ainsi que la volonté de rechercher des bénéfices et de participer aux pertes. Ces éléments de définition de la société commerciale sont aujourd'hui solidement ancrés dans le droit et la jurisprudence mais peuvent sembler figés. Toutefois, ils ne doivent pas nous empêcher d'émettre des propositions pour instituer une entreprise sobre, justifiées de manière générale par l'urgence de transition écologique et plus précisément, par le cadre de l'ordre public écologique. Ainsi, il est de plus en plus question de personnification juridique de l'environnement²³⁴⁵ et il semble difficile d'exclure la notion d'associé de ce mouvement en raison de la nécessité de prise en considération des enjeux environnementaux par l'entreprise. Il en va de même pour les notions d'apport et de bénéfice, outre la notion d'objet social qui détermine l'étendue de la volonté de puissance des associés projetée dans l'entreprise et constitue un instrument de « mesure » de celle-ci avec la notion immédiatement supérieure, l'intérêt social de l'entreprise.

795. La société sans associé n'existe pas. Il en va de la définition de la société qui doit comporter une personne – dans le cas d'une société unipersonnelle – ou plusieurs personnes dans les autres cas. Or, que désigne véritablement la notion d'associé ? Est-ce une notion définitivement restreinte à la personnalité juridique ? Dans ce cas, la personnalité juridique peut-elle être étendue à l'environnement ? Partant du mouvement de personnification des éléments de la nature²³⁴⁶, il est en effet tentant d'envisager l'hypothèse d'attribution de la qualité d'associé à l'environnement, afin que celui-ci puisse exercer les droits y afférents dans le cadre d'une entreprise sobre. Toutefois, d'aucuns ne peuvent ignorer que semblable hypothèse conduit à une évidente contradiction liée à la distinction fondamentale entre les catégories juridiques des personnes et des biens. Or, il semble que cette difficulté soit de moins en moins insurmontable comme il s'agira d'en proposer la démonstration. Ainsi, la proposition principale d'un « associé-environnement » irait dans le sens d'une meilleure sobriété de l'entreprise même si en droit positif, la solution la plus satisfaisante reste celle de la représentation de l'environnement lorsque différentes possibilités sont envisagées

²³⁴⁵ V° en Nouvelle-Calédonie, l'adoption d'un Code de l'environnement des Îles Loyauté le 06 avril 2016, *infra*.

²³⁴⁶ V. SOHNLE Jochen, « La représentation de la nature devant le juge : Plaidoyer pour une épistémologie juridique du fictif », in, *La représentation de la nature devant le juge : approche comparative et prospective*, Vertigo, Hors-série 22, septembre 2015, spéc. 45

(Section I). Par ailleurs, l'entreprise n'existe pas et ne peut exister sans apports. Nous écartant volontairement de la définition juridique de l'apport qui sera toutefois préalablement rappelée, il s'agira de mettre en exergue sa dimension restrictive. En effet, alors qu'un ensemble de ressources naturelles concourent à l'existence de la société commerciale, cette dernière n'en paye pas nécessairement le « prix d'usage » pour leur acquisition ou leur dégradation. Aussi, il conviendra de s'attacher à déterminer ce qui pourrait constituer des « apports en environnement » et évalués comme tels dans l'entreprise sobre (**Section II**).

Section 1 Représenter l'intérêt environnemental dans la société

796. Si la littérature actuelle du droit de l'environnement s'intéresse à la représentation de la nature devant le juge (comment ou par qui celle-ci peut être représentée)²³⁴⁷, la question de l'attribution de la personnalité juridique à des éléments de l'environnement est foisonnante d'actualités²³⁴⁸. Il ne s'agit pas d'envisager la protection d'un élément particulier de l'environnement mais de l'envisager globalement comme élément participant des activités de la société et par conséquent comme un véritable « associé ». Assurément, cette hypothèse peut paraître fantaisiste, mais certainement moins qu'il n'y paraît, car si la qualité d'associé exige d'avoir la personnalité juridique (I), la frontière entre sujet et objet de droit tend à se réduire en raison de la spécificité grandissante attribuée à l'environnement qui peut être qualifié d'objet de droit particulier, comme a pu le démontrer l'évolution récente du statut de l'animal (II). En faisant preuve de réalisme juridique, il est alors possible d'envisager que l'intégration de l'intérêt environnemental dans l'entreprise passe plus certainement par sa représentation et divers moyens peuvent alors être envisagés (III).

I. L'exigence d'une personnalité juridique pour la qualité d'associé

797. L'article 1832 du code civil dispose que la société est constituée de deux ou plusieurs personnes. La notion d'associé n'y est malheureusement pas définie et cela pose immédiatement une difficulté : celle d'identifier « la figure de l'associé »²³⁴⁹. Certes, la qualité d'associé est liée à la détention de titres sociaux détenus dans le capital social²³⁵⁰, ceux-ci ne découlant pas nécessairement de la conséquence d'un apport en société comme par exemple au sein des sociétés coopératives où la qualité d'associé peut être attribuée

²³⁴⁷ CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de la nature devant le juge : approche comparative et prospective*, Vertigo, Hors-série 22, septembre 2015.

²³⁴⁸ En témoigne la multiplication d'exemples à l'étranger de l'attribution par le législateur ou la reconnaissance par le juge d'un statut juridique spécifique à des éléments naturels, par exemple pour la reconnaissance de la personnalité juridique du fleuve néo-zélandais *Whanganui* ou encore du *Gange* et de son affluent, la rivière *Yamuna* en Inde. V° DAVID Victor, « La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui ; Gange et Yamuna », RJE, Lavoisier, 2017/3, vol.42, p.210 ; Voir aussi le fleuve Atrato en Colombie, le fleuve Colorado aux Etats-Unis, le mont Taranaki en Nouvelle-Zélande (*Le Temps*, « Quand la nature reprend ses droits », 5 mars 2018) ; v. aussi BALMOND Louis, Caroline REGAD Caroline, RIOT Cédric, *Déclaration de Toulon*, 29 mars 2019. Proclamée à l'issue d'un colloque sur la personnalité juridique de l'animal à l'Université de Toulon ; v. encore la *Déclaration des droits de l'arbre*, proclamée lors d'un colloque sur les arbres remarquables à l'Assemblée nationale le 5 avril 2019.

²³⁴⁹ V° CONSTANTIN Alexis, « Associé – Recherche notion d'associé, désespérément ! », in « Les figures de l'associé », Droit des sociétés, n°3, mars 2016, Dossier, article 2, p. 30.

²³⁵⁰ NDIAYE Momath, *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, thèse Paris I, 2017, 468 p., spéc. points 25 à 27 : « la définition qui subordonne la qualité d'associé à la propriété des titres de capital paraît plus satisfaisante. Aussi, c'est elle qui sera retenue pour les besoins de ce travail. La raison est simple : en l'état du droit positif, il n'existe pas d'exemples d'associés qui ne seraient pas titulaires de titres sociaux. (...) Suivant donc la définition retenue, seront exclues de la qualification d'associés, toutes les personnes qui ne sont pas propriétaires des titres de la société, peu importe qu'elles soient liées de près ou de loin à cette dernière. Tel est le cas des salariés, des dirigeants non associés, des usufruitiers de droits sociaux, des emprunteurs à usage de titres, des locataires de parts ou d'actions, des créanciers nantis sur des parts sociales et des croupiers ».

sur d'autres fondements²³⁵¹. En réalité, les éléments du contrat de société habituellement utilisés par la majorité de la doctrine pour définir l'associé ne suffisent pas, ni l'*affectio societatis* ou volonté de s'associer, ni la réalisation d'un apport et la volonté de participer aux bénéfices, et contribuer aux pertes ne permet de déterminer avec précision la qualité d'associé²³⁵². Cette première approche insatisfaisante laisse place à d'autres propositions de définition de la notion d'associé par la doctrine : « une deuxième, dite moderne, définit l'associé comme le membre d'un groupement, exerçant comme tel des prérogatives de gouvernement »²³⁵³. Le professeur Alain Viandier propose de définir l'associé – outre par l'apport – à travers sa vocation à intervenir dans les affaires sociales²³⁵⁴. Aussi, puisqu'une « notion unitaire et cohérente d'associé reste à élaborer dans notre droit moderne des sociétés »²³⁵⁵, il s'agit de retenir ce qui définit au mieux l'associé, ou le « participant à la vie et au fonctionnement de la société »²³⁵⁶. Or, dans chacune des propositions de définition énoncée, est identifiable l'idée centrale de « participation », de faire partie d'un groupement, d'intervenir dans la vie sociétariaire. L'associé est donc en tout premier lieu identifiable par la volonté exprimée – l'*affectio societatis*²³⁵⁷ – d'une personne, physique ou morale. Si l'associé est une personne, il faut alors considérer que la qualité d'associé doit être rattachée à celle de personnalité juridique²³⁵⁸.

798. Dès lors, il est légitime de s'interroger sur la qualification juridique de l'environnement, est-il qualifiable de personne juridique de sorte qu'il puisse recevoir la qualité d'associé ? Cela suppose de définir juridiquement la « personne » puis l'environnement. En effet, selon Savigny, « tout rapport de droit consiste dans une relation de personne à personne », il est donc primordial de s'interroger sur « qui peut être sujet d'un rapport de droit »²³⁵⁹ et par là savoir si l'environnement peut être qualifié de personne juridique afin de pouvoir lui attribuer la qualité d'associé.

799. Il convient donc de poser la question : qu'est-ce qu'une personne ? Selon Anne Lefebvre-Taillard : « Emprunté par les Romains aux Grecs, le terme *prosopon*, sur lequel

²³⁵¹ V° par exemple l'article 19 septies de la loi du 10 septembre 1947 : « Peuvent être associés d'une société coopérative d'intérêt collectif : 1° Les salariés de la coopérative ; 2° Les personnes qui bénéficient habituellement à titre gratuit ou onéreux des activités de la coopérative ; 3° Toute personne physique souhaitant participer bénévolement à son activité ; 4° Des collectivités publiques et leurs groupements ; 5° Toute personne physique ou morale qui contribue par tout autre moyen à l'activité de la coopérative. (...) »

²³⁵² LEDAN Jessica, « Nouveau regard sur la notion d'associé », *Dr. Sociétés*, n°11, novembre 2010, étude, p. 17 ; CONSTANTIN Alexis, « Associé – Recherche notion d'associé, désespérément ! », in Dossier « Les figures de l'associé », *Dr sociétés*, n°3, mars 2016, article 2, p. 30.

²³⁵³ LEDAN Jessica, préc., se référant à SCHMIDT Dominique, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, thèse, Sirey, 1970, 264 p.

²³⁵⁴ LEDAN Jessica, préc. ; VIANDIER Alain, *La notion d'associé*, Thèse, LGDJ, 1978

²³⁵⁵ CONSTANTIN Alexis, préc.

²³⁵⁶ *Ibid.*

²³⁵⁷ COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 31ème éd., LexisNexis, 2018, p.86, spéc. 231 : « Il est communément admis que l'*affectio societatis* correspond à la volonté de participer au pacte social, mais il faut bien voir alors qu'il s'identifie au consentement de chacune des parties au contrat de société. »

²³⁵⁸ La personnalité juridique peut être définie comme « l'aptitude à être titulaire actif et passif de droits que le droit objectif reconnaît à chacun. Ces droits ainsi reconnus sont les droits subjectifs » : TERRE François, FENOUILLET Dominique, *Droit civil. Les personnes*, Dalloz, coll. précis, 8ème éd., 2012, p.7.

²³⁵⁹ SAVIGNY Friedrich Karl von, *Traité de droit romain*, Tome II, trad. de l'allemand par Guenoux Ch., Paris, 1841, p.1

s'est élaboré le concept de personne, renvoie tantôt à l'homme dans sa réalité physique concrète, à son "visage", tantôt à la figure abstraite dont l'homme réel peut être revêtu ; au "masque" du théâtre antique et par là au rôle qu'il symbolise. C'est pourquoi le terme latin *persona* sera utilisé par les juristes romains, tantôt pour désigner l'homme en général, tantôt, et plus fréquemment, dans le sens plus restreint d'acteur de la vie juridique. Acteur et par conséquent sujet de droit. Ce dernier sens, recueilli par les juristes médiévaux, est à l'origine du qualificatif *persona* qu'ils appliqueront aux groupements formant corps (les personnes morales) »²³⁶⁰.

800. L'environnement est loin d'être défini comme une personne puisqu'il est l'ensemble des éléments chimiques, physiques, biologiques et des facteurs sociaux exerçant à un moment donné une influence sur les êtres vivants et les activités humaines²³⁶¹. Il est donc généralement défini en rapport avec les notions d'écosystème et d'écologie au sens de la discipline scientifique²³⁶², mais surtout par rapport à l'homme. En témoigne l'approche retenue par le droit dans la rédaction de l'article L110-1, I, du code de l'environnement qui dispose que les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation. De même, le préambule de la Charte de l'environnement dispose que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains. Cette vision anthropocentrée place l'humain au centre de toutes choses et la dissociation opérée par le code de l'environnement entre homme et environnement à travers la notion médiane de patrimoine²³⁶³, conduit à exclure l'environnement de la qualification de personne juridique en France. L'environnement n'étant pas considéré comme humain il ne peut être considéré comme une personne physique. Pour autant, faut-il également l'exclure de la qualification de personne morale ?

801. La personne morale est entendue comme une personne fictive²³⁶⁴, une abstraction du droit qui permet à un groupement d'individus ou une universalité de biens d'être sujet de droit et d'obligations. Ainsi, la société commerciale elle-même est une personne morale comme c'est le cas pour d'autres groupements de personnes. Toutefois, une personne morale peut aussi être constituée d'un ensemble de biens ou de droits. C'est par exemple le cas du fonds de dotation qui est une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, en les capitalisant, des biens et droits de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable afin de remplir une œuvre ou une mission d'intérêt général²³⁶⁵. Néanmoins, ce fonds de dotation, personne morale, doit lui-même être créé par

²³⁶⁰ LEFEBVRE-TAILLARD Anne, in ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{ère} éd. « Quadrige », 2003, p.1151, v° *personne*.

²³⁶¹ Dictionnaire de l'Académie française, 9^e éd.

²³⁶² V° PAQUOT Thierry in BOURG Dominique, Papaux Alain (dir.), *Dictionnaire de la pensée écologique*, Quadrige, PUF, 1^{ère} éd., 2015, v° *environnement*.

²³⁶³ Dans le sens de l'utilisation de la notion de « patrimoine » comme statut juridique pour l'environnement (ou exactement pour le « milieu » ou la nature) v° OST François, *La nature hors la loi*, La découverte, 2003, p. 306 et s.

²³⁶⁴ Dans son ouvrage, Savigny parle des « personnes juridiques » comme de personnes qui n'existent que pour des fins juridiques et apparaissent à côté de l'individu, comme sujets des rapports de droits, ibid pp. 229 et s.

²³⁶⁵ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME), art. 140.

des personnes physiques et/ou morales. Aussi, il est nécessaire que la personne morale ait été créée, elle n'existe pas par elle-même mais doit son existence à la volonté d'un groupement d'individus ou d'une autre personne morale. Or, l'environnement ne constitue pas une telle création issue de la volonté humaine et il reste perçu comme un patrimoine dans le code de l'environnement²³⁶⁶.

802. L'environnement peut ainsi être considéré comme une universalité de choses - *universitas rerum* - et plus spécifiquement une universalité de fait - *universitas facti* - en raison de la cohérence des différents éléments qui composent l'environnement pour former un tout²³⁶⁷. Dans une autre perspective, François Ost ou encore Sarah Vanuxem, proposent l'adoption de la terminologie de « milieu », préférée à celle d'environnement ou de nature²³⁶⁸. Sarah Vanuxem explique qu'une telle approche revient à « substituer à la conception moderne de la chose-objet, la conception romaine de la chose-lieu », soit en d'autres termes ; « définir les choses comme des milieux, les personnes comme leurs habitants, la propriété telle une faculté d'habiter, et les droits (ou biens) comme les *places* occupées par les dénommés propriétaires dans les choses-milieux »²³⁶⁹. Il résulte de ces considérations que l'environnement ainsi défini comme une universalité de choses ou une

²³⁶⁶ Art. L110-1, I du code de l'environnement : « Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage. »

²³⁶⁷ V° CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « Un statut protecteur de la diversité biologique », RJE, 2008, hors-série, pp. 33-37, spéc. 2 : « Si la qualification de *res communis* est admise concernant la biodiversité, il est possible d'ajouter encore des précisions sur sa nature. Cette chose est incorporelle dans la mesure où il s'agit d'une abstraction et d'un ensemble caractérisé par son adaptabilité. C'est aussi une universalité de fait puisque la biodiversité est composée de différents éléments traités comme une unité au même titre qu'un fonds de commerce ou un portefeuille de valeurs mobilières. Les éléments la composant appartiennent eux-même à des catégories différentes et obéissent à des régimes juridiques différents. La biodiversité est notamment composée de biens (ex. espèce domestiques), de *res nullius* (ex. gibier) et de *res communes* (espèces en tant que telles, l'eau, les différents écosystèmes). Elle est aussi composée d'objets corporels (spécimens) ou incorporels (équilibres biologiques, fonctions écologiques)». Aussi, l'auteur perçoit l'universalité de droit consacrée par la loi et l'universalité de fait née de faits (v° CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « Une protection de la biodiversité via le statut de *res communis* », Revue Lamy Droit civil, n° 56, 1er janvier 2009, à rapp. de STRICKLER Yves, *Les biens*, PUF, 2006, n°148 ; MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Les biens*, LGDJ, 6ème éd., 2015, spéc.13. A propos du patrimoine qui constitue une ensemble : « Il est souvent dit qu'il constitue une universalité, en précisant qu'il est une universalité de droit, par opposition aux universalité de fait. L'universalité de fait est une notion un peu obscure et archaïque : un groupement de biens (un troupeau, une bibliothèque) devient un ensemble par la volonté de son propriétaire, laissant pourtant et parfois apparaître l'individualité des biens la composant (...). Dans l'universalité de droit, il existe, au contraire, une cohésion étroite entre ses différents éléments (l'actif répond du passif) » ; comp. cependant avec l'universalité de fait perçue comme un ensemble de choses corporelles de la même espèce chez MACKELDEY Ferdinand, *Manuel de droit romain*, Bruxelles, Société typographique belge, 1837, p.100 : « Lorsque plusieurs choses individuelles, distinctes les unes des autres, peuvent cependant, sous un rapport légal, être considérées comme un tout, elles forment une universalité de choses (*universitas rerum*). On distingue l'universalité de fait de l'universalité de droit (*universitas facti*, *universitas juris*). La première est un ensemble de choses corporelles de la même espèce, considérées comme un tout ; par exemple, un troupeau, un magasin ; la seconde au contraire, est un tout de choses de différentes espèces, corporelles aussi bien qu'incorporelles et qui, prises ensemble, sont regardées comme formant tout un patrimoine ; par exemple une hérédité, un pécule. ».

²³⁶⁸ OST François, *La nature hors la loi*, éd. La découverte, 2003, p. 306 et s. (l'auteur préfère employer la terminologie de « milieu » à celle de nature et d'environnement).VANUXEM Sarah, *La propriété de la terre*, éd. Wildproject, coll. Le monde qui vient, 2018, pp. 60-61. Dans cette perspective, Sarah Vanuxem indique que « les propriétaires, loin d'être autorisés à faire des choses tout ce qu'ils veulent, seraient obligés d'adopter un comportement respectueux des lieux, c'est-à-dire approprié à ces choses situées ou à ces milieux». L'auteur justifie sa position en droit par la tradition civiliste qui conçoit la propriété comme un rapport d'habitation et né des notions de *res publicae* (choses appartenant aux habitants de la cité), la *domus* (demeure ou maison) et de *dominium*, cette dernière notion étant envisagée par l'auteur, non pas comme un pouvoir de dominer mais comme un pouvoir d'habiter. Sarah Vanuxem soutient ainsi que la propriété est une faculté d'habiter.

²³⁶⁹ VANUXEM Sarah, *La propriété de la terre*, éd. Wildproject, coll. Le monde qui vient, 2018, pp. 60-61.

« chose-milieu », reste objet de droit et non pas sujet de droit. Il ne saurait donc recevoir la qualité de personne juridique et par conséquent celle d'associé, uniquement réservée aux personnes physiques ou morales. Toutefois, sans entrer dans le vaste débat, « nature-objet » et « nature-sujet »²³⁷⁰, il est possible de considérer que, pris dans leur ensemble, les éléments de l'environnement constituent en tous les cas un objet de droit spécifique. En ce sens, il s'agit de considérer que l'environnement possède un statut juridique particulier qui doit pouvoir prendre une place au sein de l'entreprise sobre.

II. L'environnement : vers un statut juridique particulier

803. Comme l'observe le professeur François OST, la nature ou le « milieu » s'accommode mal des statuts d'objet et de sujet²³⁷¹. Selon l'auteur, le « patrimoine » peut alors constituer un statut juridique pour le « milieu »²³⁷². Nous verrons que le droit positif utilise cette approche de patrimoine commun pour qualifier l'environnement et lui attribuer un régime spécifique (A). Néanmoins, pour protéger l'environnement au sein de l'entreprise en considération de sa qualification de patrimoine commun, d'autres propositions existent, bien qu'insatisfaisantes, prônant l'attribution de la personnalité juridique (B).

A. L'environnement : un patrimoine commun fonctionnel

804. Différentes dispositions qui visent le patrimoine commun peuvent être soulignées en droit français. Le préambule de la Charte de l'environnement considère que « l'environnement est le *patrimoine commun* des êtres humains. »²³⁷³. De plus l'article 1^{er} de la loi n°76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature dispose que:

805. « La protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général. Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du *patrimoine naturel* dans lequel il vit²³⁷⁴. Les activités publiques ou privées d'aménagement, d'équipement et de production doivent se conformer aux mêmes exigences. La réalisation de ces objectifs doit également assurer l'équilibre harmonieux de la population résidant dans les milieux urbains et ruraux. »²³⁷⁵. Dans le même sens, l'article L110-1 alinéa 1^{er} du code de l'environnement précité dispose que : « Les espaces, ressources et milieux

²³⁷⁰ V° OST François, *La nature hors-la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, éd. La découverte, 2003, p. 306.

²³⁷¹ *Ibid.*, p. 306 et s., l'auteur préfère employer la terminologie de « milieu » à celle de nature et d'environnement. Rappr. les développements de VANUXEM Sarah, op. cit., sur les « choses-milieux ».

²³⁷² *Ibid.*

²³⁷³ On notera la différence terminologique avec la notion de patrimoine commun de l'humanité développée par KISS Charles Alexandre, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », RCADI, 1982, vol. 175, pp. 99-256

²³⁷⁴ Conformément à l'article 3 de la Charte dispose que « toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences ».

²³⁷⁵ Loi n°76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, nous soulignons.

naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du *patrimoine commun* de la nation. »²³⁷⁶.

806. L'intérêt d'employer la notion de patrimoine pour désigner l'environnement, ou « le milieu », permettrait selon François Ost, de construire un statut juridique propre à l'environnement, qu'il désigne par « régime patrimoine »²³⁷⁷. Plus spécifiquement, la notion de patrimoine permet selon l'auteur de « transcender la distinction du sujet et de l'objet » ; de tenir compte du caractère « transhistorique » du concept de patrimoine qui le « prédispose tout naturellement à recueillir l'héritage des générations futures » ; de tenir compte de ses « virtualités transformatrices du régime patrimoine » qui apparaît « à la fois aliénable et inaliénable, dans et hors commerce, selon qu'on l'envisage sous l'angle du contenu ou du contenant » ; et enfin de tenir compte de son « caractère transtemporel, qui est à la fois d'aujourd'hui, d'hier et de demain, comme un héritage du passé qui, transitant par le présent, est destiné à doter les hôtes futurs de la planète. »²³⁷⁸. Dans cette approche globale, le patrimoine dépasse ainsi la distinction entre sujet de droit et objet de droit pour un régime propre.

807. Selon ces développements, une société commerciale pourrait utiliser la référence au patrimoine pour dépasser la distinction entre objet et sujet de droit et considérer par voie de conséquence que l'environnement puisse recevoir la qualité d'associé, en contournant donc la difficulté d'une préalable personnalité juridique. L'environnement ne pouvant recevoir, ni la qualité de sujet de droit, l'autorisant logiquement à avoir la qualité d'associé, ni la qualité d'objet de droit, l'excluant de la personnalité juridique. N'étant ni l'un ni l'autre, l'environnement s'inscrirait dans un interstice juridique particulier, le « régime patrimoine »²³⁷⁹. C'est-à-dire occupant une place médiane entre sujet et objet de droit. Une telle conception nécessite alors de dépasser l'approche du patrimoine étroitement lié à la personne comme prolongement de sa personnalité selon les conceptions héritées du droit romain et les auteurs Aubry et Rau, soit que le patrimoine est un attribut ou une émanation de la personnalité²³⁸⁰. En ce sens, le professeur Ost indique que nous héritons d'une théorie mixte du patrimoine qui oscille tantôt du côté de l'être, tantôt du côté de l'avoir²³⁸¹. L'enjeu majeur afin d'élever l'environnement au-delà de cette dichotomie entre objet et sujet de droit réside alors dans la séparation à opérer entre ce

²³⁷⁶ Nous soulignons. V. aussi l'article L101-1, al.1^{er} du code de l'urbanisme qui dispose que : « Le territoire est le patrimoine commun de la nation. »

²³⁷⁷ OST François, *La nature hors la loi*, éd. La découverte, 2003, pp.307-309.

²³⁷⁸ *Ibid.*

²³⁷⁹ *Ibid.*

²³⁸⁰ *Ibid.*, pp.311-313 ; THOMAS Yann, « Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain », in Archives de la philosophie du droit, 1980, p.422. ; AUBRY Charles et RAU Charles, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, 5^{ème} éd., 1917, tome IX, § 579, p.366 : « Le patrimoine étant une émanation de la personnalité, les obligations qui pèsent sur une personne doivent naturellement aussi grever son patrimoine. ». V. également sur la notion de patrimoine ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 1^{ère} éd., 2011, v° *Notion* n°6, *Le patrimoine*, p.341 ; MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Les biens*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2015, spéc.13-14.

²³⁸¹ OST François, *La nature hors la loi*, éd. La découverte, 2003, p. 312 et 314.

patrimoine-environnement et le sujet de droit puisque par définition toute personne a un patrimoine et inversement un patrimoine relève d'une personne. C'est alors la notion de « commun »²³⁸² qui permet de conférer au patrimoine un caractère fonctionnel, dans le sens nouveau de « patrimoine-communauté » selon l'expression de Judith Rochfeld et tourné vers la nation, l'Humanité, la préservation des ressources, la protection des générations futures²³⁸³. En ce sens, Jérôme Attard souligne la fonction de transmission du patrimoine à un groupe, déjà contenue dans la notion romaine de *patrimonium*²³⁸⁴. Il avance l'idée que le concept « d'environnement-patrimoine commun » permet de la même façon une transmission à un ensemble, constitué de la nation ou de l'Humanité²³⁸⁵. Ce patrimoine commun pouvant alors constituer une « troisième voie entre le libéralisme et le collectivisme », une « valeur devant servir de référence à tout comportement humain »²³⁸⁶.

808. Face à ces propositions, Jérôme Attard est pourtant contraint de rappeler l'absence de personnalité juridique de la nation ou de l'Humanité et partant de la possibilité de « transmission » de cet environnement-patrimoine commun, en l'absence de personne de rattachement²³⁸⁷. La proposition du professeur Ost prend alors tout son sens. En effet, l'attribution d'un régime propre – le régime patrimoine – à l'environnement permettrait d'envisager l'établissement de liens de droit spécifiques, en dehors des catégories classiques des biens et des personnes. Ainsi, tout comme les biens sont meubles ou immeubles, tout élément ni uniquement qualifiable de bien ou de personne, pourrait être intégré dans le régime des éléments appartenant au *régime-patrimoine*. Cette proposition aboutirait alors à un renouvellement juridique avec la création d'un Livre VI dans le Code civil, consacré au patrimoine commun.

809. Serait-il pour autant nécessaire d'aboutir à la création d'un régime spécifique pour le patrimoine commun ? Pas nécessairement, si l'on s'en tient aux textes visés précédemment. En effet, les textes susvisés désignent l'environnement comme un patrimoine, à la fois « naturel » et « commun ». Or, celui-ci ne peut être réduit à un ensemble de « biens » qui appartient à la nation et dont chacun doit veiller à la sauvegarde²³⁸⁸. Il est par exemple difficile de qualifier de « bien », le maintien des équilibres biologiques ou encore le territoire ou la diversité des espèces animales et végétales²³⁸⁹, alors que l'Homme est encore incapable de connaître l'intégralité de la biodiversité présente sur la planète. Ce ne sont pas des biens et encore moins un stock de

²³⁸² V° CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », RIEJ, 2018/2, vol. 81, pp. 297-330.

²³⁸³ ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis droit, PUF, 1^{ère} éd., 2011, v° *Notion n°6, Le patrimoine*, p. 342.

²³⁸⁴ ATTARD Jérôme, « Le fondement solidariste du concept *environnement patrimoine commun* », RJE, 2/2003, p. 164.

²³⁸⁵ *Ibid.*, p. 165.

²³⁸⁶ *Ibid.*, p.163

²³⁸⁷ *Ibid.*

²³⁸⁸ V° CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc., v° *chose*.

²³⁸⁹ Préambule de la Charte de l'environnement ; loi n°76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature ; art. L110-1 al.1^{er} du code de l'environnement, V. aussi l'article L101-1, al.1^{er} du code de l'urbanisme qui dispose que : « Le territoire est le patrimoine commun de la nation. »

biens, mais une universalité de choses – *res communis* ou *res communes omnium*²³⁹⁰ - qui appartiennent à tous et par conséquent dont la protection est commune, ces choses s'inscrivent dans le patrimoine commun et sont qualifiables de « communs »²³⁹¹. Aussi, ne pouvant être rangé ni dans la catégorie des biens, ni dans celle des personnes, l'environnement pourrait se voir attribuer la qualité d'associé d'une société, au titre du régime-patrimoine et à condition de le prévoir dans les statuts, lorsqu'un élément de l'environnement, un équilibre biologique par exemple, entrerait dans le patrimoine commun. Néanmoins, cela ne résout pas la difficulté de la définition exacte d'un tel régime du patrimoine commun et quels en seraient les critères d'application.

810. Il reste qu'en droit positif, d'après la distinction fondamentale opérée par le code civil entre les personnes et les biens, il n'existe pas de troisième catégorie dans laquelle pourrait s'inscrire l'environnement, en qualité de patrimoine des personnes constitutives de la nation. Partant, si l'environnement est un patrimoine commun, ou un ensemble de *res communes omnium*, ses éléments individualisés peuvent toutefois faire l'objet de droits de propriété et d'usage exclusifs en l'absence de limitations suffisantes²³⁹². C'est justement cette conséquence qui entraîne la possibilité pour une entreprise d'endommager ce patrimoine commun, d'en disposer sans prendre en considération les besoins des générations présentes et futures, c'est-à-dire en faisant abstraction de la nécessaire préservation de sa substance qui appartient à tous. Pour contourner cette difficulté et en l'absence d'une troisième catégorie existante entre objet et sujet de droit, la littérature juridique a proposé d'attribuer la personnalité juridique à des éléments de l'environnement en procédant, par fiction, à une subjectivisation de la nature²³⁹³. Ces éléments pourraient offrir une piste intéressante en faveur de la représentation de l'intérêt environnemental dans l'entreprise sobre.

²³⁹⁰ Dans un sens plus large que l'article 714 du code civil, il s'agit des choses communes dont la protection importe à chacun. A distinguer de l'article 714 al.1^{er} du code civil : « il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». En ce sens v. CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », RIEJ, 2018/2, vol. 81, pp. 297-330.

²³⁹¹ CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », préc.

²³⁹² V° les propositions de limitation d'usage du patrimoine commun ou « régime de patrimonialisation » chez OST François, *La nature hors la loi*, éd. La découverte, 2003, pp.332-337, spéc. p.333 : « Le bien patrimonialisé est comme transfiguré : bien qu'appartenant encore au monde des choses ordinaires et restant le plus souvent susceptible d'appropriation, il est mis désormais sous la protection d'un intérêt supérieur, qui en finalise le régime juridique ».

²³⁹³ THOMAS Yan, « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat* 1998/3 (n° 100), p. 92 : « Contre l'omnipotence d'un désir de maîtrise de la nature qui caractériserait le nouveau sujet de droit dans l'univers de la technique et du marché, de nombreux juristes, américains, allemands, français, proposent des réponses qui, curieusement, loin de déconstruire la catégorie juridique de sujet, ne font que l'affirmer et l'étendre. Ces juristes ne proposent rien de moins qu'instituer la nature elle-même en sujet de droit.»

B. Les tentatives ou consécration de personnification de l'environnement

811. La personnification de la nature, de l'environnement, de la biodiversité ou de ses éléments tels que les animaux n'est pas une question nouvelle. Elle a émergé au sein de la doctrine juridique dès les années 1970, lors du développement des législations sur la protection de la nature et du développement de grands projets portant atteinte à l'environnement. En réalité, la question de la personnification de l'environnement, à travers le statut juridique de l'animal, est envisagée en France dès le Moyen-âge et jusqu'à aujourd'hui (1). Par ailleurs, ce sont des éléments particuliers de l'environnement qui ont fait l'objet à l'étranger d'une tentative d'attribution ou d'une attribution effective de la personnalité juridique, par exemple à des arbres ou, plus récemment, à des fleuves²³⁹⁴ (2).

1. Le statut de l'animal en question ; des procès d'animaux au statut juridique spécifique de l'animal en France

812. Dans un nouvel article introduisant le livre II du code civil relatif aux biens, l'article 515-14 du code civil crée par la loi n°2015-177 du 16 février 2015 dispose que : « Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens. »²³⁹⁵. Si cet article peut paraître innovant, les animaux ont déjà pu connaître par le passé des périodes au cours desquelles on leur attribua « les signes d'une possible personnalité juridique »²³⁹⁶. L'exemple d'une truie exécutée par pendaison le 10 janvier 1457 à Savigny en Bourgogne, illustre une

²³⁹⁴ V° DAVID Victor, « La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui ; Gange et Yamuna », RJE, Lavoisier, 2017/3, vol. 42, p. 210

²³⁹⁵ Cette disposition n'est pas réellement nouvelle puisqu'elle s'inspire directement, de façon quelque peu modifiée, l'article 9 de la loi n°76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, qui prévoyait déjà que : « Tout animal étant un être sensible doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce ». Sur l'expression « être sensible » v. LEROY Jacques, « Brèves réflexions sur l'usage de l'expression *être sensible* appliquée à l'animal », Revue semestrielle de droit animalier, 2011, n°2, pp.11-16. La *Déclaration de Toulon* va même plus loin en proposant de voir les animaux comme des personnes physiques non-humaines et que la personnalité juridique doit leur être reconnue : BALMOND Louis, Caroline REGAD Caroline, RIOT Cédric, *Déclaration de Toulon*, 29 mars 2019. Proclamée à l'issue d'un colloque sur la personnalité juridique de l'animal à l'Université de Toulon : « Déclarons. Que les animaux doivent être considérés de manière universelle comme des personnes et non des choses. Qu'il est urgent de mettre définitivement fin au règne de la réification. Que les connaissances actuelles imposent un nouveau regard juridique sur l'animal. Qu'en conséquence, la qualité de personne, au sens juridique, doit être reconnue aux animaux. Qu'ainsi, par-delà les obligations imposées aux personnes humaines, des droits propres seront reconnus aux animaux, autorisant la prise en compte de leurs intérêts. Que les animaux doivent être considérés comme des personnes physiques non-humaines. Que les droits des personnes physiques non-humaines seront différents des droits des personnes physiques humaines. (...) ».

²³⁹⁶ CHAUVET David, *La personnalité juridique des animaux jugés au Moyen-Age (XIIIème –XVIe siècles)*, L'Harmattan, 2012, p. 27 ; v. aussi DIETRICH Gérard, *Les procès d'animaux du Moyen Age à nos jours*, thèse Lyon, 1961 ; et DELACOUR Albert, *Les animaux et la loi pénale*, thèse Paris, 1901. V. également sous un angle non-juridique DABOVAL Benjamin., *Les animaux dans les procès du Moyen Age à nos jours*, thèse Alfort, 2003, Ecole nationale vétérinaire d'Alfort, 2003.

période au cours de laquelle il y eu des « procès d'animaux »²³⁹⁷. Aussi, le dommage causé par un animal était-il puni selon des règles identiques à celles appliquées aux hommes²³⁹⁸ et les jugements étaient « mûrement délibérés et gravement prononcés »²³⁹⁹. Toutefois, le scientisme²⁴⁰⁰ mis fin à certaines croyances et l'animal bascula de la créature divine à la qualification d'un bien meuble : « on était revenu aux seuls et vrais principes sur cette matière, en condamnant à une amende et à des dommages-intérêts le propriétaire de l'animal nuisible. On ne faisait plus le procès de la bête malfaisante, on ordonnait purement et simplement qu'elle fut assommée. »²⁴⁰¹.

813. Aujourd'hui, l'animal ayant causé un dommage entraîne la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde selon les articles 1242 alinéa 1er et 1243 du code civil²⁴⁰². Ainsi dans le cas d'un animal échappé de son propriétaire qui causerait un dommage, l'article 1243 du code civil dispose que « le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé ». Le projet de réforme du droit des obligations présenté le 13 mars 2017 ne modifierait pas fondamentalement cette approche. Toutefois, l'alinéa 1^{er} de l'article 1243 du code civil en projet, abandonnerait toute référence à l'animal en indiquant qu'« on est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses corporelles que l'on a sous sa garde »²⁴⁰³.

814. Certes, selon l'ancienne rédaction de l'article 528 du code civil, l'animal était un bien meuble par nature²⁴⁰⁴. Cependant, le statut juridique de l'animal oscille entre objet et sujet

²³⁹⁷ Pour une approche historique, LITZENBURGER Laurent, « Les procès d'animaux en Lorraine (XIV^e – XVIII^e siècles), Revue Criminocorpus, *Varia*, [En ligne] mis en ligne le 20 décembre 2011, <http://journals.openedition.org/criminocorpus/1200>, consulté le 09 juin 2018 ; Plusieurs écrits relatent ces événements, en témoigne le cas d'une truie qui avait causé la mort d'un enfant de 5 ans. Celle-ci fut incarcérée, jugée et condamnée par la justice seigneuriale : « à être pendue par les pieds du derrière » (AGNEL Emilie, *Curiosité judiciaires et historiques du moyen-âge : Procès contre les animaux*, éd. J. Dumoulin, Paris, 1858, 47p., pp 9 et 11. D'autres cas sont rapportés tels qu'un pourceau pendu en 1473 pour avoir mangé un enfant dans son berceau.) ; Dans ce cas, « l'exécution était publique et solennelle ; quelquefois l'animal paraissait habillé en homme » (*ibid*) ; Cette affaire peut laisser perplexe aujourd'hui, mais le cas illustre la considération qui était accordée à l'animal. Pour des raisons d'ordre religieux, il était considéré comme une créature divine à l'équivalent de l'homme (DABOVAL Benjamin, *Les animaux dans les procès du Moyen Age à nos jours*, thèse Alfort, 2003, Ecole nationale vétérinaire d'Alfort, 2003, p.30).

²³⁹⁸ DABOVAL Benjamin, *ibid.*, p.30

²³⁹⁹ AGNEL Emilie, *Curiosité judiciaires et historiques du moyen-âge : Procès contre les animaux*, éd. J. Dumoulin, Paris, 1858, 47 p., spéc. p.10

²⁴⁰⁰ C'est-à-dire l'avancée des sciences, notamment par les travaux de Copernic, Galilée, Newton, Darwin, qui par leurs découvertes désacralisent la nature perçue comme une création divine.

²⁴⁰¹ AGNEL Emilie, *Curiosité judiciaires et historiques du moyen-âge : Procès contre les animaux*, préc. spéc. 18

²⁴⁰² Son alinéa 1^{er} dispose que l'on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

²⁴⁰³ Ministère de la justice, URVOAS Jean-Jacques (présenté par), *Projet de réforme de la responsabilité civile*, 13 mars 2017. Le nouvel article 1243 serait ainsi rédigé : « On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses corporelles que l'on a sous sa garde. Le fait de la chose est présumé dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage. Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l'anormalité de sa position, de son état ou de son comportement. Le gardien est celui qui a l'usage, le contrôle et la direction de la chose au moment du fait dommageable. Le propriétaire est présumé gardien. ».

²⁴⁰⁴ L'ancien article 528 du code civil disposait que : « Sont meubles par leur nature les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère. »

de droit, l'animal n'est plus exactement une chose mais n'est pas tout à fait un sujet de droit puisqu'il est désormais considéré selon l'article 515-14 du code civil comme un « être vivant doué de sensibilité »²⁴⁰⁵. Toutefois, une telle approche ne modifie pas le fait qu'une entreprise puisse continuer à élever des animaux sans qu'ils ne soient qualifiés de sujet de droit et disposant des droits y attachés. Il en résulte cependant que le statut de l'animal marque une avancée dans la nécessité d'une meilleure prise en compte des conditions d'élevage par l'entreprise. Cette dernière devant dès lors faire preuve d'une plus grande attention qu'auparavant lorsque l'animal n'était qu'un bien meuble comme les autres. Malgré cet article 515-14 du Code civil, les propos du professeur Jean-Pierre Marguenaud restent d'actualité, il considère que : « dans un système juridique reposant sur une distinction cardinale entre les personnes et les biens, qui sont les choses vues par le Droit, les exigences toujours plus vivement ressenties de la protection des animaux invitent à les faire sortir de la seconde catégorie où ils sont traditionnellement enfermés, pour les faire accéder à la première où, depuis l'abolition de l'esclavage et de la mort civile, figurent tous les êtres humains »²⁴⁰⁶. Aussi, la question de la personnalité juridique des animaux est pour l'heure tranchée puisqu'ils restent soumis au régime des biens, ce qui en toute logique ne permet pas de leur attribuer la qualité d'associé. Toutefois, il faut concéder que leurs intérêts peuvent faire l'objet – au moins symboliquement – d'une plus grande prise en compte et il pourrait être considéré que le comportement normalement attendu d'une entreprise qui en ferait l'élevage eut été « augmenté » par cet article. Il y a donc indirectement une certaine sobriété comportementale prévue par l'article 515-14 qui fait de l'entreprise d'élevage d'animaux une entreprise au comportement sobre par la loi. Outre les animaux, d'autres éléments de l'environnement ont pu faire l'objet à l'étranger d'une tentative de personnification juridique.

2. La personnification de l'environnement pour sa protection

815. La personnification de l'environnement peut apparaître comme fantaisiste pour bien des juristes, pourtant, à y regarder de plus près, les développements issus de la *deep ecology* (a) semblent aujourd'hui s'amplifier en raison de la personnification d'éléments de l'environnement à l'étranger et fondé sur l'intérêt à protéger (b).

²⁴⁰⁵ Code civil, art. 515-14 : « Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens. »

²⁴⁰⁶ MARGUENAUD Jean-Pierre, « La personnalité juridique des animaux à l'épreuve du langage représentatif : le désespoir du singe », Revue semestrielle de droit animalier, 2014, n°1, p.529. V. aussi la thèse de cet auteur *L'animal en droit privé*, Limoges, 1987, PUF, 1992, 577 p.

a. L'écologie radicale et le défaut de comportement sobre

816. Bien avant que ne soit proclamée symboliquement une *Déclaration des droits de l'arbre*²⁴⁰⁷, la question « *should trees have standing ?* »²⁴⁰⁸ était posée dès 1972 par Christopher Stone. Dans un article resté célèbre, l'auteur américain s'interroge sur la possibilité de reconnaître des droits aux arbres à propos de la création d'une station de tourisme initiée par la société Walt Disney, dans le parc *Mineral King* situé aux États-Unis dans la *Sierra Nevada*²⁴⁰⁹. Le parc devait comporter un complexe évalué à 35 millions de dollars avec motels, restaurants, piscines, parkings et autres structures, en vue d'accueillir quotidiennement 14 000 visiteurs²⁴¹⁰. Christopher Stone ne fut pas le premier auteur à s'interroger sur les droits de la nature, ainsi que l'expose Roderick Nash dans un ouvrage sur *Les droits de la nature* consacré à l'histoire de l'éthique environnementale et au mouvement *wilderness*²⁴¹¹. Mais c'est par cet article que Stone a été considéré comme un « représentant ou un porte parole de la *deep ecology* »²⁴¹², c'est-à-dire le mouvement de « l'écologie radicale »²⁴¹³ qui consiste à sortir de l'anthropocentrisme et à réinscrire l'Homme au sein de son environnement, duquel il s'est détaché et éloigné²⁴¹⁴.

817. Dans les faits, l'association de protection de l'environnement *Sierra Club* avait contesté le projet de Parc en arguant de la potentielle dégradation esthétique et naturelle de l'environnement. Il pourrait être affirmé aujourd'hui que l'absence de sobriété du projet fut dénoncée en raison de la destruction de nombreux arbres. Après une procédure en

²⁴⁰⁷ *Déclaration des droits de l'arbre*, proclamée lors d'un colloque sur les arbres remarquables à l'Assemblée nationale le 5 avril 2019, la déclaration indique que l'arbre est un être vivant qui ne peut être réduit à un simple objet et qu'il doit être considéré comme sujet de droit, y compris face aux règles qui régissent la propriété humaine.

²⁴⁰⁸ Traduisible par « Les arbres peuvent-ils avoir des droits ? » ou « Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ? » pour la traduction française retenue in STONE Christopher, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?* trad. de l'anglais par Tristant Lefort-Martine, préface de Catherine Larrère, éd. Le passager clandestin, 2017, 154 p.

²⁴⁰⁹ STONE Christopher, « Should Trees Have Standing -Toward Legal Rights for Natural Objects », *Southern California Law Review*, vol. 45, n°2, 1972, pp. 450-501.

²⁴¹⁰ Comme l'indique Catherine Larrère, en préface de la première traduction française de l'article de Christopher Stone parue en 2017: LARRERE Catherine, « Préface », in STONE Christopher, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?* trad. de l'anglais par Tristant Lefort-Martine, éd. Le passager clandestin, 2017, p.8

²⁴¹¹ NASH Roderick, *The Rights of Nature. A History of Environmental Ethics*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1989 ; et NASH Roderick (1967), *Wilderness and the American Mind*, New Haven, Yale University Press, 2001. Cités par LARRERE Catherine, « Préface », in STONE Christopher, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?* trad. de l'anglais par Tristant Lefort-Martine, éd. Le passager clandestin, 2017, p.8. Stone s'inscrit selon Nash aux côtés d'auteurs comme Peter Singer, Arne Naess, James Lovelock.

²⁴¹² LARRERE Catherine, « Préface », in STONE Christopher, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?* trad. de l'anglais par Tristant Lefort-Martine, éd. Le passager clandestin, 2017, p.9.

²⁴¹³ V. not. LEOPOLD Aldo, *Sand County Almanac. And sketches here and there*, Oxford, 1948, Oxford University Press (trad. française, *Almanach d'un comté des sables*, Paris, Aubier, 1995). Et aussi LOVELOCK James, *Gaïa, a new look at life on Earth*, Oxford University Press, 1979 (trad. Française : *La terre est un être vivant*, Paris, Flammarion, col. Champs, 1993). Sans oublier JONAS Hans, *Le principe Responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Flammarion, coll. Champs, traduction de Greisch J., 1998, 470 p.

²⁴¹⁴ En témoigne les concepts d'anthropocène et de transhumanisme auxquels peuvent être ajoutés l'intelligence artificielle.

première instance puis en appel, l'affaire arriva devant la Cour suprême des Etats-Unis²⁴¹⁵. C'est à l'occasion de la mise en délibéré de l'affaire que Christopher Stone rédigea son article²⁴¹⁶ afin de fournir une liste de moyens juridiques en faveur de l'association.

818. Dans cet article, Stone concède tout d'abord que le motif de rejet de la demande de l'association *Sierra club* en première instance était fondé puisque que celle-ci ne démontrait pas en quoi elle subissait un dommage. Néanmoins, il indique ensuite que c'est le parc lui-même qui subirait un dommage par la création du projet controversé. Dans ses développements relatifs à la question de la personnalité juridique envisagée pour les arbres, Christopher Stone observe que l'Histoire a connu une accession difficile, pour certaines personnes, à la personnalité juridique ou à certains droits (enfants, femmes, aliénés, indiens, « Noirs » américains, personnes de religion juive, etc.). Il remarque que le droit est rempli de « titulaires de droits inanimés »²⁴¹⁷. Par exemple les entreprises pour lesquelles chacun s'est pourtant accommodé à reconnaître des droits²⁴¹⁸. Ainsi, selon certains auteurs, l'argument développé par Stone : « consiste à faire valoir qu'après l'éclosion du droit des Noirs, après l'apparition du droit des femmes et, aujourd'hui des enfants, celui des animaux et des arbres est enfin venu »²⁴¹⁹. En effet, selon Stone, il n'y a aucune réponse au fait que la Nature ne puisse pas parler, pourtant les entreprises ne le peuvent pas non plus, de la même façon que pour les Etats, les nourrissons, les incapables, les collectivités ou les universités pour qui la parole est, en réalité, portée par des juristes. Aussi, Stone prend l'exemple des personnes placées sous protection juridique pour lesquelles c'est une autre personne qui les aidera à gérer et à protéger leurs biens et intérêts. Il poursuit sa démonstration par l'exemple des entreprises en difficulté qui ont également besoin d'être assistées. Dans un souci de cohérence, Christopher Stone plaide ainsi pour un système dans lequel une personne – une association de protection de l'environnement par exemple²⁴²⁰ – percevant un danger pour un élément naturel, puisse

²⁴¹⁵ A la demande de l'association, le juge de première instance prononça la suspension du projet en estimant que l'affaire avait soulevé un éventuel excès de pouvoir de l'administration, suffisamment important et sérieux, pour justifier une injonction préliminaire. Sur appel interjeté par les porteurs du projet, les juges de la Cour d'appel de Californie infirmèrent la première décision et considérèrent que l'association n'avait pas d'intérêt à agir au motif ; qu'elle n'était pas lésée dans ses intérêts par le projet envisagé et qu'il n'était pas démontré que le projet porterait une atteinte telle, qu'elle nécessiterait une suspension du projet : v° United States Supreme Court, 19 avril 1972, *Sierra Club v. Morton*, n° 70-34 : « the court noted that there was "no allegation in the complaint that members of the Sierra Club would be affected by the actions of [the respondents] other than the fact that the actions are personally displeasing or distasteful to them" (...) Alternatively, the Court of Appeals held that the Sierra Club had not made an adequate showing of irreparable injury and likelihood of success on the merits to justify issuance of a preliminary injunction. The court thus vacated the injunction. ».

²⁴¹⁶ STONE Christopher, « Should Trees Have Standing -Toward Legal Rights for Natural Objects », *Southern California Law Review*, vol. 45, n°2, 1972, p. 450–501.

²⁴¹⁷ A rapprocher de DEMOGUE René, *La notion de sujet de droit : caractère et conséquences*, Paris, éd. Larose, 1909, 45 p., spéc. 8 : « Je puis aussi faire valoir comme sujets de droit des animaux, des choses inanimées, comme des œuvres d'art. ». Se référant à BEKKER, note infra. Et également à BOCKING, *Pandekten*, 2ème éd., t. I, p.231 et CANSTEIN, *Grünhut's Zeitschrift*, 1882, qui selon Demogue, « ont accepté les animaux et les être inanimés comme sujets de droit. » ; v. aussi JOSSERAND Louis, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, éd. A. Rousseau, 1897, 129 p.

²⁴¹⁸ V° en ce sens MOUBSIT Hassna, *La représentation en droit des sociétés*, thèse, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2013, 575 p.

²⁴¹⁹ FERRY Luc, RICHARD Michel., THEIS Laurent, « Arbre de droite, arbre de gauche », *Le Point*, 16 juin 2000.

²⁴²⁰ STONE Christopher, précité. Cette personne pourrait potentiellement être l'association *Sierra Club*, *Les amis de la Terre*, etc.

demander à un tribunal la création d'un « *guardianship* », c'est-à-dire la désignation d'un tuteur chargé de protéger les intérêts, les droits propres de l'intérêt environnemental. Aussi, si l'environnement est dénué de puissance de volonté²⁴²¹, cette « volonté » ou plutôt cet intérêt, doit être exprimé par une volonté humaine²⁴²². Sur cette idée de *guardianship* ou *Verfüger* chez le juriste allemand Bekker²⁴²³, le droit des sociétés connaît bien les difficultés de représentation de la volonté d'une personne. Ainsi, lors d'une mésentente entre les associés qui conduit la paralysie des organes sociaux et expose la société à un péril imminent pour la société en considération de l'intérêt social de la société, le blocage peut être résolu par la désignation d'un administrateur provisoire à la demande d'un associé²⁴²⁴. Or cette mésentente peut éventuellement naître d'un désaccord entre les associés sur une question environnementale. Aussi, l'administrateur, personne extérieure à la société²⁴²⁵, pourrait être amené à représenter les intérêts de l'environnement au sein de la société, par exemple trancher la question d'une « créance environnementale » dans le cas d'un site pollué²⁴²⁶.

819. L'argumentaire développé par Stone ne parvint pas à convaincre la Cour suprême et celle-ci conclut à la confirmation de l'arrêt d'appel en retenant que l'association *Sierra Club* n'avait pas d'intérêt à agir²⁴²⁷. Les juges furent cependant partagés : « sur les neuf juges, quatre votèrent contre l'argument de Stone, deux s'abstinrent, mais trois votèrent pour, de sorte qu'on put dire que les arbres n'avaient perdu leur procès que d'une voix... »²⁴²⁸. On relève par ailleurs l'opinion dissidente du juge William Orville Douglas qui se réfère explicitement à l'article de Stone. Le juge observe que « les objets inanimés sont parfois parties au litige et que la voix de ces derniers ne peut être tue : pour la seule

²⁴²¹ DEMOGUE René, *La notion de sujet de droit : caractère et conséquences*, éd. Larose, Paris, 1909, 45 p., spéc.7 : « L'essence du droit subjectif est bien un pouvoir de volonté: un Wollendürfen ou Wollenkönnen, comme disent les Allemands ».

²⁴²² GILLIARD François, *L'expérience juridique : esquisse d'une dialectique*, éd. Librairie Droze, Genève, 1979, p. 52.

²⁴²³ BEKKER Ernst Immanuel, *Zur lehre vom rechtssubjekt: Genuss und verfügung : zwecksatzungen zweckvermögen und juristische personen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, Iena, 1873, t.12, p.1 ; v° les développements sur cet auteur par DEMOGUE René, *La notion de sujet de droit*, op. cit., p.7 : « Bekker, un des premiers, s'est dégagé de cette conception [théorie selon laquelle la volonté est essentielle] ; il a distingué dans le droit la jouissance et le droit de disposition. Et d'après lui, pour être sujet de droit, la première chose, c'est l'aptitude à jouir d'une chose. Il suffit, en outre, soit d'avoir personnellement une volonté, soit dans le cas contraire qu'il y ait une autre volonté pour vouloir à votre place. Nous ne devons pas, dit-il, exiger de celui qui a la jouissance d'un bien autre chose que de pouvoir en jouir et non pas la capacité de vouloir ou de contracter, en un mot le caractère d'être humain. Je puis aussi faire valoir comme sujets de droit des animaux, des choses inanimées, comme des œuvres d'art. Ce que je nomme jouissance (Genuss) pouvait déjà s'attacher en partie à de telles choses, mais la protection était indirecte, la disposition n'y arrivait que par un détour. ».

²⁴²⁴ V° LECOURT Benoît, « Administrateur provisoire », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, juin 2018. Désignation subordonnée à la démonstration d'une circonstance empêchant le fonctionnement régulier des organes sociaux.

²⁴²⁵ L'administrateur provisoire relève des dispositions relative aux administrateurs judiciaires prévues aux articles L811-1 et s. du code de commerce.

²⁴²⁶ Sur l'expression « créance environnementale » v° par exemple à propos de la dépollution d'un site : VOINOT Denis, « Le sort des créances dans la procédure collective - L'exemple de la créance environnementale », *RTD com.* 2001, p.581 ; et aussi MARTIN-SERF Arlette, « Créance environnementale. Fait générateur d'une créance de dépollution », *RTD Com.*, 2013, p. 140, note sous CA Grenoble 31 mai 2012, n°11.02571 : « Rappelons que l'obligation de remise en état donne lieu à une créance dite « environnementale » qui correspond à une créance du Trésor public résultant d'une procédure administrative particulière. ».

²⁴²⁷ United States Suprem Court, 19 april 1972, *Sierra Club v. Morton*, n° 70-34 : « As we conclude that the Court of Appeals was correct in its holding that the Sierra Club lacked standing to maintain this action ».

²⁴²⁸ FERRY Luc, RICHARD Michel., THEIS Laurent, art. précité

raison qu'avant que ces parties inestimables d'Amérique (vallées, prairies alpines, rivières, lacs) ne disparaissent à jamais et soient transformés ou réduits aux décombres de notre environnement urbain, la voix des bénéficiaires de ces merveilles environnementales mérite d'être entendue »²⁴²⁹. Le juge Douglas pose alors la question : « qui a le droit d'être entendu ? ». Il répond que les objets inanimés, les membres désarticulés du groupe écologique (ou les éléments qui composent la biodiversité) ne peuvent parler. Ce sont alors les personnes qui fréquentent ces endroits et en connaissent le mieux leur valeur, qui peuvent se faire leur porte-parole au nom de toute la communauté écologique²⁴³⁰.

820. Ces observations du juge Douglas renvoient aux fondements même du droit et repose dans l'affirmation selon laquelle « le fondement du droit n'est pas dans la volonté » mais dans l'intérêt à protéger²⁴³¹. En l'occurrence l'environnement n'a pas de volonté mais un intérêt à être protégé²⁴³². Il semble que si cette analyse pouvait difficilement être transposable au droit français lorsque l'auteur rédigea ces mots au regard d'un droit de l'environnement plus que balbutiant, elle est aujourd'hui devenue recevable au regard de la volonté du législateur français de protéger le patrimoine commun.

821. L'article de Stone eut néanmoins une véritable incidence dans les faits puisque la société Walt Disney décida d'abandonner le projet. L'action en justice engagée par l'association fut loin d'avoir été dépourvue d'efficacité puisqu'elle conduisit l'entreprise à modifier son comportement. Il pourrait être observé que les Sequoias du parc parvinrent ainsi à plaider leur cause. Par ailleurs, la société Walt Disney aurait pu songer à faire preuve d'une plus grande sobriété et décider de mieux considérer les préoccupations environnementales, peut-être en intégrant l'association *Sierra Club* au nombre de ses associés, chargée de représenter les intérêts environnementaux. Ainsi pris en compte, les

²⁴²⁹ DOUGLAS William Orville, « Dissenting opinion », United States Suprem Court, 19 avril 1972, *Sierra Club v. Morton*, n° 70-34 : « Inanimate objects are sometimes parties in litigation. A ship has a legal personality, a fiction found useful for maritime purposes. (...) The voice of the inanimate object, therefore, should not be stilled. (...) It merely means that before these priceless bits of Americana (such as a valley, an alpine meadow, a river, or a lake) are forever lost or are so transformed as to be reduced to the eventual rubble of our urban environment, the voice of the existing beneficiaries of these environmental wonders should be heard. », notre traduction.

²⁴³⁰ DOUGLAS William Orville, *ibid* : « Those inarticulate members of the ecological group cannot speak. But those people who have so frequented the place as to know its values and wonders will be able to speak for the entire ecological community. »

²⁴³¹ V° sur la question de l'intérêt les développements de MICHOUÉ Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, 1906, pp.100 et 102 : « L'intérêt est l'élément fondamental du droit. Le titulaire du droit est l'être collectif ou individuel, dans l'intérêt de qui ce droit est reconnu ». L'auteur reconnaît toutefois dans la suite de ses développements que l'intérêt protégé l'est toujours au titre de l'intérêt humain, non pour la fleur des alpes elle-même par exemple. Il admet cependant qu'à côté de l'État, il existe des intérêts collectifs et permanents qui ont, comme les siens, une base territoriale, c'est-à-dire qui ont pour objet les besoins d'une population occupant un territoire déterminé. Ce sont les intérêts locaux représentés par la commune: ils consistent notamment à défendre l'agglomération contre les dangers qui la menacent; à y faire régner l'ordre, la sécurité et la salubrité; à gérer et à préserver contre toute atteinte le patrimoine collectif de l'agglomération ». Dès lors on peut y voir derrière ces termes l'idée d'environnement comme intérêt collectif et permanent.

²⁴³² *Ibid*. Pour Léon Michoud : « le titulaire du droit est l'être (collectif ou individuel) dont l'intérêt est ainsi garanti, alors même que la volonté qui le représente ne lui appartiendrait pas en propre au sens métaphysique du mot. Il suffit que cette volonté puisse lui être *socialement* ou *pratiquement* attribuée pour que la loi, sans s'écarter de son rôle qui consiste à interpréter les faits sociaux, doive la considérer comme la sienne »

intérêts communs²⁴³³ de l'entreprise auraient pu éventuellement conduire à la réalisation du parc.

b. La personnification de l'environnement par son intérêt

822. Le constat est fait à l'étranger d'une multiplication des dispositions relatives à la personnification de l'environnement (i). Toutefois, celui-ci reste aujourd'hui un objet de droit dans le système juridique français, alors que la jurisprudence a pu reconnaître la personnalité morale là où la loi ne l'avait pas envisagé. Ainsi, la théorie de la réalité développée par Léon Michoud fait de l'intérêt protégé le premier critère d'attribution d'une personnalité juridique (ii).

i. Des exemples de reconnaissance de la personnalité juridique

823. Le mouvement de la *deep ecology* a pu faire l'objet de critiques en raison de son apparente radicalité. Or, la crise écologique laisse apparaître que ce mouvement est moins radical et désormais plus consensuel. Le mouvement est d'ailleurs international puisqu'un fleuve de Nouvelle-Zélande, le fleuve *Whangnui*, a reçu la personnalité juridique en 2012. Dans sa Constitution de 2008, l'Equateur s'est montré encore plus ambitieux, outre la consécration d'un droit des peuples à vivre dans un environnement sain et écologiquement équilibré²⁴³⁴, son article 71 attribue à la nature –*Pachamama*– : le droit au respect intégral de son existence, au maintien et à la régénération de ses cycles vitaux, de sa structure, de ses fonctions et de ses processus d'évolution²⁴³⁵. Aussi, pour défendre les droits de la nature, le même article indique que chaque personne peut exiger de l'Etat qu'il fasse respecter ces droits²⁴³⁶. Le processus de personnification de l'environnement est donc engagé et nous observons que, même en droit français, ce mouvement progresse avec l'adoption d'un Code de l'environnement des Îles Loyauté en Nouvelle-Calédonie. Ce code contient un « principe unitaire de vie » inscrit à l'article 110-3 selon lequel : « l'homme appartient à l'environnement naturel qui l'entoure et conçoit son identité dans les éléments de cet environnement naturel qui constitue le principe fondateur de la société kanak. Afin de tenir compte de cette conception de la vie et de l'organisation kanak, certains éléments de la Nature pourront se voir reconnaître une personnalité juridique dotée de droits qui leur sont propres, sous réserve des dispositions législatives et

²⁴³³ V. *supra* nos développements sur les intérêts communs.

²⁴³⁴ Constitution de la République d'Equateur du 20 octobre 2008, art. 14 : « *Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantiza la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay.* ».

²⁴³⁵ *Ibid.*, art. 71, al. 1^{er} : « *La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.* »

²⁴³⁶ *Ibid.*, art. 71, al. 2 : « *Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.* »

réglementaires en vigueur »²⁴³⁷. Ce processus de personnification de la nature ne semble pas s'arrêter mais au contraire s'amplifier et renvoie indirectement au principe de solidarité écologique du comportement sobre en ce qu'il convient de prendre en considération l'intérêt des générations présentes et futures à préserver leur patrimoine commun.

824. L'idée défendue par Stone a ainsi essaimé avec l'attribution de droits spécifiques au sein de législations étrangères, calqués sur ceux de la personnalité juridique. Ces évolutions ne font pourtant pas de l'environnement un sujet de droit dans le système juridique français et il reste à ce jour, un objet de droit²⁴³⁸. La qualité d'associé étant liée à celle de personne, nous nous trouvons face à un obstacle qui ne pourrait être levé que par l'ouverture d'une troisième catégorie protégée par le droit, à l'instar des personnes et des biens, à moins que le juge ne vienne reconnaître la personnalité juridique de l'environnement en raison de l'intérêt à protéger.

ii. La personnalité de l'environnement en raison d'un intérêt

825. Le juge pourrait reconnaître la personnalité juridique de l'environnement à l'instar de sa jurisprudence sur les comités d'établissement dont la personnalité morale a été reconnue. Dans un arrêt du 28 janvier 1954, la Cour de cassation a ainsi affirmé que « la personnalité morale n'est pas une création de la loi » et « qu'elle appartient à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être protégés »²⁴³⁹. Cet arrêt retient néanmoins l'existence d'une personnalité morale à travers la volonté exprimée d'un « groupement ». Or, l'environnement ne présente pas une telle possibilité d'expression de sa volonté. Il faudrait alors que le juge adopte une approche large de sa solution en retenant comme critère essentiel un « intérêt licite digne d'être protégé » et écarte par conséquent le critère de la volonté exprimée du groupement pour reconnaître la personnalité morale.

²⁴³⁷ V° à ce titre l'adoption en Nouvelle-Calédonie d'un Code de l'environnement des Îles Loyauté adopté le 06 avril 2016 : STAHL Lucile, *Les apports du code de l'environnement des Îles Loyauté pour la conservation de la biodiversité*, Site internet TE ME UM, <http://temeum.espaces-naturels.fr/fr/juridique/dossiers-et-analyse/code-environnement-iles-loyaute>, consulté le 26 mai 2017, inaccessible au 26 avril 2019 : « C'est aujourd'hui à travers les principes retenus par le Code de l'environnement des îles Loyauté que ce lien [entre la culture Kanak et la protection de l'environnement] est mis en évidence, et en particulier avec le « principe unitaire de vie » (art. 110-3) selon lequel « l'homme appartient à l'environnement naturel qui l'entoure et conçoit son identité dans les éléments de cet environnement naturel qui constitue le principe fondateur de la société kanak. Afin de tenir compte de cette conception de la vie et de l'organisation kanak, certains éléments de la Nature pourront se voir reconnaître une personnalité juridique dotée de droits qui leur sont propres, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ». Cette dimension, totalement absente du droit national, est très rare dans le monde et pourrait conduire la Province à identifier des animaux totémiques ou des sites à valeur spirituelle qui seraient dotés de la personnalité juridique ainsi qu'ont pu le faire la Nouvelle-Zélande en 2012 pour le fleuve Whanganui ou encore l'Équateur en 2008 pour ses montagnes, ses rivières et ses terres. Dans cette perspective, il se peut que le code civil soit modifié par la Nouvelle-Calédonie, compétente en la matière depuis 2013. » ; v. aussi STAHL Lucile, « Le Code de l'environnement de la Polynésie française », RJE, 2006, pp. 5-19

²⁴³⁸ Il serait plus que souhaitable de revoir le statut juridique de l'environnement afin que celui-ci bénéficie d'une meilleure protection de la même manière qu'a récemment été revu le statut juridique de l'animal. V. aussi les propositions doctrinales qui poussent à une nouvelle évolution du statut de l'animal, *Déclaration de Toulon, préc.*

²⁴³⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 28 janvier 1954, D. 1954, p.217, note Lévassieur ; JCP 1954, II, 7978, concl. Lemoine. Cité par MOUBSIT Hassna, *La représentation en droit des sociétés*, précit. p.49

826. Cette approche trouve ses fondements dans la « théorie de la réalité » développée par Léon Michoud. Selon l'auteur, deux conditions sont nécessaires à la reconnaissance de la personnalité morale indépendamment de toute intervention légale : « un intérêt distinct des intérêts individuels ; une organisation capable de dégager une volonté collective qui puisse représenter et défendre cet intérêt »²⁴⁴⁰. Dans le sens de l'attribution de la personnalité juridique sans nécessité d'affirmation directe d'une volonté, Léon Michoud reprend Otto Mayer qui affirme que « l'homme est un sujet de droit, non parce qu'il veut, mais parce qu'il vit »²⁴⁴¹. Ainsi, pour Michoud, le droit : « ne doit pas seulement protéger l'intérêt de l'individu, il doit garantir aussi et élever à la dignité des droits subjectifs les *intérêts collectifs et permanents des groupements humains*. Il doit donc permettre à ces groupements d'être représentés par des volontés agissant en leur nom ou, en d'autres termes, les traiter comme des personnes morales »²⁴⁴². Aussi, ces intérêts collectifs et permanents des groupements humains renvoient à ce que Gilles Martin qualifie de « biens environnementaux », c'est-à-dire un droit privatif de chacun ou un droit à l'environnement afin d'assurer leur protection en raison des conflits d'intérêts qui existent sur ces « biens » particuliers de l'homme²⁴⁴³.

827. Interprétant ces développements, Hassna Moubisit indique que par la théorie de la réalité, « l'absence de volonté sociale réelle n'est plus une cause pour refuser de reconnaître la personnalité morale à ces groupements. Il suffit qu'il y ait une volonté susceptible d'exprimer et de défendre l'intérêt du groupement. Cette volonté est celle des représentants de la personne morale »²⁴⁴⁴. Or, cela revient toujours à affirmer que la personnalité morale se construit sur le groupement. Pour considérer que l'environnement soit un tel groupement, il faut alors y voir, non pas un groupement humain, mais un groupement de choses, conformément à la définition de l'environnement comme ensemble de choses communes. Néanmoins, en l'absence de personnalité juridique reconnue à l'environnement, il convient d'envisager d'autres solutions pour intégrer l'intérêt de l'environnement au sein d'une société commerciale, spécifiquement par le mécanisme de la représentation.

²⁴⁴⁰ MICHOUÉ Léon, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, LGDJ, 1906, 499 pp., spéc. 112-113; cité par MOUBSIT Hassna, La représentation en droit des sociétés, précit. p.49.

²⁴⁴¹ MAYER Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig 1896, t. II, p. 367, cité par MICHOUÉ Léon, op. cit., p. 112

²⁴⁴² MICHOUÉ Léon, op. cit., p.113

²⁴⁴³ MARTIN Gilles J., *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, Thèse, Nice, 1976, Publications périodiques spécialisées, 1978, 292 p.; v° une présentation par WIEDERKEHR Georges, RJE, n°1, 1978, pp. 114-116.

²⁴⁴⁴ MOUBSIT Hassna, *La représentation en droit des sociétés*, précit. p. 46

III. Surmonter la difficulté de l'absence de personnalité juridique de l'environnement

828. De la même manière que la question de la représentation de la nature devant le juge²⁴⁴⁵ a pu être envisagée : « la nature n'a pas de voix, elle ne peut agir en justice pour se défendre, aussi sa protection passe-t-elle nécessairement par une représentation devant le juge »²⁴⁴⁶ ; un raisonnement analogue peut être tenu pour la représentation de l'environnement dans l'entreprise. Aussi, puisque l'environnement n'a pas de personnalité juridique reconnue, ne pouvant pas s'exprimer par lui-même, la difficulté d'intégration de l'environnement en la qualité d'associé au sein d'une société commerciale peut être levée par le mécanisme de la représentation, biais détourné d'expression d'une personne juridique en puissance ou selon Léon Michoud, d'une personne morale²⁴⁴⁷ (A). Par ailleurs, l'inscription dans les statuts d'un devoir de préservation de l'environnement serait une solution alternative pour y représenter l'intérêt environnemental (B).

A. La représentation *ad agendum* de l'environnement aux fins d'action

829. Emprunté au latin *repraesentare* et *representatio*, la représentation connaît deux acceptions. Au sens premier elle signifie rendre présent, mettre devant les yeux, rendre effectif, rendre visible, rendre manifeste et de manière générale, tenir la place, reproduire, représenter une ou plusieurs personnes en vertu du droit qu'on a reçu d'elle, ou par extension, de refléter une réalité abstraite²⁴⁴⁸. Au sens figuré la représentation est le fait d'agir, de parler au nom de quelqu'un ou de le remplacer dans l'exercice de ses droits ou dans la défense de ses intérêts²⁴⁴⁹. La représentation est ainsi fondée sur l'idée de remplacement, de délégation ou de mandat²⁴⁵⁰ et s'entend essentiellement de : « l'action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel (le représentant), d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre - incapable ou empêchée (le représenté) - un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté »²⁴⁵¹.

830. La représentation a d'abord été jugée contraire au caractère strictement personnel d'une obligation, elle était initialement utilisée à Rome au profit des personnes incapables puis

²⁴⁴⁵ CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de l'environnement devant le juge : approches comparative et prospective*, Vertigo, Hors-série 22, septembre 2015 ; v. aussi KRAMER Ludwig, « Débats », in BOUTELET Marguerite, FRITZ Jean-Claude (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruylant 2005, p. 342 : « l'environnement n'a pas de voix. Les universitaires devraient donner une voix à l'environnement silencieux ».

²⁴⁴⁶ CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, *Ibid.*, « Avant-Propos »..

²⁴⁴⁷ MICHOUÉ Léon, op. cit., p.123 : « On a proposé d'appeler *personne morale* la collectivité remplissant les conditions de la personnalité, mais non reconnue; et *personne juridique* la personne juridique la personnalité reconnue». ; v. aussi MOUBSIT Hassna, *La représentation en droit des sociétés*, précit. p.49 : « La représentation permet à la personne morale d'exister. ». L'auteur reconnaît cependant que « ni le législateur, ni la jurisprudence, n'ont souhaité faire de la représentation un élément de reconnaissance de la personnalité morale des groupements ».

²⁴⁴⁸ Trésor de la Langue Française informatisé et Dictionnaire de l'Académie française, 8ème éd., v° *représenter*, www.cnrtl.fr, consulté le 26 mai 2017 ; CORNU Gérard, *Vocabulaire Juridique*, préc., v° représentation.

²⁴⁴⁹ *Ibid.*

²⁴⁵⁰ *Ibid.*

²⁴⁵¹ *Ibid.*

ensuite étendue pour faciliter la vie des affaires²⁴⁵². Depuis l'ordonnance de réforme du droit des obligations du 10 février 2016²⁴⁵³, la représentation figure aux articles 1153 à 1161 du Code civil. Selon l'article 1153 la représentation peut être de trois ordres : légale, conventionnelle ou judiciaire, soit qu'elle naît respectivement : des dispositions législatives (par exemple pour le cas de l'administrateur légal ou du tuteur des mineurs) ; d'une convention, généralement du mandat (acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom) ; ou de la désignation judiciaire d'un représentant (par exemple un administrateur provisoire en cas de mésentente entre associés)²⁴⁵⁴.

831. Comme pour la représentation de l'environnement devant le juge²⁴⁵⁵, il s'agit de penser la représentation de l'environnement au sein de l'entreprise. C'est en réalité la question d'une représentation de l'environnement en général qui est posée puisque celui-ci ne peut s'exprimer et par conséquent, ne peut défendre ses intérêts par lui-même. Cette représentation recherchée n'est pas une représentation *ad litem*, c'est-à-dire une représentation uniquement dirigée vers l'accomplissement d'actes de procédure sans pouvoir d'initiative du représentant, comme c'est le cas pour un avocat envers son mandant, seulement chargé de défendre les droits et intérêts de ce dernier²⁴⁵⁶. C'est une représentation plus large, une représentation *ad agendum* qui « permet au représentant de suppléer l'incapacité de fait ou de droit du représenté, soit personne morale, soit dépourvu de la capacité d'agir en justice »²⁴⁵⁷. En effet, sans possibilité d'expression, l'environnement se trouve privé de la capacité d'initier une quelconque action, il appartient alors au représentant de l'environnement, de pourvoir à cette impossibilité d'expression. Dès lors, s'il peut être affirmé que la « nature en tant qu'entité abstraite peut être un sujet de droit »²⁴⁵⁸, elle ne peut l'être véritablement tant qu'elle ne peut exercer une

²⁴⁵² V° BUFFELAN-LANORE, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, Université, 15^{ème} éd°, 2017, p.73

²⁴⁵³ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ratifiée par la loi n°2018-287 du 20 avril 2018.

²⁴⁵⁴ BUFFELAN-LANORE, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, préc., p.73.

²⁴⁵⁵ CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « La représentation de l'environnement devant le juge : approches comparative et prospective – avant propos », in CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de l'environnement devant le juge : approches comparative et prospective*, préc.

²⁴⁵⁶ CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », in CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de l'environnement devant le juge : approches comparative et prospective*, précité, avant-propos, spéc. 12, reprenant CADIET Loïc, JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, éd. Litec, 2013, n° 961.

²⁴⁵⁷ *Ibid*, spéc. 12.

²⁴⁵⁸ CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », in CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de l'environnement devant le juge : approches comparative et prospective*, précité, avant-propos, spéc.13 ; v. également les développements de DEMOGUE René, *La notion de sujet de droit : caractère et conséquences*, éd. Larose, Paris, 1909, 45 p., spéc. 3 : « Qui peut être sujet de droit ? C'est là une question en apparence des plus simples et en réalité très incertaine (...). En effet la détermination des titulaires des droits subjectifs a varié. (...) Aujourd'hui, l'esclavage ayant disparu, on admet que tout homme est sujet de droit depuis l'époque de sa conception jusqu'à sa mort. Mais à côté de l'homme qui paraît le sujet juridique par excellence, on en admet d'autres : les personnes morales, ou personnes juridiques, dépourvus d'existence physique, mais non de l'aptitude à avoir des droits ou des obligations. » ; v. aussi HERMITTE Marie-Angèle, « La nature, sujet de droit ? », *Annales. Histoire, sciences sociales*, vol. 66, 2011, n°1, pp.173-212.

action en justice en son propre nom²⁴⁵⁹ et à la différence d'une personne morale telle que l'entreprise ²⁴⁶⁰. Cette dernière ne peut pas s'exprimer elle-même tout comme l'environnement mais elle exerce ses droits par l'intermédiaire d'une « représentation directe »²⁴⁶¹, par son représentant légal, c'est-à-dire son dirigeant. Dès lors, la technique de la représentation appliquée à l'environnement peut permettre de protéger les intérêts de celui-ci, de porter l'intérêt de l'environnement au sein de l'entreprise (1). Le représentant de l'environnement peut idéalement être une association de protection de l'environnement (2).

1. Une personne en charge des intérêts de l'environnement dans l'entreprise

832. Si les représentants du capital social et les représentants du travail sont les associés et les représentants du personnel, il manque dans l'entreprise une représentation de l'environnement, troisième composante de l'entreprise qui ne peut être écartée. Or, cet environnement présente des intérêts qui conviennent d'être défendus en raison des prélèvements et rejets nés de l'activité de l'entreprise, et plus généralement de l'emploi de ressources naturelles. Les intérêts de l'environnement résident alors dans la protection des éléments qui le compose contre toute forme de dégradation. Le droit de l'environnement reconnaît l'existence de tels intérêts notamment à travers les intérêts collectifs en dehors hors l'idée de personnification²⁴⁶². la question posée est alors celle de savoir comment exprimer ces intérêts au sein de l'entreprise ?

833. L'hypothèse de l'empêchement d'exprimer sa volonté pour un titulaire de droits est depuis longtemps envisagée par le Code civil. Comme l'expose Stone dans son raisonnement, nombre de personnes morales n'ont pas la possibilité de s'exprimer par elles-mêmes et nécessitent l'intervention d'un représentant ou d'un administrateur légal pour défendre leurs intérêts tels le cas de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés, des associations ou encore pour les personnes physiques, les absents²⁴⁶³ ou les mineurs dont l'altération des facultés mentales ou corporelles empêche l'expression de la volonté ²⁴⁶⁴. Il est par ailleurs parfois

²⁴⁵⁹ Selon STONE Christopher, traduction précitée, p.54, le fait d'être « sujet de droit » suppose la réunion de trois critères : il faut que la chose puisse intenter une action en justice en son propre nom, il faut que la juridiction qui détermine l'octroi d'une réparation, considère les dommages à son encontre et enfin, que cette réparation soit effectuée à son profit.

²⁴⁶⁰ V° CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre « Avant-Propos », in CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de l'environnement devant le juge : approches comparative et prospective*, préc., spéc. 13.

²⁴⁶¹ *Ibid*, spéc.13

²⁴⁶² CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », in CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de la nature devant le juge : approches comparative et prospective*, Vertigo, hors-série, 2015.

²⁴⁶³ Code civil, art. 113 : « Le juge peut désigner un ou plusieurs parents ou alliés, ou, le cas échéant, toutes autres personnes pour représenter la personne présumée absente dans l'exercice de ses droits ou dans tout acte auquel elle serait intéressée, ainsi que pour administrer tout ou partie de ses biens ; la représentation du présumé absent et l'administration de ses biens sont alors soumises aux règles applicables à la tutelle des majeurs sans conseil de famille, et en outre sous les modifications qui suivent.»

²⁴⁶⁴ Code civil, art. 17-3 al.3

maladroïtement fait référence à « l'état végétatif » de certaines personnes physiques plongées dans un coma²⁴⁶⁵, par allégorie aux végétaux, êtres vivants inanimés, non doués de la possibilité d'exprimer une volonté²⁴⁶⁶. Aussi, lorsqu'une personne n'est pas, ou n'est plus, en mesure d'exprimer une volonté, le mécanisme de la représentation permet de défendre les intérêts de celle-ci. L'idée d'appliquer un raisonnement analogue pour la défense des intérêts de l'environnement au sein d'une entreprise n'est donc pas dénuée de sens.

834. Nous pourrions voir dans l'impossible expression de l'environnement, un obstacle infranchissable à la traduction de ses intérêts. Comment par exemple traduire de manière anthropomorphique²⁴⁶⁷, le « malaise » de la biodiversité nocturne, confrontée à la pollution lumineuse d'une entreprise ? Pour cet aspect, il est normalement possible par des études de constater scientifiquement le trouble et de proposer des solutions (coupure de l'éclairage durant la nuit, éclairage dirigé vers le sol, etc.) et le droit tend à réglementer cette nuisance²⁴⁶⁸. Une fois traduits les intérêts de l'environnement, leur intégration dans l'entreprise constitue un tout autre problème. En réalité il n'en est pas tellement un. En effet, l'idée de défendre certains intérêts au sein de l'entreprise n'est pas nouvelle. Le droit du travail connaît bien cette possibilité depuis la loi Waldeck-Rousseau du 21 mars 1884 sur la représentation syndicale²⁴⁶⁹, puisque les salariés peuvent voir leurs intérêts représentés à travers les « institutions représentatives du personnel »²⁴⁷⁰. Selon l'article L411-1 du Code du travail, les syndicats défendent les droits, intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts. Les salariés voient donc leurs intérêts défendus car représentés par des institutions représentatives du personnel. De la même manière, nous pouvons concevoir que tout comme les salariés défendent leurs conditions de travail, des personnes défendent les intérêts de l'environnement dans l'entreprise. Selon les termes d'Olivier Favereau, il s'agit de passer de la « codétermination » à l'« écodétermination » au sein de l'entreprise, c'est-à-dire qu'à l'écodétermination qui vise à l'équilibre entre travail et capital, doit s'ajouter la

²⁴⁶⁵ Il est fait allusion au cas de Vincent Lambert.

²⁴⁶⁶ Comp. la *Déclaration des droits de l'arbre*, préc., art. 3 : « L'arbre est un organisme vivant dont la longévité moyenne dépasse de loin celle de l'être humain. Il doit être respecté tout au long de sa vie, avec le droit de se développer et se reproduire librement, de sa naissance à sa mort naturelle, qu'il soit arbre des villes ou des campagnes. L'arbre doit être considéré comme sujet de droit, y compris face aux règles qui régissent la propriété humaine. »

²⁴⁶⁷ Représentation d'un être vivant non-humain sous des traits humains, TLFi, préc., v° *anthropomorphique*.

²⁴⁶⁸ V° les articles L583-1 et L583-2 du Code de l'environnement relatif à la prévention des nuisances lumineuses et le décret n° 2011-831 du 12 juillet 2011 relatif à la prévention et à la limitation des nuisances lumineuses. Toutefois, les arrêtés d'application tardent à être adoptés et démontre une carence fautive de la police administrative dans ce domaine. v. CE, 28 mars 2018, n°408974, France nature environnement. Carence qui comme le remarque un auteur « n'a pas encore donné lieu à la réparation des dommages causés à l'environnement ou des préjudices écologiques « purs », selon la terminologie respective des lois de 2008 et de 2016 » : DEGUERGUE Maryse, « Les imperfections de la responsabilité administrative environnementale », AJDA, 2018, p. 2077.

²⁴⁶⁹ Loi du 21 mars 1884 relative à la création des syndicats professionnels dite Waldeck-Rousseau du nom de l'avocat devenu ministre de l'intérieur à cette date. Elle abroge la loi Le Chapelier du 17 juin 1791 qui interdisait toute association professionnelle.

²⁴⁷⁰ V° la loi n°82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel. Loi dite Auroux.

question écologique²⁴⁷¹. Encore faut-il identifier l'institution représentative de l'environnement qui peut idéalement être une association de protection de l'environnement.

2. Le représentant des intérêts de l'environnement et son intégration comme associé

835. On présente habituellement l'association de protection de l'environnement²⁴⁷² à travers la possibilité qui lui est offerte de participer aux instances consultatives ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable²⁴⁷³. Ou encore, par la possibilité d'engager une action devant les juridictions pour les actes et faits liés à son objet statutaire et qui peut produire des effets dommageables pour l'environnement, ou encore à exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elle a pour objet de défendre²⁴⁷⁴. Aussi, l'action des associations de protection de l'environnement est surtout envisagée à travers l'aspect contentieux, hormis le cas de la participation aux débats relatifs aux politiques d'environnement et de développement durable. Il faut par ailleurs relever l'utilisation de la technique contractuelle entre les associations, l'Etat et les collectivités territoriales lorsqu'il s'agit de confier la gestion d'un espace à protéger²⁴⁷⁵.

836. La coopération entre associations et entreprises en vue de protéger l'environnement est rare mais existante. Il n'est guère besoin d'expliquer en détails qu'il existe une défiance réciproque entre le monde associatif, caractérisé par l'absence de but lucratif, et le monde des entreprises dont la poursuite d'un but lucratif est le critère discriminant. D'une part, les entreprises sont souvent perçues comme des acteurs peu soucieux de l'environnement, d'autre part les associations sont considérées par les premières comme pouvant constituer un frein au développement de leurs activités économiques²⁴⁷⁶. Ces perceptions respectives, quoique certainement caricaturales, sont ainsi facteurs d'incompréhensions en l'absence de véritable lieu commun de discussion. Aussi, il peut être envisagé l'idée d'attribuer à

²⁴⁷¹ FAVEREAU Olivier, « Entre gilets jaunes et grève des jeunes pour le climat : la voie de «l'éco-détermination» », Libération, 14 mars 2019, tribune : « A la "codétermination" qui vise à rééquilibrer Travail et Capital au sein de l'entreprise, il faut ajouter d'urgence la question écologique. ».

²⁴⁷² Selon l'article L141-1 du code de l'environnement : « Lorsqu'elles exercent leurs activités depuis au moins trois ans, les associations régulièrement déclarées et exerçant leurs activités statutaires dans le domaine de la protection de la nature et de la gestion de la faune sauvage, de l'amélioration du cadre de vie, de la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, de l'urbanisme, ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances et, d'une manière générale, œuvrant principalement pour la protection de l'environnement, peuvent faire l'objet d'un agrément motivé de l'autorité administrative. »

²⁴⁷³ Article L141-3 du code de l'environnement.

²⁴⁷⁴ Article L142-1 du code de l'environnement et L142-2 du code de l'environnement.

²⁴⁷⁵ V° l'art. L414-1 relatif aux conservatoires régionaux d'espaces naturels.

²⁴⁷⁶ V° par ex. GROLLEAU Gilles, MZOUGHFI Naoufel, THIEBAULT Luc, « Les alliances vertes entre les entreprises et les associations de protection de l'environnement : une réelle réconciliation ou une instrumentalisation réciproque ? », Revue d'économie régionale et urbaine, 2008/4, novembre pp.617-633 : « es firmes et les associations environnementales ont longtemps eu des attitudes différentes, voire contradictoires, en ce qui concerne la protection de l'environnement. Les rapports conflictuels n'ont pas empêché un développement concomitant de relations partenariales, d'alliances dites vertes entre ces ennemis séculaires. ».

une association de protection de l'environnement, la qualité d'associé de la société commerciale par l'attribution de parts sociales ou d'actions à cette dernière. Les intérêts de l'environnement pourraient alors être défendus à travers l'exercice des droits propres à tout associé par l'association, intermédiaire entre l'environnement et l'entreprise. En ce sens, il doit être observé que la loi du 1^{er} juillet 1901 n'interdit pas à une association de détenir des parts dans une société commerciale, mais doivent être logiquement exclues de notre hypothèse, les sociétés qui nécessitent la qualité de commerçant pour être associé – ce que n'est pas une association – dans le cas de la société en nom collectif²⁴⁷⁷.

837. Quel est l'intérêt d'attribuer la qualité d'associé à une association ? D'une part, l'entreprise aurait une meilleure compréhension des enjeux liés à l'environnement, d'autre part, l'association aurait l'occasion de suivre au quotidien le fonctionnement de l'entreprise, d'anticiper et de prévenir les risques pour l'environnement présentés par l'activité de l'entreprise, voire de contribuer à la gestion par une écodétermination selon l'expression d'Olivier Favereau²⁴⁷⁸. L'intégration d'une association en la qualité d'association au sein de l'entreprise aurait ainsi pour effet d'internaliser et d'anticiper en partie les conséquences d'un dommage qui se manifestent à l'extérieur de l'entreprise. Consciente du dommage potentiel, l'entreprise aidée par l'associé-association renforcerait sa sécurité juridique en même temps que la protection de l'environnement. Certes, ce raisonnement peut sembler naïf puisque l'association pourrait finir par perdre en indépendance et en impartialité en raison de sa participation à la gestion de l'entreprise. A l'inverse, les conflits d'intérêts pourraient apparaître comme trop clivant entre l'association et l'entreprise et pouvant conduire à des dysfonctionnements au sein du pacte social. Ce choix n'est donc pas forcément le plus approprié et l'idée d'un tiers expert pourrait résoudre cette difficulté.

3. Le tiers-expert dirigeant ou l'administrateur indépendant

838. Le pouvoir souverain de décision au sein d'une société²⁴⁷⁹ appartient en principe à l'assemblée générale des associés, mais il est exercé par l'intermédiaire de ses dirigeants sociaux. Deux principales analyses existent sur l'organisation de ce pouvoir au sein de la

²⁴⁷⁷ V° LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, coll. Domat droit privé, LGDJ, 7^{ème} éd., 2018, spéc. n° 4 et s. ; sur la société en nom collectif et la nécessité d'avoir la qualité de commerçant v. les articles L210-1 et L221-1 du code de commerce.

²⁴⁷⁸ Art. préc.

²⁴⁷⁹ La notion de pouvoir n'est pas définie par le droit français des sociétés. La doctrine s'est cependant employé à le définir, v. not. GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985; LE NABASQUE Hervé, *Le pouvoir dans l'entreprise*, thèse, Rennes, 1986, p. 70 ; LUCAS François-Xavier, « L'acquisition du pouvoir dans les sociétés », in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées chiliennes Tome LXII / 2012, Bruylant, 2014, p. 130.

société²⁴⁸⁰ : d'une part, l'analyse institutionnelle ou « théorie des pouvoirs », attribuée à une pluralité d'organes, la fonction d'exprimer, chacun dans un domaine déterminé, la volonté de la personne morale ; d'autre part, la « théorie de l'agence » attribue le pouvoir de direction aux dirigeants tant qu'ils agissent dans l'intérêt commun des associés. Selon Jean-Philippe Robé, la théorie de l'agence doit être combattue car elle revient à considérer que les actionnaires sont les propriétaires de l'entreprise et les mandataires sociaux, des « laquais » au service des intérêts de ces propriétaires²⁴⁸¹. Selon les professeurs Le Canu et Dondero, la théorie de l'agence « souligne la souveraineté des associés, exprimée nettement dans l'article 1382 du code civil »²⁴⁸². Plus sévèrement, le sociologue Matthieu Hély observe : « il n'est pas exact de dire que les actionnaires sont *propriétaires* de l'entreprise, considérée en tant que personne morale. Certes, par les titres financiers qu'ils détiennent, ils disposent d'un droit de créance sur le résultat comptable des activités lucratives engagées par la firme, mais cette propriété lucrative ne les érige pas pour autant en maîtres absolus de l'unité productive, conformément à la “ théorie de l'agence ” développée dans les années 1970. Cette fable néolibérale a imposé l'alignement des intérêts des managers sur ceux des actionnaires, assignant les salariés au statut de “ capital humain », dépossédés de tout pouvoir de décision dans l'administration des sociétés. »²⁴⁸³.

839. En réaction à cette théorie de l'agence, la « théorie des parties prenantes », ou *stakeholders theory*²⁴⁸⁴, invite les organes sociaux à dépasser la seule recherche du profit et de prendre en compte la diversité des intérêts liés à l'activité sociale²⁴⁸⁵. Ces parties prenantes ou constituantes peuvent être diverses²⁴⁸⁶. Sont cités la plupart du temps les salariés, les fournisseurs, les sous-traitants, ou encore les consommateurs. L'environnement peut également être intégré dans la notion de parties prenantes. En ce sens, il s'agit de savoir comment ce dernier peut être représenté au sein de la société par une personne, spécifiquement en charge de ses intérêts. Trois possibilités semblent s'ouvrir. La désignation d'une personne représentant l'environnement comme dirigeant

²⁴⁸⁰ Nous reprenons ici la distinction opérée dans l'ouvrage de LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^eéd., 2018, n°446 à 450 ; v. aussi sur cette distinction CHAMPAUD Claude, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise*. Sortir de la crise du financialisme, Larcier, 2011 ; et les observations critiques sur cet ouvrage par ROBE Jean-Philippe, « L'au-delà de la doctrine de l'entreprise », Cahiers de droit de l'entreprise n°2, mars 2013, dossier 8, étude ; également à lire in ROBE Jean-Philippe, *Le temps du monde de l'entreprise. Globalisation et mutation du système juridique*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2015, p. 459 et s. : pour Jean-Philippe Robé, « la doctrine de l'entreprise ne débouche sur rien », et « la prétendue troisième voie n'est qu'une impasse. Toutefois, la loi PACTE du 22 mai 2019 préc. amène à nuancer cette critique puisque l'objet et l'intérêt social sont désormais élargis aux articles 1835 et 1833. V. Partie I.

²⁴⁸¹ ROBE Jean-Philippe, « L'au-delà de la doctrine de l'entreprise », Cahiers de droit de l'entreprise n°2, mars 2013, dossier 8, étude.

²⁴⁸² LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^eéd., 2018 n°446 à 450.

²⁴⁸³ HELY Matthieu, « L'entreprise de l'ESS est-elle une entreprise comme les autres ? », *Juris associations* 2015, n°522, p. 20.

²⁴⁸⁴ V° pour l'exposé de la notion TRÉBULLE François-Guy, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », *BJS*, 2006, chronique première partie, p.1337, spéc. 1 : « Littéralement, les Stakeholders sont les « porteurs d'intérêts » dont les entreprises doivent tenir compte, au-delà des actionnaires Shareholders. Il ne s'agit rien de moins que de redéfinir l'intérêt de l'entreprise dans une perspective non plus fermée sur l'actionnariat des sociétés mais ouverte, élargie à l'ensemble des interactions dont elle est l'occasion » ; v. aussi la suite de la chronique au *BJS*, 2007, p.7.

²⁴⁸⁵ *Ibid*, spéc. 4.

²⁴⁸⁶ Sur la distinction parties prenantes et parties constituantes CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », *Rev. de droit du travail*, 2018, p. 107, v. Partie I.

(a) ou administrateur indépendant peut être envisagés (b), tout comme la création d'un comité spécialisé en charge d'apprécier les intérêts communs de la société (c).

a. La désignation d'une personne représentant l'environnement en qualité de dirigeant

840. Dans le cas d'une société à responsabilité (SARL), qualifiée par la doctrine de « petite société de capitaux »²⁴⁸⁷ car toutefois emprunte d'un certain *intuitus personae*²⁴⁸⁸, la gestion de la société est assurée par un ou plusieurs gérants qui sont obligatoirement des personnes physiques. Néanmoins, le gérant peut être choisi en dehors des associés²⁴⁸⁹. Il peut être envisagé qu'une personne extérieure à la société, ne possédant pas la qualité d'associé, puisse recevoir la qualité de gérant. Toutefois, elle ne pourrait pas être une personne morale, telle qu'une association. L'intégration d'une personne tierce, n'ayant pas la qualité d'associé au sein de l'administration de la société est davantage adapté au sein de la société anonyme (SA) ou de la société par action simplifiée (SAS) qui acceptent qu'une personne morale puisse être dirigeante.

841. Dans le cadre de la société anonyme (SA) définie à l'article L225-1 du code commerce²⁴⁹⁰, la société est administrée soit par un conseil d'administration et un président -ce qui représente la plus grande majorité des cas-, soit par un directoire et un conseil de surveillance. Pour ce qui concerne la SA avec conseil d'administration, les administrateurs qui doivent être compris entre trois et dix-huit membres sont élus par l'assemblée générale ordinaire²⁴⁹¹. Les administrateurs peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales, mais dans le cas d'un administrateur qui soit une personne morale, un représentant permanent de cette dernière doit être désigné. Par conséquent, le tiers expert représentant les intérêts de l'environnement peut être une association, désignée comme administrateur. En cette qualité, l'association dispose des droits propres à l'administrateur. Notamment le droit politique de se faire communiquer des documents et informations par le dirigeant et de saisir le conseil d'administration de toute question intéressant la bonne marche de la société, afin de participer à la

²⁴⁸⁷ V° STORCK Michel, Jurisclasseur Sociétés, Lexis-Nexis, Fasc.71-10 Sociétés à responsabilité limitée, spéc. 25 : « *L'intuitus personae* a effectivement à peu près disparu du régime juridique de cette société et le qualificatif de "petite société de capitaux" a été admis par plusieurs auteurs (J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, Sociétés commerciales, t. 1 : Dalloz, 1972, n° 378. – M. de Juglart, B. Ippolito, E. du Pontavice et J. Dupichot, Traité de droit commercial : Montchrestien 1980, 3e éd., t. II, vol. 1, n° 861). À l'appui de leur analyse, ces auteurs relèvent que depuis 1966 le législateur a étendu à la SARL des dispositions applicables aux sociétés par actions. »

²⁴⁸⁸ *Ibid.*, spéc. 28 : « *L'intuitus personae* n'a pas totalement disparu de la SARL : il est inhérent à la composition même de la plupart de ces sociétés : petites entreprises familiales, sociétés entre époux. Dans le choix qui s'ouvre aux fondateurs d'une société entre SARL et SA, *l'intuitus personae* peut être un élément décisif d'option en faveur de la SARL. »

²⁴⁸⁹ Art. L223-18 al. 2 du code de commerce.

²⁴⁹⁰ Art. L225-1 du code de commerce : « La société anonyme est la société dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Elle est constituée entre deux associés ou plus. Toutefois, pour les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation, le nombre des associés ne peut être inférieur à sept. »

²⁴⁹¹ Art. L225-17 et L 225-18 du code de commerce.

détermination des orientations de l'activité de la société²⁴⁹². La qualité d'administrateur attribué à un représentant des intérêts environnementaux permet de cette façon d'influencer les choix stratégiques de gestion de la société. Cet administrateur tiers est qualifiable d'administrateur indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société²⁴⁹³.

b. L'administrateur indépendant

842. La doctrine émet de fortes réserves au sujet des administrateurs indépendants, qui sont difficilement considérés comme possédant véritablement cette qualité d'indépendance ou d'impartialité. Ainsi, Jacques Delga exprime ses doutes sur l'indépendance d'un administrateur qualifié d'indépendant car selon lui, cette désignation est principalement « marketing » ou « trompeur » puisqu'un administrateur conserve les pouvoirs délibératifs attribués par la loi à tout administrateur ; que l'administrateur soit classique ou qualifié d'indépendant, il n'y a pas de catégorie distincte de l'autre²⁴⁹⁴.

843. Faut-il comprendre qu'un administrateur ne puisse pas exprimer son désaccord sur les délibérations proposées ? La réponse est négative puisqu'il relève du conseil d'administration, et donc de ses membres administrateurs, d'exercer un pouvoir de contrôle sur l'exécution des directives qu'il émet dans l'accomplissement de sa mission d'orientation de l'activité sociale²⁴⁹⁵. Le problème n'est pas là. En effet, la difficulté de faire s'exprimer des intérêts environnementaux par un administrateur – quel que soit sa désignation – réside dans la désignation de celui-ci, qui appartient dans tous les cas à l'assemblée générale des actionnaires. En principe, ce sont les actionnaires qui vont, par leur vote, choisir les administrateurs qui représenteront au mieux leurs intérêts, l'intérêt de l'ensemble des actionnaires. En effet, l'administrateur ne peut pas en principe, représenter des intérêts catégoriels²⁴⁹⁶. Néanmoins, il n'est pas exclu que les actionnaires décident de

²⁴⁹² L'article L225-35 al.1^{er} du code de commerce dispose que « Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en oeuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent. »

²⁴⁹³ Selon le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées adopté par l'AFEP-MEDEF : « Un administrateur est indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement. Ainsi, par administrateur indépendant, il faut entendre tout mandataire social non exécutif de la société ou de son groupe dépourvu de liens d'intérêt particulier (actionnaire significatif, salarié, autre) avec ceux-ci. », février 2018, p. 7, spéc. 8.2, v° *Les administrateurs indépendants*.

²⁴⁹⁴ V° DELGA Jacques, « L'administrateur indépendant n'existe pas : « Dangers » », Rec. Dalloz 2002, p.2858 : « Le caractère dangereusement équivoque en France de la terminologie « d'administrateur indépendant » doit être publiquement dénoncé car les classifications éthiques et les chartes de bonne conduite sont essentiellement fondées sur cette considération et donc comme nous le soulignerons sur un vide. ». Et plus récemment, FRANCOIS Bénédicte, « Rapport sur les administrateurs indépendants », Rev. des sociétés 2015, p. 265, à propos d'un rapport du cabinet allemand de conseil en stratégie SONEAN, *The social dependence of independent directors in Europe's largest companies*, rapport publié le 21 février 2015 <https://sonean.network/wp-content/uploads/2018/05/SONEAN-Whitepaper-Feb-2015.pdf> consulté le 26 avril 2019 ?

²⁴⁹⁵ V° DUQUESNE François, *Droit des sociétés commerciales*, Bruylant, coll. Paradigme, 4^{ème} éd°, 2017, p. 288 et s.

²⁴⁹⁶ GUYON, *Droit des affaires*, t.1, Droit commercial général et sociétés, 12^{ème} éd., Economica, 2003, n°23, cité par PORACCHIA Didier, « Remarques à propos de l'administrateur indépendant et de l'administrateur référent », Revue française de gouvernance d'entreprise, 2015, n°14, p.83-98, spéc. 83

voter pour un administrateur qui représenterait d'autres intérêts que leurs seuls intérêts, à savoir l'intérêt de l'entreprise, au sens d'un intérêt social élargi aux parties prenantes. Dans cette hypothèse, le conseil d'administration représente un ensemble d'intérêts différents, qui rassemble l'intérêt des actionnaires mais également l'intérêt des parties prenantes, au titre desquelles figure l'environnement. En ce sens, il est souhaitable que les conseils d'administrations des sociétés anonymes soient composés d'administrateurs qui représentent tout ou partie des intérêts communs, c'est-à-dire des associés mais également des parties prenantes tels que les consommateurs, les fournisseurs, les sous-traitants, les associations de protection de l'environnement, les élus des collectivités territoriales, voire les scientifiques en qualité d'experts. Sans nul doute, nombreux sont ceux qui considéreraient cette intégration comme une ingérence dans l'administration d'une société commerciale, mais il faut relever qu'il existe déjà des administrateurs qui représentent les salariés – les discussions actuelles proposent d'en renforcer le nombre²⁴⁹⁷ – outre les administrateurs qui représentent les actionnaires.

844. La solution visant à la diversification des administrateurs n'est donc pas à écarter. Elle présente l'avantage de « créer de la confiance chez les parties prenantes »²⁴⁹⁸ ; élément primordial d'une bonne administration, – d'une bonne gouvernance²⁴⁹⁹ – de l'entreprise, car permettant « d'éviter les conflits d'intérêts en instaurant un équilibre des pouvoirs au sein même du conseil d'administration »²⁵⁰⁰. Dans le sens d'une recherche d'équilibre entre les différents intérêts communs qui existent au sein d'une société, le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées (dit code AFEP-MEDEF), préconise que le conseil d'administration soit composé, pour moitié ou pour le tiers, d'administrateurs indépendants, à l'exclusion des administrateurs représentant les actionnaires et les salariés, qui ne peuvent recevoir cette qualification d'administrateurs indépendants²⁵⁰¹.

c. La constitution d'un comité en charge des intérêts communs

845. Les administrateurs indépendants d'une société anonyme peuvent siéger dans des comités spécialisés créés au sein du conseil d'administration, conformément à l'article à

²⁴⁹⁷ Pour un aperçu récent de la question v° ARANDA VASQUEZ Anthony, « Les administrateurs représentant les salariés et le rapport « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », LPA, 7 mai 2018, n°91, p.7. L'auteur y fait état des discussions sur l'augmentation du nombre d'administrateurs représentant des salariés au sein des conseils, notamment proposé par le rapport Notat Senard, précité, recommandation n°6. V° l'article 184 de la loi Pacte du 22 mai 2019 (initialement article 62 du projet de loi) et la modification envisagée de l'article L. 225-27-1 du code de commerce et portant à deux le nombre d'administrateurs salariés à partir de huit administrateurs non-salariés dans les sociétés. Cette disposition ne concernerait que les sociétés de plus de 1000 salariés en France.

²⁴⁹⁸ PORACCHIA Didier, « Remarques à propos de l'administrateur indépendant et de l'administrateur référent », Revue française de gouvernance d'entreprise, 2015, n°14, p.83-98, spéc. 84

²⁴⁹⁹ V° PITSEYS John, « Le concept de gouvernance », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2010, n°2, vol. 65, pp. 207-228, spéc. 222 : L'auteur explique que la gouvernance vise à « remplacer les mécanismes d'autorité par des processus visant à construire des relations de confiance – et par conséquent des engagements communs à agir – entre les acteurs ».

²⁵⁰⁰ V° PORACCHIA Didier, précité.

²⁵⁰¹ V. définition précitée ; Code AFEP-MEDEF, précité, spéc. 8.3 : sont exclus de la comptabilisation des administrateurs indépendants, les administrateurs qui représentent les actionnaires et les administrateurs qui représentent les salariés.

l'article R225-29 du code de commerce²⁵⁰². Il peut être créé par exemple, un comité des comptes, un comité d'audit, un comité des rémunérations, un comité de sélection, un comité spécial sur les conflits d'intérêts, voire un comité en charge de la responsabilité sociétale des entreprises. Pour illustration, le conseil d'administration de la société *Véolia* présidé par Antoine Frérot²⁵⁰³, a créé un comité spécialisé « comité de recherche, innovation et développement durable » qui comprend cinq membres indépendants sur les six membres qui le compose. Ce comité est chargé de donner son avis au conseil d'administration. Par ailleurs, la société *Veolia* a prévu dans ses statuts la possibilité de désigner des « censeurs » qui ont voix consultative lors des réunions du conseil d'administration, lequel peut lui demander des avis. Il faut noter que dans une société anonyme à conseil d'administration²⁵⁰⁴, un comité d'administrateur peut comporter des membres qui n'ont pas la qualité d'administrateurs, hors le cas du comité d'audit²⁵⁰⁵. Une personne tierce, telle une association, une personne morale de droit public ou privé, pourrait très bien intégrer un comité d'administrateurs pour y développer son avis.

846. Le code AFEP-MEDEF observe néanmoins que, lorsque le conseil d'administration se dote de comités spécialisés, ceux-ci ne peuvent se substituer au conseil qui a seul le pouvoir légal de décision²⁵⁰⁶, la même observation peut être faite pour les « censeurs » qui ne disposent que d'un pouvoir consultatif. Il faut comprendre que si un comité du développement durable peut être consulté en vue des délibérations du conseil d'administration ou lors de sa réunion, l'avis reste simple et ne lie pas le conseil d'administration. Ce qui atténue grandement l'utilité de tels comités.

847. Il faut néanmoins souligner la possibilité d'engager, pour la société ou un tiers non actionnaire d'une société anonyme, la responsabilité de chaque administrateur sur le fondement de l'article L225-251 du code de commerce ; pour des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires, pour des violations des statuts ; ou pour des fautes commises dans leur gestion²⁵⁰⁷. La jurisprudence retient notamment la responsabilité de l'administrateur lorsque : par son action ou son abstention, l'administrateur participe à la prise d'une décision fautive du conseil d'administration, sauf à démontrer qu'il s'est

²⁵⁰² Selon l'article R225-29 : « Le conseil d'administration peut conférer à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers, actionnaires ou non, tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés. Il peut décider la création de comités chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen. Il fixe la composition et les attributions des comités qui exercent leur activité sous sa responsabilité. ». Par exemple, un comité des comptes, un comité d'audit, un comité des rémunérations, un comité de sélection, un comité spécial sur les conflits d'intérêts.

²⁵⁰³ Egalement président de l'Institut de l'Entreprise qui regroupe de nombreuses entreprises. V° notamment l'étude commandé par l'Institut de l'entreprise à Elabe, « A quoi servent les entreprises ? », Les notes de l'Institut, janvier 2018, 50 p., en ligne : <http://www.institut-entreprise.fr/les-publications/quoi-servent-les-entreprises>, consulté le 18 mai 2018

²⁵⁰⁴ Une telle hypothèse est exclue dans les sociétés à conseil de surveillance au regard de l'article R225-56 du code de commerce

²⁵⁰⁵ L'article R225-29 du code de commerce prévoit que « le conseil d'administration peut conférer à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers, actionnaires ou non, tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés. (...) Il fixe la composition et les attributions des comités qui exercent leur activité sous sa responsabilité ».

²⁵⁰⁶ Code AFEP-MEDEF, « Les comités du conseil, principes généraux », p.11, spéc. 14.

²⁵⁰⁷ Il s'agit de tous les actes contraires aux intérêts de la société, soit les fautes, même non intentionnelles, en cas d'imprudence ou de négligence, et même s'il s'agit de leur inaction. V. Com. 25 mars 1997, n°95-10995, note de BARANGER Gabriel, « Le devoir élémentaire de vigilance de tout administrateur », Bull. Joly sociétés, 1^{er} septembre 1997, n°9, p.799 ; et aussi Mémento Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, 2018, n°42003 et 42004

comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision²⁵⁰⁸. Il n'est donc pas exclu que le juge s'appuie sur l'avis d'un comité spécialisé du conseil d'administration – composé par exemple d'un membre association de protection de l'environnement – pour retenir la faute de l'administrateur en raison d'un manque de prudence et de diligence caractérisé par l'insuffisante prise en considération de cet avis. Dans cette hypothèse, un comité spécialisé, composé d'un membre indépendant qui représente les intérêts de l'environnement, peut avoir une réelle influence sur les choix des dirigeants de la société. L'administrateur peut cependant se dégager de sa responsabilité en rapportant la preuve qu'il s'est opposé à la délibération fautive par la mention de sa protestation, consigné dans le procès-verbal de la réunion, le seul fait de voter contre étant insuffisant²⁵⁰⁹. Ainsi, l'administrateur indépendant est-il poussé à prendre position, jusqu'à s'opposer explicitement en cas de désaccord sur la décision soumise au vote lors d'une réunion du conseil d'administration.

848. Plus intéressant, le rapport Notat-Sénard a repris une proposition déjà formulée par un collectif de professeurs de management²⁵¹⁰ de créer un « comité des parties prenantes », indépendant du conseil d'administration²⁵¹¹. Selon cette proposition, un tel comité doit « permettre à la direction de l'entreprise de viser l'intérêt propre et la considération des enjeux sociaux et environnementaux »²⁵¹². Le collectif de professeurs de management propose que le comité des parties prenantes, émanation du conseil d'administration, ait pour mission de « s'assurer et contrôler que les dirigeants respectent les attentes des parties prenantes spécifiques, c'est-à-dire celles qui contribuent le plus directement ou soutiennent la création de valeur de l'entreprise (salariés, sous-traitants, collectivités territoriales, Etat, clients, ...) »²⁵¹³. Le collectif observe qu'un tel comité des parties prenantes, émanation du conseil d'administration²⁵¹⁴, constituerait un « outil de dialogue et de légitimation de la stratégie de l'entreprise auprès des parties prenantes », de plus qu'il aurait « l'énorme avantage d'apporter une dimension nouvelle aux informations apportées aux actionnaires et aux marchés financiers ». Il est ainsi possible d'y voir un outil de

²⁵⁰⁸ Cass. Com. 30 mars 2010, n°08-17841, Bull. civ., IV, n°69, *Fonds de garantie des dépôts c/ Sté Caribéenne de conseil et d'audit*, note RAFFRAY Ronan, Bull. Joly Sociétés, 1^{er} juin 2010, n°6, p.533. Dans cette affaire le conseil d'administration du Crédit Martiniquais a arrêté des comptes infidèles qui a eu pour conséquence de masquer les difficultés de l'établissement.

²⁵⁰⁹ V° Cass. com. 25 mars 1997, n°95-10995, note de BARANGER Gabriel, « Le devoir élémentaire de vigilance de tout administrateur », Bull. Joly sociétés, 1^{er} septembre 1997, n°9, p.799

²⁵¹⁰ Collectif, « Le rôle du président du Medef est de protéger les entreprises des excès de la finance mondialisée », Le Monde économie, 20 février 2018

²⁵¹¹ NOTAT Nicole, SENARD Jean-Dominique, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », Rapport remis aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances, et du travail, le 9 mars 2018, p.52, recommandation 4 : « Inciter les grandes entreprises à se doter à l'initiative des dirigeants d'un comité de parties prenantes, indépendant du conseil d'administration. Le conseil d'administration est informé par les dirigeants des réflexions et des éventuelles conclusions de ce comité. »

²⁵¹² NOTAT Nicole, SENARD Jean-Dominique, rapport précit.

²⁵¹³ Collectif, « Le rôle du président du Medef est de protéger les entreprises des excès de la finance mondialisée », Le Monde économie, 20 février 2018

²⁵¹⁴ Collectif, « Le rôle du président du Medef est de protéger les entreprises des excès de la finance mondialisée », Le Monde économie, 20 février 2018. S'agissant de la désignation des membres du comité des parties prenantes, le collectif propose que les administrateurs soient nommés par l'assemblée générale des actionnaires et reçoivent un vote de confiance de la part des représentants des parties prenantes réunies en assemblée.

démocratisation et de pérennisation de l'entreprise à travers la diffusion de nouvelles informations, non seulement pour les actionnaires soucieux du long terme, dont les auteurs proposent de renforcer les droits de vote, mais également pour les dirigeants afin de les aider dans leur prise de décision.

849. Le rapport Notat Senard n'a pas adopté une vision aussi large du comité des parties prenantes. La reprise de la proposition d'un comité de parties prenantes est aussitôt décevante au regard de la formulation adoptée : « un tel comité permet aux dirigeants de prendre du recul sur leurs décisions, d'obtenir des avis complémentaires sur la raison d'être de l'entreprise, de fournir un aiguillon externe en faveur de la RSE, et parfois de trouver des solutions à des situations difficiles »²⁵¹⁵. Il est difficile de faire proposition moins contraignante en considération des termes employés (prendre du recul, obtenir des avis complémentaires, fournir un aiguillon...). Pour définitivement écarter toute idée de modification législative éventuelle, le rapport relève la diversité des situations pour conclure à la difficulté de légiférer en la matière. Par ailleurs, le projet de révision du code AFEP-MEDEF, mis en consultation le 26 février 2018, ne préconise « pas explicitement, contrairement au rapport Notat et Senard, de mettre en place un comité des parties prenantes »²⁵¹⁶, il y est indiqué dans la recommandation 2.3 proposée, que « le conseil agissant dans l'intérêt social de l'entreprise, il n'est pas souhaitable, en dehors des cas prévus par la loi, de multiplier en son sein la représentation d'intérêts spécifiques »²⁵¹⁷. Enfin, l'article 131 de la loi Pacte adoptée le 11 avril 2019 prévoit dans le cadre de la privatisation d'Aéroports de Paris, la création d'un comité de parties prenantes, « distinct des organes de direction d'Aéroports de Paris et composé notamment de représentants d'Aéroports de Paris, de collectivités territoriales, d'associations de riverains et d'associations agréées pour la protection de l'environnement, est mis en place afin de favoriser l'information et les échanges entre ces acteurs »²⁵¹⁸. L'idée est finalement étendue à toute entreprise puisque dans le cadre de la création du statut d'entreprise à mission par la loi Pacte promulguée le 22 mai 2019, il est prévu un comité des parties prenantes, indépendant des organes sociaux, et pour les PME de moins de cinquante salariés, un référent de mission, chargé de veiller au respect des objectifs sociaux et environnementaux de la société qui choisirait d'inscrire sa raison d'être dans les statuts²⁵¹⁹.

850. Il reste que l'attribution de la qualité d'associé à l'environnement est impossible en l'état actuel du droit. A défaut, il est possible d'y pallier par la représentation des intérêts de l'environnement par une personne physique ou morale intégrée en qualité d'associé ou de dirigeante au sein de la société. L'hypothèse est donc celle de l'intégration d'une

²⁵¹⁵ NOTAT Nicole, SENARD Jean-Dominique, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », Rapport remis aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances, et du travail, le 9 mars 2018, p.51

²⁵¹⁶ FRANCOIS Bénédicte, « Consultation publique sur le projet de révision du code AFEP-MEDEF », Rev. des sociétés, 2018, p. 273.

²⁵¹⁷ Consultation publique en vue de la révision du Code AFEP-MEDEF, conduite sous l'égide du professeur FAGES Bertrand, en ligne <http://consultation.codeafepmedef.fr/>, consulté le 18 mai 2018, cité par FRANCOIS Bénédicte, « Consultation publique sur le projet de révision du code AFEP-MEDEF », Rev. des sociétés, 2018, p. 273.

²⁵¹⁸ Article 131 de la loi Pacte du 22 mai 2019 (article 45 dans le projet de loi).

²⁵¹⁹ V° les art. L2010 à L210-12 du code de commerce créés par la loi Pacte du 22 mai 2019.

association ou autre forme de groupement tel qu'une fondation, représentée par son représentant légal dans les organes sociaux de la société, le cas échéant au sein d'un comité spécialisé distinct des organes de direction. En ce sens, il est intéressant de noter la proposition de comité des parties prenantes qui renvoie quelque peu à l'idée du multi-sociétariat vu dans la société coopérative d'intérêt collectif (SCIC). Toutefois, il ne faudrait pas que le rôle de ce comité soit réduit à un rôle uniquement consultatif et il est souhaitable qu'il ait une influence réelle sur la direction de la société. La société par actions simplifiée pourrait par exemple, en raison de sa grande liberté d'organisation²⁵²⁰, prévoir un comité de la sobriété chargé de s'assurer de la poursuite d'un comportement sobre et qui inclurait une personne représentant les intérêts de l'environnement voire d'autres personnes pour d'autres intérêts communs (culture, collectivité territoriale, riverains, universitaires, etc.). Hormis cette possibilité, comment s'assurer autrement que la société prenne véritablement en compte les intérêts de l'environnement ? L'inscription d'une protection des intérêts de l'environnement dans les statuts de la société commerciale semble être une voie possible, outre l'éventualité d'y inscrire une catégorie spécifique d'associé.

B. Intégrer l'intérêt environnemental dans les statuts de la société

851. Pour s'assurer que les intérêts de l'environnement soient effectivement pris en compte dans l'activité quotidienne de l'entreprise, l'objectif de protection de l'environnement et plus précisément de comportement sobre peut être inscrit dans les statuts de la société. A cette fin, il s'agit de laisser au dirigeant, la liberté de concilier tant les intérêts des associés que l'intérêt de l'environnement, sans que les premiers puissent reprocher au dirigeant de ne pas seulement agir dans leur unique intérêt ou celui de l'intérêt social (1). Il est également possible d'imaginer une catégorie *sui generis* d'associé²⁵²¹ et reprenant l'idée de comité des parties prenantes, alors compris comme un organe impartial, indépendant et spécialement chargé de veiller au strict respect des statuts adoptés, inspiré du *guardianship* de Christopher Stone²⁵²². A l'image d'un Conseil constitutionnel veillant à la conformité des lois à la Constitution, il s'agit de concevoir un associé ou un organe social spécifique chargé de surveiller la validité des décisions sociales portant sur l'environnement au regard des statuts (2).

²⁵²⁰ Art. L227-5 du code de commerce : « Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée. ».

²⁵²¹ Expression empruntée à LYON-CAEN Gérard, « Défense et illustration du contrat de travail », Arch. de la philosophie du droit, *Sur les notions du contrat*, tome 13, Sirey, 1968, p.66 : « on idéalise le droit positif si on met à la charge du salarié une obligation de sauvegarder les intérêts de l'employeur et vice-versa ; de même, si on en fait une sorte d'associé *sui-generis* ».

²⁵²² STONE Christopher, précité. L'auteur envisage un système de défense des intérêts de l'environnement dans lequel, une personne percevant un danger pour l'environnement, puisse saisir un juge pour demander la désignation d'un, « *guardianship* ».

1. L'obligation statutaire de préserver l'environnement

852. Suite à la récente constitutionnalisation du droit de l'environnement à travers la Charte de l'environnement, il semble pertinent que les dispositions constitutionnelles trouvent leur expression au plus près des acteurs de la vie juridique. Par le contrat de société il est alors possible de procéder à une « contractualisation du droit de l'environnement »²⁵²³. En ce sens, il peut être envisagé d'intégrer le devoir constitutionnel inscrit à l'article 2 de la Charte de l'environnement de préservation et d'amélioration de l'environnement dans le contrat de société commerciale²⁵²⁴. En ce sens, le rapport de la Commission présidée par Yves Coppens, en vue de la préparation de la Charte de l'environnement, indiquait que « "chacun" désigne le plus largement possible les personnes privées et publiques, les individus et les entreprises »²⁵²⁵. Le rapport précise par ailleurs que c'est la qualité du patrimoine commun du milieu naturel et les atteintes que chacun y porte par ses modes de consommation, de production et par ses comportements, qui fondent les devoirs envers l'environnement²⁵²⁶. La Commission affirmait encore : « Les devoirs viennent immédiatement après les droits, dans une symétrie aussi forte que possible, car ils ne se conçoivent pas les uns sans les autres, et de préciser que « le premier devoir est la responsabilité, individuelle et collective, liée à la prise de conscience de l'impact des activités humaines sur l'environnement »²⁵²⁷. Néanmoins, la formulation large retenue dans l'article 2 de la Charte, d'un devoir pour toute personne, et l'utilisation de l'expression « prendre part », pose la question de son efficacité juridique, alors que des constitutionnalistes assument un cynisme à son égard : « Je suis parti débroussailler, et ramasser quelques papiers gras au passage, mais je reviens de suite »²⁵²⁸. Pourtant, un

²⁵²³ V° MONTEILLET Vanessa, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Thèse, Montpellier, 2015, 891 p., spéc. 21. L'auteur désigne la contractualisation comme un phénomène juridique qui place le contrat au centre de la vie juridique ; elle cite SUPIOT Alain, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p.145, pour qui la contractualisation désigne « l'extension objective du recours aux techniques contractuelles ». Pour Vanessa Monteillet, la contractualisation s'observe en droit de l'environnement par le développement du contrat dans la législation environnementale, par une « contractualisation réglementée », *ibid*, p. 27

²⁵²⁴ En effet, la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 dite Charte de l'environnement, dispose dans son article 2 que « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ». Nous soulignons l'emploi des termes « toute personne ». L'affirmation d'un tel devoir n'est pourtant pas une nouveauté propre à la Charte de l'environnement puisque déjà la loi n° 95-101 du 2 février 1995, dite « loi Barnier », insérait un article L 200-2 dans le code rural, aujourd'hui repris dans le code de l'environnement à l'article L 110-2, selon lequel « il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement ». L'article 2 de la Charte de l'environnement comporte néanmoins une portée plus large, car l'emploi des termes « toute personne », et non de « chacun » qui désigne davantage une personne physique [Le rapport de COPPENS Yves, *Rapport de la Commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement*, Ministère de l'écologie et du développement durable, Avril 2005, 54 p., spéc. 31, proposait initialement de retenir : « Chacun a le devoir de contribuer, dans l'intérêt des générations présentes et futures, à la protection et à l'amélioration de cet environnement, patrimoine naturel et culturel commun et à la préservation de la biodiversité. »] permet de viser tant les personnes physiques que morales.

²⁵²⁵ COPPENS Yves, « Rapport de la Commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement », Ministère de l'écologie et du développement durable, Avril 2005, 54 p., spéc. 36

²⁵²⁶ *Ibid.*, spéc. 21

²⁵²⁷ *Ibid.*, spéc. 35 et 21

²⁵²⁸ Mots employés en commentaire de l'article 2 de la Charte par CARCASSONNE Guy, *La Constitution introduite et commentée par*, éd. Points, coll. Essai, 9^{ème} éd., 2009, p.456. Notons que malgré la mise en place d'une feuille de route sur la transition écologique en 2012, les mots n'ont pas changé par la suite dans la douzième édition : CARCASSONNE Guy, GUILLAUME Marc, *La constitution, introduite et commentée par*, éd. Points, coll. essais, 2014, p. 456.

auteur observe justement que cet « humour » laisse un peu pantois, quand on sait que la seule pollution de l'air cause près de 49 000 morts par an en France²⁵²⁹.

853. L'entreprise a-t-elle l'obligation d'intégrer un tel devoir constitutionnel dans ses statuts ? Aucun élément ne va dans le sens d'une telle interprétation puisque le devoir assigné à « toute personne » par l'article 2 de la Charte de l'environnement, a pu être qualifié « d'obligation morale » dans un rapport du Sénat²⁵³⁰. Il est observé dans ce dernier que la notion de participation, à travers l'expression prendre part : « permet tout à la fois de mettre en exergue la responsabilité partagée liée à la reconnaissance d'un patrimoine commun et le principe d'une contribution nécessairement variable selon les responsabilités et les moyens propres à chacun »²⁵³¹. Aussi, une incertitude sur la portée de l'article 2 demeurait après l'entrée en vigueur de la Charte. Mais comme a pu l'exprimer le professeur Michel Prieur, « le Conseil constitutionnel va rapidement mettre fin à certains fantasmes imaginant que la Charte n'est pas du droit mais du bavardage », en constatant que l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte ont valeur constitutionnelle dans une décision n°208564 DC du 19 juin 2008²⁵³². Le juge constitutionnel précisa encore à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, s'agissant des articles 1 et 2 que : « le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles s'impose non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif mais également à l'ensemble des personnes »²⁵³³. Par ce considérant, le Conseil constitutionnel précise ce qu'il faut entendre par « toute

²⁵²⁹ COHENDET Marie-Anne, « La doctrine et la Charte de l'environnement, nos choix et leurs conséquences », RJE, 2016, vol.41, hors-série spécial, pp. 296-318, spéc. 302

²⁵³⁰ GELARD Patrice, « Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement », Sénat, Commission des lois, Rapport n°352 (2003-2004), 16 juin 2004, 84 p.

²⁵³¹ GELARD Patrice, « Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement », Sénat, Commission des lois, Rapport n°352 (2003-2004), 16 juin 2004, 84 p.

²⁵³² PRIEUR Michel, « Promesses et réalisation de la Charte de l'environnement », Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel », 2014/2, n°43, pp.5-24, spéc 18 ; à propos de la décision n°208-564 DC du 19 juin 2008, loi relative aux OGM ; Le Conseil constitutionnel affirma encore par la suite, la valeur constitutionnelle de l'article 2 de la Charte dans une décision du n°2009-599 DC du 29 décembre 2009 loi de finance pour 2010 [cons. 79, Journal officiel du 31 décembre 2009, page 22995, texte n° 3, Rec. p. 218.].

²⁵³³ Conseil constitutionnel, décision n°2011-116 QPC du 8 avril 2011, cons. 5 : « Considérant, en deuxième lieu, que les articles 1er et 2 de la Charte de l'environnement disposent : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement » ; que le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles 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 ; qu'il est loisible au législateur de définir les conditions dans lesquelles une action en responsabilité peut être engagée sur le fondement de la violation de cette obligation ; que, toutefois, il ne saurait, dans l'exercice de cette compétence, restreindre le droit d'agir en responsabilité dans des conditions qui en dénaturent la portée. »

personne », soit qu'il appartient non seulement à l'Etat, de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement, mais aussi aux entreprises²⁵³⁴.

854. Néanmoins, si une telle obligation de vigilance environnementale²⁵³⁵ relève également de l'entreprise, la loi ne définit pas précisément ses conditions de mise en œuvre. Aucun texte n'impose donc à la société commerciale d'inscrire ce devoir dans ses statuts. Néanmoins, l'existence d'une obligation de vigilance peut être une traduction de la nécessité d'un comportement sobre, indépendamment de toute démarche volontaire. Or, si un comportement de la société est qualifié de fautif par manquement au standard juridique du comportement sobre, il n'est alors plus besoin de rechercher la responsabilité de l'entreprise dans le contenu de l'engagement volontaire. Par exemple, la démonstration d'un défaut de maîtrise quantitative ou qualitative de ressources naturelles particulièrement significatif pourrait caractériser la faute, le manquement à l'obligation de vigilance. Aussi, il appartient à l'entreprise de veiller à définir comment elle compte « prendre sa part » à la préservation et à l'amélioration de l'environnement. Ce devoir peut notamment être précisé dans une clause statutaire limitative des pouvoirs du dirigeant en matière d'environnement. C'est donc dans ce cas par une inscription de ce devoir au pacte social que ce devoir de préservation et d'amélioration de l'environnement peut être intégré par une société.

855. Inscrire le devoir de l'article 2 de la Charte dans les statuts de la société peut être une solution d'intégration des intérêts de l'environnement dans le fonctionnement de la société commerciale. L'idée est celle de définir l'objet social en accord avec ce devoir. En effet, si l'on retient une interprétation stricte de l'article 1833 du Code civil selon lequel toute société doit avoir un objet licite, sa licéité ne peut être que renforcée par l'ajout d'un tel devoir constitutionnel. Ce qui va dans le sens d'une normalité augmentée au regard des développements précédents sur le standard du comportement sobre. Dans ce cas, il appartient aux associés, conformément à leur liberté contractuelle, de définir précisément

²⁵³⁴ Ce qui revient à reconnaître l'effet horizontal de la Charte selon PRIEUR Michel, « Promesses et réalisation de la Charte de l'environnement », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2014/2, n°43, pp.5-24, spéc 19 : « les articles 1 et 2 de la Charte (en réalité tous ses articles à l'exception de l'article 5 qui ne s'applique aux personnes privées par ricochet) s'imposent non seulement aux pouvoirs publics mais aussi à l'ensemble des personnes. Est ainsi reconnu l'effet horizontal de la Charte » ; v. encore sur la décision n°2011-116 QPC du 8 avril 2011, TRÉBULLE François-Guy, « Le Conseil constitutionnel, l'environnement et la responsabilité : entre vigilance environnementale et pré-occupation », *Revue de droit immobilier*, 2011, p. 369 : « Le principe très net est que, d'une part, le droit de chacun à un environnement équilibré et respectueux de la santé doit être respecté par toutes les autres personnes, physiques ou morales, publiques ou privées et, d'autre part, que toutes ces personnes doivent prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement. ».

²⁵³⁵ V° TRÉBULLE François-Guy, « Le Conseil constitutionnel, l'environnement et la responsabilité : entre vigilance environnementale et pré-occupation », préc. : « La portée de la consécration de l'obligation de vigilance environnementale est potentiellement considérable dans la mesure où toute activité, quel que soit celui qui la met en œuvre, y sera soumise, indépendamment des connaissances disponibles, indépendamment des autorisations éventuellement délivrées, indépendamment des cloisonnements académiques ou scientifiques, etc. Elle est d'autant plus considérable qu'il doit être souligné que l'obligation pouvant donner lieu à une action en responsabilité porte sur « des atteintes à l'environnement ». Le pas franchi est manifeste puisqu'ici tombe la référence strictement anthropocentrique à « autrui ». » ; pour un récent refus d'application de l'obligation de vigilance environnementale v° Conseil d'Etat, 25 février 2019, n°419186, « Les silencieux des fusils de chasse sont sans incidence sur l'environnement », *Rec. Lebon* 2019, *AJDA* 2019, p. 433.

l'étendue de ce devoir dans les statuts de la société²⁵³⁶. Quel est alors intérêt d'une telle intégration dans les statuts de la société ? Celui-ci réside dans la détermination des limites dans lesquelles l'activité de la société pourra être exercée. En effet, les organes de gestion d'une société doivent exercer leurs pouvoirs dans l'intérêt de la société et dans la limite de l'objet social²⁵³⁷. En présence d'une clause limitative des pouvoirs du dirigeant, ce dernier ne peut s'en écarter pour poursuivre un intérêt étranger (la dégradation de l'environnement par exemple si sa protection est précisément inscrite dans l'objet social), sous peine de voir sa responsabilité civile engagée²⁵³⁸. Un tiers peut engager la responsabilité du dirigeant, mais il est alors nécessaire de prouver que la faute commise est détachable de ses fonctions et imputable personnellement à ce dernier²⁵³⁹. C'est par exemple le cas si le dirigeant a dissimulé la solvabilité de la société²⁵⁴⁰ mais surtout, ce pourrait être le cas dans l'hypothèse d'un défaut de comportement sobre né de la violation du devoir statutaire de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.

856. *A contrario*, le dirigeant ne peut voir sa responsabilité civile engagée s'il exerce ses pouvoirs dans les limites définies par les statuts. Aussi, dans l'hypothèse d'une inscription statutaire du devoir de l'article 2 de la Charte de l'environnement, s'il agit en vue de la préservation et l'amélioration de l'environnement. Dans le cas d'une société anonyme où les dirigeants peuvent être individuellement responsables en cas de décision fautive de l'organe collectif de direction (conseil d'administration ou directoire), un dirigeant pourra s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'il s'est explicitement opposé à la décision fautive²⁵⁴¹. Par exemple, l'opposition à une décision qui affecte à la fois le

²⁵³⁶ Code civil, art. 1835 ; « Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement. » ; Code du commerce, art. L210-2 : « La forme, la durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, la dénomination sociale, le siège social, l'objet social et le montant du capital social sont déterminés par les statuts de la société. »

²⁵³⁷ V° *Mémento Société commerciales*, Francis Lefebvre, 2018, spéc. 13200

²⁵³⁸ En droit commun des sociétés, sur le fondement de l'article 1850 du Code civil pour les infractions aux lois et règlements, la violation des statuts ou pour faute de gestion, Article 1850 al. 1^{er} du Code civil : « Chaque gérant est responsable individuellement envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans sa gestion. » ; DUQUESNE François, *Droit des sociétés commerciales*, Bruylant, coll. Paradigme, 4^{ème} éd°, 2017, p. 77 spéc. 126 ; *Mémento Société commerciales*, Francis Lefebvre, 2018, spéc. 13200 : « Notons toutefois qu'à l'égard des tiers, le représentant légal d'une SARL ou d'une société par actions peut engager la société même par des actes ne relevant pas de l'objet social. » ; *ibid*, spéc. 13900 sur la responsabilité des dirigeants.

²⁵³⁹ *Mémento Société commerciales*, Francis Lefebvre, 2018, spéc. 13900 et s.

²⁵⁴⁰ Par ex. Cass. com. 20 mai 2013, n°99-17092 : sur la dissimulation de la solvabilité de la société par son dirigeant : « Mais attendu que la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales. ».

²⁵⁴¹ Cass. com. 30 mars 2010, n°08-17841 précit.

développement économique de la société et nuit à l'environnement, tel que l'adoption d'une solution technique néfaste pour l'environnement²⁵⁴².

857. Inscrire plus spécifiquement le devoir de préserver et d'améliorer l'environnement dans les statuts de la société commerciale, rejoint la forme sociétaire américaine de la *benefit corporation* précédemment envisagée. Elle permet au dirigeant de se prémunir d'un engagement de sa responsabilité lorsqu'il agit dans les limites de l'objet social et dans l'intérêt social de la société. Si l'intérêt de l'environnement est intégré dans les statuts, il relève alors par extension de l'intérêt social et le dirigeant ne viole pas les statuts s'il agit en vue de préserver ou d'améliorer l'environnement. Dans la *benefit corporation*, l'objet social vise à la réalisation d'un « general public benefit » défini comme un impact matériel positif sur la société et l'environnement²⁵⁴³. Aussi, le dirigeant de la *benefit corporation* doit notamment, en considération des meilleurs intérêts de la société (ou intérêt social), veiller aux effets de toute action ou inaction à l'égard de l'environnement local et global²⁵⁴⁴, sans qu'on puisse rechercher sa responsabilité individuelle lorsqu'une action, prenant en compte les objectifs de la *benefit corporation*, aurait eu pour conséquences des pertes financières²⁵⁴⁵. Le modèle législatif proposé en rédaction des statuts d'une *benefit corporation* précise que ce mécanisme est le « cœur » de la *benefit corporation* - « the heart of what it means to be a benefit corporation »-, qui consiste à prendre en considération les intérêts des différentes parties prenantes, autres que les seuls actionnaires, contrairement à ce qui a pu être retenu dans les arrêts *Dodge v. Ford* de 1919 et plus récemment, en 2010, dans l'arrêt *eBay Domestic Holdings, Inc v. Newmark* qui

²⁵⁴² Le scandale du *Dieseltgate* est en ce sens éclairant puisque la décision des dirigeants de *Volkswagen* validant l'installation sur ses véhicules d'un logiciel truqueur qui faussait les résultats des contrôles de pollution a entraîné d'importantes sanctions financières pour la société, mais surtout, d'importantes émissions polluantes ont été émises dans l'air [V° un aperçu général de l'affaire par AGGERI Franck, SAUSSOIS Jean-Michel, « La puissance des grandes entreprises mondialisées à l'épreuve judiciaire. De l'affaire Volkswagen au *diesel* », Revue française de gestion, 2017/8, n°269, pp. 83-100] ; Sur le plan pénal, un dirigeant de Volkswagen aux Etats-Unis – pays où l'affaire a été révélée suite aux analyses d'une ONG associé à un laboratoire de l'Université de Virginie Occidentale – a été condamné à 7 ans d'emprisonnement ferme et une amende de 400 000 dollars pour conspiration en vue de commettre une fraude et pour violation de la loi américaine sur l'air (*Clean Air Act*) [U.S. District Court, Eastern District of Michigan (Detroit), *U.S. v. Volkswagen*, 6 décembre 2017, case n°2 :16-CR-20394-SFC-APP-6 ; v° aussi le communiqué de presse du ministère de la justice américaine daté du 6 décembre 2017, n°17-1379 [en ligne : <https://www.justice.gov/opa/pr/volkswagen-senior-manager-sentenced-84-months-prison-role-conspiracy-cheat-us-emissions-tests>] : « Schmidt further admitted that he knew during his participation in the conspiracy that the VW “clean diesel” vehicles were being marketed to the public as being environmentally friendly and promoting increased fuel economy while complying with U.S. environmental regulations. Schmidt knew that VW's diesel vehicles were not compliant with U.S. standards and regulations and that these representations made to domestic customers were false, he admitted. »]

²⁵⁴³ Le modèle législatif proposé pour la rédaction des statuts de la *benefit corporation* désigne par « general public benefit » : « A material positive impact on society and the environment, taken as a whole, from the business and operations of a benefit corporation assessed taking into account the impacts of the benefit corporation as reported against a third party standard. », [en ligne : http://benefitcorp.net/sites/default/files/Model%20benefit%20corp%20legislation%204_17_17.pdf , version du 17 avril 2017, p.3, consulté le 28 mai 2018]

²⁵⁴⁴ *White paper*, précit., p.17, spéc. 3 *Accountability : Consideration of Stakeholders* : The directors of a benefit corporation, in considering the best interests of the corporation : shall consider the effects of any action or inaction upon (...) ; (v) the local and global environment... ».

²⁵⁴⁵ Modèle législatif, précit., p. 13 « (c) *Exoneration from personal liability – except as provided in the [articles of incorporation] [by laws], a director is not personally liable for monetary damages for : any action or inaction in the course of performing the duties of a director under subsection (a) if the director was not interested with respect to the action or inaction ; or (2) failure of the benefit corporation to pursue or create general public benefit or specific public benefit. »*

indiquent que le dirigeant doit maximiser la valeur financière²⁵⁴⁶. Cette hypothèse est à rapprocher de la proposition de « société à objet social étendu » qui vise à introduire dans l'objet social des objectifs sociaux ou environnementaux²⁵⁴⁷. Il faut alors distinguer cette approche de la réforme de l'article 1833 du code civil qui n'envisage pas d'objectifs mais seulement une « prise en considérations des enjeux sociaux et environnementaux », ce qui ne relève pas de la même exigence. En ce sens, il reviendrait donc à l'entreprise de préciser dans les statuts comment elle compte s'y prendre, par exemple en rédigeant un objet social comme suit : « la société exerce l'activité de production de biens et services dans le respect du devoir de participation à la préservation et à l'amélioration de l'environnement. ». Il faut encore évidemment préciser le sens de l'activité et les formes de préservation et d'amélioration de l'environnement envisagées (préservation de forêts par exemple pour un exploitant agricole ou une société de promotion immobilière en vue de lutter contre l'artificialisation des sols). Dans le cas d'une intégration du devoir de l'article 2 de la Charte dans les statuts, une action sociale²⁵⁴⁸ en responsabilité contre le dirigeant pourrait alors être fondée sur ce devoir statutaire lorsqu'il ne serait pas respecté. L'action en responsabilité peut alors donner lieu à réparation en dommages-intérêts versés à la société si la faute²⁵⁴⁹ est génératrice d'un préjudice actuel à la société²⁵⁵⁰.

858. A l'inverse, un tel devoir permet au dirigeant vertueux de se prémunir contre les actions en responsabilité d'associés pour les actes adoptés en conformité du devoir statutaire de préservation et l'amélioration de l'environnement, sans qu'il puisse lui être opposé de ne

²⁵⁴⁶ Modèle législatif, précit., p.13 v° *comment*, « *This section is at the heart of what it means to be a benefit corporation. By requiring the consideration of interests of constituencies other than the shareholders, the section rejects the holdings in Dodge v. Ford, 170 N.W. 668 (Mich. 1919), and eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark, 16 A.3d 1 (Del. Ch. 2010), that directors must maximize the financial value of a corporation.*».

²⁵⁴⁷ SEGRESTIN Blanche, LEVILLAIN Kevin, VERNAC Stéphane, HATCHUEL Armand, *La Société à Objet Social Étendu. Un nouveau statut pour l'entreprise*, Presses des Mines, coll. Economie et gestion, 2015, 126 p.

²⁵⁴⁸ V° RIPERT Georges, ROBLOT René, GERMAIN Michel (dir.), MAGNIER Véronique, *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, LGDJ, Tome 2, 20^e éd., pp. 578-579, spéc. 1764 et 1765 : « La doctrine dénomme action sociale celle qui est intentée par la société contre les administrateurs, directeur général, membres du directoire et commissaires qui lui ont causé un préjudice par leur faute. (...) L'action ainsi intentée est l'action qui appartient à la société elle-même »

²⁵⁴⁹ Il semble alors pertinent de préciser le devoir de préservation et d'amélioration de l'environnement dans les statuts, afin d'être en mesure de caractériser l'éventuelle faute du dirigeant, et pour éviter que le respect de ce devoir ne soit privé de toute efficacité en raison d'une formulation trop large. La violation de ce devoir doit ainsi être suffisamment caractérisée par un acte positif ou une abstention, par exemple par négligence.

²⁵⁵⁰ Dans le cas de la société anonyme v. l'article L 225-251 al. 1 du code de commerce : « Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. » ; et l'article L225-252 : « Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit par une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 soit en se groupant dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués. » ; le préjudice actuel exclu le cas du risque fiscal ou financier encouru par la société selon la jurisprudence, v° *Memento Société commerciales*, Francis Lefebvre, 2018, spéc.14060, CA Paris, 3 déc.2009, n°0823716,

pas maximiser les profits²⁵⁵¹. Par souci de sécurité juridique, il est préférable d'indiquer précisément dans les statuts quelle est la marge d'appréciation laissée au dirigeant dans l'arbitrage des intérêts en présence, entre poursuite du but lucratif et poursuite d'intérêts sociaux-environnementaux. Il ne faut donc pas dénier au contrat de société et à ses statuts, une fonction d'organisation des rapports internes et externes de la société, car en toute hypothèse, comme le remarque Jean Péliissier, « l'entreprise vit par ses salariés, il n'est donc par anormal qu'elle vive aussi pour eux »²⁵⁵². Une remarque analogue peut être faite de l'environnement, l'entreprise vit de son environnement, il n'est pas anormal qu'elle le respecte par une clause statutaire. Au-delà, il est encore possible d'intégrer l'environnement au sein du contrat de société par la désignation d'un associé *sui generis* en charge de la protection de ses intérêts..

2. Une nouvelle catégorie *sui generis* d'associé

859. Comme autre moyen d'intégrer l'environnement dans le contrat de société, il est possible d'envisager une catégorie spécifique d'associé, un *associé sui generis*²⁵⁵³ qui puisse sauvegarder les intérêts, non seulement de la société mais également d'intérêts annexes qui concourent à son activité. C'est l'idée qu'énonce notamment Christopher Stone lorsqu'il envisage un système dans lequel une personne, percevant un danger pour l'environnement, puisse demander à un juge la désignation d'un « *guardianship* », c'est-à-dire d'un tuteur chargé de protéger les intérêts propres de l'environnement lorsque ceux-ci sont menacés²⁵⁵⁴. De la même manière, un associé, idéalement représenté par une partie prenante externe à la société, spécifiquement en charge de veiller aux intérêts de l'environnement, pourrait se saisir des questions relatives à sa protection. Partant de cette hypothèse, la question se pose de savoir si la création d'une catégorie spécifique d'associé aux droits différents des autres associés est possible au regard du principe d'égalité entre associés ?

860. Selon l'article 1832 du Code civil, la société est instituée par un contrat, aussi en vertu de la liberté contractuelle, l'associé unique ou les associés déterminent librement le mode

²⁵⁵¹ Il peut être fait allusion à la jurisprudence américaine *Dodge v. Ford Motor C.*, 170 N.W. 668 (Mich.1919) : « A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the non-distribution of profits among stockholders in order to devote them to other purposes. ». V. aussi *Katz v. Oak Indus., Inc.*, 508 A.2d 879 (Del. Ch. 1986) : « "It is the obligation of directors to attempt, within the law, to maximize the long-run interests of the corporation's stockholders. ».

²⁵⁵² PELISSIER Jean, « Inaptitude et modification d'emploi », Dr. social, 1991, p. 608. L'auteur énonce que « l'entreprise n'a pas seulement une fonction économique ; elle a aussi une fonction sociale. L'entreprise vit par ses salariés ; il n'est pas anormal qu'elle vive aussi pour eux. »

²⁵⁵³ Expression et réflexion empruntées à LYON-CAEN Gérard, « Défense et illustration du contrat de travail », Arch. de la philosophie du droit, Sur les notions du contrat, tome 13, Sirey, 1968, p.66 : « on idéalise le droit positif si on met à la charge du salarié une obligation de sauvegarder les intérêts de l'employeur et vice-versa ; de même, si on en fait une sorte d'associé sui-generis ».

²⁵⁵⁴ STONE Christopher, précité.

de fonctionnement de la société²⁵⁵⁵, dans les limites des lois et règlements. Toutefois, il est reconnu classiquement que les associés doivent être égaux en droits. En effet, les dispositions du droit commun des sociétés prévoient que les associés possèdent des droits proportionnels à leurs apports et chacun a le droit de participer aux décisions collectives, outre le fait de percevoir les bénéfices ou de contribuer aux pertes sociales à hauteur des parts détenues de capital de social²⁵⁵⁶. On retrouve également l'idée d'égalité entre associés à l'article 1844-1 du code civil qui prohibe les clauses léonines²⁵⁵⁷, c'est-à-dire les stipulations qui visent à attribuer ou exonérer à un associé « la part du lion », soit la totalité du profit procuré par la société ou encore à l'exonérer de la totalité des pertes. Ce principe d'égalité entre associés ne figure pas explicitement dans les dispositions législatives²⁵⁵⁸, il est cependant reconnu comme constituant un principe général du droit des sociétés²⁵⁵⁹. Le principe d'égalité des associés connaît toutefois des atténuations et la réalité de ce principe d'égalité entre associés est aujourd'hui largement discuté : « la doctrine se trouve partagée entre l'égalité entre associés et une égalité des titres sociaux »²⁵⁶⁰.

861. Sans entrer dans ce débat, il faut par exemple relever que législateur prévoit depuis la loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, la possibilité dans les sociétés coopératives, d'écarter le principe d'égalité entre associés et de distinguer au sein de ses membres²⁵⁶¹, différentes catégories d'associés aux droits différenciés²⁵⁶². Ce multi-sociétariat qui intègre une diversité de personnes²⁵⁶³, distingue ainsi les associés coopérateurs, les associés non coopérateurs et les tiers non coopérateurs qui peuvent être admis à bénéficier des services de la coopérative ou, sans en bénéficier, entendent

²⁵⁵⁵ Code civil, art.1835 du: « Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement. ».

²⁵⁵⁶ Code civil, articles 1832, 1843-2, 1844 et 1844-1.

²⁵⁵⁷ En référence à « la part du lion » dans les fables de PHEDRE, « La vache, la chèvre, la brebis et le lion », éd. Garnier, Paris, 1864, livre I, fable 5 ; et LA FONTAINE Jean de, « *La génisse, la chèvre et la brebis en société avec le lion* », in *Fables*, éd. Barbin, 1678, T.I, livres I, II,II, pp.16-17

²⁵⁵⁸ NDIAYE Momath, *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, Thèse, Paris I, 2017, p.8

²⁵⁵⁹ MESTRE Jacques, « L'égalité entre associés, (aspect de droit privé) », *Rev. sociétés*, 1989, p.399, spéc. 405 cité par NDIAYE Momath, *ibid.*

²⁵⁶⁰ NDIAYE Momath, *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, préc.

²⁵⁶¹ Sur le terme de « membre » v° RAKOTOVAHINY Marie, « La qualité de membre d'une coopérative », LPA, n°83, 25 avril 2018, p. 5 : « La coopérative est un outil sociétaire au service de ses membres. Mais qui sont les membres d'une coopérative ? La qualité de membre n'est pas figée. Elle varie selon le type de coopérative, selon le but poursuivi par le membre en rentrant dans la coopérative. La loi distingue elle-même l'associé coopérateur de l'associé non-coopérateur, distinction fondée sur le but poursuivi par l'associé. Le membre ne se limite d'ailleurs pas à celui qui a la qualité d'associé. Ainsi par exemple, une personne peut être employée par une SCOP alors qu'elle n'a pas la qualité d'associé.». L'auteur distingue ainsi le coopérateur qui travaille au sein de la coopérative alors que le non-coopérateur et le tiers y sont simplement admis.

²⁵⁶² Loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération

²⁵⁶³ RAKOTOVAHINY Marie, « La qualité de membre d'une coopérative », LPA, n°83, 25 avril 2018, p.5 : « On distinguera l'unisociétariat du multisociétariat, qui intègre une diversité d'individus comme des bénévoles, des salariés, des clients (...). Il en est ainsi par exemple de la SCIC. La qualité de membre recouvre donc des réalités diverses et variées.». Il faut toutefois noter que les membres d'une coopérative ne se limitent pas aux individus personnes physiques mais peut également concerner des personnes morales.

simplement contribuer aux objectifs de la coopératif par l'apport de capitaux²⁵⁶⁴. Par exemple, dans une société coopérative agricole, l'article L522-3 du code rural prévoit la possibilité d'instaurer des associés non coopérateurs, c'est-à-dire toute personne physique ou morale qui n'a pas la qualité d'agriculteur ou de forestier. Ce multi-sociétariat permet d'y intégrer des anciens associés coopérateurs ; des salariés de la coopérative ; des associations, fédérations ou syndicats agricoles ; des établissements de crédit ; des caisses mutuelles d'assurance agricole ; des chambres régionales ou départementales d'agriculture ou encore un fonds commun de placement d'entreprise²⁵⁶⁵.

862. La récente société coopérative d'intérêt collectif (SCIC)²⁵⁶⁶ permet également d'établir des différenciation entre les associés puisque, peuvent y être associés, les salariés, les personnes qui bénéficient des activités de la coopérative, les personnes physiques bénévoles, les collectivités publiques et leurs groupements, les personnes physiques ou morales qui contribuent par tout moyen à l'activité de la coopérative comme un établissement bancaire par exemple²⁵⁶⁷. Il est par ailleurs explicitement indiqué que la SCIC doit comprendre « au moins trois catégories d'associés ». Les statuts peuvent déterminer le nombre de voix dont disposent les collègues d'associés sans qu'aucun ne puisse disposer de plus de 50 % du total des droits de vote²⁵⁶⁸. Dans une certaine limite fixée par la loi il est donc possible d'établir des inégalités entre associés.

863. Aussi, « le secteur coopératif est aujourd'hui en expansion dans de nombreux domaines » et la figure de l'associé a évolué²⁵⁶⁹. Le multi-sociétariat a ainsi vocation à se développer au droit commun des sociétés et la doctrine ne voit plus l'associé comme une figure unique mais comme pouvant recevoir une multitude de qualificatifs au sein du véhicule sociétaire, tels que l'associé « majoritaire », « minoritaire », « investisseur », « politique », « bailleur de fonds », « business angel », etc.²⁵⁷⁰. L'hétérogénéité des figures

²⁵⁶⁴ Loi n°47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, articles 3 et 3 bis ; Le principe d'égalité entre associés peut ainsi être écarté dans la coopérative puisque l'article 11 bis de la loi du 10 septembre 1947 permet de prévoir dans les statuts, la création de parts non assorties du droit de vote pour les associés non-coopérateurs, ou tiers non sociétaires qui bénéficient des services de la coopérative.

²⁵⁶⁵ Art. L522-3 du Code rural et de la pêche maritime

²⁵⁶⁶ Article 36 de la loi n°2001-624 du 17 juillet 2001, JORF 18 juillet 2001

²⁵⁶⁷ Conformément à l'article 19 septies de la loi du 10 septembre 1947

²⁵⁶⁸ Article 19 octies, loi du 10 septembre 1947 précit. : « Chaque associé dispose d'une voix à l'assemblée générale ou, s'il y a lieu, dans le collège auquel il appartient. Les statuts peuvent prévoir que les associés sont répartis en fonction de leur participation à l'activité de la coopérative ou de leur contribution à son développement, en trois ou plusieurs collèges. Chaque collège dispose d'un nombre égal de voix à l'assemblée générale, à moins que les statuts n'en disposent autrement. Dans ce cas, les statuts déterminent la répartition des associés dans chacun des collèges et le nombre de voix dont disposent les collègues au sein de cette assemblée, sans toutefois qu'un collège puisse détenir à lui seul plus de 50 % du total des droits de vote ou que sa part dans le total des droits de vote puisse être inférieure à 10 % de ce total et sans que, dans ces conditions, l'apport en capital constitue un critère de pondération. Les statuts peuvent prévoir que le quorum nécessaire pour que les assemblées délibèrent valablement est déterminé en fonction du nombre d'associés présents ou représentés. »

²⁵⁶⁹ V° VELARDOCCIO Dominique, « Propos conclusifs », in « La figure de l'associé », *Dr. Sociétés*, n°3, mars 2016, dossier, article p. 11.

²⁵⁷⁰ V° VELARDOCCIO Dominique, « Propos conclusifs », in Dossier « La figure de l'associé », *Dr. Sociétés*, n°3, mars 2016, dossier, article 11.

de l'associé²⁵⁷¹ autorise par conséquent à envisager un « associé *sui-generis* »²⁵⁷² sans que ne le principe d'égalité entre associé n'y fasse obstacle.

864. Par cette expression empruntée à Gérard Lyon-Caen qui voyait un risque d'idéalisation du droit positif en faisant du salarié un protecteur des intérêts de l'entreprise, une autre interprétation peut aujourd'hui être faite. En effet, l'approche de l'entreprise comme un système d'intérêts communs vise à prendre en considération l'ensemble des personnes et intérêts qui servent la société commerciale. Dès lors, une catégorie *sui generis* d'associé représenté par une personne physique ou morale pourrait assurer la défense de certains intérêts, et plus particulièrement celui de l'environnement. Cet associé pourrait être saisi ou s'auto-saisir, de toute question relative à l'environnement et donner des avis simples ou conformes préalablement aux décisions du dirigeant.

865. Aussi, il peut être prévu que l'associé en charge des intérêts de l'environnement dispose de droits de vote double ou d'un droit de veto lorsqu'est proposée une délibération ayant trait à une potentielle atteinte à l'environnement. Il faudra cependant veiller à ce que cela n'expose pas l'associé à l'engagement de sa responsabilité pour abus de minorité au détriment des intérêts de l'environnement. En effet, la jurisprudence considère que l'abus de minorité se caractérise lorsque l'attitude de l'associé a été « contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés »²⁵⁷³. Deux critères ressortent de cette jurisprudence, la démonstration de l'aspect essentiel de l'opération pour la société, indispensable pour le fonctionnement de la société ou de sa survie ; et la poursuite par l'associé minoritaire d'un intérêt propre, de considérations purement personnelles ou égoïstes²⁵⁷⁴. Si l'hypothèse de l'aspect essentiel de l'opération pour la pérennité de la société, le fait que l'associé *sui generis* poursuive des intérêts personnels est beaucoup plus discutable puisqu'il serait en charge d'assurer la protection de l'environnement, intérêt qui n'est pas personnel mais général pour l'ensemble de la Société. Aussi peuvent s'opposer dans ce cas l'intérêt général de la société commerciale et l'intérêt général de la Société dans son ensemble. Dans ce cas, il appartient au juge de déterminer *in concreto*, qui de l'intérêt propre de la société ou de l'intérêt de l'environnement doit prévaloir. Or, en prévoyant l'existence d'un associé *sui generis* en charge de la protection des intérêts de l'environnement, le juge pourrait constater que l'entreprise a hissé son exigence comportementale à un niveau plus élevé. La poursuite d'un comportement sobre par la présence d'un associé spécialement en

²⁵⁷¹ *Ibid.*

²⁵⁷² LYON-CAEN Gérard, « Défense et illustration du contrat de travail », Arch. de la philosophie du droit, Sur les notions du contrat, tome 13, Sirey, 1968, p.66 : « on idéalise le droit positif si on met à la charge du salarié une obligation de sauvegarder les intérêts de l'employeur et vice-versa ; de même, si on en fait une sorte d'associé *sui-generis* ».

²⁵⁷³ Cass. com., 9 mars 1993, n°91-14685, Bull. civ. IV, n°101; pour une confirmation récente de cette jurisprudence v° Cass. 3^{ème} civ., 21 décembre 2017, n°15-25627

²⁵⁷⁴ Par exemple CA Paris, 5 septembre 2013, n° 11-08180, Bull. Joly société, 31 mars 2014, n°3, p.173 : « Le refus par un actionnaire minoritaire de voter l'augmentation de capital, indispensable à la survie de la société, constitue un abus de minorité dès lors qu'il est dicté par des considérations purement personnelles de maintenir sa place dans le capital empêchant la société de sortir de l'impasse dans laquelle elle se trouvait.»

charge de la protection de l'environnement peut alors s'avérer d'une aide précieuse pour trancher le litige et aller dans le sens des intérêts défendus par l'associé *sui generis*. Au-delà de la question de cet associé représentant les intérêts de l'environnement et qualifiable d'associé-environnement, et des différentes possibilités envisagées pour intégrer l'environnement dans les éléments constitutants de la société c'est la question de l'apport en société qui peut être soulevée.

Section 2 Renouveler la notion d'apport en société

866. Le comportement sobre amène par définition à la maîtrise des ressources naturelles, aussi il convient pour les associés de l'entreprise sobre de veiller à ce que les apports répondent à cette exigence. Dès lors, il s'agit d'une part de ne pas affecter à la société des ressources naturelles excessives au regard de l'activité sociale projetée, et d'autre part, d'émettre l'hypothèse qu'il puisse exister d'autres formes d'apports que celles habituellement retenues, et plus spécifiquement un apport en environnement.

867. La notion d'associé est intimement liée à la réalisation d'un apport par celui-ci. Il ne peut y avoir de société sans apport²⁵⁷⁵ et un groupement sans apport risque d'être qualifié d'association²⁵⁷⁶. Selon l'article 1832 du Code civil, la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat « d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie ». Réaliser un apport en société consiste ainsi à « affecter à l'activité sociale une certaine somme d'argent, la propriété ou la jouissance d'un bien, une force de travail, son industrie, en contrepartie desquels l'apporteur reçoit des parts ou actions »²⁵⁷⁷. De la même manière que dans les développements précédents, a été confrontée la notion d'associé à celle d'environnement, il s'agit cette fois d'y confronter celle d'apport en société. Plus précisément, il s'agit de savoir dans quelle mesure l'environnement peut effectuer ou constituer un apport en société²⁵⁷⁸. Il peut être immédiatement objecté que pour effectuer un apport, la qualité d'associé est nécessaire. Pour contourner cette difficulté majeure, il faut pourtant concevoir que l'environnement puisse être considéré comme apporteur par le biais de sa représentation au sein de la société, par exemple par un associé *sui generis*. L'existence d'un représentant de l'environnement par une personne physique ou morale permet alors de concevoir « l'associé-environnement ». L'hypothèse à ce stade est donc celle d'un associé-environnement, qui effectue des apports en société et reçoit en conséquence des droits dans le capital social, proportionnels à ses apports²⁵⁷⁹.

868. L'idée d'un apport en environnement est loin d'être fantaisiste au regard des recherches en sciences économiques et plus précisément en économie de l'environnement. Longtemps, la création de valeur par l'entreprise a été réduite à deux notions, le capital et le travail. La nature en a été la grande absente puisqu'elle a pu être considérée par certains

²⁵⁷⁵ MESTRE Jacques (dir.), *Lamy sociétés commerciales*, février 2018, n°265, v° *définition des apports*

²⁵⁷⁶ V° GROSCLAUDE Laurent, « Société ou association ? » RTD com., 2003, p. 754, à propos d'un arrêt Cass. com. 12 mars 2002, n° 99-11060, inédit. L'arrêt retient la qualification d'association au motif que les membres du groupement se bornent à verser une cotisation modeste (5 livres sterling), ne réalisent pas d'apport en vue de la constitution d'un capital et que ce groupement a pour objet de « protéger et promouvoir les intérêts du commerce du whisky écossais en général » sur le territoire national et à l'étranger.

²⁵⁷⁷ MESTRE Jacques (dir.), *Lamy sociétés commerciales*, février 2018, n°265, v° *définition des apports*

²⁵⁷⁸ Par l'opération d'apport ou par l'objet de l'apport. Sur cette distinction v. *supra*

²⁵⁷⁹ Code civil, art.1843-2 al.1^{er} : « Les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci. »

économistes, dont Thomas Malthus et David Ricardo, comme un « don de la nature au capital »²⁵⁸⁰. Cette déconsidération de la nature face au travail et au capital, considérés comme les seuls moyens nécessaires à la création de richesse par l'entreprise, a notamment été combattue par Karl Marx qui indique que : « le travail n'est pas la source de toute richesse, la nature est tout autant la source des valeurs d'usage que le travail lui-même, qui n'est lui-même que l'expression d'une force naturelle, la force de travail de l'homme »²⁵⁸¹. Pour Marx, la nature n'est pas un don ou un « cadeau de la nature au capital »²⁵⁸², elle est la « source première de tous les moyens et matériaux de travail »²⁵⁸³. La lecture contemporaine de Marx – ou écosocialisme²⁵⁸⁴ – permet d'indiquer que la nature est une source de richesse, une valeur d'usage, c'est-à-dire possédant une vertu intrinsèque²⁵⁸⁵. Ce qui n'est pas sans rappeler la définition juridique des biens caractérisés par leur utilité, leur valeur²⁵⁸⁶. Par extension, si l'on considère que l'environnement comporte une « valeur d'usage » propre, il doit par conséquent pouvoir faire l'objet d'une comptabilisation²⁵⁸⁷ au titre des apports du contrat de société car il contribue à créer la valeur de l'entreprise. Cette idée qu'il convient de développer en droit, trouve son origine dans l'économie de l'environnement. Ainsi, le mouvement de « monétarisation de l'environnement » ou de mise en économie de l'environnement²⁵⁸⁸ tend aujourd'hui à donner une valeur à chaque élément de l'environnement. Des objectifs politiques sont par exemple fixés par l'Union européenne pour assurer la protection des « services écosystémiques »²⁵⁸⁹ ou du « capital naturel »²⁵⁹⁰, c'est-à-dire « les avantages que

²⁵⁸⁰ BELLAMY FOSTER John, «Karl Marx et l'exploitation de la nature», Le Monde diplomatique, juin 2018, p.3

²⁵⁸¹ MARX Karl, *Critique du programme de Gotha*, Londres, 5 mai 1875, en ligne http://classiques.uqac.ca/classiques/Engels_Marx/critique_progr_gotha/programme_gotha.pdf consulté le 26 avril 2019 ; BELLAMY FOSTER John, «Karl Marx et l'exploitation de la nature», Le Monde diplomatique, juin 2018, p. 3.

²⁵⁸² BELLAMY FOSTER John, «Karl Marx et l'exploitation de la nature», Le Monde diplomatique, juin 2018, p. 3, indiquant que l'idée de la nature, perçue comme un don fait au capital par les physiocrates Ricardo et Malthus fut combattue par Marx.

²⁵⁸³ *Ibid.*

²⁵⁸⁴ BELLAMY FOSTER John, «Karl Marx et l'exploitation de la nature», Le Monde diplomatique, juin 2018, p. 3.

²⁵⁸⁵ MARX Karl, *Le Capital, Tome 1er*, PUF, 1993, p.40, Marx indique que la valeur d'usage désigne le caractère utile d'une chose, le fait que la chose ait vertu intrinsèque.

²⁵⁸⁶ MALAURIE Phillipe, AYNES Laurent, *Les biens*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2015, p. 21, spéc. 9 : « Un mot de Portalis est révélateur : « Les choses ne seraient rien pour le législateur sans l'utilité qu'en tirent les hommes » : elles ne sont des biens que si elles ont une valeur et sont susceptible d'appropriation ».

²⁵⁸⁷ V. en ce sens JOURDAIN Edouard, *Quelles normes comptables pour une société du commun ?*, Charles Léopold Mayer, avril 2019, 220 p.

²⁵⁸⁸ V° par exemple ABDELMALKI Lahsen, MUNDLER Patrick, *Economie de l'environnement et développement durable*, De Boeck Supérieur, 2010, 224 p. ; et aussi BOUDIA Soraya, PESTRE Dominique, « Mises en économie de l'environnement et hégémonie politique » in *Les mises en économie de l'environnement*, Revue Ecologie & politique, éd. Le Bord de l'eau, 2016/1, n°52, dossier, pp. 13-18

²⁵⁸⁹ Parlement européen et Conseil européen, décision n°1386/2013/UE relative à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020, « Bien vivre, dans les limites de notre planète », 20 novembre 2013 : « L'Union a convenu d'enrayer la perte de biodiversité et la dégradation des services écosystémiques sur son territoire d'ici à 2020 et d'assurer leur rétablissement dans la mesure du possible, tout en renforçant la contribution de l'Union à la prévention de la perte de biodiversité à l'échelle de la planète. (...) La perte de biodiversité et la dégradation des écosystèmes de l'Union n'ont pas seulement des conséquences importantes sur l'environnement et le bien-être humain, elles ont aussi des incidences sur les générations futures et un coût pour la société dans son ensemble, notamment pour les acteurs économiques des secteurs qui dépendent directement des services écosystémiques.». Les services écosystémiques sont également désignés par l'expression «capital naturel», v° TRÉBULLE François-Guy, « Marché et protection de la biodiversité: les unités de compensation écologique », in SOHNLE Jochen, CAMPROUX-DUFFRÈNE Marie-Pierre, *Marché et environnement*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2014, p. 261 : « À côté du capital humain et du capital financier, il conviendrait d'optimiser l'usage du capital naturel, pour ce qui nous intéresse, de la biodiversité».

les populations retirent des écosystèmes » pour la satisfaction de leurs besoins²⁵⁹¹. Cette « économisation » de l'environnement fait l'objet de vifs débats entre ses partisans et ses opposants²⁵⁹². En effet, le recours à l'évaluation économique est une méthode qui peut se révéler à « double tranchant, voire se retourner contre les défenseurs de la nature »²⁵⁹³. L'économisation de l'environnement soulève en réalité l'enjeu majeur des moyens à mettre en œuvre pour assurer sa protection, alors que l'environnement est constamment mis en balance avec les impératifs du marché ou, de manière générale, avec une vision économique²⁵⁹⁴. Sans entrer plus avant dans ce débat, il peut toutefois être proposé que la « mise en économie de la nature »²⁵⁹⁵, permette de considérer que des éléments de l'environnement soient à tout le moins « comptabilisés »²⁵⁹⁶ en tant qu'apport dans une société commerciale. Et ce, au même titre que les apports en capital au sens large (en numéraire et en nature) ou en travail (en industrie). En ce sens, l'intégration de l'environnement dans la notion d'apport permet alors de réunir à la fois l'enjeu économique, social et environnemental au sein de la société. Cette hypothèse d'apport en

²⁵⁹⁰ Parlement européen et Conseil européen, décision n°1386/2013/UE relative à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020, « Bien vivre, dans les limites de notre planète », 20 novembre 2013 : « Le 7e PAE reflète l'engagement de l'Union de devenir une économie verte inclusive, qui garantisse croissance et développement, préserve la santé et le bien-être de l'homme, fournisse des emplois dignes de ce nom, réduise les inégalités, investisse dans la biodiversité et la protège, y compris les services écosystémiques qu'elle fournit (le capital naturel), pour sa valeur intrinsèque et sa contribution au bien-être de l'homme et à la prospérité économique. »

²⁵⁹¹ HAUTEREAU-BOUTTONNET Mathilde, TRUILHE-MARENGO Eve (dir.), *Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité ?*, Mare & Martin, coll. Droit sciences & environnement, 2017, 325 p., p.62 : « La notion de services écosystémiques s'est progressivement imposée pour désigner les avantages que les populations retirent des écosystèmes, en suggérant un parallèle avec les services que les sociétés humaines s'organisent pour produire en fonction de leurs besoins ».

²⁵⁹² Pour un aperçu d'ensemble de la question v° LEVREL Harold, MISSEMER Antoine, « La mise en économie de la nature, contrepoints historiques et contemporains », *Revue économique*, 2018, prépublication, pp.120-146. Les auteurs recensent 980 articles sur la question pour une thématique qui croît depuis les années 2010. Ils relèvent que le sujet n'est pas nouveau puisque dès le XVIIème et le XVIIIème siècle la nature faisait l'objet d'une marchandisation à travers le mouvement des enclosures et un processus de privatisation des espaces naturels (parcelles de forêts...). Les auteurs prennent de nombreux exemples d'évaluations monétaires à partir du XXème siècle, le plus souvent effectuées sous l'angle d'une « analyse coût-bénéfices autour de projets de développement ou, inversement, de conservation : par exemple les coûts occasionnés par des espèces nuisibles sur les récoltes, ou encore l'évaluation monétaires du service indirect fourni par la forêt pour la perpétuation de certaines espèces de poissons et de gibier. V. aussi SOHNLE Jochen, CAMPROUX-DUFFRÈNE Marie-Pierre (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2014, 503 p.

²⁵⁹³ GADREY Jean, LALUCQ Aurore, « Que valent les méthodes d'évaluation monétaire de la nature ? », in *Une économie écologique est-elle possible ?*, L'économie politique, 2016/1, n°69, p. 76.

²⁵⁹⁴ LUCAS Marthe, *Etude juridique de la compensation écologique*, Thèse Strasbourg, 2012, LGDJ, 2015, 632 p., spéc. 60 : « La commission européenne en vient par exemple à justifier la préservation des sites Natura 2000 par les bénéfices économiques retirés. L'importance du coût qu'aurait à déboursé la collectivité pour restaurer les services écosystémiques devient l'argument phare de la préservation de l'environnement. Certes, l'ensemble des acteurs ne se retrouvent pas dans cette approche – qui peut par ailleurs apparaître inquiétante – de monétarisation, de valorisation économique de la biodiversité (...) ».

²⁵⁹⁵ LEVREL Harold, MISSEMER Antoine, « La mise en économie de la nature, contrepoints historiques et contemporains », *Revue économique*, 2018, prépublication, pp.120-146

²⁵⁹⁶ V° en ce sens, les objectifs poursuivis par l'Union européenne dans le 7^{ème} programme d'action pour l'environnement Parlement européen et Conseil européen, décision n°1386/2013/UE relative à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020, « Bien vivre, dans les limites de notre planète », 20 novembre 2013, Annexe, point 27 : « L'intégration de la valeur économique des services écosystémiques dans les systèmes de comptabilité et de notification au niveau de l'Union et au niveau national d'ici à 2020 permettra une meilleure gestion du capital naturel de l'Union » ; v. aussi HOUDET Joël, *Entreprises, biodiversité et services écosystémiques. Quelles interactions et stratégies ? Quelles comptabilités ?*, Thèse, Gestion et management, AgroParisTech, 2010, 356 p. ; TELLER Marina, « RSE et comptabilité : pour une responsabilité environnementale, sociale et comptable », in TRÉBULLE François Guy, UZAN Odile (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés droit et gestion*, Economica, coll. Etudes juridiques, n°42, 2011, p.275 et s. ; JOURDAIN Edouard, *Quelles normes comptables pour une société du commun ?*, Charles Léopold Mayer, avril 2019, 220 p.

environnement permettant par ailleurs de mieux refléter la réalité des quantités et de la qualité des ressources naturelles affectées par la société commerciale à son activité. Repenser la notion d'apport en société ouvre ainsi la possibilité de conforter la caractérisation d'une entreprise sobre, qui pense donc sa sobriété dès sa constitution. Il s'agit donc de proposer l'idée qu'il puisse exister des apports provenant de l'associé-environnement²⁵⁹⁷ ou, plus exactement, des services écosystémiques apportés à la société commerciale (II). Au préalable, il convient d'exposer plus précisément la notion juridique d'apport (I).

I. L'apport un élément constitutif du capital social

869. « Sans apport de chaque associé, il n'y a pas contrat de société »²⁵⁹⁸. En effet, l'apport remplit une double fonction dans l'existence d'une société commerciale²⁵⁹⁹. D'une part, l'apport est un mode de financement de la société commerciale, puisqu'il permet la mise à disposition des biens utiles à son exploitation sociale²⁶⁰⁰. D'autre part, l'apport constitue une garantie pour les tiers car il assure aux créanciers sociaux un gage qui puisse être jugé suffisant²⁶⁰¹. Dans le même sens, Georges Tonnellier, auteur d'une thèse relative aux apports en nature dans les sociétés par action, observait en 1884 : « qu'une société ne présente pas de garantie sérieuse aux associés et aux tiers qu'autant que la base de ses opérations est solide et que les bénéfices sont répartis proportionnellement à la participation de chacun dans l'œuvre commune »²⁶⁰². Cette affirmation peut être reprise pour souligner qu'une société commerciale qui ne disposerait pas d'apports suffisants²⁶⁰³ ne pourrait pas réaliser l'objet social pour lequel elle a été constituée et ne présenterait pas de garanties suffisantes envers les tiers.

870. Plus précisément, l'apport est le contrat par lequel l'associé affecte un bien ou un droit à la société en contrepartie de la remise de titres sociaux²⁶⁰⁴. L'apport est le deuxième élément constitutif du contrat de société exigé par l'article 1832 du code civil qui exige que les associés « affectent » à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. L'apport est donc intimement lié à la qualité d'associé, autant qu'à l'existence du contrat de société

²⁵⁹⁷ Plus exactement, par l'intermédiaire de son représentant qui peut être une association de protection de l'environnement, un Conservatoire régional d'espaces naturels, l'Office national des forêts, le Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, un Parc régional naturel, une association de chasseurs...

²⁵⁹⁸ BLAISE Henry, *L'apport en société*, Thèse, Rennes, Sirey 1955, p.15 ; v. aussi MESTRE Jacques (dir.), *Lamy sociétés commerciales*, 2018, n° 266 : « Sans apport de chaque associé, il n'y a pas contrat de société », cf Cass. Com., 1^{er} déc. 1981, n° 79-10.949, Bull. civ. IV, n° 420 ; Cass. com. 1^{ère} civ. 26 janv. 1988, n°85-18.618, BJS 1988, p.193 ; v. encore *L'apport en société dans tous ses états*, BJS 2009, n° thématique, p. 1148.

²⁵⁹⁹ BLAISE Henry, *ibid.*, p. 383.

²⁶⁰⁰ *Ibid.*

²⁶⁰¹ *Ibid.*

²⁶⁰² TONNELIER Georges, *Des apports en nature dans les sociétés par actions*, Paris, 1884, introduction, p. 1

²⁶⁰³ *Ibid.*, p. 2, l'auteur parle également de « fonds social faisant défaut ».

²⁶⁰⁴ COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 31^{ème} éd., 2018, Lexisnexis, n°183 ; art. 1843-3 c. civ.

commerciale²⁶⁰⁵. En contrepartie de leur apport, l'article 1843-2 al.1^{er} dispose que les associés reçoivent des droits dans le capital social de la société qui sont proportionnels à leurs apports²⁶⁰⁶. Le deuxième alinéa du même article indique que les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social²⁶⁰⁷. Il faut alors comprendre que les autres formes d'apports, précisées à l'article 1843-3 du code civil, en nature et en numéraire, participent de la formation du « capital social »²⁶⁰⁸.

871. Dès lors, que faut-il entendre par capital social ? Les textes ne définissent pas le capital social malgré sa présence à l'article 1835 du code civil²⁶⁰⁹. Synonyme de fonds social, de base des opérations²⁶¹⁰, voire de « trésor servant de gage aux créanciers sociaux »²⁶¹¹, le capital social est constitué des apports effectués par les associés en vue de la réalisation de l'objet social de la société²⁶¹². Il est plus précisément une « évaluation chiffrée des biens apportés à la société » et la « présentation comptable qui en est faite » avec l'inscription au bilan de la société d'un actif et d'un passif pour un montant identique²⁶¹³. Le capital social constitue les « premiers moyens de subsistance de la société »²⁶¹⁴ et la « principale source de financement de l'activité sociale »²⁶¹⁵. Le capital social ne doit pas être confondu avec le patrimoine social. Alors que le premier est en principe fixe²⁶¹⁶ et « représente le

²⁶⁰⁵ MESTRE Jacques (dir.), *Lamy sociétés commerciales*, 2018, n° 274, précité

²⁶⁰⁶ Article 1843-2 al.1^{er} c. civ. : « Les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société et au cours de l'existence de celle-ci. ». En ce sens, le contrat de société est *commutatif* puisque chacune des parties recevra l'équivalent de ce qu'elle s'est engagée à donner ou à faire pour la société, v° l'article 1104 du code civil.

²⁶⁰⁷ Art. 1843-2 al.2, c. civ. : « Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social mais donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes ».

²⁶⁰⁸ Art. 1843-3 al.1, c. civ. : « Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie. ».

²⁶⁰⁹ Art. 1835 du code civil : « Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement. ».

²⁶¹⁰ TONNELIER Georges., thèse précitée, p.1

²⁶¹¹ MASSART Thibault, « Contrat de société », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, août 2018, v° spéc. 48 *notion de capital social* : « En l'absence de définition légale, l'imagerie populaire voit parfois dans le capital social un trésor mis en lieu sûr et servant de gage aux créanciers sociaux (...). Aujourd'hui cependant, la doctrine majoritaire considère que le capital social est d'une part, une ligne d'arrêt tracée dans l'actif social, sans identification de valeurs précises autour du cercle de la valeur primitive des apports, et d'autre part, un poste du passif de la société. » ; MERLE Philippe, FAUCHON Anne, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, précis, 21^{ème} éd., 2017, p.135, spéc. 114 : les auteurs parlent de « gage minimum des créanciers » ; LECOURT Arnaud, « Capital social », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, février 2019, n°36 *apport en numéraire* : Pour cet auteur, l'apport en numéraire constitue « l'assise fondamentale du financement de l'activité sociale » en ce qu'il permet d'assurer immédiatement la trésorerie nécessaire à l'exploitation de la société.

²⁶¹² BLAISE Henry, thèse préc., p.13 : « tous les apports concourent au même but : la constitution d'un patrimoine social ou tout au moins l'affectation de certains biens à la poursuite de l'objet de l'exploitation sociale ».

²⁶¹³ V° PETIT Bruno, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2015, p.35

²⁶¹⁴ ITSIEMBOU MABIKA Nany Elodie, *L'utilité du capital social : étude de droit français*, Thèse, Clermont-Ferrand I, 2010, p. 2

²⁶¹⁵ DUQUESNE François, *Droit des sociétés commerciales*, Bruylant, coll. Paradigme, 4^{ème} éd°, 2017, p.126

²⁶¹⁶ Sous réserve d'une modification du capital. Pour les sociétés anonymes après décision de l'assemblée générale extraordinaire (AGE) décidant de l'augmentation du capital (art. L225-127 à L225-150 du code de commerce), l'amortissement du capital (art. L225-198 à L225-203 également possible par stipulation statutaire) ou la réduction du capital (art. L225-204 à L225-205). Pour les autres formes de société, y compris les sociétés anonymes constituées en coopératives, le capital social peut être variable par stipulation statutaire indiquant que la société est « à capital variable » (art. L231-1 du code de commerce), ce qui permet une plus grande souplesse d'entrée et de sortie des associés sans nécessairement réunir une AGE

montant des apports mis à la disposition de l'entreprise »²⁶¹⁷ et « revêt le caractère d'une dette contractée à l'égard des associés apporteurs »²⁶¹⁸ ; le second relève du principe d'autonomie de la personne morale, il est le patrimoine propre de la société et « comprend l'ensemble des droits et obligations de la société »²⁶¹⁹ qui sont variables au cours de la vie sociétaire.

872. Avant d'envisager par la suite l'hypothèse d'un apport en environnement, il convient de préciser que l'apport recouvre deux réalités distinctes, l'opération d'apport et la forme de l'apport. Selon Henry Blaise, l'expression « apport en société » désigne en premier lieu, l'opération juridique consistant à mettre en commun certains biens (**B**). En second lieu, l'expression désigne les biens ou l'industrie mis en commun par l'associé, soit la forme de l'apport, c'est-à-dire ce qui est concrètement apporté à la société pour la réalisation de son objet social²⁶²⁰. Il n'en existe que trois formes (**A**).

A. Les trois formes de l'apport

873. L'apport est un bien mis en commun par l'associé²⁶²¹ ou l'affectation d'une industrie (l'activité, le travail, le savoir-faire) à l'entreprise commune²⁶²². La forme de l'apport est précisée à l'article 1843-3 alinéa 1^{er} du code civil qui prévoit qu'il peut être réalisé en numéraire, en nature ou en industrie. Il convient de les présenter brièvement.

874. L'apport en numéraire est l'apport d'une « somme », sans que la forme monétaire ne soit précisée (argent liquide, chèque, voire monnaie électronique...)²⁶²³. Concrètement, l'associé s'engage à effectuer un apport d'un montant déterminé (souscription) puis à verser la somme d'argent à la société (libération)²⁶²⁴. Il peut également s'agir d'une avance

²⁶¹⁷ MERLE Philippe, FAUCHON Anne, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, précis, 21^{ème} éd., 2017, p.135 spéc.114

²⁶¹⁸ DUQUESNE François, *Droit des sociétés commerciales*, Bruylant, coll. Paradigme, 4^{ème} éd°, 2017, p.126

²⁶¹⁹ *Ibid.*

²⁶²⁰ BLAISE Henry, thèse préc., p. 4 ; Cette distinction est également reprise par LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2018, spéc. n° 200 ; et aussi GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine, in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, juin 2011, spéc. 2.

²⁶²¹ *Ibid.*

²⁶²² Conformément à l'article 1832 du Code civil, deux ou plusieurs personnes affectent à une entreprise commune « des biens ou leur industrie » en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. L'article 1835 du code civil vient compléter l'exigence d'apport en employant expressément ce terme pour dans la détermination des statuts de la société qui doivent comporter « outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de fonctionnement et les modalités de son fonctionnement »

²⁶²³ MESTRE Jacques (dir.), *Lamy sociétés commerciales*, 2018, n° 272 : « Selon l'article 1833 ancien, alinéa 2, du code civil, ces apports consistaient à apporter « de l'argent » à la société. Cette expression n'a pas été reprise par la loi du 4 janvier 1978 (L. no 78-9, 4 janv. 1978). L'article 1843-3 nouveau du code civil emploie le mot « numéraire » (C. civ., art. 1843-3, al. 1er) ou le mot « somme » (C. civ., art. 1843-3, al. 7). S'agit-il uniquement d'argent liquide ou est-il permis d'entendre par « numéraire » aussi les chèques ? Les dispositions du Code de commerce ne donnent pas de précision à ce sujet.». Cette absence de précision peut éventuellement permettre d'y inclure les nouvelles formes de monnaies électroniques (aussi appelées crypto-monnaies comme le bitcoin...). Mais il n'est pas sûr que les associés acceptent des apports sous cette forme au regard de l'incertitude entourant ces formes de monnaies en raison de leur forte volatilité, ce qui n'est pas non plus rassurant pour les créanciers sociaux.

²⁶²⁴ Sur cette distinction et la possibilité d'une libération partielle au fur et à mesure v° COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 30^{ème} éd., 2017, p. 68, spéc. 181

en compte courant d'associé qui s'assimile à un prêt effectué par l'associé à la société. Dans ce cas, l'associé-environnement - représentant ses intérêts au sein de la société - pourrait effectuer un apport de somme d'argent.

875. L'apport en nature²⁶²⁵ est défini négativement, il s'agit d'apports constitués par des « biens autres que du numéraire »²⁶²⁶. Selon l'article 1843-3 alinéa 2 du code civil, « les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits correspondants et par la mise à disposition effective des biens ». Ces biens peuvent être apportés en jouissance (tel un bailleur envers son locataire) ou en propriété (tel un vendeur envers son acheteur)²⁶²⁷. Aussi, puisqu'il s'agit de biens, c'est-à-dire des choses dont l'homme retire une utilité et qui sont susceptibles d'appropriation²⁶²⁸, « la variété des apports en nature est pratiquement illimitée »²⁶²⁹. Ils peuvent être des biens immeubles ou des biens meubles, tant corporels, qu'incorporels, comme par exemple un fonds de commerce, une créance, une marque, une part sociale, un brevet d'invention ou encore un certificat d'obtention végétal. Il peut s'agir de biens démembrés comme l'apport d'un bien indivis²⁶³⁰ ou d'un droit d'usufruit, soit le droit réel temporaire qui confère à son titulaire – en l'occurrence la société – l'usage et la jouissance du bien, à charge pour celui-ci d'en conserver la substance²⁶³¹. L'apport en nature est en principe un élément d'actif²⁶³² et non un élément passif, c'est-à-dire qui représente une « valeur nette positive ». Cependant, un bien pourrait comporter un passif qui dépasse potentiellement sa valeur, notamment s'il est

²⁶²⁵ V° par exemple ROUAST Joseph, *La notion juridique d'apport en nature*, thèse, Paris, 1949 ; SCORDEL Jules, *Les apports en nature dans les sociétés par action*, thèse, Paris, Sirey, 1930, 482 p.

²⁶²⁶ MESTRE Jacques (dir.), *Lamy sociétés commerciales*, 2018, n° 284

²⁶²⁷ Code civil, art. 1843-3 al. 3 et al. 4 : « Lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur. Lorsqu'il est en jouissance, l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur. Toutefois, lorsque l'apport en jouissance porte sur des choses de genre ou sur tous autres biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société, le contrat transfère à celle-ci la propriété des biens apportés, à charge d'en rendre une pareille quantité, qualité et valeur ; dans ce cas, l'apporteur est garant dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. »

²⁶²⁸ MALAURIE Phillippe, AYNES Laurent, *Les biens*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2015, p.21, spéc. 9 : « Un mot de Portalis est révélateur : « Les choses ne seraient rien pour le législateur sans l'utilité qu'en tirent les hommes » : elles ne sont des biens que si elles ont une valeur et sont susceptible d'appropriation ».

²⁶²⁹ MESTRE Jacques (dir.), *Lamy sociétés commerciales*, 2018, n°284.

²⁶³⁰ DONDERO Bruno, LE CANNU Paul, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2018, spéc. n° 215 : les auteurs distinguent la situation d'un bien indivis apporté par l'ensemble des indivisaires et dans ce cas chacun reçoit des droits sociaux indivis; soit un seul copropriétaire apporte un droit indivis et la société va devenir copropriétaire elle-même avec les autres indivisaires de l'apporteur.

²⁶³¹ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, op. cit. ; article 578 du code civil.

²⁶³² V° BRIGNON Bastien, *L'actif social. Plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Université Paul Cézanne, coll. de l'institut de droit des affaires, 2009, p.18 : « L'actif représente alors l'ensemble des biens ou droits constituant un patrimoine ou une universalité juridique (...) » ; p. 25 « L'actif social, ou l'actif de la société, représente l'ensemble des biens et des droits composant le patrimoine d'une société (au sens de l'article 1832 du Code civil), civile ou commerciale, à un instant donné, par opposition au passif social. » ; p.26 « En réalité l'actif social n'est pas défini car il représente toujours la même chose, peu important la forme sous laquelle il apparaît : une richesse, une valeur positive que possède la société. C'est du moins ce qu'il ressort de l'article 211-1 1° du Plan comptable général – applicable à toutes les sociétés françaises, qu'elles établissent des comptes consolidés ou individuel – qui définit l'actif conformément aux normes comptables internationales, comme « un élément identifiable du patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entité, c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait d'événements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs ». L'actif social constitue donc toutes les ressources dont dispose une société ».

grevé d'une obligation réelle (un terrain pollué par exemple)²⁶³³. En ce sens, l'apport d'un bien immeuble comportant une obligation réelle environnementale peut constituer un apport en nature²⁶³⁴. Dans le cas d'un bien comportant un élément passif, il faut alors que le bien représente une valeur positive nette, « autrement, l'apport ne serait pas libéré, et devrait être considéré comme fictif »²⁶³⁵.

876. Enfin, l'apport en industrie s'entend de l'activité exercée ou du service rendu par l'associé pour le compte de la société, une activité professionnelle par exemple²⁶³⁶. L'apport en industrie n'est pas autorisé en principe dans les sociétés de capitaux²⁶³⁷ hormis pour la SAS²⁶³⁸ et s'applique donc essentiellement aux sociétés de personnes (société civile, société à responsabilité limitée, société en nom collectif). Par ailleurs, l'article 1843-2 al. 2 indique que « les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social mais donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes ». La raison exposée est celle de la « délicate estimation de la valeur de l'apport en industrie »²⁶³⁹ et aussi, de la difficulté pour les tiers de procéder à « l'exécution forcée qui ne peut être faite en nature dans l'apport en industrie »²⁶⁴⁰. Pourtant, cette impossibilité à faire figurer l'apport en industrie au capital social est contestée et il est souhaité son incorporation²⁶⁴¹. Aussi, l'affirmation selon laquelle l'apport en industrie est nécessairement temporaire²⁶⁴² est discutable lorsqu'il est envisagé un apport en environnement dans les développements suivants .

B. L'opération juridique d'apport

877. Si les articles 1832 et 1843-3 du code civil exigent tous deux un apport, l'article 1832 exige davantage une promesse d'apport lors de la constitution de la société, tandis que

²⁶³³ V° les développements de LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^{ème} éd., spéc. 218-219 : « On peut donner l'exemple d'un terrain pollué apporté à une société: il est possible que le coût de la dépollution dépasse largement la valeur du terrain; on ne conçoit pas un "apport de valeur négative" qui aboutirait à créer une charge au débit de la société ».

²⁶³⁴ Code de l'environnement, art. L132-3 al.1 : « Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques. ».

²⁶³⁵ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2018, spéc. n° 221.

²⁶³⁶ V° sur l'apport en industrie, MASSART Thibault, « Contrat de société », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, août 2018, n° 59 *apport en industrie* ; et aussi MALECKI Catherine, « L'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien-aimé ? », Bull. Joly 2004. 1169

²⁶³⁷ L'article L225-3 du code de commerce prévoit pour les SA que « Les actions ne peuvent représenter des apports en industrie ». Une atténuation existe pour les SAS à l'article L227-1 : « La société par actions simplifiée peut émettre des actions inaliénables résultants d'apports en industrie tel que définis à l'article 1843-2 du code civil. ».

²⁶³⁸ Art. L227-1 al. 4, c. com.

²⁶³⁹ <https://www.infogreffe.fr/informations-et-dossiers-entreprises/dossiers-thematiques/creation-entreprise/le-capital-social.html>, consulté le 8 juin 2018.

²⁶⁴⁰ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2018, spéc. n° 229.

²⁶⁴¹ NURIT-PONTIER Laure, « Repenser les apports en industrie », LPA, 3 juillet 2002, n°132, p. 4.

²⁶⁴² LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2018, spéc. n° 208 : « Rappelons que l'apport en industrie, qui, par nature, est temporaire, n'est pas admis dans les sociétés de capitaux, à l'exception de la SARL et de la SAS. »

l'article 1843-3 insiste sur l'obligation de « libération » de l'apport. Ce dernier dispose que « chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie ». L'article 1843-3 précise les situations dans le cas où l'associé ne réaliserait pas la libération de l'apport, par exemple par le non-versement d'une somme d'argent, par l'absence de mise à disposition effective d'un bien ou par la dissimulation de gains par un associé qui s'est obligé à apporter son industrie à la société. L'obligation de réaliser l'apport a été considérée par la jurisprudence comme un élément indispensable du contrat de société. Elle est qualifiée de disposition d'ordre public : « dont le respect est fondamental pour assurer tant la garantie des tiers que le fonctionnement de la société »²⁶⁴³. Aussi, l'associé « ne peut ignorer un principe aussi élémentaire du droit des sociétés » pour ne pas libérer l'apport promis à la constitution de la société²⁶⁴⁴.

878. Dans sa thèse relative au contrat d'apport, Matthieu Buchberger observe que l'obligation de libération de l'apport se traduit en principe par une obligation de donner ou par exception, une obligation de faire²⁶⁴⁵. L'auteur intègre ainsi dans l'obligation de donner, l'apport en numéraire (payer une somme d'argent) et l'apport en nature en propriété (transmettre la propriété d'un bien meuble ou immeuble à la société avec les droits réels s'y rapportant). Il intègre ensuite dans l'obligation de faire, l'apport en nature en jouissance (mise à disposition d'un bien au profit de la société)²⁶⁴⁶ et l'apport en industrie (l'activité, le service, le savoir-faire, le talent)²⁶⁴⁷, puisque « l'associé s'engage à faire profiter la société de son travail, son industrie »²⁶⁴⁸.

879. Vue comme une obligation de donner ou de faire, la réalisation d'un apport par l'associé-environnement envers la société s'avère délicate car elle suppose un acte positif. Or, si l'on s'en tient à la première approche de l'apport, uniquement à travers son objet, la seule existence d'une chose commune de l'environnement, constitue l'apport lui-même. En réalité, la question de sa libération ne se pose pas puisque dans l'hypothèse d'une chose commune²⁶⁴⁹, elle n'a encore jamais fait l'objet d'appropriation et la société peut *a priori* en disposer immédiatement sans que l'associé représentant les intérêts de l'environnement n'ait de démarche positive à effectuer, exceptée celle de la souscription.

²⁶⁴³ Cass. Civ. 20 juill. 1908, DP 1909. 1. 93. ; et aussi Cass. req., 15 déc. 1920, S. 1922, I, p.17, note Bourcard G.

²⁶⁴⁴ CA Paris, 3^{ème} ch. A, 27 nov. 1990, n°89/015033

²⁶⁴⁵ BUCHBERGER Matthieu, *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, Thèse, Paris II, 2009, Editions Panthéon Assas, 2011, p.72 et s.

²⁶⁴⁶ V° ENGEL Philippe, « Associé et créancier : l'apporteur en jouissance dans les sociétés de capitaux », JCP E, 1998, n°92, p.2056 : « L'apporteur est titulaire de droits sur des biens qu'il à disposition », l'auteur prend comme exemple un immeuble, un fonds de commerce, un bail, une somme d'argent. L'apport en jouissance peut également être la mise à disposition d'actions, v° GODON Laurent, « Qu'est-ce qu'un actionnaire », Rev. sociétés, 1999, p.795.

²⁶⁴⁷ V° NURIT-PONTIER Laure, « Repenser les apports en industrie », LPA, 3 juillet 2002, n° 132, p.4

²⁶⁴⁸ BUCHBERGER Matthieu, thèse précitée, p. 74, n°63

²⁶⁴⁹ Selon l'article 714 al.1^{er} du code civil : « il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». Cette approche est éminemment critiquable au regard de la dégradation des ressources naturelles et d'une abondance qui se diminue v° MALAURIE Phillipe, AYNES Laurent, *Les biens*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2015, p.70, spéc. 164, citant MALAFOSSE Jean de, *Le droit à la nature*, Montchrestien, 1973, p.186 : « Un tel principe est en contradiction avec la plus élémentaire politique de protection de la nature. (...) Il ne peut plus y avoir d'usage banal des ressource naturelles ».

La promesse d'apport constituant en quelque sorte elle-même la « libération ». Pour résoudre la question de la libération de l'apport et de l'acte positif qui l'accompagne, l'apport doit en réalité être exprimé à travers son but, soit la constitution d'un capital social en vue de réaliser l'objet social de la société. Par conséquent, il est plus approprié d'employer l'expression « apport en environnement » plutôt que celle d'un « apport de l'environnement ». En effet, utiliser l'approche opérationnelle de l'apport pour l'environnement est absurde en l'occurrence puisqu'il est impossible d'identifier l'expression d'une quelconque obligation de donner ou de faire. Pas plus que ne sera identifiable la non-libération de l'apport par l'environnement²⁶⁵⁰. En d'autres termes, on n'oblige pas la nature à opérer une mise à disposition à la société de ses ressources naturelles. L'emploi des termes « apport en environnement » est par conséquent préférable pour désigner l'apport, réduit à sa forme et qui se confond avec l'opération d'apport. Par conséquent, un apport en environnement ne peut être qu'une obligation passive pour l'associé-environnement, c'est-à-dire ne pas faire obstacle, s'abstenir d'empêcher la société de faire usage de la ressource naturelle promise comme apport en environnement. Il faut comprendre dans cette approche, que l'opération juridique d'apport en environnement est indirectement opérée par la société elle-même. L'environnement n'exprimant aucune intention d'affectation, seul l'associé-environnement pourrait indiquer à la société commerciale la quotité de l'apport pouvant être affecté à l'activité sociale. Il pourrait ainsi être imaginé qu'un apport en environnement puisse être un stock de poissons dont la substance doit être préservé par la possibilité de leur renouvellement. Dès lors, il s'agit de caractériser l'objet de l'apport en environnement, et plus précisément, envisager si l'apport en environnement peut être en numéraire, en nature ou en industrie.

²⁶⁵⁰ On imagine mal forcer l'associé-environnement à fournir du gibier à une société de chasse...

II. Les contours de l'apport en environnement

880. « A l'origine, les seuls facteurs de la production sont la nature et l'homme. La nature offre à l'homme, gratuitement, ses quatre éléments, l'air, l'eau, le feu (le soleil) et la terre. »²⁶⁵¹. Est-il possible à l'inverse de cette affirmation, d'envisager un apport en environnement participant de la formation du capital social de la société (A) ? La spécificité d'une telle hypothèse nécessiterait alors d'envisager des aménagements aux règles régissant l'apport en société, notamment selon la qualité de l'associé ou en raison de l'exigence d'être titulaire de droits sur le bien affecté (B).

A. Identification de l'apport en environnement

881. Des éléments de l'environnement peuvent-ils recevoir la qualification d'apport en numéraire, en nature ou en industrie ? L'air utilisé²⁶⁵², l'eau employée, la terre fertile utilisée par une société agricole par exemple, ne participent-ils pas des apports constitutifs du capital social de la société commerciale ? Les abeilles et autres insectes pollinisateurs n'effectuent-elles pas un apport en industrie par leur « travail » ? L'herbe qui pousse n'est-elle pas « apportée » par l'environnement à l'élevage d'un troupeau ? Qu'il s'agisse d'un bien meuble pour l'abeille ou d'un bien immeuble pour l'herbe d'une prairie²⁶⁵³, sans ces éléments, il ne peut y avoir de société commerciale. Sans la nature qui est la « source première de tous les moyens et matériaux de travail »²⁶⁵⁴, il ne peut y avoir d'entreprise commune. En ce sens, Michel Serres observe dans son ouvrage *Le contrat naturel*, qu'il n'est pas de société humaine sans prise en compte du temps qui passe et du temps qu'il fait²⁶⁵⁵, de la même manière une société commerciale ne peut faire abstraction des éléments extérieurs²⁶⁵⁶, c'est-à-dire des éléments de l'environnement « apportés » à son

²⁶⁵¹ TERRIER Victor, *Essai sur la notion de profit et sur son partage entre l'entrepreneur et l'ouvrier*, Thèse, Paris, 1923, 158 p., spéc. p.10 ; à rapprocher de l'écosocialisme, v° BELLAMY FOSTER John, « Karl Marx et l'exploitation de la nature », *Le Monde diplomatique*, juin 2018, p. 3.

²⁶⁵² Au sens des rejets dans l'atmosphère, par exemple une société agricole laitière émet du méthane rejeté par le troupeau élevé. V° en sens l'exemple d'une société de production laitière adopté par HOUDET Joël, *Entreprises, biodiversité et services écosystémiques. Quelles interactions et stratégies ? Quelles comptabilités ?*, Thèse, AgroParisTech, Sciences de gestion, 2010, 356 p. L'auteur identifie les flux de matières issues de la biodiversité (FMB), dont notamment les entrées de matières achetées, les entrées de matières gratuites (par exemple grâce à la biodiversité auxiliaire ou associé co-évoluant avec l'activité au sein de l'agro-système: plantes composant les prairies, oiseaux, pollinisateurs...), les matières vendues (produits) et les matières invendues ou résidus (déchets, érosion des sols...) ; la biodiversité et services écosystémiques (BSE) qui influencent l'activité de l'entreprise; et les gains et pertes, dégradations des biens et services écosystémiques causés par les activités de l'entreprise. L'auteur indique qu'il est possible de quantifier certains flux de matières issues de la biodiversité et d'autres non (par exemple pour les produits contenant des organismes vivants, le fromage au lait cru; ou encore les micro-organismes qui jouent un rôle clef dans les stations d'épuration par exemple), *ibid.*, pp. 195 et 201.

²⁶⁵³ V° les articles 516 et s. du Code civil sur la distinction entre les biens meubles ou immeubles

²⁶⁵⁴ *Ibid.*

²⁶⁵⁵ SERRES Michel, *Le contrat naturel*, éd. François Bourin, 1992, pp. 52-54 : « Ne vivant plus qu'à l'intérieur, plongés exclusivement dans le premier temps, nos contemporains, tassés dans les villes, ne se servent ni de pelle ni de rame, pis, jamais n'en virent. Indifférents au climat, sauf pendant leurs vacances, où ils retrouvent, de façon arcadienne et pataude, le monde, ils polluent, naïfs, ce qu'ils ne connaissent pas, qui rarement les blesse et jamais ne le concerne. »

²⁶⁵⁶ Ce que les économistes appellent « externalités ». Elles peuvent être positives (pluie irriguant le champ, pollinisation...) ou négatives (sécheresse, disparition des insectes pollinisateurs). V° ROZAN Anne, « Le marché : dernier rempart à la protection de l'environnement ? », *précit.*

activité et qui en constitue le fondement, l'élément essentiel ou pour le moins déterminant. Aussi, si un apport est par définition doté d'une valeur ou d'une utilité²⁶⁵⁷, il ne peut être nié que l'environnement ne présente pas de telles caractéristiques. Même la société commerciale la plus indifférente à l'environnement, doit toujours y être plus ou moins confrontée, simplement parce que dans l'hypothèse la plus large, l'air respiré par ses associés – chose commune²⁶⁵⁸ – est un « apport » indispensable de son activité²⁶⁵⁹. Autre exemple, les micro-organismes qui sont des êtres-vivants, interviennent dans la fabrication d'une multitude d'aliments. Ainsi, le groupe Lesaffre, numéro un mondial de la levure, utilise pour sa fabrication un champignon microscopique qui ne dépasse pas les 6 à 8 millièmes de millimètre mais contribue à la réalisation d'un chiffre d'affaires de 2 milliards d'euros²⁶⁶⁰. D'autres exemples peuvent être multipliés dès lors que l'entreprise emploie des ressources naturelles dans son activité.

882. Il est donc nécessaire d'envisager l'intégration de ces apports en environnement dans le contrat de société commerciale. Or, le droit est en retard sur ce point si l'on compare avec les sciences de gestion qui cherchent depuis quelques années à élaborer une comptabilité environnementale. Pas nécessairement financière, elle vise à comptabiliser les flux de matières issues de la biodiversité²⁶⁶¹. En droit, l'identification des apports en environnement doit répondre à la définition de l'apport, c'est-à-dire le bien apporté indépendamment de la question de sa libération. Aussi, un apport en environnement peut être concevable dès lors que les éléments de l'environnement ou « biens environnementaux »²⁶⁶² reçoivent une qualification en droit des biens, qu'il s'agisse de choses communes au sens de l'article 714 du code civil dont l'usage est commun à tous et considérées comme suffisamment abondantes ou de biens vacants (*res nullius* et *res delerictae*)²⁶⁶³. Il convient donc de vérifier si les éléments de l'environnement peuvent être qualifiés d'apports en société afin de refléter la réalité d'un capital social qui doit,

²⁶⁵⁷ COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 30^{ème} éd., 2017, p. 67, spéc. 178 : « L'apport est fictif lorsqu'il est dénué de toute valeur ou de toute utilité ». A moins qu'un apport en environnement ne constitue un « défaut d'apport » selon la distinction opérée par les auteurs. V° nos développements supra sur le risque de fictivité de l'apport en environnement.

²⁶⁵⁸ V° REBOUL-MAUPIN Nadège, *Droit des biens*, Dalloz, Hypercours, 6^{ème} éd., 2016, p. 20 : « Les choses communes deviennent des biens dès lors qu'elles peuvent faire l'objet d'une appropriation privée sous certaines formes ». A comp. avec MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Les biens*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2015, p. 21, spéc. 9 : « les choses communes appartenant à personne, l'usage en étant commun à tous, comme l'air, ne sont pas des biens (art.714). »

²⁶⁵⁹ En matière de qualité de l'air, une société peut hésiter à installer ses locaux dans un environnement dont l'air est pollué. V° en ce sens DEFFAIRI Meryem, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, éd. de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, coll. André Tunc, T. 61, 2015, p.760 : « Le voisin d'un industriel polluant l'air ne jouit-il pas également, à titre individuel, d'un air d'une certaine qualité ? Le rapport entre les personnes et les choses communes de la nature comprend des rapports d'usage reconnus à tous – c'est donc un usage "commun" – mais exercés par des faits individuels - donc non dépourvus de toute dimension privative.»

²⁶⁶⁰ Le Monde, « Lesaffre, numéro un mondial de la levure, multiplie les acquisitions », 18 avril 2018, par Laurie Moniez.

²⁶⁶¹ Pour un aperçu général v° HOUDET Joël, *Entreprises, biodiversité et services écosystémiques. Quelles interactions et stratégies ? Quelles comptabilités ?*, Thèse, AgroParisTech, Sciences de gestion, 2010, 356 p. L'auteur observe l'émergence d'une comptabilité extra-financière environnementale (CEFE) qui reconnaît le caractère incommensurable des dynamiques écosystémiques, *ibid*, p. 177.

²⁶⁶² MARTIN Gilles J., *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, Thèse, Nice, 1976, Publications périodiques spécialisées, 1978, 292 p. ; TRÉBULLE François-Guy, « Environnement et droit des biens », in *Le droit et l'environnement*, Trav. de l'association H. Capitant, t. XI, 2006, Journée de Caen, 2010, Dalloz, p. 86

²⁶⁶³ V° TRÉBULLE François-Guy, « Environnement et droit des biens », in *Le droit et l'environnement*, Trav. de l'association H. Capitant, t. XI, 2006, Journée de Caen, 2010, Dalloz, p. 86

conformément au concept de sobriété, tenir compte des ressources naturelles employées. En d'autres termes, il s'agit de vérifier si les éléments de l'environnement peuvent participer de la formation du capital social et constituer des apports en environnement, numéraire (1), en nature (2) ou en industrie (3).

1. L'apport environnemental en numéraire

883. L'apport en numéraire est constitué par une somme d'argent. L'environnement n'ayant pas la personnalité juridique et ne disposant pas d'un patrimoine doté de fonds propres²⁶⁶⁴, il est difficile d'indiquer que l'environnement puisse directement réaliser un apport en numéraire. Néanmoins, il peut être considéré que les revenus tirés de la vente d'éléments de l'environnement, par exemple la vente d'une forêt, constituent indirectement des apports lorsque ces revenus sont affectés par l'apporteur au capital social d'une société lors de sa constitution. Autre hypothèse, il n'est pas exclu que l'associé-environnement – la personne qui représente l'environnement – fasse un apport en numéraire à la société commerciale à partir de la somme tirée de l'activité exercée en faveur de la protection et de la préservation de l'environnement (dons, subventions, redevances perçues par un Conservatoire au titre d'une conventions d'utilisation d'un site, emprunt, etc.). Dans ce cas, des individus peuvent par exemple verser une somme à une association de protection de l'environnement, cette dernière pouvant alors effectuer alors un apport en société²⁶⁶⁵. Enfin, s'agissant de la distinction entre la souscription et la libération de l'apport en numéraire, l'associé-environnement peut s'engager à verser une somme qui ne sera pas libérée immédiatement en totalité à la constitution de la société²⁶⁶⁶. Idéalement, la libération de l'apport en numéraire par l'associé-environnement peut s'effectuer au cours de la vie sociétaire au fur et à mesure de la réalisation de bénéfices²⁶⁶⁷. Ce qui faciliterait pour beaucoup la réalisation d'apport en environnement de forme numéraire, l'associé-environnement pouvant souscrire un apport qui sera versé progressivement²⁶⁶⁸.

2. L'apport environnemental en nature

²⁶⁶⁴ Sauf à considérer qu'il soit représenté par le Fonds pour l'Environnement Mondial (FEM) ou tout autre fonds destiné à la protection de l'environnement.

²⁶⁶⁵ L'association étant par essence non lucrative il faudra veiller à ce que ses statuts autorisent un tel apport et que les bénéfices perçus ne soient pas distribués entre les associés. Cela soulève cependant un risque pour l'association qui est exposée à l'éventualité d'une contribution aux pertes en raison de sa qualité d'associé. Par ailleurs, la qualité de commerçant requise dans une société en nom collectif exclue qu'une association puisse en faire partie conformément à l'article L 221-1 du code de commerce. Ce qui montre la nécessité de créer de nouvelles formes de société à la frontière entre association et commercialité.

²⁶⁶⁶ V° l'art. L225-3 du code de commerce pour la SA ; L223-7 pour la SARL ; L227-1 pour la SAS.

²⁶⁶⁷ COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 31^{ème} éd., 2018, p. 68, spéc. 183-187

²⁶⁶⁸ Dans le cas de la SARL par exemple, l'art. 223-7 du code de commerce prévoit la libération d'au moins un cinquième du montant de la souscription puis la libération du surplus dans un délai qui ne peut excéder cinq ans.

884. Selon l'article 1843-3 du code civil, l'apport en nature peut se faire en propriété ou en jouissance. Pour l'apport en nature en propriété, il s'agira pour l'associé de transférer la propriété du bien à la société et de le mettre effectivement à sa disposition. Un terrain agricole par exemple peut être apporté en propriété par la personne représentant l'environnement. Pour l'apport en nature en jouissance, il peut s'agir d'un contrat de bail, c'est par exemple le cas de l'apport en nature en jouissance d'une forêt²⁶⁶⁹ ou encore d'une parcelle agricole²⁶⁷⁰. Selon l'article 1843-2 alinéa 1^{er} du code civil, les droits sociaux attribués aux associés sont proportionnels au montant de leur apport. Aussi, l'apport en nature du bien immeuble effectué par l'associé-environnement permet de lui attribuer en contrepartie, des droits sociaux proportionnels au montant de la valeur de cet apport. Cet apport participe de la constitution du capital social et l'associé-environnement bénéficie alors des droits politiques, pécuniaires et patrimoniaux propres à tout associé. Deux difficultés peuvent être soulevées, l'évaluation de l'apport en environnement à laquelle la récente obligation réelle environnementale peut apporter une réponse (i) ainsi que la réalité de l'apport en environnement avec le risque de qualification d'apport fictif (ii).

i. L'évaluation de l'apport en environnement et l'obligation réelle environnementale

885. La difficulté d'identification d'un apport en environnement en nature, réside moins dans son identification que dans son évaluation. C'est d'autant plus le cas lorsqu'il s'agit de choses communes qui, sans avoir nécessairement de valeur marchande, sont affectés par la société elle-même à son activité sociale, et ce par le biais de l'occupation alors même que certaines choses communes ne devraient pas pouvoir faire l'objet d'appropriation²⁶⁷¹. Cette problématique de l'évaluation de l'apport est ancienne et se pose pour tout bien. Comme l'indique justement des auteurs, « aucune recette n'est prévue par le droit des sociétés, soucieux de demeurer en dehors des querelles des évaluateurs. Il appartient donc aux

²⁶⁶⁹ A propos d'un apport en nature en jouissance d'une forêt, v° CA Lyon, 1^{re} ch., 13 janv. 1943 : DC 1944, jurispr. p. 35, note P. Pic

²⁶⁷⁰ Par exemple dans le cas d'une société en participation v° Cass. com. 8 nov. 2016, n° 14-23461 : vente de l'ensemble des terrains apportés en jouissance, entraînant la fin de la société par l'extinction de son l'objet social qui était l'exploitation de parcelle.

²⁶⁷¹ V° MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Les biens*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2015, p. 204, spéc. 590 : « L'occupation au sens juridique consiste à s'emparer d'une chose qui n'était la propriété de personne et à se l'approprier. C'est le mode primitif d'acquisition de la propriété de toutes les choses » ; *ibid.*, à propos des animaux sauvages considérés comme des *res nullius* spéc.591 « Jusqu'à leur capture, ils n'appartiennent à personne. Leur appropriation se fait par occupation. Le droit contemporain de l'environnement voudrait faire disparaître ces notions. » ; CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », RIEJ, 2018/2, vol. 81, pp. 297-330 : « La qualification de la biodiversité en chose commune permet de régir les relations entre l'homme et les éléments matériels de la chose. Ainsi l'homme qualifié par l'article 714 d'usager de la chose ne peut en conséquence juridiquement percevoir que les fruits de la chose et non ses produits. Ce régime juridique laisse à chacun un accès à des éléments vitaux, mais évite en parallèle toute atteinte à la substance de la biodiversité et à son bon fonctionnement. Chaque usager doit limiter les prélèvements et ne les réaliser que dans la mesure où ils ne portent que sur des spécimens qualifiables de fruits c'est-à-dire dont le prélèvement n'aura pas d'impact sur la substance même de la chose, le bon fonctionnement de l'écosystème. Si ce prélèvement entame ou dégrade la substance de la chose, alors l'élément n'est pas un fruit mais un produit que l'usager ne peut percevoir ou s'approprier. Ce dernier ne peut alors en faire qu'un usage modéré afin de permettre la conservation de l'intégrité de la chose. »

parties et à leurs experts d'arrêter la valeur des biens apportés »²⁶⁷². C'est donc aux associés, au commissaire aux apports ou au commissaire aux comptes qu'il appartient d'évaluer l'apport et à défaut de s'en référer à un expert. A s'en tenir à une telle approche, l'évaluation serait alors laissée par les juristes aux experts économiques qui parviennent à monétariser l'environnement. Pareille approche est inquiétante car elle conduit potentiellement à ce que certains intérêts de l'environnement n'apportant aucune utilité ou ne procurant pas de valeur d'usage à l'homme, se trouveraient tout simplement privé de valeur économique. Qu'en est-il par exemple d'un paysage, est-il évaluable en argent ? Aussi, il est nécessaire de songer à un mécanisme qui prenne en compte l'apport en environnement comme l'apport d'une universalité de fait²⁶⁷³ – ou plus exactement d'une fraction de *res communes omnium* – affectée par l'associé-environnement à la société commerciale. Cette universalité constituant un apport défini arbitrairement selon l'activité économique exercée et son impact sur l'environnement²⁶⁷⁴. Ainsi, le cycle de vie des produits, l'émission de CO₂, l'affichage énergétique des produits, la recyclabilité, sont autant de critères qui peuvent être mis en œuvre pour aboutir à une évaluation de l'apport en environnement.

886. En ce sens, la récente création d'une obligation réelle environnementale peut répondre à la difficulté de l'évaluation d'éléments de l'environnement *ut singuli* pour y préférer une évaluation *ut universi*, c'est-à-dire un apport en environnement en nature perçu comme un tout, lorsqu'un bien immobilier est grevé d'une obligation réelle. En effet, la loi du 10 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, prévoit à l'article L132-3 alinéa 1^{er} du code de l'environnement que : « Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour la finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques ». Cette obligation réelle environnementale présente la particularité de « pourfendre les catégories classiques du droit personnel et du droit réel » puisqu'elle lie des personnes « en considération d'un bien (*intuitus rei*) »²⁶⁷⁵. En pratique, le propriétaire du bien immobilier va conclure un contrat contenant des obligations positives ou négatives (préserver, entretenir, ne pas faire,

²⁶⁷² COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 31^{ème} éd., 2018, p. 72, spéc. 194.

²⁶⁷³ Ou les fruits issus de la biodiversité-*res communis* : CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », RIEJ, 2018/2, vol. 81, pp. 297-330.

²⁶⁷⁴ Le cycle de vie du produit, l'émission de CO₂, l'étiquetage énergétique, sont autant d'outils qui permettraient d'aboutir à une évaluation de l'apport en environnement.

²⁶⁷⁵ REBOUL-MAUPIN Nadège, GRIMONPREZ Benoît, « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », D., 2016, p. 2074.

etc.)²⁶⁷⁶ avec par exemple un conservatoire régional d'espaces naturels, l'Office national des forêts, le Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, etc.²⁶⁷⁷. Aussi l'apport d'un bien immobilier avec obligation réelle environnementale - similaire à l'effet d'une vente²⁶⁷⁸ - aura pour effet de transmettre le bien avec une charge réelle : « elle suit le bien à chaque mutation et s'impose à son nouveau propriétaire »²⁶⁷⁹. En l'occurrence, la société devra se conformer au contenu de l'obligation réelle. Celle-ci peut par exemple consister à ne pas développer certaines activités comme une culture d'OGM, ne pas autoriser l'emploi de pesticides, préserver des prairies, des mares ou encore à adopter des modes de culture plus respectueux de l'environnement (obligation renforcée de jachère notamment)²⁶⁸⁰.

887. Plus pertinemment, l'obligation réelle environnementale peut être employée par une société commerciale poursuivant la réalisation d'un projet d'aménagement, c'est-à-dire par « les entreprises de génie écologique » – puisque l'article L132-3 alinéa 2 du code de l'environnement permet son utilisation à des fins de compensation des atteintes à la biodiversité²⁶⁸¹. En ce sens, des auteurs indiquent que la loi « laisse le champ libre aux entreprises de génie écologique qui pourraient être spécialement créées pour satisfaire les besoins du marché de la compensation écologique »²⁶⁸². Aussi, cette technique est perçue avec beaucoup de circonspection et il faudra davantage de recul sur son application. Toutefois, il peut se concevoir que l'associé-environnement, propriétaire d'un bien immobilier, puisse préalablement conclure une obligation réelle environnementale sur ce bien, puis apporter celui-ci à la société avec transmission du droit réel²⁶⁸³ : « pour toute la durée de son bénéficiaire, en pratique donc tant que dure la personne morale de droit public ou de droit privé au profit de laquelle il a été constitué, solution qui tend à sa perpétuité de fait »²⁶⁸⁴. L'obligation réelle environnementale d'un bien apporté en nature, présente ainsi l'intérêt de permettre une « gestion écologique pérenne d'un fonds et, plus

²⁶⁷⁶ *Ibid.* ; l'article L 132-3 al. 1^{er} du code de l'environnement indiquant : « Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques. », nous soulignons.

²⁶⁷⁷ GALL-KIESMANN Florence, « L'obligation réelle environnementale, nouvelle technique civile de préservation de la biodiversité », Francis Lefebvre, Au cœur du droit, immobilier, La quotidienne, 18 octobre 2016, en ligne, <https://www.efl.fr/droit/immobilier/details.html?ref=UI-6429bd77-0ace-4d3a-a3f0-8778a7cf9c5b>, consulté le 09 avril 2019.

²⁶⁷⁸ Code civil, art. 1843-3 al. 3 : « Lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur ».

²⁶⁷⁹ GALL-KIESMANN Florence, préc.

²⁶⁸⁰ *Ibid.*

²⁶⁸¹ V° l'art. L110-1, II, 2° et l'art. L163-1 et s. du code de l'environnement.

²⁶⁸² DOUSSAN Isabelle, « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? », in *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, PUAM, 2015, p.111 cité par REBOUL-MAUPIN Nadège, GRIMONPREZ Benoît, « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », D., 2016, p. 2074 : « Avec le risque potentiel que ces entreprises, à la suite de difficultés, disparaissent dans la nature... ».

²⁶⁸³ DROSS William, « L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens », *Energie – Environnement – Infrastructures*, n°6, juin 2017, dossier 16, étude. L'auteur y voit une cession de contrat accessoire à l'immeuble.

²⁶⁸⁴ *Ibid.*

spécialement, une préservation durable de la biodiversité »²⁶⁸⁵, lorsque celle-ci est affectée par une société à son activité sociale. C'est alors le principe de temporalité écologique du comportement sobre qui peut être mis en œuvre par ce biais.

ii. La réalité de l'apport ou le risque d'apport fictif

888. Au-delà de ces développements, l'hypothèse d'un apport en environnement est plus difficile à développer lorsque l'élément apporté n'est pas réel au sens où il n'est pas tangible²⁶⁸⁶, dans le cas contraire l'apport pourrait être qualifié de fictif²⁶⁸⁷. En effet, l'apport est réel lorsqu'il constitue une valeur économique susceptible d'évaluation pécuniaire²⁶⁸⁸. Or, les éléments qui composent l'environnement sont difficilement évaluables selon un étalon pécuniaire. Comment dès lors apprécier la réalité de l'apport ? En d'autres termes, comment s'assurer que l'apport en nature environnemental ne soit pas considéré comme fictif ?

889. En effet, nous devons rappeler qu'au-delà de la fonction première de l'apport qui vise à permettre l'exploitation de la société, l'apport a une seconde fonction de garantie à l'égard des tiers. Aussi, il n'est pas du tout certain, voire très improbable que des éléments de l'environnement insusceptibles d'évaluation pécuniaire puissent constituer une garantie pour les créanciers. Henri Blaise définit dans sa thèse l'apport fictif. Selon cet auteur, « l'apport fait par un associé doit être réputé fictif lorsque la société n'est susceptible d'en retirer aucun avantage direct ou indirect. Cette circonstance peut résulter du fait que le bien apporté est sans valeur ou que sa valeur est insignifiante. »²⁶⁸⁹. Le critère de la réalité de l'apport repose ainsi selon la jurisprudence sur « l'utilité pour la société »²⁶⁹⁰. Le bien apporté doit ainsi présenter une valeur²⁶⁹¹, toutefois, l'appréciation de la valeur d'un bien doit être faite au regard de l'ensemble des apports, ce qui peut sembler logique puisqu'ils concourent à un même but de réalisation de l'objet social. L'apport doit ainsi être évalué en fonction de la réunion d'autres éléments et non pas de façon isolée²⁶⁹², c'est-à-dire *ut*

²⁶⁸⁵ HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHE-MARENGO Eve (dir.), *Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité ?*, Mare & Martin, coll. Droit sciences & environnement, 2017, 325 p., p.200

²⁶⁸⁶ Selon la jurisprudence, la réalité de l'apport est de l'essence de la société, Cass. req., 17 janv. 1905 : S. 1905, 1, p. 324 ; Journal des sociétés, 1905, p. 490 ; DAVY Ernest, *Précis – Formulaire du notariat*, éd. La Bazoche, Paris, 1935, p. 26: « De même que les souscriptions d'actions de numéraire, les apports en nature doivent être réels et sérieux, c'est-à-dire représenter une valeur certaine et appréciable, susceptible de figurer à l'actif du bilan; l'existence d'apports fictifs entraînerait la nullité de la société pour défaut de libération intégrale, même si les apports avaient été régulièrement vérifiés et approuvés ».

²⁶⁸⁷ BLAISE Henri., thèse préc., p.29 : « C'est à cette condition seulement que l'opération d'apport procurera au patrimoine social l'accroissement de valeur indispensable pour que soient respectés les intérêts légitimes des coassociés de l'apporteur ainsi que l'intérêt des tiers. » . Sur l'hypothèse d'un apport fictif, l'auteur envisage par exemple le cas d'un brevet périmé, *CA Orléans, 2e ch., 11 juin 1884 : Gaz. Pal. 1884, 2, p. 434*

²⁶⁸⁸ BLAISE Henry., th préc., p. 28

²⁶⁸⁹ BLAISE Henry., th préc., p. 28.

²⁶⁹⁰ Cass. req., 17 janv. 1905 : S. 1905, 1, p. 324 sur la réalité de l'apport.

²⁶⁹¹ *CA Orléans, 2e ch., 11 juin 1884 : Gaz. Pal. 1884, 2, p. 434* à propos d'un brevet périmé.

²⁶⁹² JCL. Commercial, Fasc. 1105, Nullités des sociétés, objet de l'apport, n°91 : « Il faut toutefois apprécier la valeur non pas de façon isolée mais en fonction de la réunion avec d'autres éléments. Charles Lyon-Caen (*note sous CA Paris, 26 nov. 1885 : S. 1887, 2, p. 17*) prenait l'exemple de deux personnes qui possèdent chacune un morceau d'une vieille tapisserie sans valeur mais qui, les morceaux une fois rassemblés, constitue un chef d'œuvre. ».

universi et non pas *ut singuli*. Ainsi, pourrait-on considérer tout comme le faisait Charles Lyon-Caen que deux personnes ayant chacune une partie de vieille tapisserie permettrait de conduire à la constitution d'un chef d'œuvre artistique ? Et par analogie, qu'un élément naturel « sans valeur » pécuniaire, puisse être associé à un autre élément naturel et permettre de réaliser l'objet social de la société ?

890. Dès lors, peut-on considérer que tout élément de l'environnement puisse constituer un apport en ce qu'il présente une utilité pour la société ? Rien n'est moins sûr, mais il est possible d'imaginer par exemple que l'eau tirée du sous-sol pour le fonctionnement d'une société d'embouteillage d'eau puisse constituer un apport en nature en propriété. Aussi, le prélèvement d'une portion de la biodiversité ou *res communis*²⁶⁹³ ne fait guère de doute en ce qu'il s'agit de l'apport essentiel si ce n'est indispensable au fonctionnement de celle-ci. Preuve que l'eau puisée constitue bien une valeur, il est prévu que toute personne dont les activités entraînent un prélèvement sur la ressource en eau est assujettie à une redevance pour prélèvement sur la ressource en eau²⁶⁹⁴. La personne représentant les intérêts de l'environnement pourrait ainsi se voir attribuer des droits sociaux proportionnels au montant évaluable de « l'apport en eau » calculé sur ladite redevance. Cependant, si l'eau est un élément évaluable économiquement, soit telle somme pour telle quantité consommée, comment d'autres éléments de l'environnement, plus difficilement voire non évaluables, peuvent-ils constituer des apports en nature en société ? En effet, si des choses du patrimoine commun peuvent être évalués selon une valeur d'usage²⁶⁹⁵, tous ne le sont pas.

891. En effet, si les économistes s'intéressent à l'évaluation des choses communes et des services écosystémiques à travers un mouvement de monétarisation de l'environnement²⁶⁹⁶, il leur est pourtant impossible d'évaluer toute chose commune ou tout service écosystémique. Néanmoins, la réalisation d'apport en nature peut tenir compte d'éléments non pécuniaires, ce que les économistes appellent des « externalités »²⁶⁹⁷. Soit le coût des effets qui n'ont pas été internalisé par l'entreprise sur les milieux physiques, l'eau, l'air, le sol, les espaces et le patrimoine naturel. Or, bien trop souvent, il existe une distorsion entre le coût de production retenu par l'entreprise et ce qu'il coûte réellement à l'ensemble de la Société et au patrimoine commun.

²⁶⁹³ V° CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « Une protection de la biodiversité *via* le statut de *res communis* », Revue Lamy Droit civil, janvier 2009, p. 68.

²⁶⁹⁴ V° l'art. L213-10-9, I du code de l'environnement. : « Toute personne dont les activités entraînent un prélèvement sur la ressource en eau est assujettie à une redevance pour prélèvement sur la ressource en eau. ».

²⁶⁹⁵ L'article L110-1, I du code de l'environnement dispose que : « Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage. »

²⁶⁹⁶ V° supra et également : Association RECORD, BERTOLINI G., *Monétarisation des effets environnementaux. Etat de l'art et revue bibliographique*, Rapport final, juillet 2001, consultable en ligne http://www.record-net.org/storage/etudes/00-0702-1A/rapport/Rapport_record00-0702_1A.pdf, consulté le 26 avril 2019, 75 p. ; v. aussi Commissariat général au développement durable, « Donner une valeur à l'environnement, un exercice délicat mais nécessaire », La revue du CGDD, décembre 2010, accessible en ligne : <http://temis.documentation.developpement-durable.gouv.fr/document.html?id=Temis-0068599>, consulté le 26 avril 2019, 88 p.

²⁶⁹⁷ BONTEMS Philippe, ROTILLON Gilles, *L'économie de l'environnement*, La découverte, coll. Repères, 2013, 128 p., spéc. 34 : « situations où les décisions d'un agent économique affectent un autre agent sans que le marché intervienne ».

892. La Commission européenne observe à propos des externalités que celles-ci : « creusent un écart entre les coûts privés et sociaux. Or, l'efficacité économique impose que ces coûts soient égaux à la marge : pour que les ressources soient utilisées de manière efficace, en effet, les coûts que représentent leur utilisation pour un particulier doivent être les mêmes que ceux que supporte la société pour la consommation des mêmes ressources. Si les agents économiques ne tiennent pas compte de la pollution dans leurs coûts de production, ils auront tendance à *affecter* trop de ressources à la production de biens et de services qui polluent; inversement, si les agents économiques ne sont pas rétribués quand ils agissent en faveur de l'environnement, ils ne le feront que trop rarement. Dans les deux cas, c'est la société toute entière qui est perdante. C'est pourquoi les mesures destinées à améliorer l'intégration des considérations relatives à l'environnement dans les décisions économiques devraient à la fois réduire la pollution et améliorer le fonctionnement de l'économie. »²⁶⁹⁸.

893. Il ressort de cette observation de la Commission européenne que les apports peuvent constituer un moyen de prise en considération de l'environnement. Or, les apports en société ne tiennent pas à ce jour exactement compte des externalités négatives qui ont tendance à se renforcer. C'est-à-dire que les apports sont uniquement des apports dirigés vers la production de biens et de services sans qu'il n'existe une modification du comportement des apporteurs, tenant compte des externalités nées de l'utilisation de ces apports. C'est un cercle vicieux. Il est aujourd'hui primordial que les externalités négatives soient prises en compte dès l'estimation des apports à souscrire dans la limite de ce qui est uniquement nécessaires dans le cadre d'un comportement sobre. Il en va de la prise en compte des effets nés de l'activité de la société et de l'idée de proportionnalité écologique développée précédemment, soit d'apporter le juste nécessaire à la société.

894. Un « équilibre des apports »²⁶⁹⁹ doit ainsi être trouvé entre les apports en nature classiques, affectés à la production de biens et de services, et les apports en nature environnementaux qui permettent à la société de prendre en compte les externalités nées de l'activité sociale et d'équilibrer les premiers. L'équilibre ou la proportionnalité des apports doit s'effectuer en tenant compte de la disparition, de la dégradation des apports en nature. Cette recherche d'équilibre des apports a pour intérêt de permettre la réalisation pérenne de l'objet social et d'assurer un rôle de garantie envers les tiers²⁷⁰⁰. Ces derniers étant assurés du comportement sobre de la société, adopté dès la réalisation d'apports, à la constitution de la société ou lors d'une modification du capital social. Une banque ou un

²⁶⁹⁸ COM/2000/576 final, « Concilier nos besoins et nos responsabilités en intégrant les questions d'environnement dans la politique économique », nous soulignons en italique.

²⁶⁹⁹ Ou *proportionnalité des apports* pour employer un terme plus courant du droit des sociétés, en ce sens v° VATINET Raymonde, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? », LPA, 30 septembre 1998, n°117, p.58 : « En droit des sociétés le terme proportionnalité est très utilisé. La proportionnalité, conçue comme un rapport mathématique constant, est familière aux services comptables et financiers, pour calculer la part des dividendes à distribuer à chaque associé, le nombre de voix dont ils disposeront dans les assemblées générales... », et il peut être ajouté à la suite, « le montant des apports ».

²⁷⁰⁰ Il peut même être conçu qu'il s'agit d'une garantie envers les générations futures.

assureur pourrait par exemple s'opposer à la formation d'un « capital social déséquilibré » – inspiré par exemple du droit d'opposition du créancier à la réduction du capital²⁷⁰¹-, c'est-à-dire qui ne tient pas compte de l'exigence d'apports en environnement. Il peut encore être envisagé que l'absence d'équilibre des apports soit constitutive d'une exclusion de garantie, ce qui inciterait alors les sociétés à accueillir l'idée d'apport en environnement dans leur capital social. La publicité de la composition des apports est alors nécessaire pour l'information complète des tiers²⁷⁰². Cette transparence aurait également pour intérêt d'informer les parties prenantes et investisseurs de la bonne santé économique de la société et de la façon dont elle compte exercer son activité avec sobriété. Enfin, comme l'indique la Commission européenne, il serait peut être à envisager un système de rétribution des actions en faveur de l'environnement, l'évaluation des apports en nature par la société pouvant en faire partie.

3. L'apport en industrie environnemental

895. Outre l'apport en numéraire et l'apport en nature, un associé peut effectuer un apport en industrie à travers les services, son industrie, son savoir-faire qu'il apportera à la société, il suffit, comme pour l'apport en nature, « que l'apport ne soit pas fictif, c'est-à-dire qu'il représente une valeur économique pour la société bénéficiaire »²⁷⁰³. En principe l'apport en industrie n'est pas autorisé dans les sociétés de capitaux mais des aménagements existent pour les SAS et SARL²⁷⁰⁴. L'apport en industrie est plutôt largement envisagé par la jurisprudence, puisqu'une simple « influence » exercée par une personne pour faciliter une activité peut constituer un apport en industrie²⁷⁰⁵. Aussi, dans l'hypothèse d'une personne physique ou morale²⁷⁰⁶ représentant l'environnement, cet associé *sui generis* pourrait par exemple apporter son expertise sur la protection de l'environnement.

²⁷⁰¹ V° HOVASSE Henri, MORTIER Renaud, « La faille du droit d'opposition à réduction de capital », Bull. Joly sociétés, n° 3, 1er mars 2011, p.278 : « Le droit d'opposition à réduction de capital, bien que critiqué, est parfaitement légitime, car il vise à placer les créanciers à l'abri de l'appauvrissement de la société qui résulte de l'amointrissement de ses capitaux propres. Grâce au droit d'opposition, les créanciers peuvent ainsi espérer du tribunal soit le remboursement immédiat de leur créance, soit la constitution de garanties si la société en a offert et qu'elles sont jugées suffisantes.» ; et les articles L225-205 (SA) et L223-34 (SARL) du code de commerce.

²⁷⁰² V° par exemple l'article L141-21 du code de commerce qui prévoit notamment que « tout apport de fonds de commerce fait à une société en constitution ou déjà existante doit être porté à la connaissance des tiers ». Et sur la nécessité d'une meilleure publicité en cas de réduction du capital social; Ibid, « un vice majeur affecte le dispositif d'opposition à réduction : la loi ne prévoit aucun mécanisme de publicité, permettant aux créanciers de connaître la réduction et donc, de s'y opposer. C'est dans la nuit que le créancier doit trouver son chemin, et c'est dans la nuit qu'il se perdra. La loi fait en effet seulement obligation, implicite d'ailleurs, de déposer au greffe du tribunal de commerce le procès-verbal de la décision de réduction du capital.» ; et les articles R225-152 et R223-35 du code de commerce.

²⁷⁰³ MASSART Thibaut, « Les apports de savoir-faire dans la SAS », Bull. Joly sociétés, n° thématique, 1^{er} décembre 2012, p.1154

²⁷⁰⁴ Ibid.

²⁷⁰⁵ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno., Droit des sociétés, LGDJ, 7^{ème} éd. 2018, spéc. n°233 à propos de l'arrêt Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1997, BJS 1997, p.992, note J.-J. Daigre

²⁷⁰⁶ Ibid., spéc. n°231, selon les auteurs : « les textes ne limitent pas explicitement aux personnes physiques le droit de faire un apport en industrie (...) la fourniture d'un service par une personne morale peut juridiquement être considéré comme une « industrie » de la personne morale apporteuse [note] Cass. com, 17 nov. 1970, p. 533, note J.H. ; cet arrêt admet l'existence d'une société de fait entre trois sociétés qui ont apporté chacune « leurs connaissances, leur compétence, en un mot tout le potentiel de leurs activités respectives ». Il est relevé que « c'est au moyen de ce potentiel qu'elles ont réalisé le travail qui était l'objet de leur groupement » ».

Toutefois, l'apport en industrie ne participe pas à la formation du capital social selon l'article 1843-2 alinéa 2 du code civil.

896. Retenir la formation du capital social par un apport en industrie est cependant souhaitable comme le développe Laure Nurit-Pontier²⁷⁰⁷. Surtout dans l'hypothèse d'un apport en industrie par l'associé-environnement sous la forme de « services écosystémiques » affectés par la société commerciale à son activité. Le capital social ainsi constitué d'apport en industrie permet aux tiers de mieux connaître l'actif et éventuellement le passif qui concourent à la formation du capital social. Aussi, lorsque le service écosystémique est évalué à un certain montant, cela incite la société à conserver le bon état de l'élément de l'environnement affecté par l'entreprise à son activité.

897. Par exemple, si le bien apporté à une société agricole²⁷⁰⁸ en nature est un verger, l'apport en industrie sera notamment constituée de l'activité des insectes pollinisateurs dont les abeilles qui, par « leur savoir-faire » participent de la fructification des fruits, L'intérêt est surtout de considérer que cet apport en industrie – par le service écosystémique – compose le capital social de l'entreprise, il en est un actif essentiel. En ce sens, l'Institut national de la recherche agronomique (INRA) estime à 153 milliards d'euros la valeur économique de l'activité pollinisatrice des insectes, essentiellement des abeilles, soit pas moins de 9,5 % en valeur de l'ensemble de la production alimentaire mondiale²⁷⁰⁹. Selon l'INRA, « les cultures qui dépendent des pollinisateurs assurent plus d'un tiers, en tonnes, de la production mondiale de nourriture (...). Les cultures les plus dépendantes de la pollinisation par les insectes sont aussi celles qui ont la valeur économique la plus importante ». Dès lors, une fois admis qu'il s'agit bien d'un apport en raison de « la valeur économique qu'il représente pour la société bénéficiaire »²⁷¹⁰ et qu'il puisse participer de la formation du capital social tel que souhaité par Laure Nurit-Pontier, la difficulté réside dans l'évaluation des parts sociales ou actions d'industrie. Ainsi, selon les données de l'INRA, l'activité de la biodiversité participe de 10% à 30% à la formation du capital social d'une société agricole²⁷¹¹. L'idéal serait alors de procéder à l'élaboration d'une nomenclature pour évaluer la part de l'activité attribuée à la biodiversité dans chaque secteur d'activité. A cet effet, les entreprises disposeraient alors d'un capital social conforme à la réalité, tenant compte de l'apport en industrie environnemental. Ce qui par conséquent aurait l'intérêt d'une plus grande transparence, surtout pour les entreprises les plus sujettes à bénéficier des services écosystémiques alors qu'elles n'ont pas pris le soin jusqu'à présent d'en refléter la valeur d'usage. Aussi, des parts ou des actions d'industrie pourraient alors être attribuées à la personne représentant les intérêts de l'environnement

²⁷⁰⁷ Tel que proposé par NURIT-PONTIER Laure, « Repenser les apports en industrie », LPA, 3 juillet 2002, n°132, p. 4

²⁷⁰⁸ Les sociétés agricoles commerciales peuvent être constituées sous la forme d'un GIE, d'une SNC, d'une SARL, d'une SA ou d'une SAS.

²⁷⁰⁹ INRA, LEVEILLE Patricia, « A quoi servent les abeilles », in *Abeilles, reines de la survie*, dossier grand public, 06 février 2013, [en ligne], [http://www.inra.fr/Grand-public/Ressources-et-milieux-naturels/Tous-les-dossiers/Abeilles-pollinisation-biodiversite-pesticides/Abeilles-pollinisation-et-biodiversite/\(key\)/3](http://www.inra.fr/Grand-public/Ressources-et-milieux-naturels/Tous-les-dossiers/Abeilles-pollinisation-biodiversite-pesticides/Abeilles-pollinisation-et-biodiversite/(key)/3), consulté le 26 avril 2019.

²⁷¹⁰ MASSART Thibaut, « Les apports de savoir-faire dans la SAS », BJS, n° thématique, 1^{er} décembre 2012, p.1154

²⁷¹¹ INRA, LEVEILLE Patricia, préc.

au sein de la société, permettant par la suite la protection des activités de la biodiversité bénéficiant à l'entreprise. Cette proposition peut apparaître iconoclaste mais il suffit de se référer aux études sur les cycles de vie des produits qui parviennent très justement à décrire la quantité de matière première utilisée ou les rejets nés du processus de production (consommation de matières premières, consommation énergétique, rejets dans l'eau, dans l'air, dans le sol, possibilité de réemploi, recyclabilité, etc.)²⁷¹². Quantifier les apports en industrie de l'environnement amènerait ainsi la société à envisager un comportement sobre par la connaissance exacte de la valeur représentée par les biens et services écosystémiques employés pour l'activité sociale. Il faut alors songer plus avant à un régime commun de l'apport en environnement.

B. Aménagement d'un régime spécifique pour l'apport en environnement

898. Il est des éléments de la biodiversité, des services écosystémiques, dont il est impossible de définir la valeur économique. Aussi, l'application du régime commun des apports aux apports en environnement qui, par définition possèdent une valeur absolue ou incommensurable²⁷¹³ et éminemment positive, paraît inadaptée. En effet, comment échapper au risque de qualification d'un défaut d'apport ou d'un apport fictif si par définition, un apport doit comporter une « valeur »²⁷¹⁴ ? N'existe-t-il pas tout simplement un risque de défaut d'apport si le bien ou le droit apporté n'appartient pas à l'associé-environnement apporteur ? Plusieurs approches peuvent être envisagées pour répondre à ces interrogations. D'une part, il peut être conçu que l'exigence d'apport et de sa valeur soit atténuée suivant la qualité de l'associé (1). D'autre part, il peut être imaginé qu'un associé puisse effectuer des apports *a non domino*, c'est-à-dire des biens ou des droits apportés sans que l'associé en soit le propriétaire (2). Enfin, se pose l'hypothèse de la potentielle faiblesse des parts sociales attribuées à l'associé-environnement en considération d'une évaluation réduite des apports en environnement (3).

1. Atténuer l'exigence d'apport pour l'associé-environnement

899. Avant tout propos, il faut noter que l'exigence d'apport n'a pas la même intensité selon le type de société. Le législateur impose parfois que la valeur du capital social atteigne un minimum fixé par la loi, pour les sociétés anonymes par exemple ou, au contraire, ne fixe aucun capital minimum pour les sociétés à responsabilité limitée ou les sociétés par

²⁷¹² V° l'exemple d'une production laitière utilisée par HOUDET Joël, *Entreprises, biodiversité et services écosystémiques. Quelles interactions et stratégies ? Quelles comptabilités ?*, Thèse, AgroParisTech, Sciences de gestion, 2010, p. 192 et s.

²⁷¹³ V° HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHE-MARENGO Eve (dir.), *Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité ?*, Mare & Martin, coll. Droit sciences & environnement, 2017, 325 p.

²⁷¹⁴ COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence., *Droit des sociétés*, Lexis Nexis, 31ème éd°, 2018, p.69, spéc. 184 : « On comprend la vigueur de la sanction prévue en l'absence d'apports ou d'apports fictifs : la nullité de la société (C. civ., art. 1844-10 ; C. com., art. L235-1). Au vrai, le défaut d'apport est rarissime, à la différence de l'apport fictif. L'apport est fictif lorsqu'il est dénué de toute valeur ou de toute utilité; ainsi de l'apport d'un brevet périmé, d'une créance sur un débiteur insolvable ou encore d'un fonds de commerce sans valeur ».

actions simplifiées²⁷¹⁵. Il n'en reste pas moins qu'un apport doit permettre la constitution d'un capital social afin de permettre la réalisation de l'objet social de la société et constituer une garantie pour les tiers²⁷¹⁶.

900. Henry Blaise apporte une solution intéressante à la problématique d'un défaut d'apport ou d'apport fictif. Il propose que des associés effectuent des apports tandis que d'autres associés n'en effectuent pas²⁷¹⁷. L'auteur illustre son propos par les sociétés anonymes aux Etats-Unis, dans lesquelles est admis l'existence d'actions sans valeur nominale (*no par value*), qui permettent l'attribution gratuite de titres à des personnes n'ayant effectué aucun apport²⁷¹⁸. Aussi, face à la difficulté de faire admettre que des éléments de l'environnement puissent constituer des apports en ce qu'ils n'auraient pas de valeur, cette solution d'actions sans valeur nominale apparaît comme séduisante pour permettre à l'associé-environnement de se voir attribuer des parts sociales dans la société commerciale, sans que l'apport corresponde à une valeur au sens économique. Le droit français permet-il d'accorder des titres sociaux sans valeur nominale ? En d'autres termes, les statuts de la société peuvent-ils fixer des parts sociales ou actions sans que leur valeur ne corresponde à une fraction du capital social, en l'occurrence sans que le titre attribuée à l'associé-environnement ne représente une quote-part de celui-ci ?

901. Avant d'y répondre il doit préalablement être exclu l'attribution gratuite d'actions qui aurait pu représenter un mécanisme adéquat. En effet, ce mécanisme inscrit à l'article L225-197-1 du code de commerce, permet aux sociétés par actions d'attribuer gratuitement des actions aux salariés ou aux dirigeants. En réalité l'action en elle-même n'est pas gratuite, c'est son attribution qui l'est, c'est-à-dire que « l'action a bien une valeur représentative d'une quote-part du capital social, son montant nominal »²⁷¹⁹. L'article L225-197-1 précise d'ailleurs qu'il s'agit de l'attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre.

²⁷¹⁵ V° COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence., *Droit des sociétés*, Lexis Nexis, 31ème éd°, 2018, p.69, spéc. 185.

²⁷¹⁶ A nuancer, selon LE CANNU Paul, « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du code civil », Bull. Joly sociétés, 1^{er} sept. 2012, n°9, p. 672, spéc. 14 : « Quant à ce que l'on appelle les apports, leur constante présence dans les sociétés relève aujourd'hui de la fable. Les sociétés sans apports se multiplient. Soit parce qu'aucun capital minimum n'est exigé - les plus précautionneux écrivent alors un euro dans la clause « capital social » -, soit parce que la fourniture des apports peut avoir lieu aux calendes grecques, comme c'est le cas depuis toujours dans les sociétés de personnes. N'oublions pas non plus le secours aux déshérités qui ne peuvent pas financer les actions qu'ils reçoivent : le code permet de leur en attribuer gratuitement. Donc sans apport. »

²⁷¹⁷ BLAISE Henry., th. Précité, p. 25

²⁷¹⁸ LAGARDE Gaston, « L'action sans valeur nominale », in Université de Rennes, *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, Librairie Plihon, 1932, pp. 219-232 (l'auteur observe qu'en droit belge « les titres émis indiquent au lieu d'une valeur nominale, la part sociale qu'ils représentent. Ce sont des actions de quotité » , v° l'article en ligne, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5815844p/f232.image.r=LAGARDE%22l'action%20sans%20valeur%20ominale%22> , consulté le 26 avril 2019.) ; auteur cité par BLAISE Henri, th. Précitée., p. 25.

²⁷¹⁹ DOM Jean-Philippe, « L'attribution gratuite d'actions », BJS, n°2, 1^{er} février 2005, p.187.

902. La part sociale ou l'action est sans valeur nominale lorsqu'elle ne représente pas une quote-part du capital social²⁷²⁰. Il est classiquement opéré une distinction entre « les actions sans valeur nominale exprimée, des actions sans valeur nominale proprement dite qui ne représenteraient pas une fraction du capital social, comme il en existe dans certains droit étrangers »²⁷²¹. En l'occurrence, il ne s'agit pas d'envisager l'absence de valeur nominale « exprimée » dans les statuts, ce qui est autorisé par l'article L228-8 du code de commerce pour les sociétés par actions²⁷²² ou encore par l'article L223-3 pour les SARL, mais l'absence de valeur nominale « exprimable » qui renvoie à l'idée de « *no par values* » - ou titres sociaux sans valeur nominale tels qu'ils sont autorisés en droit américain, canadien ou belge²⁷²³. A noter que les « *stückaktien* » du droit allemand ne sont pas considérés comme de véritables actions sans valeur nominale²⁷²⁴. A l'inverse, le droit belge reconnaît l'existence d'actions sans valeur nominale liée au capital, ainsi les actions peuvent « ne comporter aucune mention de valeur, mais être néanmoins considérées comme “représentant” le capital et avoir un pair résultant d'une reconstitution théorique de cette valeur »²⁷²⁵. Le titre social sans valeur nominale permet ainsi de ne pas faire correspondre la détention d'un titre à une fraction du capital social, et par ce biais, d'attribuer des parts sociales ou des actions à l'associé *sui generis* chargé de la protection des intérêts de l'environnement. Plus précisément, il s'agit de veiller à ce que les apports en industrie, nécessairement successifs comme par exemple la pollinisation ou de manière générale des ressources naturelles périodiques puissent être pérennisés à travers leur non altération ou du moins, par la possibilité de leur renouvellement lorsqu'ils sont consommables. Pour ce faire, il est nécessaire d'attribuer un certain pouvoir à l'associé-environnement en dehors de la considération de la valeur des titres qui pourraient correspondre à l'apport en industrie en environnement.

903. En droit français, l'existence de véritables titres sociaux sans valeur nominale se pose. Selon la doctrine, la suppression de l'exigence de mention de la valeur nominale des actions dans les statuts par la loi n°98-546 du 2 juillet 1998, n'a pas pour autant mis fin à

²⁷²⁰ BOUGNOUX Anne, *JCL. Banque – Crédit – Bourse*, LexisNexis, Fasc. 1815 « Actions, valeur nominale », mai 2018 : « La valeur nominale ou le pair (valeur nominale non affichée aux statuts) d'une action constitue la part de capital que cette action représente (...); la notion de valeur nominale est ainsi corrélative à la conception du capital des sociétés dites "de capitaux" en droit français, qui fait de la division de leur capital en actions le trait caractéristique de ce type de société » ; v. aussi MAY Jean-Claude, *La valeur nominale des actions de société*, thèse, Paris II, 1980, 1326 p.

²⁷²¹ ARTZ Jean-François, « Action », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, janvier 2019, spéc. 157 v° *action sans valeur nominale*

²⁷²² Selon l'article L228-8 du code de commerce issu de l'article 17 de la loi n°98-546 du 2 juillet 1998 : « Le montant nominal des actions ou coupures d'action peut être fixé par les statuts. Cette option s'applique alors à toutes les émissions d'actions. »

²⁷²³ ARTZ Jean-François, préc.

²⁷²⁴ TILQUIN Thierry, « Les actions et parts sans valeur nominale en droit belge », *BJS*, 1998, p. 738 ; v. la loi allemande du 25 mars 1998 sur l'admission d'actions sans valeur nominale (*Stückaktiengesetz – StückAG*) ; EHLERS-FLAUS Bernadette, « Les actions sans valeur nominale exprimée en Allemagne et en France », *BJS*, 1999, p.743 : « Les véritables actions sans valeur nominale n'existent toujours pas, ni en droit allemand, ni en droit français. Ainsi, les réformes adoptées n'ont pas introduit de bouleversement véritable dans le droit des sociétés. ». L'auteur qualifie ces actions sans valeur nominale de « fauses actions sans valeur nominale » en comparaison aux véritables actions sans valeur nominale de droit américain.

²⁷²⁵ TILQUIN Thierry, *Ibid.*

l'exigence de corrélation entre actions et capital social qui reste d'actualité²⁷²⁶. En effet, l'article L 228-8 du code de commerce permet seulement que « le montant nominal des actions ou coupures d'actions peut être fixé par les statuts ». Toutefois, l'article R224-2 du code de commerce exige des statuts une corrélation, un lien entre l'action et la part du capital social qu'il représente. Les statuts de la société par actions doivent ainsi contenir l'indication que : « 1° Pour chaque catégorie d'actions émises, le nombre d'actions et la nature des droits particuliers attachés à celles-ci et, selon le cas, la part de capital social qu'elle représente ou la valeur nominale des actions qui la composent »²⁷²⁷. Toutefois, s'il apparaît exclu d'attribuer des actions sans valeur nominal, il pourrait être possible selon l'avis d'un auteur de fixer des « actions de valeur nominales différentes dans une même société », à la condition dans le cas d'actions de montant inégaux, « de veiller à proportionner les droits au montant de l'action »²⁷²⁸. Il existe par ailleurs une exception pour les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV), dans lesquelles sont autorisées les actions sans valeur nominale, compte tenu de la « variabilité permanente et quotidienne du capital en fonction des souscriptions quotidiennes et des rachats ainsi que de l'évaluation du portefeuille »²⁷²⁹. Aussi, le droit français permet exceptionnellement l'attribution d'actions sans valeurs nominale, mais la forme de SICAV paraît éloignée de la conception d'une société commerciale poursuivant un objectif de comportement sobre au regard de la variabilité permanente de son capital, contradictoire avec l'idée d'un développement sur le long terme.

904. En l'état du droit français, insuffisamment précis sur la question des titres sociaux sans valeur nominale, il apparaît difficile d'envisager de véritables actions sans valeur nominale représentant une rupture d'égalité entre les actionnaires²⁷³⁰. Or, l'attribution d'actions sans valeur nominale « exprimable » à l'associé-environnement doit être envisagé, car justifié par la valeur difficilement évaluable, voire la valeur absolue des apports en environnement. Le droit français s'avère sur ce point décevant. Toutefois, une autre solution à la valorisation des apports en environnement au sein des titres attribués, peut consister en l'attribution titres sociaux spécifiques à l'associé-environnement, tout comme l'Etat peut posséder des « actions de jouissance sans valeur nominale »²⁷³¹ ou « actions spécifiques »²⁷³². Par exemple, dans la loi du 11 décembre 1932 relative à l'aviation marchande, l'article 11 alinéa 1^{er} dispose que : « L'Etat recevra, en représentation des avantages divers consentis à des entreprises subventionnées avant le contrat ou à l'occasion de celui-ci, des actions de jouissance sans valeur nominale représentant 25 p. 100 du nombre total des actions. ». Ce type d'action donne le droit de

²⁷²⁶ BOUGNOUX Anne, préc., spéc. 10 ; EHLERS-FLAUS Bernadette, préc., p.743

²⁷²⁷ V° MESTRE Jacques (dir.), *Lamy sociétés commerciales*, février 2018, spéc. 4729, v° *montant nominal des actions*.

²⁷²⁸ *Ibid.*, spéc. 4730, v° *possibilité de valeurs nominales inégales* ; citant MAY Jean-Claude, *La valeur nominale des actions de société*, thèse, Paris II, 1980 , n°980, p. 1189.

²⁷²⁹ BOUGNOUX Anne, préc., v° *action, valeur nominale* , spéc. 11.

²⁷³⁰ EHLERS-FLAUS Bernadette, préc., p. 743.

²⁷³¹ ARTZ Jean-François, préc., spéc. 159.

²⁷³² VALUET Jean-Paul, « Privatisation et sociétés privatisées », in *Repertoire de droit des sociétés*, Dalloz, décembre 2010, spéc. 93.

vote à l'Etat ainsi que le droit à un hypothétique *super-dividende*²⁷³³. Encore aujourd'hui, l'Etat actionnaire détient des actions spécifiques au sein de certaines sociétés et y possède des droits spécifiques en vue de préserver les intérêts nationaux²⁷³⁴. Par analogie, l'associé-environnement, associé particulier qui représente des intérêts communs supérieurs aux intérêts particuliers, à l'instar de l'Etat garant de l'intérêt général, pourrait dans cette hypothèse, se voir attribuer des parts sociales ou des actions spécifiques, sans que la question de l'existence d'un apport évaluable ne se pose.

905. L'hypothèse d'action sans valeur nominale attribuée en contrepartie d'apport en environnement n'est cependant pas sans risque. En effet, selon Henri Blaise, ce type d'action expose les créanciers aux risques d'abus de société sans apports et va également à l'encontre de l'exigence de l'article 1833 qui exige un apport de la part de « chaque » associé²⁷³⁵. Il faut alors envisager que l'associé-environnement soit écarté de l'exigence d'apport en raison du caractère particulier de l'apport en environnement qui, s'il permet la réalisation de l'objet social de la société, ne peut en aucun cas servir de garantie aux créanciers sociaux du fait de l'absence d'appropriation possible de ce type d'apport en environnement. En réalité constitué d'éléments du patrimoine commun et qu'il convient de protéger. Les intérêts communs défendus par l'associé-environnement justifiant alors qu'un régime particulier lui soit appliqué comme les droits spécifiques détenus par l'Etat actionnaire.

906. La réception de la proposition d'un apport en environnement peut encore se heurter à une autre difficulté majeure, celle de la nécessité pour l'apporteur d'être propriétaire du bien qu'il met en société ou de la nécessité d'être titulaire du droit dont le bénéfice doit passer à la société²⁷³⁶.

2. Apport en environnement et apport *a non domino*.

907. Pour consentir valablement des droits sur un bien, il est nécessaire que l'apporteur en possède lui-même sur ce bien²⁷³⁷. Constitue ainsi un apport *a non domino*, l'apport effectué par une personne qui n'a jamais été propriétaire du bien apporté²⁷³⁸. Cet apport sera alors considéré comme fictif. En réalité il faut distinguer l'apport *a non domino* en propriété et l'apport *a non domino* en jouissance. Le premier est considéré comme un apport fictif, à moins qu'une régularisation ait lieu si l'apporteur fait par exemple l'acquisition du bien

²⁷³³ BOUGNOUX Anne, préc., spéc. 11.

²⁷³⁴ VALUET Jean-Paul, préc., spéc. 137 et s.

²⁷³⁵ BLAISE Henry, th. préc., pp. 25-28.

²⁷³⁶ Ibid., p. 35.

²⁷³⁷ Ibid., p. 35 : « par application de l'adage *Nemo plus juris transfere potest quam ipse habet*, la personne qui s'est vu consentir des droits par un non-propriétaire risque de ne retirer aucun avantage économique de l'opération. » ; GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, juin 2011, actualisé janvier 2017, v° *apport*, spéc. 72 et s.

²⁷³⁸ T. com. Seine, 22 septembre 1887, Journ. T. com. 1889, p.170 cité par GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine, « Apport », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, juin 2011, actualisé janvier 2017, spéc. 72 et s.

postérieurement à l'apport²⁷³⁹. Le second, l'apport *a non domino en jouissance*, n'est pas nécessairement fictif. En effet, « dans l'apport en jouissance, l'apporteur s'engage simplement à procurer à la société la jouissance paisible de la chose apportée. Donc tant que cette jouissance paisible ne sera pas interrompue par l'intervention du véritable propriétaire, la société ne pourra pas se plaindre d'une violation par l'apporteur de ses obligations. Il est en effet possible de supposer que l'apporteur interviendra auprès du véritable propriétaire pour que le bien soit maintenu à la disposition de l'exploitation sociale. »²⁷⁴⁰. Il en résulte que dans l'hypothèse d'un apport réalisé en jouissance par le représentant du véritable titulaire du bien apporté, l'apport peut être réel si le titulaire ne s'y oppose pas et que la société l'accepte et jouit du bien.

908. En réalité, il serait absurde d'exclure la possibilité qu'un fragment de la *res communis* (une portion d'eau, un spécimen prélevé...) soit apporté par l'associé-environnement. L'exigence d'un apport est satisfaite lorsque la personne représentant l'environnement – l'associé-environnement – assure la jouissance paisible de la chose à la société. Cette dernière ne pouvant en réalité s'approprier une chose qui relève du patrimoine commun et dont l'associé-environnement entend assurer le respect des intérêts en veillant à ce que l'usage qui en est fait relève d'un comportement sobre. Pour illustration, dans l'hypothèse d'une entreprise apicole de type SARL, il peut être conçu que l'associé-environnement apporte à la société en tant que gardien d'une chose commune²⁷⁴¹, la jouissance paisible d'abeilles, par définition des *res nullius* si elles n'ont pas été appropriées²⁷⁴², sans toutefois qu'il n'affiche la volonté d'en devenir propriétaire pour en percevoir les fruits, mais se chargeant seulement d'en assurer l'existence et la protection à travers des actions de sensibilisation contre les pesticides, information des agriculteurs, etc. Il s'agirait ainsi d'un apport en jouissance de « biens » *a non domino*, c'est-à-dire de choses communes. Ainsi, il s'agit davantage de penser l'apport *a non domino* en termes de protection de l'usage du bien apporté en jouissance ou en propriété. En d'autres termes, il s'agit de reconnaître la réalité de l'apport à travers la possibilité pour la personne apporteuse du bien, même non-titulaire de droits, d'agir pour sa défense et d'en représenter les intérêts. L'associé-environnement, une association de protection de l'environnement ou un conservatoire d'espaces naturels peut par exemple réaliser l'apport d'un élément de l'environnement dès lors qu'il détient un intérêt minimum à agir pour sa défense, à assurer la protection de son usage durant le temps de l'exploitation de l'entreprise. Aussi, puisque

²⁷³⁹ GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine, *ibid.*, spéc. 82

²⁷⁴⁰ *Ibid.*, spéc. 87 ; Pour illustration v. Cass. com., 15 janv. 1973, n° 71-11837, n'est pas fictif, l'apport du droit au bail portant sur un local commercial par les parents, alors que ce sont leurs enfants qui en étaient les propriétaires. L'arrêt retient que si les parents n'avaient aucun droit personnel sur l'immeuble et ne pouvaient donc en disposer, l'apport avait été accepté par la société et le local mis à sa disposition sans que les véritables propriétaires – les enfants – ne viennent interrompre cette possession.

²⁷⁴¹ V° TRÉBULLE François-Guy, « Environnement et droit des biens », in *Le droit et l'environnement*, Trav. de l'association H. Capitant, t. XI, 2006, Journée de Caen, 2010, Dalloz, p. 86 : « L'usage et la disposition des éléments du patrimoine commun sont nécessairement affectés par leur inclusion dans celui-ci qui fait du propriétaire comme de la collectivité gestionnaire un gardien du bien et des utilités concurrentes de celui-ci. »

²⁷⁴² Elles seraient alors des *res propriare* (spécimens d'espèces domestiques) mais en tous les cas appartenant à la biodiversité patrimoine commun : CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », RIEJ, 2018/2, vol. 81, pp. 297-330.

l'apporteur a la charge d'assurer la jouissance paisible du bien apporté²⁷⁴³ il s'agira pour lui d'en préserver la substance et la pérennité afin d'éviter toute fictivité de son apport, ce qui revient pour l'associé-environnement à assurer la défense des intérêts du bien apporté. En l'espèce, notamment lutter contre l'emploi d'insecticides par les propriétaires des fonds voisins.

3. Décorrélér apport et pouvoir en faveur de l'associé-environnement

909. Face aux difficultés des développements précédents pour dessiner les contours d'un véritable régime des apports en environnement, l'alternative pour l'associé-environnement peut résider en la réalisation d'un apport minime. C'est-à-dire d'ordre symbolique, en numéraire, en nature voire en industrie comme cela est souhaité dans les sociétés de capitaux, afin de répondre à l'exigence de la réalité de l'apport et ainsi d'obtenir la qualité d'associé. Pour en contrepartie, recevoir des parts ou actions dans le capital social de la société. Seulement, il reste qu'en principe l'apport a pour contrepartie l'attribution proportionnelle de droits dans le capital social de la société selon l'article 1843-2 du code civil. Dès lors, comment envisager que l'associé-environnement puisse avoir un pouvoir quelconque au sein de la société au regard de la potentielle faiblesse de son apport, c'est-à-dire bénéficiaire de droits non-proportionnels au montant de l'apport si son apport n'est que minime ? En effet, selon l'importance de l'apport, il est attribué une « fraction du capital dont l'appropriation donne à l'associé le droit de participer à la vie de la société et au partage des bénéfices »²⁷⁴⁴. Il est ainsi conféré à l'apporteur des droits politiques, pécuniaires et patrimoniaux, donnant essentiellement lieu au droit de participer à la vie de la société²⁷⁴⁵, au partage des bénéfices et enfin au droit d'obtenir remboursement du montant nominal des parts sociales. Aussi, le droit de vote suit en principe la même logique proportionnelle, par exemple l'article L225-122 du code de commerce prévoit que le droit de vote attaché aux actions est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent et chaque action donne droit à une voix au moins. Il y a donc en principe corrélation entre la fraction du capital social détenu et le droit de vote de l'associé. Aussi, un associé effectuant un apport d'un faible montant a par conséquent un nombre de voix limité.

910. Dès lors, est-il possible de prévoir dans les statuts de la société, une « décorrélation » entre apport et pouvoir, afin de mieux intégrer l'associé-environnement ? En principe, « il ne peut être dérogé à ce principe “une action, une voix” que dans les cas expressément prévus par le législateur, sous forme de limitation ou d'accroissement du droit de

²⁷⁴³ Code civil, art. 1843-3 al. 3 et al. 4 : « Lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur. Lorsqu'il est en jouissance, l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur. Toutefois, lorsque l'apport en jouissance porte sur des choses de genre ou sur tous autres biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société, le contrat transfère à celle-ci la propriété des biens apportés, à charge d'en rendre une pareille quantité, qualité et valeur ; dans ce cas, l'apporteur est garant dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. »

²⁷⁴⁴ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc.

²⁷⁴⁵ Article 1844 al. 1 du code civil : « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. »

vote »²⁷⁴⁶. En ce sens, l'article L225-123 du code de commerce prévoit sous certaines conditions que les statuts d'une société anonyme peuvent prévoir « un droit de vote double de celui conféré aux autres actions, eu égard à la quotité de capital social qu'elles représentent ». Aussi, un associé ayant effectué un apport minime peut bénéficier de droits d'associé plus importants que s'il lui est appliqué le principe de proportionnalité entre apport et droits d'associé. Plusieurs intérêts existent pour le droit de vote double, il permet ainsi de prémunir la société contre « l'activisme actionnarial »²⁷⁴⁷, c'est-à-dire éviter l'intrusion d'investisseurs aux offres publiques d'achat inamicales et favoriser la présence d'actionnaires impliqués de manière durable dans la vie de la société²⁷⁴⁸. L'associé-environnement investi de droits de vote double peut dans ce cas défendre durablement les intérêts communs de l'environnement et de la société commerciale.

911. Par ailleurs, il est prévu pour les sociétés par actions à l'article L228-11 du code de commerce, la possibilité de créer dans les statuts lors de sa constitution ou lors de son existence, « des actions de préférence avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent ». Ces actions qui se distinguent des actions ordinaires, permettent de donner de l'importance à un associé qui n'aurait effectué qu'un apport de faible montant à travers des « préférences » essentiellement extra-pécuniaires avec des droits politiques renforcés dans la gestion de la société et de recevoir un bénéfice qui ne serait pas uniquement sous forme de gain pécuniaire. Au contraire, il peut être conçu des actions de préférence pour les associés autres que l'associé-environnement, qui pourraient se voir privés de certains droits lors de situations définies dans les statuts. Jean-Marc Moulin indique que « la préférence peut être positive comme négative et se traduire par des contraintes complémentaires imposées aux seuls titulaires d'actions de telle ou telle catégorie »²⁷⁴⁹. Il peut s'agir selon l'auteur de préférences extra-pécuniaires ou pécuniaires. Par exemple, le droit de vote pourrait être réservé à la prise de certaines décisions seulement, être limité dans la durée ou exclu dans certaines hypothèses (l'auteur prend l'exemple de la réalisation d'un certain montant de chiffre d'affaires ou la réalisation de certains objectifs). Aussi, il peut être envisagé une limitation ou une augmentation des droits politiques et pécuniaires de l'associé-environnement ou des autres associés pour les décisions relatives à la protection de l'environnement. Ce mécanisme, qui ne semble pas attirer les sociétés malgré les

²⁷⁴⁶ STORCK Michel, DE RAVEL D'ESCLAPON Thibault, « Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ? », BJS, 2009, p.92 ; les auteurs renvoient à KOERING Camille., *La règle "une action-une voix"*, Thèse, Paris I, 2000

²⁷⁴⁷ VILMORIN Olivier, BERDOU Arnaud, «Vade-mecum de l'actionnaire activiste », Bull. Joly Bourse, n°1, 1^{er} janvier 2016, p.16 : « Préalable d'une prise de contrôle ou d'une simple volonté d'influencer la stratégie de l'entreprise, l'acquisition d'une participation plus ou moins significative est de fait la première étape de toute campagne d'activisme actionnarial.»

²⁷⁴⁸ STORCK Michel, DE RAVEL D'ESCLAPON Thibault, « Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ? », Bull. Joly sociétés, n° 1, 1^{er} janvier 2009, p.92 : «Les défenseurs du droit de vote double justifient l'avantage ainsi accordé à certains actionnaires au titre d'une bonne gouvernance de l'entreprise reposant sur un actionariat stable et fidèle.»

²⁷⁴⁹ MOULIN Jean-Marc, « Les actions de préférence », LPA, n° 189, 22 septembre 2005, p. 24

possibilités envisageables, tel que donner un droit de veto à un associé²⁷⁵⁰, pourrait trouver davantage application en matière environnementale pour les entreprises soucieuses d'adopter un comportement sobre, et surtout pour l'associé chargé de défendre l'intérêt environnemental.

912. Au-delà des apports qui permettent d'exercer l'activité sociale de l'entreprise et d'obtenir des résultats, c'est la question des bénéfices et de leur destination qu'il convient par la suite d'envisager dans la poursuite de l'intégration de l'environnement dans les éléments du contrat de société.

²⁷⁵⁰ DONDERO Bruno, « Peu d'appétence pour les actions de préférence », BJS, 2014, p. 481 : « S'agissant des actions de préférence, il faut penser que la pratique n'a pas envie de servir de chambre de maturation comme elle l'a fait pour la SAS. Peut-on créer des actions ne donnant pas de « préférence » mais seulement des désavantages par rapport aux actions ordinaires ? Peut-on donner un droit de veto aux porteurs d'actions de préférence ? Jusqu'où peut-on porter atteinte au droit de participer aux résultats sociaux par le biais d'actions de préférence ? Tout cela, nous ne le saurons que lorsque des praticiens auront pris le risque de créer des actions de préférence et que celles-ci auront été mises à l'épreuve d'une juridiction. Mais tant que les juges n'auront pas l'espèce idéale à se mettre sous la dent, ce n'est que par un *obiter dictum*, dont le juge français est peu friand, qu'il y aurait éventuellement moyen de savoir... ». En juin 2018, la jurisprudence s'avère toujours aussi muette sur la question.

CONCLUSION CHAPITRE I

913. Comme on peut le constater, la caractérisation d'une entreprise sobre à travers une relecture des éléments du contrat de société n'est guère évidente. En effet, les éléments constitutifs du contrat de société se trouvent constamment heurtés lorsqu'il s'agit de penser l'introduction de l'environnement. L'associé est intimement lié à la personnalité juridique et vouloir faire de l'environnement une personne juridique autonome rencontre de nombreux obstacles. Néanmoins, il semble peu à peu se dessiner un mouvement de personnification de l'environnement à travers certaines de ses composantes les plus emblématiques telles que les animaux ou les arbres. Il en résulte le développement d'un argumentaire de plus en plus construit qui repose sur l'idée que le droit protège non pas seulement une volonté mais assure aussi la protection d'intérêts. Or, si l'environnement est une universalité de fait, c'est-à-dire un ensemble de choses communes qui relèvent du patrimoine commun, il est dans l'intérêt de tous d'en assurer la préservation. L'entreprise définie comme système d'intérêts communs peut alors prendre sa part de responsabilité et poursuivre un devoir de préservation et d'amélioration de l'environnement en l'inscrivant dans ses statuts. Pour en assurer l'effectivité et à défaut de personnalité juridique reconnue à l'environnement, il a été proposé de prévoir l'existence d'un associé *sui generis*, aussi qualifié d'associé-environnement, spécialement en charge des intérêts communs et plus particulièrement de l'environnement. Il peut par ailleurs être prévu un représentant des intérêts de l'environnement qui soit tiers à la société. Au-delà des associés, il est essentiel pour la société de bénéficier d'apports afin de réaliser son objet social. Par la même méthodologie que pour l'associé, la notion d'apport a été définie pour ensuite envisager comment introduire l'idée de l'existence d'apports en matière d'environnement. Si l'apport en numéraire ne pose pas véritablement de difficulté, l'apport en nature soulève la question de l'évaluation des éléments naturels ou de la valeur d'usage du service écosystémique affecté au capital social. Plus encore, c'est la question des apports environnementaux en industrie, par définition apportés successivement au fur et à mesure de l'activité sociale, qui interroge sur de nombreux points. Notamment la question se pose encore une fois au sujet de l'évaluation et de la réalité de tels apports, pouvant participer de la formation du capital social de la société. Surtout lorsque l'apporteur n'est pas véritablement identifiable puisque l'environnement n'a pas de personnalité juridique. C'est alors l'associé-environnement qui peut permettre de surmonter cette difficulté d'apport *a non domino* en veillant à ce que l'entreprise use de l'apport en industrie en adoptant un comportement sobre.

CHAPITRE 2 L'ENTREPRISE SOBRE DANS SON FONCTIONNEMENT

914. Une fois la société formée, les associés identifiés et les apports effectués, son activité sociale poursuit la recherche de bénéfices ou la réalisation d'économies comme l'article 1832 du code civil le prévoit. Or, que faut-il entendre exactement par bénéfice ou économie lorsqu'il est possible d'engranger de phénoménales sommes d'argent au détriment de l'environnement ou de la santé humaine ? La question du bénéfice interroge donc et il n'est pas inutile d'effectuer une nécessaire relecture à l'aune de la crise écologique et de la poursuite d'un comportement sobre. Aussi, après avoir rappelé la définition du bénéfice tel qu'entendu aujourd'hui, il sera proposé d'envisager l'existence de « bénéfices sociétaux et environnementaux », c'est-à-dire des bénéfices autres que seulement pécuniaires ou sous la forme d'un bien évaluable en argent (**Section I**). Enfin, il conviendra de souligner l'importance d'articuler les notions d'objet social et d'intérêt social de la société, et plus largement de soutenir l'extension de l'intérêt social à celui de « l'intérêt de l'entreprise » afin de mettre en concordance entreprise sobre et société commerciale réformée (**Section II**).

Section 1 Dépasser la forme classique des bénéfices ou économies

915. Les apports en société permettent la réalisation de l'objet social mais surtout d'atteindre le but social²⁷⁵¹ tel que fixé par l'article 1832 du Code civil, soit la réalisation puis le partage de bénéfices. Cet objectif sociétaire est considéré par Henri Capitant comme le but ou la cause qui détermine l'intéressé à s'associer²⁷⁵². Est-ce qu'il en a toujours été ainsi ? Quelle définition doit recevoir la notion de bénéfice ? N'est-il pas nécessaire de reconsidérer cette notion de bénéfice à partir de son étymologie première de service et de bienfait ? Pour répondre à ces questions il sera nécessaire de dresser un bref aperçu de l'évolution de la société, pour constater que la cause de la société commerciale n'a pas toujours été caractérisée par la recherche systématique d'un but lucratif (**I**). Cette

²⁷⁵¹ Ou « cause » de la société, qui correspond selon COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence., *Droit des sociétés*, Lexis Nexis, 31ème éd°, 2018, p. 67, spéc. 180, « le but de la société correspond au pourquoi de la création de la société, autrement dit à l'objectif poursuivi par les associés au moyen de la société, alors que l'objet social correspond à l'activité assignée à la société et qui permettra de réaliser cet objectif grâce aux moyens mis à la disposition de la société, notamment par l'opération d'apport. ».

²⁷⁵² CAPITANT Henri, *De la cause des obligations*, Dalloz, 3ème éd., 1928, p. 52, spéc. 19 : « Parmi les contrats synallagmatiques, il faut, du point de vue de la cause, distinguer encore ceu dans lesquels chacun a en vue un but égoïste, distinct de celui que vise l'autre, et ceux qui sont caractérisés par la poursuite d'un même but que se proposent tous les contractants. Telles sont ceux de la société, qui consiste à mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter (art. 1832, C. civ.) (...), Les apports des associés ou des sociétaires, c'est-à-dire les choses mises en commun, forment l'objet de ces contrats; le but ou la cause qui détermine les associés à s'associer, c'est le partage des bénéfices, la défense d'un intérêt commun,... ».

évolution montre alors que la notion de bénéfice n'est pas figée et nécessite aujourd'hui d'être discutée pour en proposer une lecture plus sociétale et plus écologique (II).

I. De l'indifférence de la forme du gain à la spécialité lucrative de la société

916. La définition de la société commerciale a-t-elle toujours comporté l'idée de réalisation de bénéfices pécuniaires au regard des autres formes d'associations de personnes, en particulier l'association ? En effet, « l'esprit de lucre » ou son absence, est le « criterium »²⁷⁵³ qui distingue le groupement de personnes en forme de société commerciale ou d'association. En 1928, dans la préface de thèse de Pierre Kayser sur la distinction entre société et association, François GénY observe que la séparation entre association et société s'établit très simplement : « sur la base de l'article 1832 du code civil, rapproché de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, en ce sens que, société et association représentant des groupements d'efforts personnels concertés en vue d'un but commun, ce but serait, dans la société, la réalisation et le partage de bénéfices, tandis que, dans l'association, il resterait dépourvu de tout caractère lucratif. »²⁷⁵⁴. François GénY s'interroge alors sur l'avenir d'une telle distinction : est-elle fragile ou solide, doit-on en souhaiter la persistance ou bien au contraire, faut-il « en poursuivre la dégradation, sinon même l'abolition? »²⁷⁵⁵. Cet auteur interroge ainsi l'évolution du critère de distinction entre association et société. Or, il s'avère que la société romaine ne connaît pas le criterium du lucre et que celui-ci n'apparaît qu'à partir de l'Ancien régime pour être ensuite repris dans le code civil (A). C'est pour distinguer l'association de la société que le critère lucratif fut alors employé par le juge, conduisant à réduire cette dernière à une essence pécuniaire (B).

A. L'absence initiale de spécialité légale de la société

917. Dans ses travaux, Pierre Kayser s'emploie à mettre en exergue la distinction entre association et société. Comme Capitant quelques années plus tôt, Pierre Kayser observe que le critère discriminant repose sur le but lucratif poursuivi, c'est-à-dire la réalisation et le partage de bénéfices pour les sociétés, ou l'absence d'un tel but pour les associations²⁷⁵⁶. Pourtant, l'auteur relève que cette distinction n'est pas satisfaisante au regard de l'imprécision du terme « bénéfice » employé par le législateur²⁷⁵⁷. En ce sens, Troplong posait déjà la question : « de quelle nature doit être ce bénéfice poursuivi par la société ?

²⁷⁵³ RIPERT Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, p. 82.

²⁷⁵⁴ GENY François, «Préface», in KAYSER Pierre, *Société ou association ? L'article 1832 du code civil et la loi du 1^{er} juillet 1901*, Thèse, Paris, 1928, p. 4.

²⁷⁵⁵ *Ibid.*, p.4

²⁷⁵⁶ KAYSER Pierre, thèse précitée, p. 3.

²⁷⁵⁷ *Ibid.*

Est-ce nécessairement un bénéfice pécuniaire, un gain matériel ? Ou bien doit-on faire entrer en ligne de compte les avantages moraux, les jouissances d'affection, les distractions intellectuelles que peut procurer une association ? »²⁷⁵⁸. Aussi, Pierre Kayser s'interroge de manière identique : « le bénéfice comprend-il toute espèce d'avantage patrimonial ? Doit-il au contraire, être restreint, comme c'est le cas dans la pratique commerciale, aux sommes d'argent distribuées par une entreprise ? Peut-il consister en une économie, en un manque à perdre, ou doit-il nécessairement constituer un gain, un profit de caractère positif ? »²⁷⁵⁹.

918. Il semble que la réponse à cette « sempiternelle question »²⁷⁶⁰ de distinction à travers la notion de bénéfice n'ait toujours pas été tranchée à ce jour puisque l'actualité jurisprudentielle continue d'osciller entre le groupement associatif et sociétaire. Dans cette incertitude, un auteur indique plus généralement que le caractère lucratif n'est plus la ligne de partage entre société et association. Selon lui, trois secteurs se distingueraient : « celui du partage des bénéfices, exclusivité de la société, celui du désintéret, exclusivité de l'association et enfin celui de la recherche de l'économie, où les deux catégories de groupement sont en concurrence »²⁷⁶¹. La jurisprudence ne semble pas se limiter à ces distinctions puisqu'elle a, par exemple, pu refuser la qualification de société à un groupement dont les membres n'avaient effectué aucun apport, outre le fait que l'objet de l'association excluait tout partage de bénéfice²⁷⁶².

919. Pour mieux comprendre l'origine de cette distinction, les travaux de Pierre Kayser sur les sociétés et les associations s'avèrent utiles en enseignements. L'auteur expose qu'il existait déjà à Rome, une distinction entre l'association, aussi appelée le collège ou *collegium*, et la société, *societas*²⁷⁶³. C'est cependant à partir du droit de l'Ancien régime – ou ancien droit – qu'est véritablement effectué un travail de définition objective de la notion de société, à partir de *l'affectio societatis* développé par Justinien²⁷⁶⁴. Pierre Kayser reprend ainsi la définition de la société donnée par Cujas, soit : « le contrat qui, par le consentement de deux ou plusieurs, introduit entre eux une communauté ; une communauté indivise formée par le consentement ; le contrat de communauté ; une juste communication du gain et de la perte, faite conventionnellement »²⁷⁶⁵. A cet égard, Kayser

²⁷⁵⁸ TROPLONG Raymond Théodore, *Du contrat de société civile et commerciale*, éd. Hingray, Paris, t.1, 1843, p.17. L'auteur répond que « La négative est certaine, et les bénéfices de la société doivent être des bénéfices pécuniaires ou appréciables en argent. ».

²⁷⁵⁹ KAYSER Pierre, thèse précit., p. 3.

²⁷⁶⁰ GROSCLAUDE Laurent, « Société ou association ? » RTD com., 2003, p. 754.

²⁷⁶¹ *Ibid.*

²⁷⁶² *Ibid.*, à propos d'un arrêt Cass. com., 12 mars 2002, n° 99-11060, inédit. L'arrêt retient la qualification d'association au motif que les membres du groupement se bornent à verser une cotisation modeste (5 livres sterling), ne réalisent pas d'apport en vue de la constitution d'un capital et que ce groupement a pour objet de "protéger et promouvoir les intérêts du commerce du whisky écossais en général". Aussi, malgré l'activité déployée dans la sphère commerciale pour la défense de cet objet, la Cour de cassation ne retient pas la qualification de société commerciale car les statuts excluaient toute distribution ou répartition de revenus, bénéfices ou dividendes à ses membres, qui devaient être affectés à l'objet commun.

²⁷⁶³ KAYSER Pierre., th. préc., pp. 9-30

²⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 31.

²⁷⁶⁵ CUJAS, *Digestum vetus*, I, XVII, t. II, *summa*, éd. Lyon, Landry, 1604, p.1683 cité par KAYSER P., thèse précitée, p.32

observe que la société commence alors à être définie de manière constante chez la plupart des auteurs de l'ancien droit, comme le contrat qui introduit une communauté entre les parties en vue du profit qui pourra en être retiré²⁷⁶⁶. Or pour l'auteur, les romains n'utilisaient pas le critère du but lucratif²⁷⁶⁷ propre à la définition de la société donnée dans l'actuel code civil. Il expose que : « l'idée de lucre était étrangère à la société romaine, mais les Romains, les jurisconsultes du moins, ne s'en étaient pas servis pour la définir : ils considéraient le gain ou la perte comme un des effets de la communauté sociale (...), elle n'intéressait pas la définition de la société ; elle ne servait pas à la délimiter sous le rapport de l'objet, elle n'en fixait pas l'extension»²⁷⁶⁸. En ce sens, il peut être citée la définition du contrat de société en droit romain (*societas*) donnée par Ferdinand Mackeldey selon laquelle : « Le contrat de société est un contrat consensuel par lequel plusieurs personnes se réunissent dans un but commun et licite et conviennent des moyens propres à y parvenir. Il est parfait par le seul consentement et l'accord de tous les associés »²⁷⁶⁹. Il ressort de cette définition que le droit romain, comparé à l'article 1832 du code civil, ne fait aucunement apparaître un autre but social que celui de réaliser un but commun et licite, sans que ne soit précisé la nature de ce but social. Il faut d'ailleurs souligner l'aversion des juristes à Athènes comme à Rome pour le commerce, « considéré comme assez méprisable »²⁷⁷⁰. En dépit de cette définition neutre en terme pécuniaire, Ferdinand Mackeldey donne pourtant une interprétation au « but commun » que le droit romain ne précisait pas, y ajoutant un critère de définition qui n'y existait pas, il indique : « relativement à son but, la société est destinée à faire des gains (*societas quaestuararia*), ou elle ne l'est pas. »²⁷⁷¹. En réalité ce n'est pas tant la question de l'existence ou non de bénéfice qui prête à débat, mais la signification qui doit être donnée au terme « bénéfice ».

920. C'est donc à partir de l'ancien droit que l'idée de lucre est « intégrée à la définition de la société comme matière de l'intention sociale »²⁷⁷². Kayser en donne l'illustration à travers l'exemple de Felicius qui définit la société comme « le contrat qui, des choses, des services, ou une industrie étant mis volontairement en commun, est accompli en vue d'un gain ou d'un profit »²⁷⁷³. Le rôle joué par le gain (*lucra*) ou le profit (*lucrum*) dans la définition de la société est alors devenu « un élément formel, un élément final et

²⁷⁶⁶ KAYSER Pierre, th. préc., p.34

²⁷⁶⁷ Plus exactement, il était effectivement question de "bénéfice" et de "gain" mais pas nécessairement pécuniaire contrairement à l'interprétation donnée par beaucoup d'auteurs v° sur ce point TROPLONG Raymond Théodore, *Du contrat de société civile et commerciale*, éd. Hingray, Paris, T.1, 1843, p.17 : « les bénéfices de la société doivent être des bénéfices pécuniaires ou appréciables en argent ». Il faut donc bien distinguer le but de la société romaine qui revient à réaliser des bénéfices, de la question de la forme de ces derniers.

²⁷⁶⁸ KAYSER Pierre, th. préc., p.34

²⁷⁶⁹ MACKELDEY Ferdinand, *Manuel de droit romain contenant la théorie des institutes*, trad. de l'allemand par Jules Beving sur la 10ème éd°, Société typographique belge, éd. Wahlen, Bruxelles, 1837, p. 233, spéc. 385

²⁷⁷⁰ GUÉVEL Didier, *Droit du commerce et des affaires*, LGDJ, coll. Systèmes cours, 5ème éd., 2017, p. 13 : « À Athènes puis à Rome, le commerce était considéré comme assez méprisable et les juristes y portaient peu d'attention ».

²⁷⁷¹ MACKELDEY Ferdinand, op. cit., p. 233, spéc. 385.

²⁷⁷² KAYSER Pierre, th. préc., p.35

²⁷⁷³ FELICIUS Angelo, *Tractatus de societate*, Cap. I, 4 ; Augustae Taurinorum, 1638, cité par KAYSER, th. préc., p. 36.

substantiel »²⁷⁷⁴. Cet élément du lucre repris par les rédacteurs du code civil à l'article 1832 a eu pour conséquence négative selon Kayser , de réduire le champ potentiel, l'étendue d'action de la société qui s'en est trouvée, par conséquent, limitée²⁷⁷⁵. Alors que la société romaine ne faisait apparaître qu'indirectement l'idée de gain au sens où il est entendu aujourd'hui, l'article 1832 du code civil assigne indirectement à la société un but légal intéressé, un objectif lucratif, le partage de bénéfices appréciables en argent. L'article est ainsi rédigé en 1804 de la façon suivante : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». L'expression « partage de bénéfice » n'est cependant pas précisée par ce texte. Le bénéfice a alors été traduit par « gain positif, facteur d'enrichissement » et le mot partage par le « sens matériel de distribution »²⁷⁷⁶. Dès lors, le bénéfice ainsi déterminé « n'a pu s'appliquer qu'à une somme d'argent, ce qui a eu pour conséquence d'apporter une précision nouvelle au mot bénéfice, devenu de gain positif, un gain pécuniaire »²⁷⁷⁷. Cette approche de la société reinte au bénéfice pécuniaire est assurément regrettable puisque : « L'extension du contrat de société s'en est trouvée réduite : elle s'est trouvée limitée aux groupements, qui, par la mise en commun, arrivent à une fructification de cette chose telle qu'elle rend possible la distribution d'une plus plus-value représentée par une somme d'argent »²⁷⁷⁸.

921. Alors que la doctrine du XIX^{ème} siècle est encore partagée sur la notion de bénéfice²⁷⁷⁹, c'est finalement la Cour de cassation qui apporte une réponse à la signification du terme bénéfice pour distinguer société et association. Elle procède d'abord par exclusion sans

²⁷⁷⁴ KAYSER Pierre, th. préc., p.36. Plus précisément Felicius indique : « *Demum dicemus de causa formali, & quod societas alia est ad lucru, alia ad quaestum, & quid sit lucrum, & quae lucra, & pro qua parte veniant communicanda (...)* Et quid sit quaestus, & pro parte veniant communicandi. Et agemus de damnis, expensis, & de dolo, & de culpa, & de casibus fortuitis, & demum agemus de causa finali. ». Soit selon notre traduction, que la cause formelle de la société réside dans son caractère lucratif (*lucrum* – profits ; *lucra* - gains) et la volonté pour chacun des associés de partager les bénéfices ou les gains qui en résultent, mais aussi de contribuer aux pertes et dommages nés de fraude, faute ou cas fortuit ; V° l'ouvrage de FELICII Hectoris, *Tractatus de societate. Ab Angelo Felicio iurisconsulto auctoris filio*. Apud Antonium Pniellum, Venise, 1610, en ligne : https://archive.org/stream/bub_gb_zjJ7xOWu6V4C#page/n47/mode/2up , consulté le 26 avril 2019.

²⁷⁷⁵ Selon KAYSER Pierre, th. préc., p.35, alors que les romains utilisaient un cadre souple et une méthode inductive pour définir la société, « l'extension du contrat ne se fixe plus de l'intérieur (...) elle est fixée de l'extérieure par l'armature d'une définition ».

²⁷⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷⁷ KAYSER Pierre, th. préc., p.64

²⁷⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁷⁹ *Ibid.*, p.69 : « Troplong essaie de coordonner toutes ces solutions et de les expliquer par une conception générale de la société. Il exige que le bénéfice soit un gain matériel, un profit, mais non qu'il soit représenté par une somme d'argent ; il le croit suffisamment caractérisé quand il est positif et appréciable en argent. Le mot partage n'a pas encore ce sens purement littéral et matériel qui ne serait accompli que par la distribution d'une somme d'argent; en 1850, il implique seulement que le bénéfice doit être fait en commun, qu'il doit procéder d'une activité commune; ainsi réalisé, il peut être "partagé", au sens de l'article 1832, par la simple participation de tous les membres aux avantages de la société. Troplong considère par exemple comme un contrat de société la convention par laquelle les habitants d'une ville s'engage à couvrir les frais d'un jardin d'agrément : l'entreprise est commune, l'avantage est commun et positif , ce n'est que le plaisir de jouir d'une promenade publique, mais ce plaisir augmente le bien-être des habitant et peut-être apprécié avec autant d'exactitude que les pertes morales sont évaluées en dommage-intérêts.». V° TROPLONG Raymond Théodore, *Du contrat de société civile et commerciale*, éd. Hingray, Paris, T.1, 1843, p.17. « De quelle nature doit être ce bénéfice ? (...) les bénéfices de la société doivent être des bénéfices pécuniaires ou appréciables en argent.»

définir le terme de bénéfice²⁷⁸⁰ en refusant par exemple de reconnaître que la jouissance de pâturages en commun puisse constituer un bénéfice au sens de l'article 1832 du code civil : « l'achat fait en commun par les habitants de plusieurs communes avec pacte d'indivision en vue de la jouissance en commun, de pâturages et de forêts, la jouissance en commun des produits naturels de la terre ne pouvant être considérés comme des bénéfices au sens de l'article 1832 du Code civil »²⁷⁸¹. Il existe pourtant aujourd'hui au sein de ce même code civil, la notion de « bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement » au sein de la définition du préjudice écologique²⁷⁸², sans doute ce groupement aurait-il pu être qualifié de coopérative aujourd'hui mais la qualification de société n'est pas à exclure puisqu'il est prévu qu'elle peut être constituée en vue de réaliser des économies depuis la loi du 4 janvier 1978²⁷⁸³. C'est ensuite un arrêt remarqué de la Cour de cassation des chambres réunies du 11 mars 1914, qui précisa le sens du terme bénéfice et distingua la société de l'association : « Attendu que l'expression bénéfice a le même sens dans les deux textes et s'entend d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés ; que, dès lors, la différence qui distingue la société de l'association consiste en ce que la première comporte essentiellement comme condition de son existence, la répartition entre associés des bénéfices faits en commun, tandis que la seconde l'exclut nécessairement. »²⁷⁸⁴. Selon cette conception qui reste d'actualité en droit français, la société vise la réalisation et le partage de bénéfices tandis que l'association n'a pas cet objectif²⁷⁸⁵. Aussi, il faut souligner qu'en réalité l'interprétation du terme de bénéfice retenu par cette jurisprudence ne coïncide pas avec son sens premier. En effet, le bénéfice doit être distingué du lucre qui possède une signification pécuniaire que n'a pas nécessairement le bénéfice.

²⁷⁸⁰ KAYSER P., th. préc., p.94 : « elle ne procède pas par affirmation, mais par négation: elle dit seulement que la jouissance de pâturages en commun ne peut constituer un bénéfice au sens de l'article 1832 du Code civil, sans préciser, autrement que par cette exclusion, la notion de bénéfice ».

²⁷⁸¹ Cass. req., 30 juillet 1901, S., 05. 1. 502 ; LYON-CAEN Charles et RENAULT Louis, *Traité de droit commercial*, 4^{ème} éd., 1908, t. II, 1^{ère} partie, n^{os} 3-4 et s., cité par KAYSER Pierre., th. préc. p.9, pour qui « la solution de l'arrêt procède implicitement de l'idée que le bénéfice social ne peut être qu'une somme d'argent: elle ne reconnaît plus comme suffisamment caractéristique de la société la participation directe à des avantages en nature procurés par la collectivité ».

²⁷⁸² Art. 1247 c. civ. : « Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement. »

²⁷⁸³ V^o HIEZ David, « Association », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2018, spéc. 30 et 31 ; la loi n^o78-9 du 4 janvier 1972.

²⁷⁸⁴ Cass. ch. réun., 11 mars 1914, *Caisse rurale de la commune de Manigod*, D. 1914 p. 257 note L. Sarrut, v^o KAYSER P., th. préc., p.96 pour l'ensemble des différentes opinions exprimées sur cet arrêt, mais aussi Vavasseur A. et J., *Traité des sociétés civiles et commerciales*, T. I, 7^{ème} éd., Paris, 1931, p. 262.

²⁷⁸⁵ Il existe cependant des formes sociétaires qui cherchent à concilier l'aspect lucratif avec la satisfaction d'intérêts qui ne sont pas nécessairement pécuniaires comme dans les structures de l'économie sociale et solidaire ou dans les exemples de nouvelles formes sociétaires en droit étranger comme cela a été vu précédemment.

B. Une spécialité lucrative de la société à dépasser

922. Le législateur et la jurisprudence, influencés par la majorité des auteurs de doctrine²⁷⁸⁶, se sont focalisés sur la dichotomie entre société et association à partir du critère du lucre. Ceux-ci ont ainsi conçu le lucre comme un gain pécuniaire à partager entre associés et non pas dans un sens neutre comme un bénéfice, une richesse, un avantage, un intérêt (*lucris causa*), un fruit, une utilité, quelque chose de favorable, de profitable (*lucratus*)²⁷⁸⁷. L'ensemble de ces gains, jugés non pécuniaires, étant alors réduits à être partagés au sein d'autres formes de groupements que la société telle l'association. Nonobstant, il faut souligner que *lucris facio*, c'est-à-dire réaliser un gain, obtenir un bénéfice, peut s'entendre hors de toute signification pécuniaire. Par exemple : *lucris facere pallium*, gagner un manteau ; *lucris facere nomen*, se faire un nom. Ce n'est que lorsqu'il s'agit d'argent que cela est précisé notamment par l'expression : *facere argenti aliquantum lucris*, gagner quelque argent. Or, l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, énonce que là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer. En l'occurrence, si l'article 1832 fait état de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie, il n'est en aucun cas mentionné que ce bénéfice ou cette économie est nécessairement pécuniaire²⁷⁸⁸. Aussi, le juge en a effectué une interprétation réductrice dans l'arrêt du 30 juillet 1901, alors même qu'il s'agissait de profiter des bénéfices d'un partage de pâturages²⁷⁸⁹ ou bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement²⁷⁹⁰.

923. Comme le remarque Kayser, la définition de la société par le législateur a pour fâcheuse conséquence de ne saisir la société que dans sa vie intérieure et de négliger tous les éléments d'intérêt général que comporte nécessairement la vie d'une société²⁷⁹¹. La définition de la société par le législateur à l'article 1832 et son interprétation restreinte donnée par le juge, conduit également à occulter les formes intermédiaires et alternatives de sociétés selon Paul Le Cannu. Cet auteur s'interroge ainsi sur les « éléments invariants » de la société²⁷⁹². L'auteur est l'un des premiers – il faut le souligner – à se demander pourquoi dans la société « on n'y trouve pas (encore ?) des finalités comme celle du développement durable de la responsabilité de la société à l'égard de la Société,

²⁷⁸⁶ TROP LONG Raymond Théodore, *Du contrat de société civile et commerciale*, éd. Hingray, Paris, T.1, 1843, p.17 et s.

²⁷⁸⁷ QUICHERAT Louis, DAVELUY Amédée, *Dictionnaire latin-français*, Hachette, 57ème éd°, en ligne : <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb325507234>, p.783 v° *lucrum*.

²⁷⁸⁸ En effet, il y a lieu de rappeler que dans l'hypothèse d'un comportement sobre, la sobriété est l'objectif qui consiste à maîtriser quantitativement et qualitativement l'utilisation d'éléments naturels qui concourent aux activités économiques. Le bénéfice peut consister dans le partage d'avantages non pécuniaires nés du contrat de société (par exemple par des échanges de services ou de biens) ou de l'économie tirée de la mise en société de ressources (par exemple dans le secteur de l'économie collaborative avec l'autopartage,...).

²⁷⁸⁹ V. Cass. req., 30 juillet 1901, S., 05. 1. 502, préc.

²⁷⁹⁰ Art. 1247 c. civ., préc.

²⁷⁹¹ KAYSER Pierre, th. préc., p.161-162 : « L'entreprise entretient donc une double vie de relation, une première, très générale, avec la collectivité tout entière, une deuxième, plus directe, plus immédiate, avec la collectivité de ceux qui travaillent pour elle. C'est cette vie de relation que néglige le législateur en la définissant (...). Cette définition ne la saisit que dans sa vie intérieure, elle dégage le principe de cette vie, l'intention lucrative, et l'érige en fin de la collectivité. Ce n'est qu'au prix de cette abstraction simplificatrice qu'elle peut la constituer comme le genre, le type de collectivités d'intérêt privé, c'est en négligeant tous les éléments d'intérêt général que comporte sa vie de relation. ».

²⁷⁹² LE CANNU Paul, « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du code civil », BJS, 2012, p. 672, spéc. 19.

ou de la juste répartition des richesses entre les parties prenantes»²⁷⁹³. Cette analyse est aujourd'hui très largement partagée avec l'adoption de lois en ce sens²⁷⁹⁴ et la modification des articles 1832 et 1833 du code civil, outre la création de sociétés à mission²⁷⁹⁵.

924. Il faut cependant nuancer la dichotomie entre la société lucrative et l'association non lucrative telle qu'elle a été dépeinte jusqu'à présent. En effet, par une loi n° 78-9 du 4 janvier 1978²⁷⁹⁶, le législateur a adjoint à l'idée de partager un bénéfice, celle de « profiter d'une économie »²⁷⁹⁷. Dès lors, que penser de cet ajout de notion « d'économie » à celle de « bénéfice » ? Etait-ce le premier signe d'un retour à une conception romaine de la société dont la finalité serait moins limitée au partage de bénéfices pécuniaires ? Faut-il y voir une extension de la notion de société vers celle d'association, ou bien plutôt, déceler un certain pragmatisme du législateur afin de mieux correspondre à une réalité dans laquelle, comme l'observe un auteur, certaines sociétés ne réalisent ni bénéfices, ni économies, mais ont pour seule fin d'exister ?²⁷⁹⁸. Les travaux parlementaires dans le cadre de la loi du 4 janvier 1978, et plus précisément le rapport de la Commission mixte paritaire alors chargée de proposer une nouvelle définition de l'article 1832 relatif à la société, permet d'apporter un certain éclairage sur les objectifs poursuivis²⁷⁹⁹. Deux approches différentes sont observables entre la Chambre haute et la Chambre basse du Parlement. Alors que l'Assemblée nationale avait adopté en deuxième lecture la formulation suivante : « la société est constituée en vue de partager des bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter », le Sénat proposait d'indiquer que la société pouvait avoir pour but de permettre aux associés de profiter de « tout avantage matériel » qui pourra en résulter. Cet avantage matériel pouvant consister notamment dans des facilités de gestion ou dans une plus grande stabilité permettant des prévisions à long terme. Néanmoins, la Commission mixte paritaire s'est rangée à la position de l'Assemblée nationale selon laquelle cette précision n'était pas nécessaire, suivant l'argument que tout avantage matériel se traduit

²⁷⁹³ *Ibid.*

²⁷⁹⁴ Par exemple la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre qui a notamment pour objet d'obliger certaines entreprises à mettre en place un plan de vigilance inscrit à l'article L225-102-4 du code de commerce et comportant les mesures 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.

²⁷⁹⁵ *V. infra.*

²⁷⁹⁶ Loi n°78-9 modifiant le titre IX du livre III du Code civil, JO 5 janvier 1978

²⁷⁹⁷ Art. 1832 du c. civ. : « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

²⁷⁹⁸ LE CANNU Paul, « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du code civil », BJS, 2012, p. 672, spéc. 15.

²⁷⁹⁹ Sénat, Commission mixte paritaire, Rapport n° 166 (1977-1978) présenté par MM. DAILLY et FOYER, 14 décembre 1977 : Sur proposition de M. Foyer, et après interventions de MM. Dailly, rapporteur pour le Sénat, Geoffroy et Gerbet, l'article 1832 du Code civil, relatif à la définition de la société, a été adopté par la Commission mixte paritaire dans le texte voté par l'Assemblée Nationale en deuxième lecture, aux termes duquel la société est constituée « en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. » Le Sénat avait, en effet, complété la définition adoptée par l'Assemblée Nationale en indiquant que la société pouvait avoir pour but de permettre aux associés de profiter de « tout avantage matériel » qui pourra en résulter, cet avantage matériel pouvant consister notamment dans des facilités de gestion ou dans une plus grande stabilité permettant des prévisions à long terme. Néanmoins, M. Foyer ayant fait valoir que cette précision n'était pas nécessaire, tout avantage matériel se traduisant normalement pour les associés soit par un bénéfice, soit par une économie, la commission s'est rangée à cette position.

normalement soit par un bénéfice soit par une économie. En réalité, ce fut une réelle occasion manquée d'un retour vers une approche plus romaine de la société, moins dirigée vers le gain pécuniaire.

925. En réalité, la proposition sénatoriale d'un avantage matériel, s'approchait davantage de ce qu'énonçait Troplong. Pour cet auteur : « bien qu'encore que la société n'eût pas pour but de partager une somme d'argent, elle n'en serait pas moins une société proprement dite, pourvu que l'avantage qu'elle procure fût appréciable en argent »²⁸⁰⁰. Aussi, l'idée essentielle de la société réside dans l'avantage procuré à ses membres. La proposition du Sénat en 1977 de définir la société par ce qui procure « tout avantage matériel » à ses membres présente également le grand intérêt d'échapper à la question de l'évaluation monétaire de l'environnement ou de manière générale de tout ce qui n'a pas nécessairement un prix (biodiversité, amitié, secours, service, etc.). Il est par ailleurs regrettable que la modification de la notion de société en 1977 n'ait pas intégré l'idée de stabilité et de prévisions à long terme²⁸⁰¹ comme le proposait le Sénat qui, sans le savoir, avançait déjà l'idée de durabilité, de solidarité et de temporalité écologique dans la définition de la société. Si la rédaction intégrant l'idée d'économie l'a emporté, certains auteurs s'inquiètent de l'interprétation à donner à l'expression « profiter de l'économie qui pourra en résulter » car certains groupements visant au profit d'une économie et ne revendiquant ni le statut d'association, ni celui de société, risquent fort d'être traités comme des sociétés créées de fait²⁸⁰². Ces auteurs se réfèrent ainsi aux formes de groupements intermédiaires représentés par les entreprises que nous avons précédemment désignées par entreprises non-capitalistes²⁸⁰³ ou hybrides. Aussi, puisque le législateur n'envisage pas de modifier l'article 1832 et que cet article ne précise pas la forme des bénéfiques ou économies, des propositions peuvent être formulées dans le sens de bénéfiques socio-environnementaux.

²⁸⁰⁰ TROPLONG Raymond Théodore, *Du contrat de société civile et commerciale*, éd. Hingray, Paris, T.1, 1843, p.17 ; KAYSER P., th. préc., p.69

²⁸⁰¹ Sénat, Commission mixte paritaire, Rapport n° 166 (1977-1978) présenté par MM. DAILLY et FOYER, 14 décembre 1977, citation précit.

²⁸⁰² Le CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^eéd., 2018, spéc. n° 261-262 ; Soit le groupement dans lequel des partenaires économiques qui n'ont pas constitué de société se comportent comme de véritables associés, sans en avoir toujours conscience [COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 31^eème éd., 2018, p. 706, spéc. 1703 : nécessite la réunion des différents éléments constitutifs de la société, des apports, un *affectio societatis*, une volonté de partager les gains et de contribuer aux pertes].

²⁸⁰³ En référence à HIEZ David, « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Rev. des sociétés*, 2012, p. 671.

II. Vers des bénéfices socio-environnementaux

926. Alors que l'arrêt de principe des chambres réunies de la Cour de cassation du 11 mars 1914, *Caisse rurale de Manigod*, retient la notion de bénéfice comme critérium de distinction entre la société et l'association, la Cour ne définit pas celle-ci de manière précise et indique seulement que : « l'expression bénéfice a le même sens dans les deux textes [l'article 1832 du code civil et article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901] et s'entend d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés »²⁸⁰⁴. Or, cette approche est insatisfaisante au regard de la concrétisation d'un comportement sobre. En effet, une entreprise doit pouvoir réaliser des bénéfices qui ne soient pas uniquement d'ordre pécuniaire ou matériel. En réalité, réduire l'entreprise à cette définition du bénéfice revient à nier toute idée de fonction sociale et d'intérêts communs et seul l'aspect pécuniaire et matériel définirait l'entreprise à l'exclusion d'une quelconque satisfaction sociale ou visant à s'inscrire dans la transition écologique. Les développements précédents empêchent de retenir une telle vision. Dès lors, il convient de dégager plus avant les contours de la notion discriminante de bénéfices et la réalisation d'économie, pour comprendre pourquoi celle-ci est jusqu'à présent restée inchangé dans un sens réducteur (A). Il sera alors possible d'émettre des propositions de renouvellement des bénéfices et des économies à travers l'idée de bénéfices sociaux et environnementaux (B).

A. Le bénéfice pécuniaire ou son actuelle réduction monétaire

927. Puisque l'article 1832 utilise le terme de bénéfices et non de gain ou profit comme en droit romain, il s'agit de donner une signification contemporaine à ce terme. Du latin *beneficium*, de *bene*, bien, et *facere*, faire, le mot « bénéfice » est employé comme synonyme de « profit », du latin *profectus*, ou encore pour signifier « ce qui a été tiré de »²⁸⁰⁵. Selon l'historien François Guizot, le terme *beneficium* était employé du V^{ème} au IX^{ème} siècle en tant que synonyme du mot latin *feodum*, qui désignait la propriété donnée en récompense, à titre de solde, de salaire. Les bénéfices désignaient : « une terre reçue d'un supérieur, à titre de récompense, de bienfait, et qui obligeait envers lui à certaines charges, à certains services »²⁸⁰⁶.

928. Le terme bénéfice tel qu'il est aujourd'hui entendu dans un sens général provient donc de l'idée de récompense, de contrepartie pour un service rendu, pour les bienfaits tirés de la contribution à la Société. C'est-à-dire en droit des sociétés, des bénéfices issus de l'entreprise commune, de l'effort collectif des associés. Le bénéfice est aujourd'hui considéré comme le « gain pécuniaire ou matériel réalisé dans une opération ou dans une entreprise et qui accroît l'actif du patrimoine de celui qui l'a obtenu ; il se distingue des

²⁸⁰⁴ Arrêt préc.

²⁸⁰⁵ TERRIER Victor, *Essai sur la notion de profit et sur son partage entre l'entrepreneur et l'ouvrier*, thèse, Paris, 1923, p.9

²⁸⁰⁶ GUIZOT François, *Histoire de la civilisation en France : depuis la chute de l'Empire romain*, Paris, 1840, t. 3, pp. 247-248.

économies qui n'accroissent pas la fortune mais l'empêchent de diminuer »²⁸⁰⁷. Plus restrictivement, certains considèrent que « le bénéfice s'entend uniquement d'un enrichissement pécuniaire »²⁸⁰⁸.

929. En effet, deux visions différentes du bénéfice coexistent, une approche restrictive et une approche extensive. Toutes deux sont articulées autour de l'idée d'avantage ou de gain, mais dont le contenu diffère entre avantage pécuniaire et avantage non-pécuniaire. Or, par la loi du 4 janvier 1978 s'est rallié à la vision restrictive de l'enrichissement en argent « en juxtaposant les deux termes de « bénéfice » et « économie » dans l'article 1832 du Code civil²⁸⁰⁹. A l'inverse, une approche moins réductrice du bénéfice consiste à définir le bénéfice, non pas uniquement à travers une approche pécuniaire, mais aussi par rapport à tout « avantage appréciable en argent »²⁸¹⁰. Suivant cette expression, le bénéfice peut être plus largement entendu comme tout gain, pécuniaire ou matériel, ou toute économie d'une dépense²⁸¹¹. En ce sens, Troplong présente un exemple de société portant sur le bénéfice d'un jardin d'agrément : l'entreprise est commune, l'avantage est commun et positif, néanmoins, plus que le simple avantage de jouir d'un environnement non dégradé, l'existence d'un environnement dans lequel les sociétés signataires du contrat puissent exercer leur activité peut être apprécié avec autant d'exactitude que l'absence d'une jouissance paisible de l'environnement peut être évaluée en dommages et intérêts (troubles anormaux du voisinage, pollutions, etc.)²⁸¹².

930. Evidemment, cette vision moins réductrice du bénéfice ramène encore à l'aspect pécuniaire. De plus, il est délicat d'évaluer, « d'apprécier en argent », les éléments de l'environnement comme cela a été vu dans le cadre des apports en société, ce qui pose à nouveau la question de la « comptabilisation de l'environnement » ou du « prix

²⁸⁰⁷ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc. v° *bénéfice* ; L'économie est ainsi la dépense évitée pour les membres de la société (*Mémento sociétés commerciales*, Ed° Francis Lefebvre, 2015, n°3250).

²⁸⁰⁸ *Mémento sociétés commerciales*, Ed° Francis Lefebvre, 2015, n°3250

²⁸⁰⁹ *Ibid.*

²⁸¹⁰ TROPLONG Raymond Théodore, *Du contrat de société civile et commerciale*, éd. Hingray, Paris, T.1, 1843, p. 17

²⁸¹¹ *Mémento sociétés commerciales*, Ed° Francis Lefebvre, 2015, n°3250

²⁸¹² TROPLONG Raymond Théodore, *Du contrat de société civile et commerciale*, éd. Hingray, Paris, T.1, 1843, p.20 : « Plusieurs habitants d'une ville, voulant se procurer le plaisir de la promenade, achètent en commun un jardin paysagiste, afin que chacun puisse s'y promener avec sa famille, quand bon lui semblera; un certain nombre d'actions est créé et réparti entre tous les acquéreurs. Bien que cet immeuble ne soit pas possédé dans la vue d'en tirer un revenu pécuniaire, bien qu'il puisse même entraîner des charges pour son entretien et qu'il ne soit qu'un objet voluptuaire, les associés y trouvent cependant un avantage appréciable en argent. Car le droit de se promener dans un lieu agréable se paie quelque fois très-cher ; il a une valeur positive, qui s'ajoute aux jouissances que la fortune est destinée à procurer. Ce contrat est donc une société (...) »

environnemental »²⁸¹³. Aussi, le bénéfice peut être défini négativement dans la logique de Troplong qui indique que les bénéfices peuvent être appréciés à travers les dommages et intérêts visant à réparer l'absence de jouissance paisible de l'environnement. Or, le juge a justement eu à aborder cette problématique suite au naufrage du navire *Erika*. Dans cette affaire²⁸¹⁴, il a notamment été question d'évaluer le préjudice écologique subi par des éléments de l'environnement et d'en fixer la réparation, par exemple en estimant concrètement la valeur unitaire de la mort d'un oiseau pour la biodiversité²⁸¹⁵. Dans une autre affaire, relative à la fuite d'acide sulfurique, provenant d'une usine de traitement de nickel dans un lagon classé au patrimoine mondial de l'humanité, la Cour d'appel de Nouméa s'est inspirée de l'éco-nomenclature – ou nomenclature des préjudices environnementaux- proposée par les professeurs Martin et Neyret pour fixer le montant des réparations²⁸¹⁶. Comme la nomenclature dite « Dintilhac »²⁸¹⁷ permet d'évaluer la réparation des préjudices corporels, la nomenclature des préjudices environnementaux permet d'évaluer la réparation pour les préjudices nés d'atteintes à l'environnement²⁸¹⁸. Par l'existence d'une nomenclature proposant l'évaluation de la réparation d'une atteinte à l'environnement, il est par conséquent envisageable de qualifier « d'économie », les mesures employées par une société pour limiter et prévenir toute atteinte à l'environnement. Le bénéfice résidant ainsi que l'indique Troplong dans la somme qui pourrait être dépensée par l'entreprise si elle exerçait son activité en violation de la réglementation, notamment en cas de pollution. Il en résulte que des mesures de prévention des risques peuvent participer de la notion de bénéfice réalisé par la société en ce qu'il est une dépense évitée ou une économie, un avantage matériel pérenne maintenu qui, s'il faisait défaut, pourrait s'évaluer en dommages intérêts, mais beaucoup plus

²⁸¹³ V° TRÉBULLE François-Guy, « La comptabilisation de l'environnement », Droit des sociétés n°7, juillet 2004, étude 10. ; TRÉBULLE François-Guy, « Marché et protection de la biodiversité : les unités de compensation écologique », in SOHNLE Jochen, CAMPROUX-DUFFRÈNE Marie-Pierre, *Marché et environnement*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2014, p. 261: A propos de la dégradation de l'environnement et de la perte de biodiversité : « Il est résulté l'idée selon laquelle il conviendrait de déterminer cette valeur pour pouvoir l'intégrer dans le fonctionnement des marchés pour, notamment, que ceux-ci traduisent le "prix environnemental" des biens et services, le coûts lié aux nuisances ou à la dégradation de l'environnement (pollution, épuisement des ressources, etc.) »; V° aussi NEYRET Laurent, « Le préjudice écologique, un levier pour la réforme du droit des obligations », D. 2012, p. 2673 : « certes, il est difficile d'évaluer le prix de la nature ; pour autant, une telle opération n'est pas impossible (B. Chevassus-au-Louis, *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes*, rapport, Centre d'analyse stratégique, avril 2009). Ne chiffre-t-on pas depuis des décennies le coût de la vie humaine en cas de dommage corporel ? ». V. également nos développements sur la monétarisation de l'environnement sur la question de l'évaluation des apports.

²⁸¹⁴ Cass. crim., 25 septembre 2012, n°10-82.938, *Erika*, D. 2012, p. 2711.

²⁸¹⁵ *Ibid.*, la Cour de cassation rejette le raisonnement de la cour d'appel qui avait cru pouvoir évaluer le préjudice de manière forfaitaire sans s'expliquer sur la méthode de calcul employée : « qu'en se bornant à évaluer forfaitairement le préjudice écologique à la somme de 300 000 euros, sans autrement s'expliquer sur les méthodes d'évaluer proposées par la LPO, la cour d'appel a violé les dispositions susvisées ».

²⁸¹⁶ CA Nouméa, 25 février 2014, n°2010.556 et les obs. de MARTIN Gilles J., NEYRET Laurent, « Préjudice écologique : première application de l'Eco-nomenclature », D. 2014, p.669

²⁸¹⁷ DINTILHAC Jean-Pierre, Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, Ministère de la justice, mars 2006, 64 p.

²⁸¹⁸ NEYRET Laurent, MARTIN Gilles J. (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012, 434 p. ; KLEITZ Clémentine, « La nomenclature des préjudices environnementaux est une proposition de grille de lecture commune du dommage environnemental – Entretien avec Laurent Neyret et Gilles J. Martin », Gaz. Pal. 19 avril 2012, n°110, p. 6.

habituellement, en coûts supportés par la collectivité dans son ensemble²⁸¹⁹. La jurisprudence est encore inexistante sur la question mais l'idée tend à se développer au sein des entreprises elles-mêmes. En ce sens, il peut être mentionné un arrêt en matière de déchets dans lequel la société Ciments Calcia cherchait à échapper au paiement de la taxe générale sur les activités polluantes. Elle faisait notamment valoir le « bénéfice environnemental » du procédé technique utilisé, moyen qui ne fut pas retenu par le juge²⁸²⁰. Plus avant, il s'agit de dépasser l'approche uniquement centrée sur l'aspect pécuniaire du bénéfice et d'envisager de nouvelles conceptions du bénéfice.

B. Propositions de dépassement de l'approche restreinte du bénéfice

931. Afin d'ouvrir de nouvelles perspectives à la notion de bénéfice et d'économies, il peut être fait appel à la notion civiliste d'enrichissement qui renvoie à celle de bénéfice (1), pour ensuite envisager l'idée de bénéfices sociaux et environnementaux (2). Se pose alors la question de la destination desdits bénéfices et économies une fois réalisés (3).

1. Renouveler la notion de bénéfice par la notion civile d'enrichissement.

932. A ce stade de la réflexion envisagée sur le bénéfice, il s'agit de s'attacher à l'idée d'enrichissement qui participe de la définition du bénéfice. En effet, selon la jurisprudence du 11 mars 1914 précédemment citée²⁸²¹, le bénéfice s'entend « d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés ». Le bénéfice réside donc selon l'attendu à ce qui s'ajoute à la fortune de l'associé, ou pourrait-on dire de son patrimoine. La doctrine actuelle considère dans le même sens que le bénéfice « s'entend exclusivement d'un enrichissement pécuniaire »²⁸²². Que faut-il donc entendre par « enrichissement » ? Du latin *locuples* et de l'allemand *reich*, empruntant au gothique *reiks* pour signifier celui qui est puissant, le terme d'enrichissement est compris en droit positif comme le profit appréciable en argent dont bénéficie une personne²⁸²³. Le droit civil

²⁸¹⁹ ROBE Jean-Philippe, *Le temps du monde de l'entreprise. Globalisation du système juridique*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2015, p.542 : « Le système comptable actuel a été développé du seul point de vue de l'actionnaire et pose de ce fait de multiples problèmes. Il permet, par exemple de dégager de la "valeur pour l'actionnaire" (des profits) sans aucune création de "valeur ajoutée" ». L'auteur précise que cette valeur ajoutée n'existe pas dans le cas par exemple d'une délocalisation de l'activité rentable puisque le coût de la fermeture du site va être en partie supporté par la société commerciale qui y procède juridiquement mais aussi par les salariés, les systèmes sociaux par le versement de revenus de substitution, par les collectivités locales, etc. Un autre exemple est utilisé par l'auteur dans le cas de la délocalisation d'une activité polluante dans un environnement aux normes moins strictes : « Après la délocalisation, les prix sont plus bas – puisqu'ils n'intègrent pas ce coût -, les profits sont plus élevés (si toute la baisse des coûts n'est pas répercutée dans une baisse des prix) mais la pollution est subie par l'environnement ».

²⁸²⁰ Cass. com., 1^{er} mars 2017, n°14-15623 : « Mais attendu, (...) que l'arrêt relève que les sciures fraîches ont été ajoutées aux hydrocarbures avant leur réception dans les installations de la société Ciments Calcia ; qu'il retient qu'il n'est pas établi que cet ajout améliore la rétention chimique des polluants ou diminue leur dangerosité pour l'environnement et que celui-ci ne sert qu'à faciliter le transport des déchets et leur utilisation comme combustibles de substitution dans les fours cimentiers, en sorte que les sciures fraîches ne sont pas des agents stabilisateurs et ne peuvent être exclues de l'assiette de la TGAP ».

²⁸²¹ Cass. ch. réun., 11 mars 1914, *Caisse rurale de la commune de Manigod*, D. 1914 p. 257 note L. Sarrut

²⁸²² *Mémento sociétés commerciales*, Ed° Francis Lefebvre, 2018, n°106

²⁸²³ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, préc., v° *enrichissement*

connaît bien la notion d'enrichissement mais celle-ci est essentiellement appréhendée négativement. Selon les terminologies successivement employées, l'enrichissement peut être injuste²⁸²⁴, sans cause²⁸²⁵ et désormais injustifié aux articles 1303 à 1303-4 du Code civil²⁸²⁶. Selon cette théorie d'origine jurisprudentielle²⁸²⁷, nul ne peut s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui. En d'autres termes, l'enrichissement doit avoir une cause légitime, il ne peut se faire au détriment d'une autre personne. L'article 1303-1 du code civil prévoit désormais que l'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale. Aussi, l'action *de in rem verso* permet à l'appauvri de demander la restitution de l'avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à la personne enrichie en démontrant l'existence d'un mouvement de valeur d'un patrimoine à un autre²⁸²⁸. La forme de l'enrichissement, l'avantage obtenu, peut être apprécié en argent – augmentation de l'actif, diminution du passif ou maintien de l'actif par l'économie d'une dépense évitée – mais il peut aussi être un avantage moral²⁸²⁹.

933. L'hypothèse est la suivante, est-il possible d'appliquer la notion « d'enrichissement », synonyme de bénéfice, à la société commerciale ? En d'autres termes, dans le cadre de nos précédentes réflexions, l'enrichissement de la société peut-il avoir pour cause l'appauvrissement corrélatif de l'associé-environnement ? N'existe-t-il pas d'enrichissement injustifié dans l'hypothèse d'une augmentation de l'actif de la société aux dépens des éléments qui composent l'environnement ? L'avantage procuré à la société par l'environnement « appauvri » peut-il constituer un enrichissement injustifié dès lors qu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'associé-environnement ni d'une intention libérale, dans le sens où l'environnement perd en « valeur » ? L'associé-environnement, tel que nous l'avons envisagé jusqu'à présent, peut-il contester l'existence même de « bénéfices » réalisés par l'entreprise en ce qu'ils constituent en réalité un enrichissement sans cause, au détriment des intérêts de l'environnement ? Par exemple, l'entreprise qui déverse des polluants dans un cours d'eau pendant de nombreuses années

²⁸²⁴ LEYVAL Albert-Pierre, *De la notion d'enrichissement injuste en droit romain classique*, Thèse, Alger, Baconnier Frères, 1935, 167 p.

²⁸²⁵ V° Cass. req. 15 juin 1892, *Patureau c. Boudier*, Dalloz, GAJC, t.2, n°241, p.520 et s., enrichissement sans cause ; DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, Paris, A. Rousseau, 1923, T. 3, p.121 et s., spéc. 76 ; et également THEODOROFF Théodore, *L'enrichissement sans cause*, Thèse, Toulouse, 1907, Imprimerie du rapide, 196 p., p. 1 : « La législation française n'énonce nulle part le principe que celui qui s'est enrichi sans cause aux dépens d'autrui, soit obligé envers ce dernier à restitution. » ;

²⁸²⁶ Depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 l'enrichissement injustifié est inscrit aux articles 1303 à 1303-4 du code civil

²⁸²⁷ Cass. req., 15 juin 1892, *Boudier*, précit.

²⁸²⁸ *Ibid*, et aussi Civ. 1^{re}, 25 janv. 1965, D. 1965. Somm. 61

²⁸²⁹ ROMANI Anne-Marie, « Enrichissement », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, février 2018, n°48-49 ; v° n° 80 pour l'avantage moral, il s'agit par exemple du cas de l'enseignement délivré à un élève sans que les parents ne rémunèrent l'enseignant, c'est alors une dépense évitée : Cass. req., 17 mars 1857, Sirey, 1857, 1, p. 812).

ne s'enrichit-elle pas de manière injustifiée aux dépens de l'environnement qui voit son patrimoine appauvri du fait de l'atteinte à la biodiversité ?²⁸³⁰

934. L'idée paraît séduisante et renvoie à la faute lucrative prévue dans le projet de réforme de la responsabilité civile²⁸³¹. En poussant le raisonnement sur l'enrichissement injustifié, les bénéficiaires d'une société ne pourraient naître que d'une cause légitime, une cause qui « n'appauvrit » pas l'environnement et respecte l'objectif de comportement sobre²⁸³². Dans le cas contraire, l'associé-environnement pourrait exercer une action « en indemnisation » – et non en restitution selon l'article 1303 du Code civil – aux fins d'obtenir la compensation de l'enrichissement injustifié et égal au montant des bénéfices procurés à la société. Une telle action est-elle possible ? La réponse semble négative au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, celle-ci a posé un principe de subsidiarité de l'action fondée sur l'enrichissement injustifié dans un arrêt du 2 mars 1915²⁸³³. La Haute juridiction considère qu'une telle action ne peut être accueillie que s'il est impossible d'obtenir une indemnisation pour l'enrichissement injustifié sur le fondement d'une obligation naissant d'un contrat. Le Code civil reprend cette solution à l'article 1303-3 qui indique que l'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription. Or, la société est un contrat, une action d'un associé représentant l'environnement en vue d'obtenir une indemnisation doit être fondée sur la responsabilité contractuelle. Néanmoins, si l'environnement est présenté comme appauvri *per se*, est-il véritablement une partie cocontractante de la société enrichie ? La réponse peut être positive dans l'hypothèse où l'environnement est représenté par l'associé-environnement au sein de la société, et dans ce cas l'action fondée sur l'enrichissement injustifié est irrecevable. A l'inverse, l'action en indemnisation pour enrichissement injustifié reste ouverte à toute autre personne chargée de défendre l'environnement. Un tel fondement pourrait ainsi constituer un outil de réparation des atteintes causées à l'environnement. Cependant, une telle hypothèse se heurte à l'exigence de qualifier l'environnement de personne « appauvrie », ce qui renvoie encore une fois à la question de sa personnalisation juridique. A moins que l'appauvrissement soit largement entendu et qu'il y soit intégré le préjudice à l'environnement. Il peut alors être plus opportun de fonder son action sur les

²⁸³⁰ V° Trib. correctionnel de Grenoble, 8 avril 2019, Etoile du Vercors c/ FNE et FRAPNA Isère. Au-delà de l'infraction de pollution des eaux dans cette affaire, l'amende minimale au regard de l'importance des rejets déversés conduit à s'interroger sur sa portée dérisoire qui donne l'impression d'un véritable permis de polluer lorsqu'il n'est pas pris en compte par le juge, le bénéficiaire ou l'enrichissement engendré grâce à ladite pollution. L'évaluation du patrimoine appauvri pouvant s'effectuer à travers l'éco-nomenclature proposée par NEYRET Laurent, MARTIN J. Gilles, *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, coll. droit des affaires, 2012, 456 p.

²⁸³¹ L'article 1266-1 du projet prévoit : « En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile »; v° DREYER Emmanuel, « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », D. 2017, p. 1136.

²⁸³² La notion pourrait être lue à travers le comportement sobre de telle sorte à ce qu'elle soit plus large que celle de préjudice écologique. L'enrichissement injustifié pourrait alors être caractérisé à travers le standard du comportement sobre.

²⁸³³ Cass. civ., 2 mars 1915 : « l'action *de in rem verso* ne doit être admise que dans les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit et qu'elle ne peut être intentée en vue d'échapper aux règles par lesquelles la loi a expressément défini les effets d'un contrat déterminé ».

dispositions relatives à la réparation du préjudice écologique désormais inscrit aux articles 1246 à 1252 du Code civil.

935. La notion d'enrichissement injustifié ne reste toutefois pas dénuée d'intérêt car elle permet d'envisager différemment la définition du bénéfice. Elle apporte une approche morale à la notion d'enrichissement, entendue comme synonyme de bénéfices. En effet, l'idée qu'il puisse exister un enrichissement justifié ou juste, et un autre injuste, est déjà pertinente. Il faut alors s'interroger sur la réalité de l'avantage procuré à la société commerciale, celui-ci s'effectue-t-il aux dépens de l'environnement ou de la Société ? Le bénéfice est-il même encore qualifiable de bénéfice lorsqu'une telle atteinte est caractérisée ? La notion d'enrichissement injustifié peut-elle être employée pour confronter l'état du patrimoine social de la société commerciale, au « patrimoine » de l'environnement²⁸³⁴ ? Selon cette approche, l'existence d'un enrichissement de la société, concomitamment à « l'appauvrissement de l'environnement »²⁸³⁵, peut conduire à un enrichissement, en l'occurrence constitué par la diminution des bienfaits, des bénéfices, des services ou des fonctions que les êtres humains peuvent retirer des éléments de l'environnement²⁸³⁶ et peut alors renvoyer au préjudice écologique de l'article 1247 du code civil²⁸³⁷. En d'autres termes, l'enrichissement de la société commerciale provient en partie, -car il convient de ne pas exclure le capital et le travail – du montant évalué des biens et services écosystémiques dont a fait usage la société²⁸³⁸. S'il peut être conçu que la valeur d'usage de ces éléments de l'environnement constitue un enrichissement pour la société et un appauvrissement pour l'environnement, dont la valeur s'en est trouvé « captée » par la société, cet enrichissement est-il pour autant qualifiable d'injustifié ? Au sens de l'article 1303-1 du Code civil, l'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale²⁸³⁹. En l'occurrence, l'environnement ne disposant d'aucune manière d'exprimer directement sa volonté, il est difficile d'y voir une quelconque justification en l'absence de personnalité juridique de l'appauvri, l'environnement. Cependant, dans le cas de la représentation possible des intérêts de l'environnement par une personne ayant un intérêt à agir, cette hypothèse permet de s'interroger sur la justification de l'enrichissement de la société, et ce, sans qu'il ne soit envisagé un préjudice écologique. En effet, l'action en

²⁸³⁴ DEFFAIRI Meryem, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, éd. Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, coll. André Tunc, 2015, t. 61, 877 p., p. 40 : « le patrimoine "environnemental" est composé d'un ensemble de "biens environnementaux" dont on affirme la volonté de protéger la valeur écologique pour parer le risque d'épuisement des ressources naturelles et les conséquences de l'irréversibilité des dommages écologiques. » ; PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7^{ème} éd°, 2016, spéc. 85 : « Le reconnaissance d'un droit à l'environnement a pour effet d'instituer des droits et procédures garantissant la gestion collective du patrimoine environnement. »

²⁸³⁵ Sans que cet appauvrissement ne soit nécessairement synonyme de préjudice écologique.

²⁸³⁶ V° les développements de DEFFAIRI Meryem, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, préc., pp. 762-763.

²⁸³⁷ Art. 1247 c. civ. : « Est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement. ».

²⁸³⁸ Ce qui suppose d'appréhender la question à travers la mise en économie de l'environnement. V° supra.

²⁸³⁹ La question de la justification reste évidemment problématique car elle touche à la liberté d'entreprise.

indemnisation²⁸⁴⁰ ouverte à l'appauvri – exercée au nom de l'environnement – peut amener à reconsidérer l'existence de bénéfices. En effet, il peut être soulevé que l'enrichissement de la société est « justifiée » ou, au contraire, que l'enrichissement s'est effectué aux dépens de l'appauvri, c'est-à-dire des intérêts de l'environnement.

936. S'il peut paraître évident que la société commerciale puisse s'enrichir par les éléments qu'elle puise dans l'environnement, la difficulté réside dans la question du « juste », de la cause ou de la justification de cet enrichissement. En ce sens, il faut relever que la plupart des interprètes des juristes romains, envisagent les *condictionnes sine causa* – ou enrichissement sans cause – à travers la question de la chose à restituer. Or, le code civil aux articles 1303 à 1303-4, envisage de résoudre l'enrichissement injustifié par une indemnisation. En ce sens, la solution peut alors consister dans l'utilisation d'instruments d'évaluation économique de l'environnement, notamment en s'inspirant de l'éco-nomenclature des professeurs Martin et Neyret ou encore du mécanisme des unités de compensation écologique²⁸⁴¹, pour aboutir à une estimation des bénéfices réellement réalisés par la société commerciale. Aussi, pour donner une image fidèle des bénéfices de la société, il s'agirait d'évaluer l'appauvrissement de l'environnement né de l'activité sociale²⁸⁴², ce qui réduirait d'autant le montant des bénéfices. Un agriculteur dispersant x/l de glyphosate dans ses champs devrait pouvoir ainsi estimer la perte potentielle de biodiversité causée et l'intégrer dans le calcul de ses bénéfices. Ce mécanisme conduit en définitive à faire application du principe de pollueur-payeur, mais de manière directement intégrée par la société commerciale dans le calcul de ses bénéfices. Ainsi, il ne s'agit pas de multiplier les actions en indemnisation pour enrichissement sans cause, dont l'issue serait incertaine et au détriment de la sécurité juridique des sociétés, mais d'utiliser ce mécanisme pour calculer le montant réel des bénéfices réalisés en tenant compte de l'appauvrissement de l'environnement.

2. Vers une reconnaissance des bénéfices publics ou bénéfices et économies environnementaux

937. La notion de bénéfice telle qu'elle apparaît aujourd'hui de manière restrictive doit évoluer. Tant en raison de l'idée d'intégration d'un comportement sobre, qu'au regard de l'apparition d'entreprises hybrides à la croisée entre but lucratif et but non lucratif. Plus

²⁸⁴⁰ Il ne s'agit pas de restitution mais bien d'indemnisation selon l'article 1303 du Code civil: « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement ».

²⁸⁴¹ NEYRET Laurent, MARTIN J. Gilles, *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, coll. droit des affaires, 2012 ; TRÉBULLE François-Guy, « Marché et protection de la biodiversité: les unités de compensation écologique », in SOHNLE Jochen, CAMPROUX-DUFFRÈNE Marie-Pierre, *Marché et environnement*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2014, 503p., p.260 : « les unités de compensation écologique peuvent être perçues comme participant de la famille des “titres environnementaux”, comme les quotas d'émission de gaz à effet de serre, avec cette différence notable qu'il ne s'agit pas tant, *a priori*, de titres quantitatifs entendus comme reposant sur la référence à une quantité donnée appréciée abstraitement, que de titres environnementaux de conservation. Le recours aux titres environnementaux repose globalement sur l'objectif de parvenir, par l'internalisation des externalités, à répondre aux défaillances du marché».

²⁸⁴² Par exemple à l'aide de l'éco-nomenclature des préjudices environnementaux, préc.

généralement, le droit doit accueillir l'idée de sobriété dans les bénéfiques. Il ne s'agit pas d'indiquer qu'il ne doive y en avoir aucun. En effet, ce n'est pas nécessairement la quantité de bénéfiques qui est la cause d'inégalités sociales ou de dommages environnementaux, mais la qualité de ces bénéfiques au sens de leur destination. C'est-à-dire qu'ils ne doivent pas être démesurés dans l'unique optique de la recherche lucrative pour elle-même. Seule une vision réductrice – mais néanmoins répandue²⁸⁴³ – de la société permet d'aboutir à cette conclusion. Or, une telle approche de la société commerciale tend à s'atténuer. Outre la réforme de l'article 1833 du code civil qui prévoit que la société n'est pas seulement constituée dans l'intérêt des associés, il suffit pour s'en convaincre, de relever également les nouvelles formes intermédiaires ou hybrides de sociétés commerciales. Ces sociétés envisagent le bénéfice, non seulement comme un revenu de la société - entendu comme un « bénéfice privé »²⁸⁴⁴ - mais aussi comme un bénéfice commun²⁸⁴⁵ qui puisse profiter à une communauté d'intérêts²⁸⁴⁶, au-delà des seuls associés. Qualifiable de bénéfice élargi par opposition à un bénéficiaire restreint, celui-ci ne constitue pas une fin, mais un moyen, c'est-à-dire un outil dirigé vers la satisfaction d'intérêts communs. Pour illustration, il est renvoyé à l'étude des nouvelles formes de sociétés commerciales précédemment envisagées. Aux Etats-Unis, la *benefit corporation* doit comporter un objet social en vue de la création d'un « *general public benefit* », défini comme un impact matériel positif sur la société et l'environnement²⁸⁴⁷. Encore faut-il définir précisément les contours des « avantages » procurés et le problème récurrent de la monétarisation de ces avantages. Ceux-ci pouvant prendre la forme d'une utilité sociale

²⁸⁴³ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, LGDJ, 7^{ème} éd°, 2018, spéc. 279 : « Certains auteurs – et notamment M. Dominique Schmidt (SCHMIDT Dominique, *Les conflits d'intérêts dans les sociétés anonymes*, Joly, 2^{ème} éd., 2004, not. n°4) – proposent de ne pas distinguer l'intérêt social et l'intérêt commun des associés – ce qui aboutirait à faire totalement prévaloir cette dernière notion. Ils exposent qu'une société ne vit pas pour elle-même, mais pour ceux qui la financent, et en déduisent que c'est l'intérêt commun des associés qui doit guider les choix effectués par les divers organes sociaux (dirigeants, conseils, assemblées) ». V° sur la question de l'intérêt social et plus particulièrement sur la théorie de l'intérêt de l'entreprise qui vise à intégrer d'autres intérêts – les parties prenantes – outre l'intérêt commun des associés et l'intérêt social de la société: CHAMPAUD Claude, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise. Sortir de la crise du financiarisme*, Larcier, 2011. Il faut toutefois admettre selon LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, précit., spéc. 280, que : « tous les associés n'ont pas forcément une conception vertueuse de leurs droits. Certains peuvent vouloir sortir au plus vite de la société un maximum de richesse, au détriment des autres parties prenantes (salariés, clients, créanciers). »

²⁸⁴⁴ Expression également utilisée par ces auteurs mais dans un sens différent, LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, précité, spéc. 263. ; v. aussi LE CANNU Paul, « Président de la société d'exploitation et propriétaire du fonds : gare aux cotisations sociales ! RTD Com., 2004, p.549 : Selon l'auteur, les bénéfiques privés sont un « mode d'appropriation indirect des richesses des sociétés, au sens de l'économie financière, ils sont désignés comme « les ressources, tirés d'une société, mais n'ayant pas la qualification juridique de dividendes distribués. Les redevances de location-gérance font partie des solutions qui s'offrent aux initiateurs de tels montages pour obtenir de la société autre chose que des dividendes. »

²⁸⁴⁵ V° en ce sens la notion de *beneficio comune* au sein de la *società benefita* italienne créée par la loi n°208 du 28 décembre 2015, § 378, 379. Elle peut être traduite par intérêt commun ou collectif à l'image de la SCIC mais s'inspire davantage de la *benefit corporation* américaine. Le *beneficio comune* consiste dans la recherche d'un ou de plusieurs effets positifs, ou la réduction des effets négatifs sur l'homme, la communauté, le territoire, l'environnement, les activités culturelles et sociales et les autres parties prenantes.

²⁸⁴⁶ SHELTON Dinah, « Intérêt général ou communauté d'intérêts », in *Le développement durable et le concept d'intérêt général*. CNRS, Programme interdisciplinaire de recherche sur l'environnement, 1991-1992, Contribution à la 2^{ème} session du séminaire. Strasbourg, 24-25 juin 1991, Centre du droit de l'environnement, Université R. Schuman, p. 4 : « la communauté d'intérêts basée sur le droit privé insiste sur la réciprocité c'est-à-dire l'égalité entre les avantages et les charges pour chacune des parties. »

²⁸⁴⁷ *White Paper*, préc., p.16 : « General public benefit is defined as a material, positive impact on society and the environment »

dans l'économie sociale et solidaire²⁸⁴⁸. Il demeure toutefois la difficulté persistante de la comptabilisation de ces bénéfices au niveau comptable. En effet, comment procéder lorsqu'il s'agit d'établir les comptes de la société, c'est-à-dire au moment de l'évaluation des bénéfices réalisés. En d'autres termes, comment intégrer les avantages ou les impacts matériels positifs sur la Société et l'environnement ? En réalité, ces bénéfices sont aujourd'hui présentés sous la forme de données extra-financières mais il conviendrait de les faire apparaître autrement que dans un rapport de gestion, c'est-à-dire dans la comptabilité de l'entreprise par le biais d'un solde entre l'actif et le passif²⁸⁴⁹. Il s'agira alors de procéder à leur évaluation pour connaître les bénéfices réalisés et le bilan social exact. Pour faciliter cette approche, l'association « Finance participative » a proposé dans un Livre blanc publié en 2012, l'ajout d'un alinéa à l'article 1832 du code civil afin d'affirmer que : « le bénéfice que recherchent les associés d'une société peut être entendu largement et couvrir notamment des bénéfices sociaux, sociétaux ou environnementaux »²⁸⁵⁰. Selon l'association, cela permettrait de reconnaître et d'affirmer que des personnes qui s'associent au sein d'une société peuvent poursuivre un but plus large que leur seul intérêt commun et que le bénéfice attendu n'est pas nécessairement réductible à sa seule acception comptable ou financière²⁸⁵¹. Cette proposition renvoie directement et de manière complémentaire à la question du destinataire des bénéfices réalisés.

3. La destination des bénéfices et économies réalisés ou l'environnement bénéficiaire

938. Dans ses recherches sur l'entreprise, Michel Despax observait que la « société » n'aurait pour seul but que la réalisation de bénéfices, tandis que « l'entreprise » verrait sa recherche de bénéfices tempérée par sa fonction sociale²⁸⁵². Selon cet auteur, les intérêts des associés dans une société sont des intérêts homogènes alors que l'entreprise connaît des intérêts hétérogènes. Il indique que : « cette homogénéité des intérêts ne se retrouve pas dans l'entreprise. Le fonctionnement de l'entreprise est en effet tout entier dominé par la recherche d'une conciliation entre des intérêts hétérogènes : intérêt du travail, intérêt du capital, intérêts des usagers. »²⁸⁵³. L'entreprise est ainsi guidée selon nos développements précédents par l'existence d'un système d'intérêts communs. Dès lors, il existe une vision

²⁸⁴⁸ V. Partie I et l'art. 2 de la loi ESS.

²⁸⁴⁹ L'enjeu est d'envergure puisque cela fait depuis l'Antiquité que la comptabilité résulte de manière schématique d'un solde de résultat monétaire après comparaison entre les dépenses et les recettes. V° *Memento Comptable 2019*, Francis Lefebvre, n°101. ; JOURDAIN Edouard, *Quelles normes comptables pour une société du commun ?*, Charles Léopold Mayer, avril 2019, 220 p.

²⁸⁵⁰ Association Financement Participatif, Livre blanc « Plaidoyer et propositions pour un nouveau cadre réglementaire », 2012, p.17

²⁸⁵¹ *Ibid.*

²⁸⁵² DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, pp. 352-353 : « Fonction sociale vis-à-vis des travailleurs, auxquels il s'agit d'assurer un niveau de vie convenable, fonction sociale vis-à-vis des usagers de l'entreprise à l'égard desquels l'entreprise assume des fonctions analogues à celles d'un véritable service public. La recherche des bénéfices est donc dans la société exclusive de tout autre intérêt que celui du capital, elle va de pair dans l'entreprise avec la recherche d'une conciliation des différents intérêts mis en jeu par la marche de l'exploitation. »

²⁸⁵³ *Ibid.*

restreinte des bénéfiques, présente dans la société commerciale et caractérisée par la poursuite d'intérêts homogènes uniquement tournés vers le bénéfice au sens de gain pécuniaire. A l'inverse, une vision élargie des bénéfiques peut accompagner l'institution d'une entreprise sobre, caractérisée par la prise en compte d'intérêts hétérogènes et un but social autre que la seule recherche de bénéfices pécuniaires. Encore une fois, il n'est pas soutenu qu'il ne puisse pas exister de gains pécuniaires, il est seulement souligné la nécessité d'intégrer les intérêts hétérogènes existants dans la société commerciale. Aussi, il s'agit de concevoir la possibilité d'une « distribution » de bénéfiques qui puisse prendre la forme d'un avantage quelconque, en vue de satisfaire les intérêts hétérogènes de l'entreprise²⁸⁵⁴, c'est-à-dire les parties prenantes ou intérêts communs dont ceux de l'environnement²⁸⁵⁵.

939. La question est celle de savoir si le bénéfice une fois réalisé doit nécessairement être dirigé vers la société ou les associés ? Pour rappel, l'article 1832 du Code civil dispose que la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Si ces termes ont été envisagés précédemment pour préciser le but social de la société commerciale, il convient maintenant d'en préciser la signification au moment du partage, une fois le but social réalisé, lorsqu'il s'agit de partager les bénéfices ou économies. Que faut-il entendre par les termes « en vue de partager » et « profiter de l'économie » ? A s'en tenir à une lecture restreinte de l'article 1832, il n'est pas exactement précisé que le bénéfice soit partagé par les associés « entre eux ». De plus, aucune disposition n'indique que l'intérêt commun des associés de l'article 1833 se limite à leurs seuls intérêts, ce qui est encore moins le cas désormais avec la loi Pacte du 22 mai 2019 qui y intègre les enjeux sociaux et environnementaux. Au regard de ces textes, rien n'exclut la possibilité de partager le bénéfice avec d'autres personnes que les seuls associés mais la jurisprudence a toutefois indiqué que les bénéfices étaient distribués entre les associés²⁸⁵⁶. S'agissant de l'expression « profiter de » l'économie, le dictionnaire de l'Académie française indique que lorsque le verbe profiter -dérivé du mot « profit »- est utilisé en parlant d'une chose, il doit être entendu au sens d'un profit, d'un avantage, d'une utilité ou d'un service à quelqu'un²⁸⁵⁷. Par suite, les termes « profiter de » peuvent être rattachés à l'idée d'un impact matériel positif sur la société et l'environnement tel qu'il figure par exemple dans l'objet social de la *benefit corporation* américaine²⁸⁵⁸. Cependant, il peut paraître rigide d'inscrire dans les statuts du contrat de société que le bénéfice sera « public » ou « collectif », c'est-à-dire non exclusivement dirigé vers la satisfaction de l'intérêt commun des associés de la société commerciale. Plus pertinemment, il s'agit surtout de s'attacher à la destination des

²⁸⁵⁴ Selon la distinction opérée par DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, préc., pp. 353-354, entre la société qui concilie des intérêts homogènes et l'entreprise qui concilie des intérêts hétérogènes.

²⁸⁵⁵ V° la *società benefita* italienne sur cette approche, note *supra*.

²⁸⁵⁶ Cass., 11 mars 1914, Caisse rurale de Manigod, préc.

²⁸⁵⁷ Académie française, Dictionnaire, 9^{ème} édition, v° *profiter*.

²⁸⁵⁸ *White Paper*, op. cit., p.16 : « General public benefit is defined as a material, positive impact on society and the environment ».

bénéfices par les associés. En effet, ces derniers ne sont pas synonymes de distribution de dividendes et il faut dès lors s'interroger sur la possibilité de prendre en compte les intérêts de l'environnement dans la répartition des résultats (a). Selon l'approche adoptée des bénéfices distribuables, il serait possible d'établir l'existence de dividendes fictifs lorsque les comptes ne traduisent pas une image fidèle à la réalité, notamment en cas de minoration d'un passif. Par ailleurs, l'associé en charge des intérêts de l'environnement pourrait soulever l'excès de distribution de dividendes en contradiction avec un comportement sobre (b).

a. Prendre en compte l'environnement dans la distribution de dividendes

940. L'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation, *Caisse rurale de la Commune de Manigod*, en date du 11 mars 1914²⁸⁵⁹, indique que les bénéfices doivent être répartis entre les associés, tandis que dans l'association – même si celle-ci n'est pas inconciliable avec la recherche de bénéfices – ces bénéfices ne sont pas sujets à répartition entre les associés²⁸⁶⁰. Il s'agissait en réalité d'un groupement reposant sur le modèle coopératif puisque les sommes mises en réserves n'avaient que pour seul objet d'assurer le fonctionnement de la caisse²⁸⁶¹. Aussi, dans la solution retenue par la Cour de cassation, seule la société poursuit la finalité d'une répartition entre associés des bénéfices faits en commun tandis que l'association exclut nécessairement une telle répartition. Quel sens donner à ce « partage », étape ultérieure à la réalisation des bénéfices ? En effet, il ne peut y avoir de partage ou de mise en réserve sans la réalisation préalable de bénéfices. Le juge a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler que la réalisation de bénéfices n'est pas synonyme de distribution de dividendes²⁸⁶². Aussi, il est nécessaire de distinguer les « bénéfices distribuables » des « bénéfices distribués »²⁸⁶³ désignés par « dividendes ». Il convient par conséquent d'envisager les conditions de distribution des bénéfices et les éventuelles causes de non-distribution, notamment la mise en réserve qui peut alors constituer une illustration d'un comportement sobre (i), puis d'envisager comment l'associé-environnement peut percevoir ces « bénéfices distribuables, c'est-à-dire comment peut-il être « bénéficiaire » (ii).

²⁸⁵⁹ Arrêt préc.

²⁸⁶⁰ VAVASSEUR Auguste, VAVASSEUR Jacques, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, Paris, éd. Godde, 7^eéd., 1931, T. I, pp. 272 – 273

²⁸⁶¹ HIEZ David, « Association », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2018, spéc. 30 et 31 : « il n'y avait pas de bénéfices à partager, les sommes mises en réserve devant s'analyser, suivant en cela la plus pure théorie coopérative, comme des trop-perçus puisqu'elles n'avaient été conservées que pour assurer le fonctionnement de la caisse au lieu de réduire au minimum l'intérêt des prêts contractés. La répartition de la réserve au moment de la dissolution n'était donc que le rétablissement de la fonction première de la coopérative : l'obtention de prêts au taux le plus réduit, à travers le mécanisme de la ristourne. La Cour poursuit son raisonnement de façon implacable : « Dès lors, la différence qui distingue la société de l'association consiste en ce que la première comporte essentiellement comme condition de son existence la répartition entre associés des bénéfices faits en commun, tandis que la seconde l'exclut nécessairement ». CQFD : la coopérative est une association. ».

²⁸⁶² V^o REYGROBELLET Arnaud, « Réaliser des bénéfices n'est pas distribuer des dividendes », *Rev. sociétés*, 2014, p. 373, note sous Cass. com 4 février 2014, n^o12-23.894, confirmant la jurisprudence précédente cass. com 23 oct. 1990 n^o 89-13.999, Bull. civ. IV, n^o247 ; D. 1991, p.173, note Y. Reinhard.

²⁸⁶³ CORNU Gérard., *Vocabulaire juridique*, préc., v^o bénéfice

i. La distribution des bénéfices ou leur mise en réserve

941. Le bénéfice distribuable est défini par l'article L 232-11 du code de commerce et constitué par le bénéfice de l'exercice²⁸⁶⁴, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire. Ainsi, ce n'est qu'à l'issue de l'approbation des comptes annuels et constatation de sommes distribuables que l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes, il s'agit du bénéfice distribué²⁸⁶⁵. Exprimé plus simplement, « les apports en société ne sont rémunérés que s'il y a des bénéfices ou des réserves distribuables »²⁸⁶⁶. Par conséquent, si des dividendes sont versés sans qu'il n'existe de sommes distribuables (bénéfices ou réserves), les dirigeants se rendent coupable du délit de répartition de dividendes fictifs²⁸⁶⁷.

942. S'il existe, le bénéfice n'est pas nécessairement distribué sous forme de dividendes aux associés. Il peut être mis en réserve, en vue de pérenniser l'activité sociale ou de réaliser de futurs investissements, ce qui peut aller dans le sens d'une application d'un comportement sobre par l'entreprise. La réserve est comprise comme toute somme prélevée sur les bénéfices et affectée à une destination déterminée, ou tout simplement conservée à la disposition de la société²⁸⁶⁸. Il existe une « réserve légale » pour les sociétés par action et les sociétés à responsabilité limitée, qui impose qu'une fraction du bénéfice soit mise en réserve²⁸⁶⁹. Cette réserve légale constitue ainsi une garantie pour les tiers dans le prolongement du capital social et ne peut être distribuée, son utilité est de pouvoir parer à d'éventuelles pertes²⁸⁷⁰. Aussi, est-il utile de prévoir la constitution de réserves supplémentaires : soit des réserves statutaires imposées par les statuts et interdisant toute distribution de dividendes avant dotation préalable de cette réserve, elles sont rares dans la pratique en raison de leur côté contraignant²⁸⁷¹ ; soit des réserves facultatives selon que les associés aient décidé de prélever sur le bénéfice, toutes sommes qu'ils jugeraient convenable de fixer en vue de leur affectation à un ou plusieurs compte de réserve²⁸⁷². Ces réserves permettent notamment à la société de s'autofinancer ou d'éviter que les associés

²⁸⁶⁴ V. l'article L123-13 al. 2 du code de commerce : « Le compte de résultat récapitule les produits et les charges de l'exercice, sans qu'il soit tenu compte de leur date d'encaissement ou de paiement. Il fait apparaître, par différence après déduction des amortissements et des provisions, le *bénéfice ou la perte de l'exercice*. Les produits et les charges, classés par catégorie, doivent être présentés soit sous forme de tableaux, soit sous forme de liste. »

²⁸⁶⁵ Article L 232-12 du code de commerce et CORNU G., Vocabulaire juridique, précité, v° bénéfice

²⁸⁶⁶ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd°, 2018, spéc. 172 ; COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Lexis Nexis, 31^{ème} éd., 2018, p.429, spéc. 1040 : « on ne peut distribuer que des bénéfices réalisés et disponibles; si ceux de l'exercice sont insuffisants, il est possible de "piocher" dans les réserves constituées au cours des exercices précédents ».

²⁸⁶⁷ Art. L242-6-1 du code de commerce ; COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, préc., spéc. 1040 ; sur la question des dividendes fictifs v° supra

²⁸⁶⁸ *Mémento Sociétés commerciales 2019*, Francis Lefebvre, n° 76260

²⁸⁶⁹ Art. L232-10 du code de commerce : « A peine de nullité de toute délibération contraire, dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, il est fait sur le bénéfice de l'exercice, diminué, le cas échéant, des pertes antérieures, un prélèvement d'un vingtième au moins affecté à la formation d'un fonds de réserve dit " réserve légale ".Ce prélèvement cesse d'être obligatoire, lorsque la réserve atteint le dixième du capital social.

²⁸⁷⁰ *Mémento Sociétés commerciales 2019*, préc., n°76275

²⁸⁷¹ *Ibid.*, n° 76291

²⁸⁷² *Ibid.*, n°76293

ne perçoivent des dividendes excessifs et contraire à l'idée de comportement sobre. Dans l'intérêt de la pérennité de la société, l'existence de réserves statutaires ou facultatives peut alors constituer selon l'objectif poursuivi par la mise en réserve, une application d'un comportement sobre, notamment en raison d'une exclusion d'un présentisme et la prise en compte du temps long. Par cette mise en réserve, la société se comporte ainsi de manière prudente et a connaissance du risque d'absence de bénéfices et pare à son éventuelle réalisation. Cette pratique peut notamment être observée lorsqu'il y a un risque connu par l'entreprise sur l'engagement éventuelle de sa responsabilité mais elle doit également être utilisée de manière préventive, plus particulièrement pour préserver et améliorer l'environnement et le patrimoine commun dont elle prélève certaines ressources naturelles.

943. Les réserves supplémentaires, statutaires ou facultatives, peuvent ainsi participer d'un comportement sobre de la société puisqu'elles intègrent l'idée du temps long, d'une vision pérenne de la société commerciale. Il ne s'agit pas de thésauriser, ce qui est contraire à l'article 1832 qui prévoit le partage des bénéfices, aussi la mise en réserve ne doit pas être systématique, au risque de priver l'associé de son droit de participer au résultat²⁸⁷³. Par ailleurs, il peut être posé la question : « est-ce encore une société commerciale si celle-ci ne distribue pas de dividendes ? ». Saleilles observe à propos de l'éventualité de dividendes à peu près insignifiants et purement représentatifs, que si les associés renoncent à leur dividendes en faisant librement l'abandon, la société se comporte alors « non plus comme une société lucrative, mais comme une association à but désintéressé ». Il ajoute que « c'est une association qui se maintient à l'état d'association que par le bon vouloir incessamment renouvelé de ses membres (...) C'est une société mixte, une société-association »²⁸⁷⁴. Cette approche montre encore une fois l'intérêt de dépasser la dichotomie entre ces deux formes, association et société, et de trouver des formes médianes. Dans ce cas, l'hypothèse de société-association émise par Saleilles, peut correspondre au secteur de l'économie sociale et solidaire puisqu'il est prévu que les bénéfices soient majoritairement consacrés à l'objectif de maintien ou de développement de l'activité de l'entreprise²⁸⁷⁵, aussi dans la coopérative, les « excédents » doivent prioritairement être mis en réserve pour assurer son développement et celui de ses membres²⁸⁷⁶. Au-delà, est-il possible d'envisager que la distribution de bénéfices se fasse dans l'intérêt de l'environnement ?

²⁸⁷³ Par ex. Cass. Com., 1er juillet 2003, n° 99-19328, comm. CONSTANTIN Alexis, « Annulation d'une décision de mise en réserve des bénéfices, pour abus de majorité », Bull. Joly société, 1er novembre 2003, n°11, p.1137

²⁸⁷⁴ SALEILLES Raymond, *De la personnalité juridique*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1922, pp. 18-19

²⁸⁷⁵ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, art. 1, I, 3°

²⁸⁷⁶ V° not. art. 1 et 16 de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération. La coopérative reste un groupement particulier car divisée entre son fonctionnement assimilable à une association selon l'arrêt Caisse rurale de Manigod et sa qualification de société par la loi portant statut de la coopération, v° HIEZ David, « Association », *in Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2018, spéc. 30 et 31, que la coopérative reste une société.

ii. La distribution de dividendes dans l'intérêt de l'environnement

944. Lorsque les bénéfices ne sont pas mis en réserves, ils peuvent être versés sous la forme de dividendes, ce sont les bénéfices distribués. Le processus qui les fait naître comprend deux étapes²⁸⁷⁷, tout d'abord l'assemblée générale de la société procède au constat de bénéfices distribuables, elle détermine ensuite la part attribuée à chaque associé. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt n° 12-23894 du 4 février 2014 : « les dividendes n'ont pas d'existence juridique avant la constatation de l'existence de sommes distribuables par l'organe social compétent et la détermination de la part attribuée à chaque associé »²⁸⁷⁸. Aussi, réaliser des bénéfices n'est pas distribuer des dividendes²⁸⁷⁹.

945. La décision de distribution de dividendes, régulièrement prise par l'assemblée générale, ne se suffit pas à elle-même, puisqu'il doit y être prévu les modalités de répartition des dividendes²⁸⁸⁰. Cette répartition des dividendes est normalement effectuée conformément aux dispositions statutaires, ou à défaut de stipulations en ce sens, répartis selon le principe supplétif de proportionnalité inscrit à l'alinéa 1^{er} de l'article 1844-1 du code civil²⁸⁸¹ : « La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire. ». Une certaine liberté existe donc dans la fixation des modalités de répartition des bénéfices sous la condition de la prohibition des clauses léonines²⁸⁸². Dans ce sens, l'associé qui représente les intérêts de l'environnement ne peut être privé de la distribution de dividendes. Ce qui pose la question de la qualification juridique de ces dividendes, généralement assimilés à des fruits civils²⁸⁸³.

946. Dans la plupart des cas, le dividende est versé en numéraire et prend la forme d'une somme d'argent mais il peut également être versé sous forme d'actions²⁸⁸⁴. S'agissant de la qualification juridique exacte des dividendes, il est aujourd'hui admis qu'ils sont des

²⁸⁷⁷ En réalité, il existe trois étapes puisque l'organe social compétent doit tout d'abord approuver les comptes annuels de l'exercice selon l'article L232-12 du code de commerce.

²⁸⁷⁸ V° REYGROBELLET Arnaud, « Réaliser des bénéfices n'est pas distribuer des dividendes », note sous cass. com 4 février 2014, n°12-23.894, Rev. sociétés, 2014, p. 373, confirmant la jurisprudence précédente cass. com 23 oct. 1990 n° 89-13.999, Bull. civ. IV, n°247 ; D. 1991, p.173, note Y. Reinhard.

²⁸⁷⁹ REYGROBELLET Arnaud, « Réaliser des bénéfices n'est pas distribuer des dividendes », note sous Cass. com 4 février 2014, n°12-23.894, Rev. sociétés, 2014, p. 373, confirmant la jurisprudence précédente Cass. com 23 oct. 1990 n° 89-13.999, Bull. civ. IV, n°247 ; D. 1991, p.173, note Y. Reinhard.

²⁸⁸⁰ Articles L232-10 à L 232-20 du code de commerce.

²⁸⁸¹ VELARDOCCHIO Dominique, « Dividendes », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, février 2019, n°155.

²⁸⁸² L'article 1844-1 al. 2 du code civil prohibe les clauses léonines attribuant l'intégralité du bénéfice à quelques associés, privant les autres de tout droit au résultat. Selon ce texte, ces clauses sont réputées non-écrites : « la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites ».

²⁸⁸³ Pour un exposé du débat sur la qualification juridique des dividendes v° AMER-YAHIA Amel, *Le régime juridique des dividendes*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010, 447 p., pp. 47 à 57.

²⁸⁸⁴ VELARDOCCHIO Dominique, « Dividendes », préc., spéc. 227.

fruits²⁸⁸⁵, c'est-à-dire une richesse nouvelle procurée aux associés sans altération de la substance²⁸⁸⁶. La jurisprudence a très tôt affirmé que les dividendes « participent de la nature des fruits » notamment dans un arrêt du 21 octobre 1931²⁸⁸⁷. La plupart des auteurs ont ensuite admis la qualification de fruits mais le rapprochement avec les fruits civils du code civil demeure discuté. Certains observent que l'emploi par la jurisprudence de l'expression « participent de », atteste seulement d'une assimilation et non pas d'une identité par rapport aux catégories des fruits retenus par le Code civil²⁸⁸⁸. D'autres admettent qu'il s'agit bien de fruits, mais de fruits spécifiques propres au droit des sociétés car il est difficile d'y réunir les critères de la fixité et de la périodicité du fruit²⁸⁸⁹. Il est néanmoins admis que : « la question de la périodicité n'est jamais un obstacle à la qualification de fruits : de la même manière que quelques années de gel tardif peuvent priver le propriétaire des fruits attendus de son verger, quelques années de crise économique peuvent priver l'actionnaire de ses dividendes »²⁸⁹⁰.

947. Aussi, la qualification de fruit est celle aujourd'hui retenue et dans un arrêt remarqué du 5 octobre 1999²⁸⁹¹, la Cour de cassation semble préciser qu'il peut s'agir de fruits de nature identique aux fruits définis par le Code civil²⁸⁹². La Cour a indiqué que « les sommes qui, faisant partie du bénéfice distribuable sont, soit en vertu des statuts, soit après décision de l'assemblée générale, réparties entre les actionnaires, participent de la nature des fruits »²⁸⁹³. Un commentateur observe que par cet arrêt qui envisage explicitement les fruits civils, le juge indique clairement que : « les dividendes partagent avec les fruits une nature identique, les dividendes sont des fruits, et ne sont pas seulement “assimilés” à ceux-ci »²⁸⁹⁴, ce qui revient à énoncer que le titre social – créance détenue contre la société

²⁸⁸⁵ Pour un aperçu général v° ZENATI Frédéric, « Usufruit des droits sociaux », in *Repertoire de droit des sociétés*, Dalloz, janvier 2017, spéc. 335-357.

²⁸⁸⁶ MORRIS-BECQUET Géraldine, « De la nature juridique des dividendes », D. 2000, p. 552 ; REVET Thierry, « Bénéfices et dividendes : “néo-fruits industriels », RTD civ. 2007, p.149 : « richesse nouvelle qui émane d'un bien préexistant sans en altérer la substance ». A la différence des produits, c'est-à-dire les biens qui se détachent de la chose en altérant sa substance (les pierres extraites d'une carrière par exemple).

²⁸⁸⁷ V° déjà Cass. civ. 21 oct. 1931, Dalloz périodique, 1933, n°1, p.100, note P. Cordonnier, Sirey 1933, n°1, p.137 note H. Batiffol; Cass. com., 23 oct. 1984, Bull. civ., n° 281, Rev. Sociétés, 1986, p.97, note J.-J Daigre ; et Cass. com. 23 oct. 1990, Bull. civ. IV, n°247, D. 1991, p. 173, note J.-J. Daigre, RTD civ. 1991, p. 361, obs. F. Zénati.

²⁸⁸⁸ TERRE François, SIMLER Philippe, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, précis, 2014, p.70, spéc. 56

²⁸⁸⁹ REVET Thierry, « Bénéfices et dividendes : “néo-fruits industriels », RTD civ. 2007, p.149 ; ZENATI Frédéric, *Repertoire de droit des sociétés*, Dalloz, janvier 2017, v° *usufruit des droits sociaux*, spéc. 346 : « La difficulté de retrouver parfaitement le critère des fruits dans les dividendes fait douter que ces derniers soient de véritables fruits. ». L'auteur soulève notamment la question de la fixité et de la périodicité des fruits alors que la distribution de dividendes peut s'avérer irréguliers d'un exercice social à un autre.

²⁸⁹⁰ DROSS William, « Les dividendes sont-ils les fruits des titres sociaux ? », RTD civ. 2015, p.658 à propos d'un arrêt Cass. com., 27 mai 2015, n°14-16246, D. 2015, p.1205.

²⁸⁹¹ Cass. com., 5 oct. 1999, n°97-17377, MORRIS-BECQUET Géraldine, « De la nature juridique des dividendes », D. 2000, p. 552 ; v. également note LE NABASQUE Hervé, Rev. sociétés, 2000, p. 286 : obs. STORCK Michel, RTD com. 2000, p. 138 ; note COURET Alain, Bull. Joly sociétés, 1999, p.1104 ; confirmé par un arrêt du 28 novembre 2006, note LIEHNHARD Alain, D. 2006, p. 3055.

²⁸⁹² Selon l'interprétation de MORRIS-BECQUET Géraldine, « De la nature juridique des dividendes », D. 2000, p. 552

²⁸⁹³ MORRIS-BECQUET Géraldine, « De la nature juridique des dividendes », D. 2000, p. 552 ; v. également note LE NABASQUE Hervé, Rev. sociétés, 2000, p. 286 : obs. STORCK Michel, RTD com 2000, p. 138 ;

²⁸⁹⁴ MORRIS-BECQUET Géraldine, « De la nature juridique des dividendes », D. 2000, p. 552. Ce qui revient pour l'auteur à d'abord énoncer que l'action est un bien frugifère.

– est un bien frugifère²⁸⁹⁵. En ce sens, Géraldine Morris-Becquet explique que la créance détenue contre la société « a pour objet l'individualisation et le transfert d'une somme d'argent équivalente ; en définitive, la créance représente le truchement juridique de la perception [du dividende]. »²⁸⁹⁶. En ce sens, le dividende peut prendre indifféremment une forme de fruit civil, en nature ou industriel²⁸⁹⁷.

948. La qualification du dividende ne se limite donc pas – avec toutes les précautions qu'une telle interprétation impose au regard du débat sur la qualification juridique du dividende²⁸⁹⁸ – à la nature de fruit civil, c'est-à-dire les revenus en argent qu'une chose peut produire en vertu d'un contrat²⁸⁹⁹, en l'occurrence le contrat de société. Par cette approche des dividendes la plus communément admise, le dividende peut être versé par un paiement en numéraire. Le dividende peut également prendre la forme d'un fruit en nature ou industriel²⁹⁰⁰ - distinction que Planiol jugeait d'ailleurs inutile puisqu'il distinguait principalement les fruits en argent et les fruits en nature²⁹⁰¹ - c'est-à-dire par la remise d'un bien en nature comme par exemple une marchandise²⁹⁰², ou plus généralement tout produit du sol et produits issus d'une activité productive.

949. Au sens des articles 583 et 585 du code civil²⁹⁰³, les bénéficiaires peuvent alors prendre la forme des fruits nés de l'affectation d'éléments de l'environnement, tel un fonds apporté en propriété par l'associé-environnement et exploité par l'entreprise. Les fruits d'arbres fruitiers par exemple. Cette solution qui consiste à qualifier les dividendes de fruits, indifféremment civils, naturels ou industriels, renvoie idéalement à la vision originelle du contrat de société. Celle qui ne précisait pas la forme du bénéfice poursuivi par les associés comme cela a été vu en droit romain. Ainsi, il suffit pour reprendre l'expression de Troplong, que le fruit soit « appréciable en argent »²⁹⁰⁴ ou mieux, qu'il puisse essentiellement lui être donné une valeur d'usage lorsque l'évaluation pécuniaire est

²⁸⁹⁵ *Ibid.*

²⁸⁹⁶ *Ibid.*

²⁸⁹⁷ Dans le sens d'une qualification des dividendes en fruits industriels v° *ibid* ; DROSS William, « Les dividendes sont-ils les fruits des titres sociaux ? », RTD civ. 2015, p.658 à propos d'un arrêt Cass. com., 27 mai 2015, n°14-16246, D. 2015, p.1205

²⁸⁹⁸ La question de la qualification juridique des dividendes était encore une nouvelle fois posée par DROSS William, « Les dividendes sont-ils les fruits des titres sociaux ? », RTD civ. 2015, p.658 à propos d'un arrêt Cass. com., 27 mai 2015, n°14-16246, D. 2015, p.1205

²⁸⁹⁹ PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, Pichon, Paris, 1920, vol.1, p. 867 spéc. 2782

²⁹⁰⁰ Selon PLANIOL, op. cit., les fruits naturels viennent sans culture tandis que les fruits industriels nécessitent le travail de l'homme. Il peut y être ajouté les biens et services écosystémiques s'il est admis que les bénéfices distribuables proviennent non seulement du capital, du travail, mais aussi de l'environnement.

²⁹⁰¹ *Ibid.*

²⁹⁰² VELARDOCCHIO Dominique, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, avril 2018, v° *dividendes*, spéc. 248 ; « Le paiement des dividendes peut s'effectuer par la remise de biens en nature, marchandises, ou titres en portefeuille ».

²⁹⁰³ Art. 583 c. civ. : « Les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels. Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture. » ; art. 585 c. civ. : « Les fruits naturels et industriels, pendant par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier. Ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit appartiennent au propriétaire, sans récompense de part ni d'autre des labours et des semences, mais aussi sans préjudice de la portion des fruits qui pourrait être acquise au métayer, s'il en existait un au commencement ou à la cessation de l'usufruit. ».

²⁹⁰⁴ TROPLONG Raymond Théodore, *Du contrat de société civile et commerciale*, éd. Hingray, Paris, T.1, 1843, p.17 : « les bénéficiaires de la société doivent être des bénéficiaires pécuniaires ou appréciables en argent. »

impossible dans le cas par exemple des fruits issus de choses communes naturelles. Une telle approche permet d'expurger la société d'une vision réductrice, réduite à la réalisation de gains pécuniaires.

950. Concrètement, la pratique montre que les dividendes peuvent être versés sous la forme classique de fruits civils (somme d'argent), de fruits en nature (par exemple des auteurs relèvent que le groupe de luxe Kering a distribué sous forme de dividendes les actions de sa filiale, la société groupe FNAC ; ou sous forme d'avantages tel que des coupons de réduction pour une compagnie d'aviation japonaise All Nippon Airways...)²⁹⁰⁵, ou encore de fruits industriels (produits issus de la culture de la terre comme par exemple selon les même auteurs, certaines sociétés propriétaires de vignoble qui distribuent des dividendes sous forme de bouteille de vin)²⁹⁰⁶. La société coopérative peut par ailleurs prévoir dans ses statuts la distribution de parts gratuites à ses membres²⁹⁰⁷.

951. Le choix de la forme des dividendes versés relève de la liberté des associés lors de la décision de distribution des dividendes à l'assemblée générale. La Cour de cassation a ainsi accueilli favorablement le choix laissé aux associés d'une SARL de percevoir des dividendes en espèces ou par distribution de droits immobiliers sur un immeuble dépendant du patrimoine social de la société, les associés ayant opté pour le dividende en nature par l'attribution d'actifs sociaux²⁹⁰⁸. Dans cette perspective, l'article L232-18 du code de commerce prévoit que dans les sociétés par actions, les statuts peuvent prévoir la faculté pour l'assemblée générale d'accorder à chaque actionnaire, pour tout ou partie du dividende mis en distribution, une option entre le paiement du dividende en numéraire ou en action.

952. Dans l'hypothèse d'une personne associée représentant l'environnement et ayant effectuée un apport, en numéraire ou en nature, voire en industrie²⁹⁰⁹ (par exemple par les services apportés à la société commerciale comme des analyses, des expertises, des études, etc.), il est donc possible de fixer dans les statuts de la société que cet associé se verra attribuer un dividende sous forme autre que le fruit civil, notamment par des fruits naturels ou des fruits industriels (herbe destinée à être fauchée, récolte sur pied, champignons, truffes, marchandises sous la forme de biens ou de services, etc.). L'associé-environnement peut par exemple se voir attribuer un dividende sous la forme de l'attribution de titres sociaux gratuits, éventuellement d'une valeur supérieure à celle normalement prévue par le principe de proportionnalité dans la répartition des résultats afin de permettre à l'associé-environnement d'augmenter sa participation au capital social

²⁹⁰⁵ COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Lexis Nexis, 31ème éd., 2018, spéc. 1046.

²⁹⁰⁶ *Ibid.*

²⁹⁰⁷ Loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, art.16.

²⁹⁰⁸ Cass. com. 6 juin 1990, n° 88-17133, note DEROUIN Philippe, « La distribution de dividende en nature par l'attribution de biens sociaux ne constitue pas une mutation à titre onéreux », Bull. Joly sociétés, 1^{er} septembre 1990, n°9, p.813 ; rapp. Cass. com., 31 mai 1988, n° 86-13458, Bull. Joly sociétés, 1^{er} juin 1988, n°6, p. 605 sur la remise d'actions détenues en portefeuille.

²⁹⁰⁹ NURIT-PONTIER Laure, « Repenser les apports en industrie », LPA, 3 juillet 2002, n°132, p. 4

de la société en cas de faiblesse des apports initiaux²⁹¹⁰. En définitive, il peut être observé que les dividendes des associés peuvent se présenter autrement que par des fruits civils, par exemple sous la forme d'une jouissance d'un jardin d'agrément comme le formulait Troplong dans sa proposition²⁹¹¹.

953. Quoi qu'il en soit, il convient encore de déterminer si ce dividende ne risque pas d'être qualifié de fictif en cas d'atteinte au patrimoine commun, plus précisément, est-il encore possible d'envisager l'existence de bénéfices distribuables lorsque l'activité sociale cause un dommage à l'environnement ?

b. Dividendes fictifs et excès de distribution au regard d'atteintes à l'environnement

954. L'article L232-12 du code de commerce prévoit qu'est fictif tout dividende distribué en violation de l'exigence préalable d'approbation préalable des comptes annuels et de constatation de sommes distribuables. Si la règle de l'approbation préalable des comptes annuels « n'appelle pas de remarque particulière »²⁹¹², l'exigence de « constatation de l'existence de sommes distribuables » implique que l'établissement de comptes annuels donne une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice et de la situation de la société²⁹¹³. La distribution de dividendes fictifs est sanctionnée sur le plan civil et pénal. Le délit de distribution de dividende fictif est constitué par la réunion de plusieurs éléments : l'absence d'inventaire ou un inventaire frauduleux obtenu par majoration de l'actif ou minoration du passif ; la distribution effective d'un dividende par l'ordre de paiement donné par les dirigeants ; le caractère fictif du dividende par le prélèvement d'une somme indisponible (capital social, réserves non distribuable) ou sur un bénéfice non réalisé ; enfin l'élément moral de l'infraction réside dans la connaissance du caractère fictif du dividende distribué²⁹¹⁴.

955. Or, lorsque l'entreprise n'a pas adopté de comportement sobre, les dividendes ne sont-ils pas qualifiables de fictifs en ce qu'ils donnent une image faussée de la réalité sociétaire ? En d'autres termes, les bénéfices distribués correspondent-ils à une image fidèle des comptes sociaux ? L'inventaire n'est-il pas frauduleux par majoration de l'actif ou par minoration du passif en cas de prélèvement excessifs de ressources naturelles par

²⁹¹⁰ V. les notions de superdividende et dividende majoré, *Lamy Sociétés commerciales*, 2015, n°2375 et 2376

²⁹¹¹ TROPLONG Raymond Théodore, *Du contrat de société civile et commerciale*, éd. Hingray, Paris, T.1, 1843, p.20 : « Plusieurs habitants d'une ville, voulant se procurer le plaisir de la promenade, achètent en commun un jardin paysagiste, afin que chacun puisse s'y promener avec sa famille, quand bon lui semblera; un certain nombre d'actions est créé et réparti entre tous les acquéreurs. Bien que cet immeuble ne soit pas possédé dans la vue d'en tirer un revenu pécuniaire, bien qu'il puisse même entraîner des charges pour son entretien et qu'il ne soit qu'un objet voluptuaire, les associés y trouvent cependant un avantage appréciable en argent. Car le droit de se promener dans un lieu agréable se paie quelque fois très-cher ; il a une valeur positive, qui s'ajoute aux jouissances que la fortune est destinée à procurer. Ce contrat est donc une société (...) ».

²⁹¹² *Mémento sociétés commerciales*, Ed° Francis Lefebvre 2018, n° 76530.

²⁹¹³ *Ibid.*

²⁹¹⁴ V° *Lamy société commerciale*, 2018, n°2386 ; *Mémento Société commerciales 2019*, Francis Lefebvre, n° 76530 et s. et Cass. crim., 9 mai 1988, n°87-85245.

exemple ? En effet, la société peut indiquer une bonne maîtrise quantitative et qualitative des ressources naturelles alors qu'il n'en est rien et, par conséquent, effectuer une minoration du passif. L'inventaire étant alors frauduleux en ce qu'il ne reflète pas la diminution de la valeur d'usage d'une chose commune ou d'un actif apporté par l'associé-environnement. De manière générale, la question d'une qualification de dividendes fictifs devrait pouvoir être posée dès lors que l'entreprise fait usage du patrimoine commun. Une nouvelle fois, la question renvoie à la monétarisation des éléments de l'environnement et la possibilité d'évaluer dans le bilan, l'actif et le passif environnemental²⁹¹⁵.

956. L'associé qui représente les intérêts de l'environnement pourrait alors rechercher la responsabilité des dirigeants en cas de distribution de dividendes fictifs, pour inventaire frauduleux en cas de minoration du passif ou de majoration de l'actif. Il s'agit dans ce cas d'établir en quoi le bénéfice réalisé ne permet pas la distribution de dividendes. Le fondement de l'image fidèle des comptes sociaux permet alors de démontrer que les données dites extra-financières n'ont pas suffisamment été intégrées au bilan social alors qu'elles peuvent être appréciées en argent. La directive européenne 2014/95 relative à la publication d'informations extra-financières, transposée par l'ordonnance n°2017-1180²⁹¹⁶, peut dès lors se révéler être est un outil pertinent d'analyse pour toute entreprise, y compris les PME qui affichent de plus en plus leurs données extra-financières. Ces éléments peuvent alors contribuer à établir le caractère fictif des dividendes.

957. En dehors des dividendes fictifs, l'associé-environnement peut également, dans l'idée d'un comportement sobre, soulever un « excès de distribution »²⁹¹⁷ de dividendes. Pour le professeur Alain Couret, l'excès de distribution ne suscite pas *a priori* la contestation des associés minoritaires, néanmoins il est possible qu'un associé veuille sauvegarder l'intérêt social de la société. L'auteur indique que l'excès de distribution est souvent perçu comme s'effectuant au détriment des salariés qui perdraient là une source d'amélioration de leur condition²⁹¹⁸. Un raisonnement analogue peut être adopté pour l'amélioration et la préservation – ou du moins la non-dégradation – de l'environnement. Ne pas distribuer

²⁹¹⁵ A rapp. de la notion de « créance environnementale » éventuellement non comptabilisée au bilan social. V° sur ce point CA Grenoble, ch. Com., 19 mars 2008, n°05/03219, précité; v. également D. VOINOT, « Le sort des créances dans la procédure collective - L'exemple de la créance environnementale », RTD com. 2001, p.581 ; MARTIN-SERF Arlette, « Créance environnementale. Fait générateur d'une créance de dépollution », RTD Com., 2013, p. 140, note sous CA Grenoble 31 mai 2012, n°11.02571

²⁹¹⁶ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes ; Ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'information non financières par certaines entreprises et certains groupes d'entreprises. Les sociétés concernées sont précisées par l'article R225-104 du code de commerce ; Les dispositions de l'ordonnance ont notamment modifié l'article L225-102-1 du code de commerce qui prévoit l'intégration d'une déclaration de performance extra-financière dans le rapport de gestion. Cette déclaration présente notamment des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, 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

²⁹¹⁷ COURET Alain, « Peut-on reprocher à une société d'avoir distribué trop de dividendes ? », in *Ecrits de droit de l'entreprise : Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p.522

²⁹¹⁸ *Ibid.*, : « l'accusation est fréquemment portée par les syndicats à l'encontre des dirigeants des grandes sociétés de distribuer de manière excessive les dividendes. Ces distributions se feraient au détriment des salariés qui perdraient là une source d'amélioration de leur condition. ».

excessivement de dividendes renvoie alors à l'idée de comportement sobre, mais surtout à la logique d'une société commerciale qui puisse assurer sa pérennité. Comme l'indique le professeur Alain Couret, si pour les grandes sociétés du CAC 40, la distribution massive de dividendes ne fait pas redouter la disparition de celles-ci, dans les PME, les distributions de dividendes doivent être envisagées avec mesure au risque d'affecter la continuité de l'activité sociale²⁹¹⁹. Aussi, le viticulteur a tout intérêt à préserver ses vignes des maladies en s'assurant de la préservation des moyens nécessaires à son travail, plutôt qu'en distribuant excessivement des dividendes. Et si ce viticulteur est sobre en limitant les intrants, c'est-à-dire en veillant à la préservation des ressources naturelles à travers les moyens de production qu'il emploie, il est alors préférable d'indiquer précisément comment se réalisera l'activité sociale et comment l'objet social et l'intérêt social permettent de penser la gestion sobre de l'entreprise.

²⁹¹⁹ *Ibid.*

Section 2 Une gestion sobre de l'entreprise par délimitation de l'objet social et de l'intérêt social

958. Les notions d'objet social et d'intérêt social ne figurent pas à l'article 1832 du code civil définissant la société commerciale. L'objet social et l'intérêt social sont pourtant essentiels dans le contrôle quotidien des actes de la société et partant, pour la mise en place d'une gestion sobre de la société. L'objet social désigne « l'ensemble des activités déterminées par le pacte social qu'une société peut exercer »²⁹²⁰, il détermine donc le type d'activité qui peut être poursuivie par la société en vue de partager des bénéfices ou de profiter d'une économie. Selon l'article 1835, l'objet social doit être inscrit dans les statuts et limite par conséquent la « sphère d'activité »²⁹²¹ de la société, tel un « garde-fou »²⁹²², il protège la société et les associés contre les actes du dirigeant qui dépassent l'objet social. Par ailleurs l'objet social ne se confond pas avec l'intérêt social. Désormais inscrit dans la loi²⁹²³, l'intérêt social est une notion d'origine jurisprudentielle, inspirée des articles 1848 et 1833 alinéa 1^{er} du code civil qui disposent respectivement que : « Le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société » et « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ». Trois approches de l'intérêt social existent²⁹²⁴. La plus restrictive et la plus ancienne limite l'intérêt social à l'intérêt commun des seuls associés, elle n'est désormais plus d'actualité. L'approche intermédiaire ou institutionnelle qui est contemporaine, prend en considération, non seulement l'intérêt des associés mais également l'intérêt de la société elle-même en tant que personne morale autonome. Enfin, une approche élargie de l'intérêt social, plus fonctionnelle et davantage doctrinale, envisage celui-ci sous l'angle de l'intérêt de l'entreprise, soit un intérêt qui prenne en compte l'essentiel des parties

²⁹²⁰ CHAPUT Yves, *De l'objet social des sociétés commerciales*, Thèse, Clermont, 1973, p. 9.

²⁹²¹ COZIAN Maurice et a., préc., p.63, spéc. 168 et p.66, spéc. 174 ; et pour un aperçu récent sur les propositions d'en modifier la définition : LEON Marylise, LELLOUCHE Frédérique, DURLACH, « Repenser l'entreprise », *Rev. trav.*, n°1, 30 janvier 2018, p.21; CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », *Rev. trav.*, n°2, 28 février 2018, p. 107.

²⁹²² COZIAN Maurice et a., préc., spéc. 178 : les auteurs indiquent que lorsque l'objet social est circonscrit de façon précise, il constitue alors un « garde-fou » pour les associés.

²⁹²³ Art. 1833 nouveau du code civil : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. ».

²⁹²⁴ V° SOUSI Gérard., *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, Thèse, Lyon III, 1974; BENNINI Aïda., *Le voile de l'intérêt social*, Thèse, Cergy-Pontoise, LEJEP, Lextenso éditions, 2010 ; SCHAPIRA Jean, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com*, 1971, p. 957 ; PAILLUSSEAU Jean, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP Notariale et immobilière*, n°27, 5 juillet 1985; PIROVANO Antoine, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.*, 1997, p. 189 ; GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine, « La définition de l'intérêt social », *RTD com*, 2004, p. 35 ; TRÉBULLE François-Guy, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », *Bull. Joly sociétés*, 2006, n°12 ; ROUSSEAU Stéphane, TCHOTOURIAN Ivan, « L'intérêt social en droit des sociétés. Regards canadiens », *Rev. des sociétés*, 2009, p. 735 ; MOSSER Laurent, « Vers une efficience de la prévention des conflits d'intérêts en droit des sociétés, Colloque : Les conflits d'intérêts en droit des affaires », *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, n° 342, p. 9 ; COURET Alain, « La gouvernance au cœur de l'administration des entreprises », *Gaz. Pal.*, 2014, n° 240 ; SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », *D.*, 2017, p. 2380 ; HAMELIN Jean-François, « Gérer la société en prenant en compte les intérêts des tiers... ou le flou artistique », *Droit des contrats*, 5 février 2018, n°2, p. 1.

prenantes de l'entreprise, c'est-à-dire les associés, salariés, collectivités territoriales, créanciers, fournisseurs, l'environnement, etc.). Comme le résume les travaux parlementaires dans le cadre de la loi Pacte : « En somme, les dirigeants d'une société doivent à la fois agir dans le champ d'activité de la société (objet social) et doivent en outre ne rien faire en contrariété avec son intérêt, en particulier en menaçant sa pérennité économique (intérêt social). »²⁹²⁵.

959. L'objet social et l'intérêt social apparaissent comme les notions du contrat de société les plus discutées, amenant à une véritable surenchère de contributions alors qu'elles n'éveillaient guère d'intérêt il y a encore seulement quelques années²⁹²⁶. Désormais, l'objet social et l'intérêt social semblent aujourd'hui, plus que les autres éléments du contrat de société précédemment envisagés, devoir remplir une fonction spécifique, celle de réceptacles juridiques des nouvelles préoccupations sociétales et environnementales. Pourtant, il apparaît que l'adjonction de termes en direction d'une prise en compte de la l'intérêt social, des enjeux sociaux et environnementaux et de la raison d'être de la société, ne semble pas déterminante pour la mise en œuvre véritable de la transition écologique dans l'entreprise et plus spécifiquement d'un comportement sobre. D'autant plus si les modifications législatives apportées restent de l'ordre de l'engagement volontaire²⁹²⁷, c'est-à-dire à l'opposé d'un mouvement de retour au droit contraignant qui limite davantage les droits subjectifs au regard de l'urgence de la question écologique. En réalité, les notions d'objet social et d'intérêt social permettent déjà de disposer d'outils d'intégration d'un comportement sobre au sein de la société commerciale mais sans contrainte. En ce sens, la loi PACTE du 22 mai 2019 n'est pas réellement novatrice²⁹²⁸ puisque l'objet social, déterminé par les associés, pourvu qu'il soit licite, permet déjà d'appréhender le champ des activités menées par l'entreprise. Par ce biais, il est possible de fixer l'étendue des activités considérées comme plus ou moins sobres (**I**). Ensuite, la notion d'intérêt social peut être utilisée en ce qu'elle constitue un instrument de police de la société, permettant d'apprécier concrètement la conformité du comportement adopté en matière de sobriété (**II**).

²⁹²⁵ Assemblée nationale, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi Pacte n°1088, Rapport de M. Roland Lescure, n°1237, 15 septembre 2018, p.71

²⁹²⁶ V. par ex., CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », Rev. trav., n°2, 28 février 2018, p. 107 ; JANUEL Pierre, « Projet de loi PACTE : revue d'un catalogue législatif », Dalloz actualité, 21 juin 2018 ; PAILLUSSEAU Jean, « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », D., 2018, p. 1395.

²⁹²⁷ En ce sens, JANUEL Pierre, « Projet de loi PACTE : revue d'un catalogue législatif », Dalloz actualité, 21 juin 2018 : « L'article 61 est consacré à l'intérêt social des entreprises, à la suite du rapport Senard-Notat (v. Dalloz actualité, 13 mars 2018, obs. T. de Ravel d'Esclapon). L'article 1833 du code civil serait complété par la phrase « la société est gérée dans son intérêt social et en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » et le 1835 prévoirait que « les statuts peuvent préciser la raison d'être dont la société entend se doter dans la réalisation de son activité ». La notion d'intérêt social est donc plus consacrée que précisément définie (...) ».

²⁹²⁸ Le projet de loi PACTE alors présenté en conseil des ministre le 18 juin 2018 et son document de présentation sur le site internet du ministère de l'économie à propos de l'objet social indiquait : « L'article 1835 du Code civil sera modifié pour reconnaître la possibilité aux sociétés qui le souhaitent de se doter d'une raison d'être dans leurs statuts. Cette modification consacrera les engagements pris par nombre d'entreprises au titre de la responsabilité sociale et environnementale. La raison d'être sera le projet de long terme dans lequel s'inscrit l'objet social de l'entreprise. La consécration de cette notion dans le Code civil aura un effet d'entraînement en incitant les entreprises à être plus orientées vers le long-terme ». Le projet a été définitivement adopté par la loi n°2019-486

I. L'objet social comme outil de délimitation de l'activité sobre

960. En quoi l'objet social peut-il constituer un outil d'intégration du comportement sobre dans la société commerciale ? Tout d'abord par la définition précise de l'activité envisagée par la société dans les statuts auxquels elle entend se conformer (A). Ensuite, une fois l'activité envisagée déterminée, l'objet social permet en cours de vie sociale, d'organiser les rapports internes et externes de la société et surtout, de s'assurer que le dirigeant n'engage pas la société en dépassement du comportement sobre statutaire. La nouvelle société à mission permet alors de proposer un modèle « clé en main » pour y intégrer le comportement sobre (B).

A. Définir et limiter l'activité sobre dans l'objet social

961. Comment parvenir à la « réussite » du contrat de société ? À cette question, le texte de l'article 1832 ne répond pas. Il faut pourtant relever que la plupart des éléments constitutifs du contrat de société sont présents, y figurent l'*affectio societatis* ou la volonté de s'associer, la nécessité de réaliser des apports, la poursuite d'une entreprise commune et le but social de partager des bénéfices ou de profiter d'une économie. Mais force est de constater qu'il n'est pas fait mention de la « manière », dont sera réalisée l'entreprise commune, c'est-à-dire le genre d'activité que la société se propose d'exercer²⁹²⁹. Ce manque de précision de l'objet social n'est pas fondamentalement nouveau. Dans sa thèse relative à l'objet social des sociétés commerciales, le professeur Yves Chaput observe: « il est significatif de constater, que les rédacteurs du code civil omettent d'en parler dans l'article 1832, alors qu'il est le lien nécessaire entre les apports et les bénéfices »²⁹³⁰. Si la notion d'objet social ne figure effectivement pas à l'article 1832 du code civil, elle est néanmoins présente à l'article 1833 du code civil qui impose à toute société un *objet licite*²⁹³¹. L'objet social est ainsi défini négativement, par ce qu'il ne peut pas être. Il est encore présent à l'article 1835 du même code qui exige dans les statuts de la société la détermination de son « objet »²⁹³².

962. Plus précisément, c'est à l'article L210-2 du code de commerce qu'il faut relever concrètement l'exigence d'une détermination d'un « objet social » dans les statuts de la

²⁹²⁹ MERLE Philippe, FAUCHON Anne, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, précis, 21ème éd., 2017, p. 87, spéc. 69 ; CHAPUT, th. précit., p.9

²⁹³⁰ CHAPUT Yves, *De l'objet social des sociétés commerciales*, Thèse, Clermont, 1973, p. 6.

²⁹³¹ Art. 1833 al. 1 du code civil : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. »

²⁹³² Art. 1835 du code civil : « Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement. ». Il est désormais ajouté par la loi Pacte du 22 mai 2019 la possibilité – de manière volontaire et non contraignante – d'intégrer la « raison d'être » de la société. L'article 1835 est ainsi amendé : « « 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. »

société²⁹³³. Son contenu n'est toutefois pas précisé et l'absence de définition législative conduit à retenir les acceptions doctrinales de la notion d'objet social. Selon des auteurs, la définition de l'objet social trouve son fondement dans la liberté du commerce et d'industrie, soit le fait de pouvoir « choisir l'activité que l'on désire »²⁹³⁴. C'est en ce sens que l'objet social est généralement défini comme « l'ensemble des activités déterminées par le pacte social, qu'une société peut exercer »²⁹³⁵. Il « représente le programme des activités auxquelles la société peut se livrer dans la vue de faire des bénéfices ou des économies et d'en faire profiter ses membres »²⁹³⁶. Aussi, il est déjà possible d'y inscrire la poursuite d'un comportement sobre et c'est en partie pour cette raison que le législateur n'a pas estimé nécessaire d'élaborer un régime juridique approfondi de société à mission. Il a ainsi été estimé que la raison d'être inscrit permet d'y satisfaire puisqu'elle devient alors la « cause subjective » de la société librement et de façon volontaire définie par elle²⁹³⁷.

963. La question est donc celle de savoir, quel est l'objet social ou sociétaire de la société, quelle est la nature de *l'entreprise commune*²⁹³⁸, quelle est l'activité que les associés se proposent de faire exercer par la société²⁹³⁹ ? Et au-delà de l'activité choisie, quels sont les objectifs qu'entend atteindre la société, notamment lorsqu'elle poursuit l'adoption d'un comportement sobre. Aussi, l'intégration de la « raison d'être » de la société à l'article 1835 du code civil, ne change pas intrinsèquement les questions qui peuvent être posées dans la définition de l'objet social. En réalité, c'est un néologisme inutile que d'indiquer une raison d'être dans l'objet social, comme a pu l'indiquer Le Balle dans son cours de droit civil : « L'objet social, c'est en réalité la cause de l'existence même de la personne morale et de sa vie »²⁹⁴⁰. Il serait alors préférable d'inscrire la « raison d'être » comme une règle statutaire supérieure ou fondamentale de l'objet social – pour employer une terminologie de droit constitutionnel²⁹⁴¹ –, dont la modification, à l'image d'une modification de la Constitution, nécessite non seulement de réunir une assemblée générale extraordinaire, mais aussi d'y convier les parties prenantes déterminées dans les statuts. Par exemple par une simple consultation de ces dernières lors de cette assemblée générale

²⁹³³ « La forme, la durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, la dénomination sociale, le siège social, l'objet social et le montant du capital social sont déterminés par les statuts de la société ». La notion d'objet social apparaît encore aux articles 1844-1, 1849 et 1872 du code civil

²⁹³⁴ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, op. cit., spéc. 243

²⁹³⁵ CHAPUT Yves, th. précitée, p.35, spéc. 21 bis

²⁹³⁶ RIPERT Georges, ROBLOT René, MAGNIER Véronique, GERMAIN Michel (dir.), *Traité de droit des affaires, Les sociétés commerciales*, LGDJ, Tome 2, 20^{ème} éd., 2011, p. 47, spéc. 1056-59, v° objet social et activité sociale

²⁹³⁷ V° Assemblée nationale, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi Pacte n°1088, Rapport de M. Roland Lescure, n°1237, 15 septembre 2018, pp.106-107.

²⁹³⁸ Parfois considérée comme l'autre nom de l'objet social : LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, op. cit., p. 159, spéc. 242

²⁹³⁹ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, op. cit., spéc. 243

²⁹⁴⁰ LE BALLE Robert, *Cours de droit civil. Licence 2ème année 1963 – 1964*, Paris, Les cours de droit, 1963, 1027 p., cité par CHAPUT Yves, th. préc., p.70, spéc. 42

²⁹⁴¹ Sur l'idée d'une constitutionnalisation de l'entreprise v. ROBE Jean-Philippe, « L'entreprise et la constitutionnalisation du système monde de pouvoir », Collège des Bernardins, *L'entreprise : formes de la propriété et responsabilités sociales*, Programme de recherche, avril 2011, p. 22 : « La constitutionnalisation peut justement être définie comme la construction de freins à la détermination de finalités imposées par une seule partie des détenteurs d'intérêts affectés par l'entreprise. Le processus de constitutionnalisation viserait à préserver la faculté de choix des entreprises et de leurs membres en accordant des droits fondamentaux à leurs membres et un espace (procédural) de discussion sur ces choix.»

ou par l'attribution d'un droit de vote spécifiquement accordé pour cette procédure de la modification de la raison d'être. Les travaux parlementaires sur la raison d'être de la société et la nouvelle société à mission ont permis de démontrer une volonté du législateur d'intervenir – dans un mouvement de retour du droit – dans le domaine de l'objet social. C'est ainsi par l'objet social que peut être fixé la poursuite d'un comportement sobre, ou d'une société à mission sobre²⁹⁴². Le plus souvent, l'objet social donne en effet une large énumération des opérations et objectifs réalisables par la société dans des termes larges pour ne pas limiter les initiatives du dirigeant²⁹⁴³. L'objet social peut ainsi être considéré comme un contenant à choix d'activités multiples²⁹⁴⁴. Néanmoins, à travers l'exigence d'inscription d'un objet social dans ses statuts, la société commerciale obéit à un principe de spécialité propre aux personnes morales²⁹⁴⁵. Le professeur Chaput distingue ainsi la spécialité légale – cause juridique – qui est une première limitation de l'activité de la personne morale, notamment par l'ordre public (1) et une spécialité statutaire – cause réelle ou concrète de la société inscrite dans l'objet social – qui est une aggravation de la spécialité légale²⁹⁴⁶ et dans laquelle peut s'intégrer le comportement sobre (2).

1. Une spécialité légale encadrée par l'ordre public écologique

964. La spécialité légale de la société commerciale est la réalisation de bénéfice comme en dispose l'article 1832 du Code civil qui définit le contrat de société. Or, si la société commerciale est un contrat, ce dernier répond logiquement aux conditions de validité du droit commun des contrats, désormais inscrites à l'article 1128 nouveau du code civil. Ce texte dispose que « sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° le consentement des parties ; 2° leur capacité de contracter ; 3° un contenu licite et certain. ». Ce qui fait dire à certains auteurs que l'objet n'est plus exigé formellement comme une condition de validité du contrat²⁹⁴⁷. Aussi, la fonction du « contenu du contrat » aspire à être précisé²⁹⁴⁸, mais il est déjà possible de se référer aux articles 1162 à 1171 nouveaux du code civil pour en déterminer le sens. L'article 1162 nouveau du code civil prévoit que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Le contenu du contrat de société, et donc son objet social, ne peut déroger à l'ordre public qui, nous l'avons vu est une notion évolutive

²⁹⁴² V. *infra*.

²⁹⁴³ LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, op. cit., p.159, spéc. 242

²⁹⁴⁴ CHAPUT Yves., th. préc., p.35, spéc.21 bis : « contenant, offrant parfois un choix d'activités multiples. »

²⁹⁴⁵ La notion de spécialité est surtout employée pour les personnes morales de droit public qui doivent agir dans les limites de leur compétences (CE, ass., 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, AJDA 2006, p. 1592). V° *Lamy droit public des affaires*, Lamy, juin 2017, 2655, principe de spécialité des personnes publiques : « En conséquence, si une personne publique contracte en marge de sa spécialité, le contrat est en principe nul ». CHAPUT Y., th. préc., p. 71 spéc. 42

²⁹⁴⁶ CHAPUT Yves., th. préc., p.70, spéc. 42.

²⁹⁴⁷ MERLE Philippe, FAUCHON Anne, *Droit commercial*, précit., p.88, spéc. 69 ; Pour DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, Dalloz, Hypercours, 5ème éd°, 2017, p.57, spéc. 86, il faut bien distinguer l'objet de l'obligation des associés (faire un apport, partager le bénéfice), l'objet du contrat de société (constituer une société d'un type déterminé) et l'objet de la société ou l'objet social (programme des activités envisagées).

²⁹⁴⁸ V° POUMAREDE Matthieu, « Le contenu du contrat », RDI, n°6, 2016, p.331 : « le chemin sera long avant que le contenu acquière son autonomie. »

et peut renvoyer à l'ordre public écologique pour le contrôle des activités de l'entreprise. Cette « entrée fracassante »²⁹⁴⁹ de l'ordre public dans les dispositions relatives au contrat s'ajoute à l'ordre public de l'article 6 du code civil inchangé ainsi qu'à l'article 1102 nouveau du même code qui indique dans son second alinéa que « la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public »²⁹⁵⁰. Aussi, le contrat de société commerciale peut apparaître comme plus délimité qu'auparavant par un contenu du contrat – ou cause juridique de la société²⁹⁵¹ – qui intègre davantage la notion d'ordre public, et par extension celle d'ordre public écologique. Il en résulte que la réalisation de bénéfices ou le partage d'économie doit s'inscrire dans son respect.

2. La délimitation de l'objet social par le comportement sobre statutaire

965. La détermination des activités envisageables par la société dans ses statuts limite son champ d'intervention, il en va de sa « spécialité statutaire »²⁹⁵² ou plus simplement de son objet social statutaire²⁹⁵³. En vertu de la liberté contractuelle, les associés définissent ainsi concrètement le programme d'activités qui permettra de satisfaire la spécialité légale de la société commerciale, soit la réalisation de bénéfices. La délimitation de l'objet social revient donc à fixer un cap auquel il convient de se tenir ensuite : « on peut dire que par l'objet, les associés reconnaissent à la société une liberté d'action, mais restreinte par leur volonté exprimée. »²⁹⁵⁴. L'objet statutaire est donc à la fois l'instrument de liberté qui détermine la ou les activités licites envisagées, mais aussi l'instrument qui délimite les opérations qui seront exercées et « limite les virtualités d'action de la société »²⁹⁵⁵. Il présente donc l'intérêt de déterminer positivement les activités qui pourront être exercées mais aussi négativement, par l'absence d'une précision en ce sens, des activités logiquement exclues. Aussi, l'adoption d'un comportement sobre statutaire ou la délimitation des objectifs d'une société à mission devra être rédigé avec autant de précision que de précaution. En effet, la difficulté dans la rédaction de l'objet social réside alors dans le juste milieu à trouver entre un objet social suffisamment précis et large à la fois. Yves Chaput indique que l'inscription dans les statuts d'un objet social trop étendu ou de formulation vague tel que « la fabrication, l'achat et la vente de tous articles, denrées et marchandises... », traduit « l'intention d'offrir aux dirigeants une totale liberté

²⁹⁴⁹ *Ibid.*

²⁹⁵⁰ *Ibid.*

²⁹⁵¹ CHAPUT Yves., th. préc., p.70, spéc. 42. Selon les développements de l'auteur la cause juridique revient à s'interroger sur la conformité de la création de la société au regard de l'intérêt défendu par la l'article de loi, en l'occurrence l'article 1832 prévoit que le contrat de société est institué en vue de la recherche et du partage de bénéfices. ; *ibid*, p.77, spéc.47 : « 1° L'activité est-elle compatible avec la spécialité ? 2° Quelle est l'intention des membres du groupement, quand ils envisagent cette activité ? »

²⁹⁵² *Ibid.*, p.74, spéc. 45

²⁹⁵³ DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, Dalloz, Hypercours, 5^{ème} éd°, 2017, p. 185, spéc. 287 ; COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, op. cit., Les auteurs distinguent l'objet social statutaire de l'objet social réel, c'est-à-dire l'activité effectivement exercée : « Traditionnellement, l'appréciation de l'illicéité de l'objet s'apprécie par référence à l'objet réel de la société », sauf exception pour les sociétés à risque limité où l'illicéité est appréciée au regard de l'objet statutaire tel que défini dans les statuts.

²⁹⁵⁴ CHAPUT Yves, th. préc., p.36, spéc. 21 bis

²⁹⁵⁵ CHAPUT Yves, « Objet social », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, juin 2018, spéc. 1

dans le choix de l'activité sociale, selon les circonstances, et ne pas lier le sort de la société, à un commerce particulier ». Il indique que « de telles formules sont à proscrire parce qu'elles rendent illusoire le contrôle des associés », par conséquent un objet social « universel » ou imprécis doit être considéré comme irrégulier²⁹⁵⁶.

966. Dans la perspective de rédaction d'un objet social qui intègre la poursuite d'un comportement sobre, l'objet social peut indiquer, éventuellement, la « raison d'être » de la société, mais le doute est permis quant à l'efficacité d'une telle inscription qui semble pouvoir être aussi vague qu'imprécise. Dès lors, il s'agit de procéder à une « énumération des moyens par lesquels la société peut réaliser des bénéfices »²⁹⁵⁷ pour réaliser ses objectifs sociaux et environnementaux²⁹⁵⁸. Si la société commerciale, une société par action simplifiée par exemple, produit et vend du vin naturel en agriculture biodynamique, il s'agira d'indiquer quels moyens seront affectés à l'activité et quelles en seront les limites. Puisque la production de vin naturel interdit tout intrant et introduction de soufre lors de la vinification, l'objet social peut renvoyer à la méthode de production précisément poursuivie, notamment par la mention du cahier des charges diffusé par l'association des vins naturels. Une société commerciale peut ainsi précisément définir les moyens – notamment par renvoi à un label, une méthode, un savoir-faire – pour en faire un engagement statutaire, permettant d'exercer un contrôle de l'activité de la société à travers son objet social. Sera ainsi écarté toute commercialisation de vins conventionnels²⁹⁵⁹. Cette société pourrait alors éventuellement prétendre à faire état publiquement de la qualité de société à mission tel que le prévoit la loi du 22 mai 2019 aux articles L2010 à L210-12 du code de commerce.

967. S'opposant au principe de spécialité qui limite nécessairement les moyens qui peuvent être employés par la société, Jean-Philippe Robé plaide au contraire, pour une « indétermination des finalités des entreprises », visant à préserver la faculté de choix de dirigeants dans la satisfaction des divers intérêts du groupement. Il entend ainsi lutter contre ce qu'il appelle « l'idéologie actionnariale » qui fait passer l'entreprise comme un

²⁹⁵⁶ CHAPUT Yves, th. préc. p. 53 : « Admettre la possibilité d'un objet social universel ou trop étendu, c'est faire du contrôle des associés, une chimère », p.54 spéc. 31 bis ; et aussi « Objet social », in *Répertoire de droit des sociétés*, préc., spéc. 22-24.

²⁹⁵⁷ CHAPUT Yves, th. précit., p.53, spéc. 31 bis : « L'objet social est une énumération des moyens par lesquels la société peut réaliser des bénéfices. Si ces moyens étaient en nombre illimité, les dirigeants sociaux seraient pratiquement maître de déterminer, à leur gré, la marche de la société ».

²⁹⁵⁸ V° cette précision désormais inscrite pour les sociétés à mission, c'est-à-dire qui entendent se fixer des objectifs sociaux et environnementaux en lien avec l'article 1833 du code civil, aux articles L2010 à L210-12 du code de commerce créés par la loi Pacte n° 2019-486 du 22 mai 2019.

²⁹⁵⁹ En ce sens, v° par exemple la société SAS PinotBleu dont le dirigeant a eu la gentillesse de communiquer son objet social rédigé comme suit : « La Société a pour objet, en France et à l'étranger : La commercialisation de vins, notamment aux particuliers mais non exclusivement, par correspondance ou à domicile, par tous moyens dont Internet et Smartphone, de tout autres produits dérivés de la viticulture et toutes les boissons alcoolisées ou non, tout en ayant un impact sociétal et environnemental positif et significatif, dans le cadre de ces activités commerciales et opérationnelles. ». S'agissant du partage des bénéfices, la société ne réalise pas encore de bénéfices distribuables mais tous les salariés reçoivent des bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise (BSPCE) – qui sont des bons de souscription d'actions incessibles - qui leur permettra par ce mécanisme d'actionnariat salarié, de bénéficier de la création de valeur à laquelle ils auront contribué. Sur cette question v. FOY Regis, « bons de souscription de parts de créateur d'entreprise (BSPCE) », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mars 2018

objet de droit de propriété, alors que l'actionnaire n'est en réalité que le propriétaire de l'action émise par la société commerciale qui sert de support sociétaire à l'entreprise, sans qu'il ne soit propriétaire de l'entreprise elle-même²⁹⁶⁰. Ainsi, selon l'auteur, cette indétermination des fins de l'entreprise permettrait de laisser leur autonomie aux entreprises et leurs responsabilités aux dirigeants : « il faut les laisser libres de prendre en compte les intérêts affectés, les rendre responsables s'ils ne le font pas et rendre responsables ceux qui les empêchent de remplir leur rôle. »²⁹⁶¹. Cette position rejoint le premier projet de code civil présenté en 1793 par Cambacérès qui prévoyait dans le titre consacré à la société, un article 920 indiquant que la société peut être « universelle ou limitée à un certain bien ou à un certain commerce »²⁹⁶². Toutefois, l'hypothèse d'un objet social universel paraît difficilement recevable en raison de l'exigence d'un contrôle minimum des actes des dirigeants sociaux. Il semble qu'un juste milieu, entre objet social universel et objet social spécial soit préférable, comme cela est proposé dans la *benefit corporation* et la *social purpose corporation*.

968. En réalité, sans avoir attendu que le législateur modifie la rédaction de l'article 1833 du code civil, le droit permettait déjà à des sociétés d'intégrer dans leur objet social des préoccupations sociétales et environnementales en s'inspirant du modèle de la *benefit corporation*. Par exemple, la SAS Recyclivre spécialisée dans le domaine de la vente de livres d'occasions en ligne – activité qualifiable de sobre car fonctionnant sur le modèle de l'économie circulaire – a rédigé son objet social de la manière suivante²⁹⁶³ :

« La Société a pour objet, directement ou indirectement, en France et à l'étranger : la vente de livres d'occasion et plus généralement de tous biens culturels afin de permettre notamment à des populations en situation de fragilité économique de pouvoir accéder à la culture à moindre coût; (i) la collecte des biens culturels d'occasion qu'elle vend ; (ii) la contribution à l'éducation et à la lutte contre les exclusions et les inégalités sociales, économiques et culturelles ; (iii) avoir un impact sociétal et environnemental positif et significatif, dans le cadre de ses activités commerciales et opérationnelles ; (iv) d'une manière générale, toutes opérations de quelque nature qu'elles soient, financières, commerciales, industrielles, mobilières, immobilières ou autres, se rattachant notamment mais pas exclusivement directement ou indirectement à ce qui précède ou susceptibles d'en favoriser la réalisation, l'extension ou le développement, mais avec une spécificité tenant à la recherche d'un impact social au moyen notamment : (a) d'une politique de dons d'une fraction du chiffre d'affaires de la Société à des initiatives ou projets à impact social ; (b) d'une politique d'emploi et de

²⁹⁶⁰ ROBÉ Jean-Philippe, « L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir », Collège des Bernardins, Publication issue du programme de recherche *L'entreprise: formes de la propriété et responsabilités sociales*, avril 2011, p. 22 [en ligne: <https://www.collegelesbernardins.fr/recherche/publications-issues-du-programme-lentreprise-formes-de-la-propriete-et-responsabilites>], consulté le 28 juin 2018.

²⁹⁶¹ *Ibid.*

²⁹⁶² CAMBACERES Jean-Jacques Régis de, *Projet de code civil*, Topos Ed. Verlag AG Vadus, Lichtenstein et Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977, p.304. Accessible en ligne <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9370g/f312.image>, consulté le 07 avril 2019.

²⁹⁶³ Nous remercions la PME en question qui a bien voulu nous transmettre son objet social. À noter que la société a précisé n'avoir distribué encore aucun dividende à la date du 3 juillet 2018. Selon cette société : « seul un intéressement a été versé à l'ensemble des collaborateurs sur la seule base du temps passé et non du salaire »; V. également *supra* pour un autre exemple d'objet social qui intègre l'objectif d'impact sociétal et environnemental positif, la SAS Equanum (*La ruche qui dit oui !*) qui est une société de l'économie sociale et solidaire.

sélection des fournisseurs et partenaires en partie guidée par la recherche d'un impact social. »²⁹⁶⁴

969. Une fois l'objet social contenant le programme des activités envisageables et l'énumération des moyens qui seront employés ou exclus de l'activité, l'objet social doit encore correspondre à l'activité sociale effectivement poursuivie par la société. En d'autres termes, la réalisation de bénéfices doit se faire conformément aux délimitations envisagées par l'objet social, idéalement en adéquation avec la volonté de poursuivre un comportement sobre.

B. Le contrôle de l'activité sobre par l'objet social ou la société à mission

970. Dans la pratique, le contenu de l'objet social constitue un moyen de contrôle des pouvoirs du dirigeant par les associés²⁹⁶⁵. En ce sens, il peut permettre de vérifier que les actes adoptés par celui-ci s'inscrivent en conformité avec le comportement sobre éventuellement intégré dans les statuts. En effet, l'objet social permet de protéger la société – personne morale autonome – et ses associés contre les actes irréguliers de ses dirigeants, mais aussi de protéger la société contre le comportement de ses associés²⁹⁶⁶. Ce qui renvoie au principe de hiérarchie des organes²⁹⁶⁷ de la société commerciale et plus généralement au « devoir de ne pas nuire » à la société, *primum non nocere*²⁹⁶⁸, notamment en évitant tout empiètement sur les fonctions des dirigeants²⁹⁶⁹.

971. Aussi, « l'objet social est souvent considéré comme le fondement des pouvoirs de gestion des dirigeants »²⁹⁷⁰, il délimite l'étendue des pouvoirs du dirigeant²⁹⁷¹ et par conséquent, « les actes intervenants en dehors de l'objet social statutaire, réalisés sans pouvoir, sont en principe nuls »²⁹⁷². Le professeur Chaput justifie la nullité de tels actes en indiquant que : « quelle que soit l'étendue des pouvoirs que la loi ou le pacte social

²⁹⁶⁴ La référence à l'impact sociétal et environnemental positif correspond bien à ce qui est proposé dans le modèle de la *benefit corporation* vu précédemment. Par ailleurs, l'activité de vente de livres d'occasions peut être qualifiée d'activité sobre, elle relève de l'économie circulaire.

²⁹⁶⁵ V° BESNARD-GOUDET, «Objet social – influence sur les pouvoirs des dirigeants», in Jurisclasseur Sociétés, Lexis Nexis, septembre 2015, Fasc. 9-20.

²⁹⁶⁶ D'une part, l'objet social protège la société contre l'éventuel dépassement par le dirigeant de son mandat social. D'autre part, l'objet social protège la société contre le comportement des associés pour ne pas qu'ils aliènent le pouvoir des mandataires sociaux : v° ROBÉ Jean-Philippe, *Le temps du monde de l'entreprise*, précit., p. 540 : « La difficulté est de définir un système de règles et de responsabilités empêchant les actionnaires de *détourner* le pouvoir de l'entreprise à leur seul profit, et donc laissant au mandataire social les prérogatives nécessaires pour diriger l'entreprise (...) ». L'auteur appelle ainsi à éviter l'idéologie actionnariale qui fait de la société la propriété des associés.

²⁹⁶⁷ Cass. civ., 4 juin 1946, Motte, JCP G 1947, II, 3518, note Bastian, S. 1947, 1, p. 153

²⁹⁶⁸ COURET Alain, « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés », Gaz. Pal. n° hors-série 2, p.14. L'auteur se demande s'il n'existe pas un devoir de fidélité de l'actionnaire envers le dirigeant.

²⁹⁶⁹ Selon le principe de hiérarchie des organes de la société anonyme affirmé par l'arrêt *Motte*: Cass. civ., 4 juin 1946, JCP G 1947, II, 3518, note Bastian, S. 1947, 1, p. 153

²⁹⁷⁰ CHAPUT Yves, th. préc., p.195

²⁹⁷¹ V. par exemple pour le directeur général de la société anonyme, l'article L225-56-I al.1 du code de commerce : « Le directeur général est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il exerce ces pouvoirs dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux que la loi attribue expressément aux assemblées d'actionnaires et au conseil d'administration. »

²⁹⁷² DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, Dalloz, Hypercours, 5^{ème} éd°, 2017, p. 185, spéc. 287

reconnaissent aux dirigeants sociaux, ces derniers n'ont pas compétence pour modifier, directement ou même indirectement, les statuts »²⁹⁷³. L'objet social constituant la règle fondamentale de fonctionnement de la société, celle-ci ne peut être modifiée que par l'assemblée générale extraordinaire des associés, d'où pour les dirigeants, la conséquence que « tout acte, accompli par eux, qui se trouve inconciliable avec la poursuite de l'objet social défini dans les statuts, est prohibé »²⁹⁷⁴. Dès lors, le dirigeant qui passe outre le champ des actes envisagés par l'objet social, engage sa responsabilité vis-à-vis de la société et des associés et l'acte encourt la nullité. Néanmoins, dans les rapports externes et dans le cas des sociétés à risque limité (SARL, SA, SAS)²⁹⁷⁵, l'acte passé par le dirigeant en dépassement de l'objet social engage toute de même la société à l'égard des tiers de bonne foi²⁹⁷⁶. La responsabilité du dirigeant pourra toutefois être recherchée par les associés au titre du préjudice personnellement subi par un associé ou dans le cadre de l'action sociale *ut singuli* prévue par l'article 1843-5 al. 1 du code civil²⁹⁷⁷, le dirigeant s'expose alors au versement de dommages-intérêts à la société en réparation du préjudice subi et né de la violation de l'objet social²⁹⁷⁸. Enfin, il est intéressant de noter qu'un tiers ayant subi un préjudice du fait de l'action du dirigeant peut directement rechercher la responsabilité personnelle de celui-ci en cas de faute séparable de ses fonctions, l'infraction commise par le dirigeant étant suffisante pour la caractériser²⁹⁷⁹.

972. Dès lors, dans l'exemple précédent, la décision du dirigeant qui viserait à acheter des raisins issus d'une agriculture conventionnelle employant des pesticides, encourt la nullité au regard de l'objet social précisant que seuls des raisins issus d'une agriculture biodynamique peuvent être utilisés dans le processus de production de vins. Néanmoins, la société serait toutefois engagée à l'égard du vendeur de raisins conventionnels et une clause limitative de pouvoir ne pourrait être opposé au cocontractant. Les associés de la société acheteuse pourraient alors engager la responsabilité civile de son dirigeant non précautionneux pour violation de l'objet social.

973. Aussi, la délimitation du comportement sobre de l'entreprise dans l'objet social de l'entreprise oblige concrètement à en respecter les contours puisqu'intégré aux statuts. Les

²⁹⁷³ CHAPUT Yves, th. préc., p.195

²⁹⁷⁴ CHAPUT Yves, th. préc., p.195

²⁹⁷⁵ A l'inverse, dans les sociétés à risque illimité, l'article 1849 du code civil prévoit que « dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social ».

²⁹⁷⁶ Pour la SARL, art. L223-18 al. 5 du code de commerce : « Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés. La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. » ; dispositions similaires pour la SA aux art. L225-35 al.2 pour les actes du conseil d'administration et L225-56-1 al. 2 pour les actes du directeur général; pour la SAS à l'art. L227-6 ; et pour la société en commandite par action à l'art. L226-7 al.2.

²⁹⁷⁷ « Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société ; en cas de condamnation, les dommages-intérêts sont alloués à la société. »

²⁹⁷⁸ DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, Dalloz, Hypercours, 5^{ème} éd°, 2017, p. 185, spéc. 287 ;

²⁹⁷⁹ Cass. crim., 5 avril 2018, BJS 2018, p. 258, note R. Salomon ; rapp. Cass. civ. 3ème, 7 juin 2018, Dr. des sociétés, n°11, novembre 2018, comm. p.189, note J. Heinich, Rev. des sociétés, 2018, p. 508, note J.-F. Barbieri

nouvelles dispositions relatives à la société à mission²⁹⁸⁰ sont d'ailleurs intéressantes pour faire respecter l'objet social lorsqu'il serait augmenté par des objectifs sociaux et environnementaux inscrit dans les statuts. Le député Stanislas Guerini décrit ainsi la société à mission et la raison d'être qui en est l'expression statutaire. Aussi, la raison d'être est conçue comme une fusée à trois étages : il s'agit d'abord de déterminer dans les statuts les missions en rapport avec les objectifs sociaux et environnementaux. Ensuite, il s'agit de mettre en place une gouvernance cohérente avec un comité indépendant des organes sociaux, c'est-à-dire un comité des parties prenantes. Enfin, il s'agit de faire appel à un contrôle par un tiers pour éviter tout risque de *greenwashing* ou de *RSE-washing*²⁹⁸¹. Ces possibilités étaient préexistantes en raison de la liberté rédactionnelle statutaire dans le cadre de la SARL, de la SAS et de la SA. Toutefois, l'innovation vient du fait qu'il est désormais possible de faire état publiquement de sa qualité de « société à mission » en apposant cette mention sur tous les actes de l'entreprise²⁹⁸².

974. Le comité de mission en charge du suivi des objectifs et distinct des organes sociaux peut ainsi intégrer des personnes tierces à l'image d'un multisociétariat, par exemple une personne représentant l'environnement et à défaut de l'avoir intégré en qualité d'associé. Par ailleurs, un organisme de contrôle tiers doit s'assurer du respect des objectifs fixés. A défaut de suivi des objectifs fixés – de comportement sobre par exemple – il est prévu que le ministère public et toute personne intéressée puisse demander au juge des référés à ce qu'il soit enjoint à la société, le cas échéant sous astreinte, de supprimer la mention « société à mission ». Il ne s'agit donc que d'une sanction davantage symbolique. Nous remarquons que ces dispositions illustrent un retour du droit dans une pratique qui aurait pu ne pas être définie par le législateur, néanmoins ce dernier a voulu donner un cadre et surtout une existence à la société à mission. Elle reste toutefois en deçà des modèles américains de société hybride mais il n'est pas exclu que son modèle puisse évoluer maintenant qu'elle existe.

²⁹⁸⁰ Art. L210-10 à L210-12 du code de commerce.

²⁹⁸¹ V° Assemblée nationale, Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi Pacte n°1088, Rapport de M. Roland Lescure, n°1237, 15 septembre 2018, p.126.

²⁹⁸² Art. L2010 à L210-12 du code de commerce créés par la loi Pacte n° 2019-486 du 22 mai 2019. Ces articles reprennent le mécanisme dit de la fusée à trois étages : raison d'être et objectifs sociaux et environnementaux ; suivi des objectifs par un comité de mission distinct des organes sociaux (ou référent de mission pour les sociétés de moins de cinquante salariés et qui peut être un salarié) ; contrôle par un organisme tiers distinct des organes sociaux.

II. L'intérêt social : cheval de Troie d'une gestion sobre

975. L'intérêt social doit être distingué de l'objet social qui est le programme des activités auxquelles la société peut se livrer en vue de faire des bénéfices ou des économies. Considéré comme la « boussole de la société »²⁹⁸³, l'intérêt social indique le sens, la direction, dans lequel doit se déployer l'activité sociale²⁹⁸⁴. Ainsi, l'associé comme le dirigeant doivent veiller à respecter l'intérêt social²⁹⁸⁵. Désormais consacré à l'article 1833 alinéa 2 du code civil, l'intérêt social reste malgré tout non défini. Ni par le législateur²⁹⁸⁶, comme le relève Aïda Bennini dans sa thèse justement intitulée *Le voile de l'intérêt social*²⁹⁸⁷, ni par le juge qui se contente d'une définition négative²⁹⁸⁸ pour apprécier la validité d'un acte ; c'est-à-dire par l'examen des effets de l'acte, en considération de l'existence d'une contrepartie ou d'un risque pour la pérennité de celle-ci. Une définition positive de l'intérêt social peut néanmoins être proposée, et compris largement comme « l'intérêt unique et supérieur de la société »²⁹⁸⁹. L'intérêt social pourrait alors être l'instrument de retour du droit dans l'entreprise à travers le standard du comportement sobre, plus à même de préserver les intérêts communs de l'entreprise de façon pérenne.

976. L'intérêt social doit être distingué de l'intérêt de l'entreprise qui comprend deux significations différentes selon qu'il s'agisse de droit du travail ou de droit des sociétés.

²⁹⁸³ PIROVANO Antoine, « *La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?* », D., 1997, p.189 ; COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, préc. : « l'intérêt social est un standard, un guide qui impose d'agir dans le respect des éléments fondamentaux de la société. C'est un impératif de conduite, en clair la boussole qui indique la marche à suivre. » ; v. aussi pour un aperçu des différentes conceptions de l'intérêt social, MEKKI Mustapha, Le projet « Macron » et le nouvel article 1833 du Code civil : quand la force du droit vient de la force des mots, *dalloz-actu-étudiant.fr*, Actualité, Le billet, 1^{er} décembre 2014 : « Traditionnellement conçu comme indéfinissable, l'intérêt social est généralement présenté comme une boussole censée orienter les décisions sociales. ».

²⁹⁸⁴ GERMAIN Michel (dir.), RIPERT Georges, ROBLOT René, MAGNIER Véronique, *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, LGDJ, Tome 2, 20^e éd, 2011, 1082 p., spec. 1056-59 et 1056-60.

²⁹⁸⁵ Dans l'hypothèse d'un cautionnement hypothécaire d'une société par une autre société, la chambre commerciale de la Cour de cassation exige une conformité de l'acte à l'objet social ainsi qu'une conformité à l'intérêt social (existence de contrepartie immédiate, risque pour la pérennité de la société). Pour une application récente à l'égard d'une société commerciale (société par actions simplifiée unipersonnelle) v. par ex. Cass. com., 14 février 2018, n°16-16013, note CABRILLAC Séverine, « Octroi de sûreté par une société : l'exigence de conformité à l'objet social et à l'intérêt social réitérée », *Deffrénois*, n°22, 7 juin 2018, p. 44 ; note ROUSSILLE Myriam, *Gaz. Pal.*, n°23, 26 juin 2018, p.82 ; note DUMONT-LEFRAND Marie-Pierre, *Gaz. Pal.* N°23, 26 juin 2018, p. 29.

²⁹⁸⁶ Les textes font indirectement référence à l'intérêt social en employant l'expression « intérêt de la société » (par ex. L221-4 du code de commerce), ou « bonne marche de la société » (art. L225-35).

²⁹⁸⁷ BENNINI Aïda, *Le voile de l'intérêt social*, Thèse, Cergy-Pontoise, LEJEP, Lextenso éditions, 2010, spéc. 1 : « La notion d'intérêt social est énigmatique malgré le temps qui passe. Elle sème le trouble autour d'elle, d'autant qu'elle a été érigée par le droit des sociétés au rang de notion fondamentale. Sa présence dans l'appréciation de la légitimité des décisions sociales et des comportements s'impose de façon certaine. Pourtant, le législateur n'a jamais tenté de définir l'intérêt social, ce qui a maintenu ce trouble tant décrié. ». V. aussi sur l'idée de «voile» PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t.1, 5^{ème} éd°, 1908, p. 989.

²⁹⁸⁸ DUMONT-LEFRAND Marie-Pierre, « Cautionnement consenti par une SCI ou une SASU: maintien de la référence à l'intérêt social », *Gaz. Pal.* n°23, 26 juin 2018, p. 29 : « la jurisprudence n'a toujours pas défini positivement, à ce jour, cette notion d'intérêt social. (...) la Cour de cassation donne plus régulièrement une définition négative de cette notion. ». Par ex. en matière de société civile sur le risque pour la pérennité de la société, Cass. 3^{ème} civ., 27 avril 2017, n°16-12388 : « Attendu, enfin, qu'ayant constaté que la SCI possédait d'autres immeubles que les deux appartements hypothéqués et retenu que la sûreté consentie par celle-ci, qui n'était pas de nature à compromettre son existence, n'était pas contraire à son intérêt social, le tribunal, qui, sans être tenu de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, en a exactement déduit qu'elle ne pouvait être frappée de nullité, a légalement justifié sa décision ».

²⁹⁸⁹ BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 1.

Dans l'approche travailliste, l'intérêt de l'entreprise permet d'apprécier l'opportunité des mesures prises par l'employeur au titre de son pouvoir de direction et d'organisation²⁹⁹⁰, la notion est utilisée comme moyen de « contrôle minimum du pouvoir patronal »²⁹⁹¹. Hervé Le Nabasque indique : « de même que l'intérêt général est le critère de la légitimité de l'action administrative, l'intérêt de l'entreprise serait celui de l'action patronale »²⁹⁹². Dans l'approche sociétaire, le sens de l'intérêt de l'entreprise diffère et fait l'objet de vifs débats²⁹⁹³. Envisagé par la doctrine de l'entreprise²⁹⁹⁴ ou Ecole rennaise, il désigne « l'intérêt de l'entreprise toute entière, distingué de l'intérêt particulier de l'entrepreneur comme des intérêts catégoriels de ceux qui constituent ensemble l'entreprise »²⁹⁹⁵. Cette distinction soulève le problème du pouvoir d'appréciation de l'intérêt de l'entreprise, d'un côté figure le dirigeant social et les associés, de l'autre, le juge chargé d'examiner l'acte soumis à son appréciation, mais auquel il est en théorie défendu toute immixtion dans l'organisation et la direction de la société²⁹⁹⁶. « L'intérêt de l'entreprise » est donc avant tout employé dans les relations de travail entre employeur et salarié alors que l'intérêt social est employé pour apprécier la validité des actes intervenus dans les relations entre associés, dirigeants sociaux, tiers et la société elle-même²⁹⁹⁷.

977. L'intérêt de l'entreprise et l'intérêt social ne se confondent donc pas, mais leur inspiration est identique et tournée vers la limitation, la modération du pouvoir au sein de

²⁹⁹⁰ Pour justifier par exemple en matière disciplinaire qu'il existe une cause réelle et sérieuse au licenciement d'un salarié ou pour justifier la modification substantielle du contrat de travail : v. COUTURIER Gérard, *L'intérêt de l'entreprise*, in *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, pp.144-145

²⁹⁹¹ LE NABASQUE Hervé, *Le pouvoir dans l'entreprise*, thèse, Rennes, 1985, p. 70

²⁹⁹² *Ibid.*

²⁹⁹³ L'intérêt de l'entreprise fait référence à l'école rennaise ou de la doctrine de l'entreprise, représentée par les professeurs Claude Champaud et Jean Pailluseau, qui vise à prendre en considération les parties prenantes de l'entreprise, par opposition à la seule prise en compte de l'intérêt commun des associés. Aussi, l'intérêt de l'entreprise est une notion qui s'est d'abord développée en droit du travail pour ensuite "déborder" en droit des sociétés. V. sur ce point COUTURIER Gérard, « L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p.143-156 : « Que l'on puisse seulement parler d'un intérêt de l'entreprise tout entière, distingué de l'intérêt particulier de l'entrepreneur comme des intérêts catégoriels de ceux qui constituent ensemble l'entreprise, voilà ce qui, déjà, a été vivement contesté (...) ».

²⁹⁹⁴ V° GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.172 « Large courant doctrinal qui se caractérise, dans son appréhension de l'entreprise, à la fois par la méthode suivie et par la conception générale de l'entreprise qui en découle. La méthode consistant à rechercher une définition de l'entreprise dans les enseignements de la science économique (...). Les intérêts des apporteurs de capitaux, du personnel salarié et du chef d'entreprise se fondent dans l'intérêt de l'entreprise qui les transcende tous en une harmonieuse synthèse. Ainsi, l'entreprise se dégage-t-elle de ses fondements traditionnels, la propriété et le contrat, pour accéder à une vie propre. Elle justifie une protection spécifique destinée à assurer son intégrité et sa pérennité ». L'auteur se réfère aux travaux de PAILLUSSEAU Jean, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, Thèse, Sirey, 1967; et CONTIN Raphaël, *Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes*, Thèse, Librairies Techniques, 1975, 529 p. ; v. aussi CHAMPAUD Claude, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Thèse, Sirey, 1962, n°378.

²⁹⁹⁵ COUTURIER Gérard, « L'intérêt de l'entreprise », préc., p.145 ; LE NABASQUE Hervé, *Le pouvoir dans l'entreprise*, thèse, Rennes, 1985, p. 293.

²⁹⁹⁶ LE NABASQUE Hervé, *Le pouvoir dans l'entreprise*, préc., p. 293 et s. : « C'est le pouvoir d'apprécier l'opportunité "pure" des actes de gestion qui est dénié au juge comme excédant le cadre normal de sa mission » ; Question qui renvoie à la question plus large de la démocratie dans l'entreprise. Pour un aperçu récent de la question BARFETY Jean-Baptiste, « Chaque entreprise a sa raison d'être », *Dalloz, Rev. du travail*, n°4, 30 avril 2018, p. 268

²⁹⁹⁷ Il suffit d'effectuer une recherche comparative sur le site *legifrance.fr* sous l'occurrence « intérêt de l'entreprise » pour s'apercevoir que l'expression est utilisée en droit du travail alors que « l'intérêt social » est employée en droit des sociétés (par exemple sur l'appréciation de la cause légitime de révocation du dirigeant en considération de l'intérêt social Cass. Com. 16 mai 2018, n°15-16284, inédit : « la cour d'appel, qui a estimé que ces agissements étaient de nature à nuire à l'intérêt social de la société Lector Consulting et associés, a pu retenir l'existence d'une cause légitime de révocation »).

l'entreprise. Aussi, c'est la notion d'intérêt social qui peut être envisagée pour penser l'intégration du comportement sobre dans le contrat de société. Cette notion est préférable à l'intérêt de l'entreprise puisqu'elle est désormais inscrite à l'article 1833 alinéa 2 du Code civil aux côtés des enjeux sociaux et environnementaux. L'intérêt social constitue ainsi l'instrument de police du contrat de société et pertinent pour appréhender l'entreprise sobre. Plus exactement, il permet de concevoir une limitation du pouvoir²⁹⁹⁸ - né du contrat de société - par l'obligation de prendre en considération des intérêts distincts, supplémentaires ceux des associés, et désormais ceux des enjeux sociaux et environnementaux. En effet, l'article 1833 alinéa 2 indique que : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». L'intérêt social devient ainsi potentiellement un vecteur d'intégration du comportement sobre dans l'entreprise.

978. Toutefois, si l'intérêt social est désormais inscrit dans la loi, il demeure qu'aucune définition n'en est donnée. Sûrement parce qu'il constitue un standard juridique et continue de faire partie des « notions les plus complexes du droit des sociétés (...) au cœur des enjeux de pouvoirs et des conflits »²⁹⁹⁹. Aussi, afin de comprendre en quoi l'intérêt social permettrait de concrétiser le comportement sobre d'une entreprise il convient d'appréhender les différentes approches de l'intérêt social habituellement envisagées³⁰⁰⁰. L'une, ancienne et contractuelle, est fondée sur une interprétation stricte de l'intérêt commun des associés tel qu'il figure à l'article 1833 dans sa rédaction issue du Code civil de 1804 (A). L'autre, plus récente et institutionnelle, renvoie à l'idée que la société a un intérêt propre³⁰⁰¹ personnifié³⁰⁰², ce qui soulève la question de la nécessaire condition d'homogénéité des intérêts et de leur intégration dans cet intérêt social propre (B). Toutefois, ni l'une ni l'autre n'est pleinement satisfaisante et l'intérêt social est davantage envisagé à travers une troisième approche davantage en phase avec l'entreprise

²⁹⁹⁸ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, pp. 8-12 : L'auteur rejette l'usage doctrinal qui cherche à faire du pouvoir un « pouvoir de volonté » comme critère du droit subjectif appartenant au sujet de droit (droit de créance, droit réel, pouvoir d'usage, de jouissance, de disposition) car l'auteur voit dans l'usage de ce terme un sens purement explétif, destiné à préciser celui de volonté ou à éviter la répétition de celui de droit. Ce qui ne permet pas de distinguer ces notions. Emmanuel Gaillard y préfère le terme de « prérogative » pour désigner, dans un sens générique, tous les droits conférés à l'homme par le droit objectif. L'auteur voit dans le terme de pouvoir, l'idée de fonction. Il observe ainsi que dans le mandat, dans le droit du travail ou dans le droit de la famille dans le cadre de l'autorité parentale : « on constate qu'une personne exerce une activité sans en être le bénéficiaire direct ou exclusif. Un individu se voit confier une charge qu'il exerce dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien propre ». L'auteur estime que le pouvoir ne doit pas être assimilé à la représentation ou à la théorie de l'abus de droit, car il s'agit d'une « réalité juridique plus subtile ».

²⁹⁹⁹ HANNOUN Charley, « Préface », in BENNINI Aïda, *Le voile de l'intérêt social*, préc., pp. XIII et XIV

³⁰⁰⁰ Pour un aperçu entre la théorie contractuelle et institutionnelle v. GAUDU François, « L'entreprise définie par ses responsabilités », Archives ouvertes, 5 décembre 2008, en ligne <https://hal-paris1.archives-ouvertes.fr/hal-00344628/document>, consulté le 26 avril 2019.

³⁰⁰¹ L'approche institutionnelle de l'entreprise a été développée par DURAND Paul, « La notion juridique d'entreprise », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. III, 1948, p. 45-60 ; cité par COUTURIER Gérard, « L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p.143-156 : « C'est parce que cet ensemble d'éléments humains et matériels est ordonné en vue d'une fin (où se retrouve l'intérêt de l'entreprise) qu'il constitue une institution ».

³⁰⁰² GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.168 et s. ; plus particulièrement p.195

sobre et conçue comme une « notion fonctionnelle »³⁰⁰³. En effet, l'intérêt social apparaît surtout comme un outil de conciliation des intérêts au sein d'une société. Cette approche fonctionnelle correspond le mieux à la proposition de concevoir l'entreprise comme un système d'intérêts communs. En effet, l'intérêt social est désormais inscrit au sein d'une disposition - ce n'est pas anodin - qui exige la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux. Ce qui laisse penser que le législateur a voulu, encore dans un mouvement de retour du droit, permettre à cette notion de jouer le rôle primordial de balance des intérêts. Par extension on peut y voir un « cheval de Troie »³⁰⁰⁴ de la transition écologique et de sa déclinaison à l'entreprise par la sobriété (C).

A. L'approche contractuelle de l'intérêt social

979. Dans la conception contractuelle, l'intérêt social est confondu avec l'intérêt des associés, plus précisément avec l'intérêt des apporteurs de capitaux³⁰⁰⁵. Cette conception est aujourd'hui « dépassée »³⁰⁰⁶ en raison de l'approche consistant à apprécier globalement ou abstraitement l'intérêt du groupement que compose la société³⁰⁰⁷, mais surtout en raison de la récente intégration de l'intérêt social à l'article 1833 alinéa 2 du Code civil. L'approche contractuelle pouvait toutefois se faire par une lecture littérale de l'article 1833 alinéa 1^{er} du code civil qui dispose que « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ». Dans cette vision contractuelle, l'intérêt social se limite à l'intérêt commun des associés tel qu'il était entendu en 1804 lors de la rédaction du Code civil comme « l'obligation faite à chacun d'avoir égard aux intérêts respectifs de ses coassociés »³⁰⁰⁸. Michel Despax observe que dans cette approche contractuelle de l'intérêt social, « l'entreprise n'est qu'un simple élément du patrimoine de l'entrepreneur », celui-ci « exploite son entreprise dans son propre intérêt comme tout autre objet de propriété. L'entreprise et l'entrepreneur sont confondus, celle-ci étant en quelque sorte "englobée" dans la personnalité de celui-là, n'a pas d'existence juridique

³⁰⁰³ BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 809 « le droit des sociétés a fait le choix de la dualité ou de l'alternance entre ces deux registres, ce qui a conduit les plus illustres auteurs à conclure que l'intérêt social est une notion fonctionnelle ». L'auteur se réfère ici à la thèse de SOUSI Gérard., *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, Thèse, Lyon III, 1974.

³⁰⁰⁴ En référence à BENNINI Aïda., th. préc., spéc. 811 ; v. aussi MONTEILLET Vanessa, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Thèse, Montpellier, 2015, spéc. 25 : « Le droit de l'environnement est injecté dans le contrat. Et le contrat, tel un « cheval de Troie », fait pénétrer le droit de l'environnement dans l'enceinte des relations interpersonnelles. ».

³⁰⁰⁵ V. LE NABASQUE Hervé, *Le pouvoir dans l'entreprise. Essai sur le droit d'entreprise*, Thèse, Rennes I, 1986, p. 89.

³⁰⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁰⁷ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, pp.196-197 et p.199 : « La thèse aujourd'hui largement répandue, qui fait de l'entreprise un organisme porteur de valeurs supérieurs, personnifiés ou non, repose toute entière sur cette conception de l'intégration des intérêts. L'intérêt de l'entreprise permettrait de dépasser et de réconcilier les intérêt particuliers qu'il regroupe. ».

³⁰⁰⁸ SCHAPIRA Jean, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com*, 1971, p. 959 : « la notion d'intérêt social suppose une société anonyme libérée de la conception strictement contractuelle (...) l'article 1833 du code civil ne doit pas faire illusion, qui veut le respect d'un intérêt "commun" : encadré par les conditions originales du consentement (*affectio societatis*) et de la cause (participation de tous au profit), cet intérêt commun n'est rien d'autre, en 1804, que l'obligation faite à chacun d'avoir égard aux intérêts respectifs de ses coassociés. ».

distincte de l'entrepreneur »³⁰⁰⁹. En effet, il peut être retenu que, puisque la société est un contrat, l'effet relatif des contrats³⁰¹⁰ exclut logiquement la création d'obligations pour les tiers, ces derniers devant respecter la situation juridique créée par le contrat³⁰¹¹. Par une interprétation stricte, seul l'intérêt des parties contractantes, l'intérêt commun des associés, entre dans le champ contractuel. Cette approche ne peut plus être retenue aujourd'hui car cela revient à exclure du contrat de société toute idée de prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux inscrit à l'article 1833 alinéa 2. Or, c'est justement et historiquement par l'idée que le contrat de société a pour effet de faire apparaître des intérêts, autres que les seuls intérêts des membres du groupement à l'origine de sa création, que la conception contractuelle a été critiquée par une autre conception de l'intérêt social à travers l'approche institutionnelle de la société.

B. L'approche institutionnelle de l'intérêt social et la détermination des intérêts

980. Le basculement d'une approche contractuelle à une approche institutionnelle - fondée sur la théorie de l'institution développée par Maurice Hauriou en opposition à l'idée de contrat social³⁰¹² - s'explique par les faiblesses de la théorie contractuelle. La théorie institutionnelle tient en effet son origine dans la volonté de ses auteurs, de démontrer que le pouvoir au sein de la société ne pouvait uniquement découler du contrat, qu'il est nécessaire de le contrôler afin d'éviter tout détournement de pouvoir³⁰¹³. Aussi, l'approche contractuelle de l'intérêt social est aujourd'hui difficilement défendable pour la raison de

³⁰⁰⁹ DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, p.13.

³⁰¹⁰ L'article 1199 al. 1 du Code civil dispose que « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties ».

³⁰¹¹ Article 1200 al. 1 du Code civil.

³⁰¹² HAURIOU Maurice, « La cité moderne et les transformations du droit », *Les cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, p.10 : « Une institution est une idée d'œuvre qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; par la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes, d'autre part entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures. » ; V. plus avant les développements de BENNINI Aïda, th. préc., pp. 2 et 3 qui estime que la critique d'Hauriou est « considérée comme la plus réaliste de l'autonomie de la volonté, et de la philosophie individualiste et libérale ».

³⁰¹³ Sur la notion de « pouvoir » : GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, pp. 232-233 : « Le pouvoir est la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui ». L'auteur indique que « à elle seule, la qualification de pouvoir suffit à fonder le contrôle judiciaire de l'usage de la prérogative ainsi qualifiée. Les pouvoirs discrétionnaires ou non contrôlés n'existent pas ». ; « En droit privé, le contrôle minimum du pouvoir est celui du détournement de pouvoir » ; « Le contrôle du détournement de pouvoir porte sur l'adéquation du mobile déterminant de l'agent au but fixé par la norme attributive de pouvoir » ; Rapp. LE NABASQUE Hervé, *Le pouvoir dans l'entreprise. Essai sur le droit d'entreprise*, Thèse, Rennes I, 1986, p. 538 et s.

la nécessaire « condition d'homogénéité des intérêts »³⁰¹⁴ dans une société (1), la question la plus délicate demeurant alors celle de l'intégration et de l'arbitrage de ces intérêts (2).

1. L'indépassable condition d'homogénéité des intérêts

981. C'est Michel Despax qui, dans *L'entreprise et le droit*, explique le mieux le passage d'une approche contractuelle à une approche institutionnelle par un « phénomène de dissociation entre l'entreprise et l'entrepreneur »³⁰¹⁵. Ainsi, « sur le plan de la gestion économique de l'entreprise, l'entrepreneur est fréquemment obligé de faire passer au second plan son intérêt personnel et de consentir certains sacrifices dans l'intérêt (supérieur pourrait-on ajouter) de bon fonctionnement de l'entreprise »³⁰¹⁶. Pour l'auteur, cette dissociation d'intérêts est proportionnelle à la dimension de l'entreprise, plus la taille de la société sera importante, plus l'intérêt de la société primera sur l'intérêt des associés et actionnaires³⁰¹⁷. En effet, il paraît logique que plus une société gagne en importance, plus le nombre d'intérêts s'accroît³⁰¹⁸, ce qui par conséquent entraîne un élargissement de l'intérêt social lui-même. L'intérêt social – parfois qualifié d'intérêt collectif de la société³⁰¹⁹ – présente alors cette utilité de permettre la synthèse entre des intérêts multiples, souvent divergents ou « dissociés » selon la formule de Despax, et d'aboutir à l'expression d'un intérêt unique, l'intérêt social. Soit, l'intérêt propre ou l'intérêt personnifié de la société³⁰²⁰, l'intérêt de « l'entreprise-institution »³⁰²¹.

³⁰¹⁴ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.193. Il faut retenir chez cet auteur que la personnification des personnes morale, essentiellement fondée sur un intérêt suffisamment caractérisé pour être isolé, comme la famille ou l'entreprise, doit être limitée, afin de ne pas favoriser la risque de personnification du moindre des intérêts. La personnification suppose alors des conditions : d'une part la condition d'une homogénéité des intérêts mis en commun, soit une *sélection* des intérêts individuels des membres mis en commun, à cet égard l'auteur est sceptique sur la possibilité de personnifier l'entreprise car trop souvent confrontée à des intérêt hétérogènes, partagés entre individualisme et solidarisme ; d'autre part, le respect des intérêts collectifs catégoriels dont le juge opère la combinaison par la *théorie du bilan* depuis l'arrêt du Conseil d'Etat dit « Ville Nouvelle Est » du 28 mai 1971, GAJA, Dalloz, 21ème éd°, 2017, n°80, p.538 et s., pour la vérification de la conformité de l'opération à l'intérêt général, son utilité publique par la prise en considération des différents intérêts particuliers.

³⁰¹⁵ DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, préc., p.196. Il faut observer que l'intérêt de l'entreprise est parfois invoquée indifféremment avec l'intérêt social alors que leur sens est différent.; v. aussi LE NABASQUE Hervé, *Le pouvoir dans l'entreprise. Essai sur le droit d'entreprise*, Thèse, Rennes I, 1986, pp. 2-3 : « Plus que tout autre, M. M. Despax a su synthétiser l'évolution pour mieux décrire le phénomène de dissociation de l'entreprise et de l'entrepreneur et, ainsi, dégager une notion juridique d'entreprise. Constatant qu'un certain nombre de solutions du droit positif impliquaient l'existence d'un intérêt de l'entreprise, distinct de l'intérêt de l'entrepreneur... ».

³⁰¹⁶ *Ibid.*

³⁰¹⁷ DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, préc., p. 203 : « les dimensions de l'entreprise sociétaire étant généralement plus vastes que celles de l'entreprise individuelle, il paraîtrait logique que l'intérêt de l'entreprise s'imposât à l'entrepreneur avec davantage de force. »

³⁰¹⁸ C'est alors généralement l'*intuitus personae* qui diminue et l'*intuitus pecuniae* qui augmente, soit le passage de société de personnes à une société de capitaux.

³⁰¹⁹ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.193: « Un véritable intérêt collectif n'existe alors que lorsque les intérêts des membres du groupement leur sont à la fois communs et spéciaux. », se référant à WALINE Marcel, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6ème éd° 1950, pp. 169-189

³⁰²⁰ Sur la question de la personnification : GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.191 : « La fonction symbolique de la personnification était en effet destinée à limiter les prérogatives de chacun des membres du groupement et, notamment, de ses chefs, dans l'intérêt de tous. Mais il n'est pas sûr que le résultat ne dépasse jamais le but poursuivi et que l'intérêt personnifié ne finisse par échapper à ses auteurs pour vivre d'une vie propre ». Par exemple lorsque le juge doit apprécier la validité de l'acte au regard du risque pour la pérennité de la société elle-même.

982. Pour Emmanuel Gaillard, le contrat de société exige ainsi une « transmutation » des intérêts particuliers au sein d'un intérêt collectif puis dans un intérêt encore plus général³⁰²². L'intérêt social reflète ainsi le regroupement de « certains intérêts » qui ont pour caractéristiques d'être communs aux membres du groupe et distincts d'un intérêt collectif³⁰²³. En effet, il ne saurait être nié l'existence de divergences au sein de l'entreprise³⁰²⁴ et la « personnification de l'entreprise » ne relève pas simplement de la mise en commun d'intérêts semblables, mais « suppose une véritable synthèse d'intérêts distincts qui ne va pas de soi »³⁰²⁵.

983. En ce sens, l'intérêt social peut être qualifié de « masque » ou de « voile »³⁰²⁶ car il dissimule, derrière la personne morale de la société, l'existence d'intérêts divers qui ne sont pas nécessairement représentés dans l'intérêt social. En effet, pour aboutir à la « condition d'homogénéité » de ces intérêts, la société est amenée à effectuer un arbitrage, le cas échéant, en excluant certains intérêts ou en favorisant certains au détriment d'autres. Il est alors légitime de proposer de « lever ce voile » face à « l'injonction du réel »³⁰²⁷ et d'identifier précisément ce qui se dissimule derrière celui-ci, c'est-à-dire selon Aïda Bennini, « la communauté d'intérêts »³⁰²⁸ ou ce que nous avons qualifié d'intérêts

³⁰²¹ LE NABASQUE Hervé, *Le pouvoir dans l'entreprise. Essai sur le droit d'entreprise*, Thèse, Rennes I, 1986, p. 26 et p. 45 et s. L'auteur reconnaît que si la théorie de l'institution est dominante comme l'indique GAILLARD Emmanuel, op. cit., p. 63, elle n'est pas exempte de critiques.

³⁰²² *Ibid.*, p.192 : il indique par exemple que « l'intérêt propre de chacun des actionnaires connaîtrait une transmutation en se fondant dans l'intérêt collectif des actionnaires », ce dernier ne changeant pas de nature une fois intégré dans l'intérêt de l'entreprise aux côtés d'autres intérêts collectifs tel que celui des salariés.

³⁰²³ V° l'idée de regroupement de « certains intérêts communs aux membres du groupe » développé par MICHOUÉ Léon, *La théorie de la personnalité morale*, LGDJ, 1906, t.1, p.170, spéc. 71, mais laissé de côté par les auteurs selon GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.196, qui y ont préféré celui de la « synthèse d'intérêts individuels en un intérêt collectif distinct ». Léon Michoud insiste sur *certain*s intérêts : « Dans tout groupement, cet intérêt collectif n'est que la synthèse de *certain*s intérêts communs aux membres du groupe. Celui-ci en effet n'a d'autre motif d'exister que de permettre à ses membres d'arriver à certains buts qu'ils ne pourraient atteindre isolément ». Aussi, la proposition de réforme de l'article 1833 du Code civil par la prise en considération de la Société et l'environnement permet d'inclure ces éléments dans l'intérêt social comme « membre » indispensable permettant à la société de réaliser son but social, la réalisation et le partage de bénéfices. Ces derniers n'étant pas nécessairement pécuniaires (v. supra).

³⁰²⁴ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.193 : On ne saurait concevoir « l'entreprise comme une communauté sans méconnaître la réelle divergence des intérêts de ses composantes. L'intérêt des actionnaires reste la maximalisation du profit et la distribution de bénéfices importants. Celui des salariés qui tend au contraire à l'augmentation des salaires et la réduction du temps de travail, lui est rigoureusement inverse, alors que la satisfaction de celui de dirigeants peut passer par l'autofinancement et la croissance de l'entreprise qui augmentera corrélativement l'importance de leurs fonctions ».

³⁰²⁵ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.195 ; L'auteur se montre cependant réservé sur la possibilité de réaliser une telle synthèse des intérêts dans l'entreprise : p. 234 : « La famille et l'entreprise sont composés d'intérêts hétérogènes. Leur personnification ne nous paraît donc pas légitime » ; p.197 « Si l'on ne parvient pas à faire coïncider un prétendu intérêt collectif avec l'intérêt type [qui s'apprécie par référence à un type abstrait, unique pour chaque groupement ou chaque catégorie de groupements] de chacun des membres du groupement, c'est sans doute que celui-ci rassemble plusieurs catégories distinctes de membres, qu'il serait artificiel de fondre au sein d'une même personne morale ».

³⁰²⁶ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.191 ; BENNINI Aïda, *Le voile de l'intérêt social*, Thèse, Cergy-Pontoise, LEJEP, Lextenso éditions, 2010.

³⁰²⁷ BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 262 : « L'injonction du réel peut être définie comme une somme de contraintes économiques, politiques, morales et sociales pesant sur les efforts de coordination des acteurs, laquelle est destinée à infléchir ou orienter la règle de droit ». L'auteur se réfère à BOLTANSKI Luc, THEVENOT Laurent, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, 1986, p. 85 et s.

³⁰²⁸ BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 363 : « La reconnaissance par le droit des conflits par la levée du voile de l'intérêt social suppose la prise en compte d'une communauté d'intérêts ».

communs. L'approche institutionnelle de l'intérêt social permet alors d'apporter un premier élément de réponse en ce que l'intérêt social constitue, la synthèse des intérêts distincts³⁰²⁹. Ou plus exactement, « la synthèse de certains intérêts communs aux membres du groupe »³⁰³⁰. Or, une telle affirmation ne permet pas de déterminer précisément quels sont ces intérêts susceptibles d'être intégrés dans l'intérêt social. Cette question renvoie en réalité à la question préalable de l'identification des intérêts « présents » dans la société. C'est-à-dire des intérêts qui gravitent directement ou indirectement autour de l'intérêt social. Dès lors, se pose la difficulté de l'étendue des intérêts à prendre en considération dans l'intérêt social, s'agit-il d'envisager indifféremment tout intérêt en lien avec la société ? Par extension, cette question revient à s'interroger sur « ce qui fait société » et ce qui ne le fait pas, en d'autres termes, où commence et où s'arrête la société commerciale ?

2. L'intégration des intérêts sociaux et environnementaux dans l'intérêt social

984. Au titre des intérêts à intégrer dans l'intérêt social, outre la personne morale elle-même, les associés en font incontestablement partie. De même, les salariés peuvent constituer un intérêt pris en considération, notamment à travers l'existence des institutions représentatives du personnel (délégués du personnel, comité d'entreprise et comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail)³⁰³¹, désormais fusionnées dans une instance unique avec la création du comité social et économique dans les entreprises d'au moins onze salariés³⁰³². Il est d'ailleurs regrettable que la loi Pacte ne contienne pas davantage de dispositions en faveur d'une plus grande démocratie au sein de la société, terme qui n'y figure pas³⁰³³. Pourtant, le rapport Notat et Senard *L'entreprise, objet d'intérêt collectif* avait pu relever que : « L'un des symptômes les plus flagrants de la crise de l'entreprise précédemment mentionnée, est le désengagement des salariés »³⁰³⁴. C'est toutefois la modification de l'article 1833 du Code civil qui reste la plus intéressante puisqu'elle traduit la volonté du législateur d'inscrire un intérêt social élargi aux enjeux sociaux et environnementaux, ce qui ne manque pas d'interpeller certains auteurs,

³⁰²⁹ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.192.

³⁰³⁰ MICHOUÉ Léon, op. cit., p.171, spéc. 71.

³⁰³¹ Selon l'alinéa 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

³⁰³² Article de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, codifié à l'article L2311-2 al 1 du code du travail : « Un comité social et économique est mis en place dans les entreprises d'au moins onze salariés. » ; pour une présentation s'agissant des petites entreprises v. ENJOLRAS Laurianne, « La représentation du personnel et la petite entreprise », Les Cahiers sociaux, n°309, 1er juillet 2018, p.371.

³⁰³³ Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, n°1088 déposé le 19 juin 2018 à l'Assemblée nationale. Dans l'exposé des motifs il est uniquement indiqué à propos des salariés qu'ils seront mieux associés aux fruits de la croissance des entreprises mais pas qu'ils seront associés en amont dès la prise des décisions relatives à la gestion et à l'organisation de la société : « Les salariés seront ainsi notamment mieux associés aux fruits de la croissance des entreprises, avec une nouvelle ambition pour les mécanismes permettant un partage des profits à travers notamment, la participation, l'intéressement, l'épargne salariale et l'actionnariat salarié ».

³⁰³⁴ Rapport Notat et Senard, précit., p.54, point 4.2 *Représenter les salariés au conseil d'administration*. Le rapport souhaite l'élargissement du mécanisme de représentation des salariés aux SAS mais cette proposition n'est pas reprise dans l'article 62 du projet de loi Pacte déposé le 19 juin 2018.

sceptiques sur l'intégration d'intérêts tiers dans la gestion de la société³⁰³⁵. Plus précisément au regard de l'exigence de transition écologique et de concrétisation de l'entreprise sobre, l'environnement participe-t-il de la synthèse des intérêts divergents qui composent l'intérêt social ? Plus largement, comment intégrer les intérêts sociaux et environnementaux dans l'intérêt social tel que le prévoit désormais l'article 1833 alinéa 2 du code civil ?

985. Le thème de « l'intégration des intérêts » est classique selon Hervé Le Nabasque³⁰³⁶, toutefois l'existence de distinctions terminologiques entre différents types d'intérêts (intérêt collectif, intérêts distincts, intérêts individuels ou catégoriels)³⁰³⁷ ne facilite guère cette intégration. Plus satisfaisant, Emmanuel Gaillard fait de l'entreprise un « organisme porteur de valeurs supérieures, personnifiées ou non »³⁰³⁸. Selon cette approche, l'intérêt social est constitué de valeurs, défendues par des personnes ou non. Cette approche est de loin la plus intéressante car elle permet d'affranchir l'intérêt social de l'expression de l'intérêt. L'intérêt social peut ainsi être caractérisé par la prise en compte d'une valeur, d'un intérêt, qui ne sont pas nécessairement représentés et défendus dans la société. La sobriété ou le comportement sobre par exemple. Cette vision doit être rapprochée de l'article 1833 alinéa 2 qui prévoit la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux par la société, il s'agit donc bien d'intégrer des intérêts autres que ceux pouvant être rattachables à une personne. Cette nouveauté mérite d'être soulignée, s'agissant de l'intégration de l'enjeu environnemental dans l'intérêt social. En effet, il a été vu que l'environnement – exclu de la personnalité juridique – constitue assurément une « valeur d'usage »³⁰³⁹ que la société commerciale ne peut désormais plus ignorer.

986. Assimiler « intérêt » et « valeur », n'aide toutefois pas à en déterminer le titulaire. Pour Aïda Bennini, cette indétermination du « cercle des intérêts » ou de la communauté d'intérêts³⁰⁴⁰, présente le risque de : « faire peser un poids trop important sur l'entreprise qui peut perdre de vue son objectif premier, celui de son enrichissement. Autrement dit, l'entreprise n'a pas vocation à se substituer à l'Etat »³⁰⁴¹. Contrairement à cette affirmation, il convient pourtant de relever que le législateur à l'article 1833 du Code civil, fait de la société commerciale, la garante d'intérêts élargis, non pas de l'intérêt général mais du moins, d'intérêts communs³⁰⁴². Dans cette approche, l'intérêt de la société

³⁰³⁵ Not. HAMELIN Jean-François., « Gérer la société en prenant en compte les intérêts des tiers... ou le flou artistique », Droit des contrats, 5 février 2018, n°2, p.1; SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », D. 2017, p. 2380.

³⁰³⁶ LE NABASQUE Hervé, *Le pouvoir dans l'entreprise. Essai sur le droit d'entreprise*, Thèse, Rennes I, 1986, p. 484 : l'auteur attribue l'idée à Hegel selon lequel « le Tout ne se réduit pas à la somme des parties qui le composent, [qu'] un groupement constitue une entité distincte de ses membres ».

³⁰³⁷ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.196

³⁰³⁸ *Ibid.*, p.199, spéc. 300

³⁰³⁹ V. nos développements *supra*.

³⁰⁴⁰ BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 365 et s. : « Cette communauté peut être définie comme l'espace virtuel dans lequel prospère une pluralité d'intérêts naturellement divergents ».

³⁰⁴¹ BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 816.

³⁰⁴² V. *infra* sur les *intérêts communs*

commerciale ne serait plus social mais « sociétal » au sens d'un intérêt social élargi³⁰⁴³. Ce raisonnement peut toutefois paraître excessif car il revient à présenter et confondre les sociétés commerciales avec d'autres formes sociétaires telles les fondations d'entreprise qui poursuivent la réalisation d'une mission d'intérêt général sans possibilité de poursuivre un but lucratif³⁰⁴⁴. Il est alors nécessaire de limiter les intérêts présents dans l'intérêt social, notamment par le souci évident de prévisibilité et de sécurité juridique pour la société.³⁰⁴⁵

987. Aïda Bennini préconise de « délimiter le cercle des parties prenantes » pour éviter une trop grande facilité à l'engagement de la responsabilité de la société car, « dès lors que le droit reconnaît la légitimité d'un intérêt extérieur à la société, celui-ci ne peut être écarté ou violé sans raison au nom de l'intérêt social »³⁰⁴⁶. Aussi, Mme Bennini propose comme critère de délimitation juridique la communauté d'intérêts, c'est-à-dire : « un lien juridique direct avec la société. Autrement dit, seul le détenteur d'un droit pourrait invoquer sa légitimité à intégrer la communauté d'intérêts, et à agir à l'encontre de l'entreprise. Cette légitimité peut découler du contrat ou d'un droit subjectif octroyé par la loi »³⁰⁴⁷. Elle distingue alors les parties prenantes contractuelles et les parties prenantes institutionnelles, ce qui renvoie à la notion de parties prenantes (associés, salariés, fournisseurs, sous-traitants, créanciers, clients, collectivités territoriales, environnement...). Toutefois, l'auteur observe que la détermination des intérêts présents, autrement dit leur recensement, est insuffisant en raison de la présence d'une pluralité d'intérêts³⁰⁴⁸. On retrouve alors ce que Emmanuel Gaillard appelle la « condition d'homogénéité des intérêts »³⁰⁴⁹. Pour y satisfaire, il est suggéré par Mme Bennini de procéder à un « ordonnancement » de ces intérêts par une « méthode de hiérarchisation objective »³⁰⁵⁰. L'application du principe de proportionnalité étant considéré par cet auteur

³⁰⁴³ En référence à l'idée de « communauté élargie des intérêts », BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 479 et s., qui renvoie à la théorie des parties prenantes sur laquelle repose la notion de responsabilité sociétale des entreprises.

³⁰⁴⁴ Article 19 de la loi n°87-571 du 23 juillet 1987 : « Les sociétés civiles ou commerciales, les établissements publics à caractère industriel et commercial, les coopératives, les institutions de prévoyance ou les mutuelles peuvent créer, en vue de la réalisation d'une oeuvre d'intérêt général, une personne morale, à but non lucratif, dénommée fondation d'entreprise (...) ».

³⁰⁴⁵ BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 536 et s.

³⁰⁴⁶ *Ibid.*, spéc. 526.

³⁰⁴⁷ *Ibid.*, BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 816.

³⁰⁴⁸ BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 365 et s. L'auteur distingue une délimitation juridique de la communauté d'intérêts : *ratione materiae*, en envisageant une communauté d'intérêts élargie à travers la dématérialisation de l'entreprise, notamment à travers les réseaux d'entreprise ou par la dématérialisation du capital social ; *ratione personae*, à travers les justifications possibles de l'élargissement de la communauté, fondées notamment sur la morale et l'éthique ou encore sur la théorie parties prenantes et celle des attentes légitimes (v. BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 544 : « Cette doctrine prescrit que la justice naturelle ou l'équité procédurale s'impose à une autorité non seulement lorsqu'elle rend une décision qui affecte des droits, privilèges ou intérêts individuels, mais aussi à chaque fois qu'un tel acte porte atteinte aux espérances légitimes d'un particulier. Dans le cadre de cette analyse, les attentes sont délimitées par le contrat de société. »).

³⁰⁴⁹ GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p.193.

³⁰⁵⁰ BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 576 et s. : « La communauté d'intérêts n'est viable qu'en présence d'une méthode de hiérarchisation objective, dans la mesure où les intérêts et les personnes sont identifiables ». L'auteur observe qu'il est difficile de hiérarchiser plusieurs intérêts légitimement protégés sur le même plan et propose l'application de la méthode du bilan coûts-avantage bien connue en droit public. Idée déjà présente dans les développements de GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, p. 200, qui propose la combinaison des intérêts par la méthode du bilan et se réfère à la jurisprudence *Ville nouvelle Est*, v. *supra*.

comme une méthode insuffisamment objective au regard de son imprévisibilité juridique et la pondération subjective des intérêts³⁰⁵¹. Dès lors, l'intérêt social doit être appréhendé à travers une approche fonctionnelle ou « utilitariste »³⁰⁵², qui permet de définir peut-être plus aisément, l'étendue des intérêts personnifiés par la société³⁰⁵³. L'environnement pouvant alors constituer un tel intérêt personnifié dans la mesure où la société affecte ses éléments à son activité économique et profite de sa valeur d'usage pour se procurer des bénéfices. Par ce biais, le concept de sobriété peut intégrer la société car traduite dans l'intérêt social de la société.

C. L'approche fonctionnelle de l'intérêt social : outil d'intégration de la sobriété

988. Dans la conception institutionnelle de l'intérêt social, il a été vu que la société a un intérêt propre, distinct des intérêts des associés et de ses dirigeants. Aussi, lorsque ces derniers exercent leur pouvoir – ou « prérogative juridique finalisée »³⁰⁵⁴ – celui-ci est limité et susceptible de contrôle³⁰⁵⁵. Les théories de l'abus de droit ou de détournement de pouvoir interdisent alors que des actes puissent nuire à l'intérêt social. Dans ce cas, l'intérêt social constitue le fondement de la protection de la société, les associés ne doivent pas s'opposer, sans motifs, à une décision commandée par l'intérêt de la société, par exemple à travers un abus de minorité ou un abus de majorité qui contrevient à l'intérêt social³⁰⁵⁶. Il reste que dans le débat sur l'intérêt social et la nature juridique de la société, entre approche contractuelle et approche institutionnelle, « le droit positif n'a

³⁰⁵¹ BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 817 : « Jusqu'à présent, la hiérarchisation des intérêts en droit des sociétés s'effectuait par l'application du principe de proportionnalité. Il s'agit d'une pondération subjective des intérêts, fidèles à la conception transcendante et volontariste de l'intérêt supérieur de la personne morale. (...) C'est pourquoi une méthode de proportionnalité plus objective peut être proposée. La théorie du bilan (coûts/avantages) ... ». ; V. LEGAIS Dominique, « Assouplissement de l'exigence de respect de l'intérêt social par une SCI. Appréciation de la proportionnalité ». Revue de droit bancaire et financier, n°2, mars 2017, comm. p. 74, sur l'éventuel inflichissement de la Cour de cassation à exiger un contrôle de proportionnalité de l'intérêt social, à propos de Cass. com. 2 nov. 2016, n°16-10363.

³⁰⁵² BENNINI Aïda, th. préc., spéc. 630

³⁰⁵³ L'étendue des intérêts à faire figurer dans l'intérêt social est débattue en doctrine et délimitée jusqu'à présent par le juge, mais en voie d'être élargie par le législateur au regard de la proposition de modification de l'article 1833 du Code civil (v. *supra*).

³⁰⁵⁴ GAILLARD Emmanuel, op. cit., p.137 et s. : L'auteur identifie le pouvoir comme une prérogative conférée à son titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien. Il indique que cette prérogative est juridique car elle se rapproche du droit subjectif, mais s'en différencie radicalement car il s'agit d'une prérogative finalisée, car orientée vers un but. V. aussi *ibid.*, p. 45 spéc. 57, sur la distinction entre droit subjectif et pouvoir, l'auteur reprend les couples antinomiques présents chez plusieurs auteurs dont Josserand qui opposent : *droit à esprit égoïste* et *droits à esprits altruistes* ; *droit à finalité individuelle* et *pouvoirs* ; *droits-intérêts* et *droits-fonctions* : JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1937, 2ème éd°, p.414 et s.

³⁰⁵⁵ *Ibid.*

³⁰⁵⁶ VIANDIER Alain, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, p.101 : « La personne morale a des intérêts propres, distincts des intérêts des associés (...). En effet, les prérogatives attachées à la qualité d'associé sont exercées dans l'intérêt de la personne morale, pour le fonctionnement de celle-ci, et ne doivent pas être détournées de leur but. Il en est ainsi du droit de vote avec, d'une part, la sanction possible de l'abus de majorité, lorsque la décision adoptée, qui avantage la majorité, est contraire aux intérêts de la minorité et à l'intérêt social, et, d'autre part, la sanction de l'abus de minorité lorsque les actionnaires s'opposent, sans motifs, à une décision commandée par l'intérêt de la société ».

jamais tranché »³⁰⁵⁷, de telle sorte qu'il est impossible, selon Aïda Bennini, d'affirmer que l'intérêt social se confond davantage avec l'intérêt commun des associés ou bien est assimilable à un intérêt supérieur qui transcende l'intérêt de ces mêmes associés. Face à ce constat, l'auteur envisage de se rallier à l'approche préexistante qui consiste à envisager l'intérêt social comme une « notion fonctionnelle »³⁰⁵⁸. L'auteur voit dans l'intérêt social, la structure du standard juridique³⁰⁵⁹. Aïda Bennini va jusqu'à affirmer que l'intérêt social est assimilable à un véritable « Cheval de Troie », devenu un véhicule idéologique par sa structure à géométrie variable, qui lui permet de loger diverses idéologies, tant juridique, institutionnelle, philosophique, politique qu'économique³⁰⁶⁰. C'est dans cette perspective que la transition écologique et le standard juridique du comportement sobre peut alors faire sa pleine intégration dans l'intérêt social.

989. Néanmoins, l'auteur indique que : « C'est en se débarrassant du poids de ces idéologies que le droit positif s'est saisi de l'intérêt social, à des fins d'instrumentalisation. En effet, dans un contexte utilitariste, cette notion s'est adaptée en s'engageant sur la voie de la pondération des intérêts individuels et catégoriels »³⁰⁶¹. Ce n'est pourtant pas tout à fait la vision retenue par le législateur dans la loi Pacte. En effet, il y a bien une fonction de pondération des intérêts assignée à l'intérêt social consacrée dans l'article 1833 du code civil, mais celle-ci ne se réduit pas à la conciliation entre des intérêts individuels et catégoriels. L'intérêt social de l'article 1833 alinéa 2 est clairement conçu plus largement de telle sorte qu'il puisse présenter un rôle instrumental et donc procéder à l'intégration de nouvelles exigences, concept, standard telle que la transition écologique, la sobriété ou encore le comportement sobre. Les motifs exposés au soutien de la modification de l'article 1833 du Code civil, révèlent cette volonté de ne pas définir l'intérêt social de façon rigide. En effet, il est indiqué dans l'exposé des motifs de l'article que l'absence de définition tient à la nécessité de conserver la souplesse de l'intérêt social, essentielle à son application :

« Cette absence s'explique essentiellement par le fait que la pertinence de son application pratique repose sur sa grande souplesse, ce qui la rend rétive à tout enfermement dans des critères préétablis. Les éléments nécessaires pour déterminer si une décision est ou non contraire à l'intérêt social dépendent en effet trop étroitement des caractéristiques, protéiformes et changeants, de

³⁰⁵⁷ BENNINI Aïda., th. préc., spéc. 809 : « L'intérêt social fut longtemps débattu dans la doctrine, et ce depuis le XIXe siècle. L'enjeu principal résidait dans la nature juridique de la société. Entre le contrat et l'institution, le droit positif n'a jamais tranché [Bézar P., « Intérêt social : il faut déterminer avec précision la portée de l'intervention du juge », *DP*, 1997, n°4, p. 53 et s.] De même qu'il ne s'est jamais rallié exclusivement à l'intérêt commun des associés ou à l'intérêt de l'entreprise. Le droit des sociétés a fait le choix de la dualité ou de l'alternance entre ces deux registres ».

³⁰⁵⁸ *Ibid.*, spéc. 809 « le droit des sociétés a fait le choix de la dualité ou de l'alternance entre ces deux registres, ce qui a conduit les plus illustres auteurs à conclure que l'intérêt social est une notion fonctionnelle ». L'auteur se réfère ici à la thèse de SOUSI Gérard., *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, Thèse, Lyon III, 1974. V. aussi LE NABASQUE Hervé, *Le pouvoir dans l'entreprise. Essai sur le droit d'entreprise*, Thèse, Rennes I, 1986, p. 89 et s. sur l'utilité réelle de la notion d'intérêt de l'entreprise qui permet la conciliation des intérêts antagonistes.

³⁰⁵⁹ BENNINI Aïda., th. préc., spéc. 811.

³⁰⁶⁰ *Ibid.*, spéc. 811.

³⁰⁶¹ *Ibid.*, spéc. 812.

l'activité et de l'environnement de chaque société. Afin de conserver cette souplesse, essentielle à son application, le projet d'article ne propose pas de définition rigide, mais plutôt d'en consacrer la notion.»³⁰⁶².

990. En ce sens, l'intérêt social présente une souplesse bienvenue à disposition du juge qui pourrait - sur le fondement d'un intérêt social élargi à la prise en considération des « enjeux sociaux et environnementaux » - exercer une véritable « police des sociétés »³⁰⁶³. Non pas qu'il est souhaité une immixtion du juge dans le contrat de société mais que le juge puisse apprécier l'intérêt social à la lumière du comportement sobre poursuivi par une entreprise, notamment lorsqu'elle élève son niveau de responsabilité par des engagements volontaires en ce sens. Il faut toutefois avoir conscience que si l'intérêt social est un instrument de pondération des intérêts, il convient d'apprécier celui-ci au regard d'intérêts concurrents, notamment de la liberté d'entreprendre. C'est néanmoins par cet intérêt social élargi, que se présente la possibilité d'intégrer, de manière cohérente, le standard du comportement sobre au rang des intérêts constituant l'intérêt social. Il faut cependant tempérer cette affirmation puisque la finalité que le législateur souhaitait assigner à l'intérêt social est restée floue. En effet, le même exposé des motifs indique que « tout dirigeant devrait s'interroger » sur les enjeux sociaux et environnementaux et « les considérer avec attention », « un éventuel dommage social ou environnemental ne pourra pas prouver à lui seul l'inobservation de cette obligation »³⁰⁶⁴. L'emploi du conditionnel « devrait » au lieu de l'impératif « doit » montre clairement une précaution de langage qui peut laisser songeur sur la réelle portée de ce nouvel alinéa de l'article 1833 et de son application future, alors qu'il est tout de même indiqué qu'il s'agit d'une « obligation »³⁰⁶⁵. En réalité, la finalité d'un tel intérêt social n'est certainement pas de contraindre, mais d'inciter ou d'encourager une gestion de la société qui « considère avec attention », les enjeux sociaux et environnementaux³⁰⁶⁶. Il ne faudra cependant pas exclure l'hypothèse d'une action en responsabilité civile contre le dirigeant qui n'aurait pas suffisamment considéré avec attention ces enjeux, cette formule pouvant caractériser l'existence d'une

³⁰⁶² Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, n°1088 déposé le 19 juin 2018 à l'Assemblée nationale. Exposé des motifs, article 61.

³⁰⁶³ SCHAPIRA Jean, précit., spéc. 22.

³⁰⁶⁴ Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, n°1088 déposé le 19 juin 2018 à l'Assemblée nationale. Exposé des motifs, article 61 : « La mention des enjeux sociaux et environnementaux permet de préciser que tout dirigeant devrait s'interroger sur ces enjeux et les considérer avec attention, dans l'intérêt de la société, à l'occasion de ses décisions de gestion. Si l'intérêt social correspond ainsi à l'horizon de gestion d'un dirigeant, la considération de ces enjeux apparaît comme des moyens lui permettant d'estimer les conséquences sociales et environnementales de ses décisions. Par conséquent, un éventuel dommage social ou environnemental ne pourra pas prouver à lui seul l'inobservation de cette obligation.».

³⁰⁶⁵ Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, n°1088 déposé le 19 juin 2018 à l'Assemblée nationale. Exposé des motifs, article 61. L'exposé des motifs mentionne « l'inobservation de cette obligation ».

³⁰⁶⁶ Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, n°1088 déposé le 19 juin 2018 à l'Assemblée nationale. Exposé des motifs, article 61: « La mention des enjeux sociaux et environnementaux permet de préciser que tout dirigeant devrait s'interroger sur ces enjeux et les considérer avec attention, dans l'intérêt de la société, à l'occasion de ses décisions de gestion. Si l'intérêt social correspond ainsi à l'horizon de gestion d'un dirigeant, la considération de ces enjeux apparaît comme des moyens lui permettant d'estimer les conséquences sociales et environnementales de ses décisions. Par conséquent, un éventuel dommage social ou environnemental ne pourra pas prouver à lui seul l'inobservation de cette obligation.».

faute qui pourrait être d'autant plus caractérisée par un défaut de comportement sobre en contradiction avec les pratiques ou un manquement à un principe cardinal.

991. En dehors de l'hypothèse d'un contrôle juridictionnel et dans l'incertitude sur la portée contraignante de « l'obligation de prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux », il demeure que l'intérêt social peut se présenter comme un réceptacle pour la gestion et la direction de l'entreprise sobre.

992. En effet, l'inscription d'un intérêt social élargi permet de ne plus cantonner celui-ci au débat entre intérêt commun des associés et intérêt supérieur de la société personne morale. Dans cette approche, l'intérêt social occupe alors quasiment une fonction d'intégration de l'intérêt général à l'échelle de la société commerciale, laquelle ne peut plus s'affranchir des effets qu'elle exerce sur la société lorsqu'elle ne considère pas avec attention les enjeux sociaux et environnementaux³⁰⁶⁷. En d'autres termes, l'entreprise sobre nécessite que la société envisage la notion d'intérêt social à travers un « conséquentialisme moral »³⁰⁶⁸. L'intérêt social apparaît alors comme une « méthode de résolution des conflits d'intérêts », à travers par exemple les obligations d'information, de transparence ou de communication pesant sur les dirigeants des sociétés³⁰⁶⁹. Aussi, si le dommage social ou environnemental ne permet pas à lui seul de prouver l'inobservation de l'obligation de considérer avec attention les enjeux sociaux et environnementaux, cette carence peut constituer indirectement un élément de preuve au soutien de l'inobservation d'autres d'obligations. Par exemple, pour faire sanctionner l'inobservation de l'obligation de déclaration de performance extra-financière prévue à l'article L225-102-1 du code de commerce³⁰⁷⁰, ou lorsque la poursuite d'un comportement sobre est précisée par une clause statutaire.

993. Bien plus qu'une méthode de résolution des conflits d'intérêts, l'intérêt social – notion non définie et souple – peut donc être envisagée comme un outil de délimitation et de contrôle du comportement sobre d'une PME en transition écologique, plus particulièrement des objectifs sociaux et environnementaux traduisant la poursuite d'une sobriété statutaire par l'entreprise. Il ne s'agit pas de dénaturer la fonction première de la société qui consiste en la réalisation de bénéfices³⁰⁷¹ puisque « l'entreprise n'a pas vocation à se substituer à l'Etat »³⁰⁷². Toutefois, il ne peut être nié qu'elle comporte une

³⁰⁶⁷ Art. 1833 al. 2 du Code civil.

³⁰⁶⁸ BENNINI Aïda., th préc., spéc. 812.

³⁰⁶⁹ *Ibid.*, spéc. 813.

³⁰⁷⁰ Obligation qui n'est assortie d'aucune sanction légale mais selon l'article L225-102-1, VI al. 2 : « Lorsque le rapport prévu au deuxième alinéa de l'article L. 225-100 ne comporte pas la déclaration prévue au I ou au II du présent article, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de communiquer les informations mentionnées au III. Lorsqu'il est fait droit à la demande, l'astreinte et les frais de procédure sont à la charge, individuellement ou solidairement selon le cas, des administrateurs ou des membres du directoire. ».

³⁰⁷¹ HAMELIN Jean-François., « Gérer la société en prenant en compte les intérêts des tiers... ou le flou artistique », *Droit des contrats*, 5 février 2018, n°2, p.1; SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », *D.*, 2017, p. 2380.

³⁰⁷² BENNINI Aïda., th. préc. 816.

fonction sociale puisqu'elle satisfait un minimum d'intérêts distincts, l'intérêt commun des associés et plus largement un système d'intérêts communs.

CONCLUSION CHAPITRE II

994. Afin de concrétiser l'entreprise sobre il s'est agi de montrer en quoi il est possible dans les éléments qui participent du fonctionnement du contrat de société commerciale, le partage de bénéfice, l'objet social et l'intérêt social, de réinterroger les canons de validité de ces notions. Il a été vu que les bénéfices, classiquement entendus comme un gain pécuniaire pouvaient être appréhendés plus largement, dans un sens plus matériel ou moral et ainsi comme des bénéfices sociaux et environnementaux. Cette approche élargie pose alors la question de la distribution de bénéfices et de leur réalité, notamment de leur caractère fictif en cas d'inventaire frauduleux pour minoration du passif, par exemple lorsque des ressources naturelles sont extraites de l'environnement ou que l'environnement est altéré par l'activité de la société. La question relève sans doute accessoirement des économistes ou de la comptabilité mais le droit est le premier à pouvoir en déterminer la résolution. Dès lors, il s'agit de poursuivre la réflexion sur le point saillant des services écosystémiques et des valeurs d'usages apportés à l'entreprise dans le partage des bénéfices autres que pécuniaires. Et ce, dans le but que l'entreprise sobre puisse se concrétiser, notamment dans le sens d'un partage de bénéfice repensé largement. L'instrument statutaire permettant d'inscrire dans l'objet social la réalisation d'objectifs sociaux et environnementaux comme la société à mission l'envisage désormais. C'est alors le comportement sobre et ses principes qui peuvent y trouver place et il a été vu que des PME s'inscrivent déjà par leurs statuts dans cette approche. Au-delà de la délimitation de la sobriété de l'entreprise, l'objet social constitue le cadre d'exercice qui engage la société. Néanmoins, il est toujours possible de modifier ce dernier et de revenir vers un modèle d'entreprise classique à seule visée lucrative. Aussi, l'intérêt social, intérêt supérieur de la société désormais inscrit à l'article 1833 alinéa 2 du code civil, peut se présenter comme un instrument de police du comportement sobre de la société car il est rattaché, au sein du même article, à la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux. L'intérêt social peut alors être perçu comme fonctionnel et potentiellement vecteur d'intégration du comportement sobre, en particulier lorsque la société adopte un comportement sobre par une élévation de ses pratiques, comparées à d'autres entreprises. Enfin, la question de la détermination des intérêts communs à prendre en considération, au-delà des personnes, permet d'inclure l'intérêt environnemental dans l'intérêt social de la société.

CONCLUSION TITRE II

995. Après la conceptualisation de l'entreprise sobre dans un premier titre, il a été recherché la manière dont la sobriété peut se manifester dans le droit positif. En effet, il est nécessaire de pouvoir vérifier l'applicabilité d'un tel concept qui semble à première vue abstrait et peu juridique. Néanmoins, la reprise systématique des éléments du contrat de société à la lumière de l'intégration de l'environnement, notamment les notions d'associé, d'apport et de bénéfices, a permis de montrer comment les éléments du droit des sociétés peuvent offrir un accueil favorable au concept d'entreprise sobre. La nécessaire personnalité juridique de l'associé écarte la possibilité d'attribution d'une telle qualité à l'environnement, mais la représentation permet d'y parer. Par ailleurs, il a été vu que, loin d'être éloigné de toute possibilité d'intégration de la préoccupation environnementale, les apports ou les bénéfices – encore largement entendus de manière essentiellement pécuniaire – peuvent également s'entendre en termes d'apports en environnement et de bénéfices socio-environnementaux. Certains diront que seul le bénéfice pécuniaire a un intérêt, mais le droit économique et l'économie de l'environnement montrent qu'il est des éléments de l'environnement qui présentent une réelle valeur, qualifiée d'usage ou *per se*, évaluables de façon à les faire figurer à l'actif de l'entreprise, tandis que d'autres sont insusceptibles d'évaluation ou irremplaçables. Dans tous les cas, il est probable que le droit comptable soit prochainement amené à s'emparer sérieusement de cette question d'évaluation des « actifs » et « passifs » environnementaux de l'entreprise. Outre la pression des normes sociales et l'exigence de transition écologique, il s'agit peut-être de manière plus prosaïque de donner une image véritablement fidèle de l'entreprise par souci de sécurité juridique.

996. Par ailleurs, ce sont les notions d'objet social et d'intérêt social de la société, notions fondamentales du droit des sociétés, qui ont été envisagées à la lumière des préoccupations environnementales, comme des instruments d'intégration du comportement sobre et de la reconnaissance d'une fonction sociale de l'entreprise. Au-delà de l'accomplissement de son objet social et du respect de l'intérêt social, l'entreprise possède ainsi un rôle dans la société, une fonction sociale, l'adoption d'un comportement sobre. Or, l'exercice d'une telle fonction sociale ne peut aller sans la détermination des intérêts à satisfaire qui doivent s'inscrire dans l'objet social. Il est alors possible de s'inspirer de la société à mission en fixant des objectifs sociaux et environnementaux dans l'objet social, de mettre en place un comité de mission distinct des organes sociaux, chargé du suivi des objectifs puis d'en assurer le contrôle par un organisme tiers. Au-delà, la question de l'intérêt social est certainement la question la plus saillante car il représente l'intérêt d'un système constitué en vue de satisfaire des intérêts communs, la synthèse de ceux-ci restant certainement la problématique la plus difficile à résoudre et relevant en premier lieu de l'arbitrage de l'entreprise. Néanmoins, il ne faut pas exclure la possibilité pour le juge, non pas de s'immiscer dans la gestion de la société comme cela est systématiquement redouté, mais de s'emparer de l'interprétation de l'intérêt social de l'article 1833 alinéa 2 pour apprécier le comportement sobre de l'entreprise. Par renvoi au

standard du comportement sobre, le juge pourrait ainsi s'appuyer sur l'intérêt social pour apprécier la responsabilité de l'entreprise lorsqu'elle se serait inscrite dans le suivi d'un comportement sobre, directement ou indirectement par des engagements volontaires dûment intégrés dans son fonctionnement ou par simple déclaration publique, démontrant la volonté d'élever la normalité de son comportement. Aussi, l'intérêt social peut être en réalité, le Cheval de Troie insoupçonné de la transition écologique et de son parangon³⁰⁷³, le comportement sobre.

³⁰⁷³ Au sens d'illustration vertueuse, de modèle d'application de la transition écologique.

CONCLUSION PARTIE II

997. Conclure cette deuxième partie paraît bien prématuré tant le domaine abordé est en constante évolution comme le démontre l'adoption de la loi Pacte du 22 mai 2019. Néanmoins, celle-ci ne révolutionne guère la société commerciale alors que les changements observés et à opérer s'avèrent beaucoup plus vastes. C'est donc faire preuve de réalisme juridique que d'envisager plus en profondeur l'entreprise. Il ressort des réflexions qu'elle peut être appréhendée comme un système d'intérêts communs. Or, il ne peut être ignoré qu'elle s'inscrit dans un système plus grand, le cadre de l'ordre public, désormais étendu à un ordre public écologique qui astreint l'entreprise à son respect. Articulés ensemble, les intérêts communs et l'ordre public écologique mettent en lumière l'inhérente fonction sociale de l'entreprise. Par son activité l'entreprise exerce une fonction économique, mais elle l'exerce en relation avec d'autres intérêts et dans un cadre d'ordre public écologique qu'elle ne peut ignorer. L'entreprise est par conséquent un système à liberté restreinte dont les droits subjectifs doivent être limités car fonctionnalisés. Au-delà du réalisme juridique de l'entreprise et de sa conceptualisation, les développements présentés peuvent contribuer au renouvellement de la vision de l'entreprise, dénuée, encore aujourd'hui, d'une définition juridique. Ce n'est qu'après notre vision proposée de l'entreprise qu'il a alors pu être envisager d'instituer une entreprise qui soit sobre.

998. L'hypothèse fondamentale des présents travaux ne relève pas d'une vague intuition ou d'une préoccupation esthétique par l'emploi d'un terme de « sobriété » désormais en vogue, mais a été développée sur le fondement d'un champ juridique lexical nouveau lié à la notion de sobriété³⁰⁷⁴. Le terme de frugalité présente assurément une terminologie plus exacte car vertueuse³⁰⁷⁵ mais elle a été écartée pour non-conformité avec la réalité juridique, les textes de droit positif utilisant le champ lexical de la sobriété. De simple notion, il a été constaté que la sobriété peut être définie comme un véritable concept juridique en raison de sa présence répété dans les textes étudiés, essentiellement en droit de l'environnement et de la consommation. Elle a ainsi pu être définie comme l'action de maîtrise quantitative et qualitative des ressources naturelles et visant à limiter les effets sur l'homme et l'environnement. Dès lors, il est proposé qu'une telle définition puisse devenir un standard juridique permettant d'apprécier le comportement d'une entreprise, c'est-à-dire caractériser son comportement sobre dans le cadre de la recherche de sa responsabilité. Deux hypothèses peuvent alors être envisagées, soit le standard juridique du comportement sobre est intégré par le législateur dans la loi et devient un standard textuel autonome, soit le juge s'en saisit et fait du concept de sobriété un standard juridique jurisprudentiel, par exemple en s'appuyant sur le modèle du standard de la

³⁰⁷⁴ Cette dernière s'inscrit par ailleurs en critique d'un développement durable d'une efficacité toute relative, celui-ci semble en effet, renvoyer constamment à plus tard la résolution des véritables enjeux sociaux et environnementaux.

³⁰⁷⁵ La sobriété peut relever de l'avarice si on ne la complète pas par un comportement vertueux, altruiste, ce que permet de signifier davantage la frugalité. V. OUTREPONT Charles Lambert d', *Discours sur la frugalité*, préc., supra.

bonne foi. Néanmoins, le risque de se limiter à une définition du comportement sobre matérialiste présentait l'inconvénient de demeurer dans l'ordre de « l'avoir et du faire » sans préoccupation de « l'être », de l'attitude de l'entreprise. Afin de conforter le comportement sobre et de permettre son émancipation à destination des praticiens du droit, il a été proposé de le faire reposer sur quatre principes cardinaux, pivots de l'entreprise sobre, la proportionnalité, la subsidiarité, la temporalité et la solidarité écologiques. Leur non-respect pouvant alors permettre de caractériser le défaut de comportement sobre à l'aide de la définition matérielle de la sobriété.

999. Enfin, pour concrétiser encore davantage l'entreprise sobre, les développements suivants se sont attachés à introduire ces réflexions sur la sobriété en droit positif à travers une proposition de relecture et de réformation des éléments du contrat de société. Reprenant l'affirmation selon laquelle l'entreprise possède une fonction sociale et par conséquent, doit être amenée à limiter les pouvoirs qu'elle exerce sur la Société et l'environnement. Il faudra alors que le législateur ou le juge soient en capacité de traduire ces diverses réflexions visant à introduire l'environnement à tous les niveaux du fonctionnement sociétair. Les éléments du contrat de société ne doivent pas rester figés au regard de l'exigence de transition écologique, et la réforme des articles 1833 et 1835 marquent un premier pas en ce sens. Pourtant, il n'est pas certain que ce retour au droit légiféré soit en tous points nécessaire puisque certaines PME n'ont pas attendu ces modifications législatives pour s'engager dans la transition écologique. La question qui demeure est surtout celle de la confiance que l'on peut placer dans le volontariat au regard de l'inertie des entreprises face à l'urgence écologique, un déséquilibre existe entre les entreprises bien intentionnées et celles qui nécessitent l'intervention du législateur. Assurément le droit doit être renforcé.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1000. Que l'entreprise soit amenée à s'interroger sur sa place et sa fonction dans la société n'est pas une question nouvelle. Dire que l'entreprise doit se réformer par elle-même ou être réformée par le législateur est une antienne. La responsabilité sociétale et environnementale de l'entreprise qui peut sembler émergente pour certains, remonte en réalité à la révolution industrielle du XIX^{ème} siècle lorsque la législation du travail était peu développée. Face à cette absence, ce n'est pas le législateur mais l'industriel bienveillant qui adopta les premiers engagements volontaires afin de procurer aux ouvriers des conditions de travail acceptables. La responsabilité sociale de l'entreprise trouve son origine dans le paternalisme et la prise en compte au sein de l'entreprise, d'intérêts communs partagés entre les ouvriers et l'employeur. Un siècle plus tard, l'histoire se répète en matière sociétale et environnementale, à la différence près que le législateur est cette fois-ci précurseur sur l'industriel avec le développement du droit de l'environnement et la notion de développement durable qui sera ensuite reprise par les entreprises à travers la multiplication des engagements volontaires.

1001. Au début du XXI^{ème} siècle la question se pose de savoir qui du législateur ou de l'industriel est désormais novateur. Des hésitations furent possibles avec un balancement entre la possibilité d'un laissez-faire qui laisse aux entreprises la liberté d'adopter des engagements volontaires, et le désir de légiférer face à l'inertie des dites entreprises à répondre spontanément aux effets nés de leurs activités économiques. Les années 2000 à 2010 peuvent être considérées comme l'apogée des engagements volontaires avec un « droit-écarté », mais cette tendance semble désormais aboutir à un « retour du droit » suite aux interrogations sur la juridicité de tels engagements. Envisagés sous l'angle d'un droit souple, le doute quant à l'inexistence de tout effet juridique est aujourd'hui partagé. Véritable point de bascule, le concept de transition écologique vient prendre la relève d'un développement durable critiqué pour son absence de réelle portée paradigmatique alors que l'urgence écologique amène à une vision d'ensemble de la Société non réductible à un développement sans fin. L'exigence de transition écologique marque la volonté du législateur de reprendre la main sur la prise en considération des enjeux environnementaux par l'ensemble des acteurs, dont les entreprises. Aujourd'hui, les critiques de l'échec relatif du développement durable doivent en permettre un renouvellement. En ce sens, la transition écologique est un puissant troisième souffle donné à la RSE, jusqu'à présent non suffisamment revêtue d'une réelle ontologie comportementale, mais plutôt limitée à un aspect pragmatique. A travers les axes qu'elle contient, la transition écologique amène à porter une réflexion d'ensemble sur

l'entreprise³⁰⁷⁶, elle porte celle-ci vers un plus haut-niveau de responsabilité, elle tend à énoncer une normalité augmentée du comportement de l'entreprise. Pareillement aux revendications salariales qui avaient ouverts aux salariés le droit de représenter et défendre leurs intérêts dans l'entreprise³⁰⁷⁷, la transition écologique porte pour l'entreprise un modèle d'intégration d'intérêts nouveaux dans l'entreprise. Néanmoins, il a été observé que les formes de sociétés responsables sociétalement, essentiellement de l'économie sociale et solidaire, étaient surtout constituées *intuitus humanitas* et beaucoup moins *intuitus naturae* alors que ces deux considérations doivent se compléter si l'on considère que l'entreprise doit prendre en considération à la fois les enjeux sociaux et environnementaux dans son activité économique.

1002. Pour aller plus loin et rompre cette opposition rencontrée entre utilité sociale et intérêts de l'environnement, il a été nécessaire de faire preuve de réalisme juridique en réinscrivant l'entreprise au sein des intérêts qu'elle satisfait ou qu'elle affecte. Dans les deux situations, l'entreprise comporte une inhérente fonction sociale qui fait d'elle une entité dont les droits subjectifs doivent être limités et encadrés, notamment sur le fondement de l'ordre public écologique. Une fois l'entreprise cernée à travers ses intérêts, sa fonction et son cadre, il a été proposé d'instituer une entreprise sobre à l'aide du nouveau champ lexical relatif à la sobriété et issu du corpus législatif relatif à la transition écologique. Le concept de sobriété en droit français a ainsi été défini comme l'action de maîtrise quantitative et qualitative des ressources naturelles qui concourent à l'activité économique et qui tend à prévenir les effets sur l'homme et l'environnement. Aussi, afin de caractériser l'application d'une sobriété au sein de l'entreprise, le standard juridique est proposé comme outil d'appréciation d'un comportement qui puisse être qualifié de sobre. Le législateur pourrait ainsi consacrer un standard autonome du comportement sobre tandis qu'il peut également être saisi dès à présent par le juge comme standard jurisprudentiel, prenant éventuellement appui sur le standard de la bonne foi. Un tel instrument permet alors d'envisager l'engagement de la responsabilité de l'entreprise pour défaut de comportement sobre.

1003. Toutefois, la caractérisation d'un comportement sobre de l'entreprise serait restée incomplète si l'on s'était limité à la définition de la sobriété. En effet, celui-ci ne doit pas se limiter à un aspect matériel par la seule économie de ressources naturelles, mais doit également porter une idée-force, une ontologie comportementale par l'adoption de certains principes conformes à la vision holistique de la transition écologique (matérielle, spatiale, temporelle, solidaire). Il a donc été proposé l'application de quatre principes cardinaux, la proportionnalité, la subsidiarité, la temporalité et la solidarité écologiques

³⁰⁷⁶ V. en introduction, la transition écologique est à la fois : *spatiale* (échelle territoriale, groupement d'usagers, changement par le bas, internalisation des effets nés de l'activité économique, ...); *temporelle* (prise en compte du temps long, lutte contre l'obsolescence programmée, durabilité des produits...); *matérielle* (baisse de la consommation, efficacité énergétique, etc.) et *comportementale* ou solidaire (solidarité écologique, générations futures...). La vision restreinte de la transition écologique se limitant à une dimension matérielle.

³⁰⁷⁷ V° LEROY Maxime, *La coutume ouvrière ; syndicats, bourses du travail, fédérations professionnelles, coopératives, doctrine et institutions*, Paris, M. Giard & E. Brière, 2 vol., 1913, 496 p.

pour conforter la caractérisation d'un comportement sobre. Aussi le défaut de comportement sobre pourrait être établi en violation d'un de ces principes cardinaux, par exemple par une faute de temporalité ou une faible prise en compte de l'intérêt des générations futures à voir le patrimoine commun de l'humanité préservé. Ces principes renforcent par conséquent la possibilité de fonder une action en responsabilité civile de l'entreprise sur le standard d'un comportement sobre. Et ce, indifféremment du fait que l'entreprise ait opté pour un engagement volontaire en hissant son exigence de conduite ou qu'elle n'en ait pas adopté. A la condition dans ce dernier cas, que le manquement au comportement sobre soit caractérisé par une réunion suffisante de faits démontrant le non-respect du comportement sobre, notamment apprécié à travers un ou plusieurs de ses principes cardinaux. Il en ressort la possibilité d'une application d'un nouveau standard juridique adapté à chaque situation de fait.

1004. Mais le comportement sobre de l'entreprise peut s'exprimer dès l'élaboration du contrat de société lorsque sont envisagés ses éléments de validité. La représentation des intérêts de l'environnement peut s'effectuer à travers la figure d'un associé-environnement ou par une personne tierce chargée des intérêts de l'environnement, ce qui pourrait permettre, comme la codétermination existe déjà³⁰⁷⁸, de mettre en place une éco-détermination au sein de l'entreprise³⁰⁷⁹. Dans le sens de la concrétisation d'un comportement sobre, il a été soulevé la question des apports pour savoir si les éléments de l'environnement ne pouvaient pas constituer des apports dans le sens où ils participent assurément du capital social et de la réalisation de bénéfices. Ce sont alors ces derniers qui ne doivent pas être perçus être réduits à un aspect pécuniaire, et l'hypothèse de bénéfices sociaux et environnementaux iraient dans le sens d'une éco-détermination de l'entreprise et confirmant la fonction sociale de celle-ci. Quant à l'objet social, il présente la possibilité de définir une activité conforme à la définition d'un comportement sobre, ce que ne fait que conforter la création de la société à mission. Enfin, l'intérêt social désormais inscrit à l'article 1833 du code civil peut sembler anodin mais il a un réel potentiel d'intégration du comportement sobre tel un Cheval de Troie dans l'entreprise ce qui peut faire craindre pour certains un risque d'immixtion du juge dans la vie sociétaire³⁰⁸⁰. Néanmoins, l'ordre public écologique peut justifier que les entreprises à seul but lucratif voient leurs libertés économiques appréciées avec plus d'attention par le juge à l'inverse des entreprises plus altruistes³⁰⁸¹ échappant à une plus grande rigueur par la démonstration d'un niveau d'exigence comportemental augmenté.

³⁰⁷⁸ V° CLERC Christophe, « La codétermination : un modèle européen ? », *Revue d'économie financière*, 2018/2, n°130, pp. 181-194, spéc. 1 : « la codétermination consiste en la participation, au sein du conseil d'administration ou de surveillance, de représentants désignés par les salariés. Ce système s'inscrit dans le cadre de la participation des salariés au gouvernement de l'entreprise, qui est une demande ancienne. »

³⁰⁷⁹ FAVEREAU Olivier, « Entre gilets jaunes et grève des jeunes pour le climat : la voie de "l'éco-détermination" », *Libération*, tribune, 14 mars 2019.

³⁰⁸⁰ COURET Alain, « Les figures du procureur privé », *D.* 2018, p. 1545.

³⁰⁸¹ GUYON Yves, *Droit des affaires*, Economica 2003, 12e éd., T. I, p. 118, n° 117. V. aussi HIEZ David qui emploie l'expression d'entreprises non-capitalistes.

1005. En définitive, il est souhaitable que le législateur et le juge se saisissent plus fermement de la sobriété pour accélérer la mise en œuvre de la transition écologique. Plus que l'expression d'une simple obligation de réflexion³⁰⁸², le comportement sobre doit devenir le vecteur d'une « sur-entreprise » si celle-ci ne veut pas décliner³⁰⁸³, c'est-à-dire qui dépasse sa nature lucrative et embrasse sa fonction sociale et les intérêts qu'elle satisfait et affecte. Or, dans un contexte de crise écologique et de nouveau contrat social écologique, il peut être affirmé que si « la répugnance de l'homme à fournir un effort excessif le pousse à se réfugier dans la possibilité d'une décision ultérieure »³⁰⁸⁴, le droit a un rôle essentiel à jouer en ce qu'il a pour fonction de fixer les prescriptions juridiques nécessaires. Dès lors, afin de contraindre les entreprises à adopter un comportement sobre, les libertés économiques de certaines personnes doivent nécessairement être limitées pour conserver la Liberté de tous.

Strasbourg, le 24 avril 2019.

³⁰⁸² BERLIOZ Pierre, « Droit souple ou droit dur, un (non) choix lourd de conséquences, *Revue des sociétés*, 2018, p.644

³⁰⁸³ NIETZSCHE Friedrich, *L'antéchrist in Le crépuscule des idoles*, trad. Henri Albert, Paris, éd. Société du Mercure de France, 1908, p. 247, : « Wo der Wille zur Macht fehlt, gibt es Niedergang ».

³⁰⁸⁴ CLAUSEWITZ Carl von, *De la guerre*, éd° Minuit, 1955, p. 57.

« *ESTRAGON*. - *Il faudrait se tourner résolument vers la nature.*
VLADIMIR. - *Nous avons essayé.*
ESTRAGON. - *C'est vrai.*
VLADIMIR. - *Oh, ce n'est pas le pire, bien sûr.*
ESTRAGON. - *Quoi donc ?*
VLADIMIR. - *D'avoir pensé.*
ESTRAGON. - *Evidemment.*
VLADIMIR. - *Mais on s'en serait passé.»*

Samuel BECKET, *En attendant Godot*, 1953

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DE LA BIBLIOGRAPHIE

I.	Ouvrages généraux, traités, manuels	663
II.	Dictionnaires, recueils encyclopédiques	665
III.	Ouvrages spéciaux, monographies	667
IV.	Rapports, études, sources officielles	673
V.	Articles et contribution juridiques	677
VII.	Sources non juridiques	701

I. OUVRAGES GENERAUX. TRAITES. MANUELS

- ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, 1^{ère} éd, 2003, 1649 p.
- AUBRY Charles, RAU Charles, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, éd° Lagier, Strasbourg, 1839, 5 vol.
- ATIAS Christian., *Philosophie du droit*, Thémis droit, PUF, 3^{ème} éd°, 2012, 416 p.
- AUZERO Gilles, BAUGARD Dirk, DOCKES Emmanuel, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 32^{ème} éd., 2018, 1650 p.
- BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd°, 2012, 400 p.
- BOBBIO Norberto, *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, 278 p. ; *La funzione promozionale del diritto Sociologia del diritto*, Guiffre, Milano, 1984, 251 p.
- BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, Université, 15^{ème} éd°, 2017, 1208 p.
- CADIET Loïc, JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, éd. Litec, 2013, 8^{ème} éd°, 883 p.
- CARBONNIER Jean, *Droit civil*, coll. Quadrige, PUF, vol.1, 2004, 2656 p.
- CARCASSONNE Guy, GUILLAUME Marc, *La constitution*, éd. Points, coll. essais, 2014, 12^{ème} éd°, 480 p.
- CAPITANT Henri, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, Dalloz, 3^{ème} éd°, 1928, 507 p.
- COMMAILLE Jacques, *A quoi nous sert le droit ?* Gallimard, Folio essai, 2015, 522 p.
- COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Lexis Nexis, 31^{ème} éd°, 2018, 917 p.
- CRUET Jean, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Bibliothèque de philosophie scientifique, Flammarion, Paris, 1908, 344 p.
- CUCHE Paul, *En lisant les juristes philosophes*, éd. J. de Gigord, 1919, 123 p.
- CUJAS, *Digestum vetus*, I, XVII, t. II, *summa*, éd. Lyon, Landry, 1604
- DELMAS-MARTY Mireille, *Les forces imaginantes du droit*, éd. Seuil, 2004-2011, 4 vol.
- DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, t. 1, 1923, 5 vol.
- DEMOGUE René, *La notion de sujet de droit : caractère et conséquences*, éd. Larose, Paris, 1909, 45 p.
- DOMAT Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, éd° Nyon, 1777, 436 p.
- DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, Dalloz, Hypercours, 5^{ème} éd°, 2017, 669 p.
- DU PASQUIER Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Paris, Recueil Sirey et Delachaux et Niestlé, 1937, 373 p.
- DUGUIT Léon, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, éd. Albert Fontemoing, Paris, 1901, 623 p.
- DURANTON Alexandre, *Traité des contrats et des obligations en général*, Paris, éd. Nève, t.1, 1819, p.13
- DUQUESNE François, *Droit des sociétés commerciales*, Bruylant, coll. Paradigme, 4^{ème} éd°, 2017, 406 p.
- FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations*, PUF, 4^{ème} éd., 2016, 838 p.
- FAVOREU Louis et a., *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. précis, 21^{ème} éd°, 2018, 1200 p.

FELICII Hectoris, *Tractatus de societate. Ab Angelo Felicio iurisconsulto auctoris filio*, Apud Antoni-um Pniellum, Venise, 1610, en ligne, https://archive.org/stream/bub_gb_zjJ7xOWu6V4C#page/n47/mode/2up

FELICIUS, *Tractatus de societate*, Cap. I, 4 ; Augustae Taurinorum, 1638

GARRAUD René, *Précis de droit criminel*, Ed. Larose et Forcel, Paris, 1885, 872 p.

GERMAIN Michel (dir.), RIPERT Georges, ROBLOT René, MAGNIER Véronique, *Les sociétés commerciales, Traité de droit des affaires*, LGDJ, Tome 2, 20^e éd, 2011, 1082 p.

GUÉVEL Didier, *Droit du commerce et des affaires*, LGDJ, coll. Systèmes cours, 5^eme éd., 2017, 250 p.

GUYON, *Droit des affaires*, t.1, Droit commercial général et sociétés, 12^eme éd., Economica, 2003, 1060 p.

JESTAZ Philippe, *Les sources du droit*, Dalloz, 2^eme éd°, 2015, 198 p.

JHERING Rudolf von, *L'esprit du droit romain*, trad. de l'allemand par O. Meulenaere, éd. Chevalier-Marescq, Paris 3^eme éd°, 1886, vol. 4, 457 p.

JHERING Rudolf von, *L'évolution du droit*, trad. de la 3^eme éd° allemande par O. de Meulenaere, Ed. Chevalier-Marescq, Paris, 1901, 400 p.

JOURDAIN Patrice, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2014, 9^eme éd., 178 p.

JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1939, 2^eme éd°, 454 p.

JULLIOT de la MORANDIERE, *Précis de droit civil publié d'après le cours éléments de droit civil français d'Ambroise Colin et Henri Capitant*, Dalloz, 11^eme éd°, 1947, 1144 p.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Trad.° par Eisenmann C., Dalloz, Paris, 1962, 496 p.

ISAY Rudolf, *Das Recht am Unternehmen*, Berlin, F. Vahlen 1910, 203 p.

LE BALLE Robert, *Cours de droit civil. Licence 2ème année 1963 – 1964*, Paris, Les cours de droit, 1963, 1027 p

LE CANNU Paul, DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, 7^eme éd°, LGDJ, 2018, 1127 p.

LYON-CAEN Charles et RENAULT Louis, *Traité de droit commercial*, 4^eme éd., 1908, 8 vol.

MACKELDEY Ferdinand, *Manuel de droit romain*, trad. de l'allemand par Jules Beving sur la 10^eme éd°, Bruxelles, Société typographique belge, 1837, 460 p.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, *Les biens*, LGDJ, 6^eme éd., 2015, 428 p.

MALEPEYRE Léopold, JOURDAIN Charles-Félicité, *Traité des sociétés commerciales accompagné d'un précis de l'arbitrage forcé et suivi de modèles des divers genres d'actes de sociétés commerciales*, éd. Mansut fils, Paris, 1833, 510 p.

MARTY Gabriel, RAYNAUD Pierre, *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit et des institutions judiciaires*, Sirey, 1956, t.1, 1358 p.

MAYER Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Duncker & Humblot, Leipzig 1896, t. II, 485 p.

MERLE Philippe, FAUCHON Anne, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, précis, 21^eme éd., 2017, 1003 p.

MOLINER-DUBOST, *Droit de l'environnement*, Dalloz, Cours, 1^{ère} éd., 2015, 361 p.

NAIM-GESBERT Eric, *Droit général de l'environnement*, Lexis Nexis, 2011 ; 233 p.

NICINSKI Sohie, *Droit public des affaires*, Lextenso, Domat droit public, 2019, 880 p.

PETIT Bruno, *Droit des sociétés*, LexisNexis, objectif droit cours, 6^eme éd., 2015, 286 p.

PLANIOL Marcel (avec la collaboration de RIPERT Georges), *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit*, Ed. R. Pichon et R. Durand-Auzias, 10^eme éd., t.1, Paris, 1928

POTHIER Robert, *Œuvres de Pothier*, Paris, Siffrein, t. 1, 1824 ; *Œuvres de Pothier par M. Bugnet, Traité des obligations*, Paris, Videcoq, 1848, t.2

PRIEUR Michel et a., *Droit de l'environnement*, Dalloz, coll. préci, 7^eme éd°, 2016, 1228 p.

PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement, droit durable*, Bruylant, 2014, 1048 p.

REBOUL-MAUPIN Nadège, *Droit des biens*, Dalloz, Hypercours, 6^eme éd., 2016, 762 p.

ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, 2^eme éd°, 2013, 592 p.

RIPERT Georges, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, 431 p.

ROMI Raphaël., *Droit de l'environnement*, LGDJ, Lextenso, 10^eme éd.°, 2018, 706 p.

SAVIGNY Friedrich Karl von, *Le droit des obligations*, Paris, Auguste Durand, trad. par C. Gérardin et P. Jozon, 1863, t.1^{er}, 438 p. ; *Traité de droit romain*, trad. par Guenoux Ch., Paris, t. 2, 1841, 504 p.

STRICKLER Yves, *Les biens*, PUF, 2006, 536 p.

TERRE François, SIMLER Philippe, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, précis, 2014, 870

VAN LANG Agathe, *Droit de l'environnement*, PUF, coll. Thémis, 2016, 566 p.

VAVASSEUR Auguste, VAVASSEUR Jacques, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, Paris, éd. Godde, 7^eéd, 1931, 792 p.

VILLEY Michel, *Le droit romain*, coll. Quadrige, PUF, 2012, 156 p.

VINEY Geneviève, JOURDAIN Patrice, CARVAL Suzanne, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité LGDJ*, 4^{ème} éd°, 2017, 880 p.

II. DICTIONNAIRES ET RECUEILS ENCYCLOPEDIQUES

ALBARIAN Alexis (dir.), « Les 100 mots du droit anglais – 100 notions fondamentale du droit anglais à l'épreuve du droit français », Lamy, coll. Lamy axe, 2013, 724 p.

ALLAND Denis. et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, 1^{ère} éd, 2003, 1649 p.

Académie française, *Dictionnaire*, 8^e et 9^e éd., en ligne, Trésor de la langue française informatisé, www.cnrtl.fr

ARCELIN-LECUYER Linda, *Jurisclasseur Concurrence-Consommation*, LexisNexis, , fasc. 35, 1^{er} juillet 2014, v° *Notion d'entreprise en droit interne et européen*

ARTZ Jean-François, « Action », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, janvier 2019, spéc. 157 v° *action sans valeur nominale*

AUBERT Jean-Luc, GAUDEMET Sophie, in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2018, v° *engagement unilatéral de volonté*

BERROD Frédéric, *Répertoire de droit européen*, Dalloz, janvier 2004, mis-à-jour en octobre 2014, v° *Aides (Notion)*

BESNARD-GOUDET, «Objet social – influence sur les pouvoirs des dirigeants», in *Jurisclasseur Sociétés*, Lexis Nexis, septembre 2015, Fasc. 9-20.

BIOY Xavier, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », in TUSSEAU Guillaume (dir.), *Les notions juridiques*, coll. Etudes juridiques, Economica, 2009, pp.21-53

BLOUD-REY Céline, in ALLAND Denis., RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, 1^{ère}éd., 2003, v° *standard*

BOLDRINI Jean-Claude, « Transition sociotechnique », in COLLART DUTILLEUL François, PIRONON Valérie, VAN LANG Agathe (dir.), *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Institut Universitaire Varenne, coll. Transition & Justice, 2018, p.820.

BOUGNOUX Anne, *JCL. Banque – Crédit – Bourse*, Lexis Nexis, Fasc. 1815 « Actions, valeur nominale », mai 2018

BRUN Philippe, PIERRE Philippe, LABASSE Julie (dir.), *Le Lamy droit de la responsabilité*, Wolters Kluwer, coll. Lamy droit civil, oct. 2017, n°214-20, v° *intérêt collectif*

CABRILLAC Rémy (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 7^eéd, 2016, 543 p.

CADIET Loïc, « Abus de droit », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2015, actualisé mai 2017

CAILLÉ Catherine, « Responsabilité du fait des produits défectueux », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2018, spéc. 96-100.

CHAPUT Yves, « Objet social », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, juin 2018, spéc. 1

CORNU Gérard, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd°, 2018, 1116 p.

CORNU Marie, ORSI Fabienne, ROCHFELD Judith, *Dictionnaire des biens communs*, PUG, Quadrige, 2017, 1280 p.

COLLART DUTILLEUL François, PIRONON Valérie, VAN LANG Agathe (dir.), *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Institut Universitaire Varenne, coll. Transition & Justice, 2018

CHARREAUX Gérard, *Encyclopédie Universalis*, éd. Le Monde, Volume 18, *Économie et société*, 2009, p.635-643, v° *Entreprise – Théories et représentations*

DEMEESTER Marie-Luce, NEYRET Laurent, « Environnement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2017

DEUMIER Pascale, « Coutumes, usages et juges », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2016, n°46 et s.

DUPUY P.-M. in ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, 1^{ère} éd°, v° *responsabilité*

- FOY Régis, « Bons de souscription de parts de créateur d'entreprise (BSPCE) », in *Repertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mars 2018
- GIACOPELLI Muriel, CATELAN Nicolas, « Délit et manquement d'initiés », in *Repertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, octobre 2017, spéc. 34
- GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine, , in *Repertoire de droit des sociétés*, Dalloz, juin 2011, actualisé janvier 2017, v° *apport ; part sociale*
- GRÉVY Manuela, *Repertoire de droit du travail*, octobre 2010, actualisation juin 2016, spéc. 347, v° *Syndicats professionnels (I – Droit syndical dans l'entreprise)*
- GUTMANN Daniel, in ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012, v° *droit subjectif*, spéc. pp.529 et 530
- GRYNFOGEL Catherine, « Entreprises communes », in *Repertoire de droit européen*, Dalloz, avril 2016, spéc.10
- HALPÉRIN Jean-Louis, in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012, v° *exégèse (Ecole)*
- HAUSER Jean, LEMOULAND Jean-Jacques, *Repertoire de droit civil*, Dalloz, mars 2004, (mis à jour mars 2014), v° *Ordre public et bonnes mœurs*
- HÉRAIL Marc, « Coopérative », in *Repertoire des sociétés*, Dalloz, nov. 2017
- HIEZ David, « Société coopérative d'intérêt collectif », in *Repertoire de droit des sociétés*, Dalloz, mai 2018.
- HIEZ David, « Association », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2018
- INSTITUT DU DROIT LOCAL ALSACIEN-MOSELLAN, *Le guide du droit local – le droit applicable en Alsace et en Moselle de A à Z*, Publications de l'Institut du droit local alsacien-mosellan, 2015, 4^{ème} éd°, v° *association*
- LASCOUMES Pierre, « Effectivité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993
- LE BARS Benoît, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », in *Repertoire de droit des sociétés* Dalloz, avril 2016, n°83
- LE TOURNEAU Philippe, « Quasi-contrat », in *Repertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2018, spéc. 57.
- LE TOURNEAU Phillipe et POUMAR Matthieu, *Repertoire de droit civil*, Dalloz, janvier 2017, v° *bonne foi*
- LECOURT Arnaud, « Capital social », in *Repertoire de droit des sociétés*, Dalloz, février 2019, n°36 *apport en numéraire*
- LECOURT Benoît, « Administrateur provisoire », *Repertoire des sociétés*, Dalloz, juin 2018
- LEFEBVRE-TAILLARD Anne, in ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1^{ère} éd. « Quadriges », 2003, p.1151, v° *personne*.
- LEMOULAND Jean-Jacques, PIETTE Gaël, HAUSER Jean, « Ordre public et bonnes mœurs », *Repertoire civil*, Dalloz, février 2019
- LEMOYNE de FORGES Jean-Michel in ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2012, v° *Fonction publique*.
- MAGNIER Véronique, « Gouvernance des sociétés », in *Repertoire des sociétés*, Dalloz, juin 2014, spéc. 86-1
- MASSART Thibault, « Contrat de société », in *Repertoire de droit des sociétés*, Dalloz, août 2018, v° spéc. 48 *notion de capital social ; n° 59 apport en industrie*
- Mémento droit commercial*, Francis Lefebvre, 2019, n°2050, v° *Personnification juridique de l'entreprise*
- MESTRE Jacques (dir.), in *Lamy sociétés commerciales*, février 2018, v° *apports ; montant nominal des actions ; possibilité de valeurs nominales inégales*
- MILLARD Eric, « Réalisme », in ALLAND Denis, RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, préc.
- MOREAU Bertrand et al., in *Repertoire de procédure civile*, Dalloz, juin 2017, v° *arbitrage en droit interne*
- NADAL Sophie, « L'entreprise reconstituée : l'unité économique et sociale », in *Repertoire de droit du travail*, Dalloz, janvier 2018, spéc. 183.
- PAQUOT Thierry in BOURG Dominique, Papaux Alain (dir.), *Dictionnaire de la pensée écologique*, Quadriges, PUF, 1^{ère} éd., 2015, v° *environnement*
- PETIT Franck, « Unité économique et sociale », in *Repertoire de droit du travail*, Dalloz, novembre 2018
- PIRONON Valérie, « Sources du droit », in COLLART DUTILLEUL François, PIRONON Valérie, VAN LANG Agathe (dir.), *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Institut Universitaire Varenne, coll. Transition & Justice, 2018, p. 763.
- DE QUENAUDON René, « Responsabilité sociale des entreprises », in *Repertoire de droit du travail*, octobre 2017, spéc.11-14.

QUICHERAT Louis, DAVELUY Amédée, *Dictionnaire latin-français*, Hachette, 57ème éd°, en ligne : <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb325507234> , p.783 v° *lucrum*

ROCHFELD Judith, in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2016, v° *cause*.

ROLAND Henri, BOYER Laurent, *Locutions latines du droit français*, 4° éd., Litec : v° *bon père de famille*.

ROMANI Anne-Marie, « Enrichissement » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n°48-49, février 2018.

SILEM Ahmed, ALBERTINI Jean-Marie, *Lexique d'économie*, Dalloz, 13^{ème} éd., v° *externalisation*.

STORCK Michel, *Jurisclasseur Sociétés*, Lexis-Nexis, Fasc.71-10 v° *Sociétés à responsabilité limitée*.

SORTAIS Jean-Pierre, « Protection des minoritaires : droit des sociétés », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2014.

SOUSI Gérard, MAYAUD Yves (dir.), *Lamy Association*, Lamy, 2019, Partie 7, v° *droit local*.

TRÉBULLE François-Guy, in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, mars 2003, actualisé juillet 2018, v° *Responsabilité sociale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale ; v° volontariat*.

TRESOR DE LA LANGUE FRANÇAISE INFORMATISE (TLFI), en ligne, accessible sur www.cnrtl.fr.

VALLENS Jean-Luc, *Répertoire de droit civil*, Alsace et Moselle, Dalloz, juin 2011, pt. 23.

VALLENS Jean-Luc, *JurisClasseur Alsace-Moselle*, Fac. 531, v° *associations coopératives*.

VALUET Jean-Paul, « Privatisation et sociétés privatisées », in *Repertoire de droit des sociétés*, Dalloz, décembre 2010, v° *actions spécifiques*.

VELARDOCCIO Dominique, *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, février 2019, v° *dividendes*.

ZENATI Frédéric, « Usufruit des droits sociaux », in *Repertoire de droit des sociétés*, Dalloz, janvier 2017.

ZOLLER Elisabeth in ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadriga, Lamy-PUF, 1^{ère} éd., 2003, v° *bonne foi*

III Ouvrages spéciaux, monographies

ABADIE Pauline, *Entreprise responsable et environnement – Recherche d'une systématisation en droits français et américain*, thèse, Paris, 2011, Bruylant, 2013, 878 p.

AMER-YAHIA Amel, *Le régime juridique des dividendes*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010, 447 p

ARNAULD André-Jean, *Les juristes face à la société. Du XIXème siècle à nos jours*, PUF, coll. « Sup », 1975, 228 p.

BARRAUD Boris, *Le droit postmoderne. Une introduction*, L'Harmattan, coll. Le droit aujourd'hui, 2017, 320 p.

BECK Ulrich, *Risikogesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986 (trad. Laure Bernadi, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, préface de Bruno Latour, Paris, Aubier, 2001)

BEIGNER Bernard, *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1995, 674 p.

BEKKER Ernst Immanuel, *Zur lehre vom rechtssubjekt: Genuss und verfügung : zwecksatzungen zweckvermögen und juristische personen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, Jena, Maukel, 1873, t.12, 135 p.

BELAÏDI Nadia, « *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique ?* », Bruylant, 2008, 498 p.

BENISTY Samuel, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Versailles-Saint Quentin en Yvelines, Institut Universitaire Varenne, coll. des thèses, 2014, 364 p.

BENNINI Aïda, *Le voile de l'intérêt social*, préface de Charley HANNOUN, Thèse, Cergy-Pontoise 2010, Lextenso éditions, 2013, 492 p.,

BERENGUER Benjamin, *L'argument environnemental en droit du marché*, thèse, Montpellier, 2015, 298 p.

BERGEL Jean-Louis (dir.), *Droit et déontologies professionnelles*, Lib. univ. Aix-en-Provence, 1997, 374 p.

BERRAMDANE Abdelkhaleq, ABDEREMANE Karine (dir.), *Union européenne – Une Europe sociale et solidaire ?*, Ed° Mare & Martin, coll. droit public, 2015, 486 p.

BERREBI-HOFFMANN, LALLEMENT Michel, BUREAU Marie-Chistine, *Makers. Enquête sur les laboratoires du changement social*, Seuil, 2018, 352 p.

BLAISE Henry., *L'apport en société*, Thèse, Rennes, 1953, Sirey 1955, 417 p.

BLANC Joseph., *Des délits des esclaves, en droit romain. De la responsabilité des patrons en matière d'accidents, en droit français*, Thèse, Grenoble, 1888, 422 p.

- BLIN-FRANCHOMME Marie-Pierre, DESBARATS Isabelle, JAZOTTES Gérard, VIDALENS Virginie., *Entreprise et développement durable - Approche juridique pour l'acteur économique du XXI^e siècle*, Coll. Axe droit, Lamy, 2011, 338 p.
- BOMMIER Swann et RENOARD Cécile, *L'entreprise comme commun – Au-delà de la RSE*, éd. Charles Leopold Mayer, février 2018, 264 p.
- BONTEMS Philippe, ROTILLON Gilles, *L'économie de l'environnement*, La découverte, coll. Repères, 2013, 128 p.
- BOY Laurence, *L'intérêt collectif en droit français (réflexions sur la collectivisation du droit)*, Thèse, Nice, 1979, dactyl., 2 t., 1616 p.
- BUCHBERGER Matthieu., *Le contrat d'apport, Essai sur la relation entre la société et son associé*, Thèse, Paris II, 2009, Editions Panthéon Assas, 2011, 545 p.
- BRIGNON Bastien, *L'actif social. Plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Université Paul Cézanne, coll. de l'institut de droit des affaires, 2009, 518 p.
- CAILLET Marie-Caroline, *Le droit à l'épreuve de la responsabilité sociétale des entreprises, étude à partir des entreprises transnationales*, Thèse, Bordeaux, 2014, 664 p.
- CAMBACERES Jean-Jacques Régis de, *Projet de code civil*, Topos Ed. Verlag AG Vadus, Lichtenstein et Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977, p.304. Accessible en ligne <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9370g/f312.image>, consulté le 07 avril 2019.
- CARBONNIER Jean, *Flexible Droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, 490 p.
- CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige manuel, 4^{ème} éd°, 2016, 416 p.
- CARRE DE MALBERG René, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés – avec les idées et les institutions consacrés par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, Paris, 1933, Dalloz, 2007, 214 p.
- CAMPROUX DUFFRENE Marie-Pierre et SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de la nature devant le juge : approche comparative et prospective*, Vertigo, Hors-série 22, septembre 2015
- CEA Aurélie, *L'unité économique et sociale en droit du travail*, Thèse, Bordeaux, 2016, 538 p.
- CHAMPAUD Claude, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise. Sortir de la crise du financialisme*, Larcier, 2011, 366 p.
- CHAPUT Yves, *De l'objet social des sociétés commerciales*, Thèse, Clermont, 1973, 300 p.
- CHARDEAUX Marie-Alice, *Les choses communes*, LGDJ, coll. Thèses, bibliothèque de droit privé, t. 464, 2006, 487 p.
- CHAUVEAU A. et ROSÉ J.-J., « *L'entreprise responsable* », Éditions organisation, 2003
- CHAUVET, David., *La personnalité juridique des animaux jugés au Moyen-Age (XIII^{ème} –XVI^{ème} siècles)*, L'Harmattan, 2012, 158 p.
- CHEVREAU Emmanuelle, MAUSEN Yves, BOUGLE Claire, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, coll. Objectif droit cours, 2^{ème} éd°, 2011
- COLSON Renaud, *La fonction de juger : Etude historique et positive*, Fondation Varenne, LGDJ, 2006, thèse, 350 p.
- COMTE Auguste, *Système de politique positive ou Traité de sociologie, instituant la religion de l'humanité*, ed. O. Zeller, T.1,1967
- DARDOT Pierre LAVAL Christian, « *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle* », éd. La découverte, 2014, 592 p.
- DAVY Ernest, *Précis – Formulaire du notariat*, éd. La Basoche, Paris, 1935, 6 vol.
- DEFFAIRI Meryem, *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, éd. de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, coll. André Tunc, T. 61, 2015, 877 p.
- DELACOUR Albert, *Les animaux et la loi pénale*, thèse, Paris, Giard et Brière, 1901, 95 p.
- DELAUNAY Janine, *Halte à la croissance ? Enquête sur le Club de Rome et Rapport sur les limites de la croissance par MEADOWS Donella H., MEADOWS Dennis L., RANDERS Jorgens, BEHRENS III William W du Massachusetts Institute of Technology*, trad. de l'anglais par DELAUNAY Jacques, Coll. Ecologie, Fayard, 1972
- DELMAS-MARTY Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, éd. Seuil, 1998
- DELMAS-MARTY Mireille, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, 2013
- DEUMIER Pascale, *Le droit spontané*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, 477 p.
- DESPAX Michel, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957, 443 p.
- DUGUIT Léon, *Les transformations générales du droit privé depuis le code napoléon*, Paris 2^{ème} éd°, 1920, 206 p.
- DURCKHEIM Emile, *Les règles de la méthode sociologique* (1894), 13^{ème} éd., coll Quadrige grands textes, PUF, 2007
- DURMA Mircea, *La notification de la volonté*, thèse, Paris, Sirey, 1930, 549 p.

EPSTEIN Aude-Solveig, *Information environnementale et entreprise, Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut universitaire Varenne, Coll. Des thèses, LGDJ, 2015, 940 p.

FAUCONNET Paul (dir. DURKHEIM E.), *La responsabilité : étude de sociologie*, éd. Félix Alcan, Paris, 1920

FERNANDEZ Manuel, *Le contrôle de l'entreprise par ses fournisseurs de crédit dans les droits français et anglais*, Thèse, Paris II, 2007, 570 p.

FÉRONNE Geneviève et a., *Le développement durable*, éd° d'Organisation, 2001,

FOREST Grégoire., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Tours, 2010, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2012, 549 p.

FORGET Elisabeth, *L'investissement éthique : Analyse juridique*, Presses Universitaires de Strasbourg, thèse, 2013, 788 p.

FOURASTIÉ Jean, *Des Trente glorieuses ou la Révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, 1979, Pluriel, 2011

FREEMAN R. Edward, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, 1984, Cambridge University Press, 2010, 292 p.

FRELETEAU Barbara, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, Bordeaux, 2017, 633 p.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, (dir.) *Régulation, supervision, compliance*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2017, 148 p.

GAILLARD Emilie, *Génération futures et droit privé*, Thèse, Orléans, 2008, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2011, 692 p.

GAILLARD Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, 250 p.

GENY François, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif - Essai critique*, LGDJ, 1919, 2 t., 446 et 442 p.

GENY François, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1913, T. 1, 236 p

GHESTIN Jacques, *La formation du contrat*, LGDJ, 3° éd. 1993, 976 p.

GILLIARD François, *L'expérience juridique : esquisse d'une dialectique*, éd. Librairie Droze, Genève, 1979, 130 p.

GRIMALDI Cyril, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, thèse, Paris II, Defrénois, coll. Doctorat & notariat, tome 23, 2007, 580 p.

HAURIOU Maurice, *Police juridique et fond du droit : à propos du livre d'Al-Sanhoury : Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon*, 1926, Sirey, 30 p.

HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHE-MARENGO Eve (dir.), *Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité ?*, Mare & Martin, Droit sciences et environnement, 2017, 325 p.

HERVÉ-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2008, 326 p.

HOUTCIEFF Dimitri, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Institut de Droit des affaires, 2001, 2 tomes, thèse, 1134 p.

HUGLO Christian, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2018, 395 p.

HURSTEL Daniel, *La nouvelle économie sociale Pour réformer le capitalisme*, Odile Jacob, 2009, 216 p.

ITSIMBOU MABIKA Nany Elodie, *L'utilité du capital social : étude de droit français*, Thèse, Clermont-Ferrand I, 2010, 639 p.

JAMES Emile., *Les formes d'entreprises*, Sirey, 1935, 604 p.

JEANSEN Emeric, *L'articulation des sources du droit, Essai en droit du travail*, Recherches juridiques, Economica, 2008, 472 p.

JONAS Hans, *Le principe Responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, Paris, Flammarion, col. Champs, traduction de Greisch J., 1998, 470 p.

JONAS Hans, *Une éthique pour la nature*, Desclé de Brouwer, 2000, 159 p.

JOSSERAND Louis, *De la responsabilité des choses inanimées*, Paris, Rousseau, 1897, 129 p

JOURDAIN Edouard, *Quelles normes comptables pour une société du commun ?*, Charles Léopold Mayer, 2019, 220 p.

KANT Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, Vrin, 2011, Première partie, Doctrine du droit 420 p.

KAYSER Pierre, *Société ou association ? L'article 1832 du code civil et la loi du 1^{er} juillet 1901*, Thèse, Paris, Sirey, 1928, 346 p.

KOERING Camille, *La règle « une action-une voix »*, Thèse, Paris I, 2000, 525 p.

LACHMANN Carl Eduard, *De la transformation de la société anonyme moderne*, thèse, Grenoble, 1936, 110 p.

- LAMBERT Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. Préf. MODERNE F., Dalloz, 2005.
- LAROCHE Pierre-Claude, *Observations sur la Déclaration des droits et devoirs de l'homme et du citoyen*, Paris, éd. Baudouin, 1799, 38 p.
- LATOUCHE Serge, *Vers une société d'abondance frugale. Contresens et controverses sur la décroissance*, Fayard, Mille et une nuits, 2011, 208 p.
- LAVILLE Elisabeth, *L'Entreprise verte*, Village mondial, 2002
- LEYVAL Albert-Pierre, *De la notion d'enrichissement injuste en droit romain classique*, Thèse, Alger, Baconnier Frères, 1935, 167 p.
- LE NABASQUE Hervé, *Le pouvoir dans l'entreprise*, thèse, Rennes, 1986, 591 p.
- LOPEZ Leaëtitia, *L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise*, Thèse, Lyon, 2016, éd° Connaissances et Savoirs, 2017, 389 p.
- LUCAS Marthe, *Etude juridique de la compensation écologique*, thèse, Strasbourg, 2012, 672 p.
- MACHELARD Eugène, *Des obligations naturelles en droit romain*, Paris, Auguste Durand, 1861, 575 p.
- MALAFOSSE Jehan de, *Le droit de l'environnement, le droit à la nature, aménagement et protection*, Montchrestien, 1973, 253 p.
- MALAURIE Philippe, *Les contrats contraires à l'ordre public*, thèse, Paris, 1953, 278 p.
- MANGEMATIN Céline, *La faute de fonction en droit privé*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2014, 722 p.
- MANGIAVILLANO Alexandre, *Le contribuable et l'État*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, vol.126, 2013, 676 p.
- MARGUENAUD Jean-Pierre, *L'animal en droit privé*, thèse, Limoges, 1987, PUF, 1992, 577 p.
- MARKUS Jean-Paul (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?* Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, 320 p.
- MARTIN Gilles J., *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, thèse, Nice, 1976, Publications périodiques spécialisées, 178, 292 p.
- MARTIN-CHENUT Kathia, DE QUENAUDON René, *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?*, éd. A. Pédone, 2016, 383 p.
- MARTIN-CHENUT Kathia, DE QUENAUDON René (dir.), *La RSE saisie par le droit, Perspectives interne et internationale*, , éd. Pedone, 2016, 717 p.
- MARTIN de la MOUTTE Jean-Jacques., *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Thèse, Toulouse, 1949, 343 p.
- MAY Jean-Claude, *La valeur nominale des actions de société*, thèse, Paris II, 1980 , 1326 p.
- MBONGO Pascal (dir.), *L'excès, l'hypermodernité, entre droit et politique*, Mare & Martin, coll. Droit et science politique, 2012, 337 p.
- MEKKI Mustapha, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, 910 p.
- MEKKI Mustapha (dir.), *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, coll. Droit(s) et développement durable, Bruylant, 2016, 237 p.
- MEYER Nadège, *L'ordre public en droit du travail, Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 461, 2006, 375 p.
- MICHOUD Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, 1906, 484 p.
- MONTEILLET Vanessa, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Thèse, Montpellier, 2015, 891 p.
- MONTESQUIEU Charles de Secondat, *De l'Esprit des lois*, (1758), Gallimard, 1995 [en ligne http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_1/esprit_des_lois_Livre_1.pdf, consulté le 11 mai 2018 ; *Lettres persanes*, Lettre CXXXIX, Ubsek à Rhédi. À Venise.
- MOUBSIT Hassna, *La représentation en droit des sociétés*, thèse, L'Harmatan, coll. Logiques juridiques, 2013, 575 p.
- MUSSO Pierre (dir.), *L'entreprise contre l'Etat ?*, éd. Manucius, Institut d'Etudes Avancées de Nantes, 2017, 214 p.
- NAUDET Joseph, *De la responsabilité graduelle des agents du pouvoir exécutif*, Paris, Delaunay, 1819, 46 p.
- NDIAYE Momath, *L'inégalité entre associés en droit des sociétés*, thèse, Paris I, 2017, 480 p.
- NEYRET Laurent, MARTIN Gilles J. (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012, 434 p.

- OST François,
- *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999, 376 p.
 - *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, éd. La découverte, 2003, 346 p.
- OST François, VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publi. Facultés univers. Saint-Louis, 2002, 587 p.
- OSTROM Elinor, *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, coll. Planète enjeu, éd. De Boeck Université, 2010, 301 p.
- OUTREPONT Charles-Lambert d', *Discours sur la frugalité, prononcé au temple national de Bruxelles, le 10 ventôse de l'an troisième.*, Ed. impr. De G. Huyghe, 1795.
- PELERMAN Chaïm, *Logique juridique, nouvelle rhétorique (Méthodes du droit)*, Dalloz, 1976, 194 p.
- PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), *Les notions à contenu variables en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles 1984, 377 p.
- PARANCE Béatrice, DE SAINT VICTOR Jacques, *Repenser les biens communs*, CNRS éd°, 2014 ; 350 p.
- PLANCHENAULT Ernest, *De la solidarité*, Paris, éd° E. Thunot, thèse, 1854, 148 p.
- POTTIER Antonin, *L'économie dans l'impasse climatique : développement matériel, théorie immatérielle et utopie auto-stabilisatrice*, Paris, Ecole des hautes études en sciences sociales, Centre international de recherche sur l'environnement et le développement, Thèse, 2014, p.474
- PRIEUR Michel (dir.), *La pollution atmosphérique en droit français et en droit comparé*, Publications périodiques spécialisées Lyon, 1976, 224 p.
- PRIEUR Michel, DOUMBÉ-BILLÉ Stéphane, *Droit de l'environnement et développement durable*, Presses universitaires de Limoges, 1994, 352 p.
- PRIEUR Michel, SOZZO Gonzalo, (dir.), *La non-régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012, 547 p.
- RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980, 564 p.
- RIPERT Georges,
- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, 421 p.
 - *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, 355 p.
- ROBE Jean-Philippe, *Le temps du monde de l'entreprise. Globalisation du système juridique*, Dalloz, coll. À droit ouvert, 2015, 601 p.
- ROUAST Joseph., *La notion juridique d'apport en nature*, thèse, Paris, 1949, 99 p.
- ROUSSEAU Jean-Jacques,
- *Du contrat social, ou Principes du droit politique, Œuvres politiques de J.-J. Rousseau*, Vve Lepetit, Paris, 1821, Librio, 2017, 110 p.
 - *Projet de constitution pour la Corse*, 1765, éd. Delga, 2012, 174 p.
- SALEILLES Raymond,
- *Les accidents du travail et la responsabilité civile, Essai d'une théorie objective de la responsabilité*, Paris, Rousseau, 1897, 90 p.
 - *De la personnalité juridique*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 2^{ème} éd°, 1922, 684 p.
- SCHEIL Vincent, *La loi de Hammourabi – vers 2000 av. J.-C.*, éd. Ernest Leroux, Paris, 1904, 45 p. accessible en ligne <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00766666>, consulté le 26 avril 2019
- SEGRESTIN Blanche, LEVILLAIN Kevin, VERNAC Stéphane, HATCHUEL Armand, *La Société à Objet Social Étendu. Un nouveau statut pour l'entreprise*, Presses des Mines, coll. Economie et gestion, 2015, 126 p.
- SCHMIDT Dominique, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, thèse, Sirey, 1970, 264 p.
- SCHMITT Carl, *Légalité et légitimité*, 1932, trad. ROY Christian et SIMARD Augustin, Les presses de l'Université de Montréal, 2015, 149 p.
- SCORDEL Jules, *Les apports en nature dans les sociétés par action*, thèse, Paris, Sirey, 1930, 482 p.
- SIMARD Augustin, *La loi désarmée, Carl Schmitt et la controverse légalité/légitimité sous Weimar*, Coll. Philia, Editions de la maison des sciences de l'homme, Les presses de l'Université Laval, 2009, 435 p.
- SOHNLE Jochen, CAMPROUX-DUFFRÈNE Marie-Pierre (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2014, 503 p.
- SOLEILHAC Thibault, *Le temps et le droit de l'environnement*, thèse, Lyon, 2006, 2 vol., 1400 p.

- SOLINNHAC Marc, *L'investissement socialement responsable : un processus de destruction créatrice ?*, thèse, Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2015 ; 377 p.
- SOUSI Gérard, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse, Lyon III, 1974, 360 p.
- SUPIOT Alain,
- *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, 333 p.
 - *L'esprit de philadelphie : la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, 178 p. ;
 - *La gouvernance par les nombres*, Institut d'études avancées de Nantes, Fayard, 2015, 512 p. ;
- SUPIOT Alain (dir.),
- *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Paris, Collège de France, 2018, 180 p.
 - *L'entreprise dans un monde sans frontière – Perspectives économiques et juridiques*, coll. Les sens du droit, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2015, 344 p.
- STONE Christopher, *Les arbres doivent-ils pouvoir plaider ?* trad. de l'anglais par Tristant Lefort-Martine, préface de Catherine Larrère, éd. Le passager clandestin, 2017, 154 p.
- STORCK Michel, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, 1982, 270 p.
- TERRÉ François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, 599 p. ; LGDJ Lextenso 2014, 614 p.
- TERRIER Victor., *Essai sur la notion de profit et sur son partage entre l'entrepreneur et l'ouvrier*, thèse, Paris, Giard, 1923, 158 p.
- THEODOROFF Théodore, *L'enrichissement sans cause*, thèse, Toulouse, 1907, Imprimerie du rapide, 196 p.
- THIBIERGE Catherine et al., *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009, 912 p.
- TOMADINI Aurélie, *La liberté d'entreprendre et la protection de l'environnement : contribution à l'étude des mécanismes de conciliation*, thèse Dijon, 2014, LGDJ 2016, 691 p.
- TONNELIER Georges, *Des apports en nature dans les sociétés par actions en droit commercial*, thèse, Paris, Arthur Rousseau, 1884, 2 parties en 1 vol., 121 – 171 p.
- TRÉBULLE François-Guy, UZAN Odile, *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés droit et gestion*, Economica, coll. Etudes juridiques, n°42, 2011, 530 p.
- TROPLONG Raymond-Théodore, *Du contrat de société civile et commerciale*, Paris, éd. Charles Hingray, 1843, en ligne : <https://archive.org/details/ducontratdesoci01trop> , 592 p.
- TUFFERY-ANDRIEU Jeanne-Marie (dir.), *La responsabilité sociale de l'entreprise en Alsace et en Lorraine du XIXe au XXe siècle*, Presses universitaires de Rennes, coll. Pour une histoire du travail, 2011
- VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, 268 p.
- VANUXEM Sarah, *La propriété de la terre*, éd. Wildproject, coll. Le monde qui vient, 2018, 103 p.
- VAREILLES-SOMMIERES Marie-Gabriel-André de La Broüe de, *M.Lainé et les lois d'ordre public*, E.Pichon, 1904, 33 p.
- VAVASSEUR Auguste, *De la responsabilité des accidents de fabrique*, Paris, 1881, 15 p.
- VIANDIER Alain, *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, 314 p.
- VINEY Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, thèse, 1965, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2014, 416 p.
- WEYRICH Julie, *Les outils pour une gestion sobre de la société anonyme selon une approche franco-allemande*, Mémoire de recherche, M2 Droit de l'environnement, Strasbourg, 2019, 106 p.
- WORMS René, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligation en droit romain et en droit français*, thèse, Paris, Giard, 1891, 207 p.

III. RAPPORTS, ETUDES, SOURCES OFFICIELLES

ADEME, *Les monnaies locales complémentaires environnementales, Etat des lieux, impacts environnementaux et efficacité économique*, coll. Expertise, mars 2016, 175 p.

ADEME, ATEMIS, VUIDEL Patrice, PASQUELIN Brigitte, *Vers une économie de la fonctionnalité à haute valeur environnementale et sociale en 2050*, Les dynamiques servicielle et territoriale au cœur du nouveau modèle. ADEME, coll. Horizons, juin 2017, rapport, 300 p.

AGENCE DE REVENU DU CANADA, « Lignes directrices pour l'enregistrement d'un organisme de bienfaisance : satisfaire le critère du bienfait d'intérêt public », CPS-024, 10 mars 2006, modifié le 28 juin 2011

ASSOCIATION,

- 4D, HOURS Ana, LAPIERRE Catherine. et al., *Pour une économie écologique et équitable - Etat des lieux et propositions*», Etude commandée par la CFDT, Rapport final, 7 décembre 2012, 123 p.
- ASSOCIATION FINANCEMENT PARTICIPATIF, « Plaidoyer et propositions pour un nouveau cadre réglementaire », Livre blanc, 2012, p.17
- ASSOCIATION FRANÇAISE DES ENTREPRISES PRIVEES, CONSEIL NATIONAL DU PATRONAT FRANÇAIS, VIENOT Marc (dir.), *Le conseil d'administration des sociétés cotées*, rapport du groupe de travail, juillet 1995, 21 pages
- INSTITUT DE L'ENTREPRISE, « A quoi servent les entreprises ? », Les notes de l'Institut, janvier 2018, 50 p., en ligne : <http://www.institut-entreprise.fr/les-publications/quoi-servent-les-entreprises> , consulté le 18 mai 2018
- LE CLUB DES JURISTES, FREROT Antoine, HURSTEL Daniel (groupe de travail présidé par), *Le rôle sociétal de l'entreprise. Eléments de réflexion pour une réforme*, commission ad hoc, avril 2018, 127 p.
- TERRA NOVA, *L'entreprise contributive. 21 propositions pour une gouvernance responsable*, 5 mars 2018, 84 p.

ATTALI Jacques (groupe de réflexion présidé par), *Pour une économie positive*, Rapport remis au président de la République le 21 septembre 2013, La documentation française, Fayard, 2013, 274 p.

AUTORITE DE REGULATION PROFESSIONNELLE DE LA PUBLICITE, *Le Code de l'ARPP 2017 : guide des recommandations*, [en ligne : <https://www.arpp.org/code-arpp/>], consulté le 9 mai 2018, 265 p.

ASSEMBLEE NATIONALE,

- Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire, Avis n°1593 par SADDIER Martial, *sur le projet de loi constitutionnelle n°992 relatif à la Charte de l'environnement*, Assemblée Nationale, 11 mai 2004.
- Commission des finances, de l'économie générale et du plan, (présenté par), Rapport n° 2327 par BESSON Eric sur le projet de loi de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, 12 avril 2000.
- Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, Rapport n°1122 par CHANTEGUET Jean-Paul, *Contribution au débat sur le volet énergétique de la transition écologique*, Assemblée nationale, 11 juin 2013, v° introduction.
- Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire, Rapport n°1764 par NOGUÈS Philippe sur la Proposition de résolution européenne sur la publication d'informations non financières, 5 février 2014.
- Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi Pacte, Rapport n° 1237 par LESCURE Roland, 15 septembre 2018.
- MIRABEAU Honoré Gabriel Riqueti, *Intervention du 28 oct. 1789 devant l'Assemblée nationale*, Archives parlementaires, 1^{ère} série, t. IX, p. 595.
- VERCAMER Francis, *L'économie sociale et solidaire, entreprendre autrement pour la croissance et l'emploi*, Rapport, avril 2010, 176 pages.

Benefit Corporation White Paper, en ligne : http://benefitcorp.net/sites/default/files/Benefit_Corporation_White_Paper.pdf , Version du 18 janvier 2013, consulté le 10 mai 2018.

BPI FRANCE,

- LE LAB, *Une aventure humaine : les PME-ETI et la RSE*, 26 avril 2018, 82 p.
- OBSERVATOIRE DES PME, *PME 2017. Rapport annuel sur l'évolution des PME*, mars 2018, 13^{ème} éd°, 155 p.

BROVELLI Lydia., DRAGO Xavier., MOLINIE Eric, *Responsabilité et performance des organisations, 20 propositions pour renforcer la démarche de responsabilité sociale des entreprises (RSE)*, Rapport public au Gouvernement le 20 juin 2013, 52 pages

CENTRE DE RECHERCHE POUR L'ÉTUDE ET L'OBSERVATION DES CONDITIONS DE VIE (CREDOC), VAN DE WALLE Isabelle, BRICE Lucie, « Les attentes des consommateurs en matière de responsabilité sociale des entreprises », Cahier de recherche n°289, décembre 2011, 66 p., p. IV

CHIRAC Jacques, « Discours de Jacques Chirac, candidat à la présidence de la République, le 18 mars 2002 à Avranches », in RJE, *La charte constitutionnelle en débat*, numéro spécial, 2003, vol. 28, n°1, pp. 89-97

COIPEL Michel (dir.), *Le rôle économique des ASBL au regard du droit des sociétés de la commercialité*, rapport du 371^e séminaire de la commission droit et vie des affaires de l'Université de Liège des 20 et 21 mars 1985, éd. Story Scientia, p. 93-248.

CNUED, *Déclaration de Rio de Janeiro, Agenda 21, Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques*, 14 juin 1992,

COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN,

- Avis sur la Communication de la Commission « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie pour l'UE pour la période 2011-2014 », COM(2011)681 final, 24 mai 2012, JOUE 31 juillet 2012.
- MONZON José Luis, CHAVES Rafael, *L'économie sociale dans l'Union européenne*, rapport d'information élaboré par le Centre international de recherches et d'informations sur l'économie publique, sociale et coopérative (CIRIEC), 2012, 129 p.

COMMISSION FRANÇAISE DU DEVELOPPEMENT DURABLE, *Contribution au débat national sur le développement durable. Eléments de bilan*, Rapport 1996, 239 p.

COMMISSION EUROPEENNE,

- Communication,
 - o « Concilier nos besoins et nos responsabilités en intégrant les questions environnementales dans la politique économique », 28 juin 2001, COM(2001)576 final
 - o « Développement durable en Europe pour un monde meilleur : stratégie de l'Union européenne en faveur du développement durable », 15 mai 2001, COM(2001)264 final
 - o « Communication concernant la responsabilité sociale des entreprises: Une contribution des entreprises au développement durable », 2 juillet 2002, COM(2002)347 final
 - o « “Think Small First” : Priorité aux PME, Un “Small Business Act” pour l'Europe », 25 juin 2008, COM(2008)394 final.
 - o « Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive », 3 mars 2010, COM(2010) 2020 final.
 - o « Responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », 25 octobre 2011, COM(2011)681 final.
 - o « Initiative pour l'entrepreneuriat social - Construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales », 25 octobre 2011, COM (2011) 682 final.
- Livre blanc, *sur la responsabilité environnementale*, COM(2000) 66 final, 9 février 2000.
- Livre vert, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, 18 juillet 2001, COM(2001)366.
- Livre vert, *Sur la réparation des dommages causés à l'environnement*, COM (93) 47 final, 14 mai 1993.
- Rapport, « Application du règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SCE) », 23 février 2012, COM(2012)072 final,
- Rapport par BALDASSARRE Raffaele sur la responsabilité sociale des entreprises : comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable, 2012/2098 (INI), 28 janvier 2013.
- Réponse à la question écrite E-3161/02 posée par Erik Meijer (GUE/NGL) à la Commission, par Mme Diamantopoulou au nom de la Commission, JO C N°222E du 18/09/2003, p. 50–51.

CONFERENCE ENVIRONNEMENTALE POUR LA TRANSITION ECOLOGIQUE, Paris, Palais d'Inéa, 14 et 15 septembre 2012, v° *Feuille de route pour la transition écologique*, septembre 2012, en ligne, <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/conference-environnementale#e3>, consulté le 18 octobre 2018], 24 p.

CONFERENCE DES PARTIES A LA CONVENTION SUR LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES (COP), *Protocole de Kyoto*, 11 décembre 1998, 24 p.

CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Entre temps court et temps long - Les Forums du CESE sur le vivre ensemble*, PUF, “Hors collection”, 2013, 240 p.

CONSEIL EUROPEEN, *Conclusions de la présidence*, Lisbonne, 23 et 24 mars 2000, en ligne : http://www.europarl.europa.eu/su/mmits/lis1_fr.htm consulté le 26 avril 2019.

CONSEIL D'ETAT,

- *Avis sur le projet de loi Pacte*, 14 juin 2018, 45 p.
- *Le droit souple*, La documentation française, Etude annuelle, mai 2013, 297 pages

COUR DE CASSATION, *Le temps*, Rapport annuel 2014, La documentation française, 2015, 678 p.

DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY (Royaume-Uni), Office of the Regulator of Community Interest Companies, *Information and guidance notes*, november 2012, Chapter 1, Introduction, pp 3-4, 2 August 2013 : https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/416307/12-1333-community-interest-companies-guidance-chapters-chapter_1-introduction.pdf, consulté le 26 avril 2019.

DIRECTION GENERALE DE LA CONCURRENCE, DE LA CONSOMMATION ET DE LA REPRESSION DES FRAUDES, *Pratiques commerciales trompeuses : les clés pour les reconnaître et s'en prémunir*, Vie pratique, Fiches pratiques, 19 janvier 2018, en ligne, <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publication/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Pratiques-commerciales-trompeuses>, consulté le 12 mai 2018

GROUPE ALPHA, « Législation française sur la transparence des entreprises : dixième bilan d'application. Le reporting n'est toujours pas une réponse des entreprises aux interrogations de la société », février 2014, accessible en ligne : <http://www.groupe-alpha.com/fr/etudes-prospective/publications/bilans-application-repor/legislation.html> (consulté le 3 décembre 2020), 59 p.

GRUPE DE RECHERCHE POUR UN AUTRE CODE DU TRAVAIL (GR-PACT), « Pour un autre droit du temps de travail », Droit social, 2016, p. 422.

INRA, LEVEILLE Patricia, « A quoi servent les abeilles », in *Abeilles, reines de la survie*, dossier grand public, 06 février 2013, [en ligne], [http://www.inra.fr/Grand-public/Ressources-et-milieux-naturels/Tous-les-dossiers/Abeilles-pollinisation-biodiversite-pesticides/Abeilles-pollinisation-et-biodiversite/\(key\)/3](http://www.inra.fr/Grand-public/Ressources-et-milieux-naturels/Tous-les-dossiers/Abeilles-pollinisation-biodiversite-pesticides/Abeilles-pollinisation-et-biodiversite/(key)/3), consulté le 6 juin 2018.

INSTITUT DE L'ENTREPRISE, « Les Social Impact Bonds : pour une collaboration (enfin) vertueuse entre le privé et le public », en ligne <https://medium.com/institut-de-l-entreprise/contrat-impact-social-social-impact-bond-2957e1d09640>, 14 mars 2016, consulté le 26 avril 2019.

INSEE,

- DEROYON Julien, « Les PME organisées en groupe : un phénomène important dès les unités de petite taille » in INSEE, *Les entreprises en France*, 8 novembre 2016, dossier.
- DUMARTIN Sylvie, département des synthèses sectorielles, , *Les pratiques environnementales des entreprises*, Insee première, n°1673, 14 novembre 2017.
- *Tableaux de l'économie française, éd° 2018*, 27 février 2018, 274 p.

INSPECTION GENERALE DES FINANCES, JEVAKHOFF Alexandre, CAVAILLOLES David, *Le rôle économique des fondations*, Rapport n°2017-M-008, avril 2017, 203 p.

LEPAGE Corine et al., *Déclaration universelle des droits de l'Humanité*, Rapport au Président de la République, 25 septembre 2015, 133 p.

Livre Blanc sur la *Benefit Corporation*, « Benefit Corporation White Paper », 63 p. accessible en ligne à l'adresse : http://benefitcorp.net/sites/default/files/Benefit_Corporation_White_Paper.pdf, version du 18 janvier 2013, consulté le 26 avril 2019

MINISTERE DE L'ECOLOGIE, DU DEVELOPPEMENT DURABLE ET DE L'ENERGIE, Ministère de l'environnement, de l'énergie et de la mer, Ministère de la transition écologique et solidaire,

- COPPENS Yves, « Rapport de la Commission Coppens de préparation de la Charte de l'environnement », , Avril 2005, 54 p.
- *Guide du dialogue avec les parties prenantes*, mars 2013, 86 p.
- Commissariat général au développement durable, *Écologie industrielle et territoriale : le guide pour agir dans les territoires*, coll. Références, décembre 2014, 212 p.
- *Stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable 2015-2020*, adoptée en Conseil des ministres le 4 février 2015
- *Feuille de route pour l'économie circulaire, 50 mesures pour une économie 100 % circulaire*, avril 2018, 46 p.
- NOTAT Nicole, SENARD Jean-Dominique, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, Rapport remis aux ministres de la transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances, et du travail, le 9 mars 2018, 123 p.
- Commissariat général au développement durable, « Donner une valeur à l'environnement, un exercice délicat mais nécessaire », La revue du CGDD, décembre 2010, accessible en ligne : <http://temis.documentation.developpement-durable.gouv.fr/document.html?id=Temis-0068599>, consulté le 26 avril 2019, 88 p.

MINISTERE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMERIQUE,

- *La commande publique : une réforme au service de l'économie, dossier de présentation*, avril 2016: <http://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/brochure-commande-publique-v04.pdf>, consulté le 7 décembre 2016.

MINISTERE DE LA JUSTICE,

- DINTILHAC Jean-Pierre, *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, mars 2006, 64 p.
- URVOAS Jean-Jacques, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, 13 mars 2017.

MINISTERE DELEGUE CHARGE DE L'ECONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE ET DE LA CONSOMMATION, FREMEAUX Philippe, *L'évaluation de l'apport de l'économie sociale et solidaire*, Rapport de mission à Benoît HAMON, septembre 2013, 44 p.

OBSERVATOIRE DE LA RESPONSABILITE SOCIETALE DES ENTREPRISES (ORSE), *Rapport de mission remis au gouvernement : Bilan critique de l'application par les entreprises de l'article 116 de la loi NRE*, janvier 2004, 69 p.

OBSERVATOIRE NATIONAL DE L'ESS-CNCRES,

- *Atlas commenté de l'économie sociale et solidaire 2014*, Juris éditions, Hors-série jurissociation, 2ème éd., juin 2014, 212 p.
- *Départs à la retraite et opportunités d'emplois dans l'économie sociale et solidaire*, 2016, 12 p.
- *Les sociétés commerciales de l'économie sociale et solidaire : premiers éléments d'analyse*, 2017, 12 p.
- *Panorama sectoriel des entreprises coopératives*, Coop FR, éd° 2018, 40 p.

ORGANISATION DES NATIONS-UNIES,

- BRUNDTLAND Gro Harlem (dir.), Commission des Nations-Unies sur l'Environnement et le Développement, *Notre avenir à tous*, rapport, 20 mars 1987, 349 p.
- ASSEMBLEE GENERALE, *Harmonie avec la nature. Rapport du Secrétaire général*, 68^{ème} session, 15 août 2013, A/68/325, 19 p.

- ORGANISATION DES NATIONS UNIES POUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE (FAO), *Evaluation des ressources forestières 1990, synthèse mondiale*, Etude, Forêts, n°124, 1995 [en ligne : <http://www.fao.org/docrep/015/V5695f/V5695f00.pdf>
- GROUPE D'EXPERT INTERGOUVERNEMENTAL SUR L'EVOLUTION DU CLIMAT (GIEC), *Réchauffement planétaire de 1,5°C*, rapport spécial, résumé à l'intention des décideurs, 8 oct. 2018, 32 p.

PARLEMENT EUROPEEN, Fiche techniques sur l'Union européenne, « Le principe de subsidiarité », fiche thématique, octobre 2018, en ligne http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/fr/FTU_1.2.2.pdf , consulté le 26 avril 2019.

SENAT,

- Commission des lois, Rapport n°259 par M. DAILLY Etienne sur le projet de loi modifiant le titre neuvième du Livre troisième du Code civil, 26 avril 1973, 76 p.
- Commission mixte paritaire, Rapport n° 166 présenté par MM. DAILLY Etienne et FOYER Jean sur le projet de loi modifiant le titre IX du livre III du code civil, 14 décembre 1977, 36 p.
- Commission des lois, Rapport n°74 par FRASSA Christophe-André sur la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 14 octobre 2015, 60 p.
- Commission des lois, Rapport n°352 par GELARD Patrice, Projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, 16 juin 2004, 84 p.

SUDREAU Pierre (dir.), *Rapport du Comité d'étude pour la réforme de l'entreprise*, La Documentation française, fév. 1975, 1912 p.

V. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS JURIDIQUES

- ABADIE Pauline, « La responsabilité sociale et environnementale des entreprises », *Gazette du palais*, n° hors série 2, p.65
- ABRAHAM Yves-Marie, « Préface », in MEADOWS Dennis, MEADOWS Donella, RANDERS Jorgen, *Les limites à la croissance (dans un monde fini) Le Rapport Meadows, 30 ans après*, éd. Ecosociété, coll. Retrouvailles, 2013, p.13
- AGGERI Franck, SAUSSOIS Jean-Michel, « La puissance des grandes entreprises mondialisées à l'épreuve judiciaire. De l'affaire Volkswagen au *diesel* », *Revue française de gestion*, 2017/8, n°269, pp. 83-100
- AGRESTI Jean-Philippe (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Droits, pouvoirs et sociétés, actes du colloque du 19 mai 2017, 2018, 168 p.
- AL-SANHOURY Abdel-Ahmed., « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, p. 145.
- AMARO Rafael, « La relation commerciale établie au sens de l'article L442-6, I, 5° du code de commerce ou les vents contraires de la jurisprudence », *AJ contrat* 2019, p.8
- ANCEL Pascal., « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat – Retour sur l'arrêt de la chambre commerciale du 10 juillet 2007 », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, LexisNexis Litec, Dalloz, 2011, p.68
- ANDRIEU Eric, « Le jury de déontologie publicitaire », *Légipresse* n°271, avril 2010, chroniques et opinion, p.57
- ARTZ Nancy, GRAMLICH Jeffrey, PORTER Terry, « *Low-profit Limited Liability Companies (L3Cs)* », *Journal of Public Affairs*, 2012, n°3, vol. 12, pp. 230-238.
- ARANDA VASQUEZ Anthony, « Les administrateurs représentant les salariés et le rapport « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », *LPA*, 7 mai 2018, n°91, p.7
- Association droit et commerce, *Devoirs de l'actionnaire*, 41^{ème} colloque, 8 et 9 avril 2016, Deauville, Gaz. Pal. 6 juin 2016, Hors-série
- Association Henri Capitant (travaux de l'), *Le pouvoir dans les sociétés. Journées chiliennes*, Bruylant, t. LXII, 2012, 736 p.
- ATTARD Jérôme, « Le fondement solidariste du concept *environnement patrimoine commun* », *RJE*, n° 2, 2003, pp. 161-176
- BAMBERG Anne, « Le renvoi du législateur à la loi civile et la responsabilité sociale de l'Eglise catholique : réflexion autour de l'interprétation du canon 1286 du code de droit canonique », in TUFFERY-ANDRIEU Jeanne-Marie (dir.), op. cit., pp. 99-105
- BARLOW Daniel, « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *D.*, 2012, chron., p. 1502.
- BARANGER Gabriel, « Le devoir élémentaire de vigilance de tout administrateur », *Bull. Joly sociétés*, 1^{er} septembre 1997, n°9, p. 799.
- BARFETY Jean-Baptiste, « Chaque entreprise a sa raison d'être », *Dalloz, Rev. trav.*, n°4, 30 avril 2018, p. 268.
- BARRAUD Boris, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », *Arch. phil. Droit* 56, 2013, p. 367.
- BARRIÈRE François, « Le *Whistleblowing* à propos de l'arrêt du 8 décembre 2009 de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Revue des sociétés*, 2010, p. 483.
- BARTHELEMY Jacques, « Représentativité patronale et notion de branche », *Droit social*, 2014, p. 207
- BELLAYER-ROILLE Alexandra, « Les approches volontaires et la lutte contre la complaisance maritime », in Hervé-Fournereau Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2008, p.219, spéc. p.234
- BELLEMARE Diane, « Bien commun et intérêt collectif », *Éthique publique*, vol. 6, n° 1, 2004, spéc. 6, mis en ligne le 30 décembre 2015, <http://ethiquepublique.revues.org/2049>, consulté le 22 juin 2017
- BELRHALI-BERNARD Hafida, « Le droit de l'environnement : entre incitation et contrainte », *RDP*, 20 septembre 2011, n° 6, p.1683
- BENAZETH Eve, « Agrément ESUS. Retour sur les us et coutumes... », *Juris associations*, n°578, 1^{er} mai 2018, p.36.
- BENNINI Aïda, « L'intérêt de l'entreprise, faux débats et vraies questions », in LYON-CAEN Antoine, URBAN Quentin (dir.), *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2012, p.56.
- BERLAUD Catherine, « Evolution de la notion d'UES », *Gaz. Pal.*, n°41, 217 nov. 2018, p.38
- BERLIOZ Pierre, « Droit souple ou droit dur, un (non) choix lourd de conséquences », *Revue des sociétés*, 2018, p.644
- BERNARD Elsa., « L'activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 3/2009 (t. XXIII, 3), p. 353-385

BERNARD Marie-Luce, « Les mutations du droit de l'entreprise en droit du travail : d'un droit négocié à un droit négociable ? », in *D'une réforme à l'autre : les mutations du droit de l'entreprise*, colloque, La Rochelle, 5 et 6 juin 2009, Revue Lamy droit des affaires 2010, n°46, 1^{er} février 2010

BERTHOIN-ANTAL Ariane, et SOBZAK André, « Au-delà de la RSE : la responsabilité globale », Sem. Soc. Lamy, 18 oct. 2004, n° 1186, p. 4

BEURIER Jean-Pierre, « Le droit de la biodiversité », RJE, 1996, n°1-2, pp. 5-28

BILLET Philippe,

- « Les approches volontaires et les principes du droit de l'environnement », in Hervé-Fournereau Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2008, avant-propos p.19
- « Quand la Suisse veut neutraliser le nucléaire français », Energie – environnement – infrastructures, LexisNexis, mai 2016, n°5, focus, p. 153

BIOY Xavier, «Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction...», in Tusseau Guillaume (dir.), *Les notions juridiques*, coll. Etudes juridiques, Economica, 2009, pp.21-53

BLANC Gérard, « Les frontières de l'entreprise en droit commercial », D. 1999, n°38, chr., p. 415

BLANC JOUVAN Guillaume, « L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise », Droit social, 2005, p.68, spéc. 5

BLIN-FRANCHOMME Marie-Pierre,

- « Volonté individuelle et développement durable : langage privatiste pour pensée collective », *Kluwer, Aménagement-Environnement*, 2010/3, pp. 105-114.
- « Le “marché de la consommation durable” : regards sur la loyauté des pratiques commerciales », *Contrat concurrence Consommation*, n°12, décembre 2012, étude 13.

BODET Catherine., LAMARCHE Thomas., « La responsabilité sociale des entreprises comme innovation institutionnelle. Une lecture régulationniste », *Revue de la régulation* [en ligne], 1/ juin 2007, mis en ligne le 8 août 2007, consulté le 8 mars 2017, <http://regulation.revues.org/1283>

BOILLET Nicolas, « Le droit des espaces marins et littoraux : la promesse d'une transition écologique », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.177 : « La transition écologique est une approche renouvelée de la poursuite du développement durable ».

BOIZARD Maryline, « Les codes de conduite privé », in HERVÉ-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement* », Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2008, p.148

BORGETTO Michel, KESSLER Francis, « Mutualité et protection sociale », RDSS, n°3, 10 juillet 2009, p.395

BOUTONNET Mathilde,

- « Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats », D., 2012 p. 377.
- « Le potentiel environnemental du droit civil révélé par la méconnaissance d'une obligation environnementale contractuelle », D., 2012, p. 790.
- « L'exonération de la garantie légale contre les vices cachés confrontée à l'ordre public environnemental », *Revue des contrats*, 1er octobre 2012, n°4, p.1314

BOURDON William, QUEINNEC Yann, « Réguler les entreprises transnationales, pourquoi, comment ? », *Recueil Dalloz* 2011, p.1608

BROCA Sébastien, EYNAUD Philippe, « Biens communs et outils numériques : le cas des logiciels libres », *Juris associations*, 2014, n°501

BUGADA Alexis, « Inclusion d'une succursale d'une société étrangère dans le périmètre d'une UES », *BJS* 2019, p. 23

CABRILLAC Séverine, « Octroi de sûreté par une société : l'exigence de conformité à l'objet social et à l'intérêt social réitérée », *Defrénois*, n°22, 7 juin 2018, p. 44

CALAIS-AULOY Marie-Thérèse, « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles), *LPA*, n°157, 9 août 1999, p. 4.

CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre,

- « Un statut protecteur de la diversité biologique », RJE, 2008, hors-série, pp. 33-37
- « Une protection de la biodiversité via le statut de res communis », *Revue Lamy Droit civil*, n° 56, 1er janvier 2009, p. 68
- « Entre environnement *per se* et environnement pour soi : la responsabilité civile pour atteinte à l'environnement », *Revue Environnement et développement durable*, n°12, déc. 2012, étude 14
- « La représentation de l'environnement devant le juge : approches comparative et prospective – avant propos », in CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de l'environnement devant le juge : approches comparative et prospective*, Vertigo, hors-série 22, septembre 2015.

- « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », in CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de la nature devant le juge : approches comparative et prospective*, Vertigo, hors-série 22, septembre 2015.
- « Repenser l'article 714 du Code civil français comme une porte d'entrée vers les communs », RIEJ, 2018/2, vol. 81, pp. 297-330

CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre, GUIHAL Dominique, « Préjudice écologique », RJE 2013/3, vol. 38, pp. 457-480

CAPRON Michel, « La RSE saisie par le droit », colloque des 06 et 07 avril 2016, Université de Strasbourg, V° la publication MARTIN-CHENUT Kathia, DE QUENAUDON René (dir.), *La RSE saisie par le droit, Perspectives interne et internationale* aux éd. Pedone, 2016, intervention lors du colloque non publiée.

CARBONNIER, Jean, « L'hypothèse du non-droit », Arch. phil. du droit, Sirey, Paris, 1963, pp. 55-74

CENTEMERI Laura, RENOU Gildas, « Jusqu'où l'économie écologique pense-t-elle l'inégalité environnementale ? Autour de l'œuvre de Joan Martinez-Alier », HAL archives-ouvertes.fr, <hal-01342220>, 2016.

Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier, « Perspectives d'un droit privé de l'environnement. A la recherche du statut juridique du bioacteur », BDEI, Lamy, février 2009, supplément au n°19, faculté de droit de Montpellier, colloque du 11 et 12 septembre 2008.

CHAABEN Mohamed, « Financement – Ressources alternatives – Les monnaies locales complémentaires valent-elles leur pesant d'or ? », JA 2018, n°583, p. 43.

CHAGNY Muriel, « Comment déterminer le(s) responsable(s) et répartir la charge de l'indemnisation : deux questions pratiques à ne pas négliger », AJCA 2014, p. 265.

CHAMOULAUD-TRAPIERS Annie, « Entreprise indivise et ruptures familiales : la sauvegarde de l'intérêt commun », LPA, n°93, 9 mai 2014, p. 9.

CHAMPAUD Claude, DANET Didier, « Code de gouvernance d'entreprise. Adaptation du droit des sociétés à la directive 2006/46/CE. Obligation de se soumettre à un « code de gouvernement d'entreprise », RTD Com., 2008, p.563

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », Rev. trav., Dalloz, 2007, pp.19-25

CHARDEAUX Marie-Alice, « L'amende civile », LPA, n°22, 30 janvier 2018, p. 6.

CHEVALLIER Jacques, « Vers un droit postmoderne », in CLAM Jean et MARTIN Gilles J. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, coll. Droit et société, 1998, p.21

CHEN Jeremy., "What is a California Social Purpose Corporation ?", The Law Office of Jeremy Chen – Social Enterprise Lawyer, 2015, <http://jeremychenlaw.com/what-is-a-california-social-purpose-corporation/>, consulté le 3 décembre 2020.

CLARK Bill, *Model Benefit Corporation legislation*, version du 17 avril 2017, <http://benefitcorp.net/attorneys/model-legislation>, consulté le 5 décembre 2020, 23 p.

CLÉMENT-FONTAINE Mélanie, « Internet et la résurgence des "communs" », in PARENCE Béatrice SAINT-VICTOR Jacques de (dir.) *Repenser les biens communs*, CNRS éditions, 2014, p. 261-273.

CLERC Christophe, « Sur la réforme de l'entreprise : l'objet social, objet de réforme sociale », Rev. trav. n°2, 28 février 2018, p. 107

COCHETEUX Patrick (avocat), COCHETEUX Patrick (docteur en droit), « L'objet social de l'entreprise : à étendre », LPA, n°256, 24 déc. 2018

COHENDET Marie-Anne, « La doctrine et la Charte de l'environnement, nos choix et leurs conséquences », RJE, 2016, vol.41, hors-série spécial, pp. 296-318.

COLLART-DUTILLEUL François, « Le droit au service des transitions écologiques », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p. 45.

CONAC Pierre-Henri, « La société et l'intérêt collectif : la France seule au monde ? », Revue des sociétés, 2018, p. 558.

COUDRAIS Maud., « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », RTD civ. 2011, p. 453.

CONSTANTIN Alexis,

- « Annulation d'une décision de mise en réserve des bénéficiaires, pour abus de majorité », BJS, 1er novembre 2003, n°11, p. 1137.
- « Le groupe, entre autonomie juridique et hétéronomie économique des sociétés qui le composent », RTD com., 2011, p. 365.
- « Associé – Recherche notion d'associé, désespérément ! », in « Les figures de l'associé », Droit des sociétés, n°3, mars 2016, Dossier, article 2, p. 30.

COURET Alain,

- « Les agences de notation : observations sur un angle mort de la réglementation », Revue des sociétés, 2003, p.765
- « La gouvernance au cœur de l'administration des entreprises », Gaz. Pal., 2014, n° 240.

- « Peut-on reprocher à une société d'avoir distribué trop de dividendes ? », in *Ecrits de droit de l'entreprise : Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 522.
- « La réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du code civil ? », *Rev. des sociétés*, 2018, p. 639.
- « Les figures du procureur privé », *D.* 2018, p. 1545.

COUTURIER Gérard, « L'intérêt de l'entreprise », in *Les orientations sociales du droit contemporain. Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 143-156.

COSSART Sandra, « Il faut faire cesser les "poursuites baillons" », *LPA*, n°189, 22 septembre 2017, entretien, propos recueillis par Sophie Tardy-Joubert, p. 4.

CRISTOL Danièle, « Contrat de travail-Externalisation-Transfert d'entreprise-Entité économique », *RDSS*, 2009, p. 754.

CUZACQ Nicolas,

- « La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière au sein de l'UE », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 707.
- « Le nouveau visage du reporting extra-financier français », *Revue des sociétés*, 2018, p.347

D'HOIR-LAUPRÊTRE Catherine, « Les groupes de sociétés : vers une meilleure corrélation entre pouvoirs et responsabilités », *Petites affiches*, 19 juin 2012, n°122, p.5

DAIGRE Jean-Jacques, « Loi PACTE : ni excès d'honneur, ni excès d'indignité », *BJS*, 2018, p.541

DANIS-FATÔME Anne, « Quasi-engagement et apparence : proximité ou identité ? (Dialogue entre deux œuvres de jeunesse) », *Revue des contrats*, n°1, 1^{er} janvier 2009, p.32

DAOUD Emmanuel., FERRARI Julie., « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *JCP social*, 25 septembre 2012, n° 39, étude, p.20

DAVID Victor, « La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui ; Gange et Yamuna », *RJE*, Lavoisier, 2017/3, vol.42, p.210

DE CLERCK Philippe, « Habiter avant la règle : quelques nouvelles d'une mise en chantier de l'institution à Notre-Dame-des-Landes », *RIEJ*, 2018/2, vol. 81, pp. 267-295

DECOCQ Georges., « La société-mère est présumé responsable des pratiques anticoncurrentielles commises par ses filiales détenues directement ou indirectement à 100% », *Bull. Joly sociétés*, 2011, n°4, p.318

DEFALVARD Hervé, « Des communs sociaux à la société du commun », *RECMA*, 2017/3, n°345, pp. 42-56.

DEFOURNY Jacques, « L'émergence du concept d'entreprise sociale », *Reflets et perspectives de la vie économique*, De Boeck supérieur, 2004/3 – Tome XLIII, pp 9-23

DEGUERGUE Maryse, « Les imperfections de la responsabilité administrative environnementale », *AJDA*, 2018, p. 2077.

DELEBECQUE Philippe, « L'arrêt *Erika* : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? » *D.* 2012, p.2711

DELGA Jacques, *De l'éthique d'entreprise et de son cynisme*, Recueil Dalloz 2004, p. 3126

DELGA Jacques, « L'administrateur indépendant n'existe pas : "Dangers" », *Rec. Dalloz* 2002, p.2858

DELMAS-MARTY Mireille,

- « Vers une responsabilité équitable dans une communauté mondialisée », *Etudes*, 2011/1, t.414, p.128
- « Préface », in MARKUS Jean-Paul (dir.), *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2012, pp. 1-8.
- « Anticiper et responsabiliser : La métamorphose du droit face aux risques incertains », in MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René de, *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?*, éd. A. Pédone, 2016, pp. 26-27

DELPECH Xavier,

- « Entrée en vigueur de l'agrément "entreprise solidaire d'utilité sociale" », *Dalloz actualité*, 7 juillet 2015
- « Emission de valeurs mobilières », in DUTHEIL Philippe-Henri (œuvre collective dir.), *Juris Corpus. Droit des associations et fondations*, juillet 2018, étude 32.

DELSOL Xavier, « La (trop) rare fondation actionnaire », *Juris association*, 2018, n°578, p.30

DENOLLE Anne-Sophie, « Commentaire de la loi relative à la transition énergétique », *RJE*, 1, 2016, pp. 99-104

DEPINCE Malo, « D'un droit privé de l'environnement », *RLDC*, juill.-août 2008, n°51, étude, pp.65-78, spéc. p.66

DESPRÉS Laure, « La transition écologique. Vers un capitalisme régulé ou vers un changement de modèle économique ? », in VAN LANG Agathe (dir.), *Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.110

DERMANGE François, « La responsabilité sociale de l'entreprise est-elle responsable ? Un point de vue protestant », in TUFFERY-ANDRIEU Jeanne-Marie (dir.), *La responsabilité sociale de l'entreprise en Alsace et en Lorraine du XIXe au XXIe siècle*, Presses universitaires de Rennes, coll. Pour une histoire du travail, 2011, p.107-118

DEROUIN Philippe, « La distribution de dividende en nature par l'attribution de biens sociaux ne constitue pas une mutation à titre onéreux », BJS, 1990, p.813

DESBARATS Isabelle,

- « Alertes, codes et chartes éthiques à l'épreuve du droit français », D., 2010, p. 548.
- « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », JCP E, 2006, p. 1214.
- « De l'entrée de la RSE dans le code civil », Droit social, 2019, p. 47

DEUMIER Pascale,

- « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagement éthiques », RTD civ. 2009, p. 77.
- « Saisir le droit souple par sa définition et ses effets », in Conseil d'Etat, *Le droit souple*, La documentation française, étude annuelle, 2013, p. 247.
- « L'approche environnementale de la RSE – Prolégomènes », in *La responsabilité sociétale des entreprises – approche environnementale*, Colloque du 22 octobre 2015, Société de législation comparée, Centre français de droit comparé, volume 20, p. 9.

DEVOLVE Pierre, « L'apport du Doyen Vedel au droit administratif », RFDA, 2002, p.223.

DIMAS Stavros, « Préface », in Hervé-Fournereau Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses universitaires de Rennes, coll. L'Univers des normes, 2008, p.13

DOCKÈS Emmanuel, « L'engagement unilatéral de l'employeur », Droit social, mars 1994, n°3, p. 230.

DOM Jean-Philippe, « L'attribution gratuite d'actions », BJS, n°2, 1^{er} février 2005, p.187.

DONDERO Bruno,

- « L'argument *ad societatem* », Gaz. Pal., 4 fév. 2014, n°35, p. 3
- « Peu d'appétence pour les actions de préférence », BJS, 2014, p. 481 Capitant

DOUGLAS William Orville, « Dissenting opinion », United States Suprem Court, 19 avril 1972, *Sierra Club v. Morton*, n° 70-34

DOUSSAN Isabelle, « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? », in *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, PUAM, 2015, p.111

DRAPERI Jean-François, « L'environnement, nouvel horizon coopératif ? », RCMA 2018/1, n°347, pp. 4-5.

DREYER Emmanuel,

- « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », JCP E, n°25, 22 juin 2017, étude, p. 1344.
- « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », D. 2017, p. 1136.

DUMONT-LEFRAND Marie-Pierre, « Cautionnement consenti par une SCI ou une SASU: maintien de la référence à l'intérêt social », Gaz. Pal. n°23, 26 juin 2018, p. 29

DURAND Paul, « La notion juridique d'entreprise », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. III, 1948, p. 45-60

DUROUSSEAU Michel, « Le constat : la biodiversité en crise », RJE, 2008, hors-série, pp. 11-19.

DURQUETY Eve, BAUDET Adrien, « Financement – Economie sociale et solidaire – Contrats à impact social : des clés pour comprendre », JA (Juris associations), 2016, n°537, p. 43

DUVERGER Timothée, « Esquisse d'une histoire démocratique de l'économie sociale et solidaire en France », RECMA, 2019/1, n°351, pp.31-44

DROSS William,

- « L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens », *Energie – Environnement – Infrastructures*, n°6, juin 2017, dossier, étude p. 16.
- « Les dividendes sont-ils les fruits des titres sociaux ? », RTD civ. 2015, p. 658.

EHLERS-FLAUS Bernadette, « Les actions sans valeur nominale exprimée en Allemagne et en France », BJS, 1999, p.743

ENDREO Gilles, « Ordonnance du 10 mai 2017 visant à favoriser le développement des émissions obligataires régies par le droit français », Bull. Joly Sociétés, n°06, 1^{er} juin 2017, p. 416

ENGEL Philippe, « Associé et créancier : l'apporteur en jouissance dans les sociétés de capitaux », JCP E, 1998, n°92, p. 2056

ENJOLRAS Laurianne, « La représentation du personnel et la petite entreprise », *Les Cahiers sociaux*, n°309, 1er juillet 2018, p.371

EPSTEIN Aude-Solveig, « Ethique environnementale » in BUY Frédéric (dir.) et a., *Ethique de l'entreprise (Janvier 2015 – Septembre 2016)*, LPA, 26 juin 2017, n°126, p.8, chron.

ESPAGNE François, « Sur l'économie sociale et solidaire », RECMA, n°286, nov. 2002, p. 16.

FARHI Sarah, « Réalité juridique versus réalité économique : le groupe en procédure collective », Gaz. Pal. 2019, p. 23.

FARJAT Gérard,

- « Réflexions sur les codes de conduite privés », in *Le droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, Litec, 1982, pp. 47- 66.
- « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », RTD civ., 2002, p. 221.

FASQUELLE Daniel, « L'existence de fautes lucratives en droit français », LPA, n°232, 20 novembre 2002, p. 27.

FAVARIO Thierry, « Dirigeant social: un devoir de loyauté décidément conquérant », D. 2013, p. 288.

FAVEREAU Olivier, « La fin de l'entreprise privée », in SUPIOT Alain (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontière – Perspectives économiques et juridiques*, coll. Les sens du droit, Dalloz, 2015, conclusion, pp. 305 à 320

FEVRIER Jean-Marc, « La conciliation dans la pratique du juge », in LECUCQ Olivier, MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruylant, coll. A la croisée des droits, 2008, 384 p. p. 235.

FONBAUSTIER Laurent,

- « Environnement et pacte écologique - Remarques sur la philosophie d'un nouveau « droit à » », Les cahiers du Conseil constitutionnel n° 15, 2003, p. 140.
- « L'ordre public environnemental et les mutations de l'action publique », in HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde (dir.), *Le contrat et l'environnement*, PUAM, coll. Droits de l'environnement, 2014, 562 p., pp. 143-156.
- « L'article 1^{er} de la Charte de l'environnement de 2004 : d'une portée virtuellement immense aux effets domestiqués par le juge », Droit de l'environnement, n°240, décembre 2015, p. 418.

FOURNIER Jacques, « L'entreprise publique », in SUPIOT Alain (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontière – Perspectives économiques et juridiques*, coll. Les sens du droit, Dalloz, 2015, p.287 et p.303

FRANCOIS Bénédicte,

- « Consultation publique sur le projet de révision du code AFEP-MEDEF », Rev. des sociétés, 2018, p. 273.
- « Reporting RSE : commentaire du décret n°2012-557 du 24 avril 2012 », Rev. des sociétés, 2012, p. 607.
- « Rapport sur les administrateurs indépendants », Rev. des sociétés 2015, p. 265.

FRANCOUAL Pierre, « La part sociale coopérative, un exemple de propriété commune », RECMA, 2017/3, n° 345, pp.57-67

FREROT Antoine (entretien avec), « Revoir les droits et les devoirs des parties prenantes », Revue d'économie financière, Association d'économie financière, 1^{er} juin 2018, pp. 21-30.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le droit de la régulation », D. 2001, p. 610-616.

FROSSARD S., *La suppléativité des règles en droit du travail*, Revue de droit du travail 2009, p. 83.

GALL-KIESMANN Florence, « L'obligation réelle environnementale, nouvelle technique civile de préservation de la biodiversité », Francis Lefebvre, Au cœur du droit, immobilier, La quotidienne, 18 octobre 2016, en ligne, <https://www.effl.fr/droit/immobilier/details.html?ref=UI-6429bd77-0ace-4d3a-a3f0-8778a7cf9c5b>, consulté le 09 avril 2019.

GALLOIS-COCHET Dorothée, LAROCHE Maud, « Projet PACTE, quel impact ? », Gaz. Pal. n°13, 3 avril 2018, p.42

GAZZANIGA Jean-Louis, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 1997, Tome 32, p.14 et s.

GARRAUD Astrid, « La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile », LPA, n°11, 16 janvier 2017, p. 5

GAUDEMET Antoine, « Le risque de système », in SUPIOT Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité: la dynamique de la solidarité*, préc., pp. 161-180

GAUDU François, « L'entreprise définie par ses responsabilités », Archives ouvertes, 5 décembre 2008, en ligne <https://hal-paris1.archives-ouvertes.fr/hal-00344628/document>, consulté le 26 avril 2019.

GEA Frédéric, « La responsabilité sociale de l'entreprise sous l'angle de la théorie du droit », in TUFFERY-ANDRIEU Jeanne-Marie (dir.), *La responsabilité sociale de l'entreprise en Alsace et en Lorraine du XIXe au XXIe siècle*, Presses universitaires de Rennes, coll. Pour une histoire du travail, 2011, pp. 45-56

GEIGER Christophe, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », D., 2010, p. 510

GÉNIAUT Benoît, « La force normative des standards juridiques. Eléments pour une approche pragmatique », in THIBIERGE Catherine et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, 2009, p. 183.

- GERMAIN Michel, « Les propositions du Club des juristes », *Rev. des sociétés*, 2018, p. 564.
- GHESTIN Jacques, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in Perelman Chaïm et Vander Elst Raymond (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 77-97.
- GIACUZZO Jean-François, « A la recherche d'un équilibre entre la propriété individualiste et la propriété-fonction sociale », *Constitutions*, 2015, p. 555.
- GIRARD Julien, « Et si l'intérêt social d'une entreprise devenait sociétal », *Le blog Huglo*, 11 décembre 2014, <http://blog.huglo-lepage.com/post/2014/12/11/Et-si-linteret-social-dune-entreprise-devenait-societale>, consulté le 5 mars 2014. Lien brisé au 5 décembre 2020.
- GIRAUD Gaël, RENOUARD Cécile, « Peut-on réformer le capitalisme ? », *Etudes*, S.E.R., 2010/1, T. 412, p. 26
- GODON Laurent,
- « Qu'est-ce qu'un actionnaire », *Rev. sociétés*, 1999, p. 795
 - « L'éclatement des formes sociales », *Revue des sociétés*, 2017, p. 267.
- GOFFAUX-CALLEBAUT Géraldine., « La définition de l'intérêt social », *RTD com.* 2004, p. 35
- GROULIER Cédric, « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA*, 2005, p. 1034
- GROSCLAUDE Laurent, « Société ou association ? » *RTD com.*, 2003, p. 754
- GUASTINI Riccardo, « Le réalisme juridique redéfini », trad. Eric Millard, *Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 2013/19, pp.113-129
- GUILLOIS Thierry, « Financement – Economie sociale et solidaire – A qui profitent les contrats à impact social ? », *JA (Juris associations)*, 2016, n°544, p. 48
- GUILLOIS Thierry, HUART Bernard, « Titre associatif : on n'attire pas les mouches avec du vinaigre... », *Juris associations*, n°445, 1^{er} octobre 2011, p.22
- GRZEGORCZYK Christophe, « Ordre juridique comme réalité », *Revue Droits*, 2002, n°35, p. 224
- HAMELIN Jean-François, « Gérer la société en prenant en compte les intérêts des tiers... ou le flou artistique », *Droit des contrats, L'essentiel*, 5 février 2018, n°2, p. 1.
- HANNOUN Charley, VERNAC Stéphane, « La RSE ou l'essor de l'entreprise-providence », in *Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 424.
- HAURIOU Maurice,
- « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1906, p. 174.
 - « La cité moderne et les transformations du droit », *Les cahiers de la Nouvelle journée*, 1925, p. 10.
- HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, « La biodiversité saisie par le droit de la responsabilité civile, des valeurs instrumentales et non instrumentales solidaristes », in HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHE-MARENGO Eve (dir.), *Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité ?*, Mare & Martin, *Droit sciences et environnement*, 2017, p. 282.
- HEINICH Julia, « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Revue des sociétés*, 2018, p. 568.
- HELY Matthieu, « L'entreprise de l'ESS est-elle une entreprise comme les autres ? », *Juris associations* 2015, n°522, p. 20.
- HERMITTE Marie-Angèle,
- « Développement durable et patrimoine commun de l'humanité. Interdiction de rêver », in CNRS, Programme interdisciplinaire de recherche sur l'environnement, 1991-1992, *Le développement durable et le concept d'intérêt général.*, Contribution à la 2ème session du séminaire. Strasbourg, 24-25 juin 1991, Centre du droit de l'environnement, Université R. Schuman, p. 66.
 - « La nature, sujet de droit ? », *Annales. Histoire, sciences sociales*, vol. 66, 2011, n°1, pp. 173-212.
- HERVOUËT François, « L'excès dans le droit de l'Union européenne, ou comment s'en débarrasser ? », in MBONGO Pascal (dir.), *L'excès, l'hypermodernité, entre droit et politique*, Mare & Martin, coll. *Droit et science politique*, 2012, 337 p.
- HIEZ David,
- « Le statut juridique des entreprises non capitalistes à l'heure des choix », *Revue des sociétés* 2012, p. 671.
 - « La richesse de la loi Economie sociale et solidaire », *Rev. des sociétés*, 2015, p. 147
- HIEZ David, LAURENT Rémi, « La nouvelle frontière de l'économie sociale et solidaire, l'intérêt général ? », *RECMA*, 2011, n°319, p.36.
- HILAIRE Jean, « Une histoire du concept d'entreprise », *Arch. phil. du droit*, 41, 1997, pp. 341-353
- HOUILLON Grégory, « Les standard prohibitifs de l'excès dans la Convention européenne des droits de l'homme », in MBONGO Pascal (dir.), *L'excès, l'hypermodernité, entre droit et politique*, Mare & Martin, coll. *Droit et science politique*, 2012, 337 p., p.105.

- HOUIN-BRESSAND Caroline, DAMAS Nicolas (dir), « Dossier : La rupture brutale des relations commerciales établies (I) », AJ contrat, 2019, p.7 et s.
- HOVASSE Henri, MORTIER Renaud, « La faille du droit d'opposition à réduction de capital », Bull. Joly sociétés, n° 3, 1er mars 2011, p.278
- HUGLO Christian, « Observations critiques sur la loi du 1^{er} août 2008 », AJDA 2008, 10 novembre 2008, p. 2116
- HUGLO Chistian, « Responsabilité environnementale : bilan d'application de la loi du 1er août 2008 », Revue Lamy droit civil, n° 71, 1er mai 2010, entretien.
- JANUEL Pierre, « Projet de loi PACTE : revue d'un catalogue législatif », Dalloz actualité, 21 juin 2018.
- JEANTIN Michel, « L'entreprise non capitaliste en économie de marché », Revue Procès, cahiers d'analyse politique et juridique, 1981, n°7, p. 37.
- JESTAZ Philippe,
- « Définir le droit ... ou l'observer », RTD civ. 2017, p.775.
 - « La sanction ou l'inconnue du droit », D.,1986, chron. XXXII, spéc. p.200
- JOBERT Laurent, « La notion d'augmentation des engagements des associés », BJS, 1er mai 2004 n° 5, p. 627
- JOUANJAN Olivier, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLI-128 | 2003, mis en ligne le 11 novembre 2009, consulté le 10 août 2016. URL : <http://ress.revues.org/398> ; DOI : 10.4000/ress.398
- JUBAULT Christian, « Leaëtitia Lopez, L'action en justice des parties prenantes dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », RTD civ., n°2, 10 juillet 2018, p. 524.
- KEUTGEN Guy, DE CORDT Yves, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », in *La loyauté, Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Larcier,1997, p. 191.
- KESSLER Guillaume, « L'objectivation de l'affectio societatis », D. 2004, p.1305.
- KISS Charles-Alexandre,
- « La notion de patrimoine commun de l'humanité », in *Recueil des cours de l'Académie de La Haye (RCADI)*, éd. Académie de droit international de La Haye, vol. 175, 1982, pp. 99-256.
 - « Introduction: le développement durable, intérêt général de l'humanité », in *Le développement durable et le concept d'intérêt général*. CNRS, Programme interdisciplinaire de recherche sur l'environnement, 1991-1992, Contribution à la 2ème session du séminaire. Strasbourg, 24-25 juin 1991, Centre du droit de l'environnement, Université R. Schuman, p. i.
 - « L'ordre public écologique », in BOUTELET Marguerite et FRITZ Jean-Claude (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruylant, 2005, 360 p., p.167.
- KLEITZ Clémentine, « La nomenclature des préjudices environnementaux est une proposition de grille de lecture commune du dommage environnemental – Entretien avec Laurent Neyret et Gilles J. Martin », Gaz. Pal. 19 avril 2012, n°110, p. 6.
- KROLIK Christophe, « Vers un principe de non-régression de la protection de l'environnement », AJDA 2013. 2247
- KRAMER Ludwig, « Débats », in BOUTELET Marguerite, FRITZ Jean-Claude (dir.), *L'ordre public écologique*, éd. Bruylant 2005, p. 342
- KROMAREK Pascale, « L'actualité de la responsabilité environnementale de l'entreprise », Environnement n°10, octobre 2006, 13, étude
- LABROT Véronique, « Les approches volontaires et les principes du droit de l'environnement », in HERVÉ-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, Collection « L'univers des normes », 2008, p. 53.
- LAGARDE Gaston, « L'action sans valeur nominale », in Université de Rennes, *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, Librairie Plihon, 1932, pp. 219-232
- LAMARCHE Thierry, « La notion d'entreprise », RTD Com. 2006, p.709
- LAPIED André, SWATON Sophie, « Sélection naturelle ou volonté de puissance : comment interpréter le processus de destruction créatrice ? » HAL archives ouvertes, <halshs-00609058>, GREQAM, document de travail n°2011-35, 18 juillet 2011, 35 p.
- LARONZE Fleur, « La norme ISO 26 000, source d'une responsabilité métamorphosée ? », in MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René de, *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?*, éd. Pédone, 2016, pp.165-176.
- LARONZE Fleur, QUENAUDON René DE, « Réflexions juridiques après la tragédie du Rana Plaza, Rev. trav., 2013, p.487.
- LARRIERU Peggy, « Dostoïevski ou l'envers du droit », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2015/1, vol. 74, pp. 1-20, p.16

LASSERE CAPDEVILLE Jérôme (dir. scient.), « Les fonctions sociales du banquier », Colloque organisé par l'UMR DRES, équipe droit des affaires, Université de Strasbourg, MISHA, 14 février 2018.

LASSERE-KIESOW Valérie,

- « L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit », D., 2006, p. 2279.
- « Droit et technique », La Semaine juridique Edition Générale, n°4, 24 janvier 2011, étude, p. 93..

LAVILLE Bettina, « L'ordre public écologique. Des troubles de voisinage à l'aventure de l'anthropocène », Arch. phil. droit 58, 2015, p. 329

LAVILLE Elisabeth, « De la prévention des risques à l'anticipation des opportunités de marché : La nouvelle frontière de la politique environnementale des grands groupes », Responsabilité et environnement, n°50, avril 2008, p. 14.

LE BOT Olivier, « Le juge administratif et la sanction des atteintes à l'environnement », in LECUCQ Olivier, MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruylant, coll. A la croisée des droits, 2008, 384 p., pp. 271-285

LE CANNU Paul,

- « Président de la société d'exploitation et propriétaire du fonds : gare aux cotisations sociales ! RTD Com., 2004, p.549
- « Monsieur de Saint-Janvier ou le dépouillement de l'article 1832 du code civil », Bull. Joly sociétés, 1^{er} sept. 2012, n°9, p. 672.
- « Rapport de synthèse », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le pouvoir dans les sociétés. Journées chiliennes*, Bruylant, t. LXII, 2012, p.19

LE CRENN-BRULON Patricia, « De la problématique de l'eau en Bretagne (France) aux techniques alternatives d'entretien des espaces verts », Vertigo, vol.11, n°3, 20 décembre 2001, Dossier

LE NABASQUE Hervé,

- « Rôle et place des mécanismes fondamentaux du droit civil en droit des affaires - Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », RTD com. 1999, p. 273.
- « Les devoirs de l'actionnaire », in *Les devoirs de l'actionnaire*, Gaz. Pal., 06 juin 2016, n° hors-série 2, p. 6

LE ROY Etienne, « La face cachée du complexe normatif en Afrique noire francophone », in ROBERT Philippe, SOUBIRAN-PAILLET Francine et KERCHOVE Michel van de (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t.1, coll. Logiques sociales, L'Harmattan 1997, p. 123.

LECOURT Benoît,

- « Une proposition de directive sur la publication d'informations non financières », Revue des sociétés, 2013, p. 657.
- « Rapport sur l'application du règlement n° 1435/2003 du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne : échec du statut ! », Revue des sociétés, 2012, p. 325.

LEDAN Jessica, « Nouveau regard sur la notion d'associé », Dr. Sociétés, n°11, novembre 2010, étude, p. 17

LEGEAIS Dominique, « Assouplissement de l'exigence de respect de l'intérêt social par une SCI. Appréciation de la proportionnalité ». Revue de droit bancaire et financier, n°2, mars 2017, comm. p. 74

LEON Marylise, LELLOUCHE Frédérique, DURLACH, « Repenser l'entreprise », Rev. trav., n°1, 30 janvier 2018, p. 21

LENOIR Daniel, « La mutualité face à ses enjeux », RDSS, n°3, 10 juillet 2009, p.397

LEROUX Emmanuel, « Sanctions économiques ou comment faire des acteurs du marché des militants RSE », in MARTIN-CHENUT Kathia, QUENAUDON René de (dir.), *La RSE saisie par le droit, Perspectives interne et internationale*, colloque, Université de Strasbourg, 6-7 avril 2016, également publié aux éditions A. Pédone, 2015.

LEROY Jacques, « Brèves réflexions sur l'usage de l'expression *être sensible* appliquée à l'animal », Revue semestrielle de droit animalier, 2011, n°2, pp.11-16

LEVILLAIN Kevin, « L'émergence de nouvelles formes de sociétés : l'exemple de la *Flexible Purpose Corporation* », Archiv. Phil. Droit 56, 2013, p. 322

LEVREL Harold, MISSEMER Antoine, « La mise en économie de la nature, contrepoints historiques et contemporains », Revue économique, 2018, prépublication, pp.120-146

LIRET Pierre, « Coopérative, une entreprise socialement responsable ? », Revue internationale de l'économie sociale (RECMA), en ligne <http://recma.org/node/2249>, complément au texte publié dans le n°325 de la même revue, 13 juillet 2012, p.13 et s.,

LOBE LOBAS Madeleine, « L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale », Environnement n°3, mars 2014, étude 4

LUCAS François-Xavier,

- « L'acquisition du pouvoir dans les sociétés », in *Le pouvoir dans les sociétés*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées chiliennes Tome LXII / 2012, Bruylant, 2014, p. 130.
- « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », BJS, 2018, p.477

LUCAS DE LEYSSAC Claude, « Vers une citoyenneté économique de l'entreprise », *Gazette du Palais*, 13 février 2007, p.265

LYON-CAEN Gérard,

- « Défense et illustration du contrat de travail », *Arch. de la philosophie du droit*, *Sur les notions du contrat*, tome 13, Sirey, 1968, p.66
- « Négociations collective et législation d'ordre public », *Dr. soc.* 1973, p. 89

MACCORMICK Neil., « *On reasonableness* », in PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), *Les notions à contenu variables en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles 1984, pp.131-156

MAINGUY Daniel, « Le contractant, personne de bonne foi ? », in Collectif de la faculté de droit de Montpellier, *La réforme du droit des contrats et des obligations*, Publications de la faculté de droit de Montpellier, 2015, Actes de colloque, p. 83.

MALECKI Catherine,

- L'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien-aimé ?, *Bull. Joly* 2004, p. 1169.
- « Publication de la directive RSE ou comment faire confiance à la gouvernance d'entreprise durable », *Bull. Joly sociétés*, 01.12.2014, n°12, p. 732.
- « Transposition de la directive RSE : un nouveau cadre de publications extra-financières pour les grandes entreprises », *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} octobre 2017, n°10, p.632

MALET-VIGNEAUX Julie, « De la loi de 1976 à la loi de 2016. Le préjudice écologique: après les hésitations, la consécration », *RJE*, n°4, 2016, p. 617

MAOUCHE Samia, « Censure partielle de la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères », *Lexis360*, Dossiers d'actualité, 18 avril 2017

MARGUENAUD Jean-Pierre, « La personnalité juridique des animaux à l'épreuve du langage représentatif : le désespoir du singe », *Revue semestrielle de droit animalier*, 2014, n°1, pp. 529-538

MARTIN Gilles-J.,

- « Protection de l'environnement : de la contrainte au contrat, rapport de synthèse du 90^{ème} congrès des notaires de France », *Defrénois*, 15 août 1994, n°15-16, p.998
- « Le discours du droit privé sur l'utilisation de la ressource », *Environnement* n°7, juillet 2005, étude, p. 19.

MARTIN Gilles-J., NEYRET Laurent., « Préjudice écologique : première application de l'Eco-nomenclature », *D.* 2014, p.669

MARTIN-SERF Arlette, « Créance environnementale. Fait générateur d'une créance de dépollution », *RTD Com.*, 2013, p. 140

MASSART Thibaut,

- « Les apports de savoir-faire dans la SAS », *Bull. Joly sociétés*, n° thématique, 1^{er} décembre 2012, p. 1154.
- « Réforme des articles 1833 et 1835 du Code civil : l'équilibre entre performance financière et extra-financière des sociétés », *Gaz. Pal.*, n°51, 18 déc. 2018, p. 51.

MATHIEU Bertrand, « Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°15, Dossier : Constitution et environnement, janvier 2004.

MAZEAUD Denis, « Principe de cohérence », *RDC*, 1er juillet 2009, n°3, p. 999

MEKKI Mustapha,

- « La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations du 23 octobre 2013 », en ligne : www.mekki.fr/files/sites/37/2015/09/Bonne-foi-Mekki.pdf, juin 2014, consulté le 23 août 2018.
- « Le projet "Macron" et le nouvel article 1833 du Code civil : quand la force du droit vient de la force des mots », daloz-actu-etudiant.fr, Actualité, Le billet, 1^{er} décembre 2014.
- « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *RDC*, 1^{er} septembre 2015, n°3, p. 651.
- « Le contrat : entre liberté et solidarité », in SUPIOT Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2018, p. 93.

MERCADAL Barthélémy., « La notion d'entreprise », in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges Jean Dérrupé, GLN-Joly-Litec, 1991, p. 10-16.

MERCIER Virginie (dir.), « L'investissement socialement responsable : quelle crédibilité ? », *Bull. Joly Bourse*, dossier, n°9, 30 septembre 2014.

MESTRE Jacques,

- « L'égalité entre associés, (aspect de droit privé) », *Rev. sociétés*, 1989, p. 399.
- « Les devoirs de l'actionnaire », in *Les devoirs de l'actionnaire*, *Gaz. Pal.*, 06 juin 2016, n° hors-série 2, p. 77.

MEYER Francis, « La Responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ? », *Le droit ouvrier*, mai 2005, p. 192, doctrine

- MEYRAT Isabelle, « Les chartes éthiques sous contrôle du juge », *Semaine Sociale Lamy*, 2010, p. 1459
- MICHELOT Agnès, « La justice climatique et l'accord de Paris sur le climat », *RJE*, 2016/1, vol. 41, p.204
- MICHELOT Agnès, « Principe de responsabilité commune mais différenciée », *RDE*, 2012, n°4, p. 633
- MOLFESSIS Nicolas, « Les pratiques juridiques du droit des affaires – Introduction », *LPA*, n°237, 27 novembre 2003, p.4.
- MONTAS Arnaud., ROUSSEL GALLE Philippe., « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika », *AJ Pénal* 2012, p. 574
- MOULIN Jean-Marc, « Les actions de préférence », *LPA*, n°189, 22 septembre 2005, p. 24
- MOUSSERON Pierre,
- « La France : République coutumière ? », *D.* 2016, 305
 - « La coopérative : présentation du statut juridique et enjeux, La “ nouvelle entreprise ” : le pari de l'entrepreneuriat social et solidaire », Centre de droit des affaires (EA 380), Université de Toulouse Capitole, Colloque du 30 novembre 2012, intervention.
- MORRIS-BECQUET Géraldine, « De la nature juridique des dividendes », *D.* 2000, p. 552
- MORVAN Patrick, Les principes et les règles – Vers la naissance de « vrais » principes de droit privé en droit de l'environnement, in MEKKI Mustapha (dir.), *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, coll. Droit(s) et développement durable, Bruylant, 2016
- MOSSER Laurent, « Vers une efficience de la prévention des conflits d'intérêts en droit des sociétés, Colloque : Les conflits d'intérêts en droit des affaires », *Gaz. Pal.*, 8 nov. 2011, n° 342, p. 9
- MUIR WATT Horatia, « Benisty (Samuel), La norme sociale de conduite saisie par le droit », *rev. crit. DIP*, 2015, p. 293.
- NEYRET Laurent, « Le préjudice écologique : un levier pour le réforme du droit des obligations », *Rec. Dalloz* 2012, p.2673
- NURIT-PONTIER Laure, « Repenser les apports en industrie », *LPA*, 3 juillet 2002, n°132, p. 4
- NUSSENBAUM Maurice, « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés – Le devoir de voter de l'actionnaire : le devoir de voter et les droits de vote double », in Association droit et commerce, *Devoirs de l'actionnaire*, 41^{ème} colloque, 8 et 9 avril 2016, Deauville, Gazette du Palais, 6 juin 2016, Hors série, pp. 31-35
- OLSZAK Norbert, « La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept fondamentalement libéral », in TUFFERY-ANDRIEU Jeanne-Marie (dir.), *La responsabilité sociale de l'entreprise en Alsace et en Lorraine du XIXe au XXIe siècle*, Presses universitaires de Rennes, coll. Pour une histoire du travail, 2011, pp. 19-27.
- OPPETIT Bruno, « Le droit hors la loi », in *Définir le droit, I*, Revue *Droits*, PUF, 1989, n°10, p. 47.
- OSMAN Filali, « Avis, directives, codes de bonnes conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, *RTD Civ.* 1995, p. 509
- OST François,
- « Conclusions générales », in *Le temps, la justice et le droit, Entretiens d'Aguesseau. Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 novembre 2003*, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 368.
 - « A propos d'un dictionnaire peu commun », *RIEJ*, 2018/2, vol. 81, pp. 331-339.
 - « La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement », *Droit et société*, 1995, n° 30-31, pp. 281-322.
- PACLOT Yves, « La juridicité du code AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », *Rev. sociétés*, 2011, p.395
- PAILLUSSEAU Jean,
- « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP Notariale et immobilière*, n°27, 5 juillet 1985
 - « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *LPA*, 19 juin 1996, n° 74, p.17, spéc. 64
 - « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^{ème} siècle », *D.* 2003, p.260, spéc. n° 61
 - « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », *D.*, 2018, p. 1395
- PARANCE Béatrice, GROULX Elise, CHATELIN Victoire, « Devoir de vigilance – Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care », *Journal du droit international*, *Clunet*, n°1, février 2018, doctrine, p.2, spéc. 22
- PARENT Huges, « La connaissance de la loi en droit pénal ; vers l'émergence d'un nouvel équilibre entre l'efficacité juridique et la faute morale », *Les cahiers du droit*, vol.42, n°1, 2001, p. 58.
- PARLEANI Gilbert, La société coopérative européenne “française” après la loi du 3 juillet 2008, *Revue des sociétés*, 2008, p. 531
- PELISSIER Jean, « Inaptitude et modification d'emploi », *Dr. social*, 1991, p. 608
- PERROTIN Frédérique, « Fondation actionnaire : panorama européen », *LPA*, n°101, 21 mai 2015, p. 4.
- PESKINE Elsa, « De la solidarité à la vigilance. A propos de la responsabilité dans les organisations pluri-sociétaires », in SUPIOT Alain (dir.) *Face à l'irresponsabilité: la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2018, pp. 37-51.

- PIGNARRE Geneviève, « Samuel Benisty, La norme sociale de conduite saisie par le droit », RTD civ., 2014 p.746
- PITSEYS John, « Le concept de gouvernance », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2010, n°2, vol. 65, pp. 207-228, spéc. 222
- PORACCHIA Didier,
- « Regard sur l'intérêt social », Revue des sociétés, 2012, p. 475
 - « Remarques à propos de l'administrateur indépendant et de l'administrateur référent », Revue française de gouvernance d'entreprise, 2015, n°14, p. 83-98
- POUMAREDE Matthieu, « Le contenu du contrat », RDI, n°6, 2016, p. 331
- POUND Roscoe, « Administrative Application of Legal Standards », Reports of American Bar Association, vol. 44, 1919, Accessible en ligne : <https://hdl.handle.net/2027/coo.31924071212181>, consulté le 26 avril 2019
- PIROVANO Antoine, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », D., 1997, p. 189
- PRIEUR Michel,
- PRIEUR Michel, « Conclusions générales », in PRIEUR Michel, DOUMBE-BILLE Stéphane (dir.), *Droit, forêts et développement durable*, Bruylant, 1996, Actes des 1ères journées scientifiques du réseau « Droit de l'environnement » de l'AUPELF-UREF à Limoges, 7-8 novembre 1994, p. 506.
 - « Les principes généraux du droit de l'environnement », Cours de Master 2 Droit international et comparé de l'environnement, Université de Limoges, Formation à distance, Campus Numérique « Envirodroit », Tronc commun, Cours n°5, en ligne, https://foad-mooc.auf.org/IMG/pdf/module_5.pdf, p. 8. consulté le 2 décembre 2020.
 - « Vers la reconnaissance du principe de non-régression », RJE, 2012, n°4, p. 615
 - « Le nouveau principe de non-régression » en droit de l'environnement », in PRIEUR M., SOZZO G., (dir.), *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012
 - « Promesses et réalisation de la Charte de l'environnement », Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel », 2014/2, n°43, pp. 5-24
- PROROK Johan, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », RTD civ. n° 2, 10 juillet 2018, p. 327.
- PUIGELIER Catherine, « Mots à sens multiples et règle de droit », in Arch. phil. du droit, n°48, Paris, Dalloz, 2004, p. 381
- PUIG Pascal, « Hiérarchie des normes : du système au principe », RTD Civ. 2001, p.749
- QUEINNEC Yann, Association Sherpa, « Le Contrat durable, Contours du concept et pistes d'exploration », in DAUGAREILH Isabelle (dir.), *Responsabilité de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, éd. Bruylant-LGDJ, 2010, article en ligne <http://www.reports-and-materials.org/Contrat-durable-Sherpa-janvier-2010.pdf>, consulté le 24 avril 2019.
- QUEINNEC Yann, PENGLAOU Marie-Soizic., « De l'utilité des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », RLDA 4688, Lamyline, n° 84, juillet-août 2013, p.69
- DE QUENAUDON René,
- « Codes de conduite et dispositifs d'alerte. Les réponses de la Cour de cassation », Rev. trav., 2010, p. 171.
 - « Le développement durable, la RSE et le droit ou la rencontre de trois ordres imaginaires », HAL, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01322694>, 28 mai 2016, p. 3.
- DE QUENAUDON René, GOMEZ-MUSTEL Marie-Josée, « Bref commentaire de la circulaire DGT du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, Revue de droit du travail, 2009, p.38
- RACINE Jean-Baptiste, « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », RJE, 1996/4, pp. 409-424.
- RAES Thierry, GUEZ Elodie, VIGNE Axelle, « Informations sociales, environnementales et sociétales Grenelle II – Du nouveau pour votre rapport de gestion 2012 », Francis Lefebvre, Comptabilité et fiscalité, 1^{er} mars 2013, tribune.
- DE RAVEL D'ESCLAPON Thibault, « Rapport Notat-Senard : l'entreprise, « objet d'intérêt collectif », Dalloz actualité, 13 mars 2018.
- RAKOTOVAHINY Marie, « La qualité de membre d'une coopérative », LPA, n°83, 25 avril 2018, p. 5.
- RAMBOUR Muriel, « Canton et ville de Genève contre la centrale nucléaire française du Bugey – poursuite du contentieux au pénal », Droit de l'environnement, avril 2016, n° 244, p. 152.
- REBEYROL Vincent, « L'environnement devant le Conseil constitutionnel : l'occasion manquée », D., 12 mai 2011, n° 18, p. 1258-1261.
- REBOUL-MAUPIN Nadège, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis*, Revue des sociétés, 2000, p. 425.
- REBOUL-MAUPIN Nadège, GRIMONPREZ Benoît, « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », D., 2016, p. 2074.

- RÉMOND-GOUILLOUD Martine, « Ressources naturelles et choses sans maître », in EDELMAN Bernard et HERMITTE Marie-Angèle (dir.), *L'homme, la Nature et le Droit*, Paris, éd. Christian Bourgois, p. 232-233.
- RENAUDIE Olivier, « L'excès administratif : une perspective française », in MBONGO Pascal (dir.), *L'excès, l'hypermmodernité, entre droit et politique*, Mare & Martin, coll. Droit et science politique, 2012, 337p., p.315
- RENET Thierry, « Bénéfices et dividendes : "néo-fruits industriels" », *RTD civ.* 2007, p. 149.
- REYGROBOLLET Arnaud, « Projet de loi PACTE : les aspects intéressants le droit des affaires », *JCP N*, n°27, 6 juillet 2018, actualités, p.598
- REYGROBELLET Arnaud, « Réaliser des bénéfices n'est pas distribuer des dividendes », note sous cass. com 4 février 2014, n°12-23.894, *Rev. des sociétés*, 2014, p. 373
- REYGROBELLET Arnaud, « Société – L'intérêt social, quel intérêt ? », *JCP N*, n°30-34, 27 juillet 2018, p.670
- RIALS Stéphane, « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN Chaim et VANDER ELST Raymond (dir.), *Les notions à contenu variables en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles 1984, p. 39.
- RICHER Laurent, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *AJDA*, 1997, p.3.
- RIZZO Fabrice, « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD com.*, 2000, p. 27, note 112.
- ROBÉ Jean-Philippe,
- « L'entreprise et la constitutionnalisation du système monde de pouvoir », Collège des Bernardins, *L'entreprise : formes de la propriété et responsabilités sociales*, Programme de recherche, avril 2011, p. 22.
 - « L'au-delà de la doctrine de l'entreprise », *Cahiers de droit de l'entreprise* n°2, mars 2013, dossier 8, étude.
 - « Les entreprises multinationales, vecteur d'un nouveau constitutionnalisme », *Arch. phil. droit* 56, 2013, pp. 337-338 et p.342
 - « La place de l'entreprise dans le système de pouvoirs », in MUSSO Pierre (dir.), *L'entreprise contre l'Etat ?*, éd. Manucius, Institut d'Etudes Avancées de Nantes, 2017, pp.152-160 spéc. 152
- ROBÉ Jean-Philippe, MAZUYER Emmanuelle., « Faut-il une évaluation sociale des entreprises ? » *Revue de droit du travail*, 2010, p. 413.
- ROBERT Jacques-Henri, « Amoko, Erika, Prestige et les autres », *Dr. pénal* 2004. 64.
- ROCHFELD Judith, « Propos introductifs », in MEKKI Mustapha, *Les notions fondamentales à l'épreuve des questions environnementales*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2016, p. 8
- RODA Jean-Christophe, « Cynisme d'entreprises », *Gaz. Pal.*, n°30, 11 septembre 2018, p. 3.
- ROGER Baudoin, « L'entreprise et la personne » in ROGER Baudoin, *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales*. Collèges des Bernardins, 2011, p. 105-149.
- ROLLAND Blandine,
- « Le reporting social, sociétal et environnemental : regards critiques », *Bull. Joly sociétés*, n°4, 1^{er} avril 2014, p.287.
 - « Le quasi-contrat au secours de la RSE ? », *Revue Riséo*, 2015-1, en ligne: <http://www.riseo.fr/IMG/pdf/1-2015/16-LE-QUASI-CONTRAT-AU-SECOURS-DE-LA-RSE.pdf>
 - « 3 questions – Un nouveau concept : l'entreprise élargie ? », *JCP E*, n°42, 18 oct. 2018, veille, p. 783 ; Centre Européen de recherche sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes (CERDACC), « L'entreprise élargie », Colloque, UHA Mulhouse, 25 octobre 2018.
- ROQUILLY Christophe, « Analyse des codes éthiques des sociétés du CAC 40.- Un vecteur d'intégration de la norme juridique par les entreprises », *Cahiers de droit de l'entreprise* n°5, septembre 2011, dossier 29
- ROUSSEAU Dominique, « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », in *La Constitution et le temps*, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, Lextenso, n°54, janvier 2017, p. 9.
- ROUSSEAU Patrick, « La performance sociale est-elle mesurable ? Le rôle des agences de notation extra-financière », in IGALENS Jacques (dir.) *La responsabilité sociale des entreprises. Défis, risques et nouvelles pratiques*, Eyrolles, 2012, p. 97.
- ROUSSEAU Stéphane, TCHOTOURIAN Ivan, « L'intérêt social en droit des sociétés. Regards canadiens », *Revue des sociétés* 2010, p. 735.
- ROZAN Anne, « Le marché : dernier rempart à la protection de l'environnement ? », in SOHNLE Jochen, CAMPROUX-DUFFRÈNE Marie-Pierre, *Marché et environnement*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2014, p. 50.
- SADELEER Nicolas de, « Les approches volontaires et les principes du droit de l'environnement », in HERVE-FOURNEREAU Nathalie (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « L'univers des normes », 2008, p. 52.
- SAINCY Bernard, « Responsabilité et négociation sociale à l'ère de la mondialisation », *Droit social*, 2008, p. 80.
- SAYER Patrick, « Le devoir de voter de l'actionnaire : droit ou obligation ? », in Association droit et commerce, *Devoirs de l'actionnaire*, 41^{ème} colloque, 8 et 9 avril 2016, Deauville, Gazette du Palais, 6 juin 2016, Hors série, pp. 36-39.

- SEGRESTIN Blanche, « Une nouvelle « Modern Corporation » : relecture gestionnaire de l'ouvrage de Berle & Means », *Annales des Mines – Gérer et comprendre*, éd° Eska, 2011/2, n°104, p.124
- SEVE René, « Avant-Propos : la mesure de l'ordre public », in *L'ordre public*, Dalloz, Arch. phil. droit 58, 2015, p.VII
- SCHAPIRA Jean, « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD com*, 1971, p. 957
- SCHOLER Perrine, « Le recours à l'administrateur provisoire : outil de défense des actionnaires minoritaires », *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} juillet 1999, n°8-9, p.866
- SCHMIDT Dominique, « La société et l'entreprise », *D.*, 2017, p.2380
- SCHMITT Mélanie, « La recomposition du droit du travail de l'Union européenne », *Droit social*, 2016, p. 703-716
- SHELTON Dinah, « Intérêt général ou communauté d'intérêts », in *Le développement durable et le concept d'intérêt général*. CNRS, Programme interdisciplinaire de recherche sur l'environnement, 1991-1992, Contribution à la 2ème session du séminaire. Strasbourg, 24-25 juin 1991, Centre du droit de l'environnement, Université R. Schuman, p. 4.
- SCIBERRAS Jean-Christophe, « L'irrigation de l'entreprise par les nouvelles technologies de l'information et de la communication : le point de vue d'un praticien », *Droit social*, n°1, 10 janvier 2002, p. 93
- SOBCZACK André,
- « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis », *Dr.soc.* 2002, p. 806.
 - « La responsabilité globale », *Sem. Soc. Lamy*, n°1186, supplément du 18 octobre 2004.
- Société de législation comparée, « Les "journées de droit civil" des 9 et 10 juin 1947 à Luxembourg », *Revue internationale de droit comparé Bulletin trimestriel*, n°3, juillet-septembre 1947, Actualités et informations, p.258-259.
- SOINNE Bernard, « L'affaire Metaleurop (suite) », *Revue des procédures collectives*, n°1, janvier 2009, étude 2
- SOHNLE Jochen, « La représentation de la nature devant le juge : Plaidoyer pour une épistémologie juridique du fictif », in, CAMPROUX-DUFFRENE Marie-Pierre et SOHNLE Jochen (dir.), *La représentation de la nature devant le juge : approche comparative et prospective*, Vertigo, Hors-série 22, septembre 2015, propos conclusifs
- STAHL Lucile, « Les apports du code de l'environnement des Îles Loyauté pour la conservation de la biodiversité », Site internet TE ME UM, <http://temeum.espaces-naturels.fr/fr/juridique/dossiers-et-analyse/code-environnement-iles-loyaute>, consulté le 26 mai 2017, inaccessible au 26 avril 2019.
- STIRN Bernard, « Ordre public et libertés publiques », *arch. phil. droit*, t 58, 2015, p.5
- STONE Christopher, « Should Trees Have Standing -Toward Legal Rights for Natural Objects », *Southern California Law Review*, vol. 45, 1972, pp. 450-501.
- STORCK Michel, DE RAVEL D'ESCLAPON Thibault, « Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ? », *BJS*, 2009, p.92
- STROWEL Alain, « Omnia sunt ©ommunia : des *opera* au Big Data », *RIEJ*, 2018/2, vol. 81, pp. 177-209
- SUPIOT Alain,
- « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyse juridique et valeurs en droit social, Études offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 541.
 - « Introduction », in SUPIOT Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité, la dynamique de la solidarité*, Collège de France, 2015, pp. 7-17.
 - (dir. scient.), « Prendre la responsabilité au sérieux », Collège de France, Colloque, Paris, juin 2015, intervention.
 - « Etat, Entreprise et démocratie », in MUSSO Pierre (dir.), *L'entreprise contre l'Etat ?*, éd. Manucius, Institut d'Etudes Avancées de Nantes, 2017, pp. 13-31.
- TADROS Antoine, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.* 2018, p.1765
- TCHOTOURIAN Ivan,
- « Avis du CESE sur les Livres verts en matière de gouvernement d'entreprise : pour une consécration de la fonction sociale des entreprises », *Bull. Joly Bourse*, 1^{er} février 2012, n°2, p. 58.
 - « Divulgarion extra-financière des sociétés en Europe : Présentation et analyse du projet de la Commission européenne », *RTD eur.*, avril-juin 2014, p. 309.
 - « L'inconnu de la réforme de l'objet social », *BJS*, 2018, p. 134.
 - « Nouvelles entreprises aux Etats-Unis et au Canada », *Revue Lamy droit des affaires*, n°142, 1^{er} nov. 2018
- TELLER Marina, « RSE et comptabilité : pour une responsabilité environnementale, sociale et comptable », in TRÉBULLE François Guy, UZAN Odile (dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés droit et gestion*, Economica, coll. Etudes juridiques, n°42, 2011, p. 275 et s.
- TERRE François, « Pitié pour les juristes ! », *RTD civ.* 2002, p.247
- TERRIER Georges, « Les devoirs de l'actionnaire et le droit des sociétés – le devoir de loyauté des actionnaires », in Association droit et commerce, *Devoirs de l'actionnaire*, 41^{ème} colloque, 8 et 9 avril 2016, Deauville, Gaz. Pal. 6 juin 2016, Hors série, pp. 24-30

TEUBNER Gunther, « “La matrice anonyme” : de la violation des droits de l’homme par des acteurs “privés” transnationaux », *Rev. crit. DIP*, 2016, p.591.

THIBIERGE Catherine,

- « Le droit souple – Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599.
- « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l’avenir », *Recueil Dalloz* 2004, p. 577.

THIBOUT Oriane, « La responsabilité sociale des entreprises : un système normatif hybride », *RJE* 2016/2, vol. 41, pp. 215-233

THOMAS Yan,

- « Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat* 1998/3 (n° 100), p. 93.
- « *Res*, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain », *in Arch. phil. du droit*, 1980, p. 422.

TILQUIN Thierry, « Les actions et parts sans valeur nominale en droit belge », *BJS*, 1998, p. 738.

TRÉBULLE François-Guy,

- « La comptabilisation de l’environnement », *Droit des sociétés* n°7, juillet 2004, étude 10.
- « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d’expression, considérations à partir de l’arrêt Nike v/ Kasky », *Revue des sociétés*, 2004, p. 261.
- « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur « l’entreprise citoyenne », *Rev. des sociétés*, 2006 p. 41.
- « Stakeholders et droit des sociétés », *BJS*, 1^{er} décembre 2006 n°12, p.1337
- « Le risque, clef du développement durable des sociétés », *Droit des sociétés* n°8, août 2010, étude 13.
- « Environnement et droit des biens », *in Le droit et l’environnement*, Trav. de l’association H. Capitant, t. XI, 2006, Journée de Caen, 2010, Dalloz, p. 85.
- « Le Conseil constitutionnel, l’environnement et la responsabilité : entre vigilance environnementale et pré-occupation », *Revue de droit immobilier*, 2011, p. 369.
- « Le paquet “entreprises responsables” », *D.*, 2012, p. 144.
- « Vers une transition positive ? », *Environnement*, nov. 2013, repère 10.
- « Marché et protection de la biodiversité : les unités de compensation écologique », *in SOHNLE Jochen, CAMPROUX-DUFFRÈNE Marie-Pierre, Marché et environnement*, Bruylant, coll. Droit(s) et développement durable, 2014, p. 261.
- « Entreprise et développement durable », *JCPE*, 05 février 2015, n°6, p. 1070.
- « Quelle entreprise face au changement climatique ? », *D.*, 2015, p. 2272.
- « La responsabilité sociale et environnementale (RSE) des entreprises », *in Association droit et commerce, Devoirs de l’actionnaire*, 41^{ème} colloque, 8 et 9 avril 2016, Deauville, *Gazette du Palais*, 6 juin 2016, Hors série p. 56.
- « Les frontières de l’entreprise vues au prisme des enjeux environnementaux », *Cahiers de droit de l’entreprise*, n°5, septembre 2017, dossier, p. 29.

TEISSIER Arnaud, « L’éthique, une norme de l’entreprise ? », *Travail et protection sociale*, 2000, chron. p.6

TRICOT Daniel, « 3 questions – Les sources d’inspiration des codes d’éthique », *JCPE*, n°40, 2 octobre 2014, p. 703

TUNC André, « Standards juridiques et unification du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 1970, vol. 22, n°2, p. 249

TUSSEAU Guillaume, « Critique d’une ménotation fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de “notion fonctionnelle”, *RFDA*, 2009, p.641

URBAIN-PARLEANI Isabelle, « La raison d’être des sociétés dans le projet de loi PACTE du 19 juin 2018 », *Revue des sociétés*, 2018, p.623

VAN LANG Agathe,

- « Principe de précaution : exorciser les fantasmagories », *AJDA* 2015 p. 510.
- « Introduction », *in VAN LANG Agathe (dir.), Penser et mettre en oeuvre les transitions écologiques*, Mare et Martin, Droit sciences & environnement, 2018, p.15 : « une recherche menée à partir des termes *transition* et *transition écologique* fournit une moisson d’articles particulièrement pauvre ».

VARISON Leandro, « La RSE saisie par le droit », *in MARTIN-CHENUT Kathia, DE QUENAUDON René (dir.), La RSE saisie par le droit, Perspectives interne et internationale*, colloque des 06 et 07 avril 2016, Université de Strasbourg, éd. Pedone, 2016, 718 p., p. 397.

VATINET Raymonde, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? », *LPA*, 30 septembre 1998, p. 58.

VEDEL Georges, « De l’arrêt Septfonds à l’arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP*, 1948, I, p. 682.

VEDEL Georges, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, I, p. 851

VELARDOCCHIO Dominique, « Propos conclusifs », *in « La figure de l’associé », Droit des sociétés*, n°3, mars 2016, dossier, article p. 11.

- VERNY Emmanuel, « Économie – Économie sociale et solidaire – Mais qui fait donc partie de la famille de l'ESS ? », *Juris associations*, 2018, n°588, p.42
- VILMORIN Olivier, BERDOU Arnaud, «Vade-mecum de l'actionnaire activiste », *Bull. Joly Bourse*, n°1, 1^{er} janvier 2016, p.16
- VINEY Geneviève, DANIS-FATÔME Anne, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.*, 2017, p.1610
- VINUALES Jorge Enrique, « La distribution de la charge de protéger l'environnement : expressions juridiques de la solidarité », in SUPIOT Alain (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Paris, Collège de France, 2018, pp. 19-36.
- VITTA Edouard, « Le traité multilatéral peut-il être considéré comme un acte législatif ? », *Annuaire français de droit international*, 1960, n°6, p. 225
- VOINOT Denis, « Le sort des créances dans la procédure collective - L'exemple de la créance environnementale », *RTD com.* 2001, p. 581
- WINTER Gerd, « La proportionnalité écologique : un principe émergent », *Environnement* n°12, décembre 2014, étude 19
- ZAFRANI Avishag, « Quelle économie pour quel avenir ? Hans Jonas et la responsabilité », *Arch. phil.*, 2016/3, t.79, p.192
- ZANDONAI Flaviano, « La coopération sociale en Italie, entre consolidation et transformation », *RECMA*, n°286, pp. 36-46

VI. SOURCES NON JURIDIQUES

- ARON Raymond, « Note sur le pouvoir économique », *Revue économique*, volume 9, n°6, 1958, pp. 849-858
- COLLET Philippe,
- « REP emballage : vers une réintroduction d'une disposition contre le suremballage », *Actuenvironnement.com*, 05 avril 2017, <https://www.actu-environnement.com/ae/news/suremballages-dechets-cahier-charges-contirbution-producteurs-28774.php4>, consulté le 26 avril 2019.
 - « Emballages : le ministère de l'environnement veut appliquer un malus de 100 % au PET opaque », *Actuenvironnement.com*, 05 avril 2017, en ligne, <https://www.actu-environnement.com/ae/news/emballages-malus-pet-opaque-28775.php4> consulté le 26 avril 2019.
- ABDELMALKI Lahsen, MUNDLER Patrick, *Economie de l'environnement et développement durable*, De Boeck Supérieur, 2010, 224 p.
- ABRAHAM Yves-Marie in MEADOWS Dennis, MEADOWS Donella, RANDERS Jorgen, *Les limites à la croissance (dans un monde fini) Le Rapport Meadows, 30 ans après*, Ed. Ecosociété, coll. Retrouvailles, 2013, 408 p.
- AGGERI Franck, SAUSSOIS Jean-Michel, « La puissance des grandes entreprises mondialisées à l'épreuve judiciaire. De l'affaire Volkswagen au diesel », *Revue française de gestion*, 2017/8, n°269, pp. 83-100
- AGNEL Emilie, *Curiosité judiciaires et historiques du moyen-âge : Procès contre les animaux*, éd. J. Dumoulin, Paris, 1858, 47 p.
- AUGAGNEUR Floran, FAGNANI Jeanne, (dir.), *Enjeux environnementaux, protection sociale et inégalités sociales*, *Revue française des affaires sociales*, n°1-2, avril 2015, 228 p.
- ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Trad. par J.Tricot (1959), Ed. Les Echos du Maquis, v.1, janv.2014, p.28, 6, (1097b-1098a)
- Association,
- 60 MILLIONS DE CONSOMMATEURS, GUIBERT Fanny, « Les publicités d'EDF se payent notre tête », in, *Actu*, 22 novembre 2012
 - RECORD, BERTOLINI Gérard, « Monétarisation des effets environnementaux. Etat de l'art et revue bibliographique », *Rapport final*, juillet 2001, consultable en ligne http://www.record-net.org/storage/etudes/00-0702-1A/rapport/Rapport_record00-0702_1A.pdf, consulté le 3 décembre 2020, 74 p.
 - GENERATIONS FUTURES, *Enquête EXPPERT 5 exposition aux pesticides perturbateurs endocriniens*, septembre 2015, en ligne <http://www.generations-futures.fr/2011generations/wp-content/uploads/2015/09/EXPPERT-5-Final.pdf>, consulté le 6 avril 2019.
 - GREENPEACE, *Santé: les pesticides sèment le trouble*, Laboratoire de recherches de Greenpeace, rapport, avril 2015, 29 p.
 - LES COLIBRIS, *Feuille de route citoyenne, politique, alternative, coopérative, à destination de tous*, (R)évolution- Le plan des colibris, Paris, 2013
 - ZERO WASTE FRANCE, « Pet opaque – dossier complet », janvier 2017 [en ligne <https://www.zerowaste-france.org/media/PET%20opaque%20-%20Dossier%20complet.pdf>], consulté le 12 mai 2018] 11p.

- BALLET Jérôme, BAZIN Damien, PELENC Jérôme, « Justice environnementale et approche par les capacités », *Revue de philosophie économique*, Vrin, 2015/1, vol. 16, p.152.
- BASTAMAG (site d'information), à propos du fabricant d'enveloppe Pochecho : <http://www.bastamag.net/Pochecho-l-entreprise-industrielle-qui-place-l-environnement-et-la-protection>, article du 3 février 2017, consulté le 4 février 2017.
- BAUDRY Julia, ASSMAN Karen E., TOUVIER Mathilde, et al., « Association of Frequency of Organic Food Consumption With Cancer Risk: Findings From the NutriNet-Santé Prospective Cohort Study », *JAMAL Internal Medicine*, octobre 2018, 178(12).
- BECK Ulrich, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, (1986), trad. de l'allemand par L. Bernardi, Paris, Aubier, 2001, 521 p.
- BERREBI-HOFFMANN Isabelle, LALLEMENT Michel, BUREAU Marie-Chistine, *Makers. Enquête sur les laboratoires du changement social*, Seuil, 2018, 352 p.
- Bible, Genèse.
- BOIVIN Pauline, STOKKINK Denis (dir.), *Les coopératives en Europe, Think & do tank Pour la solidarité*, Notes d'analyses, Economie sociale, mai 2016, p.9, accessible en ligne : http://www.ess-europe.eu/sites/default/files/publications/files/na-2016-cooperatives-eu_0.pdf, consulté le 06 août 2017
- BOLTANSKI Luc, THEVENOT Laurent, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, 1986, 361 p.
- BOMMIER Swann et RENOARD Cécile, *L'entreprise comme commun – Au-delà de la RSE*, éd. Charles Leopold Mayer, février 2018, 263 p.
- BOUDIA Soraya, PESTRE Dominique, « Mises en économie de l'environnement et hégémonie politique » in *Les mises en économie de l'environnement*, *Revue Ecologie & politique*, éd. Le Bord de l'eau, 2016/1, n°52, dossier, pp. 13-18
- BOURG Dominique, PAPAUX Alain, *Vers une société sobre et désirable*, PUF, 2010, 508 p.
- BONNEUIL Christophe., FRESSOZ Jean-Baptiste, *L'évènement Anthropocène. La Terre, l'histoire et nous*, Paris, éd° du Seuil, 2013, 304 p.
- BONTEMS Philippe, ROTILLON Gilles, *L'économie de l'environnement*, La découverte, coll. Repères, 2013, 128 p.
- BOWEN Howard R., *Social Responsibilities of the Businessman*, University of Iowa Press, Iowa city, 1953, 298 p.
- BRANTS Victor, « Tisserand d'usine de Gladbach (Prusse Rhénane) », in LE PLAY Frédéric (dir.), *Société internationale des études pratiques d'économie sociale, Les ouvriers des deux mondes : études sur les travaux, la vie domestique et la condition morale des populations ouvrières des diverses contrées et sur les rapports qui les unissent aux autres classes*, Paris, Frimin-Didot et Cie, 1900, n°97, p. 362, §13
- BRAUDEL Fernand, *L'identité de la France. Les hommes et les choses*, Arthaud – Flammarion, 1986, 2 vol., 367 et 221 p.
- BRUNE François, « La frugalité heureuse : une utopie ? » in *Entropia*, n°1 – Décroissance et politique, 21 novembre 2008, [accessible en ligne, <https://www.entropia-la-revue.org/spip.php?article108#nh8>] consulté le 19 août 2017
- CAPRON Michel, QUAIREL Françoise, « Le rapportage « développement durable » entre reddition et communication, entre volontariat et obligation », *Revue de l'organisation responsable* 2/ 2009 (Vol. 4), p. 19-29.
- CARSON Rachel, *Silent Spring*, 1962, traduction française : *Printemps silencieux*, Paris, Plon, 1963, 288 p.
- CENTEMERI Laura et RENO Gildas, « Jusqu'où l'économie écologique pense-t-elle l'inégalité environnementale ? Autour de l'œuvre de Joan Martínez-Alier », HAL archives-ouvertes.fr, <hal-01342220>, 2016
- CESAR Christine, « Les métamorphoses des idéologues de l'agriculture biologique », *Ecologie & Politique*, 2003/1, n°27, p. 298.
- CICERON, *Catilinaires*, I, 1.
- CHARREAUX Gérard, « Entreprise – Théories et représentations », *Encyclopédie Universalis*, Économie et société, Le Monde, Volume 18, 2009, p.635-643.
- COASE Ronald, « The nature of the firm », *Economica*, n°4, 1937, p.386
- COMTE Auguste, *Système de politique positive ou Traité de sociologie, instituant la religion de l'humanité*, éd. O. Zeller, 1967, T.1 p.361
- CORLAT Benjamin, WEINSTEIN Olivier, « Les théories de la firme entre “contrats” et “compétences”. Une revue critique des développements contemporains », *Revue d'économie industrielle*, n°129-130, 1^{er} et 2^{ème} trimestres 2010, p. 57
- CORNARO Luigi, *De la sobriété, Conseils pour vivre plus longtemps*, 1558, Millon Jérôme éditions, juin 2014, 176 p.
- DABOVAL Benjamin., *Les animaux dans les procès du Moyen Age à nos jours*, thèse, Ecole nationale vétérinaire d'Alfort, 2003, 115 p.
- DAVID Patricia, « La responsabilité sociale des entreprises (RSE) dans la maîtrise des risques : une nouvelle utopie ? Le management chez Bata », *Responsabilité et environnement*, n°55, juillet 2009, p.42.

- DEFOURNY Jacques, « L'émergence du concept d'entreprise sociale », Reflets et perspectives de la vie économique, De Boeck supérieur, 2004/3 – Tome XLIII, pp 9-23
- DIETRICH Gérard, *Les procès d'animaux du Moyen Age à nos jours*, thèse vétérinaire, Lyon, 1961, 76 p.
- DOLIQUE Laure, *Risques globaux et développement durable. Fausses pistes et vraies solutions*, L'Harmattan, coll. L'esprit économique, 2007, 115p.
- DOLLO Christine, BRAQUET Laurent, DOLCE Delphine, GINESTE Nathalie, *Economie*, Sirey, Aide-mémoire, Août 2016, 696 p.
- DURCKHEIM Emile., *Les règles de la méthode sociologique* (1894), 13^{ème} éd., coll. Quadrige grands textes, PUF 2007
- EDELBLUTTE Simon, « Paternalisme et territoires politiques dans la France de la seconde révolution industrielle : Un regard rétrospectif sur les liens entre firmes et territoires communaux », *Revue Géographique de l'Est* [En ligne], vol. 50, 3-4, 2010
- FLIPO Fabrice, « Pour une écologisation du concept de capabilité d'Amartya Sen », *Natures Sciences Sociétés*, EDP Sciences, 2005/1, vol.13, pp. 68-75.
- FONDATION CONCORDE, *L'économie de la fonctionnalité, Vers un nouveau modèle de développement durable*, novembre 2010, 50 p.
- FONDATION JEAN-JAURES, *Entreprises engagées. Comment concilier l'entreprise et les citoyens*, février 2018, 23 p.
- FOURASTIÉ Jean, *Les Trente Glorieuses : ou La révolution invisible de 1946 à 1975*, Fayard, 1979, 306 p.
- FREEMAN Edward, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, 1984, Cambridge University Press, 2010, 292 p.
- FRIEDENSON Patrick (dir.), *Industrialisation et sociétés d'Europe occidentale, 1880-1970*, Paris, Les éditions ouvrières, 1997, 271 p
- FRIEDMAN Milton, « The social responsibility of business is to increase its profits », *The New York Times Magazine*, 13 septembre 1970.
- FUSTEL DE COULANGES Numa-Denys, *La cité antique*, (1864) Hachette, Paris, édition numérique en ligne <http://dx.doi.org/doi:10.1522/24754884>, consulté le 11 mai 2018.
- GADREY Jean, LALUCQ Aurore, « Que valent les méthodes d'évaluation monétaire de la nature ? », in *Une économie écologique est-elle possible ?*, *L'économie politique*, 2016/1, n°69, p. 76.
- GAUTHIER Jean-Baptiste, *Les blessés du travail devant la société*, Paris, impr. De Chaix, 1885, 42 p.
- GEELS Frank, « Technological transitions as evolutionary reconfiguration processes: A multi-level perspective and a case-study », *Research Policy*, n°31, 2002, p.1257
- GIDE Charles,
- *Economie sociale*, Sirey, Paris, 3^{ème} éd°, 1907, 500 p.
 - *Principes d'économie politique*, Sirey, Paris, 25^e éd°, 1926, 702 p.
- GIRAUD Gaël, RENOARD Cécile, « Peut-on réformer le capitalisme ? », *Etudes*, S.E.R., 2010/1, T. 412, p. 26.
- GODIN Jean-Baptiste, *Solutions sociales*, Paris, A. Le Chavalier, 1871, 664 p.
- GOETHE Johann Wolfgang von, *Faust*, 1808, 1832.
- GORZ André, BOSQUET Michel, *Ecologie et politique*, Seuil, 1978, 245 p.
- GROLLEAU Gilles, MZOUGHFI Naoufel, THIEBAULT Luc, « Les alliances vertes entre les entreprises et les associations de protection de l'environnement : une réelle réconciliation ou une instrumentalisation réciproque ? », *Revue d'économie régionale et urbaine*, 2008/4, novembre pp.617-633
- GROSSI Paolo, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza postunitaria*, Milan, Giuffrè, 1977, 392 p.
- GUIZOT François, *Histoire de la civilisation en France : depuis la chute de l'Empire romain*, Paris, Didier, 1840, T. 3, 408 p.
- GUESLIN André, « Le paternalisme revisité en Europe occidentale », *Genèses*, mars 1992, vol.7, n°7, pp. 201-211.
- GÜRTLER Guido, « ISO 26000 forces et faiblesses », disponible sur http://www.26k-estimation.com/S_W_ISO26000_forces_et_faiblesses.pdf, consulté le 5 décembre 2020.
- HALEVY Daniel, *Essai sur l'accélération de l'histoire*, éd. Self, 1948, 166 p.
- HARDING Gareth « *The tragedy of the Commons* », *Science*, vol. 162, 13 déc. 1968, p. 1243-1248
- HARTOG François, *Régimes d'historicité. Présentisme et expériences du présent*, éd. du Seuil, 2003, 257 p.
- HAMON Augustin Frédéric, *Déterminisme et responsabilité*, Paris, Schleicher frères, 1898, 280 p., spéc. p.6

- HICKS John Richard, « Growth and anti-growth », Oxford Economic Papers, volume 18, 1^{er} novembre 1966, pp. 257-269.
- HOMMEL Thierry, « Paternalisme et RSE : continuités et discontinuités de deux modes d'organisation industrielle », *Entreprise et histoire*, 2006/4, n°45, p.178
- HOPKINS Rob, *Manuel de transition. De la dépendance au pétrole à la résilience locale*, Montréal, éd° Écosociété, 2010.
- HOUDET Joël, *Entreprises, biodiversité et services écosystémiques. Quelles interactions et stratégies ? Quelles comptabilités ?*, Thèse, Gestion et management, AgroParisTech, 2010, 356 p.
- HOWARD Bowen, *Social Responsibilities of the Businessman*, University of Iowa Press, 2013 [1953], 298 p.
- HUGON Philippe, « Le renouveau de l'économie du développement », in FROGER Géraldine, *La mondialisation contre le développement durable ?*, éd. PIE Peter Lang, 2006, p. 30.
- JENSEN Michael, MECKLING William, « *Theory of the firm : Managerial behavior, agency costs and ownership structure* », *Journal of Financial Economics*, vol. 3, issue 4, october 1976, p. 305
- KEYNES John Manyard, « Perspectives économiques pour nos petits-enfants » (1930), in *Essai de persuasion*, trad. de l'anglais par Herbert Jacoby, Paris, Gallimard, 1933, 2^e éd°, 278 p.
- L'USINE NOUVELLE, « Si l'on continue comme avant, l'entreprise est menacée », juge Antoine Frérot », 5 février 2019
- LA TRIBUNE, PIALOT Dominique, « Le rapport Senard/Notat ne fait pas entrer l'entreprise dans le Code civil », 12 mars 2018
- LE MONDE,
- Collectif, « Le rôle du président du Medef est de protéger les entreprises des excès de la finance mondialisée », *Le Monde économie*, 20 février 2018.
 - Collectif, « Plaidoyer en faveur d'une "économie de marché responsable" », 16 nov. 2016
 - « Le fiasco du Galaxy Note 7 dû aux batteries défectueuses, selon Samsung », 23 janvier 2017
 - ROSANVALLON Pierre, « Sortir de la myopie des démocraties », 07 décembre 2009
 - « Pollution des mégots : les fabricants de tabac reçus jeudi au ministère de la transition écologique », 14 juin 2018
- LE MONDE DIPLOMATIQUE,
- BELLAMY FOSTER John, « Karl Marx et l'exploitation de la nature », juin 2018, p. 3.
 - CHAMAYOU Grégoire, « Comment les industriels ont abandonné le système de la consigne, Eh bien, recyclez maintenant ! », février 2019, p. 3
 - LATOUCHE Serge, « Sans développement, pas de salut, mais...le développement de quoi ? », mai 2001, *Manière de voir*, octobre 2018, p.10.
 - MALLET Jean-Baptiste, « Le système Pierre Rabhi », *Le Monde diplomatique*, août 2018, pp. 22-23.
 - MUSSO Pierre, « De la réforme grégorienne à la Silicon Valley. Et l'industrie naquit dans les monastères », juillet 2017, p.3
 - SUPIOT Alain, « Ni assurance ni charité, la solidarité », novembre 2014, p. 3.
- LE POINT, FERRY Luc, RICHARD Michel., THEIS Laurent, « Arbre de droite, arbre de gauche », 16 juin 2000.
- LE TEMPS, « Quand la nature reprend ses droits », 5 mars 2018.
- LES ECHOS,
- « Les garagistes vont devoir proposer des pièces détachées d'occasion, 31 mai 2016, https://www.lesechos.fr/31/05/2016/lesechos.fr/021981738789_les-garagistes-vont-devoir-proposer-des-pieces-detachees-d-occasion.htm, consulté le 16 août 2017.
 - LE GENDRE Gilles, QUETEL Mathieu, « Entreprises, prenez le pouvoir ! », 09 juin 2017.
- LIBERATION, FAVEREAU Olivier, « Entre gilets jaunes et grève des jeunes pour le climat : la voie de «l'éco-détermination» », *tribune*, 14 mars 2019.
- LARRERE Catherine et al., *Les inégalités environnementales*, PUF, La vie des idées, 2017, 97 p.
- LATOUCHE Serge, *Vers une société d'abondance frugale. Contresens et controverses sur la décroissance*, Fayard, Mille et une nuits, 2011, 208 p.
- LAVAL Christian, SAUVETRE Pierre, « Pour les communs sociaux », *Politis*, Hors-série, janvier 2019.
- LAVILLE Elisabeth, *L'Entreprise verte*, Village mondial, 2002, 320 p.
- LAVILLE Jean-Louis, « Au-delà de l'État et du marché, l'économie sociale et solidaire, *The conversation*, 13 juin 2017, <http://theconversation.com/au-dela-de-letat-et-du-marche-leconomie-sociale-et-solidaire-78952>, consulté le 26 avril 2019.
- LE PLAY Frédéric, *La réforme sociale en France : déduite de l'observation comparée des peuples européens*, Tours, A. Mame et fils, 1874, 5^{ème} éd°, t.2, chap. 50, p. 464 et s., en ligne : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k2099435?rk=21459;2>, consulté le 26 septembre 2018.
- LEOPOLD Aldo, *Sand County Almanach. And sketches here and there*, Oxford, 1948, Oxford University Press (trad. française, *Almanach d'un comté des sables*, Paris, Aubier, 1995).

- LEROY Maxime, *La coutume ouvrière ; syndicats, bourses du travail, fédérations professionnelles, coopératives, doctrine et institutions*, Paris, M. Giard & E. Brière, 2 vol., 1913, 496 p.
- LEVREL Harold, MISSEMER Antoine, « La mise en économie de la nature, contrepoints historiques et contemporains », *Revue économique*, 2018, prépublication, pp. 120-146.
- LITZENBURGER Laurent, « Les procès d'animaux en Lorraine (XIV^e – XVIII^e siècles) », *Revue Criminocorpus, Varia*, mis en ligne le 20 décembre 2011, <http://journals.openedition.org/criminocorpus/1200>, consulté le 09 juin 2018
- LOVELOCK James, *Gaïa, a new look at life on Earth*, Oxford University Press, 1979 (trad. Française : *La terre est un être vivant*, Paris, Flammarion, col. Champs, 1993)
- LOORBACH Derk, « *Transition Management: new mode of governance for sustainable development* », *North*, n° 193, avril 2007.
- LUTHER Martin, *Disputatio pro declaratione virtutis indulgentiarum*, Wittemberg, 1517, en ligne <https://www.luther2017.d/fr/martin-luther/textes-sources/les-95-theses/> consulté le 11 mai 2018.
- MALTHUS Thomas Robert, *Essai sur le principe de population*, 1798, traduction de Pierre Theil et mis en ligne par Jean-Marie Tremblay : http://classiques.uqac.ca/classiques/maltus_thomas_robert/essais_population/principe_de_population.pdf, consulté le 5 janvier 2016.
- MARX Karl, *Critique du programme de Gotha*, Londres, 5 mai 1875, en ligne, http://classiques.uqac.ca/classiques/Engels_Marx/critique_prog_gotha/programme_gotha.pdf, consulté le 26 avril 2019.
- MARX Karl, *Le Capital*, PUF, 1993, Tome 1er, 990 p.
- MEADOWS Donella, MEADOWS Dennis, RANDERS Jorgens, BEHRENS William, *Halte à la croissance ! Rapport sur les limites de la croissance*, Massachusetts Institute of Technology, trad. de l'anglais par Jacques Delaunay, Paris, Fayard, coll. Ecologie, 1972, 314 p.
- MESTRUN Francine, « Promouvoir les communs sociaux », *Politis*, 1er octobre 2013.
- MILL John-Stuart, *Principes d'économie politique*, Ed. Guillaumin, Paris, 1894, 220 p.
- NASH Roderick, *Wilderness and the American Mind*, *New Haven*, Yale University Press, 2001 [1967]
- NIETZSCHE Friedrich, *L'antéchrist*, in *Le crépuscule des idoles*, trad. Henri Albert, Paris, éd. Société du Mercure de France, 1908, 358 p.
- OSTRÖM Elinor, *La gouvernance des biens communs : pour une nouvelle approche des ressources naturelles* (1990), Bruxelles, éd. De Boeck supérieur, coll. Planète en jeu, 2010, 301 p.
- PAPE FRANCOIS, « Laudato Si' », *Sur la sauvegarde de la maison commune*, Lettre encyclique, 18 juin 2015.
- PASCALLON Pierre, *La planification de l'économie française*, Paris, Masson, coll. Droit, sciences économiques, 1974, 153 p.
- PELLUCHON Corine, « L'éthique des vertus : une condition pour une transition environnementale », in *La pensée écologique*, PUF, 2017, n°1, p.
- PEZZINI Enzo, *Coopératives sociales italiennes, Alternatives Economiques Poche*, n°22, janvier 2006.
- PLATEFORME OUVERTE DES DONNEES PUBLIQUES FRANÇAISES, « Les nouveaux indicateurs de richesse », en ligne, <https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/les-nouveaux-indicateurs-de-richeesse-1/> consulté le 2 octobre 2018.
- PLATON,
- *La République*, trad. V. Cousin, Paris, éd° Rey et Gravier, 1833, t.9, Livre IV, spéc. 427e-444a.
 - *Timée*, trad. Par Emile Chambry, La bibliothèque électronique du Québec, coll. Philosophie, vol. 8, version 1.01 : <https://beq.ebooksgratuits.com/Philosophie/Platon-Timée.pdf>, consulté le 22 août 2017
- POST James, PRESTON Lee E., SACHS Sybille, *Redefining the Corporation: Stakeholder Management and Organizational Wealth*, Stanford University Press, 2002, p.9
- ROSA Harmunt, *Accélération. Une critique sociale du temps*, La découverte, 2010, 486 p.
- RABHI Pierre, *Vers la sobriété heureuse*, Actes Sud, coll. Babel, 2013, 2ème éd., 164 p.
- REEVES Martin, PUESCHEL Lisanne, « *Die Another Day: What Leaders Can Do About the Shrinking Life Expectancy of Corporations* », Boston Consulting Group, Perspectives, 2 juillet 2015, <https://www.bcgperspectives.com/content/articles/strategic-planning-growth-die-another-day/>, consulté le 5 décembre 2020.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, *Œuvres politiques de J.-J. Rousseau. Du contrat social, ou Principes du droit politique*, Vve Lepelet, Paris, 1821, t.I, 282 p.
- ROSNAY Joël DE., « Le niveau planétaire d'intégration de toutes les échelles du Vivant, (à propos de la notion de « biosphère » ou « symbiosphère ») », *Colloque Biodiversité, ONU*, Paris, 1995.
- SAINT-PAUL, *Épître aux Romains*, 57 ap. J.-C., chap. XII, §3 ; MONTAIGNE Michel de., *Essais*, Livre I, chap. 29 *De la modération*.

SCHUMPETER Joseph, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, traduction française, 1942, en ligne : http://classiques.uqac.ca/classiques/Schumpeter_joseph/capitalisme_socialisme_demo/capitalisme_socialisme1.pdf , 176 p.

SEGRESTIN Blanche, « Les entreprises peuvent-elles se contenter de faire du profit », émission radiophonique *Du grain à moudre*, France culture, 14 mai 2018.

SEROT-ALMERAS Irène, CLEDAT Elise, Mission pour la Coopération non Gouvernementale - Ambassade de France aux Etats-Unis, Service de Coopération et d'Action Culturelle, *Guide pratique sur les fondations américaines ayant financé des ONG françaises entre 2008 et 2012*, décembre 2012, 63 p.

SERRES Michel, *Le contrat naturel*, Ed° François Bourin, 1992, 192 p.

SCHUMPETER Joseph, *Capitalisme, Socialisme et Démocratie*, 1942, trad. Gaël Fain, Paris, Petite bibliothèque Payot, 1965, 2^{ème} éd°, 433 p.

SONEAN (cabinet allemand de conseil en stratégie), *The social dependence of independent directors in Europe's largest companies*, rapport publié le 21 février 2015, en ligne : <https://sonean.network/wp-content/uploads/2018/05/SONEAN-Whitepaper-Feb-2015.pdf> , consulté le 26 avril 2019.

THIEBAULT Cécile (trad.), GILLIS Xavier (contribution), « La nature de la firme », *Revue française d'économie*, vol. 2, n° 1, 1987, p. 133

THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique*, trad. dominicaine (1984), éd. numérique, <http://docteurangelique.free.fr>, 2017, consulté le 05 mars 2018

WHITE Lynn Townsend, « The Historical Roots of Our Ecological Crisis », *Science*, vol. 155, n°3767, 10 mars 1967, pp.1203-1207

ZOLA Emile, *L'assommoir*, 1877, Librairie générale française, 1996, 566 p.

*

* * *

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux pages)

A

Abeille,

insecte, 502, 573, 583
loi dite "Abeille", 421

Accountable capitalism act, 269

Action civile, 38, 81, 84

Activité,

économique, 13, 27, **215**, 238, 241, 388
commerciale, 239, 292, 297-300
sobre, 627, 633
sociale, 239, 276, 492, 563, 567, 584, 616, 622, 631

Actus, 38, 89

Actionnaire, v. associé

Ad agendum, 538

ADEME, 129, 137, 138, 429, 430, 483

Admnicule, 75

Administrateur,

indépendant, 404, 545
orientation de l'activité sociale, 165
provisoire, 532, 538
prudent et diligent, 548

Alimentation, 425

Apport,

a non domino, 588
en environnement, 573
en industrie, 570
en nature, 569, 575
en numéraire, 575
équilibre, proportionnalité, 581
fictif, 579
opération juridique, 570
réalité de l'apport, 579

Arbitrage, 180

Arbres, 530

Association,

but désintéressé, 596
Caisse rurale de Manigod, 604
de protection de l'environnement, 541-544
de droit local, 296-299

Associé,

affectio societatis, 218, 224

associé-environnement, sui-generis, 557, 571, 576-578, 584-594, 609-610, 616
devoir de non-indifférence, 159
devoir de loyauté, 162
intérêt commun, 223, 228-233, 241, 258, 269, 339-341, 373, 396, 433, 404, 639-641, 651
volonté commune, 211

Autorités privées, 158

B

Bénéfices,

avantage matériel, 603
bénéfices sociaux et environnementaux, 604, 611
collectifs (préjudice écologique), 600
distribution, mise en réserve, 616
enrichissement, 607
feodum, 604
notion, 597-600, 604
spécialité lucrative, 601

Benefit corporation, 263-269

Bienfait,

bénéfice, 604
d'utilité sociale et environnementale, 267
d'intérêt public, general public benefit, 265

Biens,

communs, 498-502
environnementaux, 536, 574
frugifères, 504, 620
vacants, 574

Bioacteur, 27, 107, 338

Biodiversité,

atteinte, 610
capital social, 583
chose commune, res communis, 576, 580
crise, effondrement, 6, 14, 24, 40
éléments, 522, 574, 580
personnification, 527
préservation, 579
reconquête (loi), 20, 478, 577
valeur, 607

Bioéconomie, 25

Biologique,

agriculture, 138, 425
diversité, 416
équilibre, 523

Bon père de famille, raisonnablement, 443

Bonne foi,

exécution, 161, 167, 268, 364
standard, 444, 450-464

But,

extra-lucratif, 331
lucratif, 213, 224-227
non-lucratif, désintéressé, 263, 296, 298
social, 226, 397-400, 598, 614, 627

C**Capital social,**

parts, droits, actions, 475, 504, 576, 587, 590
apports, 567
détention, multisociétariat, 276, 310, 399
notion, formation, 503, 567, 570, 575, 582-585
valeur, 584
quote-part, quotité, 585-586, 591
représentant, 539

Capital naturel, 505, 564**Cause,**

de l'enrichissement, 449, 608-611
subjective de la société, v. raison d'être, 628

Charte de l'environnement, 102-109**Chronos,** 485**Clause**

limitative de pouvoir, 634
léonine, 475, 558, 618
responsabilité, v. contractualisation, 52, 151, 167
RSE, 52, 137
solidarité, 482
statutaires, 164

Code

de conduite, 95, 137, 149-151, 158, 159, 171, 471
éthique (non-respect par l'employeur), 469-471

Codétermination, 404, 540-541, 659**Cohérence** (principe de), 89, 459-461**Collaboration** (principe de), 458-460**Collective** (approche), 346-347**Comité**

en charge des intérêts communs, 546-547
d'établissement, 535
social et économique, 643
de mission, 635, 653
des parties prenantes, 548-550, 635

Community Interest company, 273**Communs,** 504-505**Compliance,** 30**Comportement**

normal, 459, 468-472
sobres, 441, 455, 474, 658-659

Concept (sens), 56, 449**Conciliation,** 180**Constitution,**

française, 99-109, 207, 382, 416, 484-488, 534,
551-552, 643
équatorienne, 534
projet pour la Corse, 415

Contractualisation, 39, 151, 166-167, 551**Contraignant,**

droit, 90-91
engagement volontaire, 37, 122, 150-151, 155, 626
effectivité, effet, 78, 88, 97, 128
législation, 17, 142, 168, 186, 332, 649

Contrainte, 20, 37, 52, 77-92, 122, 127, 147, 157,
280, 439-441, 473,**Contrat**

à impact social (*social impact bonds*), 403
de concession, 401
de société,
affectio societatis, 161, 224, 520
but, 226, 228, 339
Code civil, 217, 223, 227, 229-233, 342, 373,
358, 625, 636
conclusion, 89, 166, 167, 458
corpus mysticum, 211,
définition, 217
résolution 151, 165, 458
réforme, relecture, 223-226, 515
de travail, 149, 151, 166, 469-471
durable, 167
effet relatif, 373, 640
fonction, 373
social, 57, 660
solidaire, 258

Contribuable, 402-403**Corporate governance,** 241**Corporate social responsibility,** 60**D****De in rem verso,** 608-609**Deep ecology,** 530**Déclaration de performance extrafinancière,** 48,
144, 186, 189, 194-195, 199, 493**Déloyales** (pratiques), 85, 138, 170-172, 427, 462,
466, 508

E

Désintéressement (refus de), 458-459

Développement durable,

notion, 23, 33-36, 47, 114
rapport de, 71

Devoir,

de loyauté, 161-164, 167, 268, 482
de ne pas nuire, 633
de vertu, 81-83, 101
de vigilance des sociétés mères et des entreprises
donneuses d'ordre, 108, 251-252
moral, 83, 161, 183
notion de responsabilité, 37

Devoirs,

actionnaires, associés, 162, 404
Charte de l'environnement, 103, 371, 552
du dirigeant, 269

Dirigeant,

pouvoirs, 264, 478, 553-554, 633-634
responsabilité, 164, 193, 227, 233, 268, 554, 634

Dividendes,

distribution, 615-622
fictifs, 622-623

Domage,

animal, 528
économique, 268
générations futures, 483, 508
incertain, 67, 105, 484, 531, 542
pratiques commerciales, 171-174
pollution, 470
produit, 487-490
réparation, 37, 75-76, 167, 175, 255
social, environnemental, 82, 235, 538, 606, 648
tiers, 168
toléré, 113
transgénérationnel, 497

Droit,

de vote double, 591
droit-fonction, 379, 386-387, 403
libre (*Freirecht*), 89
mouvement de retour au, 43, **191**, 411, 428, 513,
515, 626, 629, 639
non-droit, 90-92, 201
objectif, 357-358
post-moderne, 47, 87-88
souple, 20, 56, 90-93, 99, 105, 141-144, 178, 181
spontané, 19-20, 38, 122
strict, 75, 79-82, 457
sur-droit, 201

Droits,

droits-reflets, 379
subjectifs, 334, 338, **356-358**, **379-381**, 384-385-
390, 658
subjectifs désintéressés, 382, 384, 386
titulaires inanimés, 531

Eco-détermination, 540, 659

Ecologie,

industrielle et territoriale, 29, 237, 482
politique, 33
radicale (*deep ecology*), 530

Eco-nomenclature, 606

Economie,

circulaire, 110, 428-429,
de la fonctionnalité, 429
Economies (réalisation d'), 224, 595, 600, 605, 613
sociale et solidaire, 261, **283-286**, 301, 315, 435,
618

Ecosocialisme, 564

Effet de droit, 38, 90, 123, 125-128, 131

Effet de norme, perfo-normatif, 91, **128-129**, 132,
157

Engagement volontaire,

définition, 121
nature et force juridique, 141, 148
sanction, 158

Enjeux sociaux et environnementaux, **230-235**,
373, 556, 638, **648-649**

Enrichissement, 228, 605, 607-611, 644

Entreprise,

commune, 217, 223, 433, 628
entreprise-fonction, 392
entreprise-objet, 392, 397
entreprise-sujet, 392
entreprise-système, 341, 355, 356
hybride, 241, 261, 285, 295, 299-300, 306, 312
indivise, 258
publique, 399
sobre, 331
conceptualisation, 337
concrétisation, 515
solidaire d'utilité sociale, 317
système d'intérêt communs, 352-358

Equité, 75, 79-82, 498

Evaluation

apport, 575, 578, 582
économique de l'environnement 565, 584, 579,
603
performances socio-environnementales, extra-
financières, 265, 269, 492
réparation, 606

Excessif,

comportement, 40, **410**, 416, 477
standard juridique, 451
partage des résultats, 225, 617, 622

F

Faute,

comportement fautif, 176, 464, 553
défaut de comportement sobre, 43, 530, 554, 649, 659, 511
de témérité, 469, 490
de temporalité, 490
du dirigeant, 164, 165, 456, 554, 556
lucrative, 173-176, 609

Fiction, 237, 332, 338, 407, 506, 526

Fonction activité, fonction-relation, 377-381, 407

Fonction sociale,

du droit, 375
de la propriété, 386
de l'activité économique, 388
de l'entreprise, 397

Fonctionnalisation des droits subjectifs, 381, 389, 394, 407, 709

Fondation, 289-293

Force,

normative, 88, 380, 447, 450, 456
obligatoire, 88, 151, 159, 373
perfo-normative, 88, 91

Fraternité, *jus fraternitatis*, 381

Frugalité,

garantie démocratique, 413-414, 432
vertu, distinction de sobriété, 41, 409, 415, 655

Frugifère, 620

Fruits, 620-622

G

Gaspillage, 421-423, 433, 480, 488

General public benefit, 265-266, 296, 400, 612

Génération présentes et futures, 32, 47, 65, 103-104, 313, 380, 413, 494-501, 506-509, 524-526, 535, 659

Gestion sobre, 43, 412, 624, 625, 636

Groupe de sociétés, 246-250

Guardianship, 532, 550, 557

H

Hiérarchisation (méthode de), 480, 645, 646

Homogénéité des intérêts, 353, 405, 641-643, 645, 613

Humanisme juridique, 494

Humanité, v. patrimoine commun

I

Incombance (droit suisse), 84-85

Informations,

fausses ou trompeuses, 172, 176-177, 195
sociales et environnementales, 176, 189, 191-195

Intangible, 109

Intérêt(s)

à protéger, 535-536
collectif(s), 28, 233, 273, 309, 342-345, 348, 396, 403, 642, 644
commun(s), 229-230, 241, 258, 278, 341-342, 345-346, 348-350, 352-358, 373, 374, 394, 396, 403, 433, 625, 639, 649
environnemental, 42, 225, 331, 335, 519, 537, 550
social,
approche contractuelle, 639
approche institutionnelle, 640
approche fonctionnelle, 646
outil de gestion sobre, 626, 648

Intuitus,

humanitas, 285, 328, 434, 658
pecuniae, 284, 312, 328
personae, 60, 291, 544
naturae, 43, 284-285, 305, 328, 434, 658

J

Juridicité, 37, 129-133, 136, 147, 453,

Jury de déontologie publicitaire, 178-179

K

Kairos, 485

L

Laissez-agir, laisser-régir, 337

Laissez-faire, 152, 337, 657

Lanceur d'alerte, 182, 471

Libéralisme économique, 16, 460

Liberté,

d'agir, 13, 20, 384
d'entreprendre, 13, 15-16, 100, 101, 102, 119, 152, 347, 385, 446, 476, 501
de concurrence, 102, 385, 388
du commerce et de l'industrie, 16? 101-102, 229, 385, 628
individuelle, libertés publiques, 361

Licence to operate, 85, 339

Low-profit limited liability company, 263, 270

Lucratif, 595-600
v. but et bénéfice

Lucre, 14, 224, 400, 596, 598, 600-601,
objectif, 283, 289, 306, 708
subjectif, 283, 308, 311

M

Masse (porteurs de valeurs mobilières), 343

Métamorphose,
entreprise, société commerciale, 15, 217, 228, 259,
325
de la RSE, 39

Milieu (environnement, chose-lieu), 522

Mission,
d'intérêt général, 292, 296, 399, 521, 645
de l'Etat, 394
de juger, 165, 180
de service public, 283, 400
de santé publique, 486
de statuer en amiable composition, 181
des dirigeants sociaux, 268, 392, 545
du comité des parties prenantes, 548
du droit, 379
sociale, sociétale, 265, 271
société à mission, 276, 395, **627-631**, **635**, 653

Modération, 41, 284, 331, **409-412**, **415**, 422, **477**,
637, 696, 710

Modes alternatifs de résolution des différends,
178

Multi-sociétariat, 550, 558-559

Mutualisme, 294-295

Mutuelle, 289, 294, **295**, 296, 300, 352

N

No par value, 585, 586

Nomenclature, 63, 583, 606, 675, 684

Normalité, **451-453**, 466, **468-471**, 514,
augmentée, 466, 469, 470, 471, 514, 553, 658

Norme sociale, **439-442**, 456, 469

O

Objet de droit, 519, 523-524, 632

Objet social, 160, 222, **224**, **229**
cautionnement, 346
coopérative, 308
économie sociale et solidaire, utilité sociale, 288,
302-304

étendu, élargi (société à), 8, 263, 267, 269, 273-
274, 284, 313, 400, 556
gestion sobre, **625-635**, 659
limites, 555

Obligation, 127
civile, 37, 77, 83, 126, 127, 128, 155, 463
d'information, 107, 199, 421, 426
de déclaration de performance extra-financière,
120, 190, 191, 192, 199, 337, 649
de donner, 571
de faire, 75, 192, 458, 461, 571
de ne pas faire, 458
de préserver l'environnement, 106
de réflexion, 235, 660
de réparer, 37, 486
de *reporting*, 118, 183, 187, 191, 193, 194, 200,
274, 331
de transparence, 164, 188, 196, 267, 269
de vigilance, 105, 106, 107, 108, 234, 251, 442,
552, 553
environnementale, 151, 167
imparfaite, 38, 75, 125, 155, 158, 192, 193, 200
légale, 122, 254
naturelle, 37, 75, 77, 78, 83, 84, 126, 127, 128, 148,
155, 192, 463, 679
notion d'obligation, 127
obliegenheiten, 84
parfaite, 51, 155, 192
performative, 83
pourvue d'action civile, 37
réelle environnementale, 570, 576, 577, 578, 681,
682, 711
schuld, 78
théorie néo-classique, 88

Ordre public,
conformité, 229
notion, fonction, 16, 442, 446, 451, 455, 473, 493
écologique, 339-341, **359-374**, 431, 629-630
valeurs essentielles, supérieures, 362, 366

P

Parties,
constituantes, **28-29**, 222, 228, 233, 237, 242, 283,
311, 324, 332
prenantes, 18, 32, 60, 70, **96-97**, 135, 142, 158,
222, 233
accountable capitalism act, *benefit corporation*,
269
action en responsabilité, 404, 440
comité, 546, 548, 550, 635
contractuelles, extracontractuelles,
institutionnelles, 226, 242, 645
économie sociale et solidaire, 288
élaboration du plan de vigilance, 252
masse contractuelle, 343
théorie, 65, 161, 237, 241-243, 543
sanction, contrainte sociale, 183-184, 440
SCIC, 310-311
utilité, gains apportés aux, 228, 602, 614

Patrimoine commun, 499-506, **523-526**, 589-
590

Personnalité juridique,

associé, 519-520
animal, 527-529
arbre, 530
entreprise, 209, 213, 353, 357
environnement, 524, 537, 593, 644
groupe de sociétés, 214
nation, humanité, 525
universitates bonorum, 506

Personnification, 527, 534

PME, 29-31, 96, 98, 144, 186, 188, 246-247, 261, 289-293, 317, 465, 469

Post-moderne, 47, 87-88**Pouvoir,**

contre-pouvoir, 508
dans l'entreprise, 353, 542, 637, 639, 640, 641, 642, 644, 647
détournement, 640, 646
dirigeant, 153, 203, 256, 258, 478, 543, 553, 554, 633, 637
économique, 47, 243, 356, 677
exécutif, 32, 58, 100, 114, 121, 670
juge, 366, 457, 463
limitation, 638
propriétaire, 347
titulaire, 388

Pouvoirs publics, 17-18, 52-53, 106, 143, 169, 552-553

Pratiques commerciales, 168-173**Préjudice écologique**, 173, 600, 606, 610**Prescription juridique**, 15, 42, 609**Présentisme**, 487, 489, 491, 500, 617**Principe** (sens), 449**Principes cardinaux,**

proportionnalité, 474-480, 581
solidarité, 495-509
subsidiarité, 481-483
temporalité, 483, 494

Principe d'intégration, 108

Principe de cohérence, principe de collaboration, 459-462

Principes généraux du droit de l'environnement, 69, 109-115,

non-régression, 111-112, 484
précaution, 69, 73, 105, 108-109, 416, 421, 484, 491
prévention, 109, 113
pollueur-payeur, 69, 108, 110, 113, 611

Prodrome, 75

Projet d'entreprise, 213, 225, 226, 227-228, 231, 352, 401, 402, 403, 407

Proportionnalité,

écologique, 477-480
principe de, 474-477, 478, 591, 621, 645

Propriété,

attributs, 347
apport, 569, 571, 576, 580, 588
appropriation de communs, 503-504
droit-fonction, 386
économie de la fonctionnalité, 429-430
économique, 386
feodum, 604
fonction sociale, 383-387, 402-403
intellectuelle, 390-391
limitation, 348, 380
lucrative, 543
objet de, 632, 639

Publicité,

(réclame), 138, 172, 176, 178-179, 425-427, 429, 466-467
information du public, 139, 183, 191, 193, 254, 582, 493

Q

Quasi-contrat, 127, 150, 169-171, 449, 507

Quasi-juridique (acte), 123, 125-126, 327

Quote-part, 585-586

R

Ratione materia, loci, temporis, personae, 26, 645

Réalisme juridique, 334, 337, 339, 357, 375, 519, 655, 658

Recyclage, 111, 136, 145, 189, 419-420, 429, 437, 480

Règle (sens), 448

Règlement intérieur, 153-154

Réparation, 83, 84, 89, 105, 108, 164-165, 167-168, 171-172, 174-176, 189, 254, 349, 486-487, 556, 606, 609, 634

Représentation, 211, 215, 255-256, 506-509, 519, 532, 537-540, 549, 563, 659

Res communes omnium, res communis, 526, 577

Réserve (mise en), 615-617

Responsabilité civile, 22, 37, 51, 85, 107, 108, 146, 150, 155, 157, **159**, 254, 344, 447, 511, 554, 634, 648, 659
contractuelle, 159-168
extracontractuelle, 168-176, 490

Responsabilité extra-juridique et socio-économique, 76, 79, 159, 183-184

Responsabilité juridique,
générations futures, 497
haftung, 78
imparfaite, intensité, 75-78, 83-86, 90, 97, 145
notion, **22**, 37-39, 51, 54, 58, 78, **81**, 89, 95, 184
standard (appréciation de la), 454, 455

Responsabilité morale, 52, 63-64, 74, 82

Responsabilité pénale, 158-159, 168, 176, 195

Responsabilité sociale, 17, 32, 54, **57-60**, 67, 96-**98**, 117, 157, 308, 442, 657

Responsabilité sociétale et environnementale, 14, 16-17, 21-22, **32-33**, 58, 66, **70**, 73, 75-76, 80-**81**, 86, 95, 96-**98**, **102**, 130, 186, 191, 215, **224**, 240, 266, 321, 323, 301, **453**, 657

S

Services écosystémiques, **242**, 351,, 522, **564**, 573-574, 580, **583-584**, 610, 651

SICAV, 587

Sobre (comportement), 332, 409, **439**
bénéfices, réserves, 611, 616-617, 622-623, 624
défaut, manquement, 471, **530**, 554, 635, 649, 659
engagement volontaire, 477
fonds de comportement sobre, 465
intérêt social, 647-648
normalité augmentée, 451-452, 468-469
objet social, 627, **630**, 634, 638
principes, 338, v. principes cardinaux, principes de collaboration et de cohérence
ressources naturelles, communs, 498, 504, 563
sécurité juridique, 446
société à mission, 628
standard juridique, 447, 450, 455, 457, 463, 513

Sobriété, 409
définition, **431**, 511
droit positif, 416
énergétique, 23, 24, 371, 417, 418, 423
origine, 412-415
qualitative, 417
quantitative, 424
standard juridique, 411

Social purpose corporation, 263, 270, 272, 400, 632

Societas quaestuaris, 598

Société,
à objet social étendu, 263, 274, 400, 556
commerciale agréée entreprise solidaire d'utilité sociale (ESUS), 317-322
hybride, 261, 263, 273, 280, 296, 308, 635
société-association, 617

Société à mission, 276, 627, 628-631, **633-635**, 659

Société à objet social étendu, 263, 274, 400, **556**

Société coopérative, 305
agricole, 307, 559
d'intérêt collectif (SCIC), **309-312**, 344, 434, 550, 559
de commerçants, 355
de production (SCOP), 306, 313-314
européenne, 279, 280, 674
Sociedad cooperativa (Espagne), 275
Sociedades laborales (Espagne), 276
Società benefita (Italie), 265, 275, 612, 614

Solidarisme,
contractuel, 258, 458, 390
écologique, humain, 496

Solidarité,
écologique (principe cardinal), 113, 495
de fait, 351-352
Déclaration des droits de l'Humanité (intragénérationnelle et intergénérationnelle), 498
distributive (v. note 374), 79
groupe de sociétés, 249
internationale, 302
mutualisme, 295
principe de, 377
sociétés mère et filles, 254
transtemporelle, 494

Souple (droit), v. droit

Soutenable (conception de la RSE), 64, 70, 73, 197

Spécialité légale, 292, 596, 629, 630

Standard,
comportement sobre, 454
définition, 443-452
jurisprudentiel, 463-472
professionnel, 466
textuel, 455-463

Subsidiarité écologique, 481-483

Sui generis,
v. associé
personne, 209-210, 313

Système d'intérêts communs, 242, 335,, **350-351**, 355-356, 380, 513, 653

Systémique (approche), 242, **351**

T

Temporalité,
écologique, 484, 491-494
juridique, 485-491

Tiers-expert, 542

Transaction, 93, 166, 179, 180, 206

U

Unité économique et sociale, 244, 251, 254-259

Universalité de fait, de choses communes
(environnement), 209, 522, 526, 577, 593,

Utilitariste (approche), 53, 57, 63, 86, 108, 130, 139,
646-647

Utilité sociale, 319-320

V

Valeur,
d'usage, 111, 344, 564, 580, 644
nominale, 343, 585-588
supérieures (organisme porteur de), 644

Vertu, 40, 81-83, 303

Volkswagen, 461, 464-465, 555

Volonté (expression de), 121, 218, 539

W

White paper, 270, 555

Wilderness, 530

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

INTRODUCTION	13
---------------------------	-----------

PARTIE 1 LA SOCIÉTÉ COMMERCIALE : UNE ENTITÉ SOUMISE À PERTURBATIONS 47

TITRE 1 LA RSE UNE RESPONSABILITÉ SINGULIÈRE	51
---	-----------

CHAPITRE 1 Le concept de RSE accueilli par le droit.....	53
---	-----------

Section 1 - La RSE, de la notion politique et morale au concept juridique	57
--	-----------

I. Du paternalisme industriel à la notion de RSE.....	59
---	----

A. L'entrepreneur bienveillant socialement dans une entreprise à taille humaine	60
---	----

B. La conception soutenable de la RSE	64
---	----

II. La RSE : un concept désormais juridique.....	73
--	----

A. Une responsabilité juridique imparfaite.....	75
---	----

1. Une responsabilité <i>a priori</i> non juridique.....	76
--	----

2. Une responsabilité sans faculté de contraindre	77
---	----

3. Une responsabilité d'équité.....	79
-------------------------------------	----

4. Une responsabilité juridique de moindre intensité.....	83
---	----

B. La RSE constitutive d'un droit post-moderne et souple	86
--	----

1. La RSE participant d'un droit post-moderne.....	87
--	----

2. La RSE comme vecteur d'un droit souple.....	90
--	----

Section 2 - Un ancrage du concept juridique de RSE dans les textes	95
---	-----------

I. La réception de la RSE par les institutions de l'Union européenne.....	95
---	----

II. La réception de la RSE en droit français.....	99
---	----

A. L'ancrage constitutionnel de la RSE.....	99
---	----

1. Les premières sources constitutionnelles de la RSE	100
---	-----

2. Les secondes sources constitutionnelles de la RSE	102
--	-----

a. Une Charte de l'environnement à valeur constitutionnelle	103
---	-----

b. Les droits et devoirs de la Charte : source de droit souple pour l'entreprise	105
--	-----

B. L'ancrage législatif de la RSE.....	109
--	-----

CHAPITRE 2 L'engagement volontaire : expression d'une RSE à la juridicité évolutive.....	119
---	------------

Section 1 - L'engagement volontaire comme expression d'une intention normative de l'entreprise.....	121
--	------------

I. Définition et juridicité de l'engagement volontaire	121
--	-----

A. Définition de l'engagement volontaire par sa fonction normative.....	123
---	-----

1. L'expression d'une volonté individuelle de l'entreprise.....	123
---	-----

2. L'absence de recherche systématique d'un effet de droit.....	125
---	-----

a. L'engagement volontaire comme acte quasi-juridique.....	125
--	-----

b. La fonction normative par la recherche d'un « effet de norme ».....	128
--	-----

B. Juridicité de l'engagement volontaire.....	129
---	-----

1. Les engagements volontaires de juridicité potentielle.....	131
---	-----

2. Les engagements volontaires de juridicité incertaine	132
---	-----

a. Les normes volontaires d'origine externe	133
---	-----

b. Les engagements volontaires d'origine interne à l'entreprise	135
---	-----

3. École de la communication <i>versus</i> École de la discrétion.....	137
--	-----

4. La vision utilitariste de la RSE.....	139
--	-----

II. Nature juridique de l'engagement volontaire.....	141
A. L'engagement volontaire : un instrument de droit souple	141
B. Propositions de qualification juridique des engagements volontaires et liberté d'adoption	145
1. L'engagement volontaire : une règle de droit particulière	146
2. Qualifications de l'engagement volontaire à travers sa force juridique	148
a. L'engagement volontaire extracontractuel	148
b. L'engagement volontaire contractualisé.....	151
3. La libre intégration de la transition écologique par des engagements volontaires.....	152
a. Le principe : la liberté d'adoption des engagements volontaires.....	152
b. L'atténuation de cette liberté par les limitations du champ du règlement intérieur..	153
Section 2 - L'émergence de conséquences juridiques	157
I. La sanction de l'engagement volontaire par la recherche de responsabilité.....	158
A. Une possible responsabilité juridique.....	159
1. La responsabilité civile contractuelle	159
a. Le devoir de non-indifférence de l'associé	159
b. L'action des salariés et des parties prenantes	166
2. La responsabilité civile extracontractuelle et la responsabilité pénale.....	168
a. La responsabilité extracontractuelle	168
i. La faute	169
ii. Le quasi-contrat	169
iii. Les pratiques commerciales déloyales.....	171
iv. La faute lucrative	173
b. La responsabilité pénale.....	176
B. Des modes de sanctions alternatifs.....	178
1. Les modes alternatifs de résolution des différends.....	178
a. Le jury de déontologie publicitaire	178
b. La conciliation, la médiation et la transaction	179
c. L'arbitrage des engagements volontaires.....	180
2. La responsabilité extra-juridique et socio-économique.....	182
II. L'encadrement progressif de l'engagement volontaire signé d'une RSE de nouvelle génération	185
A. L'obligation de déclaration de performance extrafinancière pour certaines PME	186
B. L'imperfection de l'obligation de déclaration de performance extra-financière : un timide retour au droit.....	191
1. La diffusion d'informations comme fin en soi.....	192
2. Les voies possibles d'obtention des informations extra-financières	194
TITRE 2 DE LA NOTION DE SOCIETE COMMERCIALE A CELLE D'ENTREPRISE RESPONSABLE	201
CHAPITRE 1 L'entreprise comme entité juridique pertinente.....	203
Section 1 - La coexistence de l'entreprise et de la société commerciale.....	205
I. L'entreprise : une notion économique non juridique.....	205
A. La notion économique d'entreprise.....	206
B. La doctrine juridique de l'entreprise.....	207
1. L'absence de définition générale de l'entreprise en droit français	207
2. L'utilisation de la notion d'entreprise en droit interne.....	211
3. La notion d'entreprise en droit de l'Union européenne.....	214
II. De la société commerciale lucrative vers l'entreprise vertueuse.....	217
A. La définition de la société commerciale par l'article 1832 du code civil.....	217
1. L'approche contractuelle de la société	218
2. L'approche institutionnelle de la société.....	219
3. La cohabitation des deux théories contractuelles et institutionnelles	221
B. Des propositions limitées de réforme du contrat de société commerciale	223
1. L'évolution envisagée de l'article 1832.....	223

a. Elargir le but social lucratif vers un but sociétal.....	226
b. Développer un projet d'entreprise	227
2. Les incertitudes de la réforme de l'article 1833 du code civil.....	229
a. La multiplication des propositions de réforme	230
b. Les effets discutés de la réécriture de l'article 1833 du code civil.....	231
i. Sur la consécration de l'intérêt social	232
ii. Sur l'efficacité de la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux.....	234
Section 2 - L'entreprise : une réalité qui dépasse la fiction de la société commerciale	237
I. Une approche fonctionnelle et systémique de l'entreprise adaptée à la RSE	238
A. La vision extensive de l'entreprise en droit de l'Union européenne	238
1. Toute entité exerçant une activité économique	238
2. Une conception large de l'activité économique	239
B. L'entreprise : une organisation aux intérêts multiples	241
II.L'écueil évitable de la dilution des responsabilités de l'entreprise.....	243
A. Un risque de dilution des responsabilités sociales et environnementales.....	244
1. Les phénomènes d'externalisation et de découpage sociétal liés à la notion d'entreprise	244
2. L'inexistence juridique de l'entreprise et le problème de la responsabilité dans un groupe de sociétés	246
a. Le groupe de sociétés : une pratique courante y compris au sein des PME.....	246
b. L'appréciation jurisprudentielle délicate de la responsabilité au sein du groupe de sociétés.....	248
B. Des moyens de lutte contre la dilution des responsabilités.....	251
1. La fin de l'absence de responsabilité des sociétés-mères ou le devoir de vigilance.....	252
2. L'entreprise comme unité économique et sociale.....	255
a. Une notion d'origine jurisprudentielle.....	255
b. Une extension possible de l'UES en droit des sociétés et de l'environnement.....	256
CHAPITRE 2 L'existence d'entités plus responsables socialement de par leurs statuts.....	261
Section 1 - Les formes étrangères et européennes de sociétés hybrides.....	263
I. Les sociétés hybrides américaines	263
A. La <i>benefit corporation</i> ou l'entreprise d'utilité sociétale américaine	264
1. Définition et traduction de la <i>benefit corporation</i>	264
2. Eléments caractéristiques et intérêt de la <i>benefit corporation</i>	267
B. <i>Low-Profit Limited Liability Company</i> et <i>Social Purpose Corporation</i>	270
II.Les « modèles » européens de sociétés hybrides.....	273
A. L'existence de sociétés hybrides au sein des pays européens	273
B. L'entreprise sociale en droit de l'Union européenne	277
1. Définition et caractéristiques de l'entreprise sociale.....	277
2. Perspectives législatives : entre refus de la contrainte et régime spécifique.....	280
Section 2 - Des entités inspirantes dans le domaine de l'économie sociale et solidaire	283
I. Des entités soumises à un autre mode d'entreprendre essentiellement <i>intuitus humanitas</i>	285
A. Des entités à potentiel d'intégration de la transition écologique	289
1. La fondation comme outil de détention de la PME en transition écologique	289
a. La pérennisation de l'entreprise par la fondation.....	290
b. La fondation actionnaire au service d'actions d'intérêt général.....	291
2. Un mutualisme dirigé vers l'intérêt général	294
3. L'association de droit local comme modèle de société hybride	296
B. Une prise en considération de l'environnement à renforcer.....	301
1. « Statut n'est pas vertu ».....	303
2. Reconnaître l'économie sociale, solidaire et écologique	304
II.L'ouverture d'une économie sociale et solidaire à des sociétés davantage <i>intuitus naturae</i>	305
A. Les potentialités de la société coopérative.....	306
1. La coopérative : une entreprise hybride poursuivant un lucre objectif	306
2. La SCIC : un multisociétariat avantageux pour la transition écologique	309

3.	La possible conciliation des intérêts sociaux et environnementaux.....	310
4.	L'intégration de l'environnement dans la SCOP.....	313
B.	La société commerciale poursuivant une utilité sociale.....	315
1.	La société commerciale appartenant au secteur de l'ESS.....	315
2.	La société commerciale agréée entreprise solidaire d'utilité sociale.....	317

PARTIE 2	INSTITUER UNE ENTREPRISE SOBRE	331
-----------------	---	------------

TITRE 1	LA CONCEPTUALISATION D'UNE ENTREPRISE SOBRE	337
----------------	--	------------

CHAPITRE 1	Réalisme juridique de l'entreprise encadrée par l'ordre public écologique	339
-------------------	--	------------

Section 1	- Un système d'intérêts communs encadré par l'ordre public écologique	341
I.	L'entreprise comme un système d'intérêts communs.....	342
A.	De l'intérêt commun aux intérêts communs.....	342
1.	Intérêt collectif <i>versus</i> intérêts communs.....	342
a.	Les intérêts communs de la masse dans la société par actions.....	343
b.	L'insuffisant intérêt collectif.....	344
2.	L'approche collective de l'entreprise.....	346
B.	L'approche systémique des intérêts communs.....	351
1.	L'entreprise système d'intérêts communs.....	352
2.	La limitation des droits subjectifs de l'entreprise-système.....	356
II.	L'ordre public écologique comme cadre.....	359
A.	L'ordre public écologique : nouvel ordre public.....	360
1.	La notion classique d'ordre public: fonctionnelle et évolutive.....	360
2.	Le concept d'ordre public écologique consacré par la jurisprudence.....	364
a.	Une réactualisation environnementale de l'ordre public.....	364
b.	L'adhésion du juge à l'existence de l'ordre public écologique.....	366
B.	L'ordre public écologique : cadre pertinent de l'entreprise sobre.....	369
Section 2	- L'inhérente fonction sociale de l'entreprise.....	373
I.	La notion de fonction sociale du droit.....	375
A.	Le concept juridique de fonction.....	376
1.	Fonction-activité et fonction-relation.....	377
2.	La délimitation de la fonction par l'intérêt.....	380
B.	De la socialisation des droits subjectifs à la fonction sociale de l'entreprise.....	381
1.	Une fonction sociale issue du mouvement sociologique du droit.....	382
a.	Une fonction sociale liée à l'exercice de la liberté et de la propriété.....	383
b.	Liberté d'agir et fonction sociale.....	384
c.	Recherche d'équilibre entre liberté, propriété et fonction sociale.....	385
d.	La fonction sociale de l'activité économique.....	388
2.	Une fonctionnalisation des droits subjectifs vers l'intérêt de l'entreprise.....	389
a.	La fonctionnalisation de la propriété intellectuelle.....	390
b.	La fonctionnalisation de l'intérêt social.....	391
II.	Affirmation d'une véritable fonction sociale de l'entreprise.....	397
A.	Une fonction sociale distincte du but social.....	397
1.	La distinction entre les moyens et la finalité de l'entreprise.....	397
2.	La fonction sociale de l'entreprise publique comme modèle d'inspiration.....	399
B.	La fonction sociale de l'entreprise dans la pratique.....	401
1.	La fonction sociale de l'entreprise non limitée au rôle de contribuable.....	401
2.	La fonction sociale au sein d'un projet d'entreprise.....	402

CHAPITRE 2	Caractérisation d'une entreprise au comportement sobre.....	409
Section 1	- Le concept de sobriété comme standard juridique.....	411
I.	La sobriété et son appréhension en droit français	411
A.	Un concept ancien en voie de renouvellement	412
B.	L'existence du concept de sobriété en droit positif français.....	416
1.	La sobriété quantitative	417
a.	La sobriété énergétique	417
b.	Les déchets et la réduction d'emballages.....	418
c.	Les télécommunications et la limitation des ondes.....	420
d.	La lutte contre le gaspillage chimique et alimentaire.....	421
e.	La consommation économe de l'espace en urbanisme	423
2.	La sobriété qualitative	424
a.	L'ancrage territorial de l'alimentation et la publicité responsable.....	425
b.	La lutte contre l'obsolescence programmée	426
c.	Commande publique et caractéristiques sociales et environnementales.....	427
d.	L'économie circulaire.....	428
e.	L'économie de la fonctionnalité	429
f.	Proposition de définition du concept de sobriété	431
C.	L'entreprise, actrice privilégiée de la mise en application du concept de la sobriété	432
1.	Les entreprises sobres par leur forme juridique	433
2.	Les entreprises sobres par leurs engagements volontaires.....	436
II.	Le standard juridique : outil d'appréciation du comportement sobre.....	439
A.	Le comportement sobre : un standard juridique émergent	443
1.	L'applicabilité de la qualité de standard juridique au comportement sobre.....	443
a.	Le développement du standard juridique né d'un besoin d'adaptabilité du droit	444
b.	Distinction entre standard juridique et notions proches.....	447
2.	Le standard juridique comme procédé d'appréciation du comportement sobre.....	450
B.	Le standard du comportement sobre.....	454
1.	Le standard textuel comme appui d'appréciation indirecte du comportement sobre	455
a.	Le standard textuel : technique de délégation du pouvoir au juge	455
b.	L'intégration du comportement sobre dans le standard de la bonne foi	457
i.	L'impératif de refus de désintéressement.....	459
ii.	Les principes de collaboration et de cohérence	460
iii.	Du standard légal au standard légitime de la bonne foi.....	462
2.	Le standard jurisprudentiel ou le standard volontaire saisi par le juge.....	463
a.	Induire un standard du comportement sobre par la pratique	464
b.	La transformation du standard volontaire de l'entreprise en un standard juridique jurisprudentiel.....	466
i.	L'exemple des standards professionnels.....	466
ii.	La normalité comme caractère exclusif de la sobriété	468
iii.	La normalité augmentée comme caractère du comportement sobre.....	469
Section 2	- Les principes cardinaux du comportement sobre.....	473
I.	La proportionnalité et la subsidiarité écologiques.....	474
A.	La proportionnalité écologique	474
1.	La proportionnalité : outil de limitation des comportements.....	475
2.	La proportionnalité écologique : mesure de la modération du comportement	477
a.	L'application de la proportionnalité à l'entreprise.....	478
b.	Une application par la réunion de quatre critères	479
c.	Une proportionnalité préexistante par la méthode de hiérarchisation.....	480
B.	La subsidiarité écologique	481
II.	La temporalité et la solidarité écologiques	483
A.	L'intégration d'une temporalité écologique dans l'entreprise.....	484
1.	Le sens du temps juridique.....	485
2.	Une crise de la temporalité juridique néfaste pour l'environnement.....	487
3.	La faute de temporalité	489
4.	Concilier présentisme juridique et temporalité écologique.....	491
B.	La solidarité écologique de l'entreprise et ses conséquences juridiques.....	495

1. Le solidarisme écologique par le solidarisme humain	496
2. La protection du patrimoine commun des générations présentes et futures	499
a. Le patrimoine commun : objet de la solidarité écologique de l'entreprise	500
b. La représentation de l'intérêt des générations futures dans l'entreprise	506
TITRE 2 ELEMENTS DE CONCRETISATION DE L'ENTREPRISE SOBRE	515
CHAPITRE 1 L'entreprise sobre dans sa constitution	517
Section 1 - Représenter l'intérêt environnemental dans la société.....	519
I. L'exigence d'une personnalité juridique pour la qualité d'associé.....	519
II.L'environnement : vers un statut juridique particulier.....	523
A. L'environnement : un patrimoine commun fonctionnel.....	523
B. Les tentatives ou consécutions de personnification de l'environnement	527
1. Le statut de l'animal en question ; des procès d'animaux au statut juridique spécifique de l'animal en France.....	527
2. La personnification de l'environnement pour sa protection	529
a. L'écologie radicale et le défaut de comportement sobre	530
b. La personnification de l'environnement par son intérêt	534
i. Des exemples de reconnaissance de la personnalité juridique	534
ii. La personnalité de l'environnement en raison d'un intérêt	535
III. Surmonter la difficulté de l'absence de personnalité juridique de l'environnement	537
A. La représentation <i>ad agendum</i> de l'environnement aux fins d'action.....	537
1. Une personne en charge des intérêts de l'environnement dans l'entreprise.....	539
2. Le représentant des intérêts de l'environnement et son intégration comme associé....	541
3. Le tiers-expert dirigeant ou l'administrateur indépendant.....	542
a. La désignation d'une personne représentant l'environnement en qualité de dirigeant.....	544
b. L'administrateur indépendant.....	545
c. La constitution d'un comité en charge des intérêts communs	546
B. Intégrer l'intérêt environnemental dans les statuts de la société	550
1. L'obligation statutaire de préserver l'environnement	551
2. Une nouvelle catégorie <i>sui generis</i> d'associé	557
Section 2 - Renouveler la notion d'apport en société	563
I. L'apport un élément constitutif du capital social.....	566
A. Les trois formes de l'apport	568
B. L'opération juridique d'apport	570
II.Les contours de l'apport en environnement	573
A. Identification de l'apport en environnement.....	573
1. L'apport environnemental en numéraire.....	575
2. L'apport environnemental en nature.....	575
i. L'évaluation de l'apport en environnement et l'obligation réelle environnementale	576
ii. La réalité de l'apport ou le risque d'apport fictif	579
3. L'apport en industrie environnemental.....	582
B. Aménagement d'un régime spécifique pour l'apport en environnement	584
1. Atténuer l'exigence d'apport pour l'associé-environnement	584
2. Apport en environnement et apport <i>a non domino</i>	588
3. Décorrélérer apport et pouvoir en faveur de l'associé-environnement	590
CHAPITRE 2 L'entreprise sobre dans son fonctionnement	595
Section 1- Dépasser la forme classique des bénéfiques ou économies.....	595
I. De l'indifférence de la forme du gain à la spécialité lucrative de la société.....	596
A. L'absence initiale de spécialité légale de la société.....	596
B. Une spécialité lucrative de la société à dépasser	601
II.Vers des bénéfices socio-environnementaux.....	604

A. Le bénéfice pécuniaire ou son actuelle réduction monétaire.....	604
B. Propositions de dépassement de l'approche restreinte du bénéfice	607
1. Renouveler la notion de bénéfice par la notion civile d'enrichissement.....	607
2. Vers une reconnaissance des bénéfices publics ou bénéfices et économies environnementaux	611
3. La destination des bénéfices et économies réalisés ou l'environnement bénéficiaire...	613
a. Prendre en compte l'environnement dans la distribution de dividendes	615
i. La distribution des bénéfices ou leur mise en réserve	616
ii. La distribution de dividendes dans l'intérêt de l'environnement	618
b. Dividendes fictifs et excès de distribution au regard d'atteintes à l'environnement .	622
Section 2 - Une gestion sobre de l'entreprise par délimitation de l'objet social et de l'intérêt social	625
I. L'objet social comme outil de délimitation de l'activité sobre	627
A. Définir et limiter l'activité sobre dans l'objet social	627
1. Une spécialité légale encadrée par l'ordre public écologique	629
2. La délimitation de l'objet social par le comportement sobre statutaire.....	630
B. Le contrôle de l'activité sobre par l'objet social ou la société à mission.....	633
II. L'intérêt social : cheval de Troie d'une gestion sobre	636
A. L'approche contractuelle de l'intérêt social	639
B. L'approche institutionnelle de l'intérêt social et la détermination des intérêts	640
1. L'indépassable condition d'homogénéité des intérêts	641
2. L'intégration des intérêts sociaux et environnementaux dans l'intérêt social	643
C. L'approche fonctionnelle de l'intérêt social : outil d'intégration de la sobriété.....	646
CONCLUSION GENERALE	657
BIBLIOGRAPHIE	663
INDEX	699
TABLE DES MATIERES	707

*

* * *

L'ENTREPRISE SOBRE ETUDE SUR UN CONCEPT JURIDIQUE EMERGENT

Résumé

L'entreprise est une liberté ambiguë, elle est autant un facteur de progrès que de risque. La crise écologique actuelle conduit les entreprises à prendre conscience des effets de leurs activités sur la société dans son ensemble et l'environnement. Pressées par de nouvelles normes sociales de la société civile, les entreprises sont amenées à modifier leur comportement, notamment à travers une démarche de responsabilité sociétale et environnementale. C'est alors la société commerciale - enveloppe juridique de l'entreprise, non définie par le droit quant à elle - qui est interrogée dans sa définition et sa fonction sociale. En témoigne la récente réforme du contrat de société commerciale pour y intégrer la prise en compte d'enjeux sociaux et environnementaux. C'est surtout l'adoption d'engagements volontaires qui participe d'une modification de la société commerciale à travers l'élaboration par des personnes de droit privé, de normes de droit souple, c'est-à-dire dénuées de la contrainte. Phénomène qualifié de droit post-moderne, les engagements volontaires amènent l'entreprise à hisser son comportement standard à un degré de responsabilité supérieur au droit *de lege lata*, permettant éventuellement d'aboutir à l'engagement de sa responsabilité juridique par l'introduction d'une action en justice. Aussi, le développement des formes sociétaires de l'économie sociale et solidaire et l'apparition de sociétés inspirées de modèles étrangers sont une première brèche dans l'approche classique de la société commerciale. Constatant l'insuffisance de la RSE et des formes sociétaires de sociétés commerciales responsables à prendre véritablement en considération les enjeux environnementaux, il est proposé de conceptualiser une « entreprise sobre ». Un travail de réflexion sur la sobriété, concept juridique émergent, est effectué à partir de la terminologie déjà présente dans la législation. La définition juridique de la sobriété et plus précisément, ce qui constitue un comportement sobre doit permettre de constituer une aide à l'intégration de l'environnement dans l'entreprise. Ou pour le juge, de caractériser le standard juridique du comportement sobre. Des instruments de caractérisation d'un comportement sobre sont envisagés à travers une relecture des éléments du contrat de société commerciale (associé, apport, bénéfice, objet social et intérêt social). Ces développements soulevés à l'appui d'une dynamique de changement de la société commerciale vers une gestion sobre, doivent permettre de mettre en exergue la nécessité de définir l'entreprise à partir de sa fonction sociale et comme un système en vue de satisfaire des intérêts communs.

Mots clés : Responsabilité sociétale et environnementale, entreprise, transition écologique, sobriété, contrat de société commerciale.