

3 La responsabilité dans les groupes de sociétés



Irina PARACHKEVOVA,
professeur à l'université
Nice Sophia Antipolis,
UCA, GREDEG-CREDECO,
UMR CNRS 7321



Nicolas BORGA,
professeur à l'université
Jean Moulin-Lyon 3



Eva MOUIAL BASSILANA,
professeur à l'université
Nice Sophia Antipolis,
UCA, GREDEG-CREDECO,
UMR CNRS 7321



Pauline ABADIE,
maître de conférences,
université Paris Sud/Paris Saclay,
membre de l'Institut Droit Éthique Patrimoine
(EA 409)



Géraldine GOFFAUX CALLEBAUT,
professeur à l'université
d'Orléans, membre du Centre de
recherches juridiques Pothier (EA 1212)



Yann QUEINNEC,
directeur général d'Affectio mutandi



Valérie PIIRONON,
professeur à l'université de Nantes (IRDP)



Anastasia SOTIROPOULOU,
professeur à l'université
Jean Monnet, Saint-Étienne



Jean-Christophe RODA,
professeur à l'université de Toulon

1. - PROPOS INTRODUCTIFS**2. - LA RESPONSABILITÉ FONDÉE SUR L'ATTEINTE À L'AUTONOMIE PATRIMONIALE DE LA FILIALE**

A. - La diversité des atteintes en fait

1° *La confusion*2° *La faute*

B. - La pluralité des responsabilités en droit

1° *Les engagements partagés par la société mère*2° *La faute reprochée à la société mère***3. - LA RESPONSABILITÉ FONDÉE SUR L'EXISTENCE D'UN RISQUE PARTICULIER**

A. - La gestion des risques environnementaux, sociaux et de gouvernance dans les groupes de sociétés

1° *La définition matérielle des risques*2° *Les méthodes de gestion des risques*

B. - Les responsabilités découlant des manquements à l'obligation de gestion des risques

1° *Des responsabilités oscillant entre classicisme et nouveauté*2° *La mise en œuvre de la responsabilité***4. - LES ASPECTS « TRANSFRONTIÈRE » DE LA RESPONSABILITÉ DANS LES GROUPES**

A. - La dimension extraterritoriale de la responsabilité du groupe

1° *Qui est responsable ? (le débiteur de l'obligation)*2° *De quoi ? (l'objet de l'obligation)*3° *Pourquoi ? (Le fondement de l'obligation)*

B. - Regards comparatistes

1° *La responsabilité de la société mère du fait de sa filiale en droit anglais*2° *La responsabilité des sociétés mères en droit américain : bref aperçu*

La responsabilité dans les groupes de sociétés, thème actuel s'il en est, est de ceux qui intéressent tous les champs disciplinaires et toutes les professions juridiques. Pour les juristes, il évoque d'emblée une « anomalie », car l'idée même d'une « responsabilité » de groupe est contraire à la logique d'un groupe de sociétés. Le groupe, entité économique par excellence, s'oppose à la société – sujet de droit autonome doté de la personnalité juridique, qui seul engage sa responsabilité du fait des préjudices causés à autrui. Pourtant, en dépit du principe de l'autonomie juridique, de nombreuses disciplines connaissent des hypothèses de « responsabilité » (au sens large) de la société mère pour des agissements normalement imputables à ses filiales. Ces hypothèses, qui affaiblissent l'efficacité des stratégies de groupe, apparaissent donc nécessairement comme des exceptions. Le présent dossier examine ces hypothèses et dresse un « état des lieux » général des tendances en la matière, y compris dans leur dimension « transfrontière ». Son approche transversale (et non disciplinaire) met en évidence, à l'aune de l'actualité (loi sur le devoir de vigilance, loi Sapin II...), les ressorts des deux grandes méthodes utilisées ici par le droit : la méthode classique et prépondérante fondée sur la faute de la société mère et la méthode marginale, mais assurément en progression, fondée sur le risque engendré par les activités du groupe.

1. Propos introductifs**Irina PARACHKEVOVA**professeur à l'université Nice Sophia Antipolis,
UCA, GREDEG-CREDECO, UMR CNRS 7321

1 - La responsabilité dans les groupes de sociétés est de ces thèmes inépuisables, que l'actualité nourrit sans cesse au gré des évolutions jurisprudentielles ou législatives. La doctrine commercialiste¹ s'en empare régulièrement et lui consacre nombre de commentaires, études, colloques, thèses... Le thème innervé tous les champs disciplinaires du droit des affaires et bien au-delà. Naturellement, les praticiens s'y intéressent de près, tant il est au cœur des métiers juridiques et des ingénieries de toutes sortes (sociétares, sociales, fiscales, etc.).

2 - À vrai dire, le sujet comporte deux aspects distincts (au moins !). L'un est celui de « l'exonération » de responsabilité au sein des groupes, au titre de « l'intérêt de groupe ». Longtemps utilisée surtout en droit pénal², la notion d'« intérêt de groupe » tend

aujourd'hui à se propager dans d'autres domaines (par exemple, en droit de l'entreprise en difficulté). Elle exprime ainsi une idée de plus en plus affirmée dans l'ordre juridique : l'intérêt de groupe peut servir de fait justificatif de responsabilité. La tendance est à ce point importante, en France comme ailleurs, qu'elle pourrait à terme susciter une consécration au niveau européen³. Toutefois, pour intéressant qu'il soit, cet aspect ne sera pas développé largement ici, d'autant qu'il renvoie davantage à la reconnaissance juridique du groupe de sociétés qu'à la question plus précise de la responsabilité. Aussi a-t-il été choisi de consacrer ce dossier à l'autre dimension de ce thème, peut-être plus fréquemment abordée mais aussi plus difficile à cerner, c'est-à-dire la responsabilité de la société mère du fait de sa filiale, principalement sous l'angle de la responsabilité civile. Que pourrait-on dire de nouveau sur cette thématique ?

3 - Rappelons d'emblée que le principe est celui d'une absence de responsabilité du « groupe » et de la société mère, en raison de l'autonomie des entités du groupe⁴. Bien qu'il existe au sein du groupe une certaine unité de direction et qu'une société dominante

1. Au sens très large du terme, ce qui inclut également les praticiens, V. D. Poracchia et L. Merland, *La doctrine en droit commercial : RD Assas*, févr. 2011, p. 57. – B. Dondero, *Le droit des affaires et sa doctrine*, in *Mél. en l'honneur de Philippe Merle* : Dalloz, 2013, p. 173.

2. Depuis l'arrêt Rozenblum, *Cass. crim.*, 4 févr. 1985, n° 84-91.581 : *JurisData* n° 1985-000537 ; *JCP E* 1985, II, 14614, note W. Jeandidier.

3. V. *The Informal Company Law Expert Group (ICLEG), Report on the recognition of the interest of the group*, Oct. 2016 (rapport rédigé par P.-H. Conac).

4. V. par ex., P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés : LGDJ-Lextenso*, 6^e éd., 2015, n° 1507. – Ph. Merle, A. Fauchon (coll.), *Sociétés commerciales : Précis Dalloz*, 2017, 20^e éd., n° 757.

(la société mère) contrôle les sociétés dominées (les filiales)⁵, le groupe n'est pas appréhendé en tant que structure juridique. Les liens qui s'y nouent sont, pour le juriste, simplement capitalistiques et contractuels. Il n'y a donc pas de connexions pouvant conduire, d'entrée de jeu, à la responsabilité d'une société mère lorsqu'un préjudice a été causé par une filiale.

4 - Au-delà de sa justification juridique, ce principe puise sa légitimité dans le besoin de sécurité juridique (pourquoi sinon, former un groupe de sociétés ?). Le groupe de sociétés, a-t-on pu dire, est « une technique de responsabilité limitée organisée autour du principe d'indépendance des sociétés »⁶. Et l'efficacité de cette technique ne fait que se démultiplier dans le groupe à l'ampleur internationale, au cœur de l'économie mondiale et symbole de ce que l'on appelle désormais l'entreprise globale⁷ ou cruciale⁸. Peu d'acteurs juridiques, qu'ils soient publics ou privés, songent sérieusement à freiner brutalement la compétitivité de telles entreprises à travers une responsabilité systématique de la société mère. Chacun se souvient, à cet égard, du consensus quasi unanime⁹ sur l'abandon de l'idée d'une responsabilité générale sans faute du fait d'autrui de la société mère du fait de sa filiale consacrée dans le Code civil et fondée sur la « dépendance économique ». Suggérée par le rapport « Catala »¹⁰, cette proposition est restée lettre morte et aucun des projets de réforme récents du droit de la responsabilité civile¹¹ ne l'a reprise. C'est dire que la responsabilité de la société mère pour un fait commis par sa filiale est par hypothèse exceptionnelle. Le droit ne l'admet que rarement et *a priori* difficilement.

5 - L'affirmation n'est donc pas nouvelle. Pourtant, il est possible de s'intéresser à la question d'une nouvelle manière, une manière transversale, ce qui, au-delà des points d'actualité analysés par ses contributeurs, fait sans doute l'un des intérêts de ce dossier. En effet, le plus souvent, les relations que le droit entretient avec le groupe de sociétés en général et la responsabilité dans les groupes en particulier, sont abordées dans une approche disciplinaire. Cela se comprend. La question ne reçoit guère les mêmes réponses selon la discipline concernée et les enjeux qui lui sont sous-jacents. Il existe plutôt des règles et constructions spéciales à telle ou telle discipline, chacune procédant selon ses outils, ses méthodes et ses impératifs propres. Les logiques à l'œuvre et les exceptions admises à l'indépendance des entités du groupe sont, par exemple, très différentes selon que l'on se place sur le terrain du droit de la concurrence, du droit de l'environnement, du droit social ou sur celui du droit des sociétés. Le refus même d'une responsabilité générale du fait d'autrui de la société mère s'était fondé sur cette démarche disciplinaire du droit français¹². Il était avancé, notamment, que le droit positif connaissait une multitude d'exceptions propres à divers domaines, permettant déjà de « percer le voile » de la personnalité morale des sociétés membres d'un groupe.

6 - N'existe-t-il pas pour autant des lignes communes quant à la responsabilité dans les groupes de sociétés qui se dessinent à l'échelle du système juridique ? Peut-on discerner en droit positif des orientations qui permettent d'identifier une approche générale du droit en la matière ? Poser la question de cette façon peut être

utile à tous les acteurs que la responsabilité dans les groupes de sociétés intéresse – magistrats, avocats, responsables juridiques, institutions représentatives des salariés, associations ou ONG... C'est, d'une certaine manière, rechercher des clefs de compréhension de ce phénomène, susceptibles d'éclairer les différentes solutions qui se dégagent dans tel ou tel domaine et d'offrir à ces acteurs des éléments d'ajustement des stratégies d'ensemble qui en découlent. Mieux, de nouvelles solutions non encore posées peuvent émerger de la sorte. Une approche d'ensemble sert d'autant plus que, bien souvent, une même opération au sein d'un groupe de sociétés peut déboucher sur de multiples contentieux et sur de nombreuses passerelles disciplinaires, convoquant fréquemment l'application de plusieurs droits différents. C'est afin de tenter d'apporter un tel éclairage général qu'il a été choisi de traiter ce dossier, non pas par discipline, mais selon une méthode transversale, conduisant les différents contributeurs à articuler (avec courage) leur réflexion autour des tendances générales que le droit positif laisse apercevoir.

7 - La tendance dominante est connue. Classiquement, la responsabilité de la société mère au titre d'un agissement de sa filiale nécessite une faute ou du moins, un comportement perçu comme fautif. En effet, cette faute est une condition centrale et se cristallise le plus souvent autour d'une atteinte portée à l'autonomie patrimoniale de la filiale. Cette approche se retrouve dans la plupart des disciplines juridiques, fondées structurellement sur une vision formelle¹³, qui appréhende en tant que sujet de droit autonome chaque société membre du groupe. Telle est par exemple, la logique du droit des sociétés, pensé en tant que « droit de la structure sociétaire »¹⁴ et non de la substance de l'entreprise logée dans cette structure.

8 - Une originalité est cependant à souligner, qui tient au rapport droit commun/droit spécial. Dans cette démarche prépondérante du droit positif, qui converge vers la faute spécifique de la société mère envers la filiale, la responsabilité (au sens large) de la société mère oscille sans cesse entre droit spécial et droit commun. En particulier, à défaut d'un principe général de responsabilité délictuelle de la société mère du fait de sa filiale, le droit commun de la responsabilité pour faute offre fréquemment ses ressources aux droits spéciaux, venant ainsi compléter l'arsenal des actions propres à telle ou telle discipline, dès l'instant où les conditions spécifiques à ces actions ne trouvent pas à s'appliquer (par exemple, dans le contexte d'une procédure collective). Voilà qui confère aux comportements potentiellement fautifs de la société mère un périmètre des plus larges et aux solutions de la jurisprudence, une vitalité remarquable. C'est ce que démontrent avec talent Nicolas Borga et Eva Mouïal dans la première partie de ce dossier. Leurs belles plumes passent au crible toutes les hypothèses où la faute délictuelle s'associe à tel ou tel *corpus* de droit spécial, à telle ou telle construction originale de la jurisprudence. Il y va d'une véritable démonstration de disciplines « comparées » les unes avec les autres, où l'on comprend tous les rouages des outils juridiques imaginés ici ou là pour sanctionner les atteintes portées, dans les faits, à l'autonomie patrimoniale d'une filiale. À lire les deux auteurs, l'on a même le sentiment que, non seulement les fondements juridiques ne manquent pas pour appréhender les stratégies de sacrifice (du moins les plus excessives d'entre elles) d'une filiale par sa société mère, mais en outre, que les cas d'admission de la « responsabilité » (au sens propre ou par assimilation, y compris dans des hypothèses qualifiées ici de « crypto-responsabilité ») de la société mère tendent à se multiplier. Aussi classique qu'il soit, le mécanisme de la responsabilité pour faute apparaît

5. V. M. Germain, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et allemand* : Thèse Nancy II, 1974.

6. C. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés* : LGDJ, 1991, n° 193.

7. V. P.-Y. Gomez, *Leçons de la crise et perspectives pour l'après-crise*, in V. Magnier (dir.), *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise* : LGDJ, 2010, p. 289.

8. M.-A. Frison-Roche, *Réguler les « entreprises cruciales »* : D. 2014, p. 1556.

9. V. par ex., Sénat, *Rapport d'information relatif à la responsabilité civile*, n° 558, 15 juill. 2009, spéc. p. 65.

10. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, 22 sept. 2005, art. 1360, al. 2.

11. V. le dernier en date, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017, présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la Justice, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.

12. Sénat, *Rapport d'information relatif à la responsabilité civile*, préc. note n° 9, spéc. p. 61 et s.

13. V. A. Lyon-Caen, *Le droit sans l'entreprise*, in B. Segrestin, B. Roger et S. Vernac (dir.), *L'entreprise, point aveugle du savoir* : Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 23.

14. D. Poracchia, *Les groupes de sociétés*, in *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966* : Dalloz 2017, coll. *Thèmes & commentaires*, à paraître.

ainsi sous les regards d'Eva Mouial et de Nicolas Borga comme un terreau fertile qui, d'ailleurs, n'est pas près d'épuiser ses ressources. Et aux auteurs de formuler des propositions fort utiles aux praticiens intéressés. L'on est par exemple volontiers convaincu par leur suggestion d'appliquer ici, de façon uniforme, une solution dégagée par la Cour de cassation en droit commun des sociétés et jusqu'ici inexplorée dans le contentieux des groupes de sociétés : celle de la responsabilité de l'associé (la société mère) envers les tiers contractants de la filiale (par exemple, les salariés) pour faute « détachable ». Au demeurant, leur analyse révèle magistralement que les logiques sont assez semblables d'une discipline à l'autre, ce qui atteste de l'efficacité de ce modèle traditionnel de responsabilité, qui agit comme garde-fou de l'autonomie juridique des filiales.

9 - Pourtant, si ce modèle demeure le principal outil du droit face aux comportements les plus « intrusifs » des sociétés mères vis-à-vis de leurs filiales, il n'est pas le seul. Une autre approche de la responsabilité dans les groupes s'affirme progressivement, plus marginale, mais bien présente. Sans aller jusqu'à admettre à titre de principe la responsabilité de la société mère, elle donne au groupe de sociétés une reconnaissance plus ouverte et rend la responsabilité de la société mère plus aisée. Cette approche se fonde sur l'existence d'un risque particulier et d'une particulière gravité et sous-tend des considérations d'ordre public. La faute, sans être absente, est ici secondaire, plus effacée ou du moins, change de nature. La prise en compte de l'influence de la société mère sur les stratégies des filiales, c'est-à-dire l'exercice même du contrôle, est alors au premier plan et la priorité semble être davantage la réparation du préjudice subi par les victimes¹⁵ du fait de la réalisation de ce risque, que la sanction d'une faute. En cela, cette mouvance nourrit une réflexion actuelle sur les « devoirs » des associés significatifs¹⁶, spécialement dans les sociétés conçues pour accueillir les plus grandes entreprises. Elle puise également aux sources de la responsabilité sociale ou sociétale des entreprises (RSE) dont elle complète la normativité, par une singulière co-régulation entre *soft law* et *hard law*. Ce phénomène mérite d'être souligné tout particulièrement, car il participe de la régulation même de l'économie mondiale. Depuis plusieurs décennies déjà, cette régulation n'émane plus du seul droit public, ni des seuls États¹⁷. Elle émerge de forces créatrices multiples, publiques et privées, qui engendrent des « masses normatives » complexes et non plus simplement des « lois ».

10 - En tout cas, cette démarche est moins formelle et plus « substantielle » que la classique responsabilité pour faute. Elle est adoptée, généralement ou ponctuellement, par des disciplines ayant pour objet direct l'activité économique ou dans des domaines où le but est précisément d'assurer la prévention de ces risques graves. Par leurs finalités, ces disciplines ou constructions sont alors plus enclines à appréhender le groupe de sociétés et plus généralement l'entreprise. L'on songe naturellement au droit de la concurrence ou à certains mécanismes imaginés en droit de l'environnement, mais avant tout, aux évolutions récentes de la responsabilité suscitées par l'accroissement des risques planétaires des activités des groupes. Pauline Abadie et Géraldine Goffaux examinent en profondeur ces évolutions dans la deuxième partie du dossier. Avec justesse et précision, elles révèlent toute la richesse des fondements d'une telle responsabilité et les nombreuses passerelles qui se déploient aujourd'hui entre le droit « souple » et le droit « dur » de la responsabilité (RSE, *reporting* extra-financier, *due diligence*, vigilance...). Les auteurs mettent aussi brillamment en évidence « le lien entre pouvoir, nuisance et responsabilité » qui constitue le moteur de ces orientations contemporaines.

11 - Telle est notamment la philosophie de la très récente loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre dont les deux auteurs nous livrent ici une analyse particulièrement intéressante. Quasi intacte à l'issue de son passage devant le Conseil constitutionnel¹⁸, cette loi marque assurément un pas important dans la responsabilité au sein des groupes. Il y a là tout à la fois un devoir de garantie des risques les plus graves (atteinte aux droits humains et aux libertés fondamentales, à la santé et la sécurité des personnes et à l'environnement) et un risque de responsabilité à la charge des plus grandes sociétés mères du fait de leurs activités mondiales¹⁹. L'immense innovation est notamment d'avoir expressément prévu une responsabilité de la société mère dans les conditions du droit commun du Code civil (*C. civ.*, art. 1240 et 1241), dès l'instant où le manquement à son obligation d'établir et mettre en œuvre un plan de vigilance a causé l'un des préjudices que ce plan était censé éviter. La figure est pour le moins originale, puisqu'il s'agit d'une responsabilité fondée sur une obligation de moyens de contrôle, où le fait générateur est une abstention et qui se trouve au carrefour de la responsabilité pour faute et de la responsabilité du fait d'autrui. Pourtant, il ne faut pas s'y tromper, comme le soulignent les propos réalistes des auteurs. Si le texte paraît réaliser une percée audacieuse dans le principe de l'autonomie juridique des entités du groupe et s'il renvoie au droit commun de la responsabilité civile, le but est bien plus de prévenir les risques visés que de sanctionner un comportement fautif. De fait, les conditions de cette responsabilité seront si difficiles à établir en termes de preuve, particulièrement lorsqu'un plan de vigilance aura été établi, que l'on peut penser que la survenance d'un tel préjudice n'entraînera quasiment jamais la responsabilité de la société concernée. En revanche, le dispositif pourrait lutter effectivement, ne serait-ce que pour des raisons « réputationnelles » (*name and shame*), contre les « fausses » RSE de tel ou tel groupe assujetti, affirmant déjà faire le nécessaire pour éviter ces préjudices au titre de sa politique RSE. La loi vient illustrer ainsi les finalités préventives que le droit s'assigne dans cette seconde approche, plus rare, de la responsabilité au sein des groupes et dont Pauline Abadie et Géraldine Goffaux nous révèlent magnifiquement la logique et les ressorts.

12 - La loi sur le devoir de vigilance met aussi en évidence un autre aspect de la responsabilité au sein des groupes, que ce dossier, inscrit dans une perspective transversale, ne pouvait ignorer : c'est sa dimension « transfrontière ». Comment pourrait-on, en effet, aborder la question de la responsabilité d'une société mère sans évoquer en même temps sa portée extraterritoriale et sans s'intéresser à la manière dont d'autres droits que le droit français traitent le sujet ? Une analyse strictement franco-française n'est, à l'évidence, pas ici suffisante. Si elle appréhende *in fine* des sujets de droit rattachés à tel ou tel ordre juridique, la responsabilité dans le contexte des groupes ne saurait être comprise de façon aboutie sans une analyse de ses réalités territoriales. Ces réalités sont notamment de l'essence des groupes de sociétés les plus importants, implantés dans les quatre coins du monde. À leur égard, la seule arme « commune » aux différents États face aux excès des stratégies de groupe est, précisément... le droit²⁰. C'est cette vision globale de la responsabilité dans les groupes qui justifie la troisième et dernière partie de ce dossier, consacrée aux aspects « transfrontière ». Deux contributions distinctes nous éclairent sur ces aspects.

13 - La première revient à Valérie Pironon et Yann Queinnec, dédiant leur expertise à la très complexe question de la dimension

15. V. par ex., B. Grimonprez, *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales* : *Rev. sociétés* 2009, p. 715.

16. V. par ex., *Les devoirs de l'actionnaire* : *Gaz. Pal.* 6 juin 2016, n° 2, hors-série.

17. V. not. C. Thibierge (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus* : éd. Mare & Martin, 2013.

18. Seules ont, en effet, été censurées les dispositions relatives aux amendes civiles, V. *Cons. const.*, 23 mars 2017, n° 2017-750 DC : *JO* 28 mars 2017.

19. V. par ex., Ch. Hannoun, *Proposition pour un devoir de vigilance des sociétés mères*, in Mél. M. Germain : *LexisNexis-Dalloz*, 2015, p. 381.

20. *Guerres économiques : les nouvelles armes du droit, France culture, émission « Affaires étrangères »* : www.franceculture.fr/emissions/affaires-etrangeres/guerres-economiques-les-nouvelles-armes-du-droit.

extraterritoriale de la responsabilité du groupe. Le lecteur y découvre une analyse aussi riche que stimulante de la mise en œuvre, longtemps difficile en France, de la responsabilité d'une société mère française du fait de ses filiales à l'étranger ou, plus classiquement, celle d'une société mère à l'étranger du fait de ses filiales françaises. Les deux auteurs abordent tous les cas possibles d'extraterritorialité de la responsabilité et s'attardent sur toutes les disciplines – du très réaliste droit de la concurrence, en passant par le droit de l'environnement, de plus en plus émancipé, jusqu'aux lois récemment adoptées en droit français. Ces mécanismes extraterritoriaux et leurs champs géographiques sont finement examinés, tant sous l'angle de leurs conditions respectives que sous celui des principes généraux du droit international privé. Des hypothèses sur la légitimité même de la normativité extraterritoriale sont avancées, selon les finalités poursuivies. Sans oublier les incertitudes de ces différents dispositifs, pointées ici avec objectivité. À cet égard, l'on sait gré aux contributeurs d'adresser aux praticiens des mises en garde judicieuses et de leur conseiller quelques précautions.

14 - L'analyse revient, bien sûr, de ce point de vue, sur la loi sur le devoir de vigilance, ayant pour originalité marquante de s'emparer des préjudices survenus hors des frontières, mais évoque aussi la loi « Sapin II » relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, assez semblable dans son approche. Afin de prévenir les risques les plus graves, ces nouveaux textes imposent aux sociétés mères françaises de véritables obligations concernant les activités du groupe hors de France. L'évolution relate la tendance du législateur français contemporain à s'emparer de la méthode, jusqu'ici peu utilisée, de la réglementation nationale à portée extraterritoriale, sur le modèle connu du droit américain (du moins, dans certains domaines). Que ces lois portent sur la responsabilité au sein des groupes de sociétés n'est certainement pas un hasard. Le phénomène s'inscrit indéniablement dans la mouvance actuelle de « durcissement » de la RSE qui concerne tout particulièrement les groupes – structures de prédilection des entreprises multinationales. Plus encore, il laisse apparaître une orientation assez nouvelle que, quelles que soient leurs cultures, les différents ordres juridiques empruntent désormais de façon « modélisée » pour se saisir de ces groupes déployés à l'échelle mondiale. La superbe analyse, à la fois élevée et précise, de Valérie Pironon et Yann Queinnec nous éclaire bien sur cette orientation commune du triple « dépassement » des frontières de la personnalité morale, de la responsabilité civile et de l'intervention normative de l'État. Au-delà, les deux auteurs mettent en exergue les remarquables effets régulateurs de cette approche extraterritoriale qui, de fait, vient donner une normativité *sui generis* à des obligations non consacrées sur les territoires où le groupe mène ses activités.

15 - La seconde contribution est l'œuvre de Jean-Christophe Roda et d'Anastasia Sotiropoulou qui portent sur le sujet leurs « regards comparatistes » avertis. Le droit anglo-américain, modèle aujourd'hui dominant sur la scène de l'économie mondiale a été choisi, avec raison, comme objet d'étude. Comment la responsabilité au sein des groupes est-elle traitée aux États-Unis et en Grande-Bretagne ? La question est cardinale, au vu de la place importante que les droits et les groupes anglo-américains occupent sur l'échiquier des multinationales. L'analyse révèle avec rigueur et clarté les voies offertes ici afin de se saisir des comportements fautifs et des risques engendrés par les activités économiques des groupes. Mais les auteurs dressent un bilan sans concession. Assurément, de tels moyens existent, aussi bien en droit anglais qu'en droit américain. Que l'on songe aux techniques jurisprudentielles de la « levée du voile social » (*piercing the corporate veil*) et de « l'alter ego » ou aux mécanismes de responsabilité directe de la société mère, les outils ne manquent pas pour s'emparer des stratégies de groupe les plus douteuses ou les plus nocives. Pour autant, ces outils ne sont pas tous effectivement utilisés par les juridictions anglo-américaines, ce qui indique que la question centrale est celle de la politique juridique poursuivie, plus que celle des

normes applicables. Sous l'examen incisif des deux auteurs, la réalité apparaît, en effet, assez crûment : c'est surtout dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité d'une filiale que la responsabilité de la société mère paraît le plus fréquemment engagée, l'idée étant alors de protéger les créanciers. Il demeure que la belle démonstration d'Anastasia Sotiropoulou et de Jean-Christophe Roda laisse bien apparaître que, sous des habits différents, ces droits sous-tendent les mêmes évolutions que le droit français. En particulier, si la sanction d'une faute (au sens large) est le principal fondement de responsabilité de la société mère, il se développe également outre-Manche et outre-Atlantique une responsabilité davantage fondée sur les risques générés à l'échelle du groupe et sur l'exercice du contrôle, comme en attestent notamment le devoir de diligence de la société mère (*duty of care*) ou les cas de responsabilité directe en droit financier ou en droit de l'environnement. L'on comprend alors, par-delà les frontières, combien les droits convergent vers une dualité des outils de responsabilité des sociétés mères, reposant tantôt sur la faute, tantôt sur le risque même de l'activité du groupe.

16 - En définitive, c'est toute la richesse de cette approche polymorphe du droit et des droits qui apparaît sous les plumes talentueuses des contributeurs à ce dossier et qui aide les praticiens à cerner un peu mieux la question de la responsabilité au sein des groupes, dans sa complexité aujourd'hui.

Irina PARACHKEVOVA

2. La responsabilité fondée sur l'atteinte à l'autonomie patrimoniale de la filiale

Nicolas BORGA,
professeur à l'université Jean Moulin-Lyon 3
et Eva MOUJAL BASSILANA,
professeur à l'université Nice Sophia Antipolis,
UCA, GREDEG-CREDECO, UMR CNRS 7321

17 - Le groupe de sociétés est de ces « objets juridiques non identifiés » qui n'ont cessé d'animer le débat doctrinal et d'alimenter les évolutions jurisprudentielles. Illustration majeure de la mythique adaptation du droit aux faits²¹, le groupe de sociétés met le droit face à ses limites, en ce qu'il est une réalité économique, financière, comptable mais qu'il n'est pas une notion juridique, tout juste un concept²².

18 - La découverte d'une notion juridique relève, dans l'ensemble, d'un processus de mise en problématique du réel. Toutefois, le Droit ne connaît pas la rigueur des sciences exactes. Les résultats obtenus (les décisions jurisprudentielles) peuvent varier selon le contexte juridique, économique et social. Or, dans les faits, les liens économiques et financiers ainsi que l'unité de décision font du groupe une entité économique à part entière. Néanmoins, juridiquement, chaque société membre du groupe est indépendante. Le groupe n'existe pas juridiquement car il n'est pas reconnu en tant qu'entité, dépourvu qu'il est de la personnalité morale. À cet égard, le groupe ne peut, en tant que tel, engager sa responsabilité²³. Depuis plusieurs décennies, la reconnaissance juridique du groupe de sociétés fait débat en France. Le principe

21. Ch. Atias et D. Linotte, *Le mythe de l'adaptation du droit aux faits* : D. 1997, *chron.* p. 251 et s.

22. Lequel peut se définir comme une « idée abstraite et générale, ou du moins susceptible de généralisation » : A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* : PUF, 6^e éd., 1951, V^o Concept. – Pour un refus de la qualification de concept pour le groupe, V. B. Oppetit et A. Sayag, *Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés* : *Rev. sociétés* 1973, p. 577.

23. Cass. com., 15 nov. 2011, n^o 10-21.701 : *JurisData* n^o 2011-025298 ; *Dr. sociétés* 2012, *comm.* 157 ; *Rev. sociétés* 2012, p. 37, *obs.* S. Prévot : « Viole l'article 32 du code de procédure civile la cour d'appel qui confirme un jugement en ce qu'il a retenu la responsabilité d'un groupe de sociétés alors qu'« un groupe de sociétés » ne peut, faute de personnalité morale, être titulaire de droits et d'obligations et se voir infliger une condamnation ».

d'autonomie patrimoniale semble être un obstacle dirimant, sur le plan juridique ; mais c'est surtout en termes d'attractivité économique qu'il serait difficile d'envisager une réglementation trop contraignante risquant de voir les grandes entreprises fuir vers des cieux plus cléments.

19 - Comment trouver l'équilibre entre la sécurité juridique et la liberté des sociétés, notamment de taille importante, souvent internationales, impliquant de préserver le montage sociétairé dont l'intérêt économique et financier est indéniable et celle des parties prenantes ? En cas d'atteinte à l'autonomie patrimoniale de la filiale, comment sanctionner l'unité de décision ? Entre l'intérêt du groupe, l'intérêt social de chaque entité du groupe, l'intérêt des associés, celui des dirigeants, *quid* de l'intérêt des salariés, des associés minoritaires, des créanciers, des concurrents ?

20 - On sait aujourd'hui que la reconnaissance juridique du groupe en tant que telle n'est pas forcément indispensable²⁴. Que le groupe n'ait pas la personnalité juridique n'empêche pas son existence économique, comptable, financière. L'intérêt du groupe n'est, en outre, pas dénué de conséquences juridiques. Ainsi, en matière pénale, il est un moyen d'échapper à la caractérisation de l'infraction depuis la jurisprudence Rozenblum²⁵. Il peut également permettre d'éviter la caractérisation de la confusion de patrimoines, qui permet l'extension de la procédure collective (*C. com.*, art. L. 621-2).

21 - La reconnaissance juridique du groupe n'est donc plus réelement à l'ordre du jour. L'exemple allemand n'ayant pas été une grande réussite²⁶, ni la France ni l'Union européenne n'ont persévéré sur ce chemin. Pour autant, si le groupe n'a pas la personnalité juridique lui permettant d'ouvrir un compte bancaire²⁷, de passer un contrat à son nom..., il existe économiquement, comptablement, fiscalement, financièrement et, à cet égard, peut créer les conditions de la responsabilité de la société mère vis-à-vis de ses filiales. Le risque de responsabilité dans le cadre du groupe est donc à prendre en considération et son anticipation ne va pas de soi en l'absence de cadre législatif.

22 - La tendance actuelle révèle un durcissement du droit positif s'agissant des groupes de sociétés et de la responsabilité de la société mère. À l'heure de la loi sur le devoir de vigilance adoptée²⁸, les sociétés mères des multinationales de grande envergure seront bientôt obligées de prévenir et d'anticiper les risques d'atteinte par les sociétés membres du groupe aux droits fondamentaux ou à l'environnement.

23 - En l'état actuel du droit positif, la responsabilité fondée sur l'atteinte à l'autonomie patrimoniale se trouve parfois retenue, soit à l'encontre de la société mère, soit à l'encontre du dirigeant des sociétés. En effet, il est de longue date décrit que l'autonomie patrimoniale dans le cadre du groupe est une modalité de limitation du risque de l'activité économique par le cloisonnement des branches d'activité du groupe²⁹. Le parallèle a été judicieusement mené avec la clause limitative de responsabilité en matière contractuelle³⁰. L'autonomie patrimoniale serait ainsi à envisager comme technique de limitation de responsabilité. Or, cette autonomie patrimoniale n'est bien souvent que de façade, tant les sociétés à

la tête des groupes ont quelquefois tendance à considérer leurs filiales comme des extensions d'elles-mêmes qu'elles peuvent sacrifier.

24 - Les atteintes à l'autonomie patrimoniale ne sont donc pas rares dans le fonctionnement classique d'un groupe de sociétés. Pour autant, il est de plus en plus admis en doctrine comme en jurisprudence que cette autonomie patrimoniale ne puisse être instrumentalisée à l'extrême et ne jouer qu'en faveur de l'unité de décision. La levée du voile sociétairé est alors admise. Une pluralité de responsabilités (B) va correspondre à une diversité d'atteintes dans les faits (A).

A. - La diversité des atteintes en fait

25 - Les atteintes à l'autonomie de la personne morale peuvent correspondre à une multitude d'hypothèses. Certaines relèvent du domaine de la faute (2°), faute imputable à la société mère et que le droit se charge de sanctionner au plan civil, pénal ou dans le contexte d'une liquidation judiciaire de la filiale. D'autres atteintes à l'autonomie patrimoniale de la filiale relèvent d'une logique différente. Sans chercher véritablement à identifier une faute de la société mère ou d'un dirigeant, il arrive en effet que le droit s'empare de la confusion qui règne entre les affaires de la société mère et celles de sa filiale pour y remettre bon ordre (1°).

1° La confusion

26 - La confusion renvoie à une pluralité de comportements qui, assurément, ne correspondent pas aux standards devant régir les relations entre entités d'un groupe. Pour autant, ces comportements ne s'apparentent pas à une faute au sens classique. Le droit use d'autres outils pour les atteindre.

27 - **Confusion d'ordre interne.** – L'extension de la procédure collective en fournit un bon exemple, permettant d'attirer au sein d'une procédure déjà ouverte un second débiteur. Forgé par la jurisprudence, l'instrument a été formellement introduit au sein du Code de commerce par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. Selon l'article L. 621-2, alinéa 2 : « A la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministère public, la procédure ouverte 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 ». Ramenée au cas des groupes, l'extension de la procédure apparaît comme un tempérament au principe d'autonomie de chaque personne morale. Comme le soulignait le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance du 12 mars 2014, ce principe d'autonomie va pouvoir être écarté lorsque l'on observe une discordance entre une situation juridique apparente et la réalité « économique de l'entreprise »³¹. Si l'on met de côté l'hypothèse d'une fictivité, qui ne correspond pas véritablement à une atteinte à l'autonomie patrimoniale d'une filiale, l'atteinte supposant selon nous une existence réelle de la filiale, l'extension reposera généralement sur la démonstration d'une confusion de patrimoines entre plusieurs entités. Deux critères, « alternatifs mais parfois cumulés »³² seront retenus par les juges. Le premier consiste en une confusion des comptes, confusion qui se traduit par une imbrication des éléments d'actif et de passif de chaque personne concernée³³. Le second correspond quant à lui à des relations financières anormales, l'anormalité ressortant de leur absence de justification, de leur absence de cause pourrait-on dire. Dans le contexte d'un groupe de sociétés, cette anormalité sera appréhendée de façon particulière. Comme l'écrit un auteur, « la communauté d'intérêts évite à des actes habituellement anormaux de l'être. L'avantage

24. V. not. N. Pelletier, *La responsabilité au sein des groupes de société en cas de procédure collective* : LGDJ, coll. Thèses, 2013 qui défend une thèse modérée consistant à privilégier la responsabilité civile.

25. Cass. crim., 4 févr. 1985, n° 84-91.581 : *JurisData* n° 1985-000537 ; *JCP* 1986, II, 20585, note W. Jeandidier.

26. Sur la question, V. B. Grimonprez, *Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales* : *Rev. sociétés* 2009, p. 715, spéc. n° 17.

27. Cass. com., 2 avr. 1996, n° 94-16.380, *Grandjean c/ Caisse Fédérale Crédit Mutuel* : *JurisData* n° 1996-001319 ; *JCP G* 1997, II, 22803, note J.-P. Chazal pour l'impossibilité d'ouvrir un compte courant au nom d'un groupe.

28. L. n° 2017-399, 27 mars 2017, *relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* : JO 28 mars 2017.

29. En ce sens C. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, t. 216 : LGDJ, 1991, coll. *Bibl. dr. privé.*, n° 193 : « Le groupe est donc une technique de responsabilité limitée organisée autour du principe d'indépendance des sociétés ».

30. N. Pelletier, *th. préc.* note n° 24, spéc. préface F.-X. Lucas, p. 5 et s.

31. Rapp. relatif à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives (IV, 4).

32. F. Pérochon, *Entreprises en difficulté* : LGDJ-Lextenso éd., 2014, coll. *Manuel*, 10^e éd., n° 336.

33. V. Cass. com., 19 févr. 2013, n° 12-11.546 et n° 12-20.935, F-D : *JurisData* n° 2013-002643 ; *Rev. proc. coll.* 2013, comm. 118.

que l'entreprise de groupe est censée fournir offre davantage de latitude dans l'emploi des actifs sociaux »³⁴. La confusion de patrimoines est donc plus délicate à caractériser lorsque deux sociétés appartiennent à un même groupe, et les critères habituellement fermes deviennent ici fluyants.

28 - La prise en considération du contexte de groupe était extrêmement nette dans l'arrêt *Metaleurop* rendu par la Cour de cassation le 19 avril 2005³⁵. La cour d'appel de Douai, qui avait prononcé l'extension à la société mère de la liquidation judiciaire initialement ouverte à l'encontre de la filiale³⁶, fut censurée en des termes qui retiennent l'attention. Pour la Cour de cassation, les juges du fond s'étaient déterminés par des motifs « impropres à caractériser en quoi, dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société mère, qu'elle a constatés, révélaient des relations financières anormales constitutives d'une confusion du patrimoine de la société-mère avec celui de sa filiale ». Comme le souligne un auteur, dans le cas particulier du groupe, l'anormalité des relations financières ne suffit pas, elle doit présenter un caractère systématique³⁷, ce qui dénote une négation de l'intérêt social de la filiale. La prudence doit tout de même être de mise. Récemment en effet, alors que la communauté d'intérêts était mise en avant pour faire échec à une demande d'extension, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir retenu, parmi les éléments susceptibles de fonder une extension, « l'existence d'une clause de défaut croisé dans un protocole transactionnel unique conclu entre deux sociétés et un créancier commun participe à un ensemble concordant d'indices caractérisant l'existence de relations financières anormales constitutives d'une confusion des patrimoines entre les deux sociétés »³⁸. L'arrêt n'a pas été publié au Bulletin, mais il pourrait illustrer un surcroît de sévérité de la part de la Cour de cassation.

29 - **Confusion aux yeux des tiers.** – L'immixtion de la mère dans les affaires de la filiale ou l'apparence renvoyée aux tiers d'une implication pleine et entière de sa part témoignent d'une autre forme de confusion, une confusion non plus interne mais tournée vers l'extérieur.

30 - **Cas du co-emploi.** – Un tel contexte, où se mêlent immixtion et apparence trompeuse, peut conduire, en droit social, à retenir la qualité de co-employeur de la société mère aux côtés de sa filiale. La jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation ne se contente plus, en principe³⁹, de la démonstration d'une triple confusion – d'intérêts, d'activité et de direction – mais exige au surplus que soit rapportée la preuve d'une immixtion de la société mère. Ainsi, dans un arrêt du 16 avril 2016, la chambre sociale de la Cour de cassation a souligné « qu'une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un co-employeur à l'égard du personnel employé par une autre, hors l'existence d'un lien de subordination, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts,

d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière »⁴⁰.

31 - **Immixtion et apparence.** – Si l'on met de côté l'hypothèse du co-emploi, la théorie de l'apparence et l'immixtion correspondent *a priori* à deux situations distinctes pouvant également être créatrices d'obligations pour la société mère. Dans le cas de l'apparence, elle « permet de rendre obligatoires pour une société du groupe les engagements pris par une autre et, ainsi, dans certains cas exceptionnels, de rendre un tiers partie au contrat »⁴¹. La théorie de l'apparence tend naturellement à la protection des tiers de bonne foi, et certains auteurs considèrent qu'elle a vocation à opérer indépendamment de toute faute de la société mère⁴². Comme le souligne Rémy Libchaber, l'essentiel sera « de déterminer si la situation, du point de vue du contractant, rendait indistincte la frontière entre les personnalités au point qu'il pouvait croire contracter avec la mère, quand c'était la filiale qui était engagée. Si tel est le cas, ce sera par une sorte d'effraction juridique que la société mère sera intégrée à la sphère contractuelle, aux côtés, voire à la place, de sa filiale »⁴³. À l'opposé, l'immixtion conduit à porter le regard sur le comportement de la société mère, sans nécessairement « questionner la légitimité »⁴⁴ de l'intrusion de la société mère, auquel cas l'immixtion perdrait toute autonomie pour être appréhendée par la faute.

32 - **Illustrations jurisprudentielles.** – Initialement, les tribunaux paraissaient bien ne pas confondre l'apparence et l'immixtion lorsqu'ils envisageaient de faire peser sur la mère un engagement initialement souscrit par sa filiale. Ainsi, dans un arrêt du 15 novembre 1977, le débat avait été porté uniquement sur le terrain de l'apparence, et il avait été relevé, pour justifier la condamnation au paiement, « l'existence simultanée à une même adresse de deux sociétés en commandite ayant le même objet social, le même dirigeant et le même commanditaire »⁴⁵. Logiquement, l'immixtion a également pu être envisagée de façon autonome pour fonder la création d'une obligation à l'égard de la société mère. Ainsi, un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 15 juin 1993 ne se référait qu'à l'immixtion de la société mère dans les affaires de sa filiale sans jamais faire état d'une apparence trompeuse créée aux yeux des tiers⁴⁶.

33 - Cette approche semble toutefois bel et bien avoir vécu. En effet, le plus souvent, les tribunaux associent l'apparence trompeuse et l'immixtion pour fonder la condamnation de la société mère à supporter, à sa place ou à ses côtés, une dette de la filiale. Notamment, il n'est pas toujours aisé de distinguer l'apparence de l'immixtion dans la gestion externe de la société. On comprend donc qu'un auteur ait pu se demander « si dans le domaine des groupes la règle de l'immixtion n'est pas en réalité un cas particu-

34. N. Pelletier, thèse préc. note n° 24, spéc. n° 70.

35. Cass. com., 19 avr. 2005, n° 05-10.094, *Metaleurop* : *JurisData* n° 2005-028189.

36. CA Douai, 16 déc. 2004 : *JCP E* 2005, 721, note B. Rolland.

37. N. Pelletier, thèse préc. note n° 24, spéc. n° 76. – Pour un exemple, V. not. Cass. com., 16 juin 2009, n° 08-15.883, F-D, *SARL Maurice Moroni et a. c/ Moyrand*, ès qual. : *JurisData* n° 2009-048734.

38. Cass. com., 2 nov. 2016, n° 15-10.727, F-D, *Sté Pram Invest c/ Sté Actis*, ès qual. : *Bull. Joly Sociétés* 2017, p. 43, note J. Heinrich.

39. Car l'évolution jurisprudentielle semble tout de même marquée de quelques soubresauts, sur lesquels V. not. B. Géniaut, note ss Cass. soc., 16 avr. 2016, n° 15-12.195. – Cass. soc., 31 mars 2016, n° 14-17.834 : *Bull. Joly Sociétés* 2016, p. 600.

40. Cass. soc., 16 avr. 2016, n° 15-12.195 : *Bull. Joly Sociétés* 2016, p. 600 note B. Géniaut. – V. déjà, Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-15.208 : *Bull. Joly Sociétés* 2014, p. 394, note N. Pelletier ; *JCP S* 2014, 1311, note G. Loiseau.

41. J. Schmeidler, *La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale* : D. 2013, p. 584 et s.

42. *Ibid.* V. également, M. Pietton, *Immixtion d'une société mère dans la relation contractuelle d'une filiale*, rapp. ss Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-16.109, SA PCAS c/ Sté Markinter : *JurisData* n° 2012-012947 ; *RJDA* 11/12, p. 851, spéc. p. 854, § 13 : « Le recours à la théorie de l'apparence présente l'avantage de ne pas nécessiter d'établir une faute mais l'exigence que le demandeur prouve sa croyance légitime : lorsqu'à la suite d'une apparence trompeuse, un tiers a commis une erreur légitime, il peut invoquer cette apparence comme si elle était la réalité. Le détournement par la faute est inutile : il suffit de constater qu'elle a été commise et qu'elle est légitime. La preuve à rapporter est davantage celle de l'erreur du tiers plus que celle d'une faute de comportement de la société mère ».

43. R. Libchaber, note sous Cass. com., 3 févr. 2015, n° 13-24.895 : *JurisData* n° 2015-001601 ; *RDC* 2016, p. 35.

44. *Ibid.*

45. Cass. com., 15 nov. 1977, n° 76-12.232, *Sté Erwin Roenspiess c/ SARL Audev* : *JurisData* n° 1977-098265 ; *Bull. civ. IV*, n° 265.

46. Cass. com., 15 juin 1993, n° 91-14.404, *Sté ATE spécialités chimiques c/ Sté Lymo* : *JurisData* n° 1993-001522 ; *Rev. soc.* 1994, p. 730, note R. Libchaber. – V. également, Cass. 2° civ., 3 mai 1995, n° 93-15.777 : *JurisData* n° 1995-000975 ; *Bull. civ. II*, n° 132.

lier d'application de la théorie de l'apparence »⁴⁷. Ainsi, dans un arrêt du 4 mars 1997, le pourvoi formé contre une décision de condamnation de plusieurs sociétés vis-à-vis d'un GIE est rejeté par la Cour de cassation. Cette dernière approuve les juges du fond d'avoir relevé « que les diverses sociétés du groupe se présentaient à leur clientèle comme une entité unique, ayant les mêmes locaux, le même téléphone, le même « logo », minimisant leurs désignations propres, que les dirigeants de plusieurs de ces sociétés étaient intervenues dans l'exécution du contrat litigieux, par des correspondances adressées au GIE, et que c'est par une « décision du groupe » qu'il a été décidé de mettre fin aux activités de la société Econocom software avant l'achèvement de l'exécution du contrat ; qu'ayant ainsi caractérisé l'absence d'autonomie de cette société et l'immixtion des autres sociétés du groupe dans sa gestion, la cour d'appel a ainsi pu, par une décision légalement justifiée, les condamner à supporter les conséquences de l'inexécution du contrat »⁴⁸. On peut considérer que la Cour de cassation ne s'appuie véritablement que sur l'immixtion puisque l'erreur légitime des tiers n'est pas recherchée. Il n'en demeure pas moins que l'accumulation d'indices tendant à illustrer une certaine confusion laisse poindre une forme d'association de l'immixtion et de l'apparence. C'est désormais beaucoup plus net. Ainsi, en 2012, dans une décision Markinter remarquée, la cour d'appel de Paris avait été censurée après avoir, sur le fondement de l'immixtion, déclaré une société solidairement responsable avec sa filiale des condamnations prononcées contre cette dernière. La cassation reposait sur le fait qu'il n'avait pas été constaté que « l'immixtion (...) avait été de nature à créer pour la société Markinter une apparence trompeuse propre à lui permettre de croire légitimement que cette société était aussi son cocontractant »⁴⁹. Dans ce contexte, l'immixtion vient au soutien de l'apparence trompeuse. Si cette perte d'autonomie de l'immixtion a pu être critiquée⁵⁰, elle semble avoir les faveurs de la jurisprudence actuelle. Récemment, en effet, dans une affaire où la société mère et sa filiale avaient une adresse électronique similaire, le même domicile et le même dirigeant, il n'était pas reproché à la mère de s'être immiscée dans la conclusion et l'exécution d'un contrat, mais d'être intervenue au stade précontentieux. La société mère a ici été condamnée à répondre de la dette de sa filiale, motif pris que son « immixtion (...) avait été de nature à créer une apparence propre à faire croire (...) qu'elle se substituerait à sa filiale »⁵¹.

34 - Dans des circonstances moins fréquentes, la société mère ne se contente pas d'entretenir la confusion ou une fausse apparence. Elle peut avoir un comportement susceptible d'être qualifié juridiquement de faute.

2° La faute

35 - **L'atteinte à l'autonomie patrimoniale comme faute.** – L'atteinte à l'autonomie patrimoniale peut se révéler être une faute, source de responsabilité juridique pour le dirigeant. Par conséquent, la société mère peut être fautive de ce point de vue dès lors qu'il est possible de la qualifier de dirigeant de droit ou de fait. Ce qui paraît plus novateur réside dans la possibilité de considérer comme fautive, et donc responsable, la société mère sans forcé-

ment passer par le biais de la qualité de dirigeant. Le « contrôle » exercé par la société mère impliquerait pour certains auteurs une responsabilité particulière⁵². Le droit positif révèle encore une hostilité générale envers la levée du voile sociétaire. Le principe de l'autonomie patrimoniale reste défendu par la majorité des auteurs⁵³. Vu qu'il n'existe pas, pour l'heure, de texte encadrant la responsabilité de la mère dans le contexte du groupe de sociétés, le droit positif utilise les instruments juridiques offerts par les diverses responsabilités. Trois cas de fautes parmi les plus courants seront ici abordés. Tout d'abord, la faute pénale (a). Ensuite, la faute de gestion ayant entraîné une insuffisance d'actif (b). Enfin, la faute délictuelle (c).

a) La faute pénale

36 - **Faute du dirigeant.** – Comme tout dirigeant, une société mère qui ne respecterait pas l'autonomie patrimoniale de sa filiale risque de voir engagée sa responsabilité pénale, notamment pour abus de biens sociaux (C. com., art. L. 241-3, 4° (SARL) – C. com., art. L. 242-6-3° (sociétés par actions)) ou abus de confiance (C. pén., art. 314-1) selon le type de société.

Néanmoins, en la matière, la notion d'intérêt de groupe a été dégagee par la jurisprudence de la Chambre criminelle afin de justifier certains comportements pouvant s'expliquer par une stratégie commune, une orientation du groupe. Il s'agit de la fameuse jurisprudence Rozenblum en vertu de laquelle il peut être déduit que, pour éviter la qualification d'abus de biens sociaux, il convient de démontrer que le concours financier apporté par « les dirigeants de droit ou de fait d'une société à une autre entreprise du groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, est dicté par l'intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe. Il ne doit ni être démuné de contreparties ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celles qui en supportent la charge »⁵⁴. Ainsi est-il souligné en creux le fait que les dirigeants ne peuvent porter atteinte à l'autonomie patrimoniale en sacrifiant une société au bénéfice d'une autre dans laquelle ils sont intéressés. La limitation du risque ne peut être instrumentalisée à l'extrême et aboutir à une sorte de vampirisme économique et financier au profit, le plus souvent, de la société mère.

37 - **Illustrations jurisprudentielles.** – Une illustration de cette solution a été donnée récemment à propos du dirigeant personne physique de plusieurs sociétés d'un groupe, dans une décision diffusée de la manière la plus large possible. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formulé à l'encontre de la décision qui avait condamné pour abus de biens sociaux un dirigeant de société à six mois d'emprisonnement, 30 000 € d'amende et cinq ans d'interdiction de gérer.

L'une des sociétés d'un groupe avait bénéficié d'une remontée de trésorerie sans aucune contrepartie pour l'autre société, mettant celle-ci en difficulté « dans l'impossibilité absolue de désintéresser ses créanciers ».

L'intérêt du groupe n'a pas été retenu par la cour d'appel. Approuvés par la Cour de cassation, les juges du fond ont prononcé les peines en affirmant la gravité certaine des agissements, insistant sur le fait que le dirigeant avait « délibérément sacrifié la société et

47. Ch. Hannoun, note ss Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-20.310 ; Bull. Joly Sociétés 2008, p. 602.

48. Cass. com., 4 mars 1997, n° 95-10.756 ; JurisData n° 1997-000900 ; Bull. civ. IV, n° 65. – Rapp. Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-20.310.

49. Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-16.109 ; JurisData n° 2012-012947 ; Bull. Joly Sociétés 2012, p. 611, note J.-F. Barbiéri ; RTD civ. 2012, p. 546, obs. P.-Y. Gautier. – V. déjà, Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, n° 06-11.056 et n° 06-11.307 ; JurisData n° 2006-035300 ; Bull. civ. ass. plén., n° 11 ; JCP G 2006, II, 10175, note Th. Bonneau ; Bull. Joly Sociétés 2007, p. 57, obs. F.-X. Lucas.

50. V. not. P.-Y. Gautier, obs. préc. note n° 49, ss Cass. com., 12 juin 2012. – J. Schmeidler, art. préc. note n° 41, spéc. – Comp. : R. Libchaber, préc. note n° 43, ss Cass. com., 3 févr. 2015.

51. Cass. com., 3 févr. 2015, n° 13-24.895, P+B, Sté Tessier Ashpool finances c/ Sté KFA technologies ; JurisData n° 2015-001601 ; JCP E 2015, 1159 ; Bull. Joly Sociétés 2015, p. 128, obs. A. Couret ; RDC 2016, p. 35, note R. Libchaber.

52. V. à cet égard l'avant-projet de réforme du droit des obligations, dit projet Catala, remis le 22 septembre 2005 au garde des Sceaux : Rapp. sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (C. civ., art. 1101 à 1386) et du droit de la prescription (C. civ., art. 2234 à 2281) : Doc. fr., 2005. – V. également N. Pelletier, th. préc. note n° 24, spéc. n° 470 et s.

53. V. toutefois pour un plaidoyer en faveur de la responsabilité des sociétés mères, B. Grimonprez, Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales : Rev. sociétés 2009, p. 715 et s.

54. Sur la question, V. M.-E. Boursier, Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : Rev. sociétés 2005, p. 273 et s.

placé celle-ci dans l'impossibilité absolue de désintéresser ses créanciers »⁵⁵.

L'atteinte portée à l'autonomie patrimoniale de la société victime de cette opération de trésorerie était ici évidente. Parfois, elle l'est moins et l'intérêt du groupe peut alors éviter la sanction des dirigeants. Ainsi la Cour de cassation a approuvé la relaxe des prévenus des faits d'abus de biens sociaux pour avoir perçu des commissions au travers d'une société de courtage dans laquelle ils étaient intéressés grâce à l'utilisation du portefeuille de contrats d'assurance d'une société de gestion de portefeuille, pour avoir transféré sans contrepartie ce portefeuille à la première et pour avoir fait utiliser par celle-ci le personnel et les moyens de la société de gestion. La Cour de cassation a estimé qu'ils avaient agi dans le cadre de la nouvelle organisation du groupe, répartissant les rôles entre la société de gestion de portefeuille des contrats d'assurance et la nouvelle société de courtage de sorte que le déséquilibre entre ces sociétés résultait de cette organisation et non de la volonté délibérée des prévenus⁵⁶.

b) La faute de gestion ayant entraîné une responsabilité pour insuffisance d'actif

38 - Responsabilité pour insuffisance d'actif. – L'article L. 651-2 du Code de commerce est le siège de la responsabilité pour insuffisance d'actif. S'agissant du contexte d'un groupe de sociétés, la possibilité d'engager la responsabilité de la mère afin de combler le passif d'une ou plusieurs filiales en difficulté est attractive, d'autant plus si la société mère est elle-même en parfaite santé économique et financière.

Cela ne peut toutefois s'observer que dans des conditions strictes dont l'une sera ici particulièrement développée : une faute de gestion.

39 - Dirigeant de droit et de fait. – Pour qu'il y ait une faute « de gestion », il faut que la société mère soit qualifiée de dirigeant. En tant qu'associé, la mère ne peut engager sa responsabilité sur ce fondement. Lorsque la société mère est dirigeant de droit, ce qui n'est pas le cas le plus fréquent, la question ne se pose pas. En revanche, en l'absence de direction officielle de l'unité de décision du groupe, il faudra que celle-ci soit qualifiée de dirigeant de fait. L'on pourrait penser que le simple fait de détenir la quasi-totalité des actions d'une société puisse suffire à révéler une direction de fait. Il n'en est rien en jurisprudence. La seule détention de la majorité des parts sociales d'une filiale ne suffit pas à caractériser la direction de fait selon la Cour de cassation⁵⁷. Ainsi, une cour d'appel s'est vue sanctionnée pour avoir condamné au paiement de l'insuffisance d'actif de quatre filiales le directeur-général de la société mère, laquelle détenait entre 99,50 et 99,75 % du capital de ses quatre filiales. La Cour de cassation a estimé que ces motifs étaient impropres à caractériser la direction de fait. Le contrôle n'est pas la direction. Dans certaines décisions, la qualité de dirigeant de fait de la mère par rapport à sa ou ses filiales a pu être retenue⁵⁸.

À titre exceptionnel, il peut être relevé une décision contestable par laquelle des juges du fond avaient pu décider de ne pas sanctionner un dirigeant de droit au prétexte qu'il n'avait aucun pouvoir réel de direction au profit de la *holding* dans le cadre d'un montage de type LBO⁵⁹. Cette solution est critiquable et a pu soulever moult

questions en termes d'intérêt de groupe, ou encore de responsabilité délictuelle de la *holding*⁶⁰.

40 - Direction de fait. – La qualification de direction de fait est en quelque sorte antinomique avec celle de groupe de sociétés, qui implique naturellement des relations économiques et financières entre ses membres et, donc, une intervention de la société mère dans l'activité des sociétés membres du groupe. La stratégie du groupe, sa politique commune, la centralisation des décisions sont autant d'éléments qui peuvent donner une certaine normalité à ce qui pourrait être vu comme une immixtion⁶¹. Ainsi, a-t-il pu être considéré que « les avances financières consenties par l'une des sociétés aux autres sociétés du groupe trouvent leur justification dans la politique commune du groupe et que le liquidateur n'invoque ni ne démontre l'existence de mouvements financiers anormaux entre ces sociétés et le dirigeant »⁶². De même, il a été récemment affirmé à propos d'une nouvelle affaire mettant en scène une filiale du groupe *Molex* que la direction de fait d'une société mère vis-à-vis d'une filiale ne pouvait être retenue lorsque les dirigeants successifs de la filiale sont restés maîtres de la gestion de l'entreprise dans le cadre de la politique du groupe et que leur proximité avec la société mère tient au « contrôle normal, inhérent à l'existence d'un groupe de sociétés »⁶³. Ce n'est donc qu'en cas d'immixtion « grossière »⁶⁴ que la jurisprudence a pu considérer que la direction de fait pouvait être retenue à l'encontre de la société mère.

41 - Dirigeant de plusieurs sociétés du groupe. – La faute de gestion peut également être relevée à l'encontre du dirigeant commun de la société mère et d'une filiale. Elle peut consister à n'avoir pas respecté le principe d'autonomie, par exemple, en ayant sacrifié les intérêts de la filiale pour privilégier ceux de la mère.

c) La faute délictuelle

42 - La question ici posée consiste à se demander si l'atteinte portée à l'autonomie de la filiale en tant que personne morale peut être considérée comme une faute délictuelle, au sens des articles 1240 et suivants du Code civil, dont la société mère ou son dirigeant personne physique pourraient être amenés à répondre.

43 - Concernant le dirigeant. – Parfois, la faute délictuelle viendra en renfort de la faute de gestion, source de responsabilité pour insuffisance d'actif. Ainsi, le dirigeant de deux sociétés (mère et filiale) qui n'a pas déclaré au passif de la société mère le montant du compte courant d'associé de la filiale engage sa responsabilité civile personnelle car il commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions⁶⁵. L'originalité de cet arrêt est de se placer sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle dans la mesure où la filiale était en redressement et où le comportement litigieux du dirigeant était donc postérieur au jugement d'ouverture, rendant ainsi inapplicable la responsabilité pour insuffisance d'actif. Quel que soit le fondement, le raisonnement est le même : sacrifier la filiale au bénéfice exclusif de la société mère est un comportement fautif qui doit entraîner la responsabilité du décideur.

44 - Ce sacrifice passera généralement par la fin d'une convention de trésorerie rendant inéluctable la cessation des paiements de la filiale. Cette dernière devient en quelque sorte un outil de

55. Cass. crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-85.199, FP-P+B+R+I : *JurisData* n° 2017-001414 ; *JCP G* 2017, 277 ; *Bull. Joly Sociétés* 2017, p. 239, note E. Mouial-Bassilana.

56. Cass. crim., 6 avr. 2016, n° 15-80.150 : *JurisData* n° 2016-006383.

57. V. par ex., Cass. com., 2 nov. 2005, n° 02-15.895, F-D, Sté Nord-Est c/ M. Villa : *Rev. sociétés* 2006, p. 398, note D. Poracchia.

58. Cass. com., 6 juin 2000, n° 96-21.134 : *JurisData* n° 2000-002567. – Cass. com., 15 juin 2011, n° 10-17.023, Sté SImi c/ Scarfogliero : *JurisData* n° 2011-011838.

59. CA Lyon, 29 juill. 2013, n° 10/09151 : *BJE* 2014, p. 41 note N. Borga et T. Favario. – Sur pourvoi, Cass. com., 16 déc. 2014, n° 13-25.028 : *JurisData* n° 2014-031677 ; *Rev. sociétés* 2015, p. 391, note D. Poracchia.

60. V. le commentaire critique précité de N. Borga et Th. Favario.

61. V. pour un refus de qualification de direction de fait, Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-28.367, F-D, Ph. Martin ès qual. et a. c/ Sté Recylex : *JurisData* n° 2013-026258 ; *Bull. Joly Sociétés* 2014, p. 103, note N. Pelletier.

62. Cass. com., 3 déc. 2013, n° 12-22.213 : *JurisData* n° 2013-027897 ; *Bull. Joly* 2014, p. 186, note E. Mouial-Bassilana.

63. Cass. com., 11 oct. 2016, n° 14-26.901 : *Bull. Joly Sociétés* 2017, p. 40, note E. Mouial-Bassilana.

64. N. Pelletier, th. préc., n° 479.

65. Cass. com., 27 mai 2014, n° 12-28.657 : *JurisData* n° 2014-011476 ; *Dalloz actualité*, 6 juin 2014, obs. X. Delpéch ; *LEDEN* juill. 2014, p. 3, obs. I. Parachkévova ; *Bull. Joly Sociétés* juill. 2014 n° 112d4, p. 467, note E. Mouial-Bassilana.

restructuration des sociétés, dans le cadre du groupe. Les avances de trésorerie intra-groupe que l'on stoppe permettent de provoquer la cessation des paiements d'une filiale. Dans d'autres cas, il pourra s'agir par une opération de trésorerie de vider le patrimoine de la filiale pour renflouer celui de la société mère, conduisant la première à la cessation des paiements. Les deux hypothèses nous semblent tout aussi fautive l'une que l'autre et clairement attentatoires au principe d'autonomie sur lequel s'articulent les montages sociétaires de groupe. Elles ne sont pour autant pas toujours sanctionnées comme en témoigne l'affaire Sodimédical dans le contexte de laquelle la Cour de cassation avait pu affirmer que : « Lorsque l'état de cessation des paiements est avéré, le juge saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective ne peut la rejeter en raison des mobiles du débiteur, qui est légalement tenu de déclarer cet état ». La Cour de cassation avait alors censuré les juges du fond qui avaient rejeté la demande de liquidation judiciaire formée par la société Sodimédical, estimant que cette demande avait eu pour seul but, après l'échec de plusieurs plans de sauvegarde de l'emploi, de permettre des licenciements dont la cause économique ne pourrait plus être contestée et de faire prendre en charge leur coût par la collectivité⁶⁶.

45 - Concernant l'associé. – En tant qu'associée, la société mère s'expose pour l'heure à un risque limité dans le cadre du groupe. Certes, une décision importante a été rendue par la Cour de cassation, dans un tout autre contexte, à propos de l'associé et aux termes de laquelle il peut être retenu, par une interprétation *a contrario*, que la « faute intentionnelle (de l'associé) d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé », est de nature à engager sa responsabilité personnelle envers le tiers cocontractant de la société⁶⁷. On y reconnaît aisément la formule relative à la responsabilité du dirigeant pour faute « détachable »⁶⁸.

Sur cette base, il pourrait ainsi être envisagé de considérer que l'atteinte à l'autonomie patrimoniale de l'une des sociétés membres du groupe soit vue comme une faute intentionnelle d'une particulière gravité, permettant d'engager la responsabilité de la société mère, associée, envers les tiers, sur le fondement d'une faute délictuelle. Jusque-là, aucune décision n'est intervenue en ce sens, mais rien ne paraît l'empêcher en théorie. Au contraire, il semble bien que la société mère en tant qu'associé exerçant le contrôle pourrait légitimement se voir reprocher un comportement grave et intentionnel, notamment lorsque certaines décisions sont impulsées à l'échelle du groupe et impliquent un non-respect évident de la filiale, dans son existence en tant que personne morale et dans son autonomie patrimoniale.

B. - La pluralité des responsabilités en droit

46 - L'atteinte à l'autonomie patrimoniale de la filiale est susceptible d'être sanctionnée de diverses manières. Le terme de « responsabilités » ici employé est à envisager au sens large, substantiel, et non formel. Il s'agit d'évoquer les différentes situations où, par effet causal, l'atteinte à l'autonomie patrimoniale va entraîner l'un ou plusieurs des membres du groupe à assumer les conséquences de ses/leurs actes. Fréquemment, on observe que la société mère est amenée à supporter avec sa filiale ou à sa place un engagement né du seul chef de cette dernière, et cela sans

qu'une quelconque faute de la société mère ne soit recherchée (1°). Mais le droit fait naturellement toujours une place à la responsabilité pour faute (2°).

1° Les engagements partagés par la société mère

47 - Atteinte à l'autonomie génératrice d'un passif commun. – L'action en extension de la procédure collective (*C. com.*, art. L. 621-2) éventuellement dirigée contre une société mère qui aurait confondu son patrimoine et celui de sa filiale n'appartient pas officiellement au domaine des sanctions.

De ce fait, on ne saurait évoquer une véritable « responsabilité » de la société mère. Il n'en demeure pas moins que l'extension de la procédure collective sera vécue comme une sanction par la société mère, au point que l'on peut y voir une crypto-responsabilité. Le passif de la filiale fera corps avec le sien, si bien qu'elle en répondra totalement sur ses actifs. C'est la conséquence naturelle du principe d'unicité de la procédure qui s'impose ici⁶⁹.

On soulignera toutefois qu'un créancier de la filiale ne saurait voir dans l'action en extension un moyen commode de solliciter le patrimoine de la société mère. En effet, la Cour de cassation considérant que cette action relève de l'intérêt collectif des créanciers⁷⁰, il s'ensuit qu'un créancier individuel est dépourvu de qualité à agir et que l'action entre dans le champ du monopole du mandataire judiciaire⁷¹.

48 - Atteinte à l'autonomie génératrice d'engagements à l'égard des partenaires de la filiale. – Il est arrivé que la jurisprudence se fonde sur la responsabilité civile délictuelle pour appréhender l'apparence trompeuse suscitée par le groupe ou l'immixtion de la société mère dans les affaires de sa filiale⁷². Mais, le plus souvent, les juges vont considérer que l'apparence ou l'immixtion, quand les deux notions ne sont pas associées⁷³, permettent d'étendre à la société mère l'engagement souscrit par sa filiale. Cela ne surprend pas si l'on se souvient que l'apparence ne suppose pas la démonstration d'une faute et que le juge se préoccupe peu du dommage dans un tel contexte⁷⁴. Les choses sont moins nettes dans le cas de l'immixtion. Ses frontières avec la responsabilité civile délictuelle sont naturellement plus fines, mais des auteurs considèrent que l'immixtion est une notion autonome ne faisant pas appel aux ressorts classiques de la responsabilité délictuelle⁷⁵ et certains arrêts semblent retenir une telle approche⁷⁶.

À l'heure actuelle, nous l'avons observé⁷⁷, l'immixtion et l'apparence sont souvent combinées pour fonder l'engagement de la société mère aux côtés de sa filiale. C'est ainsi qu'elles pourront être condamnées *in solidum* à indemniser le créancier victime du

66. Cass. com., 3 juill. 2012, n° 11-18.026, n° 775, FS-P+B, Sté Sodimédical et a. c/ M. Vaugeois et a. : *JurisData* n° 2012-015231 ; *Act. proc. coll.* 2012-14, n° 206, note L. Fin Langer ; *Bull. Joly Sociétés* sept. 2012, n° 356, p. 631n°, note N. Pelletier ; *D.* 2012, p. 2212 et s., note R. Damman et S. François ; *LEDEN* sept. 2012, n° 119, p. 2, obs. C. Delattre.

67. Cass. com., 18 févr. 2014, n° 12-29.752, SAS Macris c/ SAS ITM alimentaire international : *JurisData* n° 2014-002810 ; *D.* 2014, p. 764, obs. T. Favario.

68. Cass. com., 8 mars 1982, n° 79-10.412 : *JurisData* n° 1982-700684 ; *Rev. sociétés* 1983, p. 573, note Y. Guyon. – Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092 : *JurisData* n° 2003-019081 – *D.* 2003, p. 1502, obs. A. Lienhard et p. 2623, note B. Dondero ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 786, note H. Le Nabasque ; *Rev. sociétés* 2003, p. 479, note J.-F. Barbieri.

69. Sur lequel V. not. Ph. Pétel, *La vie après la confusion de patrimoines*, *Liber amicorum Philippe Merle* : Dalloz, 2012, p. 577.

70. Cass. avis, 3 juin 2013, n° 13-70.003 : *JurisData* n° 2013-011854 ; *Rev. proc. coll.* 2013, étude 18 ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 12, obs. P. Cagnoli. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, l'article L. 621-2, al. 2, dispose : « À la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministre public, la procédure ouverte 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 ».

71. V. ainsi, Cass. com., 15 mai 2001 : *Dr. sociétés* 2001, comm. 129 : « les créanciers de la personne morale n'ont pas qualité pour demander une extension de procédure fondée sur la confusion des patrimoines ou la fictivité d'une autre personne morale ».

72. V. par ex. Cass. com., 17 déc. 1974 : *Bull. civ. IV*, n° 327. – Cass. com., 5 févr. 1991, n° 89-12.232 : *JurisData* n° 1991-000352 ; *D.* 1992, *Jur.*, p. 27, note Y. Chartier. – Cass. 2° civ., 3 mai 1995, n° 93-15.777 : *JurisData* n° 1995-000975 ; *Bull. civ. II*, n° 132. – Cass. 1° civ., 26 oct. 2011, n° 10-17.026 : *JurisData* n° 2011-023587.

73. V. supra n° 33.

74. V. N. Pelletier, thèse préc., n° 108.

75. V. not. P.-Y. Gautier, obs. sous Cass. com., 4 mars 1997 : *RTD civ.* 1997, p. 691 ; J. Schmeidler, art. préc.

76. V. par ex. Cass. com., 4 mars 1997, préc. – Cass. com., 26 févr. 2008, préc. *FIT* / 77. V. supra n° 33.

défaut d'exécution de la filiale⁷⁸. Dans l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 3 février 2015, les conséquences d'une telle situation apparaissent on ne peut plus clairement. Les juges du fond sont approuvés d'avoir fait ressortir que « l'immixtion de la société mère avait été de nature à créer une apparence propre à faire croire (...) qu'elle se substituait à sa filiale » si bien que la cour d'appel a pu en déduire que la société mère « devait répondre de la dette de sa filiale ».

Pour la société mère, le risque ne consiste donc pas à voir sa responsabilité délictuelle engagée et à devoir réparer le préjudice causé aux tiers, mais bel et bien à devoir partager le poids des engagements de sa filiale⁷⁹.

49 - Atteinte à l'autonomie génératrice d'engagements à l'égard des salariés de la filiale. – Comme le souligne le professeur Loiseau, « les obligations que la jurisprudence fait peser sur le co-employeur le sont le plus souvent rétrospectivement, après que des licenciements pour motif économique ont été prononcés et que les salariés de la société employeur ont fait reconnaître en justice cette qualité »⁸⁰. Les obligations du co-employeur sont donc celles de l'employeur, qu'il s'agisse du reclassement des salariés, de l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi⁸¹, mais aussi naturellement du paiement des indemnités de licenciement, et plus largement de toutes celles dues aux salariés⁸². Au-delà, il se pourrait que le co-emploi puisse même permettre aux salariés d'obtenir de la part de la société mère le paiement de salaires impayés par l'employeur de droit, voire justifie qu'un salarié réclame le bénéfice de la convention collective en vigueur chez le co-employeur⁸³ !

En l'état actuel de la jurisprudence, on ne se trouve pas pour autant en présence de contrats de travail distincts. Pour la Cour de cassation en effet, « lorsqu'un salarié est lié à des co-employeurs par un contrat de travail unique, le licenciement prononcé par l'un d'eux, qui met fin au contrat de travail, est réputé prononcé par tous »⁸⁴.

50 - De manière plus exceptionnelle mais fortement symbolique, la jurisprudence admet de considérer que la responsabilité de la société mère puisse être engagée pour faute dans le cadre du groupe.

2° La faute reprochée à la société mère

51 - Responsabilité de la société mère au titre de l'insuffisance d'actif de sa filiale. – La liquidation judiciaire d'une filiale est source de dangers pour la société mère, sous réserve naturellement qu'elle puisse être qualifiée de dirigeant et que soit établie à son

encontre une faute de gestion⁸⁵. L'hypothèse d'une immixtion poussée de la société mère dans les affaires de sa filiale peut conduire à retenir la qualification de dirigeant de fait, mais il n'existe pas de présomption en ce sens tirée du simple contrôle. La direction de fait pourra être retenue lorsque le dirigeant de droit de la filiale reçoit toutes ses instructions de la société mère⁸⁶. De même, la direction de fait a été retenue dans le cas d'une branche d'activité cédée à la filiale mais que la société mère a continué à exploiter⁸⁷. Et malgré l'interposition d'une société mère, une *holding court* également le risque d'être qualifiée de dirigeant de fait lorsqu'elle détient le véritable pouvoir de décision⁸⁸.

Les conséquences sont potentiellement très lourdes pour la société mère, puisque si la jurisprudence exige classiquement la démonstration d'un lien de causalité entre la faute de gestion reprochée et l'insuffisance d'actif, il n'y aura pas nécessairement de corrélation exacte entre le montant de la condamnation et l'insuffisance d'actif à laquelle la faute aura contribué.

En effet, pour la Cour de cassation, « le dirigeant d'une personne morale peut être déclaré responsable (...) même si la faute de gestion qu'il a commise n'est que l'une des causes de l'insuffisance d'actif et peut être condamné à supporter en totalité ou parties les dettes sociales, même si sa faute n'est à l'origine que d'une partie d'entre elles »⁸⁹. Le juge bénéficie donc d'une grande liberté d'appréciation, laquelle n'est pas sans susciter quelques critiques⁹⁰. Le législateur a toutefois choisi de ne pas revenir sur cette souplesse, celle-ci jouant un rôle prophylactique.

52 - Responsabilité environnementale de la société mère. – Les atteintes à l'environnement sont devenues un sujet de préoccupation majeur, et l'on comprend que la tentation soit grande d'en faire peser les conséquences sur la société mère lorsque la filiale est dans l'impossibilité d'y faire face. L'évolution a été très progressive à cet égard et les fondements choisis multiples. Une tentative a notamment été menée en se fondant sur la théorie de l'exploitant de fait. C'est ainsi qu'un arrêté préfectoral a pu mettre en demeure l'actionnaire d'une société exploitant une décharge de déchets industriels, pourtant dissoute et radiée du RCS, de mettre en œuvre des mesures de dépollution. Selon l'Administration, les deux sociétés ne formaient qu'une seule entité car : « les deux sociétés avaient le même objet social et disposaient de personnel commun : leur gestion était étroitement imbriquée ». L'arrêté fut toutefois annulé par les juridictions administratives⁹¹, des liens de capital étant insuffisants à faire peser la charge de la dépollution sur une autre entité que l'exploitant. Inspirée d'une philosophie comparable, la Cour de cassation a pu considérer en 2008 qu'une société mère n'est pas tenue de financer sa filiale afin que cette dernière puisse réaliser des travaux de nature à prévenir un dommage écologique⁹². On sait toutefois que dans l'affaire de l'Erika⁹³, les juges n'ont, semble-t-il, pas hésité à lever le voile de la personnalité

78. V. par ex. Cass. com., 26 févr. 2008, préc. – Cass. com., 4 mars 1997, préc.

79. V. encore, Cass. com., 18 oct. 1994, n° 93-11.807 : Bull. Joly Sociétés 1994, p. 1317, note A. Couret.

80. G. Loiseau, *L'identification des effets du coemploi* : JCP S 2013, 1439, spéc. n° 4.

81. Généralement le co-employeur est condamné à verser des dommages-intérêts aux salariés, précisément pour n'avoir pas respecté ces obligations. V. not. Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42.570 et n° 05-42.551 : JCP S 2007, 1618, note Ph. Coursier.

82. Pour G. Loiseau, op. et loc. cit., les obligations ne peuvent être considérées comme conjointes et solidaires, chacun étant « tenu en propre des obligations liées à la condition d'employeur et est redevable de leur inexécution ». – Dans le même sens, V. G. Auzero, *Les effets avérés et à venir du coemploi* : JCP S 2013, 1440, spéc. n° 9. – Sur la nature de la relation de coemploi, V. également G. Auzero, *La nature juridique du lien de coemploi* : Semaine sociale Lamy 2013, n° 1600, p. 8.

83. V. en ce sens les décisions citées par G. Loiseau, art. préc., spéc. n° 14. – Pour une réponse négative, V. toutefois G. Auzero, *Les effets avérés et à venir du coemploi*, préc., spéc. n° 14, pour lequel cette solution « reviendrait à méconnaître le champ d'application des normes conventionnelles en cause tel qu'il a été déterminé par les parties signataires ».

84. V. Cass. soc., 1^{er} juin 2004, n° 01-47.165. – V. également, Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-12.278 et n° 10-13.486 : JurisData n° 2011-020697 ; JCP E 2012, 1279, obs. P. Morvan. – Pour une critique de cette solution, V. not. G. Auzero, *Les effets avérés et à venir du coemploi*, préc., spéc. n° 5.

85. V. *supra*.

86. Cass. com., 6 juin 2000, n° 96-21.134 : JurisData n° 2000-002567 ; Rev. proc. coll. 2001, p. 265, n° 4, obs. A. Martin-Serf.

87. Cass. com., 23 nov. 1999, n° 97-14.693 : Rev. proc. coll. 2001, p. 265, n° 4, obs. A. Martin-Serf.

88. Cass. com., 12 nov. 2005, n° 02-15.895 : Bull. Joly Sociétés 2006, p. 469, obs. F.-X. Lucas ; Rev. sociétés 2006, p. 398, obs. D. Poracchia.

89. Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-20.423 : Gaz. Pal. 20-21 janv. 2012, p. 45, obs. T. Montéran ; Rev. proc. coll. 2012, n° 3, p. 52, note A. Martin-Serf. – Cass. com., 21 juin 2005, n° 04-12.087 : JurisData n° 2005-029071.

90. V. not. C. Mascala, *Les sanctions applicables aux dirigeants* : LPA 6 sept. 2000, p. 50 et s.

91. CAA Paris, 4^e ch., sect. B, 17 oct. 2003, n° 99PA03797, Sté Fayolle et fils. – Adde, F.-G. Trébulle, *L'actionnaire d'un exploitant liquidé ne peut pas être destinataire des mesures de remise en état* : RD imm. 2004, p. 433.

92. Cass. com., 26 mars 2008, n° 07-11.619, F-D : JurisData n° 2008-043377 ; Dr. sociétés 2008, comm. 172, note M.-L. Coquelet ; Bull. Joly Sociétés 2008, p. 908, note F.-G. Trébulle.

93. Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938, FP-P+B+R+I : JurisData n° 2012-021445 ; D. 2012, p. 2711, obs. P. Delebecque ; *ibid.* p. 2557, obs. F.-G.

morale pour atteindre Total SA alors que le contrat d'affrètement au voyage avait été conclu par TTC, l'une de ses filiales. Les juges s'étaient *a priori* contents de peu pour cela, relevant que l'un des cadres de Total SA avait pour mission de contrôler les affrètements. Mais cela montre justement que ce n'est pas la qualité de société mère de Total qui était ici essentielle⁹⁴. Cette affaire est toutefois de celles qui marquent si profondément les esprits que le droit ne peut en ressortir inchangé.

53 - Ainsi, la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement a introduit deux, modestes, innovations⁹⁵.

Tout d'abord, l'article L. 233-5-1 du Code de commerce prévoit que la décision par laquelle une société détenant une participation dans une autre société ou qui la contrôle « s'engage à prendre à sa charge, en cas de défaillance de la société qui lui est liée, tout ou partie des obligations de prévention et de réparation qui incombent à cette dernière en vertu des articles L. 162-1 à L. 162-9 du Code de l'environnement » est soumise à la procédure des conventions réglementées. Ensuite, et surtout, un nouvel article L. 512-17 du Code de l'environnement dispose qu'en cas de liquidation judiciaire d'une filiale, la société mère ou grand-mère s'expose à ce que le liquidateur ou le ministère public saisisse le tribunal de la liquidation pour que soit mis à sa charge « tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité ». Le texte est toutefois restrictif, puisqu'il exige que soit établie « l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale ».

54 - Cet article L. 512-17 du Code de l'environnement ne devrait donc pas être très souvent mis à profit. L'avenir se situe, peut-être, plutôt du côté du devoir de vigilance. Après quelques tentatives avortées⁹⁶, vient en effet d'être adoptée la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre⁹⁷. Cette loi instaure, pour les sociétés françaises employant plus de 5 000 salariés en France ou 10 000 salariés dans le monde, en incluant leurs filiales, l'obligation d'élaborer et de mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance. Ce plan doit comporter des mesures propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves aux droits humains et aux libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes ainsi qu'à l'environnement, risques et atteintes qui pourraient résulter des activités de la société mère, des sociétés qu'elle contrôle et de leurs fournisseurs et sous-traitants, en France comme à l'étranger (C. com., art. L. 225-102-4, I). Sur le terrain des sanctions, la loi a toutefois été partiellement censurée par le Conseil constitutionnel⁹⁸. Les Sages ont, en effet, jugé conformes à la

Constitution, le mécanisme de mise en demeure⁹⁹, la possibilité pour le juge de soumettre la société concernée à une injonction¹⁰⁰ et la possibilité d'engager sa responsabilité en cas de manquement à ses obligations¹⁰¹. En revanche, les dispositions instituant une amende civile d'un montant maximal de dix millions d'euros ont été jugées inconstitutionnelles. Certains termes employés par le législateur, tels que « mesures de vigilance raisonnable » ou « actions adaptées d'atténuation des risques », étaient trop généraux et donc contraires à l'article 8 de la Déclaration de 1789.

55 - **Le refus de consacrer légalement une responsabilité de la mère du fait de sa filiale.** – L'avant-projet de réforme du droit des obligations remis au Garde des Sceaux en septembre 2005 par le professeur Catala avait, de manière innovante, proposé une responsabilité du fait d'autrui spécifique aux groupes de sociétés. L'article 1360 prévoyait ainsi qu'est « responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son nom propre, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle.

Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires »¹⁰². Cette responsabilité trouvait son fondement non pas dans la faute, mais dans le contrôle exercé sur autrui, rendant celui-ci dépendant. À cet égard, on peut relever que la victime aurait dû établir que le fait dommageable était en lien avec l'exercice de ce contrôle, ce qui n'aurait pas forcément été évident.

À l'inverse, le projet du groupe de travail en vue d'une réforme du droit de la responsabilité civile réunis sous la direction du professeur François Terré préconisait, quant à lui, dans son article 7, alinéa 2 d'instaurer un principe de responsabilité pour faute au sein des groupes de sociétés :

« Une société ne répond du dommage causé par la société qu'elle contrôle ou sur laquelle elle exerce une influence notable que si, par une participation à un organe de cette société, une instruction, une immixtion ou une abstention dans sa gestion, elle a contribué de manière significative à la réalisation du dommage »¹⁰³.

Ces deux propositions ont été vivement critiquées et écartées au motif qu'elles revenaient à remettre en cause le principe d'autonomie¹⁰⁴. Cela peut être regretté car, dans la perspective d'une responsabilité que l'on voudrait accrue de la société mère, la prise en compte du contrôle comme source d'une responsabilité du fait d'autrui aurait grandement facilité la preuve de cette responsabilité, sans qu'il soit besoin de passer par les contours de l'immixtion caractérisée¹⁰⁵. Dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile diffusé par le ministère de la justice le 29 avril 2016¹⁰⁶ pour consultation publique, il n'est plus question d'une telle responsabilité du fait d'autrui. La voie semble aujourd'hui être davantage celle de l'affirmation d'un devoir de vigilance à l'égard des sociétés mères¹⁰⁷.

Trébulle ; *ibid.* p. 2673, point de vue L. Neyret ; *Gaz. Pal.* 24-25 oct. 2012, note B. Parance ; *JCP G* 2012, 1243, note K. Le Couviour.

94. V. Ch. Hannoun, *La responsabilité environnementale des sociétés mères : Environnement 2009, dossier 7, spéc. n° 11* qui souligne, au sujet du délit de pollution et des personnes susceptibles d'en répondre, que : « la responsabilité de la société Total n'a pas été cependant engagée en qualité de société-mère, mais en tant que personne juridique ayant exercé un pouvoir et à ce titre devant en assumer pleinement la responsabilité. Il s'agit d'une responsabilité directe ne nécessitant pas la preuve d'une faute de la société pour engager sa responsabilité. Cette dernière est fondée sur le pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire ».

95. V. not. S. Dupouy, *La responsabilité environnementale des groupes de sociétés par le Grenelle : Dr. sociétés* 2012, étude 16.

96. *Prop. de loi AN n° 1519 et n° 1524, 6 nov. 2013, relatives au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.* – V. aussi : *Prop. de loi AN n° 1777, 11 févr. 2014 et Prop. de loi AN n° 1897, 29 avr. 2014.*

97. V. not. G. Goffaux-Callebaut, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre* : *Rev. int. Compliance* 2015, suppl. *JCP E* 2015, n° 27, 65. – J. Lagoutte, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre ou la rencontre de la RSE et de la responsabilité juridique* : *Resp. civ. et assur.* 2015, étude 11. – C. Malecki, *Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : la France peut-elle faire cavalier seul ?* : *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 171.

98. *Cons. const., déc. 23 mars 2017, n° 2017-750 DC : JO* 28 mars 2017.

99. *C. com., art. L. 225-102-4, II, al. 1^{er}* : « Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter ».

100. *C. com., art. L. 225-102-4, II, al. 2* : « Le président du tribunal, statuant en référé, peut être saisi aux mêmes fins ».

101. *C. com., art. L. 225-102-5, al. 1^{er}* : « Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ».

102. Pour une analyse de ce texte, V. not. B. Fages, *Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères* : *RDC* 2007, p. 115 et s.

103. *Rapp. F. Terré sur la Responsabilité civile – Proposition de textes – art. 7, al. 2.*

104. *Rapp. Information du Sénat n° 558 relatif à la responsabilité civile, 15 juill. 2009, A. Anziani et L. Bêteille, spéc. p. 61 et s.*

105. En ce sens également N. Pelletier, *th. préc., spéc. n° 357.*

106. http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpj1-responsabilite-civile.pdf.

107. *V. supra* n° 54.

56 - **L'admission par la jurisprudence d'une responsabilité délictuelle de la mère.** – Dans une décision remarquable, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu montrer qu'il existait un risque au-delà du co-emploi pour la société mère cherchant à sacrifier une filiale et, avec elle, ses salariés.

Il a ainsi été affirmé que les sociétés d'un groupe, bien que non-employeurs, engagent leur responsabilité délictuelle envers les salariés licenciés de la filiale mise en liquidation judiciaire dès lors qu'elles ont, par leur faute et légèreté blâmable, concouru à la déconfiture de la société employeur et à la disparition des emplois¹⁰⁸.

Dans le même ordre d'idées, une cour d'appel avait pu retenir la responsabilité délictuelle de sociétés britanniques pour avoir mis

en œuvre une stratégie commerciale visant à l'abandon de leur filiale française et ce, dans le but de se réorganiser à moindres frais en s'exonérant des conséquences financières de la faillite prévisible, voire programmée, de la filiale¹⁰⁹.

Dans les deux cas, la faute paraît bien être l'atteinte à l'autonomie patrimoniale de la filiale, c'est-à-dire le fait de ne pas respecter l'existence juridique et autonome de la filiale mais de sacrifier celle-ci dans le seul intérêt de la société mère.

Le risque peut être aisément maîtrisé dans la mesure où la jurisprudence ne sanctionne que les situations les plus extrêmes révélant une absence totale de contrepartie, la mise en état de cessation des paiements de la filiale...

Risques de responsabilité fondés sur l'atteinte à l'autonomie patrimoniale de la filiale

Co-emploi : V. n° 50.

Extension de la procédure collective à la société mère pour confusion de patrimoines (C. com., art. L. 621-2) : V. n° 48 et s.

Partage des engagements fondés sur l'apparence ou l'immixtion : V. n° 49.

Responsabilité pour insuffisance d'actif – La faute de gestion résidera dans l'atteinte à l'autonomie patrimoniale de la filiale, sacrifiée pour les intérêts de la mère par exemple. La société mère peut elle-même engager sa responsabilité en cas de requalification en dirigeant de fait : V. n° 40.

Responsabilité pénale pour abus de biens sociaux

(pour les SARL, C. com., art. L. 241-3, 4° – pour les SA, C. com., art. L. 242-6, 3°) : V. n° 37 et s.).

Responsabilité civile délictuelle (C. civ., art. 1240 et s.).

Responsabilité environnementale (C. com., art. L. 233-5-1. – C. envir., art. L. 512-17) : V. n° 53 et s.

Nicolas BORGA et Eva MOUIAL BASSILANA

3. La responsabilité fondée sur l'existence d'un risque particulier

Pauline ABADIE,
maître de conférences, université Paris Sud/Paris Saclay,
membre de l'Institut Droit Éthique Patrimoine (EA 409)
et **Géraldine GOFFAUX CALLEBAUT**,
professeur, université d'Orléans,
membre du Centre de recherches juridiques Pothier (EA 1212)

57 - **Principe d'autonomie de la personne morale.** – En favorisant la dissociation entre pouvoir et responsabilité, la mondialisation appelle une extension de la responsabilité des acteurs économiques. Or, la reconnaissance des groupes de sociétés est très limitée en droit positif. La jurisprudence est peu encline à admettre la responsabilité de la société mère pour abus de la personnalité morale ou pour direction fautive de la filiale. Ainsi, le principe reste celui de l'autonomie juridique de chaque société du groupe, jouant le rôle de cloisonnement qui lui est assigné, alors qu'une analyse économique du groupe traduit la domination de la société mère sur ses filiales.

58 - **Personnalité juridique et responsabilité.** – Face à cette contradiction, certains auteurs ont proposé d'intégrer l'état de dépendance dans le cadre d'une responsabilité pour faute¹¹⁰. Mais

dans la dernière version du projet de réforme de la responsabilité civile¹¹¹, cette évolution n'apparaît pas. Cette occasion manquée scelle-t-elle le sort de la responsabilité des entreprises pour le fait de leurs auxiliaires et de leurs agents économiquement dépendants ? Il ne semble pas. La voie empruntée n'est simplement pas celle du droit commun de la responsabilité même si elle ne l'exclut pas. En effet, à partir des positions désormais alignées des Chambres sociale et commerciale de la Cour de cassation pour lesquelles tout groupe de sociétés se caractérise par un état de domination économique normal¹¹², pourvu qu'il ne soit pas abusif, il est apparu nécessaire d'organiser le fonctionnement des groupes pour prévenir les dommages causés aux tiers. C'est dans ce contexte qu'intervient la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordres¹¹³. Insérée dans le Code de commerce, mais renvoyant expressément aux articles 1240 et 1241 du Code civil, elle entend réguler certains effets inhérents à l'état de domination en faisant de la gestion préventive de certains risques une problématique de fonctionnement et d'organisation des grands groupes de sociétés.

Responsabilité environnementale et groupes de sociétés, in C. Cans (dir.), La responsabilité environnementale, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 215.

111. Projet de réforme du droit de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017 : http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

112. Depuis le resserrement de la théorie du co-emploi, V. Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-15.208 : *JurisData* n° 2014-014884 ; D. 2014, p. 1502 et 2147, obs. F.-X. Lucas ; *Rev. sociétés* 2014, p. 709, note A. Couret et M.-P. Schramm ; *JCP S* 2014, 1311, note G. Loiseau ; *RDT* 2014, p. 625, note M. Kocher.

113. Sur le projet, V. not. N. Cuzacq, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* : Acte II, scène 1 : D. 2015, p. 1049. – G. Goffaux Callebaut, *La responsabilité des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre* : *Rev. int. Compliance* 2015, comm. 65. – P. Abadie, *Le devoir de vigilance des sociétés mères : responsabilisation actuelle, responsabilités à venir* : *Gaz. Pal.* 2016, hors-série, p. 65.

108. Cass. soc., 8 juill. 2014, n° 13-15.573, *Serrano ès qual. c/ Andrivot* : *JurisData* n° 2014-016033 ; *Bull. Joly Sociétés* 2014, p. 398, note E. Mouial Bassilana.

109. V. par ex. CA Versailles, 31 oct. 2011, n° 10/00578 : *Act. proc. coll.* 2012, comm. 11 ; *LEDEN* déc. 2011, p. 5, obs. I. Parachkévova.

110. V. A. Danis-Fatôme, *La responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales*, in M. Bourrassin et J. Revel (dir.), *Réforme du droit civil et vie des affaires*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 253. – V. aussi B. Rolland,

Fondée sur des risques collectifs, indirects, graves ou immoraux, transfrontières et parfois transgénérationnels, et associant RSE et *compliance* dans une finalité préventive, la loi donne texture à l'évolution du droit de la responsabilité, fondée sur la précaution et tournée vers l'anticipation, que Catherine Thibierge voyait émerger il y a près de 20 ans ¹¹⁴.

59 - Dans ce cadre, il apparaît que la responsabilité de la société mère repose sur l'existence d'un risque particulier. Les évolutions récentes mettent l'accent sur les risques environnementaux, sociaux et de gouvernance, qui trouvent une résonance particulière dans le cadre des groupes internationaux. Au regard des évolutions jurisprudentielles et législatives, la question est de savoir comment doit se faire la gestion de ces risques (A) et quelles responsabilités peuvent découler du manquement aux obligations des sociétés mères lorsque le risque est réalisé et qu'un dommage a été causé (B).

A. - La gestion des risques environnementaux, sociaux et de gouvernance dans les groupes de sociétés

60 - La gestion des risques est devenue, de façon progressive, une obligation pour les sociétés mères. Il s'agit de voir de quels risques il s'agit précisément (1°) et comment sont pris en compte ces risques (2°).

1° La définition matérielle des risques

61 - La responsabilité de la société mère peut reposer sur un risque particulier. Mais de quels risques s'agit-il ? Une première analyse fait apparaître la diversité des risques susceptibles de toucher les groupes de sociétés : risques liés à l'environnement, aux droits sociaux, aux droits de l'homme, à la corruption, ou encore risques financiers, risques d'autorité ou risques d'activité. Une analyse plus approfondie permet de distinguer deux types de risques : les risques à l'égard du groupe et de ses composantes et les risques à l'égard des tiers.

a) Les risques à l'égard du groupe

62 - À l'égard du groupe, et de façon générale, le lien de domination économique entraîne des risques spécifiques liés au risque d'autorité, qui tient directement à ce lien de domination dans certaines hypothèses définies par la loi, soit indirectement du fait de la mise en place défaillante du plan de vigilance. Ce risque peut être un risque lié à la gestion ou un risque juridique.

63 - **Risque financier lié à la gestion.** – Une société mère connaît, comme toutes les sociétés, un risque financier au sens général du terme, passant par un risque de crédit, un risque de marché, un risque de liquidité ou un risque opérationnel ¹¹⁵. De façon plus spécifique, le groupe, en tant que multinationale, connaît un risque de réputation. Ce risque d'image correspond à l'impact que peut avoir une erreur ou une faute de gestion sur l'image de la société ou du groupe. Or, la réputation est un actif stratégique de l'entreprise. Dès lors, la prise en compte de ce risque est essentiel dans le cadre des groupes. Enfin, la structure internationale des groupes multiplie le risque géographique, dit risque pays. Outre les risques de change et les risques souverains, les différents risques financiers et de réputation peuvent être accrus.

64 - **Risque juridique lié au groupe.** – Par ailleurs, la holding peut connaître un risque juridique. Jusqu'ici, ce risque juridique était limité dans la mesure où précisément, la construction du groupe reposait sur l'autonomie des filiales. Par l'effet de l'autonomie juridique de la personne morale, chaque filiale jouait le rôle de fusible évitant la remontée de la responsabilité jusqu'à la tête de groupe. La holding et ses autres filiales étaient ainsi à l'abri des erreurs ou

des fautes de la filiale en cause. Le législateur et la jurisprudence ont fait évoluer ce principe d'étanchéité au sein des groupes. Sans reconnaître un principe de responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales, l'évolution traduit le lien entre pouvoir, nuisance et responsabilité. Ainsi, dans le cadre des procédures collectives, la société mère, spécialement qualifiée de dirigeant de fait, peut être amenée à combler l'insuffisance d'actif si elle a commis une faute de gestion qui a entraîné un passif. Le droit de la concurrence quant à lui prend en compte l'unité du groupe qualifiant celui d'entreprise dans le cadre des sanctions des pratiques anticoncurrentielles. En droit social, le co-emploi peut être un outil de prise en compte de la réalité économique du groupe ¹¹⁶, lorsqu'il y a une triple confusion d'intérêts, d'activité et de direction. Aussi, le législateur et les tribunaux ont fait naître un risque d'autorité qui doit être pris en compte par les groupes.

65 - **Risque d'activité.** – La création d'une obligation d'établir un plan de vigilance et la responsabilité qui en découle le cas échéant tendent à aller au-delà et à créer un risque d'activité pour les sociétés mères dont l'activité est exercée à travers ses filiales et ses sous-traitants. Dans ce cadre, il y a un changement de perspective, déjà amorcé par l'obligation de *reporting* extra-financier, car les risques doivent alors être vus à l'égard des tiers.

b) Les risques à l'égard des tiers

66 - **Reporting.** – Les risques à l'égard des tiers sont fixés dans différents textes liés à l'existence de risques particuliers. Parmi eux, ceux sur le *reporting* extra-financier ¹¹⁷ sont détaillés. En effet, le décret du 24 avril 2012 ¹¹⁸ propose une liste des items pouvant être choisis par les entreprises pour établir cette partie du rapport de gestion. On y retrouve donc les risques classiquement énoncés en matière de responsabilité sociale des entreprises, à savoir des risques sociaux, notamment de santé et de sécurité au travail, des risques environnementaux, notamment en matière de pollution, ainsi que des risques liés aux impacts territoriaux économiques et sociaux de l'activité.

67 - **Devoir de vigilance. Énoncé des risques.** – L'article L. 225-102-4, I, du Code de commerce issu de la loi du 27 mars 2017 précise le type de risques à prendre en compte dans le plan de vigilance. Dans son alinéa 3, il dispose 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 (...) ».

68 - **Devoir de vigilance. Précision des risques.** – La question de la précision des risques a fait l'objet d'une censure du Conseil constitutionnel. Dans sa décision du 23 mars 2017 ¹¹⁹, le Conseil a jugé que la définition des risques par la loi sur le devoir de vigilance était trop large pour pouvoir attacher une amende civile, au regard du principe de légalité des délits et des peines. En effet, dans

114. C. Thibierge, *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité* : RTD civ. 1999, p. 561.

115. V. not. Ch. Collard et Ch. Roquilly, *Les risques juridiques et leur cartographie : proposition de méthodologie* : Rev. sciences gestion 2013, n° 263-264, p. 45.

116. V. notamment Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 14-27.266 à 14-27.946 (*Continental*). – Cass. soc., 6 juill. 2016, n° 15-15.481 à 15-15.545 (3 *Suisse*) : Rev. sociétés 2017, p. 149, note E. Shlumberger. – V. également R. Damman, *Co-emploi : l'heure de la clarification* : D. 2016, p. 2096.

117. V. not. B. François, *Reporting RSE : commentaire du décret n° 2010-557 du 24 avril 2012* : Rev. sociétés 2012, p. 607. – V. aussi C. Malecki, *L'irrésistible montée en puissance de la RSE : les impulsions européennes et françaises de l'année 2013* : Bull. Joly Sociétés 2013, p. 594. – Rapp. de l'AMF sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementales, 5 nov. 2013. – C. Malecki, *Des chiffres et des lettres... de noblesse du reporting non financier* : Bull. Joly Sociétés 2013, p. 780. – B. Petit, « Reporting » RSE : un nouveau coup d'épée dans l'eau... : Environnement et dev. durable 2014, étude 12. – B. Rolland, *Le reporting social, sociétal et environnemental : regards critiques* : Bull. Joly Sociétés 2014, p. 287. – C. Malecki, *Publication de la directive RSE ou comment faire confiance à la gouvernance d'entreprise durable* : Bull. Joly Sociétés 2014, p. 732.

118. D. n° 2012-557, 24 avr. 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale : JO 26 avr. 2012.

119. Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC : JO 28 mars 2017.

son considérant 13, il souligne le caractère large et indéterminé de la mention des « *droits humains* » et des « *libertés fondamentales* ». Toutefois, dans son considérant 22, la décision des Sages note que « si certaines des notions employées par le législateur sont, pour les motifs énoncés plus haut, insuffisamment précises pour permettre de définir un manquement de nature à justifier une sanction ayant le caractère d'une punition, celles-ci ne présentent toutefois pas un caractère inintelligible (...). Dans ces conditions, le législateur n'a pas méconnu l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ». Cette précision suffisante, reconnue par le Conseil constitutionnel, se comprend aisément au regard des textes relatifs à ces droits et libertés reconnus constitutionnels que les codes d'éthique des sociétés cotées reprennent habituellement, tels la Déclaration universelle des droits de l'homme ou le Pacte mondial des Nations Unies ¹²⁰.

69 - **Conclusion intermédiaire.** – De façon générale, les risques évoqués dans le cadre de la loi sur le devoir de vigilance sont des risques indirects, car souvent le fait immédiat de filiales ou partenaires économiques, graves et parfois irréversibles, collectifs ou encore transnationaux. Pour certains, comme les risques environnementaux, ils peuvent également être transgénérationnels. Ces risques relèvent du non-respect non seulement de dispositions à valeur constitutionnelle ou législative, au niveau international et national, mais également d'engagements volontaires généralement affichés sur les sites internet de la société mère, dans les codes d'éthique ou dans le rapport de gestion.

On comprend alors la vigilance particulière dont doit faire preuve la société mère en identifiant et en prévenant les dommages en question.

2° Les méthodes de gestion des risques

70 - Les risques associés aux activités productives qui prennent place dans une économie mondialisée ont conduit à mettre en place des techniques de gestion ayant pour objet d'éviter leur survenance. En France, le choix a été fait de faire reposer ces techniques et procédés sur des normes, initialement souples, mais qui – à la lumière de l'actualité législative – se trouvent aujourd'hui prises dans un mouvement continu de durcissement.

71 - **La gestion des risques ESG et l'évolution de la RSE.** – En 2001, la méthode de gestion des risques sociaux, environnementaux et de gouvernance (ESG) qu'a consacrée la célèbre loi NRE, et dans son sillage la loi Grenelle 2, s'est traduite juridiquement par une obligation de transparence ou de *reporting* à la charge des dirigeants et consistant à faire figurer dans le rapport de gestion, document de référence destiné aux actionnaires, des informations non directement financières. Ainsi, face aux limites du droit du travail, du droit la responsabilité civile ou encore du droit des sociétés, la meilleure information de l'actionnaire, et l'espoir corrélatif placé dans sa responsabilisation, a été perçue comme un moyen politiquement audible permettant de prévenir à moindre coût la réalisation de risques collectifs et sociétaux causés aux tiers. Mais en ce qu'il n'impose rien d'autre que d'informer, le législateur a aussi laissé aux dirigeants la liberté des moyens. Les normes éthiques ont alors pris le relais pour encadrer cette gestion préventive. Les impératifs de concurrence libre et non faussée ont rendu nécessaire la comparaison des performances sociétales, ce qui s'est traduit par le développement de normes techniques et de gestion (normes ISO, AFNOR, labels, codes d'éthiques, etc.) privées ou semi-privées, à la fois de *reporting* et de comportement, et caractéristiques d'un

phénomène plus général de densification normative ¹²¹. L'obligation de *reporting* a ainsi servi de lit au développement de la RSE pour laquelle la France a joué, et joue encore, un rôle pionnier. Mais une RSE « de première génération » qui, sur le plan du contenu, est aujourd'hui en voie de consolidation et qui, intéressant un public plus large que les seuls actionnaires, multiplie les occurrences de friction avec le droit.

72 - **La gestion par l'obligation de reporting.** – Depuis la loi du 15 mai 2001, la formule de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce n'a guère changé. Le rapport de gestion « *comprend des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de ses activités* ». Si la liste d'informations à fournir s'est allongée au gré des réformes législatives, la teneur de l'obligation, elle, est demeurée identique. En pratique, rendre compte d'une « prise en compte » consiste – pour les entreprises – à décrire les mesures et actions adoptées pour lutter contre la pollution, le changement climatique, le gaspillage alimentaire, en faveur de l'égalité homme/femme, pour promouvoir le respect des conventions de l'OIT, etc. Cependant, la finalité informative peut être dévoyée si l'on considère que l'obligation de *reporting* ESG n'impose rien d'autre que d'exposer une politique de prévention, fut-elle vérifiée par un tiers, et donc n'impose pas de décrire le risque lui-même engendré par les activités de l'entreprise. Or, dans l'ignorance de sa nature et de son étendue, les destinataires de l'information ne peuvent être en mesure d'apprécier la qualité des efforts fournis pour prévenir et compenser un risque par hypothèse inconnu d'eux. De fait, que faut-il penser des mesures de préservation de l'héritage naturel décrites par Lafarge dans son rapport 2014 consistant à réserver une partie de la carrière de San Carlos à un musée en plein air ¹²², et ce sans connaître précisément l'impact des activités d'exploration sur la zone volcanique considérée ? Si toute obligation d'information contient implicitement pour le débiteur une obligation de se renseigner, et donc ici pour l'entreprise d'avoir préalablement identifié les risques environnementaux et sociétaux qu'engendrent ses activités, le droit des sociétés n'exige pas que ces impacts soient rendus publics. Cette lacune, qui fausse la comparaison des performances effectives et nourrit les discours des sceptiques sur le *green washing*, a cependant été comblée par le législateur européen avec l'adoption de la directive 2014/95 du 22 octobre 2014 concernant la publication d'informations non financières ¹²³.

Nonobstant l'opposition de l'Association nationale des sociétés par actions qui arguait d'une atteinte au secret des affaires ¹²⁴, les rédacteurs de la directive ont fait le choix d'inscrire, parmi les informations à communiquer, celles relatives aux « *risques liés à ces questions en rapport avec les activités de l'entreprise (...) et qui sont susceptibles d'entraîner des incidences négatives (...), et la manière dont l'entreprise gère ces risques* ». Alors que le droit français n'a pas encore été modifié sur ce point, l'intervention du législateur européen a rendu incontestablement plus ambiguë l'obligation initiale de *reporting* ESG.

Toutefois, l'enrichissement de cette obligation tient également à la référence faite « *aux procédures de diligence raisonnable* » dont l'entreprise doit fournir la description. Alors qu'aucune définition n'est proposée, c'est à la lumière des initiatives récentes et en cours dans le domaine du devoir de vigilance et du concept de « *due diligence* » que se dessinent les contours de cette nouvelle information à divulguer. Mais les procédures de diligence raisonnable ne se réduisent pas uniquement à un item de plus à renseigner. Sous

120. V. not. J.-B. Racine, *Droit économique et droits de l'homme : introduction générale*, in L. Boy, J.-B. Racine et F. Siritani (dir.) : *Droits économiques et droits de l'homme*, Larcier, 2009, p. 7. – P. Deumier, *Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme*, in L. Boy, J.-B. Racine et F. Siritani (dir.) : *Droits économiques et droits de l'homme*, préc., p. 671. – G. Goffaux Callebaut, *Droits de l'homme et droit des affaires*, in M. Mekki et F. Belkani (dir.), *Droits de l'homme : regards croisés franco-qatariens*, Dictus Publishing 2017.

121. C. Thibierge (dir.), *La densification normative* : éd. Mare & Martin, 2014.

122. Lafarge, *Rapport développement durable*, 2014, p. 21 : <http://www.lafarge.com/fr/rapport-developpement-durable>

123. V. N. Cuzacq, *La directive du 22 octobre 2014, nouvel horizon de la transparence extra-financière au sein de l'UE* : *Rev. sociétés* 2015, p. 707.

124. Ansa, *Proposition de directive relative à la publication d'informations extra-financières*, 2014-1, n° 14-002, spéc. 4.

l'action conjuguée de l'OCDE, de l'ONU, de l'UE, et surtout aujourd'hui du Parlement français, elles constituent une nouvelle méthode de gestion des risques ESG, symbole d'une RSE de deuxième génération, en voie de durcissement.

73 - **La gestion par la « due diligence ».** – Sous l'action d'institutions intergouvernementales telles que l'ONU et l'OCDE depuis la fin des années 2000, ou encore de l'Union européenne et du Parlement français suite au drame du Rana Plaza, le concept de « *due diligence* », et ses avatars : diligence raisonnable, devoir de vigilance, audit préalable, obligation de prudence, etc., est en train de s'imposer comme nouvel instrument de gestion des risques d'atteintes aux droits de l'homme, à la santé et à l'environnement causés par l'éclatement de l'organisation productive à l'échelle mondiale¹²⁵. Toute l'ingéniosité d'un tel recours tient à importer un concept à la fois connu en droit international, des investissements notamment, mais surtout en droit des affaires, et à l'appliquer aux problématiques ESG. En tant qu'elle renvoie généralement à un processus visant à introduire une dimension de prudence dans la décision (d'investir, de recueillir des fonds, etc.), la « *due diligence* » se pose comme un rempart pour protéger l'entreprise des éventuels aspects néfastes, notamment sur le plan financier, inhérents à la décision qu'elle prend, et donc un rempart aux actions en responsabilité auxquelles elle s'expose. En matière ESG, la particularité tient au fait que les risques qu'il s'agit de prévenir sont moins ceux causés au groupe que ceux que lui-même engendre pour les tiers¹²⁶, n'étant pas exclu que le second puisse affecter le premier. Économiquement et politiquement consensuel, le concept de « *due diligence* » est aujourd'hui au cœur des principes directeurs de l'OCDE, des lignes directrices de l'ONU ou encore de la norme ISO 26 000, normes de RSE de deuxième génération. Mais alors que jusqu'à présent ce droit souple est paradoxalement apparu le plus à même d'ensermer et contraindre les entreprises évoluant dans un cadre transnational, le nouveau devoir de vigilance à la charge des sociétés mères introduit par la loi du 21 février 2017 marque un durcissement qui devrait accélérer l'humanisation de la mondialisation.

74 - **L'obligation civile de vigilance à la charge des sociétés mères.** – À l'issue d'un éprouvant parcours parlementaire de 2 ans, l'essentiel de la loi adoptée le 21 février 2017 visant à instaurer un devoir de vigilance à la charge des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordres a été validé par le Conseil constitutionnel dans sa décision DC n° 2017-750 du 23 mars 2017. La loi insère dans le Code de commerce deux nouveaux articles. L'article L. 225-102-4 instaure une nouvelle obligation civile de vigilance et énonce les sanctions à son manquement. L'article L. 225-102-5 rappelle que la société débitrice engage sa responsabilité civile dans les conditions du droit commun à raison des manquements à l'obligation prévue à l'article précédent. Au terme du premier alinéa de l'article L. 225-102-4, I, les sociétés débitrices sont « *toute société qui emploie au moins 5 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes et indirectes dont le siège social est situé sur le territoire français, et au moins 10 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes et indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger* ». Comme toujours avec les seuils, la rigidité du critère prête le flanc à la critique. Ici, on mentionnera simplement qu'à rebours de certaines législations étatiques, et notamment américaine en matière d'embargo et ayant conduit à l'affaire BNP largement commentée, le choix d'un plancher de salariés plutôt que d'un chiffre d'affaires conduit à exclure du champ *ratione personae* certaines multinationales de l'habillement comme Zara que les auteurs à l'origine de la loi visaient justement à responsabiliser. Au terme des deuxième et troisième alinéas

de l'article L. 225-102-4-I, l'obligation de vigilance *ratione materiae* consiste en l'établissement et la mise en œuvre d'un plan « *comportant les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle (...), 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* ». Le quatrième alinéa de l'article L. 225-102-4, I indique, en outre, cinq types de mesures de vigilance raisonnable, renvoie pour complément éventuel à un décret en Conseil d'État et prévoit que les parties prenantes pourront être associées à l'élaboration du plan. Ainsi, la nouvelle obligation de vigilance consiste en : 1/ des mesures matérielles de prévention ; 2/ de certains risques et atteintes ; 3/ causés par les activités de la société, ses filiales et partenaires économiques. Concernant d'abord les mesures matérielles de prévention, la loi du 21 février 2017 reprend à son compte celles mises en avant par l'OCDE et l'ONU et confirme l'orientation prise en matière de transparence et de lutte contre la corruption avec la loi du 9 décembre 2016 dite « Sapin II ». Ainsi, le plan de vigilance comporte une cartographie des risques, des procédures d'évaluation régulière, des actions d'atténuation ou de prévention des atteintes graves, un mécanisme d'alerte, ou encore un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité. Avec la nature *box-ticking* du plan, l'obligation de vigilance extrait la RSE du champ de l'éthique pour la faire entrer dans la *compliance*, avec des répercussions attendues sur la gouvernance d'entreprise. Concernant ensuite les risques et atteintes que doivent identifier et prévenir les mesures de vigilance, le législateur a choisi d'élever ces derniers au-dessus d'un certain seuil de gravité, d'où s'évince l'idée de « filet de sécurité » en deçà duquel ceux-ci sont considérés comme inacceptables. Mais surtout, en ce qui concerne leur nature, les risques et atteintes visés renvoient aux droits humains et aux libertés fondamentales, ou encore à la santé et à la sécurité des personnes, ainsi qu'à l'environnement. En creux de la définition de ces risques, se pose celle des normes de référence dont les mesures de vigilance doivent prévenir la violation. Alors que le législateur français n'en fait pas expressément mention, les principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme renvoient, eux, à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux principaux instruments par lesquels elle a été codifiée, à savoir le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, auxquels s'ajoutent les principes concernant les droits fondamentaux dans les huit conventions maîtresses de l'OIT.

Il est intéressant de noter qu'alors que ces textes conventionnels internationaux ont soit une valeur déclarative, soit sont dénués de mécanismes de sanctions permettant de garantir leur respect, c'est aux entreprises, acteurs non étatiques, que les institutions intergouvernementales, et aujourd'hui la France, confient la responsabilité de leur application effective.

Concernant, enfin, les activités à l'origine des risques à prévenir, le législateur français énonce sa propre vision du concept de « *sphère d'influence* » en faisant référence aux sociétés contrôlées au sens du droit comptable, et à la notion de « *relation commerciale établie* », bien connue du droit commercial (V. C. com., art. L. 442-6-I-5°). Si cette dernière formule a pu susciter des critiques tenant soit à la confusion avec la notion de « *d'influence notable* » (V. C. com., art. L. 233-17-2), soit au fait plus pragmatique que dans certains secteurs, comme celui du vêtement particulièrement sensible, les sociétés débitrices entretiennent peu de relations stables, la mention « *lorsque ces activités sont rattachées à cette relation* » introduit une dimension de pertinence, rappelant

125. B. Loeve et M. Soucien, « *Due diligence* » et « *sphère d'influence* » dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises. Enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE : CDE 2010, dossier 16.

126. V. supra.

le principe de matérialité dans le domaine l'information financière, qui permet de circonscrire l'origine du risque, et donc une certaine causalité.

75 - Une obligation sanctionnée, symbole d'un durcissement de la RSE. – Véritable avancée dans le domaine de la responsabilité des entreprises multinationales, presque inévitablement organisées en groupes de sociétés, à raison des risques collectifs, graves ou irréversibles qu'engendrent leurs activités, l'obligation de vigilance raisonnable, et a *contrario* les éléments constitutifs de son manquement, a été jugée insuffisamment claire pour être assortie d'une sanction ayant un caractère punitif. Pour le juge constitutionnel¹²⁷, chacune des trois composantes de l'obligation de vigilance¹²⁸ comportait des éléments d'imprécision conduisant à une méconnaissance du principe de la légalité des délits et des peines. Cependant, la décision du conseil laisse pleinement valides les remèdes d'injonction et d'astreinte prévus par l'article L. 225-102-4, II, alinéas 1 et 2. En vertu de ces dispositions, toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut demander à la juridiction compétente ou au juge des référés d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, à la société débitrice de respecter les obligations prévues au paragraphe précédent.

Le spectre large de l'intérêt à agir, en cohérence avec la nature collective des risques engendrés, fait des citoyens, notamment par le truchement des associations, les premiers créanciers de l'obligation civile de vigilance. La tendance visant à faire de ces derniers de véritables procureurs privés gardiens du respect des lois, et parfois de la morale, se retrouve à tous les niveaux : jurisprudence sur l'intérêt à agir¹²⁹, habilitations législatives (V. not. C. env., art. L. 142-2 et s.), actions de groupes¹³⁰, protection des lanceurs d'alerte¹³¹, etc. Cette forme de « socialisation » du contrôle de l'application du droit, et ici des sociétés, mais d'un droit des sociétés tourné vers l'extérieur, est remarquable. Alors que la crédibilité de l'obligation de reporting comme outil de gestion des risques ESG a longtemps souffert de son absence de réelles sanctions, celles assorties au manquement de l'obligation de vigilance marquent une étape très importante dans l'évolution de la RSE vers le droit dur.

B. - Les responsabilités découlant des manquements à l'obligation de gestion des risques

76 - Alors que les obligations de reporting extra-financier et de vigilance ont fait de la gestion préventive des risques ESG un impératif juridique pour les sociétés mères, les atteintes graves qu'elle vise à prévenir peuvent néanmoins se réaliser. La juridicisation de la gestion des risques produit alors un double effet antinomique sur la responsabilité. D'un côté, en satisfaisant à ses obligations de reporting et en adoptant des mesures raisonnables de vigilance, la société pourra mieux se prémunir contre les recours qui pourraient être intentés contre elle. Preuve de sa bonne foi, sa faute pourrait être plus difficile à rapporter. Mais de l'autre, l'affirmation d'une obligation civile de vigilance étendue aux risques causés par les filiales et partenaires commerciaux, notamment situés à l'étranger, est aussi une reconnaissance du lien entre un pouvoir de décision et les effets parfois lointains, mais proportionnés à ce pouvoir, que la décision produit. Tout dommage devant être réparé, les victimes profiteront de ce nouveau débiteur à qui la loi a expressément attribué des obligations de prévention en la matière. Dans cette pers-

pective, la consécration législative d'un devoir de vigilance à la charge des sociétés mère est bien plus qu'un outil bureaucratique consistant à cocher des cases. Elle est l'expression d'une mutation du principe de la personnalité morale, et donc d'un déplacement des frontières de l'entreprise. De fait, l'obligation juridique de gestion des risques influe sur les responsabilités auxquelles sont exposées les sociétés mères des grands groupes. Oscillant dans leur nature entre classicisme et nouveauté (1°), ces responsabilités commandent une mise en œuvre adaptée aux particularismes de la mondialisation économique (2°).

1° Des responsabilités oscillant entre classicisme et nouveauté

a) L'évolution de la faute

77 - L'influence de l'obligation de gestion préventive sur la faute civile. – La loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères insère un nouvel article L. 225-102-5 dans le Code de commerce au terme duquel : « Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ». Par cette disposition, le législateur rappelle que, comme tout fait personnel, le manquement à l'obligation de vigilance qui cause à autrui un dommage oblige à réparer, mais réparer uniquement ce que l'exécution de l'obligation aurait permis d'éviter.

Or, lorsque la capacité de l'entreprise de modifier les pratiques préjudiciables de la partie qui a causé le dommage, ce que les principes directeurs de l'ONU dénomment « influence » ou « leverage », est faible¹³², on peut s'interroger sur la propension d'un simple plan de vigilance, aussi élaboré soit-il, à éviter les atteintes graves visées par le texte. Dans ce cas, il est peu probable que la société débitrice qui aurait manqué à son obligation de vigilance voie sa responsabilité engagée de ce chef.

Sous réserve de cette précision, l'obligation civile de vigilance exercera nécessairement une influence sur l'appréciation de la faute de la société mère faite par le juge. Cependant, que le législateur soit ou non intervenu, les plans internes de gestion des risques, les engagements volontaires de RSE et plus généralement l'autorégulation pratiquée par les entreprises peuvent, et ont d'ores et déjà été pris en compte par le juge au stade de la caractérisation de la faute. C'est ce qu'il convient d'envisager.

78 - La RSE et l'appréciation individuelle de la faute en présence d'un engagement volontaire. – En dehors de la consécration législative d'une obligation civile de vigilance, les engagements volontaires de RSE pris par une entreprise peuvent exercer une influence sur l'appréciation judiciaire de la faute au sens des articles 1240 et 1241 du Code civil. Cette potentialité s'évince de la jurisprudence Erika, et plus précisément de l'arrêt de la chambre criminelle du 25 septembre 2012¹³³. En l'espèce, c'est en se fondant sur deux documents internes que le juge d'appel, approuvé par le juge de cassation, a caractérisé l'existence d'un contrôle de la société mère, puis une carence dans l'exercice de ce contrôle, constitutif d'une faute de témérité. D'une part, alors que l'infraction retenue canalisait la responsabilité pénale sur « toute personne exerçant un

127. Déc. n° 2017-750, préc.

128. Pour mémoire : 1/ les mesures matérielles de prévention ; 2/ les risques et atteintes ; 3/ causés par les activités de la société, ses filiales et partenaires économiques.

129. V. not., Cass. 3^e civ., 8 juin 2011.

130. V. L. n° 2014-344, 17 mars 2014. – L. n° 2016-41, 26 janv. 2016. – L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016.

131. V. L. n° 2007-316, 16 avr. 2007. – L. n° 2011-2012, 29 déc. 2011. – L. n° 2013-316, 16 avr. 2013. – L. n° 2013-907, 11 oct. 2013. – L. n° 2013-1117 6 déc. 2013. – Ou encore L. n° 2015-912, 24 juill. 2015.

132. V. les exemples et commentaires du principe 19 des principes directeurs des NU sur la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'Homme, in Guide interprétatif, p. 55 et s.

133. Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938 : JurisData n° 2012-021445 ; D. 2012, p. 2711, note P. Delebecque ; ibid. p. 2557, obs. F.-G. Trébulle ; ibid. p. 2673, point de vue L. Neyret ; ibid. p. 2675, chron. V. Ravit et O. Sutterlin ; ibid. p. 2917, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin ; AJ pénal 2012, p. 574, note A. Montas et G. Rousset ; Rev. sociétés 2013, p. 110, note J.-H. Robert ; RSC 2013, p. 363, obs. J.-H. Robert ; ibid. p. 447, chron. M. Massé ; RTD civ. 2013, p. 119, obs. P. Jourdain.

*pouvoir de contrôle ou de direction dans la gestion ou la marche du navire [...] » (V. C. env., art. L. 218-22 (ancien)), le juge a eu recours aux stipulations d'un accord volontaire dénommé « charte-partie » conclu entre la filiale de Total SA, locataire de l'Erika, et la société de location immatriculée au Bahamas, pour caractériser l'existence d'un contrôle de la société mère. Si ce document n'est pas en soi un engagement RSE, il peut aisément y être assimilé. On sait que le cahier des charges, par l'insertion de clauses dédiées, est aujourd'hui un instrument au service de la RSE dans les relations commerciales. Or, la charte-partie commandait l'exercice de certaines diligences stipulées au profit de la société mère : obligation pour la filiale de l'informer en cas d'incidents et plus généralement de tout évènement lié à la cargaison, de permettre l'accès au navire d'inspecteurs qu'elle missionnerait, ainsi qu'à tout document qu'ils estimeraient utiles de consulter. Pour le juge, il ressortait de ce document que Total SA, tiers au contrat mais créancière de nombreuses obligations, exerçait un pouvoir de contrôle au sens de l'incrimination pénale retenue. D'autre part, le juge a eu recours aux règles internes de *vetting* mises en place par la compagnie pétrolière pour caractériser la carence fautive de son contrôle. Instrument de prévention particulièrement répandu dans le transport maritime, le *vetting* renvoie à l'ensemble des règles et procédures d'origine privée et facultative ayant pour objet d'examiner la qualité des navires affrétés, ainsi que leurs managements techniques et commerciaux. Constatant que la société Total SA avait manqué à ses propres règles internes de *vetting*, le juge d'appel, encore une fois approuvé par la Cour, a estimé que la société mère s'était rendue coupable d'une faute au sens de la Convention CLC 69/92. Là encore, les règles de *vetting* ne sont pas à proprement parler de la RSE, mais en tant qu'instrument privé de gestion des risques de pollution maritime, elles font écho aux plans de vigilance de la loi du 27 mars 2017, et plus généralement aux mesures et actions volontairement adoptées par les grandes entreprises dans le cadre des normes ISO 26 000, des principes directeurs de l'OCDE ou encore de l'ONU mettant en œuvre le cadre de référence « protéger, respecter et réparer ». Bien que la jurisprudence Erika ait pu être qualifiée d'audacieuse, inviter le juge à prendre en compte les propres engagements de l'auteur d'un dommage pour caractériser sa faute apparaît parfaitement admissible et devrait connaître d'autres illustrations.*

79 - **La RSE et l'appréciation collective de la faute en l'absence d'engagement volontaire.** – L'hypothèse ici contemplée, à première vue plus théorique, est celle d'une influence générale de la RSE sur l'appréciation de la faute de celui qui a causé ou contribué à causer un dommage, et ce quand bien même il n'aurait pris aucun engagement volontaire de RSE ou n'aurait mis en place aucune procédure de gestion préventive des risques. Que l'élément matériel découle de la violation d'un texte ou de la transgression du devoir général de bonne conduite, la faute ne sera juridiquement qualifiée comme telle que lorsque les juges auront comparé la conduite effective de l'auteur avec celle qu'aurait dû avoir un homme raisonnable, prudent et diligent, classiquement désigné par l'expression « bon père de famille ». Ainsi, même si elle est circonstanciée et individualisée, l'appréciation du juge se fait *in abstracto*, c'est-à-dire par rapport à un modèle abstrait. Or, ce standard du bon père de famille n'est pas statique. Dans le cadre de la responsabilité d'acteurs économiques, et donc transposé à « l'entreprise raisonnablement prudente et diligente », le juge peut être amené à apprécier l'imprudence en cause au regard de nouvelles normes collectives de comportement plus protectrices des intérêts lésés. Par exemple, ne peut-on pas considérer que si une majorité d'entreprises d'un secteur donné a adhéré au Pacte Mondial de l'ONU, le comportement prudent attendu des entreprises de ce secteur a collectivement évolué, même pour celles qui n'ont pris aucun engagement en la matière ? Cette influence diffuse de la RSE sur l'appréciation de la faute est celle retenue en matière de dialogue de gestion (V. C. com., art. L. 225-108), et donc par analogie, par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du

19 décembre 2013¹³⁴. Dans le domaine voisin de la gouvernance d'entreprise, le juge a fait choix d'apprécier l'existence d'une faute commise par les dirigeants à l'encontre d'un actionnaire désireux de poser une question écrite à la lumière de normes collectives de *soft law* plus élevées. À travers une motivation particulièrement explicite, le juge affirme qu'« un nombre croissant d'investisseurs pratiquent « l'engagement » [...] ; qu'une société cotée ne peut ignorer ces pratiques actionnariales qui sont aujourd'hui « normales », c'est-à-dire naturelles aux États-Unis et dans les pays du Nord de l'Europe, même si elles restent discrètes ou ponctuelles en France [...] ». 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 ».

Cette vision audacieuse de l'influence des normes de RSE sur l'appréciation collective de la faute en dehors de tout engagement a précédé la consécration législative du devoir de vigilance qui, dès lors, ne fait que renforcer un mouvement inexorablement enclenché.

Mais à côté de l'impact de la juridicisation de la gestion préventive des risques ESG sur la condition subjective de la faute dans le droit commun de la responsabilité, d'autres types de remèdes émergent. Souvent à la marge du droit, ils incarnent de nouvelles formes de contraintes, sanctions ou incitations emblématiques de l'intégration obligée des risques ESG dans les politiques et stratégies des grands groupes.

b) La sanction du *name and shame*

80 - **Du droit souple au droit dur.** – Le *name and shame* est une pratique issue des pays anglo-saxons, traduite littéralement comme « nommer et couvrir de honte ». Initialement, il s'agit d'une simple pratique visant à « montrer du doigt » ceux qui ne respectent pas les règles. Le mécanisme relève donc *a priori* du droit souple. Mais le législateur français a intégré et adapté ce mécanisme qui se traduit par des possibilités de publication et d'affichage.

81 - **Droit souple.** – Le *name and shame* est d'abord une pratique des médias anglo-saxons. En Angleterre, nombreux sont les exemples de dénonciations qui visent toute sorte de comportements répréhensibles¹³⁵, et notamment ceux des entreprises qui ne respectent pas des règles en matière de droits de l'homme ou de respect de l'environnement. Tel fut le cas lorsque les journalistes ont dénoncé les entreprises dont les étiquettes ont été retrouvées dans les ruines du Rana Plaza. Le phénomène est désormais mondial. Le développement d'internet et des réseaux sociaux a démultiplié les dénonciations et leurs effets. Ainsi, « l'opinion publique [a] fait progressivement son entrée dans la gouvernance d'entreprise »¹³⁶. Il a également donné la possibilité aux associations et aux ONG de pratiquer directement le *name and shame* sans passer par le filtre des médias traditionnels. Ainsi, « Internet permet désormais de punir des individus pour des faits qui ne sont pas sanctionnés par la loi, mais qui sont sous le coup de la honte »¹³⁷. En outre, le gouvernement peut également utiliser cette pratique, comme ce fut le cas lorsque le ministre de l'Économie a stigmatisé, en octobre 2015, le nom des entreprises qui ont tardé le plus à honorer leurs créances ou lorsque la ministre du Travail a, en mars 2017, épinglé deux groupes pratiquant la discrimination à l'embauche. L'Autorité des marchés financiers procède

134. CA Paris, 19 déc. 2013, n° 12/22644, A. c/ SA W. : *JurisData* n° 2013-033645 ; *JCP E* 2014, 1193 ; *Rev. sociétés* 2014, p. 306, note A. Viandier.

135. P. Chêrche, *Houuu, la honte ! Enquête sur la pratique du « name and shame »* : Marianne, 27 févr. 2016.

136. C. Malecki, *Opinion publique et gouvernance d'entreprise : un couple inséparable pour le meilleur et pour le pire* : *Mélanges M. Germain, LexisNexis/LGDJ Lextenso*, 2015, p. 503.

137. S. Tisseron, *La Honte, psychanalyse d'un lien social* : Dunod, 2014.

également de la sorte lorsque les sociétés cotées ne respectent pas les règles de gouvernement d'entreprise¹³⁸.

82 - **Effets du name and shame.** – Cette pratique est relativement efficace dans la mesure où, sans être une sanction à proprement parler, elle participe au respect des règles légales et éthiques. Ainsi, si la RSE peut être le vecteur d'une bonne opinion publique¹³⁹, le non-respect des règles légales ou volontaires peut avoir des effets négatifs. En Grande-Bretagne¹⁴⁰ et aux États-Unis, les exemples sont nombreux de boycott des consommateurs, de réparation des dommages sans condamnation, ou de changement de pratiques. En France, les dénonciations sont généralement moins suivies d'effets¹⁴¹. Dans le cadre des groupes de sociétés, l'effet du *name and shame* est démultiplié, toutes les sociétés du groupe pouvant pâtir du déficit de réputation.

83 - **La sanction des abus.** – La dénonciation ne doit pas pour autant être abusive. Le droit français offre des outils de droit commun permettant de sanctionner ces abus. Les sanctions de l'abus de dénonciation de faits illicites ou non éthiques peuvent passer, en droit civil, par une action en concurrence déloyale fondée sur le dénigrement ou, en droit pénal, par l'infraction de diffamation.

84 - **Les dispositifs de droit dur.** – À côté des mécanismes du droit souple, le droit dur contient des dispositions qui donnent au juge la possibilité de diffuser les décisions de condamnation qu'il prononce. Cette diffusion s'apparente au *name and shame* dans la mesure où il s'agit de faire connaître une décision de condamnation pénale ou civile¹⁴².

85 - **Les dispositifs existant en droit pénal et en droit civil.** – En droit pénal, la peine de publication et d'affichage est une peine complémentaire pouvant être prononcée par le juge lors d'une condamnation pénale. Dans la plupart des cas, cette peine est prononcée à l'encontre de personnes morales. Le juge dispose d'une certaine liberté d'appréciation par application des articles 131-35 et 131-48 du Code pénal, mais il doit veiller à la proportionnalité de la sanction sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En droit civil, la publication judiciaire d'une décision de justice se fait à titre de réparation. Dans ce cadre, « le contenu de la publication est encadré par le principe du dispositif »¹⁴³. Ainsi, le juge doit veiller au respect du principe de réparation intégrale, dont le contrôle est assuré par la Cour de cassation¹⁴⁴.

86 - **Les nouveautés de la loi.** – L'article L. 225-102-5 du Code de commerce issu de la loi du 27 mars 2017 dispose, dans son alinéa 3, que « la juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise ». Dans le cas des groupes concernés par l'obligation de préparer un plan de vigilance, la publication de la décision les condamnant sur le fondement de la responsabilité civile est assurément partie intégrante de la réparation du préjudice subi.

87 - Au regard des particularités de la responsabilité liée au manquement de la société mère dans sa gestion des risques, la mise en œuvre de la responsabilité mérite précision.

2° La mise en œuvre de la responsabilité

88 - La mise en œuvre de la responsabilité soulève des difficultés pratiques compte tenu d'une part de la particularité des dommages concernés, notamment en matière environnementale, et d'autre part de l'extraterritorialité de certains dommages.

a) Les recours en droit interne

89 - **Droit à un recours juridictionnel.** – Lors de la saisine du Conseil constitutionnel dans le cadre de la loi sur le devoir de vigilance, les députés requérants ont soutenu que les dispositions de la loi portaient « atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif en permettant à des tiers d'engager une action en responsabilité sans mandat des victimes »¹⁴⁵. Le Conseil rejette ce grief sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration de 1789 au terme duquel « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » et en déduit que la faculté d'agir en responsabilité prévue par la loi permet de mettre en œuvre cette exigence constitutionnelle. Il conclut en jugeant que « dès lors que le législateur s'est ainsi borné à confirmer l'application des règles générales du droit de la responsabilité, les dispositions contestées ne sauraient permettre à une personne d'introduire une action pour le compte de la victime, qui a seule intérêt à agir »¹⁴⁶.

90 - **Articulation avec l'action de groupe.** – Différents risques ESG, ayant vocation à entraîner des préjudices de masse, peuvent faire l'objet d'une action de groupe. Après l'introduction de l'action de groupe en matière de consommation et de concurrence par la loi du 17 mars 2014, la loi du 26 janvier 2016 a introduit une action similaire en matière de santé et la loi Justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016 a reproduit le même type de dispositif en matière de dommages environnementaux, de discrimination et de données personnelles. Pour ces différentes actions, le législateur a mis en place un socle procédural commun¹⁴⁷ pour permettre l'indemnisation des victimes sur le fondement de la responsabilité du professionnel défendeur. Ainsi, ces actions sont applicables en cas de manquements de la société mère à son devoir de vigilance s'agissant des risques considérés. Dans ces différentes hypothèses, il appartient bien à une association d'engager la responsabilité sans mandat des victimes. Mais la procédure en deux temps permet de corriger cet effet. La procédure prévue pour ces actions se déroule en deux étapes. Dans un premier temps, le juge saisi par une association qualifiée ou un syndicat se prononcera sur la recevabilité de l'action et sur la responsabilité, et il précisera la définition du groupe. Dans un second temps se fera l'indemnisation des victimes qui auront adhéré à l'action.

Le recours en responsabilité à la suite d'un manquement au devoir de vigilance ayant entraîné un dommage de masse en matière de santé, d'environnement, de discrimination ou de données personnelles peut donc s'articuler sans difficulté avec l'action de groupe et rendre ainsi effectif le recours contre la société mère. Dans cette situation, rien n'empêchera non plus un éventuel recours individuel de la victime qui n'aura pas adhéré au groupe, lui assurant là encore l'effectivité de son recours.

b) Les recours en droit international privé

91 - **Difficultés.** – L'effectivité du recours en cas de manquements au devoir de vigilance risque d'être mise à mal dans le cadre des litiges comportant des éléments d'extranéité. À cet égard, il faut noter que, lors de la saisine du Conseil constitutionnel, les sénateurs requérants critiquaient « l'imprécision des dispositions contestées qui définiraient insuffisamment les cas d'engagement de responsabilité du fait d'un dommage survenu à l'étranger et la

138. V. le Rapp. AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées, oct. 2014.

139. C. Malecki, *Opinion publique et gouvernance d'entreprise : un couple inséparable pour le meilleur et pour le pire*, art. préc., p. 505.

140. V. par ex., Starbucks veut optimiser sa réputation en Grande-Bretagne... en payant ses impôts : *La Tribune*, 2013.

141. V. toutefois l'affaire Volkswagen, *La cote de réputation de Volkswagen dégringole en France* : *La Tribune*, 2016.

142. V.-O. Dervieux, « Name and shame » : publication et affichage, l'impossible droit à l'oubli ? : *Gaz. Pal.* 1^{er} mars 2016, p. 29.

143. *Ibidem*.

144. V. not. Cass. crim., 4 juin 1997, n° 96-84.268 : *Bull. crim.* n° 219. – Cass. crim., 11 avr. 2012, n° 11-83.007, FS-P+B : *JurisData* n° 2012-007036 ; *Resp. civ. et assur.* 2012, comm. 192.

145. *Déc.* n° 2017-750, préc., cons. 25.

146. *Ibidem*, considérant 28.

147. V. not. S. Amrani-Mekki, *Le socle commun procédural de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016* : *JCP G* 2016, 1340.

notion de « personne justifiant d'un intérêt à agir »¹⁴⁸. Si le rejet par les Sages de ce grief n'appelle pas de commentaire particulier, il reste que la mise en œuvre de la responsabilité de la société mère se pose de façon évidente dans la mesure où l'objectif de la loi est clairement de prendre en compte les dommages intervenus en dehors du territoire national, les travaux parlementaires comprenant de nombreuses références au drame du Rana Plaza. Un auteur a souligné les difficultés de mise en œuvre de cette action en responsabilité, considérant « qu'il est loin d'être sûr que ces actions en responsabilité délictuelle, comportant un élément d'extranéité évident, relèvent de la loi française »¹⁴⁹.

Pauline ABADIE et Géraldine GOFFAUX CALLEBAUT

4. Les aspects « transfrontière » de la responsabilité dans les groupes

A. - La dimension extraterritoriale de la responsabilité du groupe

Yann QUEINNEC,
directeur général d'*Affectio mutandi*,
et Valérie PIRONON,
professeur à l'université de Nantes (IRD)

92 - Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres¹⁵⁰, loi « Sapin II » relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique¹⁵¹ ou encore loi d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale¹⁵² : autant de lois récemment adoptées en France en vue de responsabiliser les groupes multinationaux. Figure aussi dans cet environnement normatif la Directive Barnier en cours de transposition¹⁵³ ainsi que le règlement en voie d'adoption sur l'approvisionnement en minerais de sang¹⁵⁴.

93 - Jusque-là plutôt associée à des initiatives volontaires reposant sur des normes de droit souple telles que les Principes directeurs de l'OCDE ou de l'ONU, la responsabilité sociétale des entreprises s'inscrit progressivement dans le droit dur et connaît un phénomène de judiciarisation¹⁵⁵. Si la loi du 7 juillet 2014 se contente d'encourager les entreprises à mettre en place des procédures tournées vers l'évaluation et la maîtrise des risques environnementaux, sociétaux et de gouvernance impliqués par l'activité de l'ensemble des sociétés du groupe à l'échelle mondiale (risques ESG)¹⁵⁶, les autres textes cités imposent aux sociétés mères de véritables obligations concernant les activités du groupe hors de France

et alimentent ainsi la dimension extraterritoriale de la responsabilité du groupe.

94 - Encore faut-il s'entendre sur les termes du sujet. Le groupe, tout d'abord, sera envisagé ici dans sa forme la plus simple comme un ensemble de sociétés sous le contrôle exclusif direct ou indirect d'une société mère¹⁵⁷. La responsabilité, ensuite, sera entendue comme l'obligation d'identifier et de répondre des risques créés et des dommages causés par l'activité du groupe¹⁵⁸. La dimension extraterritoriale, enfin, doit être circonscrite. Dans une acception large, l'extraterritorialité caractérise, en effet, des « réglementations nationales (qui) entendent appréhender des situations qui ne se rattachent pas exclusivement aux États qui les édictent »¹⁵⁹. Dans une acception plus stricte, elle suppose que « tous les éléments » de la situation « se trouvent localisés hors du territoire de l'État qui entend réglementer cette situation »¹⁶⁰. C'est cette hypothèse, rare en pratique, qui présente la plus grande originalité au plan juridique. Dans le cas des groupes, elle renvoie à la responsabilité des sociétés mères – également donneuses d'ordres – pour les activités à l'étranger de leurs filiales étrangères et des sous-traitants étrangers de l'ensemble des sociétés du groupe.

95 - Rien ne s'oppose *a priori* en droit à ce qu'un État adopte des normes ou des décisions de portée extraterritoriale. Du moins est-il admis de longue date en droit international public que les États disposent d'une compétence normative générale (*jurisdiction to prescribe*) ; seule leur compétence d'exécution (*jurisdiction to enforce*) est territoriale¹⁶¹. En l'absence de convention internationale, chaque État détermine ainsi librement le champ d'application de ses lois sous réserve, dans l'Union européenne, que la portée extraterritoriale conférée à une norme ne crée pas d'entrave injustifiée au commerce intra-européen (*lato sensu*).

96 - Le droit des États-Unis est ainsi réputé pour l'application extraterritoriale du droit *antitrust*, du droit boursier¹⁶² ou encore des lois d'embargo¹⁶³. N'hésitant pas à lever le voile social qui sépare les sociétés du groupe, il leur impose à l'occasion, même lorsqu'elles sont implantées à l'étranger, d'agir (par des mesures de contrôle interne) ou de s'abstenir d'agir (sur les marchés étrangers) dans un sens contraire aux intérêts ou aux valeurs défendues par la fédération. Encore faut-il, pour que le juge américain se reconnaisse compétent pour connaître d'une action privée, que la situation présente – en fait ou par ses effets – un lien suffisant avec les États-Unis. Les médiatiques affaires *Morrison* et *Kiobel* en témoignent¹⁶⁴.

148. Déc. n° 2017-750, préc., cons. 25.

149. O. Boskovic, *Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé* : D. 2016, p. 385. – V. également sur ce sujet l'intervention de M. Behar-Touchais lors du colloque *De l'inaction à l'action de groupe* : *Maison du Barreau, Paris*, 27 janv. 2017.

150. L. n° 2017-399, 27 mars 2017 : JO 28 mars 2017.

151. L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 : JO 10 déc. 2016.

152. L. n° 2014-773, 7 juill. 2014 : JO 8 juill. 2014.

153. Qui établit pour les entreprises de plus de 500 salariés une obligation générale de transparence sur les risques ESG étendue aux filiales et relations d'affaires à l'étranger. *PE et Cons. UE, dir. 2014/95/UE*, 22 oct. 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 : *JOUE* n° L 330, 15 nov. 2014. – V. M.-P. Blin-Franchomme et Y. Queinnec, *Reporting extra-financier et gouvernance des sociétés : regard sur un outil au service d'un devoir de vigilance effectif* : *RLDA* juill. 2016/117, n° 5954.

154. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil instaurant un mécanisme européen d'autocertification, dans le cadre du devoir de diligence relatif aux chaînes d'approvisionnement, pour les importateurs responsables d'étain, de tantalum, de tungstène, de leurs minerais et d'or originaires de zones de conflit ou à haut risque (COM 2014/0111 FINAL) adoptée par le Parlement européen dans sa résolution du 17 mars 2017.

155. Sur les mutations normatives de la RSE, V. K. Martin-Chenut et R. de Quenaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale* : *Pedone* 2016.

156. L. n° 2014-773, préc., art. 8.

157. En l'absence d'harmonisation, la notion de contrôle est dépendante des conceptions nationales. En droit français, V. C. com., art. L. 233-16.

158. Pour une vue d'ensemble, V. A. Supiot, M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux* : PUF, 2015. – V. aussi l'étude de l'association Sherpa intitulée « La vigilance sociétale en droit français », 2017.

159. B. Audit, *Rapport de synthèse in Les enjeux de l'extraterritorialité en droit financier* : *RD bancaire et fin.* 2015, dossier 49. – L. d'Avout, *L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires* : *JCP G* 2015, doctr. 1112.

160. C. Kessedjian, *Droit du commerce international* : PUF, *Themis*, 2013, n° 184 p. 96.

161. *CPJI*, 7 sept. 1927, aff. n° 9 : *Rec. Série A* 1927, n° 10, p. 18.

162. H. Synvet, *Les enjeux de l'extraterritorialité en droit financier : introduction* : *RD bancaire et fin.* 2015, dossier 49.

163. V. à propos de l'application de l'embargo avec l'Iran à la filiale française d'une société américaine, *CA Paris* 25 févr. 2015, n° 12/23757 : *D.* 11 juin 2015, note M. Winckler et A. Lacombe, refusant de donner effet à la loi de police américaine sur le fondement de l'article 9, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I » : *JOCE* n° L 177, 4 juill. 2008.

164. Cour suprême des États-Unis, 17 avril 2013, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. – H. Muir Watt, *Les enjeux de l'affaire Kiobel : le chaînon manquant dans la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises multinationales en droit international public et privé* : *TCFDIP* 2010-2012, p. 233. – Cour suprême des États-Unis, 24 juin 2010, *Morrison v. National Australia Bank*. – E. Gaillard, *États-Unis : coup d'arrêt aux class actions extra-territoriales. À propos de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis du 24 juin 2010* : *JCP G* 2010, 743. – Sur l'ensemble de la question, V. V. Curran, *La jurisprudence récente de la Cour suprême des États-Unis sur l'extraterritorialité et d'autres questions d'importance internationale* : *D.* 2014, p. 2473. – Comp. les poursuites contre la BNP pour violation des mesures d'embargo adoptées aux États-Unis à l'encontre

97 - Qu'en est-il du droit français ? Les lois récemment adoptées en France imputent aux sociétés mères des obligations de *reporting* et de vigilance étendues aux activités à l'étranger de l'ensemble de leurs filiales et sous-traitants. Elles dépassent ainsi trois frontières ou trois « totems » qui ne sont plus pour autant des « tabous » juridiques aujourd'hui : frontière de la personnalité morale, frontière de la responsabilité civile et frontière de l'intervention normative de l'État. Cela nous incite à revenir sur la question du débiteur de ces obligations au sein du groupe, de leur objet original et, sous forme d'ouverture, des fondements de leur application extraterritoriale.

1° Qui est responsable ? (le débiteur de l'obligation)

98 - Faute de personnalité juridique, le groupe n'est lui-même débiteur d'aucune obligation. En principe, la personnalité juridique distincte de chaque société du groupe commande que chacune ne soit responsable que de son propre fait. C'est pourquoi la filialisation est parfois conçue comme un instrument de dilution de la responsabilité par interposition de filiales qui sont seules responsables envers les tiers¹⁶⁵, qu'ils soient partenaires de l'entreprise (actionnaires minoritaires, salariés, clients et fournisseurs) ou tiers victimes des conséquences dommageables de son activité (concurrents, consommateurs, citoyens, sans compter les dommages aux générations futures et... à l'environnement lui-même).

99 - Des exceptions permettant d'imputer à la société mère le passif de la filiale sont certes admises aujourd'hui dans différentes branches du droit économique¹⁶⁶. Jusqu'à présent, elles se résument à la possibilité d'imputer à la société mère étrangère les conséquences dommageables de l'activité de sa filiale en France. Avec les nouvelles lois adoptées en France, il s'agit d'imputer à la société mère française les risques créés par l'activité de l'ensemble des sociétés du groupe à l'échelle mondiale.

a) Activités en France

100 - L'imputation à une société mère étrangère du dommage causé en France par sa filiale de droit français est aujourd'hui admise dans au moins deux branches du droit : le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit de l'environnement.

101 - En droit des pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de puissance économique), il est en effet constant que l'auteur de l'infraction n'est pas la société mais l'entreprise¹⁶⁷. Conçue comme une unité économique autonome, l'entreprise détermine librement sa stratégie sur le marché. Dans le cas où la société mère confisque aux filiales la détermination de leur stratégie, elle forme avec elles une seule et même entreprise, ce qui permet de lui imputer – sans recourir à une responsabilité pour autrui – leurs agissements anticoncurrentiels. L'unité d'entreprise doit en principe être prouvée. Elle est toutefois présumée lorsque la filiale est détenue à 100 %¹⁶⁸. Jusque-là mise en œuvre par les autorités de concurrence, cette théorie de l'unité de l'entreprise a également vocation à s'appliquer devant les juridictions civiles. La directive relative aux actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles de concurrence – qui vient d'être transposée en France¹⁶⁹ – est en ce

sens¹⁷⁰. Pour l'application du droit français, peu importe le lieu d'établissement de la société mère ; il importe en revanche que le marché français soit affecté.

102 - En droit de l'environnement, le législateur français a marqué sa volonté de promouvoir l'introduction d'un véritable cas de responsabilité pour autrui au niveau européen voire international en cas d'atteinte grave à l'environnement¹⁷¹. Dans le même temps la loi dite « Grenelle II »¹⁷² a introduit dans le Code de l'environnement un article L. 512-17 aux termes duquel la remise en état des sites pollués par l'activité de la filiale en liquidation peut être imputée à sa société mère à la demande du liquidateur, du ministère public ou du représentant de l'État dans le département s'il est établi que la société mère a commis une faute caractérisée qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale. Les modalités d'application dans l'espace de ce texte restent très largement à explorer. À sa lecture, il ne devrait s'appliquer que si la procédure de liquidation est ouverte en France¹⁷³. Si tel est le cas, l'application de l'article L. 512-17 à sa société mère étrangère nous paraît parfaitement envisageable, dès lors que le site pollué est situé en France. En revanche, la remise en état des sites étrangers pollués ne paraît pas comprise dans le champ de ce texte. En d'autres termes, il faut là encore que l'atteinte à l'environnement français soit établie.

b) Activités à l'étranger

103 - Les lois récemment adoptées en France pour obliger les groupes multinationaux à maîtriser les risques ESG¹⁷⁴ ont vocation à responsabiliser les sociétés mères en ce qui concerne l'activité de leurs filiales à l'étranger. Elles ont en cela une dimension extraterritoriale bien plus marquée que les exemples précédemment empruntés au droit de l'environnement ou au droit de la concurrence. En effet, l'une et l'autre de ces lois s'appliquent à des faits commis en territoire étranger, qu'il s'agisse « de corruption ou de trafic d'influence »¹⁷⁵ ou d'« atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »¹⁷⁶. Si la loi dite « Sapin II » s'applique clairement aux sociétés de droit français et à leurs filiales étrangères, le champ d'application personnel de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre suscite au moins deux séries de difficultés¹⁷⁷.

du Soudan, de l'Iran et de Cuba qui ont fait l'objet de transactions appelées deals de justice insusceptibles de recours devant la Cour suprême, Y. Quintin, *Aux frontières du droit : les embargos américains et l'affaire BNP Paribas : RD bancaire et fin.* 2014, étude 21. – M. Audit, R. Bismuth, A. Mignon-Colombet, *Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ?* : JCP G 2015, 37.

165. On a dit que la personnalité morale faisait « office de pare-feu en cas d'accident » : A. Supiot, *La gouvernance par les nombres* : Fayard, 2015, p. 390.

166. Pour un panorama de ces exceptions, V. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés* : LexisNexis 2016, 29^e éd., n° 1906 et s. p. 804.

167. Sur l'ensemble de la question, V. L. Arcelin, *L'entreprise en droit de la concurrence* : LexisNexis/Litec, 2003.

168. V. en premier lieu CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08, Akzo Nobel.

169. Ord. n° 2017-303 et D. n° 2017-305, 9 mars 2017 relatifs aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

170. PE et Cons. UE, dir. 2014/104/UE, 26 nov. 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne : JOUE n° L 349, 5 déc. 2014.

171. V. L. n° 2009-967, 3 août 2009 relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, art. 53 (avant dernier alinéa) : JO 5 août 2009.

172. L. n° 2010-788, 12 juill. 2010 portant engagement national pour l'environnement : JO 13 juill. 2010.

173. Sous l'empire des règlements applicables aux procédures d'insolvabilité, l'ouverture d'une procédure principale en France suppose que le débiteur (la filiale) y ait le centre de ses intérêts principaux présumé correspondre à son siège. Le débiteur (la filiale) dont le centre des intérêts principaux est situé dans un autre État membre pourra encore faire l'objet d'une procédure secondaire en France s'il y dispose d'un établissement dont l'activité a causé précisément la pollution du site litigieux. V. Cons. UE, régl. (CE) n° 1346/2000, 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : JOUE n° L160, 30 juin 2000, remplacé à compter du 26 juin 2017 par PE et Cons. UE, régl. (UE) n° 2015/848, 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité : JOUE n° L 141, 5 juin 2015.

174. Préc. notes n° 1 et 2.

175. Loi « Sapin II » préc., art. 17, I.

176. Art. 1^{er} de la loi relative au devoir de vigilance préc., codifié à l'article L. 225-102-4-I du Code de commerce.

177. Pour un échantillon représentatif des études publiées en cours de travail parlementaires sur l'ensemble des difficultés d'interprétation de ce texte, V. Y. Queinnee, S. Brabant, *De l'art et du devoir d'être vigilant* : RLDA déc. 2013/88, n° 4881. – Ch. Hannoun, *Propositions pour un devoir de vigilance des sociétés mères*, Mél. en l'honneur du professeur Michel Germain, préc., p. 381. – N. Cuzacq, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et des donneuses d'ordre*, in. *La RSE saisie par le droit*, préc., p. 453. – P. Mougeolle, *Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre* : La revue des droits de l'Homme, Actualités Droits-libertés (<http://revdh.revues.org/2970>).

104 - La première concerne le point de savoir si la mise en place du plan de vigilance est imposée uniquement dans le cas où la société mère – ou holding intermédiaire – ou la société donneuse d'ordres a son siège en France ou bien si elle concerne également les têtes de groupe établies à l'étranger. À première vue, c'est la première branche de l'alternative qui paraît l'emporter. La décision du Conseil constitutionnel, à qui la question n'était certes pas posée, est clairement en ce sens¹⁷⁸. Cette interprétation peut prendre appui sur un argument *a rubrica* (insertion de ce texte parmi les dispositions du Code de commerce imposant aux sociétés par actions de droit français l'établissement de documents d'information sur la gestion, la rémunération des dirigeants et les activités à risque). Les débats parlementaires sont plus ambigus : d'un côté, les opposants à la loi ont déploré l'atteinte à la compétitivité des entreprises françaises et la moindre attractivité de la France pour l'établissement de sociétés têtes de groupe ; de l'autre, ses partisans ont relativisé ces inconvénients en appelant les juges français – dont la compétence à l'égard d'une société mère étrangère resterait à établir¹⁷⁹ – à conférer à la loi un très large champ d'application extraterritorial¹⁸⁰ susceptible de viser les sociétés étrangères de plus de 10 000 salariés présentes en France.

105 - La seconde difficulté est relative au périmètre de la vigilance, non pas du point de vue substantiel mais du point de vue géographique¹⁸¹. Plus précisément, la question a été posée de savoir si le plan de vigilance était imposé dans les rapports avec les filiales et sous-traitants étrangers¹⁸². La loi ne le dit pas expressément. Pour autant elle embrasse dans le périmètre de vigilance de la société assujettie les activités de l'ensemble des sociétés qu'elle contrôle et des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie, sans exclure ceux qui seraient établis à l'étranger. Par ailleurs, l'exposé des motifs de cette loi, proposée dans le sillage du drame du Rana Plaza¹⁸³ pour lutter contre la désresponsabilisation le long des chaînes de valeur mondiales, est clairement en ce sens. Dans sa décision¹⁸⁴, le Conseil constitutionnel n'a émis aucune réserve d'interprétation à cet égard. Dans les rapports intra-européens, pourrait-on y voir une entrave à la réalisation du marché intérieur ? La question mérite d'être soulevée mais elle ne saurait être tranchée ici. Tout au plus relèvera-t-on l'adoption récente d'un devoir de vigilance au niveau européen, à travers le règlement sur l'approvisionnement en minerais de sang¹⁸⁵.

- Pour une étude postérieure à la publication de la loi, S. Schiller, *Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre* : JCP E 2017, 1193.

178. *Cons. const.*, déc. n° 750 DC, 23 mars 2017, pt 3 : « Sont soumises à l'obligation d'établir un plan de vigilance les sociétés qui ont leur siège social en France ».

179. Si le défendeur est domicilié à l'étranger où le dommage a été causé, la compétence du juge français sera difficile à établir. Sur les difficultés liées à la compétence juridictionnelle, V. *infra* n° 119.

180. V. en particulier l'intervention du député LR Lellouche (<http://www.assemblee-nationale.fr/14/cri/2016-2017/20170121.asp#P978374>).

181. Sur la définition des liens entre la société mère et ses filiales, l'entreprise donneuse d'ordres et ses sous-traitants et fournisseurs, V. G. Jazottes, S. Mac Cionnaith, S. Sabathier, *Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de soft-law et de hard-law* : RLDA mars 2017, n° 6168. – À noter que dans les rapports entre une société mère et sa filiale étrangère, l'application de la conception française du contrôle est nécessairement extraterritoriale.

182. P. Mougeolle, *article préc.*, n° 24.

183. Retracer en ces termes par l'auteur de la proposition : « Le 24 avril 2013, un immeuble qui abritait plusieurs usines textiles s'est effondré au Bangladesh : 1 138 personnes ont trouvé la mort. Des milliers d'autres se retrouvent handicapées à vie et incapables de travailler à nouveau. Dans les décombres ont été retrouvées des étiquettes de grandes marques de vêtements européennes et françaises pour lesquelles travaillaient ces sous-traitants bangladais. Les donneurs d'ordre ont parfois nié leurs relations avec ces sous-traitants, preuve qu'ils ne contrôlaient pas pleinement leur chaîne de production ».

184. *Préc.*

185. *Proposition de règlement préc.*

2° De quoi ? (l'objet de l'obligation)

106 - Qu'il s'agisse du devoir de vigilance raisonnable consacré par la décision n° 2017-750 du 23 mars 2017 du Conseil constitutionnel ou de l'obligation d'informations non financières issue de la directive Barnier en cours de transposition¹⁸⁶, ces deux dispositifs ont en commun trois caractéristiques fondamentales. Ils s'intègrent dans le rapport annuel de gestion, leur mise en œuvre nécessite de recourir aux recommandations émises par les principales normes de droit souple sur la RSE et leur périmètre d'application s'étend non seulement aux sociétés contrôlées mais aussi aux relations fournisseurs. Les entreprises assujetties doivent rendre compte des démarches entreprises en vue d'identifier les risques mais aussi de les traiter afin d'en prévenir la survenance ou d'en atténuer les effets.

107 - En cas de manquement, les risques juridiques potentiels relèvent autant des fondamentaux du droit des sociétés¹⁸⁷, que de la tendance lourde ces dernières années à durcir les conséquences du non-respect d'engagements volontaires.¹⁸⁸ Le prononcé d'une amende civile initialement prévu par la loi ayant été déclaré inconstitutionnel, l'entreprise engage sa responsabilité civile et sa réputation¹⁸⁹. La mise en œuvre du dispositif repose sur le tryptique : mise en demeure, injonction, publication de la décision.

Mise en demeure/Injonction/Publication : qui a intérêt à agir ?

Le nombre grandissant de parties prenantes attentives aux performances ESG des entreprises augure d'une montée en puissance des interpellations citoyennes. La loi sur le devoir de vigilance leur offre en effet une nouvelle piste d'interpellation à travers la mise en demeure et l'injonction du juge. Encore faut-il qu'elles justifient d'un intérêt direct et légitime. C'est assurément le cas des syndicats et ONG, de même que toute personne située dans la chaîne de valeur et « impactée » par l'activité d'un sous-traitant. On peut également envisager d'autres hypothèses telles que celle d'un gestionnaire d'actifs pris en défaut de conseil si l'émetteur dont il recommande les titres ne respecte pas ses procédures internes de vigilance, alors que ledit gestionnaire en avait fait un élément d'arbitrage favorable compte tenu des engagements exprimés par la société émettrice.

a) Obligation d'identifier les risques

108 - La complexité des chaînes d'approvisionnement amène les entreprises donneuses d'ordre à opérer dans des pays à gouvernance perfectible dont l'État de droit est très éloigné des objectifs poursuivis par le devoir de vigilance.

Chaînes d'approvisionnement et pays à gouvernance perfectible...

Si en aucun cas l'exercice de la vigilance n'exige des entreprises qu'elles suppléent les carences de l'État, il les enjoint à intégrer les sujets ESG dans les relations commerciales et à exercer leur influence. L'*Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh* qui a vu le jour suite au drame du Rana Plaza est une illustration emblématique de l'exercice de cette influence. Près de 200 marques de textiles ont signé cet accord multi parties prenantes inédit réunissant Fédération des industriels du textile bangladais, syndicats, ministère du travail et ONG, le tout sous l'égide de l'OIT.

186. *Préc.*

187. V. not. Y. Queinnec et A. Constantin, *Devoir de vigilance – Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne* : RLDA mai 2015/104, n° 5586.

188. À l'instar de l'article L. 121-4 du Code de la consommation.

189. V. Tableau des sanctions. – adde P.-S. Guedj et F. Nzegang, *Les risques de communication liés aux normes et engagements internes pris par l'entreprise : l'exemple de la RSE, entre éthique et business*, in Hugues, Bouthinon, Dumas, *Communication juridique et judiciaire* : éd. Larcier 2015, coll. *Droit, management et stratégies*.

Même si chaque situation est unique, se dessinent plusieurs fondamentaux d'une phase d'identification des risques qui conditionneront la crédibilité de leur cartographie et l'effectivité d'un plan de vigilance raisonnable.

109 - **Quels risques ?** - Le périmètre substantiel de la loi sur le devoir de vigilance vise les risques « *d'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* ». Le périmètre structurel quant à lui s'étend bien au-delà des activités des filiales ou sociétés contrôlées et vise l'entreprise en sa qualité de donneuse d'ordres :

- **risque pour qui ?** : il convient de considérer les risques pour l'ensemble des victimes potentielles des incidences (l'environnement, les travailleurs, les riverains, les communautés locales, les consommateurs...) et pas seulement les risques économiques (juridiques, réputationnels ou financiers) de l'entreprise ;

- **gravité des risques** : l'attention doit se porter sur les risques les plus graves, le degré de gravité pouvant se définir selon l'ampleur (quelle est la gravité de l'incidence ?), la portée (combien de personnes sont concernées ?) et le caractère irrémédiable (les personnes concernées peuvent-elles retrouver la situation avant l'incidence ?) ¹⁹⁰ ;

- **traçabilité et causalité** : bien connaître sa chaîne d'approvisionnement permet de définir dans quelles circonstances l'activité d'une entreprise donneuse d'ordre peut augmenter significativement les risques ;

- **mesurer son influence** : analyser l'influence de l'entreprise à l'égard des acteurs en prise directe avec les impacts pour calibrer les réponses - l'influence réelle se situant au croisement de l'influence admise par l'entreprise et l'influence perçue par ses parties prenantes ¹⁹¹ ;

- **hiérarchiser les priorités** : les enseignements de cette analyse des risques devront être partagés avec des parties prenantes clés afin de hiérarchiser les priorités de vigilance et les mesures de prévention ou d'atténuation adaptées ¹⁹² ;

- **identifier les risques, une quasi obligation de résultats** : l'hypothèse d'une *cartographie manifestement insuffisante des risques* est explicitement évoquée comme hypothèse de *défaut de vigilance* dans les observations remises par le gouvernement au Conseil constitutionnel.

110 - Ainsi une entreprise ne s'exposerait-elle pas à un défaut de vigilance si elle ignorait des risques au prétexte de l'absence de relation contractuelle directe avec un acteur de la chaîne d'approvisionnement ? ¹⁹³ C'est toute la difficulté de mise en œuvre de la

notion de relation commerciale établie, notion à géométrie variable intégrée dans la loi pour circonscrire le périmètre de vigilance. L'entreprise va devoir composer avec une phase d'identification des risques qui relève quasiment d'une obligation de résultats. ¹⁹⁴

La relation commerciale établie, notion à manier avec précaution

Si le recours à cette notion familière dans notre droit peut rassurer (*C. com.*, art. L. 420-2 et L. 442-6), elle doit, pour remplir pleinement ce rôle, s'adapter à la fois aux objectifs qui ont guidé la création du devoir de vigilance raisonnable et aux exigences issues de la directive Barnier ¹⁹⁵. D'une part, la loi française entend éviter un nouveau drame du Rana Plaza (immeuble qui abritait des ateliers textiles pour la plus grande part sans relation directe avec les donneurs d'ordre) et d'autre part la directive Barnier enjoint les entreprises, dès 500 salariés, à informer sur « *les principaux risques liés à ces questions en rapport avec les activités de l'entreprise, y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les relations d'affaires* » (*directive Barnier, art. 19 bis, b*).

Ainsi, il ne peut qu'être recommandé de ne pas se limiter à une interprétation stricte de la notion de relation commerciale établie. Ce serait prendre le risque d'exclure des situations ne réunissant pas les caractéristiques de « *régularité, caractère significatif et stabilité* » rappelées par le Gouvernement dans ses observations transmises au Conseil constitutionnel, dont la prise en compte pourrait pourtant s'avérer « *pertinente et proportionnée* » en application de la directive européenne ou des normes de *soft law* telles que les principes directeurs de l'OCDE ¹⁹⁶ ou recommandations de l'OIT.

Si la détermination du périmètre de vigilance attendu dans la chaîne d'approvisionnement s'avère un exercice délicat, il convient d'insister ici sur le caractère **raisonnable** du devoir de vigilance qui induit une nécessaire priorisation des enjeux. Précisons que si la directive Barnier prévoit explicitement le principe du *comply or explain* ¹⁹⁷ tel n'est pas le cas de la loi sur le devoir de vigilance qui invite pour sa part à opérer une priorisation selon la gravité des risques potentiels ou avérés. C'est ici qu'apparaît une des singularités de ces nouvelles exigences de vigilance ESG, particulièrement dans le champ des droits humains. La gravité des impacts sur les tiers est, en effet, susceptible de primer sur la gravité de l'impact pour l'entreprise.

111 - Ces contorsions avec l'intérêt social de l'entreprise nécessitent une ingénierie normative et sociétale fine et expliquent le rôle attribué à la concertation des parties prenantes dans l'exercice du devoir de vigilance. ¹⁹⁸ Prônée autant par la loi française, la directive Barnier que tous les outils de *soft law*, la concertation est, en effet, autant un moyen d'atteindre l'acceptabilité sociale de l'impératif de vigilance en intégrant les parties prenantes pertinentes dans le processus de sélection des enjeux prioritaires, que d'en consolider le caractère raisonnable. Elle doit amener l'entreprise

190. Ce test de gravité établi dans le champ des droits de l'homme peut être dupliqué sur les autres enjeux visés par la proposition de loi française et la directive Barnier. V. not. *the corporate Responsibility to respect human rights - An interpretative guide*, 2012, p. 8 - http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf

191. Plateforme RSE, Avis sur le Plan d'action d'application des Principes directeurs des Nations unies pour les droits de l'homme et les entreprises, 2016, p. 128 - V. aussi G. Jazottes, S. Mac Cionnaith, S. Sabathier, préc. - Y. Queindec, *La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE, lecture juridique d'un phénomène normatif* : *Journal des Sociétés*, juill. 2012, p. 67.

192. BIT, OIE, « *Comment faire des affaires en respectant le droit des enfants à ne pas être astreints au travail des enfants : Outil d'orientation du BIT et l'OIE sur le travail des enfants à l'intention des entreprises* » : Bureau International du Travail, Programme international pour l'abolition du travail des enfants du BIT ; Organisation internationale des Employeurs - Genève : BIT, 2015, p. 36 - http://www.ilo.org/ipec/InformationResources/WCMS_IPEC_PUB_28416/lang-fr/index.htm. - V. aussi OCDE, Projet sur la due diligence complémentaire, Consultation publique, date limite de réponse le 9 févr. 2017, p. 13 ; « *Les consultations permettent à l'entreprise de déterminer s'il existe des impacts potentiels ou réels de sa conduite responsable, et si les parties prenantes ont des perspectives similaires ou différentes des siennes pour établir une confiance au regard des exigences de due diligence* ». - V. aussi E. Gambert et J. Courcier, *La diligence raisonnable en matière de RSE : une révolution copernicienne pour la gestion des risques* : *Revue Analyse financière de la Société Française des Analystes Financiers*, avr. - mai - juin 2017, p. 55.

193. « *Une entreprise peut manquer de visibilité sur plusieurs fournisseurs des couches inférieures de sa chaîne d'approvisionnement, mais cela ne réduit*

pas pour autant son obligation d'identifier et d'évaluer des impacts potentiels ou réels de sa conduite responsable » : OCDE, Consultation publique, Manuel de diligence raisonnable, conseils et explications supplémentaires pour la mise en œuvre des lignes directrices en matière de diligence raisonnable des affaires, date limite de réponse le 9 févr. 2017, p. 13. <http://www.oecd.org/fr/gouvernemententreprise/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>.

194. A. Launay et Y. Queindec, in *La RSE saisie par le droit*, préc. p. 471.

195. V. G. Jazottes, S. Mac Cionnaith, S. Sabathier, article préc. - et aussi A. Constantin, Y. Queindec, art. préc.

196. V. en particulier le Rapp. du PCN sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement, suite à la saisine effectuée par Madame Nicole Bricq, Ministre du commerce extérieur, 2 déc. 2013 - <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/398810>.

197. « *Lorsque l'entreprise n'applique pas de politique en ce qui concerne l'une ou plusieurs de ces questions, la déclaration non financière comprend une explication claire et motivée des raisons le justifiant* », dir. n° 2014/95 préc.

198. V. J. Galens et P. Francoual, *Vigilance et parties prenantes* : RLDA 2017/124, n° 6169.

donneuse d'ordres à établir un dialogue exigeant avec des parties prenantes potentiellement situées tout au long de sa chaîne d'approvisionnement.

Savoir mesurer son influence selon la typologie de relations commerciales : le *Sourcing profile*

Une entreprise donneuse d'ordres aura-t-elle la même influence selon qu'elle s'approvisionne directement auprès de plusieurs milliers de producteurs de fruits et légumes, auprès d'une coopérative ou bien qu'elle fait appel aux services d'un trader ? Si la réponse est assurément non, encore faut-il établir une typologie robuste qui explique des mesures de vigilances différenciées.

Déterminer le degré de proximité de l'activité de l'entreprise avec les risques d'incidences identifiés nécessite une analyse fine des chaînes d'approvisionnement et liens de causalité. Cela requiert une ingénierie normative mobilisant les outils de *soft law* pertinents¹⁹⁹ qui permettra de distinguer les hypothèses dans lesquelles l'entreprise est susceptible de **causer, contribuer** ou avoir des activités, produits ou services **liés** à une incidence par le biais d'une relation commerciale.²⁰⁰

b) Obligation de traiter les risques

112 - Une fois les risques identifiés et hiérarchisés à travers l'exercice de cartographie, la loi française liste quatre autres mesures phares devant constituer un plan de vigilance raisonnable en vue de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles. Le non-respect de ces cinq *must have* sera susceptible de caractériser un défaut de vigilance ouvrant la possibilité de recours pour toute partie intéressée²⁰¹.

Les cinq *must have* d'un plan de vigilance

- 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;
- 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;
- 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;
- 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ;
- 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

113 - Le caractère raisonnable et effectif d'un Plan de vigilance dépendra de plusieurs paramètres, parmi lesquels :

- **aligner l'ensemble des dispositifs de vigilance** mis en place par une même entreprise sur différents enjeux ESG pour une meilleure allocation des ressources²⁰² ;
- **adapter les engagements** et réponses opérationnelles aux résultats d'une démarche d'ingénierie normative (que prévoient les outils de *soft law* produits par l'OCDE, l'ONU ou l'OIT ?) et sociétale (qu'en pensent les parties prenantes pertinentes ?) ;
- **établir des contrats durables** avec ses fournisseurs qui ne se limitent pas à organiser la transaction commerciale et responsabi-

lisent aussi des parties prenantes externes de terrain pour prévenir et atténuer les impacts ESG²⁰³ ;

- **mutualiser les audits** : l'audit pour l'audit c'est fini, les leçons du Rana Plaza sont encore devant nous²⁰⁴ et appellent une bonne articulation entre le plan de vigilance et l'auto-évaluation des fournisseurs, en recourant à des **audits mutualisés** et à l'implication de parties prenantes de terrain ;
- **introduire des mécanismes d'alerte** mobilisant les outils offerts par la révolution digitale et permettant d'affiner l'évaluation des risques et de calibrer les réponses ;
- la résolution de litiges multipartites reste aussi à inventer avec des règles de **médiation d'influence** claires auprès des parties prenantes publiques et privées.

L'audit fournisseur, oui mais...

Au-delà des procédures d'audit des usines des fournisseurs, qui ont pu montrer leurs limites en termes de fiabilité, il convient de mettre en place des mécanismes d'alerte qui permettront d'affiner le diagnostic des risques dans la chaîne d'approvisionnement. Les nouveaux outils offerts par la révolution digitale amènent les entreprises à créer des applications dédiées, offrant aux parties prenantes sur le terrain la possibilité de signaler des manquements et à l'entreprise d'adapter ses mesures de vigilance.

Vigilance, reddition d'information et secret des affaires

« Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport mentionné à l'article L. 225-102 ».

Cette communication ne doit toutefois pas tomber dans le trop plein d'informations pointé par l'AMF qui dans son dernier rapport triennal appelle à plus de pertinence pour mieux éclairer la décision des investisseurs.²⁰⁵ Cette exigence de pertinence doit amener les entreprises à dévoiler leurs matrices de matérialité²⁰⁶, leurs méthodes d'arbitrages sur les priorités et degrés de vigilance déployée, de même que les résultats de plans d'actions correctifs ou processus de résolution de litiges avec les parties prenantes. Observons qu'une interprétation ouverte de ce qui, dans le champ des performances extra-financières, peut constituer une information d'intérêt public constituera un facteur de sécurité juridique et réputationnelle. Elle reposera en particulier sur une lecture attentive des exceptions au principe de protection prévues dans la directive « secret d'affaires »²⁰⁷.

3° Pourquoi ? (Le fondement de l'obligation)

114 - Fonder la responsabilité extraterritoriale du groupe n'est pas tant une question de légalité qu'une question de légitimité²⁰⁸. Plus précisément, il s'agit de déterminer sur quelle compétence lui étant reconnue par le droit international public l'État se fonde pour appréhender des situations qui se déroulent en tout ou partie à

199. V. W. Bourdon et Y. Queinnec, *Entreprises transnationales et droits de l'Homme : à la recherche des combinaisons normatives adaptées* : JEDH 2013, dossier 175.

200. Enodo Rights et Debevoise & Plimpton, *Practical Definitions of Cause, Contribute, and Directly Linked to Inform Business Respect for Human Rights, Discussion Draft* February 9, 2017 – <http://www.enodorigths.com/assets/pdf/debevoise-enodo-practical-meaning-of-involvement.pdf>

201. V. Tableau ci-contre.

202. En réponse notamment aux recommandations de la Plateforme RSE « Alignement » « Décloisonnement » : *favoriser dans les entreprises une approche d'audit prenant en compte de manière transversale l'ensemble des enjeux sociaux et environnementaux de la RSE en travaillant à un rapprochement des méthodes et des méthodologies d'audit* (p. 83). – V. Y. Queinnec, *Emergence du devoir de vigilance raisonnable, ou l'impératif de cohérence des dispositifs de gouvernance* : *Rev. int. Compliance* 2016, comm. 92.

203. V. M. Mekki, *Contrat et devoir de vigilance* : RLDA mai 2015, n° 5589. – A. Launay et Y. Queinnec, in *La RSE saisie par le droit préc.*

204. G. LeBaron et J. Lister, *Ethical Audits and the Supply Chains of Global Corporations*, Sheffield Political Economy Research Institute, 2016. – BIT, *Rapport IV – Le travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales, Conférence internationale du travail 105^e session*, 2016, § 138.

205. Rapp. sur la responsabilité sociale, sociétales et environnementale – Vers une convergence des informations financières et extra-financières ?, AMF, nov. 2016. <http://www.amf-france.org/Publications/Rapports-etudes-et-analyses/Gouvernement-d-entreprise.html?docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2Fb0fba89a-1720-48be-a093-66b22da9716b>.

206. Ibid. Parmi les dix constats les plus marquants en termes d'évolution par rapport à 2013, l'AMF salue « un engouement manifeste des Grandes entreprises pour les études de matérialité et la présentation de leurs résultats sous forme de « matrices de matérialité », p. 10.

207. V. not. C. Dargham, R. Nader-Guéroult et G. Rudelle, *La directive « secret d'affaires » une nouvelle protection offerte aux entreprises* : *Rev. int. Compliance* 2016, 104 / – Th. Bonneau, *Le secret bancaire à l'épreuve de la CJUE* : *RD bancaire et fin.* 2016, repère 4.

208. V. en ce sens, à propos du droit financier, D. Martin, *L'extraterritorialité en droit des marchés financiers* : *RD bancaire et fin.* 2015, dossier 52.

l'étranger. Une autre question est celle de la compétence qui lui est reconnue par le droit international privé pour la mettre en œuvre. On l'abordera brièvement en guise d'ouverture car c'est elle qui commande *in fine* la mesure et l'effectivité de l'extraterritorialité.

a) Compétence fondée sur le droit international public

115 - La première compétence à laquelle on peut songer est la compétence personnelle exercée par l'État sur ses nationaux. C'est celle qui est notamment promue aux États-Unis pour l'application de la loi SOX ou des lois d'embargo²⁰⁹. Telle n'est pas en principe la conception du droit français. La loi dite « Sapin II » pourrait néanmoins relever de cette logique en ce qu'elle s'applique aux sociétés françaises et à leurs filiales étrangères²¹⁰.

116 - La deuxième compétence qui vient à l'esprit est la compétence territoriale. On pourrait s'en étonner dans la mesure où ce qui est recherché, c'est précisément le fondement de l'extraterritorialité. Comme un auteur l'a très justement relevé : « Le paradoxe naît d'une terminologie ambiguë : car la compétence territoriale autorise un État à réglementer les effets sur son territoire d'activités exercées à l'extérieur »²¹¹. C'est celle qui est promue en droit américain pour l'application cette fois du droit *antitrust* aux ententes à l'exportation car elles sont nuisibles au commerce extérieur des États-Unis²¹². Dans la mesure où les chaînes de valeur mondiales viennent alimenter le marché local, les obligations de *reporting* et de vigilance pourraient ainsi avoir pour raison d'être la préservation de la loyauté de la concurrence et la protection des choix des consommateurs sur le marché français²¹³.

117 - Reste une dernière compétence qui pourrait être universelle cette fois : celle destinée à sauvegarder et promouvoir les valeurs universelles des droits de l'homme²¹⁴. Cette compétence serait fondée non pas sur l'existence d'un lien avec le territoire mais sur le concours des États à la protection des intérêts et des valeurs de la communauté internationale²¹⁵. Elle pourrait prendre appui sur le développement au niveau international de Principes directeurs et autres instruments de *soft law* auxquels le législateur multiplie les références et qu'il encourage ou contraint, dans le cas présent, les entreprises multinationales à respecter.

b) Compétence fondée sur le droit international privé

118 - Une chose est de reconnaître la responsabilité extraterritoriale du groupe, une autre de la mettre en œuvre dans l'espace. En

fonction des sanctions encourues, la méthode ne sera pas exactement la même.

L'application dans l'espace des règles dont l'inobservation est assortie de sanctions administratives, notamment celle prononcées par l'AFA, ne devrait pas dépendre des mécanismes de droit international privé. Comme en matière pénale²¹⁶, c'est l'applicabilité de la loi française qui commande l'intervention de l'Administration française.

Il en va différemment des règles dont l'inobservation est assortie de sanctions civiles qui dépendent des mécanismes de droit international privé²¹⁷.

119 - La première difficulté concerne la détermination du juge compétent²¹⁸. Lorsque la société mère a son siège en France, cela ne présente pas de difficulté. Elle pourra, en effet, toujours être attirée devant le juge français. Bien mieux, elle devrait pouvoir servir de défendeur d'ancrage pour attirer en France sa filiale étrangère en tant que co-défendeur. Une connexité suffisante entre les demandes est requise²¹⁹. Mais si le dommage causé par la filiale étrangère peut être imputé à un défaut de vigilance de la société mère, la connexité paraît suffisamment établie. En revanche, si la société mère est étrangère et que le dommage est subi à l'étranger, la compétence du juge français peinera à être établie²²⁰.

120 - L'autre difficulté, bien moindre, concerne le droit applicable. Pour que les règles françaises s'appliquent, il faut qu'elles soient désignées par une règle de conflit de lois ou bien qu'elles s'imposent comme lois de police. De ce point de vue, l'obligation d'établir un plan de vigilance devrait s'inférer tout simplement de l'application de la *lex societatis* si la société a son siège en France. Pour qu'elle s'impose aux sociétés ayant leur siège à l'étranger, il faut en revanche mobiliser la méthode des lois de police. Dans les deux cas, c'est toutefois la loi du pays où le préjudice est subi qui devra en principe être appliquée aux conséquences civiles²²¹.

121 - Libre d'exercer ces compétences extraterritoriales, l'État est également libre des moyens mobilisés à cette fin. En recourant au devoir de vigilance raisonnable, le législateur français mise sur une articulation entre droit dur (*hard law*) et droit souple (*soft law*)²²² dont la maîtrise devient ainsi un gage de sécurité juridique et réputationnelle²²³.

209. V. B. Audit, *Article préc.* – V. également *CA Paris*, 25 févr. 2015, *préc.*
210. *Préc.*

211. B. Audit, *article préc.* note n° 159.

212. Comp. la compétence fondée sur l'utilisation de la monnaie et des marchés financiers américains, M. Audit, R. Bismuth, A. Mignon-Colombet, *article préc.*

213. Dans le sillage du droit à l'information sur les conditions sociales de fabrication (C. consom., art. L. 117-1. – L. n° 2014-856, 31 juill. 2014 : *JO* 1^{er} août, art. 93. – V. M.-P. Blin-Franchomme, Y. Queindec, *Devoir de vigilance, le consommateur aussi* : RLDA mai 2015/104, n° 5590. – Avec l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016), l'article L. 117-1 a été abrogé et remplacé par l'article L. 113-1 dans lequel ne figure plus la possibilité initialement laissée au fabricant, producteur ou distributeur de refuser la transmission d'une information pour la protection de ses intérêts stratégiques ou industriels.

214. O. de Schutter, *Extraterritorial jurisdiction as a tool for improving the human rights accountability of transnational jurisdiction* : <https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Olivier-de-Schutter-report-for-SRSG-re-extraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf>.

215. Sur le recours à ce rattachement matériel, V. R. Rivier, *Droit international public*, PUF Themis 2013, 2^e éd., n° 492, p. 404. – Comp. l'exception d'ordre public international utilisée en droit international privé pour écarter l'application en France de lois étrangères qui seraient contraires aux valeurs de la société française et notamment ici aux valeurs sociétales défendues par la France.

216. V. C. pén., art. L. 113-1. – Comp. en droit de la distribution, *Distribution internationale* : JCI. *Droit international*, fasc. 571-20, n° 12-20, par C. Kessedjian, V. Pironon (à paraître).

217. Pour une première approche, V. O. Boskovic, *Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé* : D. 2016, p. 385.

218. K. Martin-Chenut et N. Nord, *La recherche d'un juge compétent : les défis posés par l'extraterritorialité*, in. *La RSE saisie par le droit préc.*, p. 625

219. V. en ce sens à propos de sociétés du même groupe, Cass. soc., 28 janv. 2015, n° 13-22.994, *Comilog* : *JurisData* n° 2015-001045 /.. – Comp. ILA, *Sofia guidelines on international civil litigation for human rights violations 2012*, art. 2-2 (3).

220. Si le défendeur est domicilié dans l'UE, le Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) (*JOUE* n° L 351, 20 déc. 2012) offrira pour seule option au demandeur la saisine des juridictions du lieu du fait dommageable. Si le défendeur est domicilié hors UE, la compétence du juge français pourrait être plus largement reconnue.

221. Bien que l'article L. 225-102-5 renvoie aux articles 1240 et 1241 du Code civil, la détermination de la loi applicable à la responsabilité dépendra en présence d'un conflit de lois du règlement n° 864/2007 (CE) du 11 juillet 2007 relatif à la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») (*JOCE* n° L 199, 30 juill. 2007).

222. Sur les différentes formes de collaboration normative, V. C. Kessedjian, *Le droit collaboratif* : Pedone, 2016.

223. Y. Queindec et P.-S. Guedj, *L'impact des mutations normatives de la RSE sur la responsabilité des investisseurs et donneurs d'ordre* : RLDA janv. 2015/100, n° 5441.

Tableaux des sanctions

1. Sanctions encourues en cas de non-respect de la loi Sapin II sur le volet lutte anticorruption

Les sociétés ou les groupes de sociétés dont la mère a son siège social en France, qui comprennent au moins 500 salariés et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros, sont tenues de mettre en œuvre un programme de conformité anti-corruption qui inclut un code de conduite, un dispositif d'alerte interne, une cartographie des risques, ainsi que des procédures d'évaluation et de contrôle.

Nature des sanctions (administratives) :

- la loi Sapin II a créé l'Agence française anticorruption (AFA) et lui a octroyé diverses missions : en cas de condamnation pour des délits de corruption ou de trafic d'influence, elle pourra prononcer une peine complémentaire de mise en conformité (*C. pén., art. 131-39-2*) ;
- un avertissement peut être prononcé par l'AFA ;
- la commission des sanctions peut également prononcer des injonctions ou des sanctions pécuniaires, dont le montant peut atteindre 200 000 € pour les personnes physiques et 1 million d'euros pour les personnes morales ;
- enfin, l'AFA pourra ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de la décision d'injonction ou de la sanction pécuniaire. Il est important de préciser qu'il appartiendra à la personne condamnée d'en supporter les frais, sachant que leur montant ne pourra pas excéder celui de l'amende encourue pour le délit qu'elle a commis.

2. Sanctions encourues en cas de violation de la loi sur le devoir de vigilance

Les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre qui emploient à la clôture de deux exercices nets au moins 5 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales en France et au moins 10 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales en France ou à l'étranger, sont tenues d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance.

Nature des sanctions (civiles) :

- passé un délai de 3 mois après mise en demeure, toute personne justifiant d'un intérêt à agir peut saisir le juge en vue d'obtenir le prononcé d'une astreinte ;
- le prononcé d'une amende civile de 10 millions, voire de 30 millions d'euros en cas d'atteinte aux droits humains et aux libertés fondamentales, initialement prévu par la loi a été invalidé par le Conseil constitutionnel, qui a considéré que ses termes étaient trop généraux, larges et indéterminés²²⁴ ;
- la société qui manque à son obligation d'établir un plan de vigilance engage sa responsabilité et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter ;
- les sanctions réputationnelles sont également maintenues (publication et affichage des manquements) ;
- le conseil d'administration prend par ailleurs le risque d'engager la responsabilité de la société à l'égard des actionnaires, des salariés et des tiers si le contenu du rapport de gestion n'est pas conforme aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur (*C. com., art. L. 225-251*) ;
- les tiers peuvent engager la responsabilité personnelle des administrateurs si la violation du devoir de vigilance constitue également une infraction pénale intentionnelle²²⁵ ;
- en cas de violation avérée du devoir de vigilance, les administrateurs peuvent également voir leur responsabilité engagée à l'égard de la société, par la voie d'une action *ut universi* ou *ut singuli*.

3. Autres sanctions encourues en bref...

Qualification de pratiques commerciales trompeuses (exemple : fait pour l'entreprise de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'elle ne l'est pas)

Au terme de l'article L. 132-2 du Code de la consommation, les pratiques commerciales trompeuses sont passibles de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende.

Des sanctions civiles sont également applicables dans les conditions du droit commun.

Requalification des clauses RSE en clauses abusives (exemple : clause RSE imposée par une entreprise à ses fournisseurs ou distributeurs)

De telles clauses pourraient être justiciables de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce (dont la qualification de loi de police est discutée) ou tomber sous le coup de l'article 1171 du Code civil introduit par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats si la loi française est applicable au contrat. Aux termes du premier de ces textes, l'entreprise engage sa responsabilité et s'expose au paiement d'une amende civile. En vertu du second, les clauses abusives sont réputées non écrites.

Yann QUEINNEC et Valérie PIRONON

224. *Cons. const.*, 23 mars 2017, n° 2017-750 DC.

225. *Cass. com.*, 9 déc. 2005, n° 13-26.298. – *Cass. com.*, 28 sept. 2010, n° 09-66.255 : *Bull. civ. IV*, n° 146.

B. - Regards comparatistes

1° La responsabilité de la société mère du fait de sa filiale en droit anglais

Anastasia SOTIROPOULOU,
professeur à l'université Jean Monnet, Saint-Etienne

122 - Depuis l'affaire Salomon²²⁶, il est largement admis en droit anglais des sociétés, qu'une société peut légitimement être créée afin d'éviter aux associés et dirigeants la mise en œuvre de leur responsabilité personnelle. La règle « Salomon » est d'une importance toute particulière dans les groupes de sociétés, car les dettes et la responsabilité de chaque entité pourront être envisagées séparément eu égard à l'autonomie de leur personnalité. On se souvient à cet égard de la formule du juge Roskill dans une affaire Albazero (1977)²²⁷ : « une solution admise de longue date et qui ne saurait être modifiée par décision de justice... est que chaque société d'un groupe constitue une entité autonome dotée de ses propres droits et obligations »²²⁸. Il découle notamment de cette autonomie que la société mère n'a pas à assumer les dettes de sa filiale²²⁹.

123 - Toutefois, la possibilité ainsi reconnue en droit anglais de créer une société afin de se prémunir contre la mise en œuvre de sa responsabilité personnelle peut se prêter à des abus. Pour faire face à ces abus, le juge et le législateur ont consacré la possibilité d'engager la responsabilité de ceux qui cherchent à trouver refuge derrière la personnalité morale autonome de la société.

S'agissant des groupes de sociétés, la responsabilité peut dès lors être imposée à la mère soit directement (b) soit indirectement : en droit anglais, en effet, il est permis dans certaines hypothèses d'ignorer la personnalité morale de la filiale – on perce « le voile de la personnalité morale » (*piercing the corporate veil*) et d'imputer la responsabilité à la mère (a).

a) La responsabilité imputée à la société mère

124 - Dès lors que la personnalité morale est consacrée par la loi, les juges sont naturellement réticents à passer outre la personnalité morale de la filiale et à imputer la responsabilité de ses actions à la mère. Dans un arrêt de principe *Adams v Cape Industries plc*²³⁰, la cour d'appel anglaise a procédé au réexamen de la règle « Salomon ».

125 - Il s'agissait en l'espèce de savoir sur qui pesait la responsabilité au sein d'un groupe de sociétés. La mère de la défenderesse, Cape, était domiciliée en Angleterre, tandis que l'une de ses filiales possédait son siège en Afrique du Sud où elle exploitait une mine d'amiante. L'amiante était ensuite vendue par d'autres filiales dont l'une était domiciliée dans l'Illinois, aux États-Unis. Une partie de l'amiante avait été vendue à une usine texane, dont plusieurs salariés avaient contracté des pathologies. Un juge américain avait ordonné le paiement de 15 millions de dollars en dommages et intérêts. Cette décision ne pouvait donner lieu à des mesures d'exécution forcée au Royaume-Uni contre Cape qu'à la condition que les demandeurs établissent la présence de Cape aux États-Unis. C'est dans ce contexte que les demandeurs s'étaient prévalus d'une présence de Cape aux États-Unis au travers de sa filiale américaine, basée dans l'Illinois. Afin que cet argument puisse prospérer, il convenait d'ignorer l'autonomie de la personne morale de chacune des entités du groupe.

Or, la cour d'appel anglaise refusa de lever le voile de la personnalité morale de la filiale américaine, et jugea que celle-ci consti-

tuait une entité séparée et distincte de sa mère anglaise. En conséquence, il fut jugé que Cape n'était pas présente aux États-Unis et l'exécution du jugement à son encontre fut rejetée.

Les demandeurs avaient pourtant soulevé quatre séries d'arguments afin de percer le voile social de la filiale américaine : la filiale américaine avait été créée frauduleusement ou fictivement ; le groupe de sociétés constituait une seule et même entité économique ; la filiale américaine constituait un mandataire de Cape et la levée de voile aurait constitué une mesure juste et équitable au regard des circonstances particulières de l'espèce.

126 - Tous ces arguments furent rejetés, les trois premiers pour des raisons de preuve, le quatrième, au motif qu'il n'était pas de nature à lever le voile de la personnalité morale. La décision n'en demeure pas moins cruciale dans la mesure où la cour d'appel a admis trois justifications possibles à la levée du voile social : la fictivité (*facade*), l'existence d'une entité économique unique (*single economic unit*), le mandat (*agency*). Il faut toutefois relever que la valeur de ces trois arguments est discutée depuis que la Cour Suprême britannique a, dans un arrêt *Petrodel Resources Ltd v Prest* (2013)²³¹, qui constitue aujourd'hui l'arrêt de principe en la matière, mis en exergue un nouvel argument pour percer le voile social, le principe d'évitement (*evasion principle*)²³².

1) La fictivité

127 - La difficulté était de déterminer ce qui précisément pouvait conduire à considérer la filiale comme une simple façade.

Dans l'affaire Cape, la Cour a considéré que la justification la plus forte à la levée du voile social résidait dans le fait que la structure sociétaire était fictive ou constituait une simple « façade » dissimulant les agissements de la mère.

128 - Malheureusement, la Cour n'a pas souhaité dans cet arrêt recenser de manière exhaustive les cas dans lesquels les montages sociétaires impliquaient des sociétés fictives²³³. Elle a pourtant décidé que l'une des filiales de Cape, la société AMC incorporée au Lichtenstein, était fictive non seulement parce qu'elle était entièrement contrôlée par Cape mais aussi et surtout car elle n'était qu'une boîte aux lettres que Cape et ses filiales utilisaient sur leurs factures. Cependant, la Cour ne tira aucune conséquence particulière de ce constat : seule l'intéressait, en effet, la question de savoir si Cape pouvait être considérée comme présente aux États-Unis ; or il était acquis qu'AMC n'y exerçait aucune activité, y compris de manière apparente. L'on peut toutefois penser que les clients dont les factures faisaient apparaître le nom de l'AMC auraient pu rechercher la responsabilité de Cape en cas de manquement d'AMC à ses obligations contractuelles.

129 - Quant au point de savoir si Cape était présente aux États-Unis, il importait de déterminer si une autre société, CPC, qui était incorporée et active aux États-Unis constituait une simple façade. Nonobstant le fait que CPC était dans une situation analogue à celle d'AMC, dans la mesure où elle était entièrement contrôlée par Cape, qui avait procédé à son incorporation, ceci n'a pas suffi à la considérer comme une simple façade de Cape aux États-Unis. La Cour se contenta, en effet, pour écarter la fictivité, du constat selon lequel CPC constituait une société indépendante, gérée par son dirigeant, et ayant ses propres activités aux États-Unis, distinctes de celles de Cape ou de ses autres filiales.

226. *Salomon v. A Salomon & Co Ltd* (1897), AC 22 (HL).

227. *The Albazero* (1977), AC 774.

228. « *It is long established and now unchangeable by judicial decision...that each company in a group of companies...is a separate legal entity possessed of separate legal rights and liabilities* ».

229. *Re Southard & Co Ltd* (1979), 1 WRL 1198 at 1208.

230. *Adams v. Cape Industries plc* (1990), Ch 433 (CA).

231. *Petrodel Resources Ltd v. Prest* (2013), UKSC 34.

232. Il convient toutefois de souligner que tous ces arguments visant à la levée du voile de la personnalité morale peuvent également être invoqués en dehors du contexte de groupe de sociétés, à l'égard des actionnaires personnes physiques.

233. *Adams v. Cape Industries Plc* (1990), Ch. 433 at 543D.

2) Entité économique unique

130 - Un deuxième motif invoqué dans l'affaire Cape²³⁴ aux fins de lever le voile social résidait dans l'existence d'une unique entité économique.

Il fut en effet soutenu que le juge pourrait en pareil cas passer outre le fait que chaque société du groupe constitue une personne morale autonome, et traiter ces sociétés comme si elles n'en constituaient qu'une seule.

Sans rejeter l'argument en son principe même, la Cour jugea néanmoins qu'un groupe de sociétés ne pouvait être envisagé comme une personne morale unique de ce chef qu'à la condition que le juge y soit autorisé par la loi, ou que les sociétés du groupe elles-mêmes aient contractuellement convenu d'être traitées comme une entité économique unique.

Dans le cas contraire, la règle posée par l'arrêt Salomon devait prévaloir. Or, en l'espèce, ni la loi, ni un quelconque contrat, ne permettaient au juge de voir dans les différentes sociétés du groupe Cape une entité unique.

131 - Sous cet angle, la solution adoptée dans l'affaire Cape paraît difficilement conciliable avec l'approche adoptée à l'échelle de l'Union européenne en droit de la concurrence. Dans une affaire Imperial Chemical Industries Europe BV c/ Commission²³⁵, il fut affirmé que le comportement anti-concurrentiel d'une filiale au sein de ce qui était alors la Communauté économique européenne, laquelle ne faisait qu'obéir aux instructions de sa mère établie en dehors de la Communauté, pouvait être imputé à la société mère, afin qu'elle relève de la compétence de la Commission et puisse se voir infliger une amende par cette dernière. Ainsi, le juge européen n'hésite-t-il pas à imputer à la mère le comportement de sa filiale lorsque les deux sociétés forment en réalité une entité économique unique.

3) Le mandat

132 - Le mandat est l'une des autres exceptions admises à l'autonomie de chaque personne morale composant un groupe de sociétés, et ce depuis l'affaire Salomon. En présence d'un tel mandat, le mandant, qui est en principe la société mère, peut être tenu pour responsable des actes commis par sa filiale, considérée comme son mandataire.

Cependant, dans l'affaire Cape, la Cour jugea que l'existence d'un éventuel mandat unissant la mère à sa fille ne pouvait être présumée, et supposait l'existence d'un accord exprès entre les parties. Au cas d'espèce, la filiale américaine avait rendu des services à Cape et avait même agi en tant que mandataire dans le cadre de certaines opérations particulières, mais ceci ne fut pas jugé suffisant pour établir l'existence d'un mandat général entre elles.

4) L'évitement

133 - Dans l'affaire Prest v. Petrodel Resources Ltd²³⁶, Lord Sumption affirma que les juges ne pouvaient percer le voile social que dans une seule hypothèse, celle dans laquelle une personne « se trouve soumise à une obligation légale, qu'elle élude délibérément, ou à l'exécution de laquelle elle se soustrait volontairement, en interposant une société qu'elle contrôle »²³⁷.

Dans cette affaire, cette exception ne trouva néanmoins pas à s'appliquer pour la raison que les sociétés concernées avaient été

créées, et avaient débuté leurs activités bien avant que naisse l'obligation légale litigieuse.

Il semble dès lors que ce « principe d'évitement » (*evasion principle*), doive être conçu de manière restrictive : il ne joue guère que lorsque l'intéressé a créé une personne morale dans le but d'éviter la mise en cause d'une responsabilité qui pesait déjà sur lui, ou dont la survenance apparaît imminente. Il est en revanche écarté chaque fois qu'une structure sociétariaire est créée afin de minimiser l'impact d'une responsabilité future et simplement éventuelle.

134 - Bien plus, celui-là même qui formula le « principe d'évitement », Lord Sumption, reconnut que « dans la plupart des cas où les conditions de son application sont réunies, il sera en réalité inutile, eu égard aux faits de l'espèce, de percer le voile social »²³⁸. Pour étayer cette affirmation, il prit l'exemple de l'affaire Gilford Motor Co Ltd v. Horne²³⁹, dans laquelle un ancien dirigeant social avait cherché à éluder les obligations de non-concurrence pesant sur lui, en créant une société dont il possédait le contrôle, plutôt qu'en exerçant directement l'activité en son nom propre. Dans cette affaire, la Cour prononça certes une injonction interdisant à Horne et à sa société de démarcher les clients de son ancien employeur, Gilford, mais Lord Sumption considéra que la solution pouvait s'expliquer sans recourir à la doctrine de la levée du voile social : il s'était, à ses yeux, simplement agi d'imputer le comportement de Horne à la société dont il était l'unique actionnaire.

135 - Lord Sumption poursuivit son raisonnement en distinguant le « principe d'évitement » d'un autre principe, qu'il dénomma « principe de dissimulation ». Or, selon lui, lutter contre la dissimulation n'implique pas d'ignorer le fait que la société est pourvue d'une personnalité juridique autonome. Au contraire, « l'interposition d'une société, ou le cas échéant d'une pluralité de sociétés afin de dissimuler l'identité des véritables protagonistes n'empêchera pas les juges de les identifier en tant que de besoin. En pareil cas, la Cour ne passe pas outre l'écran de la personne morale, mais ne fait que regarder au-delà pour découvrir les faits que le montage sociétariaire entend dissimuler »²⁴⁰.

136 - Il faut néanmoins relever que ni Lord Sumption, ni les Lords Neuberger ou Mance n'ont donné dans cette affaire un seul exemple dans lequel le « principe d'évitement » pourrait trouver à s'appliquer. En outre, même si quatre membres de la Cour jugèrent que la levée du voile social ne devrait pas nécessairement se limiter au « principe d'évitement », aucune indication ne fut donnée quant aux autres principes concernés et quant aux limites entourant leur application. Lord Neuberger alla même jusqu'à affirmer qu'« on ne recensait pas un seul cas dans lequel la doctrine de la levée du voile social avait été justement invoquée et avec succès »²⁴¹.

234. *Adams v. Cape Industries Plc* (1990), Ch. 433 at 532.

235. *Case C-73/95 P*.

236. *Petrodel Resources Ltd v. Prest* (2013), UKSC 34.

237. ...« is under an existing legal obligation, which he deliberately evades or whose enforcement he deliberately frustrates by interposing a company under his control ».

238. ...« in almost every case where [it] is satisfied, the facts will in practice... make it unnecessary to pierce the corporate veil ».

239. *Gilford Motor Co Ltd v Horne* (1933), Ch 935 (CA).

240. The « interposition of a company or perhaps several companies so as to conceal the identity of the real actors will not deter the courts from identifying them, assuming that their identity is legally relevant. In these cases, the court is not disregarding the « façade », but only looking behind it to discover the facts which the corporate structure is concealing ».

241. « There has never been a single instance in this jurisdiction which the doctrine of piercing the veil has been invoked properly and successfully ».

Les différentes espèces évoquées jusqu'ici illustrent en définitive la faible place occupée en droit anglais par la doctrine de la levée du voile social. Cette doctrine constitue certes un instrument à la disposition des juges, mais elle ne s'est guère développée au point de jouer les premiers rôles lorsqu'il s'agit de lutter contre les abus liés à l'utilisation de personnes morales autonomes dans les groupes de sociétés. D'autres techniques ont connu davantage de succès afin de faire peser sur les sociétés mères la responsabilité des agissements de leurs filiales. Plutôt que de percer l'écran de la filiale, ces techniques reposent sur l'existence d'une responsabilité directe de la société mère.

b) La responsabilité directe de la société mère

137 - La société mère peut engager sa responsabilité directe pour les agissements de sa filiale, soit lorsqu'elle a violé le devoir de diligence (*duty of care*), qui a été consacré par la jurisprudence, soit en vertu de la loi, pour insuffisance d'actif frauduleuse ou illicite (*fraudulent or wrongful trading*).

1) Devoir de diligence (*duty of care*)

138 - Dans certains groupes de sociétés, la société mère joue un rôle déterminant dans la gestion d'une ou plusieurs filiales. Or, selon le droit anglais de la responsabilité civile, ceci peut conduire à faire peser sur cette société un devoir de diligence à l'égard des employés des filiales concernées, qui a plus spécifiquement pour objet leur sécurité.

139 - Dans l'affaire *Chandler v. Cape plc*²⁴², le juge a ainsi condamné Cape à verser des dommages-intérêts à Chandler, qui était salarié par une filiale entièrement contrôlée par Cape, à raison des dommages qu'il avait subis du fait de son exposition à l'amiante du temps où il travaillait pour la filiale.

L'importance de cet arrêt tient au fait que le juge y a nettement rejeté la thèse suivant laquelle le fait d'imposer une responsabilité à Cape impliquait de percer le voile social. Il a en effet affirmé que la responsabilité de Cape reposait sur une obligation de sécurité, qu'elle devait assumer à l'égard des salariés de ses filiales, chaque fois qu'étaient réunies les quatre conditions suivantes :

- le secteur d'activité de la mère et de sa filiale est identique ou analogue ;
- la mère possède, ou est censée avoir, une connaissance approfondie des exigences sanitaires et de sécurité dans le secteur d'activité considéré ;
- la mère avait, ou était censée avoir connaissance, du fait que la filiale avait mis en place une organisation du travail ne respectant pas ces exigences ;
- la filiale ou ses salariés pouvaient s'attendre à ce que la société mère, fasse usage de ses propres connaissances aux fins de protéger les salariés, ce que la société mère elle-même aurait dû prévoir.

L'affaire *Chandler* illustre ainsi le fait qu'une responsabilité peut être directement imposée à la société mère du fait de manquements intervenus au sein de sa filiale, sans qu'il soit nécessaire de percer le voile social.

Un autre cas de responsabilité directe de la mère procède non plus de la jurisprudence mais de la loi, et correspond à des insuffisances d'actif frauduleuses ou illicites.

2) L'insuffisance d'actifs frauduleuse ou illicite (*fraudulent or wrongful trading*)

140 - Il résulte des sections 213 – applicable aux sociétés en liquidation – et 246 ZA – qui vise les sociétés en redressement judiciaire – de la loi sur les procédures d'insolvabilité – *Insolvency Act* – de

1986 que s'il apparaît, dans le cadre de la liquidation ou du redressement d'une société, que les activités de cette dernière ont été poursuivies dans le but de léser les créanciers de ladite société, le juge peut, à la demande du liquidateur ou de l'administrateur judiciaire, retenir la responsabilité de toute personne qui a intentionnellement été impliquée dans la poursuite de ces activités. Le juge peut alors condamner ces personnes à reconstituer l'actif de la société dans une proportion qu'il considère comme appropriée.

Compte tenu du large domaine d'application de ces sections, sont virtuellement visés non seulement les dirigeants de la société, mais aussi les tiers, tels que la société mère²⁴³. Cette dernière peut ainsi voir sa responsabilité engagée dès lors qu'elle a intentionnellement participé à la fraude commise par sa filiale.

Néanmoins, dans la mesure où la fraude doit être établie au-delà de tout doute raisonnable et où le liquidateur ou l'administrateur doit prouver la connaissance et l'intention de frauder, rares sont les actions fondées sur la fraude qui sont couronnées de succès.

C'est la raison pour laquelle une forme atténuée de responsabilité civile a été introduite aux sections 214 – pour les sociétés en liquidation – et 246 ZB pour les sociétés en redressement judiciaire. Ces dispositions autorisent le juge à exiger des dirigeants qui ont su ou auraient dû savoir que la société n'avait aucune chance raisonnable d'échapper à la liquidation ou au redressement, de contribuer à la reconstitution des actifs de la société.

141 - Au rebours des sections consacrées à l'insuffisance d'actifs frauduleuse, celles-ci ne s'appliquent qu'aux dirigeants sociaux ainsi qu'aux dirigeants occultes (*shadow directors*), lesquels se définissent comme des personnes qui influent de manière régulière sur certaines catégories de décisions du conseil d'administration. Or, parmi les dirigeants occultes peut figurer la société mère, lorsque le fonctionnement du groupe la conduit à influencer les décisions de ses filiales. L'attribution à la mère de la qualité de dirigeant occulte ne requiert d'ailleurs pas que le conseil d'administration de la filiale apparaisse comme un subordonné à la mère ou qu'il ait abdiqué son pouvoir de décision en sa faveur : l'exercice d'une simple influence habituelle suffit.

Il reste que, si la qualification de dirigeant occulte est retenue à l'encontre de la mère, tant la mère que la filiale contribueront, sous l'empire des sections 214 et 246 ZB, au comblement de l'insuffisance d'actif.

142 - Ces quelques exemples montrent que le législateur a mis au point certaines règles ciblées aux fins d'imposer aux sociétés mères une responsabilité en cas d'utilisation abusive par celles-ci de l'autonomie reconnue à leurs filiales. La jurisprudence a, pour sa part, introduit la technique de la levée du voile social, mais cette technique demeure d'une importance marginale lorsqu'il s'agit de sanctionner les abus de la mère. Il apparaît ainsi que, tant que la filiale demeure *in bonis*, la mère peut influencer sur ses décisions sans pour autant engager sa responsabilité. En revanche, une fois la filiale exposée à une procédure d'insolvabilité, les intérêts des créanciers prévalent sur ceux de la mère et sur la politique qu'elle a conçue à l'échelle du groupe.

Anastasia SOTIROPOULOU

243. *Re Bank of Credit and Commerce International SA (No 15) (2005) 2 B.C.L.C. 328 CA.*

2° La responsabilité des sociétés mères en droit américain : bref aperçu

Jean-Christophe RODA,
professeur à l'université de Toulon

143 - À l'instar du droit anglais, le droit des États-Unis est réticent à l'idée de retenir la responsabilité de la société mère pour les agissements fautifs de ses filiales. Il s'agit d'un principe ancien, « profondément implanté dans le système économique et juridique américain », comme le soulignait la doctrine classique du début du siècle dernier²⁴⁴. Dans un arrêt important de 1998, la Cour suprême fédérale a réaffirmé ce principe, indiquant qu'il s'agissait d'un « principe de base » du droit des sociétés, selon lequel « la société mère (ainsi nommée du fait du contrôle qu'elle détient sur le capital d'une autre société) n'est pas responsable des agissements de ses filiales »²⁴⁵. Et, de fait, il est particulièrement délicat pour un plaignant d'essayer d'engager la responsabilité de la société mère lorsque celui-ci se retrouve face à une filiale qui est dans l'incapacité de régler ses dettes. Le droit des sociétés de la quasi-totalité des États fédérés admet cette règle, avec toutefois, un certain nombre de tempéraments.

144 - Dans certaines circonstances, les tribunaux américains considèrent, comme leurs homologues anglais, que la responsabilité de la société mère doit pouvoir être engagée, en cas de déloyauté patente, dans l'hypothèse d'une situation particulièrement injuste ou lorsque le contrôle de la société mère sur sa filiale est total²⁴⁶.

Cette idée a été reprise à l'échelon fédéral par la Cour suprême qui a jugé qu'il existait, en contrepoint du principe de non-responsabilité de la société mère, un principe tout aussi fondamental du droit des sociétés américain qui impose que le « voile sociétair », déjà évoqué, soit percé si la technique sociétair est détournée de sa fonction initiale pour accomplir des actes frauduleux ou illicites²⁴⁷.

145 - En règle générale, pour retenir la responsabilité de la société mère, les juridictions américaines considèrent que cette dernière et la filiale ne forment qu'une seule et même entité. Mais il est également possible d'atteindre la société mère par le biais d'une responsabilité subsidiaire (« *secondary liability* »), voire en jouant sur la responsabilité directe de la société contrôlante, lorsque celle-ci a manqué à diverses obligations que la jurisprudence lui reconnaît (« *duty of care* », « *duty of loyalty* », « *duty of disclosure* »...). Dans ce dernier cas, et à la différence de la doctrine du « *veil-piercing* » (ou de techniques proches, telles que celle de « *alter ego* »), l'exposition aux dommages et intérêts sera moindre, même s'ils peuvent être malgré tout substantiels et qu'il peut être plus facile de caractériser le comportement fautif, s'agissant d'obligations fiduciaires très strictes. Une responsabilité directe peut toutefois être retenue alors que les faits émanent de la filiale, lorsque la loi le prévoit. En somme, il existe une diversité de techniques qui permettent d'atteindre la société mère. Mais, plus

encore que cette variété de techniques, ce sont sans doute les fondements retenus qui méritent l'attention.

146 - Le droit américain se fonde en effet sur deux corps de règles pour sanctionner les comportements des sociétés mères. Il y a d'une part, des règles légales édictées à l'échelon fédéral (a), et d'autre part, les règles issues de la *common law* traditionnelle, généralement actionnées au niveau des États (b).

a) Le droit fédéral

147 - Toute une série de textes fédéraux permettent d'engager la responsabilité de la société mère en lien avec les agissements de ses filiales, sans qu'il soit nécessaire de faire jouer la doctrine du « *veil-piercing* »²⁴⁸. Dans plusieurs textes, le comportement de la société mère est même d'ailleurs assez indifférent : dans certains cas, la société mère peut être déclarée responsable des dettes de sa filiale, sans que ses actions ou inactions importent réellement ; ce qui compte, c'est le contrôle qu'exerce la société mère sur sa filiale. La société mère est ainsi responsable simplement parce qu'elle est mère et l'on voit se dessiner une sorte de responsabilité à raison du contrôle. Plus classiquement, d'autres textes prévoient de n'engager la responsabilité de la société mère que si celle-ci a adopté un comportement actif, par exemple en ayant encouragé ou assisté sa filiale à adopter le comportement litigieux qui fait l'objet de l'action en justice. Parmi les différents régimes spéciaux existants, on choisira trois exemples couvrant volontairement des champs très différents de l'activité économique : le droit des marchés financiers, le droit de l'environnement et le droit du travail.

i) Le droit des marchés financiers

148 - Le droit des marchés financiers américains (« *Federal Securities Laws* ») prévoit une responsabilité subsidiaire (« *secondary liability* ») à l'encontre des sociétés mères, aux termes du paragraphe 15 du *Securities Act* de 1933 ou du paragraphe 20 du *Securities Exchange Act* de 1934. Si le paragraphe 15 et le paragraphe 20 imposent une responsabilité subsidiaire de l'entité contrôlante, c'est que pèse une responsabilité principale sur l'entité contrôlée (« *primary liability* »), destinées à protéger les acheteurs sur les marchés.

Cela signifie que, pour engager la responsabilité de la société mère, il est nécessaire d'établir préalablement la responsabilité de la filiale, qui doit avoir fraudé ou violé les règles du marché. La responsabilité de la société mère ne sera donc engagée que si la filiale ne peut ou refuse de faire face à ses responsabilités.

149 - Cela étant, les textes indiquent que la responsabilité de l'entité contrôlante ne peut être envisagée si celle-ci n'avait aucune connaissance ou aucune raison de connaître les faits ayant permis d'engager la responsabilité primaire de la filiale. Il n'est pas non plus nécessaire pour tenter d'engager la responsabilité de la société mère d'établir une participation coupable (l'idée selon laquelle la mère serait un « *culpable participant* »²⁴⁹ : il suffit de démontrer que la mère contrôlait la filiale, même si la notion de « contrôle » au sens du *Securities Act* de 1933 ou du *Securities Exchange Act* de 1934 est source d'hésitations.

244. W. O. Douglas et C. M. Shanks, *Insulation from Liability through Subsidiary Corporations* : *Yale Law Journal*, 1929, vol. 39, p. 193 et s.

245. *United States v. Bestfoods*, 524 U.S. 51 (1998) : « It is a general principle of corporate law that a parent corporation (so-called because of control through ownership of another corporation's stock) is not liable for the acts of its subsidiaries ».

246. M. Dearborn, *Enterprise Liability : Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups*, 97 *Cal. L. Rev.* 195 (2009).

247. *United States v. Bestfoods*, préc. : « But there is an equally fundamental principle of corporate law, applicable to the parent-subsidiary relationship as well as generally, that the corporate veil may be pierced and the shareholder held liable for the corporation's conduct when, inter alia, the corporate form would otherwise be misused to accomplish certain wrongful purposes, most notably fraud, on the shareholder's behalf ».

248. B. B. Erens, S. J. Friedman et K. Mayerfield, *Bankrupt Subsidiaries : The Challenge to the Parent of Legal Separation*, *Emory Bankruptcy Dev. J.*, vol. 25, 2008, 67 et s.

249. *Harrison v. Dean Witter Reynolds Inc.*, 974 F.2d 873 (7th Cir. 1992) ; comp. avec *Gordon v. Burr*, 506 F.2d 1080 (2d Cir. 1974).

Pour certains juges, la simple détention d'un important bloc d'actions n'est pas suffisante et l'implication de la société mère dans les affaires de sa filiale sera par exemple nécessaire pour caractériser l'existence d'un tel contrôle. Sans aller jusqu'à la participation coupable, certaines décisions cherchent ainsi à caractériser un comportement actif de la société mère.

2) Le droit de l'environnement

150 - Le *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA) de 1980 retient, entre autres mécanismes, la responsabilité des sociétés mères pour le comportement de leurs filiales qui ont stocké illicitement des déchets polluants²⁵⁰.

Pour cela, il faut que la société mère soit considérée comme un « opérateur », c'est-à-dire qu'elle dirige, conduise ou organise les opérations des filiales en lien avec les activités polluantes ou dangereuses. La jurisprudence l'a admis à plusieurs reprises, en interprétant largement le texte²⁵¹. La responsabilité prévue par la loi fédérale est alors une responsabilité directe du fait de l'entité qui opère sur le terrain, sous le contrôle de l'opérateur²⁵².

Bien que le texte soit silencieux quant à l'intensité du contrôle exercé pour mettre en jeu la responsabilité directe, la jurisprudence exige que la société mère exerce un contrôle actuel sur la filiale et sur la manière dont celle-ci gère ses déchets. C'est bien la filiale qui agit, mais sous le strict contrôle de la société mère. Une responsabilité subsidiaire est toutefois prévue si la société mère est simple « propriétaire » des installations polluantes, tandis que la filiale opère sur le terrain, à moins que l'on établisse des éléments permettant d'appliquer la doctrine traditionnelle du « *veil-piercing* »²⁵³.

La distinction semble donc se faire en fonction de l'imixtion plus ou moins grande de la société mère dans l'activité de sa filiale, qui caractérisera l'intensité du contrôle.

3) Le droit du travail

151 - Une société mère peut être déclarée responsable du fait des agissements de sa filiale qui aurait violé les dispositions du *Employee Retirement Income Security Act* (ERISA)²⁵⁴. Cette loi fédérale de 1974 établit des standards minimums pour les plans de pensions privées dans certaines branches de l'industrie américaine. Les employeurs cotisent dans un fonds commun de réversion.

Tout employeur qui interromprait le plan en violation du texte engage sa responsabilité, mais le ERISA prévoit un mécanisme de responsabilité solidaire (« *joint and several liability* ») entre l'employeur et l'entité qui contrôle celui-ci. Le contrôle est défini dans les textes comme la propriété ou la détention d'au moins 80 % du total de la valeur des actions ou des droits de votes.

152 - Dans un ordre d'idées différent, une société mère peut être déclarée responsable des actes de sa filiale au titre du *National*

Labor Relation Act de 1935 pour les pratiques déloyales de travail mises en place par ses filiales vis-à-vis de ses propres salariés.

Selon la loi, « l'employeur » est entendu comme une catégorie large et la jurisprudence considère qu'une société mère peut parfaitement remplir ce rôle en même temps que sa filiale, s'il existe une interrelation des opérations fonctionnelles, une centralisation des relations de travail et un management commun. Dans ce cas, la jurisprudence a tendance à considérer que les salariés ont à faire à un employeur unique et commun, bien que certaines juridictions retiennent parfois l'existence d'une responsabilité conjointe et solidaire.

b) La common law

153 - À côté des textes spéciaux qui établissent différents instruments de mise en œuvre de la responsabilité des sociétés mères, les juridictions étatiques recourent à des mécanismes jurisprudentiels que l'on retrouve communément dans la plupart des droits des sociétés au niveau des États. Il s'agit principalement de la doctrine du « *piercing the corporate veil* » et de celle de « *l'alter ego* »²⁵⁵. Bien que ces deux mécanismes soient originellement distincts, la jurisprudence a aujourd'hui tendance à ne plus réellement opérer de distinction, certains juges estimant même que ces deux instruments sont parfaitement interchangeables.

154 - D'origine jurisprudentielle²⁵⁶, la doctrine du « *veil-piercing* » américaine est très similaire à celle élaborée par la *common law* anglaise. Aussi, l'on se contentera de très brefs développements en renvoyant, pour l'essentiel, à ce qui a déjà été précédemment dit.

On peut toutefois indiquer que, afin de retenir la solution consistant à percer le voile de la personnalité morale, les juridictions cherchent surtout à caractériser l'existence d'une entité unique (en se fondant par exemple, sur une comptabilité commune, des dirigeants communs et l'existence d'un contrôle commun,... c'est-à-dire tout ce qui permettrait de caractériser que les deux entités ne sont est en réalité qu'artificiellement séparées)²⁵⁷.

155 - À côté de cet instrument, la jurisprudence se fonde parfois sur l'existence d'un lien de subordination entre la société mère et sa filiale, faisant jouer la « *agency theory liability* », c'est-à-dire, une sorte d'équivalent américain de la responsabilité du fait des préposés, à condition d'établir l'existence d'une totale domination de la première entité sur la seconde. Enfin, bien que ce mécanisme ne soit pas unanimement admis et qu'il soit surtout utilisé devant les juridictions du Delaware, la société mère peut être contrainte de payer les dettes de sa filiale en application de la « *theory of deepening insolvency* ». Ici, le créancier cherche à engager la responsabilité de la société mère coupable d'avoir accordé un crédit abusif à sa filiale, prolongeant artificiellement la survie de cette dernière²⁵⁸.

Jean-Christophe RODA

Mots-Clés : Groupes de sociétés - Responsabilité pour faute - Responsabilité

250. A. M. Bookman, *Transcending Common Law Principles of Limited Liability of Parent Corporations for the Environment*, 18 Va. Env'tl. L.J. 555 (1999).

251. C. A. Schipani, *The Changing Face of Parent and Subsidiary Corporations : Enterprise Theory and Federal Regulation*, 37 Conn. L. Rev. 691, 693 (2005).

252. H. Gelb, *CERCLA Versus Corporate Limited Liability*, 48 U. Kan. L. Rev. 111 (1999).

253. *United States v. Bestfoods*, préc.

254. D. M. Muir et C. A. Schipani, *The Intersection of State Corporation Law and Employee Compensation Programs : Is It Curtains for Veil Piercing ?*, 1996 U. Ill. L. Rev. 1059, 1127 (1996).

255. Note, *Piercing the Corporate Law Veil : The Alter Ego Doctrine Under Federal Common Law*, 95 Harv. L. Rev. 853, 854 (1982).

256. *York & M.L.R.R. v. Winans*, 58 U.S. 30 (1854).

257. *Lowendahl v. Baltimore & Ohio RR*, 247 App. Div. 144, 154 (N.Y. App. Div. 1936). V. plus généralement, sur les critères retenus : F. Powell, *Parent and Subsidiary Corporations*, in Phillip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups : Tort, Contract, and other Common Law Problems in the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations* 138-140 (1987).

258. B. B. Erens, S. J. Friedman et K. Mayerfield, préc. note n° 246, p. 122 et s.