



HAL
open science

L'appréhension récente par le droit des sociétés et le droit des affaires des enjeux de développement durable

Françoise Le Fichant

► To cite this version:

Françoise Le Fichant. L'appréhension récente par le droit des sociétés et le droit des affaires des enjeux de développement durable. Droit et développement durable, aujourd'hui, Dec 2019, Danang, Vietnam. 17 p. hal-03429195

HAL Id: hal-03429195

<https://nantes-universite.hal.science/hal-03429195>

Submitted on 15 Nov 2021

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial 4.0 International License

L'appréhension récente par le droit des sociétés et le droit des affaires des enjeux de développement durable.

Françoise Le Fichant

Maitre de conférences Habilitée à diriger les recherches, Hors classe échelon exceptionnel

Faculté de Droit de Nantes

Université de Nantes

Vice-présidente aux ressources humaines et dialogue social de l'Université de Nantes.

francoise.lefichant@univ-nantes.fr

Le droit des sociétés français entretient un rapport complexe avec le respect de l'environnement et le développement durable¹. Pendant longtemps, il a été tenu à l'écart de ces préoccupations par les législateurs divers, comme si les sociétés, grandes ou petites, ne pouvaient être tenues responsables de quoi que ce soit, comme si les sociétés privées ne pouvaient avoir d'influence sur un environnement dégradé, pour partie, par leurs activités. Ces sociétés, gouvernées par l'intérêt du lucre, ont été considérées comme inaptes à revoir leur mode d'organisation et de production. Partant, c'est le droit public et le droit international particulièrement qui ont investi ce champ de recherches, permettant aux Etats de progresser dans la réflexion sur la nécessité de préserver les hommes et leur environnement. Ce travail était certes nécessaire, mais s'est parfois traduit par une incompréhension des mécanismes sociétaux, en fonction des cultures juridiques différentes².

Puis, les préoccupations de responsabilité sociale des entreprises sont apparues, ainsi que les premières expressions d'un droit qualifié alors de « *droit mou* »³. Sans viser à l'exhaustivité, un rapide historique législatif s'impose. La date la plus prégnante en la matière est assurément la loi Nouvelle Régulation Economique (dite loi NRE) de 2001⁴, sous l'influence des textes européens⁵, visant à mettre en place dans nos sociétés françaises les premières mesures du « *corporate governance* ». Mais concernant l'environnement, le droit des sociétés a semble-t-il préféré s'appuyer sur une obligation formelle de produire des rapports⁶. Le domaine d'application est alors particulièrement circonscrit. Mais ce sont surtout les lois Grenelle I et II pour l'Environnement⁷ qui ont su porter les premières contraintes environnementales

1 Définition du développement durable donnée en 1987 par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'ONU appelée « Commission Bruntland » : "un développement qui répond aux besoins des générations du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. Deux concepts sont inhérents à cette notion : le concept de "besoins", et plus particulièrement des besoins essentiels des plus démunis, à qui il convient d'accorder la plus grande priorité ; et l'idée des limitations que l'état de nos techniques et de notre organisation sociale impose sur la capacité de l'environnement à répondre aux besoins actuels et à venir".

2 Pour exemple, ces errements de traduction sur le terme entreprise, en droit de l'Union Européenne, alors que le terme n'avait pas, alors en France, de véritable signification juridique, seulement économique. C'est le plus petit dénominateur commun entre les Etats qui a été retenu pour la traduction

3 « *Droit mou* » ou « *soft law* », ainsi dénommé par opposition de la « *hard law* », ensemble de normes créatrices de droit et d'obligations juridique précises, le droit mou serait compris comme un système de normes issues du droit international, dont la substance serait tellement peu contraignantes que les obligations et droits réciproques des parties deviendraient « *presque insaisissables* » (Prosper Weil).

4 A. Sobczak « L'obligation de publier des informations sociales et environnementales dans le rapport annuel de gestion : une lecture critique de la loi NRE et de son décret d'application. » JCP éd. E. 2003, Etude, 542

5 Comm. européenne, Livre vert : Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale, COM (2001) 366 final, Bruxelles 18 juillet 2001 ; Comm. européenne, Recommandation concernant la prise en considération des aspects environnementaux dans les comptes et les rapports annuels des sociétés, Bruxelles, 30 mai 2001 JOCE n° L.156/33 13 juin 2001

6 Par exemple, la loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 a su également imposer à certaines sociétés susceptibles de créer des risques très importants pour la santé et la sécurité des populations à proximité et pour l'environnement, de produire, dans le rapport de gestion, des informations sur la prévention du risque technologique de la société, et notamment, sur sa capacité à couvrir sa responsabilité civile vis-à-vis des biens et des personnes : sociétés classées « Seveso seuil haut » art. L.225-102-2 C. Com.

7 La loi Grenelle I ou loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre des 268 engagements du Grenelle Environnement ; la loi Grenelle II ou loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement qui en décline les objectifs en dispositions plus précises en 57 articles groupés en 6 titres pour formuler un cadre d'action afin de répondre à l'urgence écologique et au besoin de transition écologique.

affectant les sociétés. Le droit dit « *mou* » est alors entré dans une phase de généralisation⁸ en droit des sociétés, en s'appuyant sur le développement des autorités administratives indépendantes et sur une pratique de plus en plus récurrente du « *reporting* »⁹. Par la suite, la montée en puissance du concept de RSE, regroupant les problématiques environnementales et sociales, ainsi que le constat d'une efficacité modérée des lois Grenelle pour l'environnement ont réouvert largement le champ des réflexions. Le droit français, tenu par une tradition séculaire de droit très formaliste et écrit, n'était sans doute pas suffisamment armé pour se laisser pleinement convaincre de l'efficacité d'un droit informel. La loi Pacte¹⁰ du 22 mai 2019 va être l'illustration de la reprise en main par le code de commerce des préoccupations initialement dévolues au droit souple, avec la détermination d'un intérêt social et la création de « *raison d'être* » pour les sociétés volontaires (voir infra).

Nous avons ainsi évolué d'une ignorance des préoccupations environnementales à la découverte d'un droit désormais plus souvent qualifié de souple. L'évolution n'est pas que sémantique ; elle illustre une progression intellectuelle réelle. Du droit mou, fondé sur l'autodétermination des entreprises, mais qui s'est avéré peu efficient, le législateur français a transité vers un droit souple, où l'Etat va reprendre son rôle de contrôle et de sanctions, en cas de non respect de règles volontairement choisies, dans leurs forces, dans leur mise en œuvre, dans leur calendrier. La sanction du marché n'est pas considérée comme suffisamment efficace pour que l'on s'en contente. Toutefois, l'effet d'exemplarité et de répercussions sur la réputation d'une entreprise ne sont pas non plus à dédaigner. Si bien que l'on s'achemine vers un nouvel ordre juridique, avec des organismes de contrôle et d'audits (organisme de délivrance de label, d'audit, générateurs de chartes...)¹¹, qui ont un pouvoir de sanctions de fait peut-être plus efficace que certaines de nos juridictions. D'ailleurs, le Conseil d'Etat lui-même, le 21 mars 2016, s'est déclaré compétent pour connaître des recours en annulation formés contre des actes de droit souples¹².

8 F.G. Trébulle « *stakeholders theory* et droit des sociétés »(1^{ère} partie) Bull. Joly 2006 n° 12 p. 1337 ; « *stakeholders theory* et droit des sociétés »(2^{ème} partie) Bull. Joly 2007 n° 1 p. 7

9 En témoigne particulièrement la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 voir infra p.

10 Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 est dite "Loi PACTE" pour Plan d'Action pour la Croissance et et la Tranformation des Entreprises.

11 Il faudra d'ailleurs tenir compte aussi de l'existence croissante des « administrateurs indépendants » et de l'influence accrue des comités d'audit, facultatifs pendant longtemps, certes, mais dont la mise en place est devenue obligatoire dans les sociétés cotées depuis l'ordonnance n° 2008-1278 du 8 décembre 2008A. Viandier « L'administrateur indépendant des sociétés cotés » RJDA 6/08 p. 599 ; C. de Ganay d'Indy et L. Engel « Les comités d'audit » Bull. Joly 2003 p. 723 ; G. Cantillon « Précisions sur la nature des normes techniques et leur utilisation dans les marchés publics - à propos du décret du 16 juin 2009 relatif à la normalisation » Contrats et marchés publics novembre 2009 étude 11

12 CE, n°368082, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*. CE, n°390023, 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*. P. Deumier « Quand le droit souple rencontre le juge dur » RTDCiv. 2016 p. 571

Un cercle que l'on peut espérer vertueux s'est déroulé, parti du « *droit mou* », allant vers un droit souple, pour se finaliser vers un droit plus formalisé mais qui repose néanmoins sur les pré-requis du droit informel, à savoir la contrainte volontaire pour un engagement mieux assumé en faveur du développement durable. Le droit des sociétés français se porte désormais à son chevet, d'une manière sans doute plus efficace (I). Ce faisant, le droit souple est conforté (II), et cela s'entend jusqu'au droit des contrats et le droit des affaires en général, avec un devoir de collaboration entre les parties qui se voit nettement renforcé (III).

I – Le droit des sociétés au chevet du développement durable

Les dispositions de la loi Grenelle 2 ont un point de départ assumé : l'obligation de faire un rapport sur les efforts environnementaux et de développement durable, issue à l'origine de la loi NRE de 2001. Les textes ultérieurs ont su tenir compte de lacunes relevés : désormais, l'art L225-102-1 C.Com. ne s'adressent plus uniquement, comme c'était le cas auparavant, à des sociétés pouvant proposer leurs titres sur un marché spécialisé¹³. Par ailleurs, la loi Grenelle II a étendu le « reporting » environnemental aux compagnies financières¹⁴, ainsi qu'aux sociétés d'assurances et autres mutuelles, quelques soient leurs formes juridiques. L'investissement socialement responsable ne pouvait laisser hors de sa sphère d'influence les organismes chargés de financer, d'assurer, de cautionner des entreprises susceptibles d'avoir des implications sur l'environnement¹⁵.

Ainsi, par un élargissement insoupçonné des destinataires des rapports d'informations, le législateur français a enfin compris que la protection environnementale passait aussi par l'information des associés. Il ne suffit pas d'alerter les Pouvoirs publics¹⁶, lesquels se plaignent pourtant de ne pas être à même d'avoir accès à l'information en temps utiles et de

¹³ Ceci d'emblée excluait une forme sociétaire largement valorisée par les pouvoirs public, à savoir la société par actions simplifiée. La loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, a su réparer une lacune que tous regrettait.

¹⁴ Il faudra bien sûr s'interroger sur ce terme de « *compagnies financières* », qui semble trouver davantage écho dans les droits anglo-saxons. Cette ambiguïté de termes choisis, tout en manifestant une volonté d'user de termes à connotation internationales, traduit tout de même une certaine méconnaissance des réalités du droit des sociétés français. Mais peut-être n'est-ce aussi qu'une manière d'intégrer dans notre droit français des considérations relatives aux « *parties prenantes* » ou « *stakeholders* » ? Un certain glissement sémantique est en train de se réaliser. Faudra-t-il, désormais, réserver le terme de société à la seule prise en compte des intérêts des associés ? Le terme de « *compagnies* », plus large, permettrait d'intégrer la considération de personnes autres que les seuls associés. Et ce pourrait être l'objectif du législateur, mais à long terme.

¹⁵ F.G. Trébulle et T. Bonneau, Banquiers et crédits « polluants » : Mélanges AEDBF III, 2005, p. 47

¹⁶ On peut noter qu'aux Pays-Bas, l'obligation d'établir un rapport environnemental date de 1998 et il est destiné aussi bien à l'information des autorités administratives qu'au grand public. Au Danemark, pour les entreprises cotées en bourses présentant un risque environnemental, et en Norvège, pour toutes les entreprises, quelques soient leurs tailles et leur activités, les rapports environnementaux sont à destination de l'Administration.

pouvoir anticiper sur les défaillances d'entreprises exploitant des installations classées¹⁷. Les associés pourraient être à même d'influer efficacement sur les efforts environnementaux de leurs sociétés. Cet objectif, objectivement atteignable, dépend de la communication des efforts réalisés par la société et qu'ils aient les moyens de peser sur son action. Il n'est pas certain que, sur ce dernier point, l'efficacité des exigences de « *reporting* » issues du Grenelle II soit réelle. On peut notamment regretter que l'exigence de transparence n'ait pas été étendue à d'autres partenaires des sociétés concernées. Nul n'ignore que sur le plan du social, mais aussi de l'environnement, les acteurs sociaux¹⁸ sont plus actifs que les actionnaires¹⁹. Dans le même état d'esprit, les actionnaires minoritaires sont enclins davantage à se faire entendre sur ces thèmes, y voyant ainsi des coins à enfoncer dans la politique menée par les dirigeants et actionnaires majoritaires. Les textes n'ont pas été rares, ces dernières années, à vouloir renforcer l'information des minoritaires et actionnaires salariés²⁰. On les retrouve aujourd'hui comme jalons assurant la transmission de l'information environnementale.

Ce discours sur l'insuffisante transparence des informations environnementales doit cependant être tempéré. Le législateur impose que ces informations soient inscrites dans le rapport de gestion annuel de la société, lequel est publié au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS). Le RCS étant consultable par tous, il y a tout de même une certaine publicité pour ceux qui veulent aller rechercher l'information. Ceci permet par là même de relativiser l'indifférence faite en France aux « *stakeholders* ». C'est notre droit des sociétés qui surtout les ignore. Mais on ne peut pas en dire de même de l'ensemble du droit français. Le droit de la consommation va prendre en compte l'information des consommateurs, qui contractent avec les sociétés. Le code du travail contient nombre de dispositions assurant la représentativité et l'information des salariés de l'entreprise, dont sont ignorants les codes anglo-saxons. Le droit de la concurrence, organisant les règles d'une saine compétition économique, veille, par la même occasion à ce que les entreprises concurrentes soient informées. Il en est de même pour le droit des sûretés, qui désormais prend en compte les lettres d'intention conclues par une société-mère pour l'avantage d'une de ses filiales comme de véritables sûretés. Les « actions de préférence » sont aussi un nouveau moyen d'étendre la sphère sociétaire à d'autres

17 Aussi surprenant cela puisse-t-il paraître, et en dépit des diverses exigences d'immatriculation, l'Administration continue à pouvoir ignorer le nom des associés principaux. Même si la loi Alur lui a accordé des droits particuliers en la matière.

18 Au point que l'on puisse parler des efforts du droit du travail en matière environnementale : F. Héas « La protection de l'environnement en droit du travail » Rev. Droit du Travail oct. 2009 Etude p. 565

19 C. Malecki « Pour que la gouvernance écologique rime avec éthique » D. 2008 p. 1774

20 Outre la loi de 2011, loi n° 2006-387 du 31 mars 2006 relatives aux offres publiques d'acquisition, loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement et la participation de l'actionariat salarié, l'ordonnance 2010-1511 du 9 décembre 2010 portant transposition de la directive 2007/36/CE du 11 juillet 2007

membres du groupe et les informations internes de la société à d'autres interlocuteurs²¹. Et l'on songe bien sûr à la loi du 24 mars 2014 dite loi Alur²², qui, dans le domaine de l'immobilier, a su introduire des dispositions visant à renforcer l'information, avec notamment la création des secteurs d'informations sur les sols (SIS), et une obligation d'information du locataire et de l'acheteur par le bailleur et le vendeur.

Faut-il ne voir, dans le droit souple, qu'une étape ? le développement durable en serait alors l'illustration. Le droit souple repose sur une adhésion volontaire à une norme, et à la différence du droit formel, paraît dépourvu de sanction directe. Mais le fait de l'inscrire dans un code, à l'instar de ce qui est fait aujourd'hui par les textes les plus récents, donne à ces règles une visibilité qu'elles n'auraient pas sans cela. Et ce n'est pas un paradoxe.

II – un « droit souple » conforté

La pierre la plus représentative du travail législatif amenant à prendre en considération le droit souple pour mieux l'encadrer dans le sens d'une attention portée au développement durable, est sans conteste la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, instaurant un devoir de vigilance (*due diligence*) des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre²³. Inspiré d'un drame²⁴, cette législation instaure une présomption de responsabilité pesant sur les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre, en cas d'atteintes graves aux droits humains entendus au sens large (libertés fondamentales, santé, sécurité, environnement) par les groupes multinationaux, soit directement par le biais de leurs filiales ou des sociétés qu'ils contrôlent, soit indirectement par les activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie²⁵. **L'on voit, petit à petit, l'arsenal juridique se déployer,**

21 Ces actions de préférence reposent sur une démarche volontaire des sociétés, et peuvent représenter une telle diversité que l'on n'est pas certain d'y retrouver l'obligation environnementale.

22 La loi n°2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové dite « loi ALUR ». La création d'un SIS est réalisée par le préfet en collaboration étroite avec les acteurs locaux : le maire de la commune concernée, l'intercommunalité, ainsi que le propriétaire du site.

En outre, l'article L. 125-7 du Code de l'environnement ajoute une obligation pour le vendeur ou le bailleur d'informer par écrit l'acquéreur ou le locataire de la présence d'un SIS, ainsi que de lui communiquer toutes les informations rendues publiques par l'Etat sur ce secteur. A défaut, le manque d'informations est sanctionnable dans un délai de deux ans à compter de la découverte de la pollution. Si celle-ci est telle qu'elle rend impropre le terrain à sa destination contractuelle, l'acquéreur pourra demander, au choix la résolution de la vente, la restitution d'une partie du prix, demander une diminution du loyer (pour le locataire), ou bien la réhabilitation du terrain aux frais du vendeur quand le coût n'est pas disproportionné par rapport au prix de vente.

23 Blinfranchomme, M-P. et Constantin, A. (2015), Devoir de vigilance – Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne, Revue Lamy droit des affaires, n° 104 ; Cossart, S. et Guislain, M-L. (2015), Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable, Revue Lamy droit des affaires, n° 104.

24 Le 24 avril 2013 le Rana Plaza, immeuble situé au Bangladesh s'effondre, trop de personnes s'y trouvant pour travailler pour de grandes marques du textile français et étranger : 1129 y trouvent la mort, 2500 sont blessés.

25 Gurvan Branellac, Isabelle Cadet. Le devoir de vigilance des entreprises françaises : la création d'un système juridique en boucle qui dépasse l'opposition hard law et soft law. 12ème Congrès du RIODD : "Quelles responsabilités pour les entreprises?", RIODD, Oct 2017, Paris, France. ffhalshs-02000819f

depuis les lois Grenelles I et II, renforçant le droit souple pour le rendre, non pas définitivement contraignant, mais de plus en plus prégnant, pesant, l'encerclant dans des liens moins juridiques mais non moins efficaces de l'efficacité du marché économique. Il ne s'agit plus désormais d'un mythe : le poids de la bien-pensance d'un marché peut faire basculer les modes de fonctionnement d'une entreprise, nationalement ou internationalement bien placée. Toute l'efficacité d'un droit souple, reposant sur l'engagement volontairement assumé, « où l'Etat joue un rôle prépondérant à la fois d'impulsion et de contrôle »²⁶ est ainsi petit à petit posée.

Ce devoir de vigilance, imposé par la loi du 27 mars 2017 s'adresse aux entreprises de plus de 5000 salariés en France ou 10 000 salariés dans le monde. Elles devront mettre en place un plan de vigilance raisonnable, ayant pour objectif d'identifier et de prévenir les atteintes graves aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, les risques d'atteintes à la santé ainsi qu'à la sécurité des personnes et les atteintes à l'environnement. Il y a là matière à une obligation de moyens, par laquelle le désordre réalisé par une société filiale n'entraînera pas forcément la responsabilité de la société-mère. En revanche, le plan de vigilance doit comporter une cartographie des risques identifiables, analysables et faire valoir une priorisation dans leur traitement. Cette cartographie est analysée comme équivalent à une obligation de résultat. Plusieurs choses sont novatrices dans cette démarche : tout d'abord, la contrainte de la réalisation d'un plan, doté d'un mécanisme d'alerte, qui doit être établi en concertation avec les organisations syndicales, qui en seront les bénéficiaires. Ensuite, cette possible responsabilisation d'une société-mère du fait du non-respect du plan dans une de ses filiales (L. 225-102-4.-I code de commerce). Le seul non-respect des vigilances créées par le plan peut engager la responsabilité de la société-mère. On retrouve bien sûr à ce sujet toute la discussion autour de l'absence de personnalité morale d'un groupe de société.

Ceci avait déjà été éprouvé dans le second volet de mesures prises par la loi Grenelle II, laquelle pour la 1^{ère} fois, relevait un pari ambitieux : remettre en cause le principe de l'auto-responsabilité dans les groupes de sociétés²⁷ par l'art L512-17 C Env. La symétrie entre l'absence de personnalité morale du groupe de société et l'absence de responsabilité commune aux sociétés du groupe est la source évidente de ce principe. Les sociétés membres d'un groupe sont responsables personnellement de leurs faits et contrats, la société-mère ne pouvant être déclarée responsable du fait d'une de ses filiales – et inversement, de même

²⁶ Gurvan Branellec, Isabelle Cadet op. cit. p. 3

²⁷ Françoise Le Fichant « L'appréhension par le droit privé et le droit des sociétés des enjeux environnementaux par les entreprises. » Publié in « Companies on Climate Change » publishing Warsaw School of Economics p. 33 2011

qu'entre filiales d'un même groupe. Certes, les juridictions françaises ont parfois su trouver des succédanés, des mécanismes permettant indirectement d'impliquer les sociétés-mères : on pense aux lettres de confort ou lettres d'intention, à la théorie de l'apparence²⁸, à celle de dirigeant de fait...²⁹. Le droit des entreprises en difficultés a pu fournir parfois des solutions : action en extension de procédure, action en responsabilité pour insuffisance d'actif, mais avec des résultats souvent décevants. La confusion de patrimoine peut parfois efficacement permettre d'engager la société-mère³⁰. Mais de simples relations contractuelles ou extra-contractuelles entre la mère et la fille ne suffiront pas : il faudra une situation financière, bancaire, comptable réellement imbriquée, ainsi que des « flux financiers anormaux », des accords sans véritables contreparties financières³¹. Même si l'on progresse dans la conception d'entraide entre société-mère et filiale, cela n'en fait pas encore une obligation systématique d'en assurer le passif. Le bouleversement n'est donc pas d'ordre général, il ne s'attache qu'aux pollutions et remises en état de site, et vise à pallier la défaillance d'une société d'un groupe. L'objectif est avant tout de trouver un débiteur de réparations. L'insertion alors dans le code de l'environnement au lieu du code de commerce n'était d'ailleurs pas anodine : ce n'est pas principe général du droit des sociétés qui est ainsi institué. C'est en ce sens que la loi du 27 mars 2017 est plus conséquente : elle inscrit ce principe d'engagement de la responsabilité de la société-mère dans le code de commerce.

Par ailleurs, dans cette loi, la notion d'obligation de vigilance est, pour l'heure, suffisamment vague – un nouveau standard ? – pour donner une souplesse d'interprétation aux sociétés elles-mêmes, et aux juges³², ainsi qu'aux organismes chargés de veiller au respect. L'évolution vers un droit souple davantage formalisée comprend en effet un détachement des modes habituels et institutionnels de contrôle. Les institutions délivrant des normes, des labels, seront les nouveaux arbitres des prochains temps, sans être pour autant des juridictions.

28 Mais il n'est pas toujours ainsi que de démontrer cette apparence d'engagement. Ainsi, 3^{ème} civ. 13 décembre 2006 Bull. Joly 2007 p. 485 : « la seule implication d'une société-mère dans l'implantation d'une filiale ne suffit pas à démontrer l'absence d'autonomie de la filiale et à créer l'apparence. »

29 B. Grimonprez « Pour une responsabilité des sociétés-mères du fait de leurs filiales » Rev. Soc. 2009 p. 715

30 Com. 26 février 2008 Bull. Joly 2008 p. 602 : dès lors que la confusion de patrimoines est établie entre deux sociétés d'un même groupe, la société-mère doit être tenue *in solidum* avec sa filiale de supporter les conséquences de l'inexécution d'un contrat.

31 Interrogée particulièrement sur des conventions de gestion, dans l'affaire Metal-Europ (Com. 19 avril 2005 N°05-10094), la Cour de cassation refuse de considérer comme anormaux de tels accords, ainsi que des conventions de changes, des échanges de personnels et des avances de fonds entre la mère et la filiale. Elle retient qu'il est finalement du devoir d'une société-mère d'aider sa filiale, mais que cela ne traduit pas nécessairement une confusion de patrimoines.

32 Même s'il ne faut pas ignorer que le Conseil Constitutionnel a rejeté le principe d'une amende civile : Cons. Const. 23 mars 2017 n° 2017-750 DC

On pense aux différents organismes délivrant des normes³³, des labels... au Global Compact³⁴ lesquels ne sont pas sans jouer un nouveau rôle normatif. La loi Grenelle II n'avait pas eu une influence suffisamment forte auprès des cabinets d'audit et d'expertise comptable. Mais ce que la loi Grenelle II n'a pas réussi à faire, cela a été réalisé par la loi de 2017 sur le devoir de vigilance. Les experts comptables, au travers du financement vertueux, se sont emparés largement du contrôle des objectifs de développement durable.

Ce n'est pas un paradoxe³⁵ que de « *contraindre une personne à s'imposer volontairement un comportement vertueux en matière sociale et environnementale* », car les parties, volontaires, peuvent choisir l'axe de leurs efforts, leurs objectifs prioritaires et le calendrier pour y aboutir. L'obligation de réflexion sur ces sujets³⁶, qui s'en déduit, est l'aboutissement souhaité par l'Autorité Publique. C'est une imprégnation à des préoccupations générales qui est ainsi requise. Et dans cette considération-là, il est évident que seules des obligations de moyens pourront être retenues. Mais même s'il ne s'agit « que » d'obligations de moyens, encore faudra-t-il se réserver la preuve de ce qui aura été fait... On le sait, la règle « *complain or explain* » a trouvé des applications en droit des sociétés en France (par exemple dans l'article L225-37-4 du code de commerce, complété par l'ordonnance du 12 juillet 2017). Les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché spécialisé devront s'expliquer devant leurs associés et administrateurs. Mais si l'on formalise le droit souple, ce sera aussi à « l'autorité de contrôle », à l'organisme délivrant la reconnaissance, le label... La sanction n'est toujours pas directe, mais du ressort de l'indirect, de l'atteinte portée à l'image auprès des clients, des partenaires, des concurrents, d'une perte de crédibilité, partant, d'une perte d'influence et une chute du chiffre d'affaires.

³³Ainsi, la norme ISO 26000, publiée le 1^{er} novembre 2010, sur les « lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale » donne une définition de cette responsabilité sociétale : c'est « *la responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ces décisions et activités sur la société et l'environnement, se traduisant par un comportement éthique et transparent qui : contribue au développement durable, y compris à la santé et au bien-être de la société ; prend en compte les parties prenantes ; respecte les lois en vigueur tout en étant en cohérence avec les normes internationales de comportement ; est intégré dans l'ensemble de l'organisation et mis en œuvre dans ses relations* ». La norme ISO 26000 vise expressément l'environnement et sa préemption par les sociétés, « organisations responsables ». Elle ne comporte pas d'exigences et ne fournit que des recommandations.

Pour un ex : <https://www.pwc.fr/fr/publications/developpement-durable/sdg-reporting-challenge-2017.html>

³⁴ Le Global Compact est « le point de départ pour toute organisation cherchant à s'appropriier et à soutenir les Objectifs de Développement Durable (ODD) des Nations Unies, adoptés en septembre 2015. Ces objectifs constituent un agenda universel à mettre en œuvre d'ici 2030 pour construire ensemble l'avenir de nos sociétés. ».

³⁵ Contra P. Berlioz « Droit souple ou droit dur, un (non) choix lourd de conséquences » Rev. Soc. 2018 p. 644

³⁶ A comparer, au sein de la section 172 du bien connu *Companies Act*, l'obligation pour un dirigeant social d'agir pour promouvoir le succès de la société au bénéfice de tous ses membres, en tenant compte des conséquences probables de ses décisions sur le long terme, des intérêts des salariés, du besoin de favoriser les relations avec les fournisseurs, les clients et les autres partenaires, etc.

Cet élargissement du cercle d'information va se doubler inéluctablement d'un élargissement du champ contractuel. Et c'est bien le sens de l'évolution récente, formalisé par d'autres textes récents, qui permet au droit des sociétés de s'appuyer des grandes notions phares de notre droit, pour se projeter indéniablement vers des préoccupations de développement durable.

III - Les grandes notions en recours

Il est une autre façon de dénommer ces grandes notions : il s'agit des « grands standards »³⁷ qui gouvernent notre droit, sous réserve d'être suffisamment souples et larges pour laisser place à l'interprétation du juge. C'est ainsi qu'ils ont d'ailleurs toujours été conçus en droit français. Et au-delà de la notion d'intérêt social, abordé dans la loi Pacte (A), c'est le droit des contrats qui est concerné : l'évolution met en avant les valeurs contractuelles de la collaboration et de la coopération. Et l'ordonnance du 10 février 2016 s'appuie indéniablement sur ces concepts (B).

A – L'intérêt social : une autre compréhension ?

L'intérêt social connaît ce paradoxe d'être une notion phare du droit des sociétés, tout en n'ayant jamais bénéficié d'une définition légale. Mais est-ce vraiment un paradoxe ? Il fut un temps où l'état d'esprit qui prédominait était de laisser les notions fondamentales être interprétées, en tant que de besoin, par les juridictions. La Cour de cassation se présentait alors comme la juridiction seule susceptible de créer une ligne directrice et unificatrice des solutions des juges du fond³⁸. D'ailleurs, la notion d'intérêt social n'intervenait que d'une manière ponctuelle (par exemple en matière d'abus de majorité ou de minorité, ou de pouvoir du dirigeant). Dans l'article 1833 code civil, il n'est d'ailleurs pas expressément formulé comme tel : « *tout associé doit avoir un objet licite et être **constitué dans l'intérêt commun des associés.*** ». Ce qui a généré toute une réflexion doctrinale sur la nuance entre « *intérêt commun des associés* » et « *intérêt social* » de la société.

C'est cet article 1833 du code civil que la loi Pacte, en droit français³⁹, a résolu de modifier, en ajoutant, dans un nouvelle alinéa, la précision selon laquelle : « *La société est gérée dans*

³⁷ P Roubier « Théorie générale du droit. Histoire des doctrines et philosophique des valeurs sociales » Sirey 2^{ème} édition 1951 p. 110 et suiv « *Le standard aboutit évidemment à donner un rôle plus considérable au juge, qui ne se bornera pas à appliquer d'une manière mécanique une règle dans l'espèce, mais qui devra étudier la conduite du défendeur et la comparer à un type-modèle (...)* » ; N. Blanc « *le juge et les standards juridiques* » RDC 2016/2 p. 394 ; B. Sturlèse « *le Juge et les standards juridiques* » RDC 2016/2 P 398

³⁸ La création d'un principe général du droit par la jurisprudence, comme les troubles anormaux du voisinage, serait-il possible de nos jours ?

³⁹ P.H.Conac « *La société et l'intérêt collectif : la France seule au monde ?* » rev. Soc. 2018 p. 558

son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. ». La responsabilité sociale et environnementale entre de plain-pied dans le droit des sociétés, et par la grande porte, puisque c'est le code civil qui porte cette mutation. Il est ainsi inscrit que l'intérêt social de la société s'étend largement aux intérêts extérieurs de l'entreprise. C'est une façon d'institutionnaliser le « droit souple » que pouvait être la responsabilité sociale et environnemental. Le choix du code civil pour porter cette réforme est fondamental : ces dispositions auront vocation à s'appliquer à toutes les sociétés, ce titre neuvième du Code civil formant bien sûr la théorie générale des sociétés. Même si des articles du code de commerce décline ce nouveau concept pour les sociétés commerciales (art L225-1, L 225-35, art L235-1 Code de commerce), il aura, de par sa présence dans le code civil une application plus large, y compris aux sociétés civiles. Celles-ci, pour ne pas être commerciales, ne sont pas pour autant à écarter du développement durable : les sociétés civiles de construction ont forcément une carte à jouer en matière de choix des matériaux de construction. Et il peut en être de même des sociétés de gestion immobilières.

En passant, on voit poindre ici la nécessité de plus en plus criante de théoriser juridiquement le concept d'entreprise. Car dans cette incise de l'intérêt social dans le code civil, se profile une confusion entre société et entreprise : « *en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* »... cela pourrait être dit d'une entreprise. Quelle nécessité de l'ajouter à la notion d'intérêt social ⁴⁰? Est-il possible à une forme sociétaire – structure d'accueil d'une entreprise⁴¹- d'avoir un souci autre que celui du bon fonctionnement de la société ? La notion d' « *intérêt propre de la société* » introduite un temps par le rapport Notard et Senard⁴², qui aurait été à mi-chemin entre l'intérêt social et l'intérêt des parties prenantes n'était pas sans susciter des interrogations. Mais si la société ne l'a pas, l'entreprise l'aura-t-elle ? D'où l'importance du rôle joué par les associés, les administrateurs dans les CA... Mais ce serait aussi oublier que toutes les formes sociétaires ne servent pas forcément une structure commerciale, sauf à considérer que les entreprises ont, elles aussi, une nature commerciale ou une nature civile. Tout le versant des sociétés civiles libérales, et surtout les sociétés civiles immobilières, particulièrement celles qui sont familiales, semble occulté. Il y a pourtant un *affectio societatis*, une volonté de contribuer aux pertes et aux bénéfices, et de fait, des associés qui peuvent avoir une réelle incidence sur des choix économiques écologiques⁴³. S'agissant des modes de construction, de chauffage d'un immeuble collectif,

40 A. Couret « la réforme de l'entreprise passe-t-elle nécessairement par une réécriture du code civil ? » Rev. Sociétés 2018 p. 639

41 J. Paillusseau « La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise » Sirey 1967

42 Rapport Senard-Notat, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, publié le 9 mars 2018

43 En 2018, 94.000 SCI ont été créées en France, ce qui représente environ 14% de la création totale d'entreprises.

de traitement des déchets... les sociétés civiles familiales seront décisionnaires sans pour autant que l'entité soit à l'origine à développement économique, puisqu'il ne s'agit parfois que de transmettre *inter familias* un patrimoine immobilier.

Il est en outre nécessaire de s'arrêter sur cette nouveauté : l'option laissée à une société d'ajouter à son objet social une « *raison d'être* ». Cette faculté intrigue et laisse les auteurs et les praticiens pour le moins perplexes. Sans précision particulière, sans contrainte spécifique, mélange de « droit mou » et d'un début de formalisation, cette raison d'être d'une société risque de passionner les auteurs, tant juristes qu'économistes et management, pendant plusieurs décennies... à défaut peut-être d'enthousiasmer les entrepreneurs. Il appartiendra à l'assemblée générale des associés de décider si la société s'inscrit dans une mission particulière, une « *raison d'être* ». En sera-t-il de même pour la détermination de l'intérêt social⁴⁴ ?

La bonne volonté du législateur n'est pas remise en cause, mais on peut être sceptique sur cette propension à ajouter dans les codes des dispositions polies (gentilles...) ... sans portée réelle. D'un diabolisme exagéré des sociétés, serions-nous passés à un angélisme exagéré ?

On sait aussi que la démarche de la RSE et du droit souple se trouve là : inciter, pour faire entrer dans les habitudes...avec ce pari : on applique mieux ce que l'on a choisi de s'imposer. En tout état de cause, c'est bien sûr le développement durable, social et environnemental, qui est visé dans ces raisons d'être. Ceci devant inciter les sociétés à développer des missions, au-delà de leur objet social... faire du développement durable à titre accessoire...

Quoique l'on puisse penser de cet engouement, factice ou non, pour le développement durable, il faut souligner comment, de ce fait, l'intérêt social, l'objet social, « objets » éminemment sociétaire (au sens strict du terme) vont permettre au droit des sociétés de se tourner vers le droit des contrats. Il n'y a là rien de nouveau : la société est un contrat, et le droit des contrats a vocation à s'y appliquer. Mais le positionnement particulier des associés vis-à-vis de la société, que des jurisprudences ont mis en exergue ces dernières années⁴⁵, peut trouver là un autre moyen d'expression. Dans une société à mission⁴⁶, les associés seront tenus

44 Des nuances apparaissent qu'il faudra lever, entre la direction et la gestion, entre les pouvoirs des dirigeants et ceux des associés réunis en assemblée générale. Les opérations de gestion doivent relever davantage de la personne chargée de la direction, tandis que les associés déterminent l'orientation « politique » de la société, son souhait de s'inscrire dans certains contextes de développement durable et sociétale (voir jurisprudence sur la vente de l'unique fonds de commerce dans une SARL : Com. 31 janvier 2012 n° 10-15489

45 3^{ème} civ. 8 novembre 2000 JCP 2001 p. 31 note Y. Chartier : un associé qui agit en responsabilité contre un créancier social, qui poursuit le recouvrement de sa dette, doit se fonder sur la responsabilité délictuelle ; 3^{ème} civ. 6 octobre 2010 JCP Ent. Nov. 2011 p. 1026 : un associé d'une société civile poursuivi en paiement des dettes sociales peut former tierce opposition à l'encontre de la décision de la société condamnant la société en paiement.

46 Emmanuel Masset « Vers la société à mission » in « L'intérêt social dans la loi Pacte » Dalloz édition Grand Angle 2019 p. 211

à un engagement qu'ils ont choisi, au-delà de leurs obligations lambda d'associés. De quelle nature sera cet engagement ? collectif ? individuel ? cela mettra-t-il en cause leur responsabilité individuelle plus aisément qu'un manquement à l'obligation de respecter les statuts de la société ? Et en substance, dans un tel contexte d'interrogation, quel intérêt les associés auraient-ils à se contraindre ainsi à ces missions, sinon par conviction personnelle ?

Concrètement, il sera également nécessaire de s'interroger sur le passage d'une société *lamda* à une société à mission. Il ne suffira pas de se décréter une mission pour le devenir, et bénéficier de l'aura qui sera *a minima* attachée à cet engagement sociétaire. Les quelques sociétés françaises qui se sont déjà attachées à une telle démarche⁴⁷ ont dû modifier leur mode de gouvernance et y adjoindre un comité d'impact chargé de contrôler le respect de la mission en toute indépendance... L'intérêt de l'énoncer dans le code civil est que ces missions ont vocation à concerner autant les sociétés civiles que commerciales, autant les sociétés dites de capitaux que celles de personnes. Il n'y a donc pas une forme sociétaire dédiée, mais toute forme de société peut s'adapter, sous réserve de constituer un organe de contrôle. Ce ne serait pas non plus la première fois qu'il est demandé à des sociétés d'adapter leurs organes à une activité particulière. On pense ainsi particulièrement aux sociétés de construction par attribution (en propriété ou en jouissance à temps partagé) où il est demandé d'opter pour une forme sociétaire dotée d'un organe de surveillance, ou à défaut d'en constituer un⁴⁸. Certes, le code de la construction et de l'habitation fournit des indications absentes, pour l'instant, des articles du code civil. Mais l'on est en droit de penser que la place de telles précisions n'est pas justement dans le code civil et que des précisions ultérieures viendront dans des codes plus spécialisés ou par décret.

Il est en tout cas acquis que la France n'est encore que dans une phase intermédiaire où la possibilité d'une mission que l'on pourrait qualifier d'intérêt universel peut être adoptée par une société sans que la mise en œuvre de cette contrainte volontaire ne soit encore vraiment acté. Que cela soit susceptible d'engager la responsabilité de la société qui s'y volontairement soumise ne pose guère de doutes. Il est donc nécessaire de clarifier les modalités de contrôles et de rendu-compte des efforts faits pour réaliser la mission et de déterminer à qui ces informations devront être faites : associés, administrateurs, financeurs, clients – consommateurs, pouvoirs publics ... ?

⁴⁷ Camif, Nutriset...ou encore Connexing, société nantaise de 50 personnes.

⁴⁸ Art L214-6 code de la construction et de l'habitation. « Dans les sociétés qui, d'après la législation en vigueur, ne comportent ni conseil d'administration, ni conseil de surveillance, il est institué un conseil de surveillance composé de deux associés au moins, désignés, annuellement par une assemblée générale des associés statuant à une majorité représentant au moins la moitié du capital. »

Il sera utilement fait comparaison avec les « *community interest Company* » anglaise (qui existe depuis 2004)⁴⁹, qui renvoie à la catégorie d'acteurs de l'économie sociale : association, fondation, structures coopératives, mutualistes... Cette construction juridique vient remettre en cause la structure lucrative, capitalistique, des sociétés, que ce soit à titre principal ou à titre accessoire⁵⁰. Si un risque de confusion existe avec les entités collectives déjà reconnues, il faut néanmoins se convaincre que ces dernières ne doivent pas avoir le monopole de l'action gratuite, bénévole, et que cette dernière peut accessoiriser une activité lucrative plus habituelle. L'activité lucrative peut être aussi vertueuse, et c'est bien ce que revendique aujourd'hui certains dirigeants de sociétés. Le développement durable serait ainsi pour eux l'occasion de le montrer.

La RSE est une façon indéniable de faire entrer le code civil dans le quotidien des français. Quel symbole plus fort apporté à la RSE que de la convier ainsi dans notre code civil ? Au risque de voir poindre un code de commerce de plus en plus spécialisé tandis que des grands principes généraux seraient réservés au code civil ? C'est aussi la démonstration que les sociétés sont des acteurs à part entière des grands enjeux de Société, dont bien sûr le développement durable est l'un des fers de lance. Du moins, l'inscrire dans le code civil, c'est inscrire que le développement durable doit être un des enjeux généraux des sociétés. Les répétitions sur la raison d'être peuvent surprendre. C'est oublier la valeur pédagogique des éléments de langages. Le contrat de société n'est pas vécu comme un contrat d'antagonismes, mais comme un contrat structurant une organisation ou une relation⁵¹.

B – Le renforcement de la valeur contractuelle de la collaboration.

On vit une époque formidable, où tout est susceptible d'être réinterrogé. Et grâce, peut-être à la réforme du droit des contrats. Même si celle-ci n'a pas toujours été aussi loin que d'aucuns l'eussent espéré, elle a eu le mérite – la force – l'outrecuidance - de remettre à plat des textes datant de 1804. Et ce faisant, a permis que tout soit désormais source de questionnement. Il n'y a que le premier pas qui coûte... Ce n'est donc point un hasard, si aujourd'hui c'est la notion phare du droit des sociétés qui est concerné – l'intérêt social – et cela doit être mis en

⁴⁹ *Community Interest Company* de droit anglais qui a pour originalité de renfermer un objet d'intérêt général, mais qui conserve un but lucratif pour ses associés.

⁵⁰ ex : *benefit corporation* au Maryland, aux USA, ou *public benefit corporation* créée en 2015 au Delaware dont Danone. Idem en Italie.

⁵¹ Puisque c'est dès sa constitution – et non pas seulement dans son organisation – qu'elle devait être régie par l'intérêt commun. Le contrat de société n'est-il pas en train de vivre une mutation, qui expliciterait son positionnement dans le code civil ? N'est-ce pas d'ailleurs tout le contrat qui vit cette mutation ? le contrat ne serait plus affaires d'antagonismes – seul le contentieux le serait. Tout contrat - et donc le contrat de société – serait des œuvres de construction, de structuration entre des parties, mais aussi entre les partenaires, mais aussi au regard des intérêts plus globaux. Jamais la frontière n'a été autant interrogée entre la notion de parties au contrat, de tiers au contrat – tout comme dans le contrat de société : les associés sont-ils des tiers par rapports au contrat de société ?

exergue avec l'évolution du droit des obligations telle que portée par l'ordonnance du 10 février 2016.

L'utilisation du code civil pour donner de la force à l'intérêt social dans les sociétés a aussi une autre signification : rapprocher le droit des sociétés des valeurs contractuelles. La refonte en droit français du droit des obligations témoigne d'une avancée de la réflexion juridique dont le droit des affaires, partant le droit des sociétés, peuvent être des exemples.. En outre, le droit des obligations développe le concept de collaboration entre les parties au contrat. Il y a lieu là, seulement à un changement d'échelle. Ce n'est plus à l'Etat ou à un Conseil d'Administration qu'il faut expliquer pourquoi on n'applique pas la règle, c'est au cocontractant. Ce qui est avéré pour tout échange l'est encore davantage pour l'environnement et le développement durable.

D'ailleurs, en avancée, la réforme du bail commercial en est une autre illustration. Deux éléments sont particulièrement à mettre en avant : l'annexe environnementale, qualifiée par le législateur lui-même d'« annexe verte », exigée depuis la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010⁵², dite « loi Grenelle 2 », et la réforme plus globale du bail commercial datant de 2014. En vertu du nouvel article L.125-9 C. Env., les baux commerciaux signés ou renouvelés « *portant sur des locaux de plus de 2000m² à usage de bureaux ou de commerces, signés à compter du 1^{er} janvier 2012 devront compter une annexe verte* ». Les décrets d'application ont mis à la charge des preneurs des obligations précises tenant à la limitation de la consommation énergétique des locaux loués. Le locataire pourra certes négocier sa participation active à la réduction des dépenses énergétiques, même s'il est fort à craindre qu'il ne soit pas systématiquement en situation d'obtenir des contreparties dans le bail commercial. Mais l'option choisie est clairement la collaboration entre les parties, car le même article du code de l'environnement entend contraindre les parties à se communiquer mutuellement toutes informations utiles relatives aux consommations énergétiques⁵³. L'attenué du législateur est de se reposer sur la coopération entre les parties au contrat pour aboutir à une collaboration vertueuse sur le terrain de la protection environnementale. Car au-delà des annexes

52 L'article L. 125-9 du Code de l'environnement qui l'instaure vise les baux nouvellement conclus ou renouvelés au 1er janvier 2012, portant sur les locaux de plus de 2 000 m², à usage de bureaux ou de commerce (et à compter de juillet 2013 pour les baux en cours ; Voir « La problématique environnementale en droit des baux commerciaux » par Arnaud Reygrobellet JCP Notariale et Immobilière n° 42, 21 Octobre 2011, 1279

53 Dans cet ordre d'idées, il est requis du locataire qu'il permette au bailleur l'accès aux locaux loués pour la réalisation de travaux d'amélioration de la performance énergétique.

informatives exigées, il est bien demandé aux parties de s'informer réciproquement, et de collaborer, pour diminuer l'impact environnemental du local commercial⁵⁴.

Cette nécessité d'amener les parties au bail commercial à collaborer a finalement été renforcée par la loi portant réforme des baux commerciaux, la loi Pinel n° 2014-626 du 18 juin 2014. Cela ne relève peut-être pas d'une volonté d'ensemble des législateurs, mais démontre une évolution d'ensemble des relations contractuelles. C'est particulièrement patent s'agissant d'un contrat qui n'a pas forcément d'équivalent dans d'autres pays et où les relations contractuelles étaient, jusqu'alors, fortement teintés d'antagonismes et d'iniquité. Là où un contentieux récurrent sévissait (celui des travaux à réaliser dans le local, mis très souvent contractuellement à la charge du preneur), le législateur a imposé des obligations d'informations sur le passé, le présent et le futur⁵⁵. Ce ne sont que des obligations d'informations, certes, mais qui signent un véritable changement d'état d'esprit pour aller vers plus de collaboration dans un contrat qui en était singulièrement jusqu'ici dépourvu. Il s'agit en outre des travaux qui doivent également permettre d'améliorer la performance énergétique des locaux⁵⁶. On est d'ores et déjà dans une prise de conscience généralisée des objectifs de développement durable et l'obligation de collaboration entre parties est utilisée à cet effet.

Les échanges entre parties sont ainsi encouragés et c'est aussi tout le ressort de la réforme du droit des obligations. On sait notamment que la coopération entre parties sera privilégiée pour assurer la continuité du contrat, dont l'exécution est mise en danger. L'obligation de négocier est remise à l'honneur, au service du contrat. Ce glissement de l'obligatoire vers le concerté, du cadre imposé vers la « co-construction » n'épargne aujourd'hui aucun de nos modes de fonctionnement. Mais ce raisonnement ne peut s'entendre, sans anarchie, qu'à la condition qu'un cadre minimal contraignant subsiste. Celui-ci reste la force obligatoire du contrat en général, et des statuts de sociétés en particulier. Et tout cela questionne également la place de

54 On pourra bien sûr regretter que ce texte ne vise que les locaux commerciaux d'une surface supérieure à 1000 m², ce qui laisse de côté les petites exploitations commerciales qui ne sont pas les moins polluantes.

55 état des lieux au moment de la prise des locaux Art L 145-40-1 ccom ; état des travaux réalisés les trois années antérieures avant le bail, et état des travaux envisagés les années suivantes L 145-40-2 C Com

56 Une des particularités française vient de ce qu'il a été décidé de se saisir de la protection environnementale par le local, par l'immeuble, et non par le fonds de commerce. Les cessions ou autres transferts de propriété d'un fonds de commerce ne sont pas concernées par les diagnostics et autres obligations d'information sur la consommation environnementale. Cela ne le sera que si, concomitamment au fonds de commerce, est cédé également un bail commercial, ce qui est fréquent, certes, mais pas non plus systématique. Le fonds de commerce, en tant que tel, est donc considéré comme neutre du point de vue du développement durable, puisque non susceptible de générer quelque nuisance. Cela ne peut évidemment correspondre à la réalité. Mais la démarche a ceci d'innovant d'impliquer dans la responsabilité environnementale le propriétaire des locaux, ce qui ajoute au propriétaire du fonds de commerce, un codébiteur potentiel à une dette environnementale. Il n'en reste pas moins que le fonds de commerce, en tant que tel, ne saurait rester à l'écart de l'effort environnemental, d'autant plus que les fonds de commerce dépourvus de bail commercial sont sans doute les mêmes qui ne sont pas, non plus, organisés sous forme sociétaire.

chacun dans le cadre contractuelle ou sociétaire : qui est partie ? qui est associé ? qui est un tiers ? Le développement durable ne pourra que mieux se porter d'un élargissement général du champ contractuel, qu'il s'agisse du contrat de société ou d'un contrat en général.