

L'évolution de la responsabilité civile des sociétés en droit français

Matthieu Zolomian

Volume 62, Number 3, September 2021

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1080614ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1080614ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Zolomian, M. (2021). L'évolution de la responsabilité civile des sociétés en droit français. *Les Cahiers de droit*, 62(3), 827–857. <https://doi.org/10.7202/1080614ar>

Article abstract

Recent reforms in tort law have important consequences for the liability of companies in general and business corporations in particular. Numerous laws have been passed since 2016 to create or reinforce corporate liability regimes, such as the law introducing ecological damage, the ordinance relating to damages awarded to the victims of anti-competitive practices, or the law introducing a duty of care within certain companies. The combination of these laws reveals two directions in which corporate liability is tending to move.

The first is a rise in the moral standard of corporate behaviour. Pursuant to these new texts, legal persons must follow a certain standard of behaviour in their actions or risk punishment under tort law. Corporate social responsibility is thus becoming less and less moral and more and more legal.

The second direction in which company law is moving is more surprising, as it may change a general principle of company law. Several laws seem to introduce a liability of the parent company for its subsidiary, which at first sight seems to be contrary to the principle of autonomy of each company within a group. The law creating a duty of vigilance thus makes it possible to sanction the parent company in the event of human rights or environmental violations committed by its subsidiary. To do so, however, the parent company must have failed to put in place or implement a due diligence plan. In this case, the damage compensated will be that caused by the subsidiary, but the fault opening the case to liability will be that of the parent company. However, a new rule mixing competition law and civil liability law may lead to the parent company being liable with its subsidiary without even having to prove any fault on its part. By presuming that all the persons composing the company condemned for an anti-competitive infringement are at fault, the Commercial Code opens up the possibility of condemning a parent company if one of its subsidiaries has committed an anti-competitive fault. The importation of a competition law concept into tort law thus leads to a profound change in tort law within the corporate group.

L'évolution de la responsabilité civile des sociétés en droit français

Matthieu ZOLOMIAN*

De récentes réformes concernant le droit de la responsabilité civile emportent des conséquences importantes quant à la responsabilité civile pesant sur les sociétés en général, et les sociétés anonymes en particulier. De nombreuses lois ont été adoptées depuis 2016, créant ou renforçant des régimes de responsabilité qui s'appliquent aux sociétés, telles la Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages introduisant le préjudice écologique, l'ordonnance relative à l'action en dommages et intérêts du fait de la commission d'une pratique anticoncurrentielle ou encore la Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. La combinaison de ces lois permet de constater deux directions vers lesquelles la responsabilité civile des sociétés tend à s'orienter.

La première direction est une plus grande moralisation des comportements des sociétés commerciales. En vertu de ces nouveaux textes, les personnes morales doivent suivre dans leur action une certaine norme comportementale, sauf à être sanctionnées au titre de la responsabilité délictuelle. La responsabilité sociétale des entreprises devient alors de moins en moins morale, et de plus en plus juridique.

La seconde direction que le droit des sociétés veut emprunter est plus étonnante en ce qu'elle peut modifier un principe général du droit des sociétés. Plusieurs lois semblent introduire une responsabilité de la société mère du fait de sa filiale, qui paraît de prime abord être contraire au principe d'autonomie de chaque société au sein d'un groupe. La loi créant un devoir de vigilance permet ainsi de sanctionner la société mère en cas d'atteintes aux droits de la personne ou à l'environnement commises par sa filiale. Pour ce faire, il est toutefois nécessaire que la société mère ait manqué à son obligation de rédiger ou de mettre en œuvre

* Maître de conférences, Université Jean Monnet (Saint-Étienne) ; membre du Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID).

un plan de vigilance. Dans ce cas, le dommage réparé sera celui qui a été causé par la filiale, mais la faute ouvrant le cas à la responsabilité sera bien celle de la société mère. Cependant, une nouvelle règle, mêlant droit de la concurrence et droit de la responsabilité civile, peut aboutir à ce que la société mère soit responsable avec sa filiale sans même devoir prouver une quelconque faute de sa part. En présumant fautives toutes les personnes qui composent l'entreprise condamnée pour une atteinte anticoncurrentielle, le Code de commerce permet de prononcer un jugement contre une société mère si une de ses filiales a commis une faute anticoncurrentielle. L'importation d'une notion de droit de la concurrence—l'entreprise—en droit de la responsabilité civile entraîne alors une profonde mutation de la responsabilité civile au sein du groupe de sociétés.

Recent reforms in tort law have important consequences for the liability of companies in general and business corporations in particular. Numerous laws have been passed since 2016 to create or reinforce corporate liability regimes, such as the law introducing ecological damage, the ordinance relating to damages awarded to the victims of anti-competitive practices, or the law introducing a duty of care within certain companies. The combination of these laws reveals two directions in which corporate liability is tending to move.

The first is a rise in the moral standard of corporate behaviour. Pursuant to these new texts, legal persons must follow a certain standard of behaviour in their actions or risk punishment under tort law. Corporate social responsibility is thus becoming less and less moral and more and more legal.

The second direction in which company law is moving is more surprising, as it may change a general principle of company law. Several laws seem to introduce a liability of the parent company for its subsidiary, which at first sight seems to be contrary to the principle of autonomy of each company within a group. The law creating a duty of vigilance thus makes it possible to sanction the parent company in the event of human rights or environmental violations committed by its subsidiary. To do so, however, the parent company must have failed to put in place or implement a due diligence plan. In this case, the damage compensated will be that caused by the subsidiary, but the fault opening the case

to liability will be that of the parent company. However, a new rule mixing competition law and civil liability law may lead to the parent company being liable with its subsidiary without even having to prove any fault on its part. By presuming that all the persons composing the company condemned for an anti-competitive infringement are at fault, the Commercial Code opens up the possibility of condemning a parent company if one of its subsidiaries has committed an anti-competitive fault. The importation of a competition law concept into tort law thus leads to a profound change in tort law within the corporate group.

Las recientes reformas alcanzadas en derecho de la responsabilidad civil han arraigado consecuencias importantes en cuanto a la responsabilidad civil que recae sobre las sociedades en general, y específicamente sobre las sociedades anónimas. Desde el año 2016 se han promulgado numerosas leyes que han creado o reforzado los regímenes de responsabilidad las sociedades, como la ley que contempla el perjuicio ecológico, la resolución judicial vinculada con la acción de indemnización por la comisión de una práctica anticompetitiva, o incluso, la ley que instaura el deber de vigilancia en el seno de algunas sociedades. La combinación de estas leyes ha permitido constatar dos direcciones hacia las cuales la responsabilidad civil de las sociedades tiende a orientarse.

La primera es una mayor moralización del comportamiento de las sociedades comerciales, pues de acuerdo a estas nuevas disposiciones, las personas morales deben observar en sus acciones una cierta norma de conducta, a menos que sean sancionadas por responsabilidad delictual. Las responsabilidades sociales de las empresas es cada vez menos moral y cada vez más jurídica.

La segunda dirección hacia la cual se orienta el derecho corporativo resulta ser más sorprendente, puesto que puede modificar un principio general del derecho mercantil. Varias leyes parecen incorporar una responsabilidad de la sociedad matriz por sus filiales, lo que parece, a primera vista, contrario al principio de autonomía de cada sociedad en el seno de un grupo. La ley que ha creado un deber de vigilancia ha permitido que se sancione a la sociedad matriz en caso de que su filial viole derechos humanos o vulnere el medio ambiente. Para esto, es necesario que la sociedad matriz haya faltado a su obligación para

instaurar o implementar un plan de vigilancia. En este caso, el daño que se debe resarcir será aquel que haya sido causado por parte de la filial, sin embargo, la culpa que determine la responsabilidad será asumida por la sociedad matriz. No obstante, una nueva regla que aúna la normativa de competencia con el derecho de responsabilidad civil puede resultar en la determinación de la responsabilidad conjunta, por parte de la sociedad matriz y su filial, sin necesidad de tener que demostrar culpa alguna de su parte. Al presumir la culpabilidad de todas las personas que integran la empresa que ha sido condenada por infringir prácticas anticompetitivas, el Código de Comercio establece que una sociedad matriz puede ser condenada si una de sus filiales es responsable por haber infringido una disposición anticompetitiva. La importación de una noción del derecho de competencia -la empresa- en el ámbito del derecho de la responsabilidad civil ha provocado una profunda mutación de la responsabilidad civil en el seno del grupo de sociedades.

| | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| 1 La responsabilité civile extracontractuelle renforcée des sociétés..... | 835 |
| 1.1 Le renforcement des comportements fautifs..... | 836 |
| 1.2 L'accroissement du nombre de victimes et de sanctions..... | 838 |
| 2 La responsabilité civile au sein des groupes de sociétés..... | 845 |
| 2.1 La responsabilité de groupe par la preuve d'un agissement de la société mère..... | 846 |
| 2.2 L'avènement d'une responsabilité de la société mère sans faute prouvée..... | 853 |

«Une grande responsabilité est la suite inséparable d'un grand pouvoir¹»: par ces termes, les membres du Comité de salut public indiquaient aux représentants en mission auprès des armées révolutionnaires les obligations attachées à leurs prérogatives. À leur large pouvoir était adjointe une grande responsabilité, car un représentant en mission qui commettait une faute engageait non seulement sa responsabilité, mais

1. CONVENTION NATIONALE, *Collection générale des décrets rendus par la Convention nationale*, vol. 9, Paris, Baudouin, 1793, p. 72.

celle de la Convention dans son intégralité². Si cette dernière liait par une promesse sa responsabilité morale, les premiers, quant à eux, risquaient une responsabilité pénale.

Force est de constater que, quelques siècles plus tard, cette mise en garde est aussi applicable aux sociétés, particulièrement aux plus grandes. Les sociétés *stricto sensu* disposent d'un vaste pouvoir au sein de la société *lato sensu* : pouvoir économique, mais malheureusement aussi pouvoir de nuisance. À ce pouvoir ont été attachées depuis quelque temps de plus larges responsabilités, notamment une responsabilité civile accrue³.

C'est ainsi que le projet Terré⁴ s'est intéressé dès 2011 à la responsabilité des personnes morales, d'une part en prévoyant que « [l]a faute de la personne morale résulte de l'acte fautif de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement⁵ » et d'autre part en proposant d'introduire une responsabilité de la société mère du fait d'une autre personne morale qu'elle contrôle⁶, ayant commis un fait fautif en raison d'une instruction, d'une immixtion dans la gestion ou, au contraire, d'une abstention de vérification de l'action de sa filiale⁷. Ces réflexions ont, pour partie, abouti à la proposition de réforme du droit de la responsabilité civile communiquée par la Chancellerie le 13 mars 2017, mais qui n'a pas encore été consacrée en droit positif⁸.

-
2. Michel BIARD, « Les pouvoirs des représentants en mission sous la Convention », *Annales historiques de la Révolution française*, n° 1, 1998, p. 3, à la page 16.
 3. Du point de vue de la responsabilité pénale, plusieurs rapports ont proposé une dépenalisation de la vie des affaires. Voir notamment le GROUPE DE TRAVAIL SUR LA DÉPENALISATION DE LA VIE DES AFFAIRES, *La dépenalisation de la vie des affaires*, rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, par Jean-Marie COULON, Paris, La Documentation française, 2008.
 4. François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011.
 5. *Id.*, p. 2. C'était le premier alinéa de l'article 7 du projet.
 6. En cela, le projet Terré rejoignait en partie le projet Catala, qui prévoyait à l'article 1360 al. 2 que, « [d]e même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, 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 » : FRANCE, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, par Pierre CATALA, Paris, Documentation française, 2005, p. 178.
 7. Fr. TERRÉ (dir.), préc., note 4.
 8. FRANCE, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, par Jean-Jacques URVOAS, 13 mars 2017, [En ligne], [www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf](25 mars 2021). La réforme a fait l'objet d'une proposition de loi enregistrée à la présidence du Sénat le 29 juillet 2020 : FRANCE, SÉNAT, *Proposition de loi n° 678 portant réforme de la responsabilité civile*,

D'autres textes de droit positif prévoient des mesures introduisant de nouvelles formes de responsabilité pour les sociétés. C'est le cas tout d'abord de la *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*⁹, par laquelle le législateur introduit les articles 1246 et suivants au sein du Code civil. Ceux-ci indiquent les conditions dans lesquelles le préjudice écologique peut être réparé et donc entraîner la responsabilité de la personne causant un tel dommage. Ensuite, nous devons souligner l'entrée en vigueur de l'ordonnance relative à l'action en dommages et intérêts du fait de la commissions d'une pratique anticoncurrentielle du 9 mars 2017¹⁰ ayant vocation à favoriser les actions en dommages et intérêts lorsque des pratiques anticoncurrentielles sont en jeu. Transposition d'un texte émanant de l'Union européenne¹¹, cette ordonnance permet de faciliter¹² les actions en responsabilité civile à l'encontre d'entreprises qui ont commis un agissement nuisible au marché concurrentiel et d'encourager l'indemnisation des victimes de ces comportements. Enfin, la Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre du 27 mars 2017¹³ crée une obligation à l'égard de certaines sociétés commerciales¹⁴ dont le manquement peut être

par Philippe BAS et autres, 29 juillet 2020, [En ligne], [www.senat.fr/leg/pp119-678.pdf] (25 mars 2021) (ci-après « Proposition de loi n° 678 »). Pour autant, cette disposition n'a pas été reprise dans le texte présenté à la Chambre haute.

9. *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, J.O. 9 août 2016, n° 2 (ci-après « Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages »).
10. *Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles*, J.O. 10 mars 2017, n° 29 (ci-après « Ordonnance du 9 mars 2017 »).
11. *Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 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*, J.O.U.E., n° L 349, 5 décembre 2014, p. 1 (ci-après « Directive 2016/106 »).
12. Xavier DELPECH, « La réparation des dommages concurrentiels facilitée », D. 2017 ; Florence NINANE, « Transposition en France de la directive sur le contentieux indemnitaire en matière de pratiques anticoncurrentielles. Un fragile équilibre entre encouragement des actions indemnitaires, préservation de l'efficacité de l'action publique et protection du secret des affaires », *Contrats, conc., consom.* 2017.18.
13. *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, J.O. 28 mars 2017, n° 1 (ci-après « Loi vigilance »).
14. Le texte est applicable à toute société anonyme qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins 5 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins 10 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger. Les sociétés en commandite par actions, tout comme les sociétés par actions simplifiées respectant ces seuils,

sanctionné par une action en responsabilité répondant aux « conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil¹⁵ ».

Il conviendra aussi de considérer la Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016¹⁶, qui impose dans son article 17 de nouvelles obligations aux sociétés « employant au moins cinq cents salariés [...] et dont le chiffre d'affaires [...] est supérieur à 100 millions d'euros » et dont le siège social est situé en France¹⁷. Les représentants légaux de ces sociétés, c'est-à-dire les présidents, directeurs généraux ou gérants, doivent instaurer un plan de prévention, dont le but est de prévenir la survenance de faits de corruption ou de trafic d'influence au sein de l'entreprise, en mettant en place notamment un code de conduite où seront définis « les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser » de tels faits¹⁸, un dispositif d'alerte ou encore une « cartographie des risques [...] destinée à identifier, [à] analyser et [à] hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption¹⁹ ». Tout manquement à cette obligation signifie pour ces représentants légaux un risque de condamnation à une sanction pécuniaire prononcée par la Commission des sanctions de l'Agence française anticorruption, dont le montant ne peut excéder 200 000 euros²⁰. Les sociétés sont tout autant passibles d'une telle sanction, dans un quantum différent toutefois²¹, mais il conviendra d'écarter ce nouveau type de responsabilité de la présente étude. Les sommes que les sociétés peuvent être contraintes de verser ne représentent pas une sanction au titre de la responsabilité civile en ce

sont aussi visées par le renvoi de l'article L. 227-1 du Code de commerce : Catherine MALECKI, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », *Bull. Joly sociétés* 2017.298 ; Sophie SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », J.C.P. E. 2017.19 ; Julia HEINICH, « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : une loi finalement adoptée, mais amputée », *Dr. sociétés* 2017.comm.78 ; Arnaud REYGROBELLET, « Devoir de vigilance ou risque d'insomnies ? », *Rev. Lamy Affaires* 2017.35.

15. Code de commerce, art. L. 225-102-5.

16. *Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, J.O. 10 déc. 2016, n° 2 (ci-après « Loi Sapin II »).

17. L'hypothèse du groupe de sociétés est aussi envisagée par cet article, le seuil de salariés étant alors considéré au sein de la société mère et le montant de chiffre d'affaires étant appréhendé dans le périmètre de consolidation comptable.

18. Loi Sapin II, préc., note 16, art. 17 (II) (1°).

19. *Id.*, art. 17 (II) (3°).

20. *Id.*, art. 17 (V).

21. *Id.*

qu'elles ne répondent à aucun préjudice, mais correspondent plutôt à une sanction de nature pénale.

De même, nous éloignerons du champ de notre étude la nouvelle définition de l'intérêt social déterminée par la Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises²². Il est vrai que, en affirmant que la « société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité²³ », le texte semble étendre le champ de la responsabilité des sociétés en créant des fautes, soit les éventuelles atteintes environnementales et sociales causées au cours de leurs activités. Pour autant, l'extension de la notion de responsabilité civile consacrée par la loi nouvellement adoptée concerne les dirigeants de sociétés et plus largement les organes sociaux, investis du pouvoir de « gérer » la société, et donc de « [prendre] en considération » les nouveaux enjeux fixés par la loi PACTE²⁴. L'accroissement des cas de responsabilité civile est indubitable, mais il concerne principalement—sinon exclusivement—les personnes responsables de la gestion de la société, et non les personnes morales elles-mêmes. En dépit de l'importance de cette réforme, nous ne traiterons pas la précision des contours de l'intérêt social dans les pages qui suivent.

Nombreux sont donc les textes imposant des cas inédits de responsabilité civile aux sociétés, et ce, même si l'ensemble de ces textes ne vise pas exclusivement ces personnes morales. De tous les textes mentionnés, seule la Loi vigilance est applicable uniquement aux sociétés, mais il ne faut pas en conclure qu'elles échappent aux autres.

Ainsi, la loi introduisant le préjudice écologique ne crée aucun régime de responsabilité propre aux sociétés, car « [t]oute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer²⁵ ». Toutefois, si toute personne peut être responsable, cela ne signifie pas que toute action est recevable, car seuls sont réparables les préjudices écologiques consistant en une « atteinte non négligeable » à l'environnement²⁶.

22. Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, J.O. 23 mai 2019, n° 2 (ci-après « loi PACTE »).

23. Code civil français, art. 1833.

24. Morgane TIREL, « La réforme de l'intérêt social et la "ponctuation signifiante" », D. 2019.2317; Pierre-Henri CONAC, « L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise », *Rev. sociétés* 2019.570; Antoine TADROS, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », D. 2018.1765.

25. Code civil français, art. 1246.

26. *Id.*, art. 1247.

Ce standard²⁷ paraît taillé sur mesure pour désigner les atteintes à l'environnement principalement causées par les entreprises, notamment celles qui sont exploitées sous forme de société.

Il en est de même avec l'Ordonnance du 9 mars 2017, où le législateur introduit un régime de responsabilité qui pèse sur « [t]oute personne physique ou morale formant une entreprise » ayant causé un dommage en raison de la commission d'une pratique anticoncurrentielle²⁸. Comme il est rare que des entreprises exploitées par une personne physique soient condamnées par les autorités de concurrence nationale ou de l'Union européenne²⁹, ce texte concerne donc spécialement les sociétés.

Le renforcement de la responsabilité civile applicable aux sociétés par l'addition de normes nouvelles et de divers projets législatifs pourrait, à première vue, être considéré comme un tout éparpillé, les divers textes qui concernent des secteurs de responsabilité se révélant disparates : environnement, activités anticoncurrentielles, sous-traitance, etc. Cependant, à tout bien considérer, plutôt qu'un patchwork, une véritable mosaïque se met en place, où se dessine une image globale qui se traduit par deux mouvements. Le premier tend à renforcer la responsabilité civile des sociétés prises individuellement, en étant plus exigeant avec ces personnes morales (partie 1). Le second, plus insidieux — et plus novateur aussi en matière de responsabilité civile — semble être une responsabilité du fait d'autrui étendue au groupe de sociétés, c'est-à-dire une responsabilité de la société mère du fait de sa filiale (partie 2).

1 La responsabilité civile extracontractuelle renforcée des sociétés

Les sociétés peuvent faire l'objet, en raison des lois nouvelles et des projets législatifs les concernant, d'actions en responsabilité plus nombreuses. Le triptyque de l'article 1240 du Code civil demeure inchangé, car il conviendra toujours à un demandeur à une action en responsabilité de prouver une faute commise par la société, un préjudice subi par le demandeur et un lien de causalité entre les deux.

Néanmoins, les textes récents introduisent de nouveaux comportements fautifs (1.1), ce qui crée donc d'autres cas de responsabilité à

27. Sur cette notion : André TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », (1970) 22 *R.I.D.C.* 247.

28. Code de commerce, art. L. 481-1.

29. Les ententes ne sont ainsi sanctionnées que si la part de marché cumulée de ses parties dépasse un seuil de sensibilité difficilement concevable pour des entreprises non sociétaires : Jean-Bernard BLAISE et Richard DESGORCES, *Droit des affaires*, 9^e éd., Paris, L.G.D.J., 2017, par. 778.

l'encontre des sociétés. De plus, ces règles novatrices entendent développer les fonctions punitive³⁰ et préventive³¹ de la responsabilité en favorisant des actions de la part des victimes et en renforçant les sanctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre des sociétés (1.2).

1.1 Le renforcement des comportements fautifs

Les textes adoptés en 2016 et surtout les lois et les ordonnances du mois de mars 2017 ont modifié le régime de la responsabilité civile de telle sorte qu'un auteur a pu qualifier l'œuvre législative de « printemps de la responsabilité³² ». L'analogie avec les événements survenus au Maghreb ne doit cependant pas tromper : plutôt que de renverser un ordre établi, il est question de poursuivre un mouvement, en mettant en évidence de nouveaux faits fautifs engageant la responsabilité des sociétés. La Loi vigilance en est l'illustration topique.

Le Code de commerce comprend, depuis la Loi vigilance, une obligation à l'égard des sociétés anonymes et des sociétés par actions simplifiées qui emploient au cours de deux exercices consécutifs au moins « cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger³³ ». Le nombre de sociétés soumises à une telle obligation est donc faible³⁴, mais l'obligation à laquelle elles sont astreintes se révèle contraignante.

30. André TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », dans *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol. 1 « Études de droit privé, de droit public et de droit comparé », Paris, Pedone, 1975, p. 407 ; Boris STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947, p. 397.

31. Voir notamment : Geneviève VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité civile*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2008, par. 39 et suiv. ; André TUNC, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, Economica, 1990, n^o 161 et suiv. ; Catherine THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », R.T.D. civ. 1999.561 ; Denis MAZEAUD, « Responsabilité civile et précaution », R.C.A. 2001.72. Pour la reconnaissance de cette fonction dans la réforme du droit de la responsabilité : Mathilde BOUTONNET, Cyril SINTEZ et Catherine THIBIERGE, « Consacrons les fonctions et les effets de la responsabilité civile ! », D. 2016.2414.

32. Xavier DELPECH, « Le printemps du droit de la responsabilité », *A.J. contrat* 2017.145.

33. Code de commerce, art. L. 225-102-4 (I), al. 1.

34. Selon la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, 150 sociétés sont visées par cette disposition : FRANCE, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Avis n^o 2625 fait au nom de la Commission des affaires économiques sur la proposition de loi, relative au*

Les sociétés mères ou donneuses d'ordre respectant ces seuils doivent rédiger et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance, ayant vocation à être élaboré avec les parties prenantes de la société. Ce plan de vigilance doit comporter 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'environnement³⁵ ». Ledit plan a pour ambition de prévenir toute atteinte à ces intérêts en raison de l'activité de la société qui doit le mettre en place, de sa filiale ou de celle de l'un de ses sous-traitants ou fournisseurs « avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie³⁶ ». Pour ce faire, la méthodologie et le contenu du plan sont mentionnés au même article, celui-ci devant notamment comporter en son sein une cartographie des risques, des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ainsi qu'un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité³⁷.

La méconnaissance de ces obligations est sanctionnée par une mise en œuvre de la responsabilité de la société mère ou de la société donneuse d'ordre³⁸. La faute dont il est question n'est pas, à proprement parler, une atteinte aux intérêts mentionnés à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, mais l'absence de plan de vigilance, son insuffisance ou encore l'absence de suivi d'un tel plan³⁹.

Un nouveau régime de responsabilité civile apparaît dès lors, lié à l'absence ou à l'insuffisance d'actes de procédure interne permettant de prévenir la survenance de risques. Les sociétés par actions soumises à la Loi vigilance peuvent être sanctionnées pour ne pas avoir instauré des mécanismes qui auraient permis d'éviter la survenance d'un événement portant atteinte à l'environnement ou aux droits et libertés fondamentaux. La responsabilité civile vient donc sanctionner une négligence particulière : plutôt que viser la négligence qui conduit à la commission d'un fait, le législateur veut sanctionner la négligence dans l'établissement de mesures de contrôle interne adoptées en vue d'empêcher certains comportements

devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, par Annick LE LOCH, 10 mars 2015, [En ligne], [www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r2625.pdf] (30 mars 2021).

35. Code de commerce, art. L. 225-102-4 (I), al. 3.

36. *Id.*

37. *Id.*, art. L. 225-102-4 (I), al. 4.

38. *Id.*, art. L. 225-102-5.

39. Charley HANNOUN, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Dr. social* 2017.806 ; Anne DANIS-FATÔME et Geneviève VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017.1610.

néfastes. En d'autres termes, la société n'est pas responsable pour avoir agi négligemment, mais pour s'être montrée négligente dans la prévention.

Le fait fautif pour les sociétés est l'absence de prévention quant à la gestion des risques liés à leur activité ou à celle de leur filiale ou de leur sous-traitant, ou encore pour ne pas avoir montré au public qu'elles ont été prudentes⁴⁰. La rédaction d'un plan de vigilance n'était pas, en soi, une révolution dans la pratique des sociétés visées par le texte, car la plupart d'entre elles avaient effectivement mis en place des mesures internes de prévention des risques dans leur chaîne d'approvisionnement, conformément à leur politique de responsabilité sociétale des entreprises. La nouveauté réside dans la responsabilité civile extracontractuelle venue sanctionner ce manquement.

La Loi vigilance, en introduisant dans le Code de commerce une pratique des sociétés, opère un passage du droit souple (*soft law*) au droit dur (*hard law*)⁴¹. La caractérisation d'une faute en cas de violation de cette pratique devient totalement logique. Cependant, on peut aussi se demander si cette loi n'opère pas une modification importante de la responsabilité sociétale des entreprises, sans même en changer les termes.

À l'origine responsabilité morale, la responsabilité sociétale des entreprises tend désormais vers la responsabilité civile extracontractuelle, modifiant la traduction anglaise de responsabilité sociale de l'entreprise de *corporate social responsibility* en *corporate social liability*. Un double mouvement de durcissement s'opère, dans lequel sont visées à la fois la responsabilité—qui passe de morale à civile—et la norme, par la consécration dans la loi, sinon le durcissement, d'une règle de droit souple.

1.2 L'accroissement du nombre des victimes et des sanctions

Pour renforcer le régime de responsabilité pesant sur les sociétés, deux voies se dessinent : les règles de droit peuvent, d'une part, mettre l'accent sur le préjudice et, d'autre part, renforcer les sanctions prononcées par les tribunaux. Les lois récentes, comme les réflexions en matière de réforme du droit de la responsabilité civile, explorent ces deux pistes.

D'un côté, les lois récentes visent le préjudice pour renforcer la responsabilité pesant sur les sociétés. Elles le font à la fois en créant d'autres

40. Le plan de vigilance est publié par la société et annexé au rapport annuel au sens de l'article L. 225-100 du Code de commerce.

41. Kathia MARTIN-CHENUT, «Devoir de vigilance : internormativités et durcissement de la RSE», *Dr. social* 2017.798.

préjudices et en proposant des solutions pour permettre à un nombre plus élevé de personnes d'agir contre les sociétés fautives.

L'illustration de la première voie est l'introduction du préjudice écologique par la Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, qui avait repris les travaux préparatoires d'une proposition de loi de 2012⁴² et le rapport Jégouzo⁴³. Selon le Code civil⁴⁴, toute personne physique ou morale est tenue de réparer le préjudice écologique dont elle est responsable. Ce préjudice doit toutefois consister en une atteinte non négligeable à l'environnement⁴⁵. Application de la règle *de minimis*⁴⁶, cette norme affirme que seules les atteintes sérieuses à l'environnement pourront faire l'objet d'une action en responsabilité civile. Tout dépendra de la conception de ce qu'est une atteinte de ce type : si une pollution par hydrocarbures cause une atteinte non négligeable à l'environnement⁴⁷, il y aura des cas où l'atteinte à l'environnement se révélera plus faible, pour lesquels l'appréciation du juge sera prépondérante. L'incertitude dans l'appréciation du cas d'ouverture de la responsabilité environnementale expose alors les sociétés à un risque de responsabilité en raison des conséquences écologiques de leur propre activité. Ce risque augmentera d'autant plus que le nombre de personnes en mesure de demander la réparation de ce préjudice s'avérera, lui aussi, considérable.

L'action en réparation du préjudice écologique se trouve ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir⁴⁸. Il en est de même de l'action en responsabilité civile pour défaut de rédaction ou de mise en œuvre

42. FRANCE, SÉNAT, *Proposition de loi n° 546 bis visant à inscrire la notion de préjudice écologique dans le Code civil*, 23 mai 2012.

43. FRANCE, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Pour la réparation du préjudice écologique*, Rapport public, par Yves JÉGOUZO, 2013.

44. Code civil français, art. 1247.

45. *Id.*

46. Laurent NEYRET, «La consécration du préjudice écologique dans le Code civil», D. 2017.924.

47. L'expression «atteinte non négligeable» est issue d'une décision de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire de l'Erika (Paris, 30 mars 2010, n° 08.02278) : Stéphane LAVRIC, «Procès de "l'Erika" : reconnaissance du préjudice écologique», D. 2010.967 ; Laurent NEYRET, «Dieu nous garde de l'écologie des Parlements», D. 2010.1008 ; François-Guy TRÉBULLE, «Droit de l'environnement», D. 2010.2468 ; Karine LE COUVIOUR, «Erika : décryptage d'un arrêt peu conventionnel», J.C.P. G. 2010.804 ; Jacques-Henri ROBERT, «Pollution des mers», *Rev. sociétés* 2010.524 ; Philippe DELEBECQUE, «Opérateurs économiques. Immunité. Société de classification. Navire "Erika"», R.T.D. com. 2010.622 ; Jacques-Henri ROBERT, «Infractions relevant du droit de l'environnement et de l'urbanisme», *Rev. sc. crim. et dr. pén. comp.* 2010.873.

48. Code civil français, art. 1248.

effective du plan de vigilance ou bien son insuffisance⁴⁹. Toutefois, le Code civil, à la différence du Code de commerce, donne une liste de personnes ayant intérêt à agir en justice à l'encontre de la société polluuse, parmi lesquelles on compte l'État, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales ou encore certaines associations⁵⁰.

Préciser que l'action en responsabilité pour le préjudice écologique, comme pour la violation du devoir de vigilance, est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir semble relever du truisme au premier abord. Ce n'est rien d'autre que la combinaison des articles du Code civil relatifs à la responsabilité civile et des règles du Code de procédure civile concernant l'action en justice. Pour autant, cela s'avère nécessaire, car la détermination des personnes qui ont intérêt et qualité pour agir est plus délicate dans ce cas que dans une hypothèse classique de responsabilité civile. Tant la responsabilité pour préjudice écologique que la responsabilité rattachée au plan de vigilance répondent à des intérêts qui peuvent dépasser ceux des victimes directes. C'est la raison pour laquelle le Code civil précise que les associations peuvent agir en réparation du préjudice écologique, à condition qu'elles aient dans leur objet la protection de l'environnement.

Il y a lieu de constater un renforcement de la responsabilité des sociétés soumises à ces obligations. Cela nous permet aussi d'observer que ces cas de responsabilité civile des sociétés dépassent l'objectif traditionnel, soit celui d'indemniser les victimes⁵¹. La responsabilité civile, lorsqu'elle pèse sur les sociétés, aurait vocation à travers ces textes à orienter les comportements en créant des obligations civilement sanctionnées. Parmi les fonctions de la responsabilité civile communément reconnues, la fonction sanctionnatrice prendrait le pas sur la dimension réparatrice. Les textes nouveaux qui introduisent un droit d'action à certaines associations pourraient aboutir à un faible montant d'indemnisation, mais également aux conséquences fâcheuses d'un procès et d'une condamnation en responsabilité civile sur la réputation de la société. La responsabilité civile serait alors couplée au risque réputationnel.

D'un autre côté, un moyen différent pour développer la responsabilité civile des sociétés consiste à lever les difficultés probatoires. Ce choix a

49. Code de commerce, art. L. 225-102-5. Voir, pour une première décision jugeant recevable la demande fondée sur le devoir de vigilance émanant d'une association, mais par laquelle le Tribunal judiciaire se juge incompétent au profit du Tribunal de commerce : Trib. judiciaire Nanterre, 30 janv. 2020, D. 2020.970, note N. Cuzacq.

50. Ce sont des associations qui ont été agréées ou créées depuis au moins cinq ans au jour auquel l'instance a été introduite et qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement.

51. G. VINEY, préc., note 31, par. 36 et suiv.

été opéré par l'Ordonnance du 9 mars 2017, relative aux actions en responsabilité civile pour des agissements anticoncurrentiels. Parmi les articles introduits dans le Code de commerce par cette ordonnance, notons que la loi présume qu'une entente entre concurrents cause un préjudice⁵². Cette présomption simple⁵³, dont nul ne sait si elle porte sur le lien de causalité ou le préjudice subi par des tiers à l'entente⁵⁴, appelle deux observations.

D'abord, l'action en responsabilité est facilitée pour toute victime d'une entente horizontale⁵⁵. S'il n'est plus nécessaire qu'une telle victime prouve le lien de causalité, reste évidemment à déterminer le montant de son préjudice⁵⁶. Nous pensons bien entendu aux consommateurs, directement ou par l'entremise d'associations, mais aussi à toute personne pâtissant de l'entente horizontale, tels les concurrents hors de l'entente. Le droit de l'Union européenne avait considéré les difficultés probatoires comme un frein aux actions en responsabilité contre les membres d'une entente⁵⁷, singulièrement en raison du caractère occulte de l'infraction anticoncurrentielle. En facilitant l'action en responsabilité contre les membres de l'entente, l'ordonnance accroît nécessairement le risque pesant sur les sociétés.

Ensuite, il y a lieu de s'interroger sur le bien-fondé de cette présomption. Il est vrai que les ententes entre concurrents sont parmi les plus graves de l'ordre concurrentiel, notamment les ententes injustifiables

52. Code de commerce, art. L. 481-7.

53. Yves BROUSSELE, « Les principales dispositions de l'ordonnance du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », L.P.A. 2017.7; Suzanne CARVAL, « Les actions en dommages-intérêts des victimes de pratiques anticoncurrentielles », J.C.P. G. 2017.532; Thibaud D'ALÈS et Arnaud CONSTANS, « L'ordonnance et le décret du 9 mars 2017 relatifs aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », J.C.P. E. 2017.10; Rafael AMARO, « Actions en réparation en matière de pratiques anticoncurrentielles : la directive 2014/104/UE est transposée ! », *Contrats, conc., consom.* 2017.12; Marie DUMARÇAY, « La transposition de la directive "dommages" en droit français : vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles ? », *Rev. Lamy Concurrence* 2017.25.

54. Voir, en faveur de la présomption de préjudice : M. DUMARÇAY, préc., note 53; Michaël COUSIN, « Réparation ou punition ? À propos de l'ordonnance sur les actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », *Rev. Lamy Concurrence* 2017.20; R. AMARO, préc., note 53; Th. D'ALÈS et A. CONSTANS, préc., note 53; S. CARVAL, préc., note 53; Fl. NINANE, préc., note 12.

55. L'article L. 481-7 du Code de commerce mentionne l'entente « entre concurrents ».

56. Th. D'ALÈS et A. CONSTANS, préc., note 53; Fl. NINANE, préc., note 12.

57. *Directive 2014/101/UE de la Commission du 30 octobre 2014 modifiant la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau*, J.O.U.E., n° L 311, 31 octobre 2014, p. 32.

(*hardcore cartels*)⁵⁸. Cependant, toutes les ententes horizontales ne sont pas, par nature, défavorables au fonctionnement du marché, car elles peuvent avoir des effets bénéfiques, tels des gains de productivité ou encore des avancées technologiques⁵⁹. Dès lors, pourquoi présumer que toute entente cause un préjudice—ne serait-ce que par l’intermédiaire d’une présomption simple—alors que le droit de l’Union européenne⁶⁰ et le droit français⁶¹ prévoient qu’une entente peut ne pas être sanctionnée par les autorités en raison de l’absence d’effet significatif sur le fonctionnement du marché? Cette présomption pourrait aboutir à la situation kafkaïenne dans laquelle une société partie à une entente pourrait ne pas être sanctionnée administrativement grâce à l’absence d’effet néfaste, mais l’être civilement du seul fait de l’entente.

Une nouvelle fois, la dimension sanctionnatrice de la responsabilité civile vient s’ajouter à la fonction réparatrice, l’intérêt de cette mesure étant principalement de favoriser les actions en responsabilité à l’encontre des sociétés parties à l’entente. Nous voyons aussi poindre une autre fonction de la responsabilité civile dans cette mesure, soit la fonction dissuasive ou prophylactique⁶². Le risque de sanction étant davantage élevé, les sociétés seraient incitées à ne plus participer à ce type d’infractions anti-concurrentielles. La fonction primaire de la responsabilité civile ne semble donc plus être la réparation, mais plutôt la sanction, voire la dissuasion.

Ce changement de fonction de la responsabilité civile visant les sociétés peut apparaître dans deux dispositions qui renforcent les sanctions prononcées éventuellement. La première fait partie du droit positif, alors que la seconde est une proposition.

Le Code de commerce dispose un principe selon lequel les sociétés soumises à l’obligation de rédiger et de mettre en œuvre un plan de vigilance doivent réparer le préjudice que «l’exécution de ces obligations aurait permis d’éviter⁶³». Cette disposition illustre bien l’origine de la loi du 27 mars 2017 : la catastrophe du Rana Plaza, immeuble au Bangladesh dont les décombres contenaient des étiquettes appartenant à certaines sociétés françaises et européennes. Cette loi entend condamner la société n’ayant

58. Rafael AMARO, «Les prix imposés en droit de la concurrence: un “péché majeur”», A.J.C.A. 2015.296.

59. M. COUSIN, préc., note 54.

60. *Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne*, J.O.U.E., n° C 115, 9 mai 2008, p. 47, art. 101.3.

61. Code de commerce, art. L. 420-4.

62. Philippe LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2017, par. 0112.25; G. VINEY, préc., note 31, par. 39 et suiv.

63. Code de commerce, art. L. 225-102-5.

pas élaboré un plan de vigilance, ayant insuffisamment rédigé un tel plan, ou ne l'ayant pas mis en œuvre, au versement de dommages-intérêts équivalents au préjudice qui aurait pu être évité⁶⁴. Cette disposition a pour objectif de sanctionner les sociétés, plus que de réparer les dommages causés⁶⁵. Ceux-ci peuvent en effet ne pas avoir été commis par la société qui aurait dû respecter l'obligation relative au plan de vigilance⁶⁶, qui pourtant sera tenue d'en assumer les conséquences.

Quant au projet de réforme du droit de la responsabilité civile présenté par la Chancellerie, il comportait une disposition relative aux personnes morales commettant une faute lucrative. Cette faute est qualifiée comme une «faute délictuelle ou une inexécution contractuelle commise volontairement et [ayant] permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer⁶⁷». Le principe de réparation intégrale du préjudice interdisait, jusqu'à présent, de sanctionner efficacement ces comportements, le profit retiré se révélant par hypothèse supérieur à la sanction prononcée⁶⁸. Le projet de réforme de la responsabilité civile, dans sa version du 13 mars 2017, disposait ainsi que le juge pouvait condamner la personne ayant commis une telle faute au paiement d'une amende civile, dont le montant pouvait être, pour une personne morale, porté à un pourcentage du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France⁶⁹. Le mécanisme attirait l'attention à propos du calcul de l'amende civile pour les personnes morales. Alors que cette dernière pouvait être proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de son auteur et aux profits retirés pour toute personne⁷⁰, dans les limites du décuple du profit retiré de la faute⁷¹, les personnes morales, pour leur part, pouvaient être condamnées à une somme égale à 5 p. 100 du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France, ce qui excéderait donc la limite du décuple dans certains cas.

64. *Id.*

65. La loi votée par le Parlement prévoyait en supplément une amende civile d'un montant maximal de 10 millions d'euros. Cette disposition a toutefois été censurée par le Conseil constitutionnel, car elle sanctionnait la violation d'une obligation insuffisamment définie, ce qui méconnaissait donc le principe de légalité des délits et des peines. Voir Cons. const. 22 mars 2017, n° 2017-750 DC, par. 13 et 14.

66. *Id.*

67. FRANCE, SÉNAT, *Proposition de loi n° 657 portant réforme de la responsabilité civile*, par Laurent BÉTEILLE, 9 juillet 2010, p. 14. Voir aussi Rodolphe MÉSA, «Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime», J.C.P. G. 2012.1017.

68. R. MÉSA, préc., note 67; Patrice JOURDAIN, «Rapport introductif», L.P.A. 2002.232.3, par. 8.

69. Code civil français, art. 1266-1 al. 4, tel qu'il est issu du projet de réforme.

70. *Id.*, art. 1266-1 al. 2, tel qu'il est issu du projet de réforme.

71. *Id.*, art. 1266-1 al. 3, tel qu'il est issu du projet de réforme.

La décorrélation entre le profit retiré et l'amende civile prononcée à l'encontre d'une société marquait la dimension sanctionnatrice et prophylactique de cette mesure. En effet, si le législateur faisait peser le risque d'une sanction qui pouvait aller jusqu'à 5 p. 100 du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France pour une faute lucrative entraînant un profit par essence moindre, il est à penser que cette sanction était disposée pour que les sociétés évitent de commettre de telles fautes. Cela prouve que le mécanisme de la responsabilité civile permettait de dissuader la commission de fautes lucratives en raison de la sanction que la réforme aurait pu introduire.

Nous nous devons toutefois de préciser que ces dernières dispositions n'ont pas été reprises dans la proposition de loi qui entend concrétiser le projet de la Chancellerie⁷². Elles ont été qualifiées de mesures « controversées » dans le rapport préparatoire à la proposition de loi⁷³, qui souligne les risques pesant sur la mesure quant à sa « constitutionnalité, voire [s]a conventionnalité⁷⁴ ». Il est possible en effet de douter de la validité d'une telle mesure, en ce que la notion de « faute en vue d'obtenir un gain ou une économie » est insuffisamment définie afin de la sanctionner d'une amende civile, pouvant être assimilée à une sanction de nature pénale. Malgré tout, et parce que la mesure a été accueillie favorablement par certaines parties prenantes⁷⁵, elle réapparaîtra peut-être au cours des débats parlementaires.

Ainsi, les nouvelles règles relatives à la responsabilité civile pesant sur les sociétés imposent des standards comportementaux différents. Devant limiter, dans la conduite de leurs affaires, les atteintes à l'environnement, ou aux droits et libertés fondamentaux, les sociétés se voient imposer par ces textes — déjà en vigueur ou prochainement applicables — des comportements moraux, ou à tout le moins qui respectent une certaine éthique des affaires⁷⁶. La responsabilité civile applicable aux sociétés permet d'intégrer dans le corpus juridique et de normaliser les notions de droit souple que sont la responsabilité sociétale des entreprises et celle de l'éthique des affaires (*business ethic*). Un mouvement clair vers une plus grande juridicisation de ce qui était jusqu'à présent du droit souple se dessine. Ce

72. Proposition de loi n° 678, préc., note 8.

73. FRANCE, SÉNAT, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la responsabilité civile*, par Jacques BIGOT et André REICHARDT, 22 juillet 2020, p. 16 et suiv.

74. *Id.*, p. 18.

75. *Id.*, p. 16, notamment les associations de défense des droits des consommateurs.

76. Bruno OPPETIT, « Éthique et vie des affaires », dans *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 319.

mouvement s'opère en parallèle d'un autre, moins explicite, et peut-être plus important quant à l'approche traditionnelle du droit de la responsabilité civile des sociétés.

2 La responsabilité civile au sein des groupes de sociétés

Alors que les groupes de sociétés, internationaux ou non, maillent de plus en plus le paysage économique, la question de la répartition de la responsabilité civile au sein de ces groupes soulève interrogations et débats. Les données de ce débat naissent d'un paradoxe quasi insurmontable entre économie réelle et théorie juridique : les groupes de sociétés sont organisés selon une structure verticale au sein de laquelle les sociétés mères donnent des instructions à leurs filiales, qui perdent donc — pour partie à tout le moins — une autonomie de décision. Cependant, toutes les entités composant le groupe de sociétés sont juridiquement indépendantes et autonomes. En d'autres termes, une filiale est économiquement et en pratique soumise à sa société mère, mais elle est juridiquement une personne autonome et différente de celle-ci.

Ainsi, un travail doctrinal de réglementation a proposé de reconnaître le droit aux sociétés mères de donner des instructions à leurs filiales, sans créer un régime spécifique de responsabilité⁷⁷. Élaborée par des enseignants-chercheurs issus de divers États membres de l'Union européenne dès 2007, la loi modèle européenne en droit des sociétés⁷⁸ a pour objectif de proposer des voies d'harmonisation du droit des sociétés entre les États membres, sans pour autant se substituer aux outils du droit dérivé de l'Union européenne, ni constituer un outil impératif d'harmonisation⁷⁹ : elle s'inspire en cela de la *Model Business Corporation Act* étasunienne⁸⁰.

77. Paul Krüger ANDERSEN et autres, *European Model Company Act (EMCA)*, Nordic & European Company Law Working Paper No. 16-26, 2017, section 15.09. [En ligne], [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929348] (2 avril 2021) (ci-après «*European Model Company Act*»).

78. Cette traduction est communément retenue de l'*European Model Company Act*, préc., note 77. Voir notamment : Benoît LECOURT, «Avenir du droit européen des sociétés : la Commission européenne lance une vaste consultation publique», *Rev. sociétés* 2012.323 ; Pierre-Henri CONAC, «Le retour du courage politique à Bruxelles : l'Odyssée du "Paquet Droit des sociétés" de 2018», *Rev. sociétés* 2019.7.

79. Theodor BAUMS, «Loi modèle européenne en droit des sociétés», *Rev. sociétés* 2008.81, par. 6.

80. Cette loi modèle sur les sociétés a été rédigée par l'American Bar Association, qui la propose aux États. Elle est actuellement en vigueur dans une trentaine d'États. Voir : AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Model Business Corporation Act*, décembre 2020, [En ligne], [www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2020_mbca.pdf] (2 avril 2021).

Présenté en 2015, le texte comporte seize chapitres abordant tous les aspects de réglementation des sociétés, depuis leur constitution jusqu'à leur dissolution. Outil offert aux États membres—ainsi qu'à la Commission européenne—, la loi modèle européenne en droit des sociétés ouvre des pistes d'évolution du droit des sociétés, sans que son texte soit immuable afin de le rendre adaptable⁸¹.

Parmi les propositions les plus notables, celle de la constitution d'un droit des groupes de sociétés doit être avancée. Selon les auteurs de la loi modèle, il conviendrait de combiner la réalité économique et les principes juridiques, en reconnaissant le droit pour les sociétés mères—et plus précisément leurs dirigeants—de donner des instructions à leurs filiales sans encourir de responsabilité pour les fautes commises par ces dernières. Il est en effet difficilement envisageable que la société mère donne des consignes qui inciteraient directement une filiale à commettre des agissements fautifs. Cette dernière devrait donc, selon cette conception, être responsable des seules fautes par elle commises, et en aucun cas sa société mère ne devrait engager sa responsabilité civile du fait de ses agissements.

Cependant, force est de constater que cette conception est en partie battue en brèche, sous l'impulsion de la jurisprudence et de la loi. Dans certains cas, la responsabilité de la société mère ne doit plus seulement être morale mais aussi juridique, alors que la filiale a pu commettre des faits répréhensibles. La responsabilité civile de sociétés mères dans le contexte du groupe de sociétés apparaît, d'une part, lorsqu'un manquement peut être imputé à cette société mère (2.1), mais aussi, d'autre part, quand aucune faute particulière ne peut être reprochée à celle-ci (2.2).

2.1 La responsabilité de groupe par la preuve d'un agissement de la société mère

La première forme de responsabilité de la société mère en raison des fautes de sa filiale répond à une réalité économique. Bien que le principe d'autonomie juridique de la filiale empêche en principe que la société mère engage sa responsabilité du fait de sa filiale, de nombreuses exceptions existent, fixées à la fois par la loi et la jurisprudence. Des travaux de certaines commissions de réforme du droit de la responsabilité civile ont en outre proposé des cas de responsabilité de la société mère en cas de faute de la filiale, afin d'en dégager un principe général, détaché de toute contingence. La philosophie, plus que la substance, de ces travaux apparaît parfois dans la Loi vigilance du 27 mars 2017.

81. *European Model Company Act*, préc., note 77, p. 1.

La responsabilité de la société mère du fait de sa filiale a déjà été reconnue par la jurisprudence et la loi dans deux domaines particuliers, soit ceux du droit du travail et de procédures collectives. Empreints de réalisme, ces deux droits ont permis la reconnaissance d'une responsabilité de la société mère, à des conditions toutefois précises et encadrées.

D'une part, le droit du travail vient appliquer une telle responsabilité dans les cas de licenciement pour cause économique engagés par la filiale. Selon un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, une société mère peut supporter les conséquences d'un tel licenciement, dès lors qu'elle a entretenu une confusion d'intérêts, d'activité et de direction avec sa filiale⁸². L'autonomie des sociétés composant le groupe vient dans ce cas s'effacer au profit de la protection des intérêts des salariés qui seraient en réalité en situation de subordination envers la société mère et sa filiale. Cette situation de coemploi, à condition de reconnaître la triple confusion, fait peser sur la société mère les conséquences pécuniaires d'un licenciement illicite décidé par sa filiale, au mépris du principe de responsabilité personnelle.

Cette exception est toutefois compréhensible en ce que les critères mis en évidence par la chambre sociale de la Cour de cassation caractérisent l'engagement, sinon l'immixtion⁸³, de la société mère au sein de la gestion de sa filiale, ce qui justifierait de ce fait sa condamnation, la faute de la filiale étant en substance la sienne propre. Malgré cela, et parce que c'est une exception, la chambre sociale fait preuve d'une certaine réticence à retenir le coemploi⁸⁴. Cette voie, en partie refermée par ce qui pourrait être considéré comme l'application du principe *exceptio strictissimae interpretationis est*, peut être supplantée par une action, à la croisée du droit social et du droit des entreprises en difficulté.

Une société mère peut ainsi, selon la chambre sociale de la Cour de cassation, être condamnée à supporter les conséquences d'un licenciement illicite sans qu'un coemploi ait à être admis, à la condition de caractériser une faute délictuelle de sa part ayant conduit à la déconfiture de sa filiale⁸⁵. À première vue, c'est uniquement une application du principe de responsabilité civile de droit commun, la faute sanctionnée n'étant pas la faute de la filiale, mais celle de la société mère. Toutefois, cette décision de la chambre sociale est intimement liée à la figure du groupe de sociétés

82. Soc. 2 juill. 2014, J.C.P. S. 2014.23, note Grégoire Loiseau.

83. *Id.*

84. Soc. 7 mars 2017, *Rev. sociétés* 2018.58, note Edmond Schlumberger.

85. Soc. 24 mai 2018, *Bull. civ.* V, n° 88. Raphaël WEISSMANN, « Responsabilité pour faute de la société mère envers les salariés licenciés de la filiale », *R.J.S.* 2018.623.

et donc à la responsabilité de la société mère en raison du comportement fautif de sa filiale. Il convient, pour le comprendre, de prendre à rebours la solution proposée par la chambre commerciale.

Cette hypothèse commence par la perte de l'emploi d'un salarié au sein d'une filiale en raison de ses difficultés économiques. Plutôt que de contester le licenciement, au moyen d'une procédure dont l'issue se révèle incertaine et qui peut aboutir à des dommages-intérêts dont le montant est plafonné par la loi⁸⁶, le salarié peut engager la responsabilité de la société mère sur le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle de droit commun, à la condition de caractériser la faute ayant conduit à la déconfiture de sa filiale, au sein de laquelle il exerçait son activité. Le fait à l'origine du litige est bel et bien accompli par la filiale, mais la faute recherchée, et source de responsabilité, est celle de la société mère. Il y a donc effectivement un régime de responsabilité particulier dans cette hypothèse, qui suppose cependant de caractériser trois éléments essentiels : d'abord la faute de la société mère, ensuite la déconfiture de la filiale et, enfin, le lien de causalité entre ces deux éléments.

Ce cas de responsabilité au sein du groupe de sociétés de même que le coemploi sont donc strictement encadrés et ont engendré peu de cas d'application devant les tribunaux. Les voies existent, mais sont étroites. Il en est de même des cas spéciaux prévus par la loi reposant sur les difficultés économiques de la filiale.

Deux textes peuvent être retenus pour déterminer des régimes de responsabilité spéciaux au sein des groupes de sociétés, ce qui permettrait d'engager la responsabilité de la société mère en raison de faits de sa filiale, lorsque celle-ci se trouve en difficulté.

D'une part, il existe le régime d'extension des procédures⁸⁷. Ce cas de figure repose sur l'hypothèse d'une filiale faisant l'objet d'une procédure collective — sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires — au sein de laquelle les fonds ne pourront visiblement pas suffire à désintéresser les créanciers. Ceux-ci peuvent alors tenter d'obtenir du tribunal une entorse au principe de l'unicité des patrimoines, voire une « négation de la personnalité juridique⁸⁸ », de telle sorte que la procédure ouverte devant les tribunaux vise aussi la société mère.

86. Code du travail, art. L. 1235-3 et suiv.

87. Code de commerce, art. L. 621-2.

88. Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 12^e éd., Paris, L.G.D.J. 2020, par. 444.

Pour ce faire, il convient à la lettre du Code de commerce de caractériser une « fictivité » de la filiale, ou une confusion des patrimoines⁸⁹. Si la fictivité correspond à une situation dans laquelle la filiale n'est qu'une apparence de société, et donc ne donne lieu qu'à peu de cas d'ouverture dans le contexte d'un groupe de sociétés classique, la confusion des patrimoines permet aussi d'engager la responsabilité financière de la société mère. Pour la caractériser, les magistrats exigent la mise en évidence de flux financiers anormaux, c'est-à-dire de versements sans aucune contrepartie⁹⁰ ou encore une comptabilité ne permettant pas de distinguer les comptes des différentes sociétés⁹¹.

C'est donc bel et bien un cas de responsabilité civile de la société mère du fait de sa filiale car, à considérer que la fictivité ou la confusion des patrimoines soient caractérisées, la société mère se trouvera responsable des dettes dont la filiale est à l'origine, en raison de son propre comportement. La notion de responsabilité est toutefois largement entendue, car la faute de la société mère ne réside que dans la mise en place d'une filiale fictive ou dans le fait d'avoir confondu son patrimoine avec celui de la filiale qui, quant à elle, n'a pas commis de faute en principe. L'extension des procédures représente ainsi un cas particulier de responsabilité au sein des groupes de sociétés, sans nécessairement commission d'une faute, contrairement à un autre cas lié à l'insolvabilité d'une filiale.

D'autre part, la Loi portant engagement national pour l'environnement⁹² a créé une disposition dans le Code de l'environnement, par laquelle une société mère peut être condamnée à assumer l'obligation de dépollution mise à la charge de sa filiale en liquidation judiciaire⁹³. Le texte pose l'exigence d'une « faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale⁹⁴ ». La société mère peut donc être responsable en raison d'une faute par elle commise, mais pour une obligation qui n'a pas été assumée par sa filiale soumise à la liquidation judiciaire : l'obligation de dépollution liée à l'exploitation d'un site pollué. Une fois encore, nous sommes devant un régime de responsabilité particulier, qualifié d'« action en recherche de maternité⁹⁵ », car il fait peser sur

89. Code de commerce, art. L. 621-2.

90. Com. 5 juill. 2005, R.J.D.A. 2006.666.

91. Versailles, 12 oct. 1995, B.R.D.A. 1995.1438.

92. *Loi n° 2010-788 du 12 juill. 2010 portant engagement national pour l'environnement*, J.O. 13 juillet 2010, n° 1.

93. Code de l'environnement, art. L. 512-17.

94. *Id.*

95. Thierry MONTÉLAN, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité (art. 227, II, de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010) », D. 2010.2859.

la société mère les conséquences des agissements de sa filiale, sans que ceux-ci soient nécessairement fautifs. Pour ce faire, un comportement fautif de la société mère doit être reconnu, à condition que la faute soit « caractérisée », ce qui signifie ainsi qu'une faute simple n'est pas suffisante. De plus, une causalité doit être prouvée, la faute devant conduire à la déconfiture de la filiale par insuffisance de son actif. Le régime de responsabilité au sein du groupe existe bien dans cette loi spéciale, mais il est tout à fait restreint et conditionné.

Les régimes spéciaux de responsabilité au sein du groupe de sociétés par lesquels une société mère peut engager sa responsabilité du fait de sa filiale sont donc réels, qu'ils aient été créés par la loi ou la jurisprudence, mais strictement encadrés, de telle sorte qu'ils ne seront que peu retenus. C'est alors que des projets doctrinaux ont entendu travailler au développement et à la généralisation de la responsabilité intragroupe.

Les travaux du groupe de travail réuni sous l'égide de Pierre Catala⁹⁶ avaient proposé un nouvel article 1360 au sein du Code civil, selon lequel « est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, 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 ». S'il y a lieu de s'interroger sur la pertinence de la notion de dépendance économique retenue à l'époque — le contrôle d'une société ne se confondant pas nécessairement avec la dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce⁹⁷ —, nous remarquons que dès 2005 l'idée de la doctrine était d'étendre la responsabilité de la filiale à sa société mère hors de toute contingence du droit spécial. La volonté était de faire peser les responsabilités sur les véritables décideurs, afin d'être plus juste à l'égard de la filiale — qui n'aurait pas à assumer seule les conséquences d'un fait fautif qu'elle s'est contentée d'exécuter — et plus protecteur des victimes⁹⁸.

Cette justification, compréhensible d'un point de vue économique, semblait faire fi du principe de la personnalité juridique de la filiale, le rapport n'exigeant pas un quelconque fait commis par la société mère, mais seulement la preuve que la faute de la filiale se trouve en « relation avec l'exercice du contrôle ». Cette solution n'a pas été retenue dans un autre

96. FRANCE, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 6.

97. Soraya MESSAI-BAHRI et Myriam ROUSSILE, « La responsabilité pour faute des personnes morales », dans Fr. TERRÉ (dir.), préc., note 4, p. 119, aux pages 123 et 124.

98. FRANCE, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 6, p. 147.

projet de réforme de la responsabilité civile, car elle a sans doute été jugée trop manichéenne.

Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile présenté par le groupe de travail présidé par le professeur François Terré⁹⁹ a choisi une autre voie afin de retenir la responsabilité de la société mère pour les faits de sa filiale et de créer une responsabilité civile au sein du groupe. Ainsi, « [u]ne personne morale ne répond du dommage causé par une autre personne morale qu'elle contrôle ou sur laquelle elle exerce une influence notable que si, par une participation à un organe de cette personne morale, une instruction, une immixtion ou une abstention dans sa gestion, elle a contribué de manière significative à la réalisation du dommage¹⁰⁰ ».

Le projet Terré proposait d'introduire alors un régime de responsabilité civile au sein du groupe à une double condition : un fait fautif de la part de la filiale et une contribution significative à la réalisation du dommage de la part de la société mère. Cette contribution pourrait être un acte ponctuel, telle une abstention délibérée ou une instruction donnée¹⁰¹, ou encore un acte continu dans le temps, comme le manque de diligence dans la surveillance de l'activité de la filiale¹⁰². Pour créer une responsabilité au sein du groupe de sociétés, deux fautes seraient donc nécessaires, celle de la filiale et celle de la société mère.

En cela, ce projet se rapproche en partie du droit anglo-américain, qui admet la levée du voile social¹⁰³ en cas de haut degré de contrôle de la société mère sur sa filiale, de sorte que celle-ci est considérée comme un simple instrument dans l'accomplissement de faits fautifs¹⁰⁴. Le droit anglo-américain exige toutefois un faisceau d'indices tendant à prouver que la filiale ne bénéficie pas d'une réelle autonomie de décision. En fonction d'éléments purement factuels, il est possible de trouver des décisions étasuniennes selon lesquelles une société mère exploitant des taxis ne devait pas être jugée responsable des fautes commises par ses filiales en

99. Fr. TERRÉ (dir.), préc., note 4.

100. S. MESSAÏ-BAHRI et M. ROUSSILE, préc., note 97, à la page 119.

101. *Id.*, à la page 124.

102. *Id.*

103. Telle est notre traduction de la tournure suivante : « piercing the corporate veil ». Voir aussi : Geneviève VINEY, « L'influence souhaitable sur l'attribution des responsabilités des relations de dépendance entre sociétés », *Cah. dr. entr.* 2017.44 ; Régis BISMUTH, « De la nécessité de repenser l'indépendance juridique de la personne morale », *Cah. dr. entr.* 2017.56.

104. Bertrand FAGES, « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères », R.D.C. 2007.115.

raison de l'autonomie de celles-ci¹⁰⁵, et d'autres retenant la responsabilité d'une société pétrolière à cause du contrôle exercé sur sa filiale étrangère¹⁰⁶. Une décision de la Court of Appeal britannique a mentionné des éléments devant être caractérisés pour aboutir à la responsabilité de la société mère du fait de sa filiale¹⁰⁷ : 1) la société mère et la filiale doivent être au sein du même secteur d'activité ; 2) la société mère doit avoir un degré d'expertise supérieur à celui de sa filiale de même qu'une connaissance profonde du système de fonctionnement de sa filiale et savoir — ou aurait dû savoir — que cette dernière est dépendante de ce fonctionnement pour éviter la commission du fait fautif¹⁰⁸.

Ces mécanismes de droit anglo-américain, empreints de réalisme et de subjectivité, ne sont pas totalement repris dans la Loi vigilance en date du 27 mars 2017, qui instaure un régime spécial de responsabilité reposant sur deux conditions cumulatives.

Il est ainsi nécessaire de mettre en évidence une atteinte grave « envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement » résultant de l'activité d'une société contrôlée au sens du titre II de l'article L. 233-16 du Code de commerce¹⁰⁹. Aussi une société doit-elle être contrôlée à titre exclusif par une autre société, directement ou indirectement, et commettre une faute dans l'exercice de son activité mettant en péril des intérêts fondamentaux. Nous pensons évidemment à un cas de pollution ou encore à la méconnaissance des règles fondamentales du droit du travail, telles qu'elles sont reconnues par l'Organisation internationale du travail, ou bien à l'utilisation de produits chimiques présentant un danger pour la santé des salariés ou des utilisateurs des produits de cette société. La filiale, par ce fait, peut engager sa responsabilité.

Cependant, il est aussi nécessaire qu'une autre faute ait été commise, cette fois-ci par la société mère, à condition qu'elle ait un nombre de salariés suffisant. Cette faute réside dans le défaut ou bien dans l'insuffisance de la rédaction ou de la mise en œuvre du plan de vigilance. Ladite faute peut entraîner la responsabilité de la société mère afin qu'elle répare le préjudice que la rédaction ou la mise en œuvre du plan de vigilance aurait pu permettre d'éviter. La société mère pourrait être reconnue responsable du dommage qu'elle n'a pas réussi à prévenir ou à éviter, sans être respon-

105. Voir André TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Paris, Economica, 1985.

106. B. FAGES, préc., note 104.

107. *Chandler v. Cape*, (2012) E.W.C.A. Civ. 525.

108. *Id.*, par. 80.

109. Code de commerce, art. L. 225-102-4 (I), al. 3.

sable. En effet, le Conseil constitutionnel, dans sa décision relative à cette loi, précise que le renvoi aux articles 1240 et 1241 du Code civil signifie que le droit commun de la responsabilité délictuelle trouve à s'appliquer¹¹⁰. Les sages poursuivent en précisant que le lien de causalité direct doit être établi entre les manquements à l'obligation d'élaborer ou de mettre en œuvre le plan de vigilance et le dommage subi. Il n'est pas question alors d'une responsabilité pour le fait de la filiale, la société mère n'étant responsable que de sa propre faute ou insuffisance dans la rédaction du plan de vigilance, ce qui respecte ainsi le principe de responsabilité du fait personnel¹¹¹.

Il y a donc bien une extension de la responsabilité de la société mère qui pourrait être condamnée à prendre en charge le préjudice dont sa filiale est à l'origine¹¹², à condition toutefois de la preuve d'une faute ou d'une insuffisance de sa part. Cette extension importante, qui a déjà donné lieu à une décision de justice¹¹³, se trouve sans commune mesure avec celle qui a été opérée par la transposition de la Directive 2016/106.

2.2 L'avènement d'une responsabilité de la société mère sans faute prouvée

L'Ordonnance du 9 mars 2017 crée une forme de responsabilité au sein du groupe de sociétés de manière induite, sans jamais l'énoncer expressément. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner le mécanisme prévu par les articles L. 481-1 et suivants du Code de commerce.

Le cœur du mécanisme réside dans la combinaison de deux articles. Aux termes du premier, « toute personne physique ou morale formant une entreprise [...] est responsable du dommage [...] du fait de la commission d'une pratique anticoncurrentielle¹¹⁴ », à savoir singulièrement les ententes et les abus de position dominante. Le second article, quant à lui, introduit une présomption irréfragable de faute devant les juridictions civiles lorsque la pratique anticoncurrentielle est constatée par une décision devenue

110. Cons. const. 22 mars 2017, préc., note 65.

111. Voir en ce sens : Cons. const. 22 oct. 1982, n° 82-144 DC, par. 3 ; Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, par. 70.

112. Il serait possible toutefois de considérer que la société mère ou donneuse d'ordre ne serait redevable que d'une perte de chance d'éviter le dommage. Voir, en ce sens, Pierre-Henri CONAC et Isabelle URBAIN-PARLEANI, « The 2017 Act on the Duty of Vigilance of Parent and Outsourcing Companies », *Rev. trim. dr. fin.* 2017.90.

113. La Loi vigilance a fait l'objet d'une première décision juridictionnelle, même s'il s'agit d'une décision d'incompétence juridictionnelle, qui annonce donc une prochaine décision du Tribunal de commerce : Trib. judiciaire Nanterre, préc., note 49.

114. Code de commerce, art. L. 481-1.

définitive de l'Autorité de la concurrence, la Commission européenne¹¹⁵ ou une juridiction interne¹¹⁶. La présomption devient simple lorsque les infractions sont signalées par des autorités de marché étrangères¹¹⁷.

En conséquence, une telle décision suffira à établir la faute devant des juridictions civiles statuant sur la responsabilité civile de son ou de ses auteurs. Il leur sera alors impossible de se dégager de la faute, seuls les débats sur le préjudice et le lien de causalité demeurant ouverts. Grâce à cette présomption, la décision relevant de la matière pénale¹¹⁸ tient la décision civile en l'état, uniquement à propos de la qualification de la faute ; mais encore faut-il déterminer qui est visé par cette présomption.

Selon l'article L. 481-1 du Code de commerce, la présomption de faute est au bénéfice des victimes des agissements anticoncurrentiels effectués par « toute personne physique ou morale formant une entreprise ». Il faut garder à l'esprit que la logique à laquelle répond cette disposition est propre au droit de la concurrence¹¹⁹, dont le sujet de droit est l'entreprise¹²⁰.

Toutefois, une difficulté en apparence insoluble apparaît : l'entreprise n'est nullement personnifiée, ce qui s'oppose à ce qu'elle fasse l'objet de toute condamnation. C'est la raison pour laquelle l'article L. 481-1 du Code de commerce précise que la responsabilité ne repose pas sur l'entreprise, mais sur « la personne physique ou morale¹²¹ ». Il y a bien dissociation entre l'entreprise, sujet du droit de la concurrence, et les personnes juridiques la composant, assujetties à la responsabilité civile¹²². De la détermination des contours de l'entreprise par les autorités de concurrence nationale dépendra l'identification des personnes physiques ou morales pouvant

115. Bien que le texte ne le mentionne pas expressément, les décisions de la Commission semblent bel et bien constituer une présomption irréfragable, les juridictions nationales ne pouvant prendre une décision allant contre celle de la Commission : Fl. NINANE, préc., note 12.

116. Code de commerce, art. L. 481-2.

117. Marie-Christine DE MONTECLER, « La réparation des pratiques anticoncurrentielles », A.J.D.A. 2017.548 ; X. DELPECH, préc., note 12 ; Fl. NINANE, préc., note 12 ; Th. D'ALÈS et A. CONSTANS, préc., note 53 ; R. AMARO, préc., note 53.

118. Sur cette qualification, voir, par exemple, Paris, 6 mai 1997, D. 1997.1036, L.P.A. 1998.30, note P. Arhel.

119. S. CARVAL, préc., note 53.

120. J.-B. BLAISE et R. DESGORCES, préc., note 29, par. 330 et suiv.

121. L'emploi du singulier ne doit pas tromper, et doit être compris comme incluant l'hypothèse dans laquelle une entreprise est composée de plusieurs personnes, physiques ou morales : Martine BEHAR-TOUCHAIS, « Du débiteur de la réparation dans l'ordonnance du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles », R.D.C. 2017.310.

122. R. AMARO, préc., note 53.

être déclarées civilement responsables dans le contexte d'une procédure de suivi (*follow-on*).

Or, les autorités de concurrence nationale peuvent considérer que plusieurs sociétés d'un même groupe, et notamment une société mère et sa filiale, constituent une seule et même entreprise peuvent donc être condamnées en raison de l'infraction anticoncurrentielle¹²³. Ces autorités adoptent une analyse empreinte de réalité économique, en énonçant que le comportement de la filiale peut être imputé à sa société mère lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais se contente d'appliquer les instructions données par la société mère¹²⁴. La jurisprudence de la Cour de justice va plus loin encore : elle instaure une présomption d'influence déterminante de la part de la société mère qui détient l'intégralité de la filiale à l'origine d'une infraction anticoncurrentielle, la société mère devant prouver que sa filiale dispose d'une autonomie de décision pour éviter d'être condamnée par l'autorité de marché¹²⁵. Une société mère peut alors être condamnée au titre du droit de la concurrence pour un fait anticoncurrentiel commis exclusivement par sa filiale, en raison du principe de réalisme économique du droit de la concurrence.

L'Ordonnance du 9 mars 2017 va encore plus loin, car elle transpose la notion d'entreprise en droit de la responsabilité civile et présume irréfragablement la faute lorsqu'une condamnation est prononcée à titre définitif par l'Autorité de la concurrence ou la Commission européenne. Une conclusion logique s'impose : dès lors qu'elle est reconnue coupable en droit de la concurrence alors que la pratique anticoncurrentielle est effectuée par sa filiale, une société mère pourrait être considérée comme responsable civilement¹²⁶ sans qu'une faute de sa part puisse, et doive, être prouvée. Les sociétés mères détenant intégralement une filiale responsable d'une pratique anticoncurrentielle pourraient être civilement responsables en raison d'une double présomption : d'abord en droit de la concurrence, une présomption simple d'instructions données l'intégrant dans le périmètre de l'entreprise fautive et la rendant donc coupable de la pratique anticoncurrentielle ; ensuite en droit de la responsabilité civile, une présomption irréfragable de faute par la condamnation définitive prononcée par l'Autorité

123. *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio c. Compañía Española de Petróleos*, affaire C-217/05, [2006] Rec. C.E. I-11987, par. 40 ; *General Química et autres c. Commission*, affaire C-90/09, [2011] Rec. C.E. I-00001, par. 34-36.

124. *Akzo Nobel et autres c. Commission*, affaire C-97/08, [2009] Rec. C.E. I-08237, par. 58.

125. *AEG-Telefunken c. Commission*, affaire C-107/82, [1983] Rec. C.E. I-03151, par. 50 ; *Akzo Nobel et autres c. Commission*, préc., note 124 ; *ArcelorMittal Luxembourg c. Commission*, affaires C-201/09 et C-216/09, [2011] Rec. C.E. I-02239, par. 97.

126. Th. D'ALÈS et A. CONSTANS, préc., note 53.

de la concurrence. La responsabilité civile de la société mère du fait de sa filiale semble alors inévitable, même sans faute de sa part.

Il est aisé de comprendre les impératifs économiques sous-tendant cette solution qui font peser un risque de responsabilité civile sur les sociétés mères, pour lesquelles il n'est plus nécessaire de prouver une quelconque faute. Le législateur adjoint en effet d'autres débiteurs afin d'accroître la solvabilité des personnes condamnées. Cependant, nous ne pouvons que nous interroger quant à la conformité de cette solution avec les principes juridiques du droit des sociétés et du droit de la responsabilité civile. En droit des sociétés, la présomption de responsabilité de la société mère du fait des agissements de sa filiale interpelle. Que cette dernière soit responsable en raison de ses agissements anticoncurrentiels est logique, car cette situation résulte de la stricte application de la loi. Pour les conséquences civiles des pratiques anticoncurrentielles, l'organisation en groupe de sociétés intégré aboutirait *ipso facto* à la responsabilité de la société mère *in solidum* avec sa filiale fautive, sauf à démontrer que la seconde bénéficiait d'une réelle autonomie de décision en droit de la concurrence, ce qui est rarement le cas. L'importation en droit de la responsabilité civile d'une notion de droit de la concurrence—l'entreprise—et de son interprétation par les juridictions aboutit à ébranler les principes fondamentaux du groupe en droit des sociétés et est résolument en opposition avec les travaux doctrinaux en droit européen des sociétés¹²⁷. Ce constat doit conduire à s'interroger sur l'opportunité de modifier l'approche du groupe de sociétés. S'il existe une responsabilité civile au sein du groupe de sociétés, ne serait-il pas envisageable de créer un régime juridique propre au groupe de sociétés¹²⁸, inspiré par exemple du droit allemand, connaissant à la fois les notions de groupe de droit et de groupe de fait¹²⁹? Dans une telle hypothèse, la responsabilité de la société mère pour les faits de sa filiale serait plus pertinente, à condition d'être plus réglementée.

En droit de la responsabilité, il y a lieu de se questionner relativement aux conséquences de la solution introduite par l'Ordonnance du 9 mars 2017 sur les fonctions de la responsabilité civile. Il est vrai qu'ajouter un autre débiteur facilite la réparation du préjudice subi par toute victime, objectif clairement annoncé par le texte de l'Union européenne à l'origine de l'ordonnance. Cependant, le véritable objectif poursuivi ici n'est-il pas plutôt de sanctionner et de dissuader la commission de pratiques

127. *European Model Company Act*, préc., note 77.

128. Benoît GRIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. sociétés* 2009.715.

129. Michel FROMONT et Jonas KNETSCH, *Droit privé allemand*, 2^e éd., Paris, Lextenso, 2017, par. 688 et suiv.

anticoncurrentielles? Ces objectifs seraient atteints non par l'octroi de dommages-intérêts—le montant de la sanction prononcée par l'Autorité de la concurrence ou la Commission européenne pouvant être bien plus comminatoire que des dommages-intérêts—, mais par la simplification des actions devant les juridictions civiles. L'ordonnance entend favoriser les actions, et les présomptions instaurées participent de cet objectif. Or, encourager les actions en responsabilité à l'encontre d'acteurs économiques ne représente-t-il pas un choix législatif consacrant, pour les conséquences civiles des pratiques anticoncurrentielles, la fonction sanctionnatrice et dissuasive de la responsabilité civile?

Notre propos n'est pas de regretter ce choix qui peut se comprendre au regard de la pratique sanctionnée. Les pratiques anticoncurrentielles sont en effet les plus graves, les plus néfastes à l'organisation du marché concurrentiel et se révèlent de nature à nuire à tous les opérateurs sur ce marché, notamment les consommateurs. En revanche, le basculement du rôle de la responsabilité civile issu de l'Ordonnance du 9 mars 2017, ainsi qu'il a été opéré par la Loi vigilance du 27 mars 2017, n'offrirait-il pas l'occasion de consacrer définitivement les autres fonctions de la responsabilité civile, singulièrement les fonctions sanctionnatrice et dissuasive¹³⁰? Si ce sont assurément des cas de responsabilité spéciale, il n'en demeure pas moins que ces fonctions de la responsabilité civile sont partagées par tous les régimes de responsabilité, dans une mesure chaque fois différente. Le projet de réforme de la responsabilité civile déposé devant le Sénat serait alors le véhicule idoine pour parachever cette évolution en l'inscrivant clairement dans la loi.

130. M. BOUTONNET, C. SINTEZ et C. THIBIERGE, préc., note 31.