



# Responsabilité civile des administrateurs et dirigeants en matière de durabilité et de vigilance

Groupe de travail présidé par **Didier Martin**,  
Avocat associé, Bredin Prat

Rapporteur : **Olympe de Baillencourt**,  
Professeur agrégé de droit privé, Université de Franche-Comté  
Secrétaire générale : **Pauline Joly**, Docteur en droit, Avocate



Septembre 2024



## **Responsabilité civile des administrateurs et dirigeants en matière de durabilité et de vigilance**

Groupe de travail présidé par Didier Martin,  
Avocat associé, Bredin Prat

Rapporteur : Olympe de Bailliencourt,  
Professeur agrégé de droit privé, Université de Franche-Comté

Secrétaire générale : Pauline Joly, Docteur en droit, Avocate



4, rue de la Planche 75007 Paris

Tél.: 01 53 63 40 04

[www.leclubdesjuristes.com](http://www.leclubdesjuristes.com)

RETROUVEZ-NOUS SUR     

# SOMMAIRE

## INTRODUCTION

7

# PARTIE 1

## DE NOUVELLES FAUTES POTENTIELLEMENT IMPUTABLES AUX DIRIGEANTS, MAIS UNE ABSENCE DE MODIFICATION DES CONDITIONS D'ENGAGEMENT DE LEUR RESPONSABILITÉ CIVILE

9

- I. **Extension du champ des fautes susceptibles d'être retenues à l'encontre des dirigeants** 12
  - A. Rappel des conditions de caractérisation des fautes des dirigeants 12
  - B. Émergence de fautes potentiellement imputables aux dirigeants en matière de durabilité et de vigilance 17
- II. **Maintien des autres éléments du triptyque de la responsabilité** 29
  - A. Un dommage 29
  - B. Un lien de causalité 32

# PARTIE 2

## UN DEVOIR DE DILIGENCE QUI IMPOSE UN DEVOIR PARTICULIER DE S'INFORMER ET DE SE FORMER

34

- I. **Le devoir de diligence en matière de durabilité et de vigilance** 36
- II. **Le devoir de s'informer et de se former** 39
  - A. Le renouveau du devoir de s'informer 39
  - B. L'émergence d'un « devoir de compétence » 41

# CONCLUSION

43

## **ANNEXE 1**

Liste des membres du Groupe de travail 45

## **ANNEXE 2**

Liste des personnes auditionnées 46

## **ANNEXE 3**

Note Bredin Prat relative aux recommandations de Place à destination des dirigeants au regard de leurs obligations en matière de durabilité et de vigilance 47

## **ANNEXE 4**

Note Tom Vauthier\*  
Remarques sur la constitution de la preuve en matière d'action civile contre le dirigeant 62

## **ANNEXE 5**

Note Caroline Coupet\*  
La responsabilité civile en matière sociale et environnementale : l'articulation entre la responsabilité de la société et celle de ses dirigeants sociaux 68

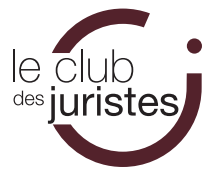
## **ANNEXE 6**

Note Valentin Autret\*  
La *Business Judgment Rule* 80

## **ANNEXE 7**

Note François de Cambiaire\*  
Nouveaux risques judiciaires susceptibles de résulter des informations de durabilité et de vigilance en matière climatique et de biodiversité, et de réglementations sectorielles 94

\* Les opinions exprimées n'engagent que leurs auteurs et n'engagent pas les cabinets et/ou institutions des auteurs.



# INTRODUCTION

Les réformes menées par les législateurs français et européens, dans le cadre d'une part de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, dont le régime sera vraisemblablement modifié par la transposition de la directive (UE) 2024/1760 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, et d'autre part de l'ordonnance n° 2023-1142 du 6 décembre 2023 qui a transposé la directive (UE) 2022/2464 concernant la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises (dite « CSRD »), mettent à la charge des entreprises des obligations nouvelles, tant de publication d'informations en matière de durabilité, que de mise en œuvre d'un devoir de vigilance en matière de droits de l'homme et d'environnement.

Bien que s'imposant principalement aux sociétés, ces nouvelles obligations élargissent par ricochet le champ des obligations des organes de direction et d'administration des sociétés qui y sont soumises. Leurs obligations étant ainsi élargies notamment au regard des récentes évolutions, d'origine européenne, qui ont suivi l'adoption de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite loi PACTE) et la modification de l'article 1833 du Code civil, la responsabilité civile des dirigeants et des administrateurs pourrait corrélativement être davantage engagée, ce qui suscite des interrogations. Un certain nombre d'administrateurs de sociétés cotées s'inquiètent en effet de l'augmentation régulière et importante des réglementations s'imposant aux grands groupes de sociétés et donc indirectement aux conseils d'administration de ces sociétés. Des menaces d'actions judiciaires d'actionnaires ou de parties prenantes ont d'ailleurs suscité un certain émoi parmi les dirigeants.

Dans ce contexte, le Club des juristes a décidé de créer une Commission *ad hoc* « Responsabilité civile des administrateurs et des dirigeants en matière de durabilité et de devoir de vigilance », présidée par Maître Didier Martin et dont la composition figure en Annexe 1 (le « Groupe de travail »). Le Groupe de travail a tenu six réunions entre les mois de novembre 2023 et avril 2024, au cours desquelles certaines personnes, dont la liste figure en Annexe 2, ont été auditionnées.

Les travaux du Groupe de travail ont eu pour objet de mesurer les risques d'engagement de la responsabilité civile des dirigeants au regard de ces nouvelles obligations.

Par commodité, sauf s'il en est précisé autrement, le terme « dirigeant (s) » sera entendu largement et renverra aussi bien aux administrateurs qu'aux directeurs généraux de sociétés anonymes. En revanche, la situation des membres du directoire ou du conseil de surveillance de sociétés anonymes ou encore celle des dirigeants des autres formes sociales, telles que les sociétés en commandite par actions, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés européennes, ne sera pas spécifiquement traitée dans le présent rapport, dont les conclusions pourront néanmoins leur être appliquées *mutatis mutandis*<sup>1</sup>.

Au terme de ses travaux, après avoir constaté que les réglementations récentes n'ont pas modifié les équilibres généraux du régime de responsabilité civile des dirigeants sociaux (Partie 1), le Groupe de travail a observé que, dans l'hypothèse où leur responsabilité serait mise en jeu, les dirigeants devraient, en vue de ne pas la voir engagée, caractériser le fait qu'ils ont agi avec diligence dans l'exercice de leurs missions en matière de durabilité et de vigilance en ayant notamment requis les informations nécessaires aux délibérations et acquis les connaissances suffisantes pour apprécier les enjeux de la durabilité et du devoir de vigilance (Partie 2).

---

1. Un membre du Groupe de travail a cependant souligné, à juste titre, que la situation des dirigeants de sociétés par actions simplifiées (SAS) pourrait soulever des problématiques particulières, au regard de la liberté laissée aux actionnaires pour définir les règles de fonctionnement des SAS. Ainsi, les développements du présent rapport concernant les conseils d'administration et comités de sociétés anonymes ne pourront donc pas nécessairement être transposés aux conseils d'administration ou comités de SAS, étant précisé que ces organes d'administration ou de contrôle ne sont pas imposés par la loi.



# PARTIE 1

**DE NOUVELLES FAUTES  
POTENTIELLEMENT  
IMPUTABLES AUX  
DIRIGEANTS, MAIS  
UNE ABSENCE DE  
MODIFICATION  
DES CONDITIONS  
D'ENGAGEMENT DE LEUR  
RESPONSABILITÉ CIVILE**

À titre liminaire, il convient de relever que les nouvelles obligations applicables en matière de durabilité et de vigilance ne prévoient pas de règles spéciales de responsabilité civile des dirigeants<sup>2</sup>.

En l'absence de règles spéciales, il y a lieu de leur appliquer les règles de droit commun de responsabilité civile des dirigeants, prévues aux articles L. 225-251 et suivants du Code de commerce s'agissant des administrateurs et directeurs généraux de sociétés anonymes. Ces dispositions s'appliquent également au représentant permanent de l'administrateur personne morale, qui est « soumis aux mêmes conditions et obligations [et] encourt les mêmes responsabilités civile et pénale que s'il était administrateur en son nom propre<sup>3</sup> ».

S'agissant des administrateurs, on rappellera qu'ils exercent leurs mandats au sein d'un organe collégial et qu'à ce titre, chacun des membres du Conseil d'administration qui participe – par son action ou son abstention – à une prise de décision fautive dudit Conseil commet une faute individuelle, sauf à justifier de ne pas avoir participé à la réalisation de la faute, notamment en s'opposant à la décision fautive<sup>4</sup>. Dans de rares cas, la faute individuelle et personnelle d'un seul administrateur pourrait néanmoins être retenue. C'est ainsi que, dans un arrêt de septembre 2023, la Cour d'appel de Paris a retenu la responsabilité personnelle d'une administratrice, les faits d'espèce établissant qu'elle avait connaissance, au moment où elle a voté en faveur de la nomination du nouveau président-directeur général, que celui-ci était sous le coup d'une interdiction de gérer<sup>5</sup>. En matière

---

2. En revanche, des dispositifs dédiés, assurant l'effectivité des obligations en matière de transparence ont été introduits par l'Ordonnance n° 2023-1142 du 6 décembre 2023. Ainsi, à défaut de publication des documents ou informations, toute personne peut demander au juge, en référé, soit d'enjoindre sous astreinte à la personne ou l'organe compétent la production, la communication ou la transmission des documents ou informations en matière de durabilité, soit la désignation d'un mandataire chargé de procéder à cette communication (C. com., L. 238-1 al. 3). Par ailleurs, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2025, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital ou des droits de vote pourront requérir l'inscription à l'ordre du jour de l'Assemblée générale d'un projet de résolution exigeant qu'une « personne morale accréditée » autre que le contrôleur de durabilité en fonction prépare un rapport sur certaines informations en matière de durabilité (C. com., art. L. 232-6-3, IV).

3. C. com., art. L. 225-20.

4. Afin de les exonérer de leur responsabilité, cette opposition devra être caractérisée par une attitude positive et ne pourra résulter de la seule abstention lors du vote de la décision (Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841, *Crédit Martiniquais* (note Couret (A), JCP E 2010, 1416)). « Mais attendu, en premier lieu, que commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision ; que l'arrêt relève que le conseil d'administration du *Crédit martiniquais* a arrêté les comptes infidèles [...] que, de ces seuls motifs, sans avoir à procéder à une recherche inopérante, dès lors qu'aucun de ceux qui étaient administrateurs à cette date n'a établi ni même allégué s'être opposé personnellement à cet arrêté des comptes ». Les protestations de la personne mise en cause devront alors être explicites et consignées au procès-verbal, le simple fait de s'abstenir ou de voter contre n'étant pas suffisant 5 B. Le Bars, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux - Détermination des dirigeants responsables », *Rép. Soc.*, Dalloz, 2023, §68). On peut en outre considérer que la démission constitue l'expression la plus aboutie de la contestation, à condition qu'elle soit dûment motivée par l'opposition à la décision fautive.

5. CA Paris, pôle 5, ch. 9, 14 septembre 2023, n° 21/11057 : « [l'administratrice] était parfaitement informée de ce que [la personne nommée], son conjoint, était, lors de sa nomination en qualité de PDG de [la société], encore interdit de gérer puisqu'elle avait été condamnée par la même décision. / Pour autant elle a voté, en qualité d'administratrice, [de sa] désignation à ce poste, le communiqué de presse diffusé 9.11.2010 indiquant que le conseil d'administration a décidé à l'unanimité de nommer [la personne nommée] aux fonctions de PDG. / Elle a ainsi accepté de diffuser au public une information trompeuse au sens de l'article 632-1 du RGAMF / En effet elle a participé par son vote à la diffusion de l'information que Monsieur BQ avait la capacité légale à exercer la fonction de PDG, alors qu'au contraire soumis à une interdiction de gérer il ne pouvait exercer aucun mandat social. / Contrairement aux autres administrateurs de la société CV, sauf s'agissant de la société civile BR BT, elle détenait cette information qui était de nature à modifier la perception par le public de la direction de la société, ce qui caractérise sa faute personnelle en qualité d'administrateur d'avoir diffusé sciemment des informations trompeuses ».

de vigilance et de durabilité, la faute individuelle d'un ou plusieurs administrateurs pourrait être caractérisée dans l'hypothèse où ce ou ces administrateurs seraient détenteurs d'une information importante et ne la transmettraient pas aux autres membres du Conseil<sup>6</sup>.

Par ailleurs, on notera que dans la mesure où les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile des dirigeants sont inchangées, l'assurabilité de ces dirigeants ne devrait pas être modifiée. Le montant des polices d'assurance des dirigeants ne semble d'ailleurs pas avoir été augmenté au motif que de nouvelles obligations s'imposeraient à eux en matière de durabilité et de vigilance. Toutefois, un membre du groupe de travail a rapporté les propos d'une personne issue d'une compagnie d'assurances, qui voit apparaître une montée des obligations à la charge des dirigeants (obligations d'information, de communication, de transparence), qui devrait entraîner la mise en place d'obligations de contrôle interne et de gouvernance. Selon cette personne, s'il n'y a pas de diplôme pour être dirigeant, force est de constater que l'environnement législatif et réglementaire professionnalise la fonction. La condamnation de La Poste, par exemple, sur le devoir de vigilance conduit à intégrer ce type de risque dans les bases de données pour le calcul de la prime. Elle en conclut que tous ces éléments font partie d'un critère de risque qui impacte les taux sur certaines sociétés, surtout les sociétés cotées et les sociétés dont l'activité est régulée (banques, fonds d'investissement).

Ces observations préliminaires formulées, il faut reconnaître que le droit des sociétés et les réformes récentes en matière de durabilité et de vigilance ne dérogent pas au droit commun de la responsabilité civile, qui conditionne la responsabilité civile à la preuve<sup>7</sup> du classique triptyque « faute, préjudice, lien de causalité ». Si une extension du champ des fautes susceptibles d'être retenues à l'encontre des dirigeants peut être observée (I), l'exigence tenant à la démonstration de l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité n'est pas modifiée (II).

---

6. On pense, par exemple, aux membres du comité spécialisé chargé de superviser l'élaboration des informations en matière de durabilité (v. *infra*).

7. Sur la constitution de la preuve en matière d'action civile, voir annexe 4, § 1.4.

## **I. Extension du champ des fautes susceptibles d’être retenues à l’encontre des dirigeants**

Les nouvelles obligations en matière de durabilité et de vigilance<sup>8</sup> ont mécaniquement une incidence sur le risque d’engagement de la responsabilité civile de la société, mais également – dans une certaine mesure – de ses dirigeants. Ces nouvelles obligations, si elles n’étaient pas respectées, pourraient en effet constituer des fautes susceptibles d’engager la responsabilité civile de leur auteur, dès lors qu’un préjudice et un lien de causalité seraient démontrés. Il convient néanmoins de souligner qu’en pratique la responsabilité des dirigeants d’une société *in bonis* est très rarement engagée et même recherchée, les actions en responsabilité étant généralement diligentées contre les sociétés qu’ils représentent<sup>9</sup>.

Lors des travaux du Groupe de travail, une personne auditionnée a toutefois évoqué l’intérêt croissant des organisations non gouvernementales (ONGs) pour les actions en responsabilité contre les administrateurs, illustré à l’étranger par l’affaire Shell, dans laquelle – on le sait – le juge a refusé de permettre à l’ONG de poursuivre son action. Il a également pu être relevé que la multiplication des interventions du législateur et des actions en justice en matière de durabilité et de vigilance dénote une évolution de l’environnement juridique dans lequel évoluent les sociétés, laquelle pourrait inciter le juge à apprécier plus largement, à l’avenir, les fautes de gestion susceptibles d’être commises par les dirigeants. Aucune décision de justice ne vient cependant étayer ce sentiment à ce stade.

Par ailleurs, bien qu’il faille effectivement constater la consécration de nouvelles fautes potentiellement imputables aux dirigeants en matière de durabilité et de vigilance (B), il faut souligner que la définition de la « faute du dirigeant » et les conditions de sa caractérisation ne sont pas modifiées (A).

### **A. Rappel des conditions de caractérisation des fautes des dirigeants**

S’agissant de la faute en cas de violation des obligations en matière de durabilité et de vigilance, il y a lieu de distinguer – conformément aux règles applicables en matière de responsabilité civile des dirigeants – selon que la responsabilité du dirigeant est engagée à l’égard des associés et de la société (i), ou à l’égard des tiers (ii). Dans ce dernier

---

8. Il est utile de préciser que ces nouvelles obligations n’ont pas pour effet d’écarter les dispositions plus générales issues de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite loi PACTE), qui a notamment modifié l’article 1833 du Code civil et l’article L. 225-35 du Code de commerce pour prévoir que les organes de gestion doivent désormais prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de l’activité de la société dans le cadre de leurs décisions de gestion.

9. Notamment par le fait que les demandeurs doivent caractériser une faute des dirigeants qui ne se résume pas à la faute de la société et en raison de possibles contraintes procédurales liées à la conduite d’un procès avec de multiples défendeurs. Plus généralement, sur l’articulation entre la responsabilité de la société et celle de ses dirigeants, v. la note de C. Coupet (Annexe 5).

cas, la jurisprudence exige en effet du tiers qu'il rapporte la preuve d'une faute du dirigeant qui soit séparable de ses fonctions, ce qui rend plus difficile l'engagement de sa responsabilité. Cependant, cette difficulté doit être relativisée dans la mesure où un tiers peut facilement devenir actionnaire, dès lors qu'il acquiert une action de la société (iii).

### **i. En cas de responsabilité à l'égard de la société et des actionnaires :**

Selon l'article L. 225-251 du Code de commerce, les administrateurs et directeurs généraux sont responsables « *soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* ».

Il suffit alors de constater que le dirigeant a enfreint une disposition législative ou réglementaire pour caractériser la faute. Il importe peu que cette violation soit ou non sanctionnée pénalement<sup>10</sup>. De même, la seule méconnaissance de prescriptions statutaires permet de constater la faute du dirigeant. Le fait qu'un comportement puisse caractériser un manquement administratif est aussi susceptible de constituer une faute sur le fondement du droit civil. Dans une affaire récente, la Cour d'appel de Paris a ainsi constaté que la diffusion par un administrateur d'une information trompeuse au sens du règlement général de l'Autorité des marchés financiers était susceptible d'engager sa responsabilité civile<sup>11</sup>. Dans sa décision, la Cour considère que la reconnaissance du manquement administratif, en ce qu'il constitue la violation d'une disposition légale, emporte reconnaissance de la faute civile<sup>12</sup>. Cet élément est d'ailleurs à mettre en relief avec l'institution d'une autorité administrative qui sera chargée de surveiller le respect des obligations prévues par la directive sur le devoir de vigilance<sup>13</sup>.

Les fautes de gestion, quant à elles, semblent plus difficiles à démontrer et dépendent des circonstances d'espèce. La loi est en effet silencieuse quant aux contours de la notion ; il appartiendrait donc au juge de les définir. Sans avoir dégagé de formule générale appliquée de façon uniforme, certains arrêts font référence au comportement d'un dirigeant diligent et prudent<sup>14</sup> et à la contrariété de l'acte à l'intérêt social<sup>15</sup>. Dans ce cadre large, la faute pourrait résulter aussi bien d'une action que d'une omission ou d'une abstention<sup>16</sup>. Les auteurs constatent que la notion est

---

10. Cass. com., 9 novembre 1993, n° 89-20.660 : JurisData n° 1993-002874.

11. CA Paris, pôle 5, ch. 9, 14 sept. 2023, n° 21/11057.

12. Rappels cependant que dans plusieurs jugements rendus le 7 juillet 2021 dans une affaire Vivendi, le Tribunal de commerce de Paris a pu décider, de manière surprenante, que des faits constitutifs de manquements administratifs définitivement reconnus n'étaient pas constitutifs de fautes civiles. Sur ces jugements, v. O. de Bailliencourt, « Absence de faute civile de Vivendi malgré une communication financière ayant donné lieu à une sanction administrative », Dr. sociétés 2021, comm. n° 135. Le contentieux ayant fait l'objet d'une transaction, il ne donnera pas lieu à une décision de Cour d'appel.

13. Article 24 de la Directive (UE) 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.

14. Cass. com., 8 mars 1988, n° 86-10.389 ; CA Paris, pôle 4, ch. 10, 14 avr. 2022, n° 19/13089.

15. Cass. com., 5 avr. 2018, n° 16-23.365 ; Cass. com., 21 sept. 2004, n° 02-17.559.

16. Cass. com., 3 janv. 1995, n° 91-18.660 ; Cass. com., 25 mars 1997, n° 95-10.995.

donc large<sup>17</sup> et qu'il est difficile de déduire des « *tendances générales* » la concernant<sup>18</sup>. Certains enseignements ont cependant pu en être tirés. La faute de gestion résulterait de la méconnaissance de l'intérêt social et sa qualification appellerait *in abstracto* une appréciation de « *l'attitude qu'aurait dû avoir un dirigeant diligent, actif mais prudent, à l'époque et dans les circonstances de l'espèce* »<sup>19</sup>. À cet égard, le développement du droit souple, notamment s'agissant des questions extra-financières<sup>20</sup>, interroge par exemple sur le point de savoir si la violation d'un code de bonne conduite – qui, par définition, fixe des standards – pourrait être qualifiée de faute de gestion<sup>21</sup>.

Selon l'organe social considéré, la mise en œuvre de la responsabilité varie. La faute du directeur général, en charge de la gestion quotidienne de la société, résulte davantage d'actions. Sa responsabilité est « *plus fréquemment et plus aisément mise en œuvre* » que celle des administrateurs<sup>22</sup>, réunis par intermittence et dont l'implication dans les affaires sociales est plus limitée<sup>23</sup>, et à qui l'on reprochera le plus souvent leur abstention ou leur négligence.

La qualification d'une faute de gestion appelle du juge un examen du comportement critiqué, mais les juridictions refusent à cet égard de se prononcer sur l'opportunité des décisions, ce qui constituerait une immixtion de leur part dans les affaires sociales<sup>24</sup>. Leur rôle consisterait plutôt à « *examiner quel a été le processus décisionnaire* » en préservant

- 
17. Voir « *imprécise* » : S. Messaï-Bahri, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, Thèse IRJS, 2004, p. 56 s.
  18. S. Schiller, « Les fautes des dirigeants sociaux », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, LGDJ, 2015, p. 755.
  19. Ph. Merle, A. Fauchon, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 27<sup>e</sup> édition, 2023, §458 ; V. également M. Germain, V. Magnier, *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, LGDJ, 23<sup>e</sup> édition, 2022, §797 p. 589 ; Ph. Delebecque, F.-J. Pansier, *Administrateurs Sociétés*, Rép. Sociétés Dalloz, 2021, §258 ; J. Heinrich, « L'acte de bonne gestion », in *Mélanges en l'honneur d'Alain Couret, op. cit.*, p. 271 ; V. Magnier, « Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent » ? », BJS 2012, p. 75 ; D. Giribila, H. Azarian, *Dirigeants sociaux. Responsabilité civile*, JCl Commercial, 2023, §21.
  20. Voir notamment la dernière version du Code Afep-Medef ou la recommandation 2012-05 de l'AMF récemment mise à jour.
  21. Y. Guyon, M. Buchberger, *Responsabilité civile des administrateurs*, JCl. Sociétés Traité, Fasc. 132-10, 18 août 2021, §47.
  22. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 36<sup>e</sup> édition, 2023, §1064 ; P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 10<sup>e</sup> édition, 2023, §805.
  23. Pour rappel, « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en considérant les enjeux sociaux, environnementaux, culturels et sportifs de son activité. Il prend également en considération, s'il y a lieu, la raison d'être de la société définie en application de l'article 1835 du Code civil. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent. [...]* Le Conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission » (C. com., art. L. 225-35, al. 1<sup>er</sup> et 3).
  24. CA Versailles, 12<sup>e</sup> ch., sect. 2, 11 juin 1998, n° 346/96, Bull. Joly. 1998, n° 11, p. 1168, obs. R. Bailloil : « *les juridictions n'étant pas juges de l'opportunité des décisions de gestion, les fautes perpétrées par [un dirigeant] doivent être appréciées en fonction de la régularité du processus ayant conduit à l'adoption de ces décisions, de leur caractère anormal au moment où elles ont été prises en tenant compte de l'acceptation des risques générés par la gestion de toute entreprise* » ; J.-B. Tap, « *La faute de gestion dans tous ses états* », Rev. Sociétés 2018.241.
  25. B. Bouloc, « La faute de gestion du dirigeant social », in *Mélanges offerts à Pierre Spiteri*, t. 1, PU Toulouse, 2008, p. 320.

la faculté du dirigeant de choisir la décision alternative à adopter<sup>26</sup>. Il en sera de même en cas d'action judiciaire pour une violation des obligations relatives à la durabilité ou au devoir de vigilance. Notons que le requérant pourra tenter d'obtenir les procès-verbaux des délibérations ou décisions de l'organe visé afin de fonder son action<sup>27</sup>.

## ii. En cas de responsabilité à l'égard des tiers :

Pour engager la responsabilité civile du dirigeant, les tiers devraient démontrer que celui-ci a commis une faute séparable (ou détachable) de ses fonctions<sup>28</sup>, définie depuis un arrêt du 20 mai 2003<sup>29</sup> comme une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.

La jurisprudence précise qu'une faute séparable peut être démontrée, même lorsque le dirigeant agissait dans les limites de ses attributions<sup>30</sup>.

En pratique, le caractère séparable de la faute du dirigeant est cependant difficile à démontrer, et constitue bien souvent un obstacle à l'engagement de la responsabilité du dirigeant<sup>31</sup>.

La chambre commerciale de la Cour de cassation considère cependant que toute faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle est séparable comme telle des fonctions sociales du dirigeant. Seront donc considérées comme séparables les fautes d'un dirigeant constitutives

---

26. V. dans une optique plus générale P. Lokiec, *Contrat et pouvoir*, LGDJ, 2021, p. 243 : « *Le droit ambitionne, non pas de dicter la décision, mais de l'encadrer afin que le choix du décisionnaire s'oriente vers le bien commun.* »

27. Voir note de T. Vauthier en annexe.

28. La jurisprudence adopte une acception restrictive du « tiers », l'associé agissant aux fins d'indemnisation d'un préjudice personnel (et non dans le cadre d'une action *ut singuli*) n'ayant pas à démontrer que la faute du dirigeant est détachable (Com. 9 mars 2010 n° 08-21.547). En dépit du silence de la loi, la chambre commerciale de la Cour de cassation a pu affirmer, dans des arrêts relativement récents, que cette exigence au succès de l'action d'un tiers « résulte » de l'alinéa 1 de l'article L. 233-22 du Code de commerce, texte applicable aux SARL dont la formule est quasi identique à celle de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 225-251 applicable aux sociétés anonymes. Com., 1<sup>er</sup> décembre 2021, n°19-25.905 : « *Vu les articles 1382, devenu 1240, du code civil et L. 223-22, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce : / 11. Il résulte du second que la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.* » ; Com., 21 septembre 2022, n° 20-20.310 (Bull. Joly sociétés, déc. 2022, p. 19, note B. Dondero) : « *Vu les articles 1382, devenu 1240, du Code civil et L. 223-22, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce : / 6. Il résulte du second que la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.* »

29. Com., 20 mai 2003, n° 99-17.092.

30. Com., 10 févr. 2009, n° 07-20.445. Ainsi, quand bien même une faute aurait été commise par un dirigeant dans l'exercice de ses fonctions, son caractère séparable pourrait être retenu en ce qu'elle reflète un manquement manifeste du dirigeant à son obligation d'agir, de façon diligente, dans l'intérêt de la société, D. Vidal, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », *JCP E Cah. dr. entr.* 3/2001, 16, spéc. p. 19 ; E. Nicolas, « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. sociétés* 2013, 535.

31. Guyon (Y) et Buchberger (M.), « Responsabilité civile des administrateurs », J.-Cl. Sociétés Traités, 2021 §50. Pour des exemples de situations n'ayant pas permis de constater l'existence d'une faute séparable (la responsabilité des dirigeants ayant donc été écartée), voir notamment : la passivité et l'inertie d'un gérant (Cass. 3e civ., 7 déc. 2005, n° 04-15.206 : *JurisData* n° 2005-031230 ; Dr. sociétés 2006, comm. 54, note F.-X. Lucas) ; des négligences graves ayant facilité la commission d'un délit de détournement d'actifs par le chef comptable de la société (Cass. com., 23 nov. 2010, n° 09-15.339 : *JurisData* n° 2010-021965 ; *Rev. sociétés* 2011, p. 33, obs. A. Lienhard).

d'un crime, d'un délit (à l'exception des délits non intentionnels<sup>32</sup>) ou de certaines contraventions de 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> classes pour violences contre les personnes<sup>33</sup>. Pour ces différentes infractions, le juge civil présume de manière irréfragable le caractère séparable de la faute du dirigeant.

Par ailleurs, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté la théorie de la faute séparable dans plusieurs arrêts rendus le 5 avril 2018<sup>34</sup>. Lorsque l'action civile sera portée devant le juge pénal, le tiers n'aura donc pas à démontrer le caractère séparable de la faute du dirigeant.

Dans le cadre de ses travaux, le Groupe de travail a eu à s'interroger sur l'avenir de la jurisprudence civile relative à la faute séparable. La question a été posée de savoir si cette exigence ne pourrait pas être abandonnée par le juge en matière de vigilance et de durabilité. Si une personne auditionnée, ainsi qu'un membre du Groupe de travail, estiment qu'il serait possible que la jurisprudence évolue, le Groupe de travail considère que la jurisprudence actuelle ne fournit aucun indice en ce sens. Par ailleurs, il a été relevé que l'exigence d'une faute séparable étant principalement justifiée par le fait que les dirigeants agissent au nom et pour le compte de la société, et non en leur nom personnel, et que la personne morale fait écran, aucun argument juridique ne permettrait de justifier que le juge supprime cette exigence en matière de durabilité et de vigilance.

Par ailleurs, il faut reconnaître que ce que l'on peut considérer comme un obstacle à l'engagement de la responsabilité des dirigeants doit être relativisé.

### iii. Relativiser l'obstacle de la faute séparable :

En pratique, l'exigence d'une faute séparable dans le cadre d'une action en responsabilité engagée par un tiers ne constitue pas véritablement un obstacle à l'engagement de la responsabilité des dirigeants. Afin d'échapper à cette exigence, il suffit au tiers de devenir actionnaire en acquérant une action de la société. Le droit français ne pose en effet aucune exigence de détention d'une fraction minimale du capital ou des droits de vote pour exercer l'action sociale *ut singuli* ou une action individuelle. La détention de capital doit cependant être directe, les actionnaires d'une société ne pouvant engager, pour le compte de celle-ci, une action en responsabilité contre les dirigeants de ses filiales<sup>35</sup>.

S'agissant de l'action sociale *ut singuli*, la jurisprudence pose en effet comme condition de recevabilité de l'action que l'actionnaire ait la qualité d'actionnaire à la date où il engage l'action et qu'il le reste tout le long de l'instance<sup>36</sup>. Ainsi, l'action sociale engagée contre un dirigeant par une

---

32. C. pénal, art. 121-3.

33. C. pénal, art. 121-3 a *contrario*, art. R. 624-1 et R. 625-1.

34. Crim. 5 avr. 2018, n° 16-87.669, D. 2018. 1135, 1128, avis R. Salomon, 1137, note L. Saenko, et 2056, obs. E. Lamazerolles ; AJ pénal 2018. 248, note C. Mangematin ; RTD civ. 2018. 677, obs. P. Jourdain.

35. Com. 13 mars 2019, n° 17-22.128.

36. Com. 26 janvier 1970, n° 69-60.033 ; CA Paris 6 avril 2001, 3<sup>e</sup> ch. C, n° 2000/01385 ; CA Paris 10 mars 2022 n° 13/18511.



ONG, par exemple, serait jugée recevable, dès lors que cette ONG aurait bien la qualité d'actionnaire (sans seuil de détention minimum) tout au long de la procédure. À cet égard, l'appréciation par le juge français des conditions de recevabilité des actions en responsabilité diligentées contre les dirigeants semble assez favorable aux demandeurs. À titre de comparaison, le juge anglais a pu se montrer plus sévère dans une affaire récente en Angleterre dans laquelle l'action avait été initiée par l'ONG ClientEarth à l'encontre des administrateurs de la société Shell<sup>37</sup>.

Malgré l'absence d'un tel filtre en droit français, notons que dans le cas où une ONG choisirait, pour pouvoir engager la responsabilité d'un dirigeant sans avoir à démontrer l'existence d'une faute détachable, d'acquiescer une action, son dommage réparable au titre d'une action individuelle serait, en toute hypothèse, limité au dommage subi en sa qualité d'actionnaire, limitant ainsi les enjeux financiers d'une telle démarche.

L'obstacle de la faute séparable devrait également être relativisé à un autre égard. Dès lors que le tiers agirait en responsabilité civile contre la société, cette dernière pourrait ensuite exercer une action personnelle (et non subrogatoire) contre son dirigeant, et ce, sans avoir à rapporter la preuve d'une faute séparable des fonctions<sup>38</sup>.

## B. Émergence de fautes potentiellement imputables aux dirigeants en matière de durabilité et de vigilance

Afin d'identifier les nouvelles fautes qui pourraient être caractérisées à l'égard des dirigeants, il est nécessaire de distinguer selon qu'elles découleraient des nouvelles obligations en matière de durabilité (i), ou de vigilance (ii)<sup>39</sup>.

### i. Les fautes potentielles en matière de durabilité

Certaines fautes pourraient découler directement des nouvelles obligations légales de publication d'informations en matière de durabilité (a), alors que d'autres fautes n'en découleraient qu'indirectement (b).

---

37. Le juge anglais ainsi a évalué si une derivative action (similaire à l'action *ut singuli* de droit français) engagée par une ONG pouvait être conduite. La faible participation minoritaire détenue par l'ONG dans la société a ainsi été examinée et a constitué un élément pris en considération dans la décision du juge estimant que « *prima facie* » (prima facie case) requis pour poursuivre l'action envisagée. La Cour d'appel londonienne a refusé d'admettre la possibilité d'interjeter appel, relevant notamment que le juge de première instance « *was also justified in concluding that the appellant had not adduced sufficient evidence to counter the inference of collateral motive. There is every reason to think that the appellant has brought the claim to advance its policy agenda rather than to enhance or protect the value of its very small shareholding. In fact, given the appellant's objects, it is hard to imagine that it holds its 27 shares for investment purposes at all* » Court of Appeal, CA-2023-001866, November 14<sup>th</sup> 2023. Sur cette affaire, voir également : *ClientEarth v Shell plc and others* [2023] EWHC 1897 ; F.-G. Trébulle, « Où l'on entend parler de la responsabilité climatique des administrateurs... », *Energie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, octobre 2023 ; M. De Pinieux et Th. Duchesne, « Vers une meilleure prise en compte de l'environnement et des droits humains par les dirigeants ? Réflexions à partir de l'affaire ClientEarth v Shell's board of directors », *Energie – Environnement – Infrastructures* – n° 1 – janvier 2024.

38. Sur ce point, v. la note de C. Coupet (Annexe 5), spéc. § 14.

39. Un membre du groupe de travail a demandé que soit annexée au présent rapport une note formulant des observations personnelles évoquant les nouveaux risques de responsabilité des dirigeants (cf. annexe 7).

Avant d'identifier ces potentielles fautes, il convient de rappeler que les fonctions d'administrateur et de directeur général étant distinctes, leurs obligations le sont nécessairement. Dans les développements suivants, la situation des administrateurs et celle des directeurs généraux seront donc parfois distinguées.

### a Les fautes découlant directement des nouvelles obligations légales

#### • Les obligations de publication d'informations en matière de durabilité

Le Conseil d'administration étant chargé d'établir et de présenter, chaque année, le rapport de gestion à l'Assemblée générale, il devra respecter les obligations de *reporting* en matière de durabilité<sup>40</sup>.

Dès lors, il pourrait être reproché aux administrateurs d'avoir publié dans le rapport de gestion :

- des informations incomplètes en matière de durabilité<sup>41</sup>, sans justifier d'une exception à l'obligation de publication<sup>42</sup>, ou
- des informations erronées sans les corriger dans les rapports de durabilité subséquents<sup>43</sup>.

---

40. Selon le 9<sup>e</sup> considérant de la directive CSRD, « Les bénéficiaires finaux d'une meilleure publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises seraient les particuliers et les épargnants, y compris les syndicats et les représentants des travailleurs qui seraient informés de manière appropriée et seraient ainsi en mesure de participer au dialogue social dans de meilleures conditions. Les épargnants qui souhaitent investir de manière durable auront l'opportunité de le faire, tandis que tous les citoyens bénéficieraient d'un système économique stable, durable et inclusif. Pour concrétiser ces avantages, les informations en matière de durabilité publiées dans les rapports annuels des entreprises doivent d'abord atteindre deux groupes d'utilisateurs primaires. Le premier groupe d'utilisateurs comprend les investisseurs, y compris les gestionnaires d'actifs, qui souhaitent mieux comprendre les risques et les opportunités que présentent les questions de durabilité pour leurs investissements et les incidences de ces investissements sur la population et l'environnement. Le 2<sup>e</sup> groupe d'utilisateurs comprend des acteurs de la société civile, y compris des organisations non gouvernementales et des partenaires sociaux, qui souhaitent que les entreprises rendent mieux compte de leurs incidences sur la population et l'environnement. D'autres parties prenantes pourraient également utiliser les informations en matière de durabilité publiées dans les rapports annuels, notamment pour favoriser la comparabilité entre les secteurs du marché et au sein de ceux-ci ». Le 11<sup>e</sup> considérant ajoute que « La demande d'informations en matière de durabilité des entreprises a considérablement augmenté ces dernières années, en particulier de la part de la communauté des investisseurs. Cette augmentation de la demande s'explique par l'évolution de la nature des risques pour les entreprises et la sensibilisation croissante des investisseurs aux implications financières de ces risques. »

41. C. com., art. L. 232-6-3, I et R. 232-8-4.

42. L'article L. 232-6-3, II du Code de commerce prévoit en effet que « Les informations portant sur des évolutions imminentes ou des affaires en cours de négociation peuvent être omises dans des cas exceptionnels lorsque, de l'avis dûment motivé du conseil, du directoire ou du gérant, leur publication nuirait gravement à la position commerciale de la société, à condition que cette omission ne fasse pas obstacle à la compréhension juste et équilibrée de l'évolution des affaires de la société, ses résultats, sa situation et les incidences de ses activités. » Par ailleurs, le règlement délégué (UE) 2023/2772 (ESRS 1, § 7.7) prévoit également que :

« 105. L'entreprise n'est pas tenue de publier des informations classifiées ou sensibles, même si ces informations sont considérées comme importantes.

106. Lorsqu'elle publie des informations sur sa stratégie, ses plans et ses actions, si une information particulière relative à la propriété intellectuelle, au savoir-faire ou à des résultats d'innovations peut servir à réaliser l'objectif d'une exigence de publication, l'entreprise peut néanmoins omettre cette information particulière si celle-ci :

- (a) est secrète, en ce sens que, dans sa globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, elle n'est pas généralement connue de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur est pas aisément accessible ;
- (b) a une valeur commerciale parce qu'elle est secrète ; et
- (c) a fait l'objet de mesures raisonnables prises par l'entreprise pour la garder secrète ».

43. Les ESRS précisent que lorsqu'une société « identifie des erreurs importantes concernant une période antérieure », elle en fait état et apporte les corrections appropriées « dans la mesure du possible » (ESRS 1, § 7.5 Signalement d'erreurs dans des périodes antérieures ; Exigence de publication BP-2 – Publication d'informations relatives à des circonstances particulières, §14).

Lorsque cette faute sera invoquée par un tiers, ce dernier devra démontrer qu'elle est séparable des fonctions des dirigeants (voir *supra*). Ainsi, pourrait, semble-t-il, être considéré comme une faute séparable « le fait pour des administrateurs d'omettre de prendre en compte des risques avérés de pollution au vu des connaissances scientifiques, s'il était établi qu'ils en ont eu connaissance<sup>44</sup> ».

Lors des travaux, les membres du Groupe de travail ont cependant relevé que, à leur connaissance, la responsabilité d'un administrateur n'avait jamais été engagée pour des manquements concernant le rapport de gestion.

D'une manière générale, tous les dirigeants de sociétés cotées pourraient être sanctionnés par l'AMF pour les manquements administratifs de la société<sup>45</sup>, tel que celui de diffusion d'informations qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses<sup>46</sup> ou de publication d'une information qui ne soit pas exacte, précise et sincère<sup>47</sup>. La Cour de cassation<sup>48</sup> a en effet eu l'occasion de préciser que les dispositions de l'article 221-1 du règlement général de l'AMF qui permettent de sanctionner les dirigeants d'une personne morale – ce qui vise notamment les directeurs généraux et les administrateurs – lorsque cette dernière n'a pas respecté ses obligations en matière de publication d'informations privilégiées sont applicables<sup>49</sup>, alors même que le règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014 relatif aux abus de marché ne prévoit pas une telle possibilité<sup>50, 51</sup>. Une atteinte à la biodiversité résultant de l'activité d'une société et susceptible de tomber sous le coup d'une qualification pénale ou le fait que la société ne puisse pas atteindre les objectifs en matière de durabilité qu'elle s'était préalablement fixés pourrait, par exemple, être qualifié d'information privilégiée dont la non-divulgation dans les conditions du règlement susvisé pourrait justifier que la Commission des sanctions de l'AMF sanctionne la société et éventuellement ses dirigeants.

---

44. V. la note de C. Coupet (Annexe 5), § 3.

45. Sur les sanctions pour délits et manquements boursiers, à l'aune des obligations d'information imposées par la directive CSRD, voir HCJP, Rapport sur la *corporate sustainability reporting directive* (CSRD), Analyse des risques d'actions en responsabilité civile et de sanctions boursières, 25 oct. 2023, p. 18 s.

46. Règlement MAR, art. 12, 1 o) et 15 ; Voir également C. mon. fin., art. L. 621-15.

47. Règlement général AMF, art. 223-1.

48. Com., 14 novembre 2018, n° 16-22.845.

49. Selon le dernier alinéa de l'article 221-1 du règlement général de l'AMF « *Les dispositions du présent titre sont également applicables aux dirigeants de l'émetteur, de l'entité ou de la personne morale concernés* ».

50. Les dirigeants étaient auparavant sanctionnés en application de l'article 223-2 du Règlement général de l'AMF.

51. Pour des exemples, voir pour un président-directeur général : AMF CDS, 7 mai 2018, SAN-2018-06 (Montagne et Neige Développement) et AMF CDS, 5 juillet 2018, SAN-2018-08 (Cibox Interactive) ; pour un directeur général délégué : AMF CDS, 17 avril 2019, SAN-2019-04 (Montaigne Fashion Group). Notons que dans une décision ancienne, l'Autorité a considéré que « *Lorsque c'est le conseil d'administration qui arrête dans leur forme définitive les communiqués de la société et décide de leur publication, à défaut d'avoir été désigné par le Conseil d'administration ou investi de pouvoirs particuliers, le directeur financier, directeur général adjoint, qui n'était pas lui-même administrateur de la société, ne saurait être regardé comme responsable de la communication, hors les cas où il a été personnellement l'auteur de la communication litigieuse.* » AMF CDS, 3 novembre 2004, SAN-2004-16. Dans une décision ancienne, la Cour a par ailleurs refusé de considérer que la délégation octroyée au directeur financier par M. Bernard Tapie, président-directeur général permettait de considérer que ce dernier était dirigeant et devait à ce titre être poursuivi pour manquement de diffusion de fausse information : CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., sect. C.O.B., 30 novembre 1994, *Affaire Bernard Tapie*.

La décision de manquement prononcée par l'AMF pourrait alors constituer le fait générateur de responsabilité civile allégué à l'encontre des dirigeants à l'origine des manquements administratifs retenus dans la décision de sanction<sup>52</sup>.

- **Les obligations de suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations en matière de durabilité**

Par ailleurs, l'article L. 821-67, III du Code de commerce prévoit qu'au sein des entités d'intérêt public au sens de l'article L. 821-2 du Code de commerce et des sociétés de financement au sens du II de l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, « *un comité spécialisé agissant sous la responsabilité, selon le cas, de l'organe chargé de l'administration ou de l'organe de surveillance, assure le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations comptables et financières et des informations en matière de durabilité* ».

Dans tous les cas, ce comité (en principe le comité d'audit<sup>53</sup>) – dont la composition est fixée par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance – ne peut comprendre que des membres de l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance en fonction dans la société, à l'exclusion de ceux exerçant des fonctions de direction. Un membre au moins du comité doit présenter des compétences particulières en matière financière, comptable ou de contrôle légal des comptes et être indépendant au regard de critères précisés et rendus publics par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance (C. com., art. L. 821-67, II).

Le législateur précise à l'article L. 821-67, II du Code de commerce les missions dont est notamment chargé ce comité spécialisé « *sans préjudice des compétences des organes chargés de l'administration, de la direction et de la surveillance* ». En matière de durabilité, il est notamment chargé de :

- suivre le « *processus d'élaboration de l'information en matière de durabilité, y compris sous la forme numérique prévue par l'article 29 quinquies de la directive 2013/34/ UE et le processus mis en œuvre pour déterminer les informations à publier conformément aux normes pour la communication d'informations en matière de durabilité adoptées en vertu de l'article 29 ter de cette directive. Le cas échéant, il formule des recommandations pour garantir l'intégrité de ces processus* » ;
- suivre « *l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques, ainsi que le cas échéant de l'audit interne, en ce qui concerne les procédures relatives à l'élaboration et au traitement de l'information en matière de durabilité, y compris sous forme numérique, sans qu'il soit porté atteinte à son indépendance* » ;

---

52. Sur ce point, v. *supra*.

53. Le conseil d'administration peut toutefois décider que ce comité spécialisé soit distinct du comité d'audit, s'agissant de l'élaboration et du contrôle des informations en matière de durabilité.

- rendre compte « régulièrement à l'organe collégial chargé de l'administration ou à l'organe de surveillance de l'exercice de ses missions. Il rend également compte des résultats de la mission de certification des comptes, de la mission de certification des informations en matière de durabilité ainsi que de la manière dont ces missions ont contribué à l'intégrité de l'information financière et de l'information en matière de durabilité. Il rend compte du rôle qu'il a joué dans ce processus. Il l'informe sans délai de toute difficulté rencontrée ».

L'article L. 821-68, 4° du Code de commerce autorise les entreprises à ne pas se doter d'un comité spécialisé lorsqu'elles disposent « d'une autre organe exerçant les missions de ce comité spécialisé, sous réserve d'identifier cet organe, qui peut être l'organe chargé de l'administration ou l'organe de surveillance, et de rendre publique sa composition ».

Dans ce cas de figure, l'organisation du traitement des informations en matière de durabilité devrait faire l'objet d'une attention particulière pour s'assurer que les obligations dévolues au comité spécialisé sont correctement acquittées par cet organe de substitution.

L'existence d'un comité spécialisé et des missions qui lui sont confiées invite à s'interroger sur les manquements des membres de ce comité à leurs obligations (défaillance dans le suivi de l'élaboration de l'information ou dans le suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne ; défaut d'information des difficultés rencontrées...). Ces manquements pourraient-ils entraîner la responsabilité des membres du comité, à l'exclusion de celle des autres membres du conseil d'administration ? En 2010, un rapport de l'AMF a estimé qu'un comité d'audit agissant « sous la responsabilité » du Conseil d'administration, tous les administrateurs (y compris ceux ne siégeant pas au sein du comité) pourraient engager, selon les circonstances, leur responsabilité en cas de manquements du comité<sup>54</sup>. La question d'une responsabilité

---

54. Raisonnant à propos du comité d'audit, v. AMF, Rapport final sur le comité d'audit, groupe de travail présidé par O. Poupard-Lafarge, 22 juillet 2010 : « En application du droit commun, les administrateurs sont soit jugés individuellement responsables, soit jugés responsables de manière solidaire entre eux. Si la responsabilité solidaire vise la situation dans laquelle plusieurs administrateurs sont ensemble responsables, il reste qu'elle ne constitue pas une responsabilité « collective » ; en effet, la mise en œuvre de la responsabilité solidaire requiert une faute personnelle de chacun des administrateurs responsables, là où la responsabilité collective implique que les administrateurs ne peuvent en aucune façon s'exonérer de leur responsabilité, alors même qu'ils démontreraient n'avoir commis aucune faute. Or, ainsi que la chambre commerciale de la Cour de cassation l'a jugé le 30 mars 2010, le droit commun ne rend les administrateurs civilement responsables que des fautes qui leur sont imputables personnellement ; ils ne sauraient être condamnés en l'absence de faute (...) En réalité, l'article L. 823-19 signifie que les agissements du comité d'audit doivent être rattachés à la responsabilité du Conseil. Le terme « exclusive » implique l'absence de responsabilité propre des membres du comité d'audit : ces derniers ne sauraient être responsables de leurs actes qu'en leur qualité de membres du conseil, et non en qualité de membres du comité spécialisé. Quant aux termes de « responsabilité collective », notion inconnue du droit français jusqu'alors, le législateur semble les avoir utilisés pour indiquer que les agissements des membres du comité spécialisé relèvent, par principe, de la collectivité des administrateurs. Si l'ensemble des administrateurs est a priori responsable, les administrateurs conservent toutefois la faculté de s'exonérer de leur responsabilité en démontrant qu'ils se sont comportés en administrateurs prudents et diligents, notamment en s'opposant à la décision fautive prise par le conseil, en faisant consigner au procès-verbal leurs suggestions et réticences, voire en présentant leur démission. En ce sens, la responsabilité des administrateurs du fait des agissements du comité spécialisé est celle de droit commun » (p. 13 et s.).  
Sur le comité d'audit, v. également J.-F. Barbiéri, Comité d'audit et autres « comités spécialisés », in Études Joly Sociétés, 2023.

des membres d'un comité pourrait également se poser, dans certains cas spécifiques, s'agissant des administrateurs « référents RSE » ou « spécialisés en RSE », eu regard aux missions spécifiques qui leur seraient confiées.

### • Les sanctions pénales spécialement prévues par le législateur

La transposition de la directive CSRD par l'ordonnance du 6 décembre 2023 a introduit des sanctions pénales applicables en cas de manquement aux obligations en matière d'informations de durabilité.

Ainsi, est puni d'une peine d'emprisonnement et d'une amende le fait pour tout dirigeant d'une société qui y serait tenue, de ne pas provoquer la nomination d'un commissaire aux comptes (ou, le cas échéant, un organisme tiers indépendant) aux fins de certification des informations en matière de durabilité de la société ou de ne pas lui permettre un bon exercice de sa mission, ou de ne pas le convoquer à toute assemblée générale<sup>55</sup>.

Dans l'hypothèse d'agissements pénalement sanctionnés, un tiers (qui démontrerait l'existence d'un préjudice et d'un lien de causalité) pourrait donc exercer son action civile devant le juge pénal, ce qui lui permettrait d'échapper à l'exigence de la faute séparable. S'il exerçait son action devant le juge civil, cette exigence serait, par ailleurs, remplie dès lors que l'infraction serait intentionnelle, et ce, conformément à la jurisprudence des juridictions civiles<sup>56</sup>.

### β Les fautes découlant indirectement des nouvelles obligations

Dans leur rapport de gestion, les sociétés soumises à la CSRD doivent intégrer une description « *du rôle des organes de direction, d'administration ou de surveillance concernant les enjeux de durabilité, ainsi que les compétences et l'expertise des membres de ces organes à cet égard ou les possibilités qui leur sont offertes de les acquérir* » (C. com., art. R. 232-8-4, I, 3°).

Le règlement délégué<sup>57</sup> est très précis sur ce point et prévoit différentes exigences de publication en matière de gouvernance (ESRS 2, Exigences de publication GOV-1 à GOV-5), parmi lesquelles :

---

55. C. com., art. L. 821-6, 2° et L. 822-40, 1° et C. com., art. L. 821-6, 3° et L. 822-40, 2°.

56. Sur l'exigence de la faute séparable, v. *supra*.

57. Le règlement délégué précise que dans l'ESRS, les termes définis dans le glossaire des définitions (Annexe II) apparaissent en gras (ESRS 1, § 15).©

► « **Exigence de publication GOV-1 – Le rôle des organes d'administration, de direction et de surveillance** <sup>58</sup>

19. L'entreprise publie des informations sur la composition des organes d'administration, de direction et de surveillance, sur leurs rôles et responsabilités et sur leurs possibilités d'acquérir une expertise et des compétences en ce qui concerne les questions de durabilité.
20. Cette exigence de publication a pour objectif de permettre de comprendre :
  - (a) la composition et la diversité des **organes d'administration, de direction et de surveillance** ;
  - (b) les rôles et responsabilités des **organes d'administration, de direction et de surveillance** dans le contrôle de la procédure de gestion des **incidences, risques et opportunités** importants, y compris le rôle de la direction dans ces procédures ; et
  - (c) l'expertise et les compétences des organes d'administration, de direction et de surveillance en ce qui concerne les **questions de durabilité** ou la possibilité d'acquérir cette expertise et ces compétences.

[...]

22. L'entreprise publie les informations suivantes sur les rôles et responsabilités des **organes d'administration, de direction et de surveillance** :
  - (a) l'identité des **organes d'administration, de direction et de surveillance** (comme un comité du conseil d'administration ou un comité similaire) ou d'une personne qui, au sein d'un organe, est responsable de la surveillance des **incidences, risques et opportunités** ;
  - (b) la manière dont les responsabilités de chaque organe ou de chaque personne en matière d'incidences, de risques et d'opportunités ressortent dans les mandats de l'entreprise, les missions du conseil d'administration et les autres **politiques** en la matière ;
  - (c) une description du rôle de la direction dans les processus, contrôles et procédures en matière de gouvernance utilisés pour contrôler, gérer et surveiller les incidences, risques et opportunités, en précisant :
    - i. si ce rôle est délégué à un poste ou à un comité spécifique au niveau de la direction et la manière dont la compétence de surveillance est exercée sur ce poste ou ce comité ;
    - ii. les informations concernant la hiérarchie de communication aux organes d'administration, de direction et de surveillance ;

---

58. Le tableau 2 de l'annexe II du règlement délégué définit l'expression « organes d'administration, de direction et de surveillance » utilisée dans les ESRs comme les « *Organes de gouvernance investis de la plus haute autorité décisionnelle dans l'entreprise, y compris leurs comités. En l'absence, dans la structure de gouvernance, d'organes d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise, il s'agit du président-directeur général et de son adjoint, lorsque cette fonction existe. Dans certains pays, les systèmes de gouvernance s'organisent en deux niveaux, l'un pour la surveillance, l'autre pour la direction. Dans ces cas-là, la définition des organes d'administration, de direction et de surveillance recouvre ces deux niveaux.* ».

- iii. si des contrôles et procédures spéciaux sont appliqués pour la gestion des incidences, risques et opportunités et, si oui, la façon dont ces contrôles et procédures sont intégrés dans les autres fonctions internes ;
- (d) la manière dont les organes d'administration, de direction et de surveillance et les cadres supérieurs au sein de la direction surveillent la détermination des **cibles** liées aux incidences, risques et opportunités importants, et comment ils suivent la progression vers leur réalisation.

23. Les informations publiées doivent inclure une description de la manière dont les **organes d'administration, de direction et de surveillance** déterminent si les compétences et l'expertise disponibles sont appropriées ou seront développées pour surveiller les **questions de durabilité**, notamment :

- (a) l'expertise en matière de durabilité que les organes, dans leur ensemble, possèdent directement ou peuvent acquérir, par exemple par l'intermédiaire d'experts ou de formations ; et
- (b) le lien entre ces compétences et cette expertise, d'une part, et les incidences, risques et opportunités importants de l'entreprise, d'autre part. »

L'Appendice A, qui fait partie intégrante de l'ESRS 2, précise :

« AR 3. Lorsqu'elle décrit les rôles et responsabilités des **organes d'administration, de direction et de surveillance** concernant les **questions de durabilité**, l'entreprise peut mentionner :

- (a) les aspects de la durabilité qui font l'objet d'une supervision, en ce qui concerne les questions environnementales, sociales et de gouvernance auxquelles l'entreprise peut être confrontée, à savoir :
  - i. toute évaluation des aspects de la durabilité dans la stratégie et le **modèle économique** de l'entreprise, ainsi que les changements apportés à ces aspects ;
  - ii. l'identification et l'évaluation des **incidences, risques et opportunités** importants ;
  - iii. les **politiques et cibles** en la matière, les plans d'action et les ressources affectées ; et
  - iv. l'information en matière de durabilité ;
- (b) la forme que prend cette supervision pour chacun des aspects précités, à savoir une information, une consultation ou une prise de décision ; et
- (c) la manière dont la supervision est organisée et formalisée, c'est-à-dire les procédures par lesquelles les organes d'administration, de direction et de surveillance se consacrent à ces aspects de la durabilité.

AR 4. Pour décrire l'organisation de la gouvernance au sein de l'entreprise en ce qui concerne les **questions de durabilité**, une description des structures de gouvernance complexes peut être complétée par un diagramme ».



- ▶ « **Exigence de publication GOV-2 – Informations transmises aux organes d'administration, de direction et de surveillance de l'entreprise et questions de durabilité traitées par ces organes**

24. *L'entreprise publie des informations sur la manière dont les organes d'administration, de direction et de surveillance sont informés des questions de durabilité et sur la manière dont ces questions ont été traitées au cours de la période de référence.*
25. *Cette exigence de publication a pour objectif de permettre de comprendre comment les **organes d'administration, de direction et de surveillance** sont informés des **questions de durabilité**, de même que le type d'informations et de questions qu'ils traitent au cours de la période de référence. De cette manière, il est possible de comprendre si les membres de ces organes ont été correctement informés et s'ils ont été en mesure de remplir leurs rôles.*
26. *L'entreprise publie les informations suivantes :*
  - (a) *si, par qui et à quelle fréquence les **organes d'administration, de direction et de surveillance**, y compris leurs comités compétents, sont informés des incidences, risques et opportunités importants (voir exigence de publication IRO – 1 Description des procédures d'identification et d'évaluation des incidences, risques et opportunités importants de la présente norme), de la mise en œuvre de la diligence raisonnable ainsi que des résultats et de l'efficacité des **politiques, actions, métriques** et **cibles** adoptées à cet égard ;*
  - (b) *la manière dont les **organes d'administration, de direction et de surveillance** prennent en considération les incidences, risques et opportunités lorsqu'ils surveillent la stratégie de l'entreprise, ses décisions sur les principales transactions ainsi que ses procédures de gestion des risques, notamment une indication de la prise en considération par lesdits organes des compromis associés à ces incidences, risques et opportunités ; et*
  - (c) *une liste des incidences, risques et opportunités importants traités par les organes d'administration, de direction et de surveillance, ou leurs comités compétents, au cours de la période de référence. »*

L'Appendice A de l'ESRS 2 précise qu'« En fonction de la structure de l'entreprise, les **organes d'administration, de direction et de surveillance** peuvent se consacrer aux **cibles** générales, tandis que la direction s'intéresse aux cibles plus précises. Dans ce cas, l'entreprise peut publier des informations sur la manière dont les organes de gouvernance garantissent l'existence d'un mécanisme approprié de suivi des résultats. » (AR 6).

Au-delà de lister les informations en matière de durabilité à publier dans le rapport de gestion, les nouvelles normes contraignent donc les sociétés à formaliser le rôle des organes de gouvernance de la société (Conseil d'administration, Direction générale, Conseil de surveillance et Directoire) concernant les questions de durabilité, et donc à s'organiser. Une fois le rôle de chacun défini (répartition entre les organes de la société, désignation d'administrateurs référents, mise en place de comités spécialisés, surveillance...), le non-respect de cette organisation interne pourrait constituer une faute des dirigeants.

Selon le cas, cette faute pourrait constituer une violation des statuts si cette organisation a été insérée dans les statuts, une faute de gestion si cette organisation résulte par exemple du règlement intérieur ou d'une décision du conseil d'administration, voire une faute contractuelle du dirigeant si ce dernier s'est engagé contractuellement à respecter cette organisation.

Par ailleurs, un défaut de surveillance de la mise en place de cette gouvernance pourrait être reproché aux dirigeants.

Des membres du Groupe de travail ont aussi souligné que, dans le cadre de l'appréciation de la faute du dirigeant, le juge devrait être conduit à apprécier la démarche, la méthodologie mise en œuvre dans la société pour traiter les questions de durabilité et ayant conduit à une décision donnée, plutôt que le résultat de celle-ci et ses éventuelles conséquences.

## ii. Les fautes potentielles en matière de vigilance :

En matière de vigilance, et en l'état du droit positif, serait considéré comme une faute de la société le fait de ne pas publier, dans le rapport de gestion, de plan de vigilance (et de compte rendu de sa mise en œuvre), ou de publier un plan de vigilance insuffisant, lequel plan 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'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation*<sup>59</sup> ». Le législateur précise que le plan de vigilance doit comprendre<sup>60</sup> :

---

59. C. com., art.

60. Au terme de l'article 5 de la directive vigilance, le devoir de vigilance des entreprises comprend (a) l'intégration du devoir de vigilance dans les politiques et leurs systèmes de gestion des risques, (b) le recensement et l'évaluation des incidences négatives réelles ou potentielles, (c) la mise en place de mesure appropriées permettant de prévenir et atténuer les incidences négatives potentielles ainsi que de mettre un terme aux incidences négatives réelles et en atténuer l'ampleur, (d) la réparation des incidences négatives réelles, (e) la mise en place d'échanges constructifs avec les parties prenantes, (f) la mise en place d'un mécanisme de notification et une procédure relative aux plaintes, (g) le contrôle de l'efficacité de leur politique et de leurs mesures de vigilance, et (h) la publication d'une déclaration annuelle sur la mise en œuvre du devoir de vigilance.

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

Afin de préciser ces éléments, l'article L. 225-102-4, I, dernier alinéa, du Code de commerce prévoit qu'un décret pourrait « compléter les mesures de vigilance prévues aux 1° à 5° du présent article ». Un membre du Groupe de travail a relevé les difficultés engendrées par l'absence de décret d'application à ce jour, mais a également rappelé l'existence de nombreux éléments de doctrine et de *soft law* sur le sujet<sup>61</sup>.

Selon l'article L. 225-102-5 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 engage la responsabilité de « son auteur » et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter, dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du Code civil. Comment interpréter le terme « auteur » ? S'agit-il de la société ou pourrait-il s'agir de certains de ses dirigeants ? L'obligation d'élaborer un plan de vigilance pesant sur la société, le terme « auteur » devrait viser la société. « Néanmoins, parce que le dirigeant social représente la société, il lui incombe de veiller au respect par la société des obligations qui pèsent sur elle et un manquement qui causerait un dommage à un tiers serait également susceptible d'engager sa responsabilité civile<sup>62</sup> », dans les conditions précédemment évoquées.

S'agissant des directeurs généraux, mais également des administrateurs, il pourrait leur être reproché – selon certains – de ne pas mettre en œuvre ou de ne pas avoir suffisamment contrôlé de manière effective le plan de vigilance tel que publié.

Quant à l'appréciation judiciaire des manquements, un membre du Groupe de travail a souligné qu'il serait utile pour le juge, afin d'évaluer la bonne exécution des obligations relevant du devoir de vigilance, de pouvoir recueillir l'opinion des parties prenantes sur les risques identifiés et le processus d'identification, le plan ayant – selon l'article

61. V. par exemple OCDE, *Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises*, 2018.

62. V. la note de C. Coupet (Annexe 5), § 3.

L. 225-102-4, I., alinéa 6, du Code de commerce – « *vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société* ». Dans ses jugements du 28 février 2023, le Tribunal judiciaire de Paris a ainsi mis en exergue l'importance de l'association des parties prenantes en relevant notamment que « *si le législateur n'a pas entendu donner un contour précis aux mesures générales qui s'imposent à certaines entreprises dans le cadre du devoir de vigilance, il a, en revanche, expressément manifesté son intention de voir ce plan de vigilance élaboré dans le cadre d'une coconstruction et d'un dialogue entre les parties prenantes de l'entreprise et l'entreprise*<sup>63</sup> ».

Par ailleurs, la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité ne devrait pas entraîner de bouleversement du droit français s'agissant de la responsabilité des dirigeants<sup>64</sup>, dans la mesure où la référence à un devoir de sollicitude des dirigeants<sup>65</sup> a été supprimée, ce qui permet de constater l'absence de disposition particulière sur la responsabilité des dirigeants. Néanmoins, la directive ayant un champ d'application plus large que la loi française, l'obligation de vigilance devrait concerner davantage de sociétés, de sorte que, s'il était reconnu en jurisprudence la possibilité d'engager la responsabilité d'un dirigeant à raison d'un manquement au devoir de vigilance, ce type de responsabilité serait susceptible de s'appliquer à un nombre plus important de dirigeants<sup>66</sup>. Par ailleurs, comme il a déjà été indiqué, la directive prévoit l'instauration d'une autorité nationale de supervision qui aurait notamment le pouvoir de contrôler la conception et l'adoption du plan de transition climatique par la société<sup>67</sup>. En cas de sanction d'une société par l'autorité nationale de supervision en matière de plan de transition climatique, le dirigeant pourrait éventuellement engager sa responsabilité civile.

---

63. Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, Les Amis de la Terre et Survie c/ TotalEnergies, RG 22/53942 et RG22/53943.

64. Il a cependant été soulevé que l'article 15, 1, g) de la directive prévoit que le plan de transition climatique devra notamment décrire le « *rôle des organes d'administration, de gestion et de surveillance en ce qui concerne les questions climatiques* », de telle manière, que – à l'instar ce qui a été vu à propos des obligations de reporting en matière de durabilité – les dirigeants pourraient être fautifs s'ils ne respectaient pas leurs rôles, tels qu'ils auraient été prévus par le plan de transition.

65. Dans la proposition publiée par la Commission européenne (COM(2022) 71 final, 2022/0051 (COD), Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937), il était en effet prévu que « *Les États membres veillent à ce que, lorsqu'ils s'acquittent de leur obligation d'agir dans le meilleur intérêt de l'entreprise, les administrateurs des entreprises visées à l'article 2, paragraphe 1, tiennent compte des conséquences de leurs décisions sur les questions de durabilité, y compris, le cas échéant, sur les droits de l'homme, le changement climatique et l'environnement, y compris à court, moyen et long terme. Les États membres veillent à ce que leurs dispositions législatives, réglementaires et administratives en cas de manquement aux devoirs des administrateurs s'appliquent également aux dispositions du présent article* » (art. 25 – « *Devoir de sollicitude des administrateurs* »). Il est utile de préciser que le terme « administrateur » est défini très largement dans les propositions de directive puisqu'il englobe des mandataires sociaux exécutifs et non exécutifs. Sur ces propositions figurant dans les projets ayant précédé l'adoption de la directive, v. HCJP, Rapport sur le régime de responsabilité civile envisagé par la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance, sous la présidence de D. Martin, 9 oct. 2023 ; Club des juristes, « *Devoir de vigilance, quelles perspectives européennes ?* », sous la présidence de B. Cazeneuve, juillet 2023.

66. Alors que la loi française vise « *Toute société 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* » (C. com., art. L. 225-102-4), la directive CSDD vise les sociétés établies dans l'UE employant plus de 1 000 personnes en moyenne et réalisant un chiffre d'affaires net mondial supérieur à 450 millions d'euros (ou société mère ultime d'un groupe atteignant ces seuils), ainsi que les sociétés établies hors UE dont le chiffre d'affaires net est supérieur à 450 millions d'euros dans l'UE/EEE (ou la société mère ultime d'un groupe qui atteint ces seuils).

67. Article 24 de la Directive 2024/1760 sur le devoir de vigilance : « *As regards Article 15, supervisory authorities shall be required to supervise the adoption and design of the plan in accordance with the requirements of Article 15(1).* »

## II. Maintien des autres éléments du triptyque de la responsabilité

Dans l'éventualité où l'existence d'une faute du dirigeant en matière de durabilité ou de vigilance était établie, elle n'engagerait la responsabilité de son auteur que si est apportée la preuve d'un dommage (A) et d'un lien de causalité (B).

### A. Un dommage

Les principes de la responsabilité civile de droit commun s'appliquant, le dommage doit être direct, certain (i) et personnel (ii). Il n'y a pas eu de remise en cause de cette jurisprudence qui reste une condition de toute action contre un dirigeant.

#### i. Caractère certain (ou actuel) du dommage :

L'action en responsabilité civile ayant seulement vocation à réparer un dommage, cette action ne peut aboutir que si la faute du dirigeant a causé un préjudice effectif<sup>68</sup> et que ce préjudice existe toujours au moment où le juge statue<sup>69</sup>.

Conformément au droit commun, le caractère certain du dommage n'interdit pas la réparation de la perte de chance. Toutefois, il a pu être jugé que la faute du dirigeant ayant entraîné un risque fiscal<sup>70</sup> ou un risque financier<sup>71</sup> non réalisé n'engageait pas sa responsabilité, en ce que le préjudice supporté par la société n'était pas certain.

S'agissant des préjudices « boursiers » invoqués par les actionnaires en cas d'informations trompeuses émanant des dirigeants de sociétés cotées, la Cour de cassation s'est clairement prononcée, dans son fameux arrêt Gaudriot du 9 mars 2010, en faveur du préjudice de la perte de chance : « *celui qui acquiert ou conserve des titres émis par voie d'offre au public au vu d'informations inexactes, imprécises ou trompeuses sur la situation de la société émettrice perd seulement une chance d'investir ses capitaux dans un autre placement ou de renoncer*

---

68. Le Bars (B.), « Responsabilité civile des dirigeants sociaux – Détermination des dirigeants responsables », Rép. Soc., Dalloz, 2023, §49.

69. Le dirigeant fautif qui a spontanément réparé le dommage qu'il avait causé ne peut voir sa responsabilité engagée (Cass. com. 3 novembre 1975, n° 74-12.441, Bull. : « *que par ces motifs [...] la société n'apportait la preuve d'aucun préjudice dont la réparation dut être cumulée avec le passif dont [le gérant] a assumé la charge, la cour d'appel, sans se contredire, n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'apprécier les éléments de preuve qui lui étaient soumis* »).

70. CA Paris, 3 décembre 2009 n° 08-23716, ch. 5-9 : « *Considérant encore que l'action en responsabilité envers un dirigeant social implique que le préjudice invoqué soit effectivement survenu, aucune indemnisation ne pouvant être allouée en réparation d'un dommage simplement éventuel ; / Qu'en se limitant à invoquer un risque fiscal, [l'appelant] ne rapporte pas pour autant la démonstration de l'existence d'un préjudice même simplement imminent dans sa réalisation* ».

71. CA Paris, 17 septembre 2013 n° 12-11615, ch. 5-8 : « *Il est constant qu'une transaction à hauteur de 700 000 € a été conclue [...] / Si la transaction n'est pas exclusive d'un préjudice, pour la société Financière Fideuram, encore faut-il que soit rapportée la preuve du préjudice allégué. / [...] l'expert-comptable n'atteste pas d'une perte, mais vise un risque financier de 856 144 € au titre du compte G. / Faute de démontrer un préjudice certain, la société Financière Fideuram doit être déboutée de sa demande de dommages-intérêts pour préjudice financier.* »

à celui déjà réalisé<sup>72</sup> ». Cette solution a été confirmée notamment dans l'arrêt Marionnaud<sup>73</sup> et reprise récemment par la Cour d'appel de Paris<sup>74</sup>. En matière de durabilité, cette solution pourrait, par exemple, trouver à s'appliquer en cas de publication d'informations extra-financières trompeuses<sup>75</sup>.

## ii. Caractère personnel du dommage :

Le dommage doit aussi être personnel, ce caractère s'évaluant différemment selon la qualité de la personne subissant le préjudice.

Sans pour autant se prononcer sur le fond, la Cour d'appel de Paris a rappelé l'importance du caractère personnel du dommage en liant la recevabilité de l'action introduite par des collectivités territoriales sur le fondement de la loi vigilance à la caractérisation d'une atteinte spécifique ou un retentissement particulier du risque sur leur territoire<sup>76</sup>.

### • Le dommage supporté par la société

La société peut supporter un préjudice patrimonial, mais aussi moral, notamment quand il est porté atteinte à sa réputation.

Que l'action sociale soit *ut universi*, c'est-à-dire exercée par la société (par l'intermédiaire de ses représentants légaux), ou *ut singuli*, c'est-à-dire exercée par un actionnaire ou un groupe d'actionnaires, elle a toujours pour objet la réparation du préjudice supporté par la société. En raison de ce bénéfice exclusif, les actions contre les administrateurs de sociétés *in bonis* sont assez rares.

### • Le dommage individuel supporté par un actionnaire

Condition *sine qua non* au succès de l'action en responsabilité intentée par un actionnaire pour son propre compte, l'actionnaire doit faire état d'un préjudice individuel. Ce préjudice doit lui être personnel en ce qu'il est distinct du

---

72. Com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 et 08-21.793.

73. Com., 6 mai 2014, n° 13-17.632.

74. CA Paris, pôle 5, ch. 9, 14 septembre 2023, n° 21/11057 : « Le fait d'avoir diffusé des informations trompeuses a interdit aux actionnaires de prendre des décisions d'acheter ou de ne pas acheter, ou de conserver ou de vendre leurs actions en pleine connaissance de la situation de la société. / Le fait que l'investissement ait été risqué au regard de l'aléa de la Bourse et des difficultés passées de la société importe peu et ne peut rentrer en ligne de compte dans l'évaluation du préjudice des actionnaires dans la mesure où ledit préjudice est constitué par la perte de chance de ne pas avoir pu prendre la bonne décision compte tenu des informations trompeuses diffusées ».

75. Voir notamment sur ce sujet : HCJP, Rapport sur la *corporate sustainability reporting directive* (CSRD), Analyse des risques d'actions en responsabilité civile et de sanctions boursières, 25 oct. 2023, p. 18 et s.

76. CA Paris, Pôle 5 -Ch. 12, 18 juin 2024, RG 23/14348 : « Il en résulte que l'action entreprise a pour objet un intérêt public global, qui excède le simple intérêt local dont les communes doivent justifier pour être recevables à agir. La circonstance que les territoires des communes subissent indistinctement les effets néfastes du réchauffement climatique, ne suffit pas à caractériser un intérêt local à agir, seule la démonstration d'une atteinte ou d'un retentissement particulier du réchauffement climatique sur le territoire de la commune concernée, permet de caractériser un intérêt public local et partant de justifier d'un intérêt à agir pour les collectivités territoriale ».

préjudice supporté par la société et qu'il ne peut pas en être le corollaire<sup>77</sup>.

La jurisprudence apprécie avec une certaine rigueur le caractère personnel et distinct du préjudice, rejetant par exemple la demande d'indemnisation d'un associé qui n'a pas « explicité » en quoi son préjudice serait distinct de celui de la société<sup>78</sup>. Cette rigueur se manifeste, par exemple, dans la position constante de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui refuse de constater l'existence du préjudice personnel de l'associé d'une société, laquelle a fait l'objet d'un abus de bien sociaux commis par un de ses coassociés<sup>79</sup>.

De la même façon, la jurisprudence considère que la seule dévalorisation des titres d'actionnaires qui découlerait des fautes de gestion d'un dirigeant ne constitue pas un préjudice distinct<sup>80</sup>.

Toutefois, la jurisprudence a pu constater que le défaut d'information des associés les ayant conduits à prendre ou ne pas prendre des décisions d'investissement ou de désinvestissement en leur défaveur pouvait entraîner un dommage personnel pour l'actionnaire<sup>81</sup>. Un défaut d'information en matière de durabilité pourrait, par exemple, être relevé par des investisseurs institutionnels qui, en application d'une stratégie d'investissement qui intégrant des critères de durabilité, aurait pris une décision sur la base d'information trompeuse ou inexacte. Ces investisseurs étant liés par des obligations de transparence, tant sur l'adoption que sur la mise en œuvre et le suivi de leur politique

---

77. Com. 26 janvier 1970, n° 67-14.787, Bull. : « qu'il en déduit à bon droit qu'à l'égard de ce préjudice social, l'actionnaire ne se distingue pas de la [s]ociété » ; Com. 30 mai 2018, n° 17-10.393, inédit : « qu'en l'état de ces conclusions, dont il résulte que le préjudice dont [les associés] demandaient la réparation ne constituait pas un préjudice personnel, distinct de celui subi par la [société], leur demande ne pouvait aboutir ».

78. Com., 17 janvier 2018, n° 16-10.266, Bull. : « Mais attendu que l'arrêt relève, sans dénaturer ses conclusions, que M. Y... n'explicité pas quel serait le préjudice, distinct de celui de la société, résultant des fautes qu'il allègue. »

79. Salomon (R.), « Présentation ou publication de comptes infidèles – Dommage personnel et direct pour la société », Droit des sociétés, n° 7, 2022, comm. 86.

80. Com. 1<sup>er</sup> avril 1997, n° 879 « Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que les dites fautes avaient contribué à la dépréciation de la société, [...] ce dont il résultait que le préjudice subi par les [actionnaires] n'étant que le corollaire du dommage causé à la [société], n'avait aucun caractère personnel, la Cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations les conséquences qui en découlaient » ; CA Paris, 12 mai 2000, n° 98-20239, SARL Manufacture de matériaux modernes c/ Brunengo.

81. Com. 9 mars 2010, n° 08-21.547, Gaudriot) : « Mais attendu, en premier lieu, que la recevabilité de l'action exercée par un associé à l'encontre des dirigeants d'une société faisant l'objet d'une procédure collective, pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture, est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel, distinct de celui subi par la personne morale, peu important que la procédure collective fasse apparaître une insuffisance d'actif ; / Et attendu, en second lieu, qu'ayant constaté que les actionnaires de la société soutenaient qu'ils avaient été incités à investir dans les titres émis par celle-ci et à les conserver en raison de fausses informations diffusées par les dirigeants, d'une rétention d'information et d'une présentation aux actionnaires de comptes inexacts, la Cour d'appel en a exactement déduit que le préjudice ainsi invoqué revêtait un caractère personnel. »

82. Notamment sur le fondement du règlement dit « SFDR » (Règlement (UE) 2019/2088 du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services).

d'investissement<sup>82</sup>, ils pourraient estimer subir un préjudice réputationnel s'ils avaient pris une décision d'investissement sur la base d'informations en matière de durabilité qui se révéleraient trompeuses.

Par ailleurs, le délit de présentation ou de publication de comptes infidèles est jugé de façon constante comme de nature à causer un préjudice personnel direct aux associés ou porteurs de titres d'une société<sup>83</sup>. Vu le degré d'intrication croissant entre l'information financière et l'information extra-financière<sup>84</sup>, il n'est pas exclu qu'une mauvaise appréciation des risques en matière de durabilité ne nuise à la fiabilité de l'information financière publiée.

Rappelons que celui qui introduirait une action en responsabilité civile contre un dirigeant doit démontrer l'existence d'un dommage. Cette démonstration inclut non seulement celle de l'existence du préjudice, mais aussi son évaluation<sup>85</sup>.

## B. Un lien de causalité

Conformément au droit commun de la responsabilité civile, le demandeur devrait également établir un lien de causalité entre la faute et le dommage allégué. En pratique, la preuve du lien de causalité est souvent délicate à rapporter.

La jurisprudence aménage ponctuellement le régime de la preuve du lien de causalité. Ainsi, lorsque les actionnaires réclament la réparation d'un préjudice boursier dû à des manquements aux obligations d'information, la Cour de cassation – qui s'est prononcée en faveur du préjudice de perte de chance – paraît avoir instauré dans son arrêt Marionnaud, rendu le 6 mai 2014, une présomption de causalité entre la faute et le préjudice. Cette présomption de causalité est évidemment très favorable aux actionnaires, qui n'ont donc qu'à rapporter la preuve d'une faute et d'un préjudice<sup>86</sup>.

Vu la technicité et la complexité des enjeux de durabilité, et particulièrement ceux en matière environnementale, la caractérisation du lien de causalité entre la faute personnellement imputable au dirigeant et le dommage du demandeur devrait se révéler complexe, particulièrement quand la faute en question s'inscrit dans une chaîne

---

83. Crim., 30 janvier 2002, n° 01-84.256.

84. Efrag, Connectivity considerations and boundaries of different Annual Report sections, juin 2024.

85. Quand le préjudice financier est supporté par la société, le demandeur est confronté à la difficulté pratique d'isoler les conséquences comptables de la faute commise par le dirigeant. Comme le souligne un auteur, « l'imbrication des différents actes de gestion permet parfois de constater que telle perte est contrebalancée par des bénéfices ultérieurs qu'elle a rendus possibles ». Bars (B.), « Responsabilité civile des dirigeants sociaux – Détermination des dirigeants responsables », Rép. Soc., Dalloz, 2023, §51.

86. Voir en particulier A. Gaudemet, note sous Com., 6 mai 2014, n° 13-17.632 et 13-18.473, Bull. Joly Bourse, juillet 2014, n° 111 p4, p. 340.



de plusieurs faits et décisions fautives ayant eux aussi contribué à la réalisation du dommage. Dans ce cas de figure et pour éluder cette difficulté, le demandeur pourrait choisir d'engager cumulativement la responsabilité de la société et celle de ses dirigeants, charge à eux de convenir de leur contribution personnelle à la dette ou d'engager une action récursoire en ce sens<sup>87</sup>.

---

87. Sur l'articulation entre la responsabilité de la société et celle de ses dirigeants, v. la note de C. Coupet (Annexe 5).

## PARTIE 2

# **UN DEVOIR DE DILIGENCE QUI IMPOSE UN DEVOIR PARTICULIER DE S'INFORMER ET DE SE FORMER**

Outre l'émergence de possibles fautes qui sous-tendent les nouvelles obligations, il semble qu'en creux de la faute de gestion, se discerne une obligation générale des dirigeants d'agir avec diligence ou un « devoir de diligence ».

Dans son célèbre arrêt *Crédit Martiniquais*, la Cour de cassation énonçait que « *commet une faute individuelle chacun des membres du Conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision*<sup>88</sup> ». De cette jurisprudence, découle qu'un dirigeant, qui aurait pris (ou simplement pris part à) une décision qui se révélerait fautive, ne serait pas considéré comme responsable s'il démontrait avoir agi comme un « dirigeant diligent<sup>89</sup> ». En d'autres termes, en apportant la preuve qu'il a agi conformément à son devoir de diligence, un dirigeant pourrait voir sa responsabilité écartée.

Le standard du « dirigeant diligent », étalon d'appréciation de la faute, évolue alors nécessairement à l'aune des nouvelles obligations en matière de durabilité et de vigilance.

Ce devoir de diligence des dirigeants est à rapprocher du *duty of care* anglo-saxon<sup>90</sup> – sans qu'il ne s'applique à l'identique<sup>91</sup> – en ce qu'il impose notamment aux dirigeants d'être particulièrement vigilants pour adopter le comportement adéquat, *a fortiori* dans le cadre de la mise en œuvre des nouvelles contraintes qui s'imposent aux sociétés.

Le juge sera alors tenu de s'interroger sur les éléments qui composent ce devoir et d'apprécier sa mise en œuvre. L'inclusion des enjeux de durabilité et de vigilance dans le champ des missions des dirigeants invite nécessairement le juge à moduler son appréciation du dirigeant normalement diligent. Pour autant, si les contours de ce standard ont vocation à évoluer, les modalités et conditions de son appréciation devraient rester stables : lorsqu'un dirigeant sera mis en cause pour sa participation à une décision fautive, il pourra, comme un moyen de défense, apporter la preuve qu'il a agi avec diligence.

---

88. Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841 ; Bull. civ. IV, n° 69 ; JCP E 2010, 1416, note A. Couret.

89. Vidal (D.), « La responsabilité civile des dirigeants sociaux », JCP E Cah. dr. entr. 3/2001, 16, spéc. p. 19 ; Nicolas (V. E.), « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. sociétés* 2013, 535 ; P. Merle (P.), Fauchon (A.), *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 2021, §458 ; Maurice Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2022, §482 ; Y. Guyon, M. Buchberger, *Responsabilité civile des administrateurs*, JCl. Sociétés Traité, Fasc. 132-10, 18 août 2021, §41 ; P. Durand-Barthez, *Le guide de la gouvernance des sociétés*, Guides Dalloz, 3<sup>e</sup> édition, 2020, §511.17 ; J. Heinich, « L'acte de bonne gestion », *Mélanges en l'honneur d'Alain Couret*, *op. cit.*, p. 271 ; Guyon (Y.), « Administration – Responsabilité civile des administrateurs », J.-Cl. Soc. Traité, Fasc. 132-10, 2023, §41.

90. HCJP, Le régime de responsabilité civile envisagé par la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance, 2023, pp. 44-45.

91. Notamment car le champ des compétences dévolues aux dirigeants américains et aux dirigeants français diverge (v. D. Martin, M. Françon, « Responsabilité des administrateurs – Les juges français appliquent-ils les principes du *duty of care* (sans le savoir) ? », *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire* n° 135, 2014, dossier 3, §4).

À ce titre, en matière de durabilité et de vigilance, le juge pourra écarter la faute des dirigeants qui établissent s'être conformés à leur devoir de diligence (I), étant précisé que la technicité des enjeux de durabilité et de vigilance impose aux dirigeants le devoir de se former et de s'informer (II).

## I. Le devoir de diligence en matière de durabilité et de vigilance

Toute erreur de gestion n'est pas nécessairement fautive : la complexité des questions à trancher et les incertitudes qui les entourent invitent le juge, dans un « *souci de réalisme* », à ne pas sanctionner toute décision inopportune<sup>92</sup>.

Dans le sillage de la jurisprudence *Crédit Martiniquais*<sup>93</sup>, l'appréciation judiciaire de la faute du dirigeant s'apprécie en deux temps. D'abord, il faut effectivement constater que le dirigeant a pris une décision fautive. Ensuite, et sous réserve que le dirigeant le fasse valoir<sup>94</sup>, le juge s'attache à apprécier si le dirigeant a agi avec toute la diligence que lui imposent ses fonctions.

Il analyse alors cette exigence, en principe, par référence au comportement qu'un dirigeant « diligent » aurait adopté dans des circonstances similaires<sup>95</sup>.

Les Principes de gouvernance d'entreprise de l'OCDE recommandent que « *[l]es administrateurs [soient] protégés contre d'éventuelles poursuites judiciaires si une décision a été prise de bonne foi et avec toute la diligence requise*<sup>96</sup> », l'OCDE estimant par ailleurs que la *Business Judgment Rule* pourrait constituer l'un des moyens pour assurer cette

---

92. Y. Guyon et M. Buchberger, « Administration – Responsabilité civile des administrateurs », J.-Cl. Soc. Traité, Fasc. 132-10, 2023, §40 : « *Toute erreur de gestion n'est pas nécessairement fautive. En effet, même le dirigeant le plus diligent peut commettre des erreurs, du fait de la complexité des questions qu'il traite quotidiennement. Un souci de réalisme conduit donc les tribunaux à ne pas sanctionner toute décision inopportune ; ils ne condamnent le dirigeant que dans les cas où son comportement s'écarte de celui du dirigeant consciencieux, honnête et respectueux des règles normales de la gestion des sociétés.* »

93. Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841. V. Langenbach, P-A. Marquet et A. Attar-Rezvani, « La responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants – Intérêt social et responsabilité des administrateurs dans l'adoption des mesures de défense anti-OPA », Rev. Droit & Affaires, septembre 2015, dossier 4.

94. V. Magnier, « Faire preuve de diligence exige donc de chaque administrateur qu'il réagisse utilement à une situation critique », BJS, janvier 2012, p. 75.

95. Sur la faute de gestion : CA Reims, 10 nov. 1975 ; Rev. sociétés 1976, p. 307 ; Guyon (Y), « Administration – Responsabilité civile des administrateurs », J.-Cl. Soc. Traité, Fasc. 132-10, 2023, §66.

96. OECD, *Recommendation of the Council on Principles of Corporate Governance*, OECD/LEGAL/0413 : "V.A. 1. **Board members should be protected against litigation if a decision was made in good faith with due diligence.** Protecting board members and management against litigation, if they made a business decision diligently, with procedural due care, on a duly informed basis and without any conflicts of interest, will better enable them to assume the risk of a decision that is expected to benefit the company but which could eventually be unsuccessful. Subject to these conditions, such a safe harbour would apply even if there are clear short-term costs and uncertain long-term negative impacts to the company, as long as managers diligently assess whether the decision could be reasonably expected to contribute to the long-term success and performance of the company."

protection<sup>97</sup> (cf. Annexe 6 : la *Business Judgment Rule*). S'il n'existe pas de « filtre » similaire à la *Business Judgment Rule* en droit français, le juge français fait, quant à lui, traditionnellement preuve d'une certaine retenue en la matière<sup>98</sup>, notamment en s'abstenant de se prononcer en opportunité<sup>99</sup>, ou d'interférer dans les contrats ou la gestion. On notera ainsi que dans le cadre de l'application de la loi sur le devoir de vigilance, le juge a également fait preuve de retenue en considérant que « *la loi instaure ainsi un contrôle judiciaire sur l'intégration au plan de mesures concrètes, adéquates et efficaces en cohérence avec la cartographie des risques* », mais qu'en revanche « *cette disposition ne saurait conduire le juge à se substituer à la société et aux parties prenantes pour exiger d'elles l'instauration de mesures précises et détaillées*<sup>100</sup> ».

Au moment d'apprécier la responsabilité des dirigeants dans l'exercice de leurs missions en matière de durabilité et de vigilance, le juge devrait adopter la même position pragmatique : dès lors que le dirigeant aurait pris une décision ayant causé un dommage, il pourrait efficacement invoquer avoir agi avec diligence, le juge n'appréciant alors pas l'opportunité de la décision, mais le point de savoir si un dirigeant normalement diligent aurait, dans une situation comparable, pu prendre la même décision.

Il pourrait être relevé que la prise en compte d'enjeux de durabilité ou l'exercice du devoir de vigilance par les dirigeants exige la mise en place de procédures sur mesure, ce qui ne permettrait pas d'identifier un véritable standard du « dirigeant diligent » en la matière<sup>101</sup>.

Toutefois, il semble que certaines pratiques de Place sont aujourd'hui suffisamment explicitées, notamment au travers des codes de gouvernance, pour que des parties les revendiquent judiciairement<sup>102</sup>. À terme, un standard prétorien du « dirigeant diligent » en matière de durabilité ou de vigilance pourrait se révéler, notamment à la faveur de la compétence exclusive attribuée au Tribunal judiciaire de Paris en matière de vigilance<sup>103</sup> et de la nouvelle chambre de la Cour d'appel de

---

97. OECD-Latin America Roundtable on Corporate Governance, « *The Business Judgment Rule: A comparative analysis* », 2023: « *Jurisdictions may find different solutions to protect board members against litigation if a decision was made in good faith with due diligence. One may be to adopt in a statutory law the BJR [...]. Another policy – which may be complementary to the first one – would be for the legislators, courts, and regulators to provide greater details on the scope of fiduciary duties to be observed by corporate directors in their respective legal systems, including by listing behaviors and even more practical recommendations based on examples.* »

98. V. par ex. Cass. com., 21 sept. 2004, n° 02-17.559, BJS 2004, 1480, note B. Dondero.

99. Poumarède (M.), Philippe le Tourneau (P), Dalloz Action – Droit de la responsabilité et des contrats, 3328.21.

100. Tribunal judiciaire de Paris, 5 décembre 2023, Sud PTT c/ La Poste, RG 21/15827, frappé d'appel. Lors des travaux du Groupe de travail, il a été proposé de rapprocher l'approche retenue par le Tribunal judiciaire de celle retenue par le Conseil d'État dans l'affaire dite « Grande Synthèse ».

101. Pour une critique de la réticence du juge à se prononcer au fond en matière de devoir de vigilance, v. de Pinieux (M.), Duchesne (T.), « Libres propos sur l'avenir du devoir de vigilance », Revue Droit & Affaires, n° 20, 2023, §15.

102. V. en ce sens la note incluse en Annexe 3.

103. Pour trancher le contentieux important qui se construisait autour de la question de compétence juridictionnelle en matière de devoir de vigilance, le législateur a expressément et exclusivement attribué cette compétence au Tribunal judiciaire de Paris (COJ, art. L. 211-21)

Paris qui traitera des contentieux émergents<sup>104</sup>. Le juge parisien sera ainsi amené à développer son expertise en la matière et pourra apporter un éclairage sur les contours notamment du devoir de vigilance.

Au service de la construction d'un tel standard jurisprudentiel, le juge peut se faire assister d'experts pour apprécier les enjeux techniques<sup>105</sup>. En matière environnementale en particulier, vue l'intrication de la norme de droit et la norme scientifique sur la question<sup>106</sup>, il paraîtrait opportun que le juge mobilise davantage cette possibilité. Notons que dans l'affaire relative au devoir de vigilance de TotalEnergies, le Tribunal judiciaire de Paris a sollicité des *amici curiae* souhaitant recevoir un éclairage général, plus que technique<sup>107</sup>. S'agissant de la pratique du recours aux *amici curiae*, le Groupe de travail a relevé qu'elle restait marginale devant les juridictions françaises.

De manière classique, le juge devrait apprécier l'existence d'un manquement du dirigeant à son devoir de diligence au moment où les décisions qui lui sont reprochées ont été prises<sup>108</sup>. Ce principe, souhaitable sur le plan de la sécurité juridique, se heurte cependant à deux difficultés. La première tient au fait que, en matière environnementale à tout le moins, les dirigeants peuvent fonder leurs décisions sur des considérations scientifiques qui se révéleront par la suite être des hypothèses erronées. La seconde est que la prise en compte des enjeux de durabilité et de vigilance par les dirigeants se traduit notamment par des décisions dont l'exécution s'inscrit sur le long terme et de façon itérative<sup>109</sup>. Dès lors, la diligence d'un dirigeant pourrait avoir à être appréciée au fur et à mesure de l'exécution et du contrôle des enjeux de durabilité et de vigilance, et invite donc le dirigeant à s'inscrire dans une dynamique de compétence (notamment par la formation) et d'information.

Sans pour autant remettre en question l'objectivation de l'appréciation d'une faute, le standard de référence du « dirigeant diligent » devrait être construit en prenant en considération les moyens dont dispose normalement le dirigeant d'une société comparable. À cet égard, la doctrine a pu souligner qu'il est « *normal de ne pas exiger les mêmes diligences du président d'une société anonyme dont les actions sont inscrites sur un marché réglementé et du gérant d'une SARL de dimension familiale* <sup>110</sup> ».

---

104. Cour d'appel de Paris, Communiqué de presse du 18 janvier 2024, « Création d'une chambre des contentieux émergents – devoir de vigilance et responsabilité écologique à la CA de Paris ».

105. de Pinieux (M.), Duchesne (T.), « Libres propos sur l'avenir du devoir de vigilance », *Revue Droit & Affaires*, n° 20, 2023, §15.

106. Lhuillier (G.), « Le droit et sa pratique de l'Âge des transitions », *Revue pratique de la prospective de l'innovation*, n° 2, 2023, §9, pp. 14-17.

107. Tribunal judiciaire de Paris, 28 février 2023, 22/53942.

108. CA Douai, 11 juill. 1957 : D. 1957, jurispr. p. 717, note G. Lagarde.

109. Établissement et revue annuelle des rapports de durabilité incluant le plan de vigilance, réexamen régulier de la stratégie en matière de RSE, suivi de sa mise en œuvre...

110. Y. Guyon (Y) et M. Buchberger « Administration – Responsabilité civile des administrateurs », *J.-Cl. Soc. Traités*, Fasc. 132-10, 2023, §66.

Outre ce critère de proportionnalité, l'attente relative à la diligence du dirigeant devrait être modulée en fonction du champ des missions qui lui sont dévolues<sup>111</sup> : ce qui peut raisonnablement être attendu du président du Conseil d'administration d'une société anonyme ne peut pas être identique à ce qui est attendu du directeur général d'une société anonyme. Le cas échéant, cette appréciation circonstanciée du devoir de diligence des dirigeants devrait aussi prendre en considération la nature collégiale de la décision fautive.

## **II. Le devoir de s'informer et de se former**

Comme le fait remarquer un auteur, « [i]l est assez délicat de définir avec précision les devoirs qui découlent de l'obligation de diligence pesant sur les administrateurs, dès lors que la diligence, comme la faute génératrice de responsabilité, est une notion très générale<sup>112</sup> ».

Dans la mise en œuvre des obligations qui incombent aux sociétés au titre de la durabilité et du devoir de vigilance, les dirigeants font face à un paradoxe. Ces enjeux, transversaux et systémiques, sont marqués d'une grande technicité. Pour autant, les modalités de mise œuvre de ces obligations ne sont pas précisées par le législateur<sup>113</sup>. Il convient dès lors que les dirigeants, pour exercer leurs missions, arbitrent entre plusieurs options de mise en œuvre, ce jugement ne pouvant légitimement s'opérer que si le dirigeant est informé et formé.

Dès lors, un devoir de diligence des dirigeants proche du *duty of care* semble se dessiner par un renouveau du devoir de s'informer (A) et par l'émergence d'un devoir de se former qui s'apparente à un « devoir compétence » (B).

### **A. Le renouveau du devoir de s'informer**

Le devoir du dirigeant de s'informer n'est pas nouveau, et ce, en France<sup>114</sup> comme aux États-Unis<sup>115</sup> où il est une composante essentielle du *duty of care*<sup>116</sup>. Toutefois, les missions qui incombent désormais aux

---

111. P. Bissara, « Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? », *Rev. Sociétés*, 2003, n° 4, p. 51.

112. D. Gallois-Cochet, *Sociétés anonymes. Conseil d'administration. Statut des administrateurs*, JCl Com., Fasc. 1377, 2023, §131.

113. P. Berloz, « RSE : vers la fin du droit commercial ? », *RTD com.*, 2023, p. 791 : « [Le devoir de vigilance] n'a, en effet, pas de contenu précis. L'article L. 225-102-4 du Code de commerce se contente d'imposer l'élaboration d'un plan dont il énumère les grandes catégories de mesures, sans en déterminer la teneur exacte mais uniquement les objectifs poursuivis. Il laisse de ce fait aux sociétés la responsabilité des moyens à mettre en œuvre pour les atteindre. Toutefois, ce texte soumet l'élaboration et la mise en œuvre du plan au contrôle du juge. »

114. E. Scholastique, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*, thèse, Paris 1, 1993, §364 p. 212.

115. J.-M. Perez, « Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain », *Rev. Sociétés*, 2003, p. 195.

116. G. Rauterberg, E. L. Talley, « Contracting out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers », *Columbia Law Review*, Vol. 117.1, p. 10, disponible en ligne : <https://columbialawreview.org/content/contracting-out-of-the-fiduciary-duty-of-loyalty-an-empirical-analysis-of-corporate-opportunity-waivers/>.

dirigeants en matière de durabilité induiraient son extension indirecte. Par exemple, la doctrine a pu suggérer que leur obligation de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux imposerait aux dirigeants un devoir de s'informer sur les effets des décisions prises dans l'exercice de leur mission<sup>117</sup>.

Pour les dirigeants non investis de la gestion quotidienne des affaires sociales – à l'instar des administrateurs, dont l'accès à l'information est dépendant des dirigeants exécutifs – le devoir de s'informer est le corollaire de leur droit à l'information<sup>118</sup>. Un tel devoir a déjà pu être reconnu par la jurisprudence<sup>119</sup> et est, en outre, souligné par le droit souple. Le code Afep-Medef prévoit en effet que « *l'administrateur a l'obligation de s'informer. À cet effet, il demande dans les délais appropriés au président les informations indispensables à une intervention utile sur les sujets à l'ordre du jour du conseil*<sup>120</sup> ». Quant aux Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE, ils ont rappelé l'importance que revêt une information complète dans l'action du Conseil d'administration<sup>121</sup>. Il apparaît ainsi que, pour les décisions les plus sensibles, les administrateurs devraient demander aux dirigeants exécutifs (voire aux fonctions opérationnelles lorsqu'ils peuvent directement les interroger, ce qui en principe nécessite une concertation avec le directeur général ou une autorisation de sa part) ce que sont « *les effets sociaux et environnementaux de la décision envisagée*<sup>122</sup> », et même – dans certaines circonstances – consulter des tiers, tels que des organisations non gouvernementales pour apprécier certains projets<sup>123</sup> et des experts comme cela est fréquemment le cas en matière financière. Il a toutefois été souligné les difficultés que présenteraient de telles consultations au regard des obligations de discrétion et de confidentialité des administrateurs.

Les différents modes de gouvernance<sup>124</sup>, ou encore les stipulations statutaires<sup>125</sup> et extra-statutaires<sup>126</sup>, pourraient moduler la faculté des dirigeants non exécutifs à s'informer.

---

117. V. notamment D. Porraochia, « De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés », in *Loi PACTE et droit des sociétés*, BJS, juin 2019, p. 47 ; V. également J. Heinrich, « L'acte de bonne gestion », in *Mélanges en l'honneur d'Alain Couret*, op. cit., p. 377 : « on peut cependant penser qu'un acte de gestion dont les conséquences seraient particulièrement nocives pour l'environnement ou les salariés, qui serait réalisé sans aucune recherche d'information ou réflexion préalable sur les moyens de les éviter, ne pourrait être considéré comme un acte de bonne gestion quand bien même il serait favorable à l'intérêt social (...) ».

118. P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 10<sup>e</sup> édition, 2023, §725 p. 538.

119. CA Aix, 3 févr. 1966, JCP 1967.

120. Code Afep-Medef 2022, recommandation n° 21, p. 23.

121. OCDE, *Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE 2023*, Éditions OCDE, Paris, VA.

122. R. Mortier, B. Zabala et S. de Vendeuil, « La réforme du droit des sociétés par la loi PACTE », *Dr. sociétés*, n° 6, juin 2019.

123. P.-H. Conac, « L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise », *Rev. sociétés*, n° 10, 8 octobre 2019, §23.

124. L'article L. 225-35, al. 3 du Code de commerce institue un droit individuel de l'administrateur à se faire communiquer tous les documents et informations nécessaires, tandis que l'article L. 225-68 dispose que « *le Conseil de surveillance (...) peut se faire communiquer les documents qu'il estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission* » ; sur le droit d'information des administrateurs, v. notamment V. Magnier, « Gouvernance des sociétés cotées », *Rép. Soc.*, 2019, §40-41.

125. Par exemple, le président du Conseil d'administration d'une SA peut être doté de « pouvoirs renforcés ».

126. Certains règlements intérieurs de Conseil d'administration de sociétés anonymes offrent, par exemple, à certains comités spécialisés du conseil d'administration la possibilité d'interroger les responsables opérationnels de la société, et ce, sans passer par l'intermédiaire d'un dirigeant exécutif.



En tout état de cause, les premières normes d'application de la CSRD obligeront demain les sociétés à publier des informations sur « *la hiérarchie de communication aux organes d'administration, de direction et de surveillance* » et « *la manière dont [ces organes] sont informés des questions de durabilité*<sup>127</sup> ». Bien qu'il ne s'agisse que d'une obligation d'information, l'influence que celle-ci aura sur les comportements des sociétés et de leurs dirigeants, d'une part, et l'appréciation judiciaire de ceux-ci, d'autre part, ne devrait sûrement pas être négligée<sup>128</sup>.

S'agissant du devoir de vigilance, les administrateurs devront s'enquérir des procédures internes mises en œuvre, de leur efficacité (ou de leurs lacunes) afin de prendre des décisions éclairées pour les maintenir ou les modifier. Ils tâcheront de documenter ces éléments pour justifier avoir agi en ligne avec ce devoir d'information.

## B. L'émergence d'un « devoir de compétence »

Le *duty of care* anglais prévoit de longue date que l'administrateur d'une société doit présenter « *les connaissances, compétences et l'expérience qui peuvent être raisonnablement attendues d'une personne exerçant [ses fonctions]*<sup>129</sup> ». À l'inverse, en France, à l'exception des entreprises du secteur financier<sup>130</sup> et du comité d'audit des sociétés revêtant la qualité d'entité d'intérêt public<sup>131</sup>, la question des aptitudes des dirigeants a été historiquement délaissée par le législateur<sup>132</sup>. Les prémices d'un devoir de compétence peuvent cependant être trouvées dans la jurisprudence<sup>133</sup> et en doctrine<sup>134</sup>. En outre, la Commission européenne<sup>135</sup> et l'OCDE<sup>136</sup> soulignent l'importance de la compétence et de la formation des administrateurs dans le cadre de la gouvernance d'entreprise.

---

127. Annexe 1 du Règlement délégué en date du 31 juill. 2023 de la Commission européenne en application de la Directive 2022/2464, ESRD 2, §22 et §24.

128. Anticipant cette évolution, l'IFA a récemment indiqué que l'un des chantiers de réflexion auxquels devraient s'atteler les conseils d'administration pour aborder les enjeux de durabilité est de s'assurer de « *disposer au niveau du conseil d'une information adaptée à la prise de décision stratégique au moyen d'outils de pilotage en matière de durabilité* » (IFA, Durabilité : les nouveaux engagements du conseil, 23 novembre 2023, p. 39).

129. Companies Act 2006, §174 : « *the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company* ».

130. V. notamment C. monét. fin., art. L. 533-25 : « *Au sein d'une entreprise d'investissement, disposent à tout moment de l'honorabilité, des connaissances, des compétences et de l'expérience nécessaires à l'exercice de leurs fonctions : 1° Les membres du Conseil d'administration, du Conseil de surveillance et du Directoire, le directeur général et les directeurs généraux délégués* ».

131. C. com., art. L. 821-67 : « *Un membre au moins du comité doit présenter des compétences particulières en matière financière, comptable ou de contrôle légal des comptes.* »

132. V. notamment M. Germain, V. Magnier, *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, LGDJ, 23<sup>e</sup> édition, 2022, §660 p. 462 ; Merle et Fauchon, §422 p. 484 ; V. Magnier, « Qu'est-ce qu'un administrateur « prudent et diligent » ? », BJS, janv. 2012, p. 75 ; E. Scholastique, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés*, thèse, Paris 1, 1993, §670 p. 348.

133. CA Versailles, 11 juin 1998 : JurisData n° 1998-055284 ; RJDA 1998, n° 1243 ; BRDA 1998, n° 20, p. 3 ; Gaz. Pal., 26 sept. 2000, n° 270, p. 20, note A. Frasson-Gorret ; Bull. Joly Sociétés 1998, p. 1168, note R. Baillo.

134. V. notamment Y. Guyon et B. Le Bars, *Administration – Responsabilité civile des administrateurs*, JCl. Sociétés Traité, Fasc. 132-10, n° 36.

135. Commission européenne, Livre vert. « *Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'Union européenne* », COM(2011) 164 final, question 4 : « *L'évaluation précise des compétences et de l'expertise est l'aspect le plus important de la sélection de nouveaux membres non exécutifs du conseil d'administration. Par conséquent, des politiques de recrutement ciblant précisément les compétences dont le Conseil d'administration a besoin pourraient contribuer à accroître sa capacité à exercer une surveillance efficace sur la société* ».

136. OCDE, *Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE 2023*, Éditions OCDE, Paris, V.D. 6, V.E.4.

Une consécration du devoir de compétence pourrait d'abord se fonder sur le droit souple, les recommandations du droit souple donnant une place importante à la formation et aux compétences des dirigeants<sup>137</sup>.

Une consécration du devoir de compétence pourrait également être fondée sur l'obligation de publier des informations en matière de durabilité. Les premières normes d'application de la CSRD obligeront, en effet, demain les sociétés à publier des informations permettant de comprendre « *l'expertise et les compétences des organes d'administration, de direction et de surveillance en ce qui concerne les questions de durabilité ou la possibilité d'acquiescer cette expertise et ces compétences* »<sup>138</sup>.

Aujourd'hui, l'IFA considère que les deux premiers chantiers de réflexion auxquels devraient s'atteler les conseils d'administration pour aborder les enjeux de durabilité sont<sup>139</sup> (i) la formation des administrateurs à ces enjeux, « *à prioriser dès 2023-2024* » : « *[u]ne bonne compréhension des enjeux liés au changement climatique, à l'extinction de la biodiversité, et plus généralement des limites planétaires, des attentes sociales et sociétales nous semble en effet un préalable nécessaire à la réflexion stratégique, à l'évaluation des impacts, des risques et des opportunités y afférents.* » ; et (ii) l'examen de la composition du Conseil et des comités pour « *s'assurer que le conseil dispose des compétences appropriées pour traiter les enjeux de durabilité* ».

Afin d'apprécier les conditions dans lesquelles la décision mise en cause a été prise, le juge pourrait notamment examiner si les administrateurs (ou le directeur général, le cas échéant) disposaient d'une formation suffisante (et, si ce n'est pas le cas, s'ils avaient cherché à se former) pour posséder les connaissances nécessaires afin d'apprécier la portée de la décision et s'ils s'étaient suffisamment informés pour délibérer en connaissance de cause.

---

137. Code Afep-Medef 2022, recommandation n° 7.1, p. 11 et recommandation n° 14, p. 16 ; AMF, Instruction DOC-2012-01, §14.

138. Annexe 1 du Règlement délégué en date du 31 juill. 2023 de la Commission européenne en application de la Directive 2022/2464, ERSR 2, §19 et §20.

139. IFA, *Durabilité : les nouveaux engagements du Conseil*, 23 novembre 2023, p. 30 s.

# CONCLUSION

Les dirigeants ont été et seront davantage sollicités par les enjeux sociaux et sociétaux. La loi PACTE, pionnière en son domaine, a été précédée et suivie de deux évolutions majeures à ce titre à savoir les obligations relatives à la durabilité et au devoir de vigilance. La double matérialité impose dorénavant la prise en considération des risques et intérêts concernant des tiers à la société.

Cet ensemble d'obligations accroît incontestablement, comme nous l'avons évoqué dans ce rapport, la mission des dirigeants et ainsi leur potentielle responsabilité. Toutefois, il n'a pas entraîné pour autant de modification des conditions d'engagement de leur responsabilité civile.

En cas de contentieux, les dirigeants et notamment les administrateurs devront pouvoir être en mesure de démontrer la réalité de leurs diligences y compris à l'égard des informations fournies, ainsi que leur compréhension des nouveaux enjeux pour les sociétés en particulier en matière de lutte contre le réchauffement climatique.

Compte tenu des attentes du législateur et de la société en la matière, les travaux des dirigeants – attestés notamment par les procès-verbaux de décisions et leurs annexes – seront particulièrement scrutés, afin de s'assurer que les dirigeants ont accompli leurs missions avec toutes les diligences qui s'imposent.

# ANNEXE 1

## **LISTE DES MEMBRES DE LA COMMISSION « RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS ET ADMINISTRATEURS EN MATIÈRE DE DURABILITÉ ET DE VIGILANCE » DU CLUB DES JURISTES**

### **PRÉSIDENT :**

- **Didier Martin**, avocat associé, Bredin Prat

### **RAPPORTEUR DE COMMISSION :**

- **Olympe Dexant-de Bailliencourt**, professeur agrégé de droit privé, Université de Franche-Comté

### **MEMBRES :**

- **Valentin Autret**, avocat, Skadden Arps Meagher & Flom
- **Odile de Brosses**, directrice du service juridique, Afep
- **François de Cambiaire**, avocat associé, Seattle Avocats
- **Ophélie Claude**, avocate associée, Antonin Levy Associés
- **Caroline Coupet**, professeur agrégé de droit privé, Université Paris-Panthéon-Assas
- **Jean-Benoît Devauges**, directeur juridique, éthique, gouvernance & RSE, Medef
- **Claire Le Gall Robinson**, secrétaire générale du Conseil, Scor
- **Quentin Mautray**, juriste, ClientEarth
- **Alexandre Menais**, Group General Counsel, L'Oréal
- Notre affaire à tous, avec **Paul Mougeolle**, **Brice Laniyan** et **Mathilde Cohen** et **Anne Stevignon**
- **Myriam Roussille**, professeur agrégé de droit privé, Université du Mans
- **Sophie Schiller**, professeur agrégé de droit privé, Université Paris Dauphine-PSL
- **Stéphanie Smatt Pinelli**, directrice Juridique Contentieux Groupe, Orano
- **Muriel de Szilbereky**, déléguée générale, Ansa
- **Tom Vauthier**, avocat associé, Bredin Prat

### **SECRÉTAIRES DE COMMISSION :**

- **Guillaume Agbodjan**, avocat
- **Pauline Joly**, avocate
- **Victor Vaillaud**, doctorant, du cabinet Bredin Prat

# ANNEXE 2

## LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

### Pour rendre son rapport, la Commission a auditionné :

- **Louis Barbier**, associé, Squarewell Partner
- **Grégoire Cousté**, délégué général, Forum pour l'Investissement Responsable (FIR)
- **Bruno Deffains**, professeur agrégé d'économie, Université Paris-Panthéon-Assas
- **Aurélien Hamelle**, directeur général Strategy & Sustainability, TotalEnergies
- **Béatrice Parance**, professeure agrégée de droit privé, Université Paris Dauphine-PSL
- Francelinvest représentée par **Caroline Steil** (Directrice Policy, Juridique et Fiscal) et **Carine Delfrayssi** (directrice affaires extérieures) et **Damien Brisemontier** (responsable finance durable)

Certains éléments de droit étranger ont été intégrés au rapport sur la base de contributions fournies par des cabinets d'avocats étrangers : **BonelliErede** en Italie ; **De Brauw Blackstone Westbroek** au Pays-Bas ; **Hengeller Müller** en Allemagne ; **Slaughter & May** au Royaume-Uni ; **Uriá Menéndez** en Espagne.

# ANNEXE 3

## RECOMMANDATIONS DE PLACE À DESTINATION DES DIRIGEANTS AU REGARD DE LEURS OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE DURABILITÉ ET DE VIGILANCE

CABINET BREDIN PRAT

Au-delà des obligations légales et réglementaires, l'Autorité des marchés financiers (AMF) et plusieurs organisations, tant internationales que nationales, émettent des recommandations et relèvent de bonnes pratiques avec pour objectif de guider et orienter le comportement des dirigeants lorsqu'ils mettent en œuvre les obligations applicables aux sociétés qu'ils dirigent en matière d'information de durabilité et de vigilance.

Ainsi, outre les principes des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits humains dits « Principes Ruggie » qui « ont permis l'éclosion du standard de diligence raisonnable<sup>140</sup> », l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a publié des principes, qui revêtent une portée particulière, des règlements et règlements délégués européens s'y référant explicitement (1). Au niveau interne, l'Autorité des marchés financiers et le Code Afep-Medef ont également émis des recommandations en la matière (2), auxquelles viennent s'ajouter des travaux de Place (3).

### 1. Les principes de l'OCDE

#### • Les principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE (Recommendation of the Council on Principles of Corporate Governance)<sup>141</sup>

Les Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE précisent que « les conseils d'administration tiennent dûment compte des risques et opportunités significatifs en matière de durabilité lorsqu'ils exercent leurs fonctions essentielles d'examen, de suivi et d'orientation des pratiques de gouvernance, de diffusion

140. B. Parance, « Les multiples inspirations du devoir de vigilance, des principes internationaux de droit souple vers le contrôle de la trajectoire des entreprises sur les enjeux humains et environnementaux », Rev. Lamy droit des aff., février 2024, n° 200, supp.

141. Les Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE figurent en appendice à la Recommandation de l'OCDE relative aux Principes de gouvernance d'entreprise [OECD/LEGAL/0413], adoptée par le Conseil de l'OCDE le 8 juillet 2015 et révisée le 8 juin 2023.

d'informations, de stratégie, de gestion des risques et de systèmes de contrôle interne, y compris en ce qui concerne les risques physiques et de transition liés au climat » (OCDE, Principes de gouvernance VI.C).

Par ailleurs, les Principes de gouvernance de l'OCDE précisent que la prise en compte des enjeux de durabilité irrigue l'ensemble des missions « essentielles » des dirigeants. En cela, le Principe susvisé est complété d'un texte explicitant la veille à la mise en place d'un système de gouvernance et de contrôle interne « pour améliorer la fiabilité et la crédibilité de la diffusion d'informations relatives à la durabilité<sup>142</sup> ».

Les Principes de gouvernance de l'OCDE renvoient eux-mêmes « aux normes de l'OCDE relatives au devoir de diligence » en ce qu'elles « peuvent constituer un cadre important pour intégrer les critères de durabilité aux processus et systèmes de gestion des risques<sup>143</sup> ». Les normes visées sont ainsi les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ainsi que l'ensemble de normes accessoire permettant leur mise en œuvre comme le Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises ou les guides thématiques les accompagnant.

Les Principes de gouvernance de l'OCDE devraient ainsi être lus conjointement avec les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de l'OCDE.

- **Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de l'OCDE**

Les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme s'adressent exclusivement aux entreprises et non à leurs dirigeants.

Toutefois, les commentaires accompagnant les Principes directeurs dans leur volet « environnement » précisent qu'« une saine gestion de l'environnement est un volet essentiel du développement durable [...] **Il convient donc que les dirigeants [des multinationales] prêtent l'attention qui s'impose aux problèmes environnementaux dans leurs stratégies** ». Les dirigeants seraient ainsi redevables d'un devoir de prise en compte particulier des enjeux environnementaux.

---

142. « Le Conseil d'administration a notamment un rôle à jouer en veillant à ce qu'une gouvernance et des contrôles internes efficaces soient en place pour améliorer la fiabilité et la crédibilité de la diffusion d'informations relatives à la durabilité. Il peut, par exemple, évaluer si et comment les questions de durabilité influent sur le profil de risque des entreprises. Ces évaluations peuvent aussi porter sur la rémunération et la nomination des principaux dirigeants (par exemple, si les objectifs associés aux plans de rémunération des dirigeants sont quantifiables et fonction de risques financiers significatifs, et favorisent une vision de long terme) ou sur l'approche adoptée par le conseil et ses comités en matière de durabilité. »

143. OCDE, Principes de gouvernance d'entreprise, VI.C.



Ces Principes directeurs de l'OCDE ont pour particularité d'être érigés au rang de « Garantie minimale » par le Règlement Taxonomie, c'est-à-dire qu'une activité exercée en violation de ces principes ne peut pas être comptabilisée comme « durable sur le plan environnemental » au sens de ce règlement<sup>144</sup>. De la même façon, les ESRS imposent que la procédure de diligence mise en place par une société soit publiée dans son rapport de durabilité (ESRS 2 Gov-4), cette procédure étant définie notamment par renvoi à ces principes<sup>145</sup>.

## **2. Recommandations de l'AMF et du Code Afep-Medef**

Les recommandations et bonnes pratiques, telles qu'elles découlent des instruments de droit souple de l'AMF et du Code Afep-Medef et dont les principales sont restituées ci-dessous visent :

- la prise en considération de la RSE dans la stratégie globale de la société,
- l'organisation de la gouvernance liée à la RSE,
- la prise en compte de la RSE dans la rémunération des dirigeants,
- les questions de compétences, de formation et d'information des administrateurs, et
- la communication aux actionnaires.

### **STRATÉGIE**

- **La stratégie sociale et environnementale doit être adoptée par le Conseil d'administration et faire l'objet d'un suivi et le cas échéant de modifications par ce dernier.**

#### ► **Code Afep-Medef**

- §1.1 : « Le Conseil s'attache à promouvoir la création de valeur par l'entreprise à long terme en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de ses activités. Il propose, le cas échéant, toute évolution statutaire qu'il estime opportune. »
- §1.5 : « Il examine régulièrement, en lien avec la stratégie qu'il a définie, les opportunités et les risques tels que les risques [...] sociaux et environnementaux ainsi que les mesures prises en conséquence. À cette fin, le conseil d'administration reçoit toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission notamment de la part des dirigeants mandataires sociaux exécutifs. »

---

144. Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables, art. 3 et 18.

145. ESRS 1, §58-61.

- § 5.1 : « Sur proposition de la Direction générale, le Conseil d'administration détermine des orientations stratégiques pluriannuelles en matière de responsabilité sociale et environnementale. »
- §5.2 : « La direction générale présente au Conseil d'administration les modalités de mise en œuvre de cette stratégie avec un plan d'action et les horizons de temps dans lesquels ces actions seront menées. La direction générale informe annuellement le conseil des résultats obtenus. »
- §5.3 : « En matière climatique, cette stratégie est assortie d'objectifs précis définis pour différents horizons de temps. Le conseil examine annuellement les résultats obtenus et l'opportunité, le cas échéant, d'adapter le plan d'action ou de modifier les objectifs au vu notamment de l'évolution de la stratégie de l'entreprise, des technologies, des attentes des actionnaires et de la capacité économique à les mettre en œuvre. »
- §5.4 : « La stratégie climatique mentionnée au § 5.3 ainsi que les principales actions engagées à cet effet sont présentées à l'Assemblée générale ordinaire au moins tous les trois ans ou en cas de modification significative de la stratégie. »

## ORGANISATION DE LA GOUVERNANCE

- **Le Conseil d'administration est invité à examiner et revoir les conditions dans lesquelles la gouvernance de la société est assurée en ce qui concerne la durabilité et la vigilance.**

### ▶ **AMF, Panorama financier et extra-financier du reporting carbone des entreprises, 2021 :**

L'AMF « encourage les sociétés à impliquer l'ensemble des directions concernées, leurs instances de gouvernance (Conseil d'administration, comité d'audit) ainsi que leurs commissaires aux comptes dans ces travaux qui seront amenés à se poursuivre sur les exercices à venir, notamment en raison des évolutions réglementaires »

### ▶ **AMF, Recommandation 2012-02 :**

- « La désignation, au sein du Conseil d'administration, d'un « référent » en matière RSE (le président du comité RSE s'il en existe un), est l'un des moyens de mener le Conseil d'administration à approfondir ses travaux en la matière, en particulier sur le sujet de l'environnement et du climat. Constitue une bonne pratique le fait d'organiser un ou plusieurs points de débats spécifiques du conseil ou du comité RSE dédiés à la question climatique ou environnementale. Dans les sociétés ayant désigné au sein de leur Conseil d'administration plusieurs interlocuteurs privilégiés en matière RSE (administrateur référent classique en charge du dialogue actionnarial notamment en matière RSE, président du

Conseil d'administration, président du comité RSE, administrateur référent spécialisé en RSE), il est important de clarifier et d'articuler les rôles respectifs de chacun » ;

- « L'AMF recommande aux sociétés de continuer d'accroître l'implication de leurs organes de gouvernance et de leurs comités d'audit dans l'analyse des effets du changement climatique sur leurs activités, dans la préparation et le contrôle des informations relatives à la durabilité communiquées au marché et à la cohérence entre les informations présentées dans les états financiers et les autres éléments de la société (DPEF en particulier) » ;

► **AMF, Rapport sur le gouvernement d'entreprise 2022 :**

« Au regard de l'intégration croissante des enjeux de RSE dans les missions du Conseil d'administration, il importe de rendre compte de la compétence « RSE » des administrateurs, comme de leurs autres compétences. Constitue une bonne pratique le fait de publier une présentation individualisée des compétences des administrateurs ainsi que le calcul du pourcentage d'administrateurs concernés pour chaque compétence. »

S'agissant des comités spécialisés du conseil d'administration :

► **AMF, Recommandation 2012-02 :**

- **Compétence des administrateurs au sein des comités :** « la pratique consistant à poser des exigences de compétences pour les administrateurs, en fonction du type de comité, et à assurer une transparence sur le niveau de satisfaction de ces exigences (par exemple, par la présentation d'une matrice de compétences / d'expérience), est pertinente et mérite d'être encouragée ».
- **Mise en place d'un comité RSE et articulation des travaux des différents comités en matière RSE/ESG :** « la plupart des conseils d'administration s'interrogent sur la pertinence de créer ou non un comité en charge de la RSE et s'en justifient. Une bonne pratique consiste à s'interroger sur l'articulation entre les missions des différents comités en matière de RSE et à en rendre compte dans le document d'enregistrement universel ».
- **Articulation du rôle du comité RSE et du comité d'audit :** « Constitue également une bonne pratique le fait d'organiser une collaboration entre le comité d'audit et le comité en charge de la RSE afin d'analyser les risques extra-financiers. Cette collaboration peut notamment prendre la forme d'une réunion commune. Sans instituer des réunions communes, d'autres sociétés organisent un travail conjoint entre le comité d'audit et le comité en charge de la RSE, s'agissant des risques ».
- **Comité d'audit :** « En outre, le comité d'audit, ou l'organe qui en exerce les fonctions, devrait régulièrement s'assurer de la pertinence et de l'intégrité de l'information fournie au Conseil en matière de RSE ».

- **Comité des nominations** : « L'AMF recommande que chaque année, le comité des nominations s'interroge sur les besoins du conseil en termes de compétences, y compris s'agissant des différents sujets relevant de la RSE, et en tire les conséquences sur le processus de sélection des administrateurs mis en place. Ce sujet devrait ensuite être débattu au sein du Conseil ».

► **Code Afep-Medef :**

- §16 : « Le nombre et la structure des comités dépendent de chaque conseil. Cependant, outre les missions dévolues par la loi au comité d'audit<sup>12</sup>, il est recommandé que [...] les sujets relatifs à la responsabilité sociale et environnementale fassent l'objet d'un travail préparatoire réalisé par un comité spécialisé du Conseil d'administration. »
- § 17.2 : « Dans le cadre du suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques et, le cas échéant, de l'audit interne concernant les procédures relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable financière et extra-financière, le comité entend les responsables de l'audit interne et du contrôle des risques et donne son avis sur l'organisation de leurs services. »
- §17.2 : « L'examen des comptes doit être accompagné d'une présentation par la direction décrivant l'exposition aux risques, y compris ceux de nature sociale et environnementale. »

## RÉMUNÉRATION

- **Dans le cadre de l'élaboration de la rémunération des dirigeants, il est préconisé que le Conseil d'administration intègre des éléments de RSE.**

► **AMF, Recommandation 2012-02 :**

- « Les bonnes pratiques, constatées pour la détermination de la performance RSE, sont les suivantes :
  - indiquer leur lien avec la stratégie ;
  - utiliser un indicateur quantifiable ou à défaut un indicateur qualitatif mesurable ; disposer d'un outil de collecte d'information en relation avec cet indicateur ;
  - utiliser des indicateurs de la DPEF, ce qui permet de s'assurer que ces indicateurs sont clairement définis, et le cas échéant de faire le lien avec la matrice de matérialité présentée dans la DPEF ;
  - définir le périmètre sur lequel l'indicateur est fixé ;
  - faire revoir ces indicateurs par les Commissaires aux comptes et/ou l'OTI et les simplifier. »

► **Code Afep-Medef :**

- §26.1.1 : « La rémunération de ces dirigeants doit être compétitive, adaptée à la stratégie et au contexte de l'entreprise et doit avoir notamment pour objectif de promouvoir la performance et la compétitivité de celle-ci sur le moyen et long terme, en intégrant plusieurs critères liés à la responsabilité sociale et environnementale, dont au moins un critère en lien avec les objectifs climatiques de l'entreprise »

## COMPÉTENCE, INFORMATION ET FORMATION

- **Il est recommandé que le Conseil d'administration s'assure de la compétence de l'information et de la formation de ses membres s'agissant des éléments de RSE.**

► **AMF, Recommandation 2012-02 :**

- « Constituent de bonnes pratiques le fait de prévoir une formation régulière sur des sujets pertinents pour la société, en particulier en matière de RSE, et le fait de détailler la formation des administrateurs, notamment en matière de RSE. Cette formation n'est pas seulement théorique : elle peut se révéler très pratique, par exemple au travers de visites de sites industriels »

► **Code Afep-Medef :**

- §1.4 : « [Le conseil] est informé des principaux enjeux auxquels l'entreprise est confrontée y compris dans le domaine de la responsabilité sociale et environnementale »

## COMMUNICATION

- **Le Conseil d'administration est invité à communiquer efficacement avec les actionnaires sur les sujets RSE.**

► **AMF, Recommandation 2012-02 :**

- « L'AMF recommande aux émetteurs d'instaurer un dialogue entre le conseil et les actionnaires, le cas échéant par le truchement d'un administrateur référent, sur les principaux sujets d'attention des actionnaires, notamment les questions relatives à la stratégie et la performance en matière sociale, environnementale et de gouvernance (ESG) »

► **Code Afep-Medef, § 4.3 :**

- « Le Conseil veille à ce que les actionnaires et les investisseurs reçoivent une information pertinente, équilibrée et pédagogique sur la stratégie, le modèle de développement, la prise en compte des enjeux extra-financiers significatifs pour la société ainsi que sur ses perspectives à long terme. »

### **3. Travaux de Place relatifs au rôle du Conseil d'administration en matière de durabilité et d'obligation de vigilance**

Les travaux qui sont mentionnés ci-après sont :

- le rapport 2023 du Haut Comité du gouvernement d'entreprise (HCGE) ;
- des guides de l'Institut français des administrateurs : IFA, Guide Durabilité : les nouveaux engagements du Conseil, 2023 ; IFA, Les parties prenantes : leur place au sein de la gouvernance de l'entreprise, 2021 ; IFA, Le rôle du Conseil d'administration dans la prise en compte des enjeux climatiques, v. 2019 et 2021 ;
- le Rapport sur la gouvernance de la transition climat dans les entreprises de l'Institut de la finance durable (IFD) publié en 2024 ;
- le Rapport sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale HCJP, publié en 2020 ;
- le Rapport du Club des juristes sur le devoir de vigilance publié en 2023.

L'ensemble de ces travaux de Place traite ainsi des modalités d'adoption et suivi de la stratégie en matière de durabilité (a), de mise en place d'une organisation adaptée à la gestion des enjeux de durabilité (b) et d'instauration d'un dialogue avec les parties prenantes (c).

#### ***a) Adoption et suivi de la stratégie en matière de durabilité***

##### ***i. Traiter les enjeux de durabilité comme un aspect à part entière de la stratégie***

#### **► IFA, Guide Durabilité : les nouveaux engagements du Conseil, 2023 :**

**Le Conseil est invité à intégrer les enjeux de durabilité de façon systémique et systématique**

- p. 16 : « [Répondre aux questions liées à la Taxonomie] fait de l'analyse d'alignement/de compatibilité du portefeuille d'activités avec les politiques publiques européennes en matière de transition environnementale, à la fois une bonne occasion d'accroître le degré de familiarité des instances de direction avec ces nouveaux enjeux, risques et opportunités, mais aussi un puissant outil de réflexion stratégique, aidant au questionnement de la pérennité du modèle d'affaires de l'entreprise ».
- p. 20 : « l'information de durabilité publiée en conformité avec les nouvelles normes ESRS devient une alliée clé de la réflexion stratégique au cœur du modèle d'affaires et de l'identité de l'entreprise, et un sujet d'intérêt majeur, dont les instances de gouvernance de l'entreprise ne doivent pas manquer de s'emparer ».

- p. 44 : le *reporting* de durabilité permettra de « revisiter des questions fondamentales sur la création de valeur par l'entreprise : quels types de valeur, comment, au profit de qui, avec quelle pérennité... Le Conseil devra veiller à ce que ces questions soient explicitement posées dès le début de la démarche d'élaboration du plan stratégique ».

► **IFA, Le rôle du Conseil d'administration dans la prise en compte des enjeux climatiques, 2019, p. 26 :**

« Veiller à ce que les enjeux climatiques soient au cœur de la définition et de l'implémentation de la stratégie ».

► **IFD, Rapport sur la Gouvernance de la transition climat dans les entreprises, 2024, p. 13 :**

« La priorité absolue est d'assurer un travail préparatoire suffisant et coordonné sur le risque climatique et les plans de transition par le ou les comités concernés pour permettre une bonne prise en compte de ce sujet par l'ensemble du Conseil. »

► **HCJP, Rapport sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale, 2020, § 99 :**

« Le Professeur Pierre Berlioz lors de son audition par les membres du groupe de travail a exposé qu'il apparaît nécessaire que les organes dirigeants soient en mesure d'identifier les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société dans le cadre de l'élaboration de la stratégie et de la politique de gestion de la société à moyen et long terme, déclinées par la suite dans les différentes décisions prises au quotidien par les dirigeants de la société, par exemple, en :

- préparant en amont de l'élaboration de la stratégie et de la politique de gestion une phase d'audit/ de « due diligence » de l'activité de la société » ;
- hiérarchisant éventuellement les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de la société pour justifier à terme certaines décisions ;
- élaborant une politique de gestion qui prend en compte ces éléments identifiés, ainsi qu'une grille d'analyse des risques et opportunités de chaque secteur d'activité de la société à destination du management ;
- s'octroyant de la flexibilité par le biais d'une procédure de révision à échéance plus ou moins fixe afin d'étudier si certains enjeux ne sont plus d'actualité ou, au contraire, si de nouveaux sont apparus. »

**Le Conseil est invité à consigner la façon dont il a pris en compte des enjeux de durabilité**

► **HCJP, Rapport sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale, 2020, § 100 :**

« Enfin, le Professeur Pierre Berlioz a précisé que dans l'hypothèse où une décision aurait des conséquences défavorables en matière sociale ou environnementale, il conviendra de pouvoir justifier par les travaux des organes sociaux de la société ou d'expertises que (i) cette dernière a tout de même pris en considération les enjeux identifiés et a essayé de les concilier avec l'intérêt social et (ii) lesdits enjeux n'ont pas conduit à modifier la décision ou alors ont conduit à la maintenir avec des aménagements. »

*ii. Suivre l'application de la stratégie en matière de durabilité*

Une fois qu'il l'a adopté, il est recommandé que le Conseil suive la mise en œuvre et l'exécution de la stratégie en matière de durabilité

► **IFA, Guide Durabilité : les nouveaux engagements du Conseil, 2023 :**

- p. 18 : « Le comité d'audit (le conseil ou un autre comité désigné par le conseil) :
  - suit le processus d'élaboration de l'information en matière de durabilité et formule des recommandations pour en garantir l'intégrité ;
  - suit l'efficacité des dispositifs de contrôle interne et de gestion des risques ainsi que, le cas échéant, de l'audit interne en ce qui concerne l'information en matière de durabilité ;
  - suit la réalisation de la mission de vérification externe de l'information en matière de durabilité ;
  - s'assure de l'indépendance du tiers vérificateur ;
  - rend compte au Conseil des résultats de la mission de vérification externe des informations en matière de durabilité et explique comment cette mission a contribué à l'intégrité de ces informations et quel rôle le comité d'audit a joué dans ce processus ».
  
- p. 36 : Il convient de :
  - « S'assurer que l'entreprise a un plan d'action adapté non seulement pour produire une information en matière de durabilité avec un niveau de fiabilité suffisant (conformité) mais aussi adapter les outils de pilotage de l'entreprise pour étayer la prise de décision » ;
  - p. 36 : « S'assurer que l'entreprise a mis en place des dispositifs qui permettent d'identifier de manière permanente les impacts, risques et opportunités de durabilité matériels (analyse de double matérialité) sur l'ensemble de la chaîne de valeur » ;



- p. 37 : « Prioriser : s'assurer que les moyens mis en œuvre sont adaptés au contexte de l'entreprise (compétitivité) et orientés vers la création de valeur pour l'entreprise et ses parties prenantes. »
- p. 41 : il est essentiel de « disposer au niveau du Conseil d'une information adaptée à la prise de décision stratégique au moyen d'outils de pilotage en matière de durabilité ».

### *iii. Technicité accrue des travaux du Conseil en matière de durabilité*

Le Conseil est invité à adopter une approche plus « opérationnelle » et technique des enjeux liés à la durabilité

- ▶ **Club des juristes, Rapport sur le devoir de vigilance, 2023, p. 19 :**  
« la cartographie des risques intégrée dans le plan de vigilance devrait inclure les risques d'atteintes envers les droits humains, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, priorisés en fonction de leur gravité et de la probabilité de leur occurrence au regard notamment du secteur et des pays couverts par la chaîne de valeur »
- ▶ **IFA, Le rôle du Conseil d'administration dans la prise en compte des enjeux climatiques, 2021, p. 4 :**  
« Mettre à l'agenda du conseil, **sous la responsabilité d'un membre du comex**, les enjeux climat tous les ans au minimum aux titres de la stratégie et de la gestion des risques. »
- ▶ **HCJP, Rapport sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale, 2020, § 99 :**
  - « les dirigeants devront se conformer à la politique de gestion préalablement définie par le Conseil d'administration ou le directoire ;
  - en cas de dérogation, ils devront être en mesure de la justifier ;
  - en présence d'un nouvel enjeu social ou environnemental identifié, le dirigeant devra, dans la mesure du possible, le prendre en considération dans le cadre de son processus décisionnel, en précisant éventuellement les externalités positives et négatives en matière sociale et environnementale liées à leurs décisions et leur impact sur sa prise de décision. »

La technicité accrue des travaux du Conseil en matière de durabilité doit inviter les sociétés à former leurs administrateurs, sans préjudice d'un certain devoir des administrateurs à se tenir informés.

► **Rapport 2023 du HCGE, p. 16 :**

- « Les administrateurs doivent ainsi être capables d’aborder les enjeux clés d’une entreprise, de comprendre la stratégie en matière RSE et de remettre en question les choix opérés par la Direction générale.

■ **Il est de leur responsabilité de se former pour appréhender ces sujets complexes.**

- Afin de les accompagner sur ces sujets, des sociétés organisent des formations externes ou internes communes à l’ensemble du conseil sur les thématiques majeures RSE spécifiques à l’entreprise, ce qui constitue une bonne pratique.

► **IFA, Guide Durabilité : les nouveaux engagements du conseil, 2023 :**

- p. 30 : « Les administrateurs ont un devoir de formation et d’information permanent, non seulement concernant les évolutions du contexte réglementaire, mais également concernant les enjeux de durabilité propres à l’entreprise » (soit individuellement, soit via des sessions de formation pour l’ensemble du Conseil) » ;

- p. 35 : Il est recommandé d’« inclure la prise en compte des enjeux de durabilité dans les travaux d’évaluation du Conseil » ;

► **IFA, Le rôle du Conseil d’administration dans la prise en compte des enjeux climatiques, 2021, p. 4 :**

« Organiser la mise à jour permanente des connaissances des membres du Conseil sur ces enjeux : processus de formation, interventions d’experts, mise à jour de l’actualité réglementaire, etc. » ;

► **IFD, Rapport sur la gouvernance de la transition climat dans les entreprises, 2024, p. 13 :**

« Mettre en place, de manière organisée, une montée en compétences générale de l’ensemble des administrateurs et s’assurer qu’il y ait des modules proposés aux administrateurs au moins une fois tous les trois ans. Les compétences climatiques pourraient être formellement incluses dans l’évaluation des membres du Conseil ».

**b) Mise en place d’une organisation adaptée à la gestion des enjeux de durabilité**

Pour prendre en charge ses missions en matière de durabilité, le Conseil doit adapter son organisation, mais reste libre de choisir celle qui lui est la plus appropriée.

► **IFA, Guide Durabilité : les nouveaux engagements du Conseil, 2023 :**

- p. 31 : « S'assurer que le Conseil dispose des compétences appropriées pour traiter les enjeux de durabilité » ;
- p. 31 : « Définir les rôles et responsabilités du conseil et des comités, leurs interactions » ;
- p. 45 : commissaire de durabilité : « Le Conseil d'administration soumet donc une proposition au vote de l'Assemblée générale [concernant le commissaire de durabilité]. Il appartiendra au conseil et au comité en charge de la durabilité (audit ou autre), de superviser la sélection de l'auditeur de durabilité (CAC ou OTI) en s'assurant de ses compétences et de son indépendance. »

► **IFD, Rapport sur la gouvernance de la transition climat dans les entreprises, 2024, p. 13 :**

- « Nous recommandons que les Conseils d'administration définissent et explicitent les rôles respectifs des différents comités (Comité RSE, Comité d'audit, Comité des risques, etc.) dans la supervision du traitement des risques climatiques. Une coordination devrait ensuite être assurée entre les différents comités (par exemple, par la mise en place de membres communs à différents comités et/ou par l'organisation de réunions régulières), tout en soulignant le rôle particulier des Comités d'audit (ou comité des risques) dans la gestion générale des risques. Cette proposition est à articuler avec la directive CSRD ».
- « Mettre en place une information annuelle du Conseil sur les risques climat pour l'entreprise, en appliquant le principe de double matérialité (impact du business model sur le climat et risques/opportunités pour l'entreprise liés au changement climatique) exigé par les normes ESRS à compter de leur date d'application. »

► **IFA, Le rôle du Conseil d'administration dans la prise en compte des enjeux climatiques, 2019, p. 27 :**

- « Assigner la supervision du sujet climatique à l'un des comités du Conseil sans nécessairement créer un comité dédié. »

**c) Instauration d'un dialogue avec les parties prenantes**

► **IFA, Guide Durabilité : les nouveaux engagements du Conseil, 2023 :**

- p. 35 : « Intégrer la prise en compte des intérêts des parties prenantes dans les travaux du Conseil : le Conseil doit ainsi veiller à obtenir une information sur les procédures existantes au sein de la société pour cartographier les parties prenantes importantes et pour recueillir leurs avis et intérêts et les résultats de ces procédures » ;
- p. 46 et s. : « Comme indiqué dans le Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées révisé en décembre 2022, le Conseil veille à ce que les actionnaires et les investisseurs

reçoivent une information pertinente, équilibrée, pédagogique sur la stratégie, le modèle de développement, la prise en compte des enjeux extra-financiers significatifs pour la société ainsi que ses perspectives à long terme », Ainsi, il appartient au Conseil de :

- superviser le processus d'élaboration de l'information en matière de durabilité ;
- s'assurer de la sincérité des informations communiquées aux actionnaires, aux marchés et autres parties prenantes dans le rapport de gestion ;
- veiller à une communication responsable qui assume la priorisation des actions, des plans de progrès et qui s'adresse à toutes les parties prenantes de l'entreprise ;

► **IFA, Les parties prenantes : leur place au sein de la gouvernance de l'entreprise, 2021, p. 24**

- Comité des parties prenantes : « En dehors du cas de la société à mission, il n'y a pas de formalisation via un comité des parties prenantes prévue par le législateur. Ce sont les pratiques de gouvernance qui ont pris le relais en la matière. Les relations avec les parties prenantes peuvent revêtir deux aspects : une simple mais attentive écoute, voire un véritable dialogue. Le choix d'instaurer un comité des parties prenantes marque clairement le franchissement d'une étape dans la place de ces dernières dans la gouvernance. Ce choix permet de mieux structurer les échanges. [...] Les recommandations/avis du comité sont transmis au management. Dans presque tous les cas, des membres de la direction participent au comité, voire l'intégralité du comex. [...] Le lien avec le Conseil d'administration semble principalement se faire via le président du comité RSE et/ou stratégie du Conseil. Dans certains cas, il fixe la feuille de route annuelle du comité des parties prenantes. »
- Recommandations : « S'assurer que le comité des parties prenantes ait les moyens suffisants pour fonctionner efficacement ; Veiller à ce que le comité des parties prenantes soit indépendant ; Instaurer un dialogue constructif avec le comité des parties prenantes ; Vérifier annuellement l'efficacité du dialogue). »

**Les sociétés sont invitées à formaliser – voire institutionnaliser – le dialogue avec leurs parties prenantes.**

► **IFA, Les parties prenantes : leur place au sein de la gouvernance de l'entreprise, 2021 :**

« Si le dialogue avec les parties prenantes a ainsi tendance à se formaliser, il ne prend pas toujours la forme d'un comité des parties prenantes. Lorsqu'un tel comité existe, il a une vocation naturelle à connaître de la manière dont une société dotée d'une raison d'être statutaire prend celle-ci en considération dans la définition de sa stratégie et dans sa gestion, et à s'exprimer sur ces sujets. »

Les salariés constituent une catégorie particulière de parties prenantes<sup>146</sup> (internes à l'entreprise). Les sociétés sont invitées à renforcer la « culture d'entreprise » en matière de durabilité, y compris dans les aspects réglementaires et techniques de la durabilité.

Dans la première décision rendue au fond sur ce devoir, le juge confirme le caractère obligatoire de la concertation avec les organisations syndicales et incite à la formalisation de cette concertation puisque c'est en constatant l'absence de preuve de concertation que le juge retient un manquement au devoir de vigilance<sup>147</sup>.

► **Club des juristes, Rapport sur le devoir de vigilance, 2023, p. 19 :**

« Les parties prenantes doivent acquérir une bonne connaissance des obligations de vigilance posées par la loi du 27 mars 2017 pour être en mesure de participer à l'élaboration du plan de vigilance. En particulier, les entreprises devraient être incitées à former leurs salariés aux enjeux de la vigilance sur la chaîne de valeur ».

146. ESRS 1, AR 6 : « Outre les catégories de parties intéressées énumérées au paragraphe 22, sont considérés comme des catégories fréquentes de parties intéressées : les salariés et autres travailleurs, les fournisseurs, les consommateurs, les clients, les utilisateurs finals, les communautés locales et les personnes en situation de vulnérabilité ainsi que les autorités publiques, y compris les régulateurs, les autorités de surveillance et les banques centrales. »

147. TJ de Paris, 5 décembre 2023, N° RG 21/1582, « La Poste / SUD PTT » : « A fortiori, il n'est pas établi que La Poste ait cherché à établir un dispositif de concert avec les organisations syndicales. / En l'absence de la preuve d'une concertation, il y a lieu d'accueillir la demande de compléter le plan de vigilance par un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements après avoir procédé à une concertation des organisations syndicales représentatives. »

## ANNEXE 4

### REMARQUES SUR LA CONSTITUTION DE LA PREUVE EN MATIÈRE D'ACTION CIVILE CONTRE LE DIRIGEANT

**TOM VAUTHIER, AVOCAT ASSOCIÉ, BREDIN PRAT**

Le Code de procédure civile fait, par principe, peser sur chacune des parties la charge de la preuve des « *faits nécessaires au succès de sa prétention*<sup>148</sup> ».

Il incombe ainsi à la partie qui sollicite la condamnation d'un dirigeant de rapporter la preuve de ce que sont réunies les conditions propres à engager la responsabilité de ce dernier (faute, lien de causalité et préjudice).

Il est toutefois fréquent qu'un plaideur ne dispose pas *ab initio* de suffisamment d'éléments probants pour apporter pleinement cette démonstration, quand bien même il aura éventuellement contraint la société à se conformer à ses obligations légales d'information<sup>149</sup>. Tel peut notamment être le cas lorsque la personne (physique ou morale) qui soupçonne que le dirigeant a adopté un comportement fautif est extérieure à la société.

Seront notamment *a priori* inaccessibles aux tiers les procès-verbaux des réunions du Conseil d'administration, les rapports des comités spécialisés et un grand nombre de données internes relatives aux prises de décision des organes de direction (analyses des risques, rapports établis par des consultants externes, etc.). Or, de tels documents pourront s'avérer cruciaux lorsqu'il s'agira de déterminer si la responsabilité d'un dirigeant est propre à être engagée<sup>150</sup>.

Dans de tels cas de figure, les parties peuvent avoir recours au juge pour obtenir les preuves qui leur manquent ou compléter celles dont ils disposent déjà. La pratique montre qu'il peut s'agir du juge français (1), mais aussi – fréquemment – d'un juge étranger (2).

148. Article 9 du CPC.

149. L'article L. 238-1 du Code de commerce offre notamment à « toute personne intéressée » la possibilité de solliciter du juge des référés (i) une injonction destinée à obtenir la production, la communication ou la transmission de documents ou d'informations requis en matière de durabilité, ou (ii) la désignation d'un mandataire chargé de procéder à cette communication.

150. Les informations et documents dont la publication, ou la communication.

## 1. Le recours au juge français

Dans le sillage de la CEDH<sup>151</sup>, le droit positif français reconnaît aux parties un « *droit à la preuve*<sup>152</sup> », qui implique notamment le « *droit d'obtenir une preuve que l'on ne détient pas*<sup>153</sup> » à supposer que cette dernière soit utile à la solution du litige et que sa production ne porte pas une atteinte disproportionnée « *aux intérêts antinomiques en présence*<sup>154</sup> ».

Parmi ces « *intérêts antinomiques* » peut figurer le secret des affaires qui bénéficie en France d'une protection légale<sup>155</sup> depuis la transposition de la directive européenne n° 2016/943<sup>156</sup>. En présence d'informations couvertes par le secret des affaires, ces textes ne font pas obstacle à la production (forcée ou volontaire) des éléments de preuve pertinents, mais imposent un régime spécifique d'administration de la preuve.

Deux options principales sont ouvertes au plaideur désireux d'obtenir une preuve dont il ne dispose pas : (i) la mesure d'instruction ou (ii) la demande de production forcée de pièce.

Dans tous les cas de figure, la production ou l'appréhension de preuves ne pourra être obtenue par le demandeur que s'il parvient à démontrer qu'il y a des raisons vraisemblables d'affirmer que la responsabilité du dirigeant est susceptible d'être engagée. En matière de durabilité et de vigilance, une telle démonstration impliquera vraisemblablement de mettre en évidence un manquement particulièrement net de la société à ses obligations, dont on pourra légitimement supposer qu'il trouve sa source dans une défaillance de ses organes de direction.

### (i) *La mesure d'instruction*

L'article 145 du CPC offre la possibilité à tout plaideur qui dispose d'un « *motif légitime*<sup>157</sup> » de solliciter « *avant tout procès* » la mise en œuvre de « *mesures d'instruction légalement admissibles* » afin d'obtenir « *la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige* ».

L'article 145 du CPC présente la particularité de pouvoir être mobilisé non seulement par la voie du référé, mais également « sur requête », dès lors que le demandeur peut démontrer l'existence de circonstances justifiant de déroger au principe de la contradiction.

---

151. CEDH, 10 octobre 2006, n° 7508/02, LL c France. §4 et CEDH, 13 mai 2008, N.N. et T.A. c. Belgique, req. n° 65097/01, §43.

152. Cass. 1<sup>re</sup> civ, 5 avril 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ.* 2012, I. n° 85 ; D. 2012,2826 obs J.-D. Bretzner.

153. E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, 2<sup>e</sup> édition, PUF, 2022 §278.

154. A. Aynès, X. Vuitton, *Droit de la preuve*, 2<sup>e</sup> édition, LexisNexis, 2017, §164. Cf. également E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, 2<sup>e</sup> édition, PUF, 2022 §278 et suivants.

155. Article L. 153-1 et suivants du Code de commerce.

156. Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués.

157. C'est-à-dire un procès en germe crédible.

Les mesures d’instruction sollicitées au visa de l’article 145 prennent souvent la forme d’expertises<sup>158</sup>, dans le cadre desquelles l’expert peut en principe se voir communiquer toute pièce pertinente à l’exercice de sa mission.

Il arrive aussi très fréquemment qu’elles se traduisent par des mesures de collecte forcée de pièces qui sont :

- (i) généralement obtenues sur requête, sans donc que les personnes visées par la mesure probatoire en soient préalablement informées ;
- (ii) exécutées par surprise directement dans les locaux ou au domicile de la personne visée, sous l’autorité d’un commissaire de justice généralement assisté d’un expert informatique ;
- (iii) conçues pour permettre l’appréhension directement dans les systèmes informatiques et outils de communication mobile (téléphones portables, etc.) de la personne visée de l’ensemble des documents répondant à certains mots-clés.

Il s’agit, en droit français, de l’outil le plus exhaustif et efficace pour appréhender des preuves dans un contexte civil. Il est fréquemment mis en œuvre dans des affaires mettant en cause la responsabilité des dirigeants<sup>159</sup>.

Le secret des affaires ne fait notablement pas obstacle, en soi, à la mise en œuvre d’une telle mesure<sup>160</sup>.

Cette efficacité s’accompagne toutefois d’une certaine lourdeur procédurale. Le requérant n’a pas immédiatement accès aux pièces appréhendées par le commissaire de justice, qui les conserve sous séquestre<sup>161</sup>, ces dernières n’étant libérées qu’une fois un éventuel recours en rétractation purgé et le tri des pièces effectué. Ce processus peut s’étaler sur plusieurs mois, voire plusieurs années.

### *(ii) La production forcée de pièces*

Les articles 11 alinéa 2, 138 et 142 du CPC offrent la possibilité à une partie de demander au juge la production par l’autre partie ou par un tiers de toute pièce utile à la manifestation de la vérité.

---

158. S’ils dépassent le seuil légal (5 % ou 10 % du capital), les actionnaires de sociétés de capitaux peuvent, par ailleurs, solliciter la mise en œuvre d’une expertise de gestion (cf. articles L. 225-231, L. 226-1 alinéa 2, L. 227-1 alinéa 3 et L. 223-37 du Code de commerce).

159. Cf. par exemple : CA Versailles, 14<sup>e</sup> ch., 16 nov. 2023, n° 23/01425, [www.doctrine.fr](http://www.doctrine.fr).

160. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 janvier 1999, n° 95-21.934, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) ; Civ. 2<sup>e</sup>, 8 février 2006, n° 05-14.198 D.2007.1901 obs J.-D. Bretzner. Comme évoqué supra, des mesures protectrices seront en revanche mises en place pour assurer la protection du secret des affaires, conformément aux articles L. 153-1 et suivants du Code de commerce.

161. Cette possibilité est expressément offerte au juge par l’article R. 153-1 du Code de commerce.



Les juges « *f [ont] droit à la demande de production lorsque celle-ci apparaît indispensable à la manifestation de la vérité et qu'elle constitue pour le demandeur l'unique moyen d'obtenir la pièce, notamment s'il l'a précédemment réclamée au tiers et a essuyé un refus injustifié*<sup>162</sup> ».

Les juges apprécient en principe de manière souveraine si la demande de production de pièces est de nature à éclairer le litige<sup>163</sup>. Ils doivent néanmoins veiller à vérifier que la production forcée est proportionnée à la protection des autres intérêts en présence<sup>164</sup>.

Il est très fréquemment fait recours à cet outil procédural, y compris dans le cadre de contentieux portant sur la responsabilité des dirigeants<sup>165</sup>.

Les pièces sollicitées par le biais d'une demande de production forcée de pièce sont généralement plus ciblées, et leur nombre plus circonscrit, que celles qui sont appréhendées par le biais d'une mesure d'instruction *in futurum*.

La doctrine relève à cet égard que : « *les pièces sollicitées par les parties doivent être suffisamment déterminées et leur existence doit être au moins vraisemblable. En ce sens, la production forcée se distingue nettement de la procédure américaine de discovery qui permet d'obtenir de l'adversaire la production généralisée de toutes les pièces utiles au procès*<sup>166</sup> ».

Notamment pour cette raison, les parties peuvent être tentées de faire appel au juge étranger afin de constituer leur dossier probatoire.

## **2. Le recours au juge étranger**

### ***(i) Le juge américain***

L'article 1782 du Titre 28 de l'U.S. Code (« USC ») offre aux plaideurs étrangers la faculté de solliciter du juge fédéral américain qu'il ordonne à une partie établie aux États-Unis de produire des documents ou de fournir un témoignage en vue d'un procès à l'étranger.

Si le juge américain fait droit à cette demande il peut ordonner que la production de preuve se déroule selon la procédure du tribunal étranger ou selon les règles de la *discovery* prévue par *United States Federal Rules of Civil Procedure*.

---

162. S. Guinchard, Dalloz action – Droit et pratique de la procédure civile, 2017-2018, Dalloz, §341.52.

163. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 13 févr. 2013, n° 11-26.998, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) et Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 mars 2021, n° 20-10.659, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

164. Cf. E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, Droit de la preuve, 2<sup>e</sup> édition, PUF, 2022 §279 qui fait référence, en matière sociale à Cass. soc. 16 novembre 2016, n° 15-17.163, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

165. Cf. par exemple TC Paris, 1<sup>er</sup> juin 2016, n° 2016066604, [www.doctrine.fr](http://www.doctrine.fr), pour la production forcée d'un manuel de procédures internes mises en place dans la gestion d'une société.

166. E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, Droit de la preuve, 2<sup>e</sup> édition, PUF, 2022. §291.

Les commentateurs font observer que :

« Les règles américaines en matière de *discovery* sont généralement beaucoup plus libérales que celles de nombreux autres pays [...]. En vertu de l'article 1782, il n'est pas nécessaire que les éléments demandés puissent faire l'objet d'une communication devant la juridiction étrangère. Par conséquent, les demandeurs qui obtiennent gain de cause au titre de l'article 1782 peuvent obtenir des informations qu'ils n'auraient jamais obtenues s'ils s'étaient contentés de suivre les procédures de production de pièces du forum étranger<sup>167</sup>. »

Peut ainsi avoir recours à une telle *discovery* étendue, le demandeur (actuel ou potentiel) à une action en responsabilité qui parvient à identifier une personne physique (par exemple, un dirigeant) ou morale (par exemple une filiale ou un prestataire de services) domiciliée aux États-Unis et susceptible de détenir des éléments de preuve pertinents.

L'examen de la jurisprudence confirme que les pièces obtenues à l'issue de telles procédures de *discovery* peuvent être produites pour étayer des demandes formulées devant les juridictions françaises<sup>168</sup>.

### (ii) Le juge anglais

La procédure anglaise connaît un mécanisme dit de *disclosure*, qui est similaire à la procédure de *discovery* et impose lui aussi, en principe, la production de toutes les pièces utiles à la solution du litige.

La *disclosure* peut intervenir avant tout procès, au visa de l'article 31.16 des Civil Procedure Rules anglaises. Au regard des règles procédurales anglaises, un plaideur peut être autorisé à faire usage, dans un procès à l'étranger, des pièces obtenues dans ce cadre.

Cet outil procédural a pu être mis en œuvre par une société désireuse de rassembler des pièces pour alimenter une action en responsabilité civile dirigée en France contre l'un de ses administrateurs<sup>169</sup>.

### (iii) L'entraide judiciaire internationale

Des conventions internationales ont par ailleurs été adoptées afin de simplifier la coopération entre les juridictions françaises et les juridictions étrangères en matière d'obtention de preuve.

---

167. <https://www.inhouselawyer.co.uk/legal-briefing/28-usc-%C2%A71782-a-powerful-tool-for-obtaining-us-discovery-in-aid-of-foreign-proceedings/>. Traduction libre de l'anglais.

168. TGI Paris, 29 septembre 2016, n° 15/00961, [www.doctrine.fr](http://www.doctrine.fr) ; TC Nancy, 13 janvier 2014, n° 2012011430, [www.doctrine.fr](http://www.doctrine.fr); Versailles, 20 mai 2010, n°09/01617, [www.doctrine.fr](http://www.doctrine.fr). Pour une utilisation combinée de l'article 145 du CPC et de l'article 1782 USC dans une affaire, voir : TJ Paris, 13 septembre 2022, n° 22/000651, [www.doctrine.fr](http://www.doctrine.fr).

169. TC Paris, 10 novembre 2020, n° 2019036759, [www.doctrine.fr](http://www.doctrine.fr).

S'appliquent principalement à la France la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale et, au sein de l'Union européenne, le Règlement (UE) n° 2020/1783.<sup>170</sup>

Ces instruments internationaux permettent, en matière civile, aux juridictions françaises de solliciter d'une autorité ou d'une juridiction étrangère la réalisation d'actes d'instruction sur son sol en vue de nourrir un procès en France. Le Règlement n° 2020/1783 permet même, sous certaines conditions strictes, à une juridiction européenne de procéder elle-même directement à une mesure d'instruction sur le territoire d'un autre État membre.<sup>171</sup>

Un plaideur peut donc concrètement solliciter d'une juridiction française (sur requête ou en référé) qu'elle suscite la mise en œuvre, par une autorité étrangère (ou mette en œuvre elle-même au sein de l'Union européenne), une mesure d'instruction propre à lui permettre de rassembler des preuves auxquelles elle n'a pas accès<sup>172</sup>.

---

170. Le Règlement 2020/1783 constitue une refonte du Règlement 1206/2001.

171. Article 17 du Règlement n° 2020/1783.

172. Pour un exemple de mise en œuvre d'une mesure destinée à appréhender des documents en Espagne, cf. président du tribunal de commerce de Saint-Étienne, 21 février 2012, n° 2011R01876, [www.doctrine.fr](http://www.doctrine.fr).

## ANNEXE 5

### **LA RESPONSABILITÉ CIVILE EN MATIÈRE SOCIALE ET ENVIRONNEMENTALE : L'ARTICULATION ENTRE LA RESPONSABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ ET CELLE DE SES DIRIGEANTS SOCIAUX**

**CAROLINE COUPET  
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ  
PARIS-PANTHÉON-ASSAS, IRDA PARIS**

Le mouvement de responsabilisation des sociétés s'est traduit par la consécration légale de nombreuses obligations en matière sociale et environnementale.

Celles-ci pèsent tantôt sur le dirigeant social, tantôt sur la société. Il est, à vrai dire, parfois délicat de déterminer qui est le débiteur exact de l'obligation. À titre d'exemple, l'article L. 232-6-3 I du Code de commerce oblige les sociétés constituant de grandes entreprises à inclure des informations sur la durabilité dans leur rapport de gestion ; l'obligation pèse donc sur la société, mais la rédaction du rapport de gestion incombe au Conseil d'administration.

Cela ne prête cependant pas nécessairement à conséquence en termes de responsabilité civile. En effet, lorsque l'obligation pèse sur le dirigeant social, un manquement pourrait constituer un fait générateur de sa responsabilité civile. Cependant, la société est tenue des fautes commises par ses organes<sup>173</sup>, si bien que la société pourrait également engager sa responsabilité. Lorsque l'obligation pèse sur la société (obligation d'élaborer un plan de vigilance, par exemple<sup>174</sup>), un manquement est susceptible d'engager sa responsabilité. Néanmoins, ce manquement pourrait aussi constituer un fait générateur de la responsabilité des dirigeants, à qui il incombe de veiller au respect des obligations qui pèsent sur la société<sup>175</sup>.

173. V. Cass. civ. 15 janv. 1872, D. 1872, I, p. 165 : « Dans la société en commandite, le gérant est le représentant légal de la société, qu'il la personnifie dans ses rapports avec les tiers ; que lorsqu'il a contracté au nom de celle-ci, dans la sphère de ses attributions, c'est la société elle-même qui a contracté ; que, dès lors, s'il pratique des manœuvres frauduleuses et s'il commet un dol dans un acte de sa gérance, non-seulement la société ne doit pas profiter, mais elle doit au contraire réparer en entier le préjudice qui en résulte pour les tiers (...) ; la société défenderesse était tenue, comme obligée directe et personnelle, de toutes les conséquences dommageables du fait de son gérant dans les opérations sociales. » – Cass. com., 17 mai 2023, n° 22-16.031 : « La faute de la personne morale résulte de celle de ses organes. »

174. C. com., art. L. 225-102-4.

175. V. M. Buchberger et Y. Guyon, Fasc. 132-10 : ADMINISTRATION. – Responsabilité civile des administrateurs, J.-Cl. Sociétés Traité, n° 71 et s.

Pour le tiers ayant subi un dommage, les conditions d'engagement de la responsabilité civile sont généralement plus aisées à réunir lorsque le défendeur est la société, plutôt que le dirigeant. En effet, pour les juridictions civiles, l'engagement de la responsabilité civile du dirigeant suppose la démonstration d'une faute détachable<sup>176</sup>, entendue comme une faute commise intentionnellement, d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales<sup>177</sup>. À titre d'exemple, dans une société soumise aux obligations d'information en matière de durabilité<sup>178</sup>, pourrait être considéré comme une faute séparable le fait pour des administrateurs d'omettre de prendre en compte des risques avérés de pollution au vu des connaissances scientifiques, s'il était établi qu'ils en avaient eu connaissance. La démonstration d'une faute séparable serait cependant généralement délicate. Aussi la victime pourrait-elle être plus encline à agir contre la société, dès lors que celle-ci est solvable. Malgré cela, il n'est pas exclu qu'un tiers agisse contre le dirigeant, ou cumulativement contre celui-ci et la société, pour des raisons financières ou idéologiques. Il faut du reste rappeler que la chambre commerciale comme la 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation admettent qu'une faute pénale intentionnelle constitue une faute civile détachable<sup>179</sup>. Constituerait ainsi une faute détachable, la commission de l'une des nombreuses infractions intentionnelles prévues par le droit de l'environnement<sup>180</sup>. En outre, les juridictions pénales ne font pas application du critère de la faute détachable ; devant le juge pénal, tout manquement d'un dirigeant pourrait constituer un fait générateur de responsabilité civile, et ce, alors même qu'aucune condamnation pénale ne serait en définitive prononcée<sup>181</sup>.

Dans ce contexte, l'on peut s'interroger sur l'articulation entre la responsabilité civile de la société et celle de ses dirigeants sociaux. Cette question ne présente pas de spécificité en matière sociale et environnementale : elle suppose de combiner les règles du droit commun des obligations et les règles régissant la responsabilité civile des dirigeants sociaux.

Deux interrogations se posent :

- La première porte sur le cumul des responsabilités. Un tiers à la société peut-il choisir d'agir indifféremment contre la société ou ses dirigeants ?

---

176. Cass. com., 22 janvier 1991, n° 89-11.650 ; Cass. com. 28 avril 1998, n° 96-10.253.

177. Cass. com. 20 mai 2003, n° 99-17.092, D. 2003, p. 1502, note A. Lienhard ; D. 2003, p. 2623, note B. Dondero ; D. 2004, p. 266, note J.-C. Hallouin ; Rev. sociétés 2003. 479, note J.-F. Barbière ; RTD civ. 2003, p. 509, note P. Jourdain ; RTD com. 2003, p. 523, note J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; RTD com. 2003, p. 741, note C. Champaud et D. Danet ; Dr. sociétés 2003, comm. 148, note J. Monnet ; JCP G 2003, II, 10178, note S. Reifegerste.

178. C. com., art. L. 232-6-3 I.

179. Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-66.255, Bull. civ. IV, n° 146 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 mars 2016, n° 14-15.326.

180. Par ex., délit de pollution maritime par rejet volontaire de substances polluantes. C. envir. art. L. 218-18, renvoyant aux articles L. 218-11 et s.

181. Cass. crim., 5 avr. 2018, n° 16-87.669, Bull. crim. n° 554.

- La seconde porte sur les recours éventuels et la répartition de la charge définitive de la dette entre la société et ses dirigeants. Si la société est condamnée, peut-elle exercer une action récursoire contre ses dirigeants ? Si la société et le dirigeant sont condamnés *in solidum*, comment se répartit la charge définitive de la dette ?

Ces deux questions seront envisagées successivement.

## **I. Le cumul des responsabilités**

Un tiers à la société peut-il agir indifféremment contre la société et/ou ses dirigeants, dès lors qu'il estime qu'une faute du dirigeant a concouru à son dommage<sup>182</sup> ?

Le droit commun de la responsabilité permet à la victime de demander réparation de son entier préjudice à l'un quelconque des coauteurs d'un même dommage<sup>183</sup>. L'obligation *in solidum* joue le rôle d'une garantie pour la victime : chaque coauteur est obligé au tout sans que le fait du tiers ne soit exonératoire (sauf cas de force majeure).

Lorsque la société et son dirigeant peuvent être considérés comme coauteurs du même dommage, le tiers peut donc agir en responsabilité cumulativement contre le dirigeant et la société tenus *in solidum*, ou bien indifféremment contre l'un ou l'autre. Encore faut-il pour cela que les conditions de la responsabilité du dirigeant et de la société soient réunies.

Le succès de l'action du tiers qui agirait en responsabilité contre la société et ses dirigeants supposerait que des faits générateurs puissent être imputés aussi bien à la société et à ses dirigeants :

- Quant à la société, elle est communément tenue des fautes imputables à ses organes, si bien qu'une faute imputable à l'un de ses dirigeants devrait constituer un fait générateur de responsabilité de la société.
- Quant aux dirigeants, engager leur responsabilité devant les juridictions civiles<sup>184</sup> supposerait qu'une faute détachable de leurs fonctions puisse leur être reprochée<sup>185</sup>.

Cependant, lorsqu'une faute imputable au dirigeant est qualifiée de séparable des fonctions, peut-elle encore être imputée à la société<sup>186</sup> ?

---

182. V. consacré à cette question : D. Poracchia, « Remarques sur la responsabilité de la société en cas de faute du dirigeant «séparable de ses fonctions» commise à l'occasion de ses fonctions », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, 2014, LGDJ, p. 377.

183. Cass. civ. 20 mai 1935, DH 1935, p. 394 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 31 mars 1999, n° 97-14.751, visant « *Le principe suivant lequel chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité.* »

184. Cette difficulté ne se pose pas devant les juridictions pénales, qui admettent que toute faute puisse engager la responsabilité du dirigeant social.

185. Cass. com. 28 avr. 1998, n° 96-10.253.

186. V. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit commercial*, 23<sup>e</sup> éd., LGDJ, Lextenso, 2022, n° 801.

La notion de faute séparable a été empruntée par la chambre commerciale au régime de responsabilité de l'agent public. Or, la jurisprudence administrative distingue la faute séparable imputable en principe au seul agent public, de la faute de service imputable uniquement à l'administration<sup>187</sup>. Un raisonnement par analogie devrait-il conduire à admettre que la société puisse se retrancher derrière le caractère séparable de la faute pour échapper à toute responsabilité à l'égard des tiers ?

La doctrine a parfois suggéré d'exclure le cumul de responsabilité entre le dirigeant et la société<sup>188</sup>. En effet, les débuts de la construction jurisprudentielle de la faute séparable du dirigeant social, et l'analogie avec le système de responsabilité de l'agent public dont elle est inspirée, laissent place à l'hésitation. Néanmoins, le recul désormais acquis sur la notion de faute détachable incite à admettre le cumul des responsabilités, dès lors que la faute commise par le dirigeant n'est pas étrangère au cadre objectif de ses fonctions<sup>189</sup>.

En effet, la Cour de cassation admet aujourd'hui expressément qu'une faute peut être séparable, alors même que le dirigeant a agi dans la limite de ses attributions<sup>190</sup>. Or, dès lors qu'une faute a été commise par le dirigeant dans le cadre de ses attributions, il n'existe pas de raison d'exclure la responsabilité de la société<sup>191</sup>. Ce sont précisément les fautes commises par un dirigeant dans le cadre de ses attributions qui cristallisent le contentieux : dirigeant qui cède deux fois la même créance<sup>192</sup>, dirigeant qui omet de passer certaines provisions<sup>193</sup>, dirigeant qui commet des contrefaçons<sup>194</sup>... La situation ne sera pas différente en matière sociale et environnementale. Dans l'ensemble de ces situations, la responsabilité de la société devrait pouvoir être engagée par le tiers victime.

---

187. TC, 30 juil. 1873, *Pelletier*, Lebon 1<sup>er</sup> suppl.117, concl. David ; CGFP, art. L. 134-2.

188. J.-F. Barbière, note sous Paris 25 févr. 1999, Bull. Joly sociétés mai 1999, p. 571. – A. Kirry et M.-Ch. Monsallier-Saint Mieux, « Dirigeant de société et prise de risque », JCP E 2009, étude 1223, spéc. n° 36. – S. Messai, note sous Cass. com., juill. 2001, n° 98-18.352, BJS déc. 2001, p. 1258 : « Ces deux responsabilités sont exclusives l'une de l'autre, puisque lorsqu'il n'y a pas faute détachable du dirigeant, la responsabilité civile de la seule société est engagée et à l'inverse, quand il y a faute détachable, seul le dirigeant encourt une responsabilité personnelle ». V. égal. A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 2023, n° 585 : « Mais désormais, la responsabilité personnelle du dirigeant exige une « faute détachable » qui exonère la personne morale (...) » – Rapp. Ph. Le Tourneau (sous la dir.), *Dalloz Action Droit de la responsabilité et des contrats* 2023, n° 3328.31 : « Lorsqu'est établie une telle faute séparable du dirigeant, la société engage-t-elle également sa responsabilité à l'égard des tiers ayant subi de ce fait un dommage ? La question connaît souvent une réponse positive, mais dont les raisons ne semblent pas déterminantes. »

189. En ce sens : D. Poracchia, « Remarques sur la responsabilité de la société en cas de faute du dirigeant « séparable de ses fonctions » commise à l'occasion de ses fonctions », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, 2014, LGDJ, p. 377 ; S. Messai-Bahri, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, préf. P. Le Cannu, IRJS éditions, 2009, n° 1255 et s. (L'expression « cadre objectif » est empruntée à E. Nicolas qui utilise le terme de « cadre objectif des fonctions sociales » : « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. sociétés* 2003, p. 535, spéc. n° 9).

190. Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-20.445. (L'arrêt, explicite sur ce point, ne s'inscrit pas moins dans la continuité de la jurisprudence antérieure qui s'était départie de toute idée d'extériorité par rapport au cadre objectif des fonctions sociales. V. E. Nicolas, « La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. sociétés* 2003, p. 535, spéc. n° 9).

191. D'ailleurs, lorsqu'une infraction pénale a été commise, la société comme son dirigeant pourront être tenus responsables.

192. Cass. com. 20 mai 2003, n° 99-17.092, préc.

193. Cass. com. 10 février 2009, 07-20.445.

194. Cass. civ. 1<sup>er</sup> 16 nov. 2004, n° 02-31.615.

Du reste, obliger le tiers à agir exclusivement contre le dirigeant social lorsque la faute peut être qualifiée de faute séparable (et permettre en conséquence à la société de s'exonérer de toute responsabilité) ne paraît guère en phase avec l'évolution jurisprudentielle, qui tend à faciliter l'indemnisation des victimes. Il semble, à cet égard, que la notion de faute séparable ait surtout pour fonction aujourd'hui d'offrir au tiers victime un débiteur supplémentaire (notamment en considération des hypothèses dans lesquelles la société ne serait plus à même de répondre d'une condamnation), mais non de substituer un responsable à un autre. Une autre solution serait inéquitable pour le tiers victime<sup>195</sup> ; elle serait surtout périlleuse au vu des incertitudes entourant la notion de faute détachable<sup>196</sup>.

L'analogie entre la responsabilité du dirigeant social et celle de l'agent public<sup>197</sup> suggère également d'admettre le cumul des responsabilités de la société et de son dirigeant. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le juge a distingué la faute séparable de l'agent qui engage sa seule responsabilité à l'égard des tiers, de la faute de service qui engage la responsabilité de l'administration à l'égard des tiers<sup>198</sup>. Cette jurisprudence avait cependant l'inconvénient d'obliger le tiers victime d'une faute séparable, à agir contre un agent dont la solvabilité pouvait être faible. Pour pallier cette difficulté, le juge a précisément admis que la responsabilité de l'administration puisse être engagée aux côtés de celle l'agent qui aurait commis une faute séparable, dans diverses situations, notamment lorsque l'agent a utilisé des instruments ou des pouvoirs mis à sa disposition par le service<sup>199</sup> ou lorsqu'une faute personnelle et une faute de service peuvent être simultanément imputées à l'agent<sup>200</sup>. L'analogie inviterait donc à admettre que les responsabilités de la société et du dirigeant social puissent être recherchées indifféremment dès lors que la faute commise par ce dernier n'est pas étrangère au cadre objectif de ses attributions<sup>201</sup>.

C'est une évolution, un peu différente mais proche, qu'a connue la responsabilité du commettant du fait de son préposé. Par principe, le préposé répond seul des dommages qu'il cause, si, agissant sans autorisation, à des fins étrangères à ses attributions, il s'est placé hors des fonctions auxquelles il était employé<sup>202</sup> ; et le commettant répond, seul, dans les autres cas des fautes de son préposé. Dans cette dernière hypothèse cependant, la Cour de cassation réserve l'hypothèse dans laquelle le préposé a commis une infraction pénale

---

195. D. Poracchia, art. préc.

196. S. Messai-Barhi, *ouvr. préc.*, n° 1266 : « Cette proposition est conforme au souci d'assurer une certaine sécurité juridique aux tiers. Or, la faute intentionnellement commise par le dirigeant ainsi que sa faute lourde sont difficilement décelables par les tiers, ce qui encourage à retenir la responsabilité civile de la société, de manière concurrente, par souci de protection. »

197. V. E. Muller, G. Eckert et J. Waline, *Droit administratif*, 29<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2023, n° 371 et s.

198. TC, 30 juil. 1873, *Pelletier*, Lebon 1<sup>er</sup> suppl.117, concl. David ; CGFP, art. L. 134-2.

199. CE 26 juill. 1918, *Lemonnier*, Lebon 761, concl. L. Blum.

200. CE 3 févr. 1911, Lebon 146.

201. D. Poracchia, art. préc.

202. Cass. ass. plén, 17 juin 1983.



intentionnelle<sup>203</sup>, une faute pénale qualifiée au sens de l'article L. 121-3 du Code pénal<sup>204</sup> ou une faute intentionnelle<sup>205</sup> : ce dernier engage alors sa responsabilité, sans que cette circonstance n'exonère le commettant. Là encore, l'analogie conduit à admettre que les responsabilités de la société et du dirigeant peuvent être recherchées indifféremment dès lors que la faute commise par ce dernier n'est pas étrangère au cadre objectif de ses attributions<sup>206</sup>.

Enfin, bien que les arrêts sur ce point soient rares, c'est en ce sens que la jurisprudence est orientée. La question du cumul des responsabilités entre le dirigeant et la société s'est posée à la Cour de cassation dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt en date du 23 mai 2006<sup>207</sup>. Des faits de contrefaçon avaient été retenus contre la société et son dirigeant, et la Cour était interrogée sur le point de savoir s'ils pouvaient être tous condamnés *in solidum*. La Cour répond positivement, estimant que, les actes étant imputables tant à la société qu'à son dirigeant, ils pouvaient être condamnés *in solidum*. Une autre affaire avait déjà conduit la Cour d'appel de Versailles à retenir une solution similaire, énonçant : « *Mais considérant que le fait que la société puisse être poursuivie n'entraîne pas l'irrecevabilité de l'action en responsabilité contre les dirigeants ; qu'en effet, des poursuites cumulatives peuvent être engagées contre la société et contre les dirigeants lorsque les fautes commises par ces derniers sont séparables de leurs fonctions ; que, plus généralement, toute personne qui se prétend victime d'une faute commise par une autre est recevable à intenter une action en responsabilité contre cette dernière, même si des poursuites contre d'autres personnes sont également recevables*<sup>208</sup>. »

Au regard de l'ensemble de ces éléments, la société et son dirigeant semblent pouvoir être tenus *in solidum*, dès lors que la faute commise par ce dernier n'est pas étrangère au cadre objectif de ses attributions (c'est-à-dire qu'elle ne relève pas de la sphère privée du dirigeant<sup>209</sup>). La société ne devrait pas être tenue, en revanche, de la faute commise par le dirigeant dès lors qu'elle est étrangère à l'exercice des fonctions sociales.

---

203. Cass. ass. plen., 14 déc. 2001, n° 00-82.066.

204. Cass. crim. 28 mars 2006, Bull. crim. n° 91.

205. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 févr. 2008, n° 06-21.182.

206. D. Poracchia, art. préc. : S. Messai-Barhi, ouvr. préc., n° 1256 et s.

207. Cass. com. 23 mai 2006, n° 03-18.425.

208. CA Versailles 13<sup>e</sup> ch., 17 janv. 2002, n° 00/07792, SA Lehning Laboratoires c/ Berretti et autres ; BJS avr. 2002, p. 515, note J.-F. Barbiéri.

209. D. Vidal utilise la notion de faute « détachée » et non pas seulement détachable. V. D. Vidal, note sous Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 avr. 2001, *Dr. sociétés* 2001, comm. 102 ; D. Vidal, *JCP éd. E, Cahiers de dr. de l'entr.* 3/2001, p. 16.f

Admettre le cumul des responsabilités appelle à s'interroger sur la répartition de la charge finale de la dette<sup>210</sup>.

## II. La contribution à la dette

La question de la contribution à la dette se pose dans trois hypothèses : (i) lorsque la société a été condamnée à indemniser un tiers, (ii) lorsque la société et un dirigeant ont été condamnés *in solidum*, (iii) ou encore lorsqu'un dirigeant a été condamné seul.

En droit commun de la responsabilité civile, le responsable qui aurait été amené à payer dispose d'un recours contre son coauteur à hauteur de sa part contributive, étant entendu que la détermination de la part revenant à chaque coobligé relève du pouvoir souverain des juges du fond<sup>211</sup>. Deux fondements s'ouvrent : le recours peut être subrogatoire ou personnel. Notons que ce recours peut prendre la forme d'un appel en garantie en cours d'instance ou d'une action récursoire *a posteriori*.

Ceci conduit à s'interroger sur la répartition de la charge de la dette entre la société et les dirigeants sociaux. Une question préalable mérite cependant d'être posée : la société qui, condamnée, aurait indemnisé la victime, pourrait-elle se retourner contre le dirigeant social alors même que celui-ci n'aurait pas commis de faute détachable ?

### **(i) La société pourrait-elle se retourner contre le dirigeant social fautif alors même que celui-ci n'aurait pas commis de faute détachable ?**

Dans les relations internes, la Cour de cassation n'a pas transposé l'exigence de faute détachable qu'elle a cantonnée aux relations entre les dirigeants et les tiers. Aussi n'a-t-elle jamais subordonné l'engagement de la responsabilité du dirigeant à l'égard de la société, à la démonstration d'une faute séparable. Elle n'a d'ailleurs pas non plus subordonné à une telle preuve la responsabilité du dirigeant à

---

210. On relèvera une difficulté liée à la nature du préjudice, lorsqu'un tiers à la société entend agir contre la société et plusieurs coauteurs. Que les faits générateurs soient à l'origine d'un unique dommage est une condition de l'engagement de la responsabilité *in solidum* des coauteurs (par ex., Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 avr. 1956, *JCP* 1956, 9381). Or, lorsque les fautes reprochées sont imputables simultanément à des dirigeants exécutifs et des dirigeants non exécutifs, il peut arriver que les premiers soient à l'origine du fait dommageable, tandis que les seconds n'aient causé qu'une perte de chance d'éviter le dommage du fait de l'insuffisance de leurs diligences. Que les uns soient à l'origine du dommage, tandis que les autres sont à l'origine d'une perte de chance d'éviter le dommage, ne paraît pas faire obstacle cependant à une condamnation *in solidum*. En effet, la question a été posée à la Cour de cassation en matière médicale et celle-ci a admis que le responsable de l'entier dommage et le responsable de la perte de chance soient tenus *in solidum*, à hauteur du préjudice le moins étendu (c'est-à-dire à la hauteur de la perte de chance) (Cass. civ. 1<sup>er</sup> 17 févr. 2012, n° 10-10.449 ; D. 2011, p. 675, note I. Gallmeister ; RTD civ. 2011, p. 356, note Ph. Jourdain. – Cass. civ. 1<sup>er</sup> 10 juin 1997, n° 95-15.797, Bull. civ. I, n° 196. Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 8 févr. 2017, n° 15-21.528). La solution s'explique par le fait que le préjudice de perte de chance est « dans la dépendance » du dommage final (M. Bacache-Gibelli, *Traité de droit civil : les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 4<sup>e</sup> éd., Economica, 2021, n° 543) ; « il en est un diminutif, une expression abstraite » (Ph. Jourdain, note sous Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 17 févr. 2012, n° 10-10.449 ; RTD civ. 2011, p. 356).

211. Par ex. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 11 mars 1971, n° 70-10.882, Bull. civ. II, n° 114.

l'égard des actionnaires, en réparation du préjudice qu'ils subissent individuellement : elle retient que « *la mise en œuvre de la responsabilité des administrateurs et du directeur général à l'égard des actionnaires agissant en réparation du préjudice qu'ils ont personnellement subi n'est pas soumise à la condition que les fautes imputées à ces dirigeants soient intentionnelles, d'une particulière gravité et incompatibles avec l'exercice normal des fonctions sociales*<sup>212</sup> ». On explique traditionnellement la solution par le fait que dans les relations externes, la faute du dirigeant est en principe celle de la personne morale elle-même, qui ne peut agir que par le biais de ses organes, sauf lorsque son caractère détachable permet de l'imputer directement au dirigeant. En revanche, dans les relations internes, l'écran de la personnalité morale s'efface et, avec elle, l'exigence d'une faute détachable<sup>213</sup>.

Cette solution devrait s'appliquer pareillement lorsque la société a été préalablement condamnée à indemniser le préjudice causé à un tiers. Bien sûr, si la société exerce une action subrogatoire, elle n'a pas plus de droit que son propre créancier et se heurte alors à l'exigence de faute détachable. En revanche, dès lors qu'elle exerce une action personnelle contre son dirigeant, l'exigence d'une faute détachable tombe : la société peut agir en responsabilité contre son dirigeant afin de lui demander réparation du préjudice qu'elle subit, du fait de sa condamnation préalable, sans avoir à démontrer de faute détachable. En ce sens, des auteurs écrivent : « *Il est [...] concevable que la société appelle en garantie son dirigeant ou se retourne contre lui. Mais dans ce cas, elle n'a pas à établir l'existence d'une faute séparable*<sup>214</sup>. »

En l'état de la construction jurisprudentielle, il semble donc que la personne morale ne soit pas tenue *in fine* de supporter les conséquences de la faute détachable du dirigeant, ce dernier les assumant seuls. À cet égard, la solution diffère de celles que retiennent le droit administratif pour l'agent public ou le droit civil pour le préposé – droits qui visent tous deux à garantir l'agent et le préposé contre les conséquences des actes qu'ils accomplissent dans le cadre de leur mission, dès lors que ceux-ci ne revêtent pas un caractère anormal.

La société se trouve en conséquence dans une meilleure situation que le tiers et l'exigence d'une faute séparable perd une partie de sa fonction protectrice du dirigeant. Sans doute, lors de la construction jurisprudentielle de la faute détachable, cette situation n'a-t-elle pas été pensée. Il n'en demeure pas moins que l'exigence d'une faute séparable continue de protéger le dirigeant. D'une part, celui-ci est ainsi soustrait à la pression d'actions inconsidérées de tiers. D'autre part, il ne verra la société se retourner contre lui que dans de rares

---

212. Cass. com. 9 mars 2010, n° 08-21.547.

213. V. H. Le Nabasque, note sous Cass. com. 9 mars 2010, n° 08-21.547, *Rev. sociétés* 2010, p. 230.

214. G. Ripert et R. Roblot, par M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit commercial*, 23<sup>e</sup> éd., LGDJ, Lextenso, 2022, n° 801.

cas. Des raisons multiples peuvent en effet justifier qu'il ne soit pas dans l'intérêt de la société de se retourner contre son dirigeant ou son ancien dirigeant (volonté de ne pas affecter les relations entre la société et le dirigeant social malgré la faute commise, volonté d'éviter une déstabilisation interne, volonté de protéger l'image de la société, coût de la procédure pour un bénéficiaire faible et/ou incertain...).

## **(ii) Quels principes gouvernent la répartition de la charge définitive de la dette ?**

Cette question préalable réglée, il reste à s'interroger sur la répartition de la charge définitive de la dette entre la société et le ou les dirigeants. La difficulté naît de ce que la société répond de la faute d'un organe, qui la représente. La question de la contribution à la dette met en jeu les rapports internes, au sein desquels l'écran de la personnalité morale n'a plus aucun rôle à jouer.

Il semble qu'il faille distinguer deux situations.

La première est celle dans laquelle le dirigeant en cause est le seul dirigeant à l'origine du dommage. Dans une telle situation, il devait supporter seul la charge de l'indemnisation. C'est dire que la société devrait pouvoir agir contre lui pour le tout ; inversement, le dirigeant ne devrait plus avoir, s'agissant des relations internes, de recours contre la société<sup>215</sup>. C'est en ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 18 septembre 2019, dans laquelle un dirigeant avait été condamné pénalement pour abus de biens sociaux et exerçait un recours contre la société<sup>216</sup>. Les juges ont approuvé la cour d'appel d'avoir retenu que « *la faute pénale intentionnelle commise par le dirigeant était un acte personnel dont il devait seul assumer les conséquences, ce dont il se déduit que la dette de réparation du préjudice causé par cette faute est une dette propre* » (soulignement ajouté). La solution adoptée s'agissant d'une faute pénale intentionnelle, détachable comme telle des fonctions sociales, devrait valoir pour toute faute détachable.

La seconde situation est celle dans laquelle plusieurs faits générateurs ont contribué au dommage. Il conviendra alors de les identifier afin de déterminer la part que chacun a jouée dans la réalisation du dommage, la société ne pouvant alors agir contre un dirigeant qu'à hauteur de sa part contributive. L'on peut précisément s'interroger sur les situations dans lesquelles un dirigeant pourrait être partiellement exonéré.

---

215. En ce sens, D. Poracchia, note sous Cass. com. 18 sept. 2019, n° 16-26.962, BJS janv. 2020, n° 120J9, p. 11. : « Mais pourrait-il [le dirigeant] se retourner contre la société ? La réponse nous semble négative. La société est, *in fine*, la victime du comportement des personnes composant ses organes qui lui ont fait commettre une faute à l'égard du tiers et ont violé la loi en ne la gérant pas conformément à son intérêt. Admettre que l'une de ces personnes puisse se retourner contre elle conduirait donc à faire supporter à la société la faute personnelle que cette personne a commis à son égard, ce que la Cour de cassation refuse à juste titre dans la présente décision. »

216. Cass. com., 18 sept. 2019, n° 16-26.962.

Un dirigeant ne devrait pas supporter l'intégralité de la charge définitive de la dette, dès lors que certaines fautes à l'origine du dommage peuvent être imputées à d'autres organes de la société<sup>217</sup>. Il convient de distinguer à cet égard le fait des autres dirigeants sociaux et le fait de l'assemblée des associés.

Il se peut, d'une part, que des fautes aient été commises par d'autres dirigeants sociaux – directeurs généraux, directeurs généraux délégués, administrateurs. Dans le cas du Conseil d'administration, organe collectif, plusieurs éléments pourront influencer sur la part revenant à chacun. Les juges pourront tenir compte du comportement de chaque intéressé (sa plus ou moins grande diligence dans l'exercice de ses fonctions). Il n'est pas exclu non plus que la compétence particulière de certains administrateurs puisse pareillement influencer sur la quote-part du préjudice mis à leur charge, la jurisprudence étant, en effet, traditionnellement plus exigeante envers l'homme de l'art<sup>218</sup>. Aussi le membre du comité d'audit qui présente les compétences particulières en matière financière, comptable ou de contrôle légal des comptes requises par l'article L. 821-67 du Code de commerce pourrait, à ce titre, encourir une part de responsabilité plus importante. Similairement, l'administrateur qui serait nommé pour sa compétence particulière en matière sociale et environnementale pourrait être tenu d'une quote-part plus importante du préjudice. Rappelons cependant que la détermination de la contribution de chacun relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Enfin, une part plus importante pourrait peser sur les membres de comités spécialisés. Le sujet avait été discuté après l'introduction dans le Code de commerce de la figure du comité d'audit<sup>219</sup>. Il se pose aujourd'hui dans les mêmes termes concernant le comité spécialisé amené à traiter des questions de durabilité dans les conditions de l'article L. 821-67 du Code de commerce. Parce qu'une mission particulière est confiée aux membres de ces comités, les manquements commis dans l'exercice de leur mission pourront être considérés comme ayant contribué davantage au dommage que les fautes commises par les autres membres du Conseil d'administration. En revanche, les fautes imputables aux membres des comités spécialisés ne devraient pas avoir d'effet exonérateur à l'égard des autres membres du Conseil d'administration. En effet, les comités spécialisés agissant « *sous la responsabilité* » du Conseil d'administration, la Cour de cassation retient que « *commet une faute individuelle chacun des membres du Conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision*<sup>220</sup> ».

---

217. Cette situation n'épuise pas les hypothèses dans lesquelles la société dispose d'une action récursoire. Une telle situation pourrait par exemple se rencontrer également lorsqu'un salarié de la personne morale a aussi commis, dans le cadre de ses missions, une faute pénale intentionnelle ou une faute qualifiée qui a concouru au dommage. Ce salarié engage sa responsabilité personnelle et devrait être tenu, pour partie, de la charge définitive de la dette.

218. V. sur le comité d'audit : Ph. Merle, « Les nouvelles responsabilités des comités d'audit », *BJS* févr. 2009, p. 216 ; J.-F. Barbiéri, « Comité d'audit et autres «comités spécialisés» », *Etude Joly*, S\_E0027, n° 046.

219. Notamment, Ph. Merle, « Les nouvelles responsabilités des comités d'audit », *BJS* févr. 2009, p. 216.

220. Cass. com. 30 mars 2010, n° 08-17.841.

Il se peut, d'autre part, que la cause du préjudice puisse être trouvée dans le fait de l'assemblée. Le dommage a pu être facilité par l'inertie des associés qui auraient, par exemple laissé commettre un fait fautif. L'assemblée a pu être amenée à délibérer sur les faits à l'origine du dommage sans qu'elle ne s'y soit opposée – hypothèse, par exemple, dans laquelle l'assemblée aurait été consultée sur la stratégie climatique de la société. L'assemblée a pu, enfin, expressément autoriser le dirigeant à agir, voire lui demander d'agir. Il se peut d'ailleurs que les statuts exigent que le dirigeant consulte l'assemblée par le biais de clauses limitatives de pouvoir. Cela peut-il exonérer au moins partiellement le dirigeant social ? Cela pourrait-il même faire disparaître toute faute imputable au dirigeant social, s'il ne faisait qu'exécuter une décision de l'assemblée<sup>221</sup> ?

La Cour de cassation s'est prononcée sur ce point dans l'hypothèse où un dirigeant avait agi après consultation des associés. Certains arrêts ont admis son exonération<sup>222</sup> ; d'autres ne l'ont pas fait<sup>223</sup>. Il est ainsi délicat de dégager une ligne jurisprudentielle ferme.

Le refus d'exonération du dirigeant social est en général fondé sur le principe selon lequel aucune décision de l'Assemblée générale ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les administrateurs ou contre le directeur général pour faute commise dans l'accomplissement de son mandat (art. L. 225-253 al. 2 C. com. pour les sociétés anonymes<sup>224</sup>). La Cour de cassation interprète à cet égard largement l'article L. 225-253 du Code de commerce qui prévoit l'inefficacité du *quitus*. Le principe d'indisponibilité de l'action sociale vise en effet à écarter toute possibilité pour des majoritaires soutenant la direction, de paralyser l'action sociale ; il évite également que des associés donnent un *quitus* alors qu'ils seraient insuffisamment informés ou qu'ils n'en mesureraient pas pleinement la portée. Ces mêmes impératifs justifient qu'une simple demande d'autorisation *a priori* ne suffise pas en principe à exonérer le dirigeant. L'on comprend donc qu'il ne suffit pas pour le dirigeant de faire autoriser, à la majorité, le projet qu'il a préparé pour s'exonérer de sa responsabilité.

---

221. V. J.-C. Pagnucco, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, Préf. Fl. Deboissy, LGDJ, 2006, n° 809 et s.

222. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 oct. 2001, n° 00-12.347 : Dans une affaire dans laquelle une série de décisions de gestion avait entraîné une situation préjudiciable pour la société, il a été jugé qu'aucune faute ne pouvait être reprochée aux gérants « qui n'avaient fait qu'exécuter les décisions de l'assemblée générale de la SCI », décision par ailleurs prise à l'unanimité. – Cass. com. 18 mars 2020, n° 18-17.010 : la Cour a admis que n'engageait pas sa responsabilité à l'égard de la société le dirigeant social qui avait exercé une activité concurrente, dès lors qu'il avait reçu pour se faire une autorisation unanime, au motif que « ne donne pas lieu à responsabilité le fait dommageable portant atteinte à un droit ou à un intérêt dont la victime pouvait disposer, si celle-ci y a préalablement consenti ».

223. Cass. com., 7 oct. 1974, n° 73-13.067 : la Cour de cassation a admis la responsabilité du dirigeant qui avait consenti des avances à une société tierce dans des conditions hasardeuses, alors même que ces avances avaient été autorisées par l'Assemblée générale. Il avait cependant été jugé en amont que la délibération d'assemblée était abusive ; en outre, la Cour relève que la délibération était intervenue sur la proposition du dirigeant « qui en (avait) provoqué et obtenu le vote alors qu'il ne pouvait ignorer que ces débours anormaux seraient irrécouvrables ». Cass. com., 8 mars 2016, n° 14-16.621 : la Cass. a retenu la responsabilité du dirigeant qui avait préparé un projet de cession du fonds de commerce de la société et avait accepté un prix très inférieur à sa valeur, sans justifier de la recherche d'un acquéreur à un meilleur prix, ni de la méthode de détermination de ce prix était fautif, alors même qu'il l'avait soumis à l'Assemblée.

224. Cass. com., 7 oct. 1974, n° 73-13.067 ; Cass. com., 8 mars 2016, n° 14-16.621.

L'analyse des arrêts admettant l'exonération de responsabilité du dirigeant social montre que l'autorisation avait en général été octroyée à l'unanimité<sup>225</sup>. Dans un arrêt du 18 mars 2020, la chambre commerciale juge même explicitement que le gérant d'une SARL qui avait exercé une activité concurrente n'engage pas sa responsabilité à l'égard de la société, dès lors qu'il avait reçu pour se faire une autorisation unanime, au motif que « *ne donne pas lieu à responsabilité le fait dommageable portant atteinte à un droit ou à un intérêt dont la victime pouvait disposer, si celle-ci y a préalablement consenti* ». À suivre cet arrêt donc, une autorisation unanime serait à même d'exonérer le dirigeant social, si le droit ou à l'intérêt atteint était de ceux dont la société pouvait disposer (ce qui devrait être le cas lorsque le dommage est d'ordre pécuniaire). La portée de l'arrêt peut néanmoins être discutée. Outre qu'il n'a pas fait l'objet d'une publication au bulletin, il présente la spécificité de porter sur l'autorisation que les associés avaient accordée au dirigeant, de déroger à son obligation de non-concurrence, et non pas sur une autorisation que les associés auraient accordée pour une opération sociétariaire particulière.

Or, d'un côté, l'on peut douter que toute autorisation unanime suffise à exonérer le dirigeant de sa responsabilité civile (qu'en serait-il, par exemple, de faits susceptibles de tomber sous le coup d'une qualification pénale que les associés auraient autorisé ?) ; certaines hypothèses pourraient toutefois conduire à une exonération partielle du dirigeant social. De l'autre, l'on peut se demander s'il n'est pas d'autres situations dans lesquelles le dirigeant devrait être partiellement déchargé<sup>226</sup>, parce que les associés sont restés parfaitement passifs face à une situation connue alors qu'ils disposaient de moyens d'action ou parce qu'ils ont impulsé la prise de décision – à la majorité – et ensuite donné mission au dirigeant de l'exécuter<sup>227</sup>.

L'ensemble de ces éléments pourra donc influencer sur la part contributive de chacun, la question relevant cependant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

---

225. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 oct. 2001, n° 00-12.347 ; Cass. com. 18 mars 2020, n° 18-17.010. – V. S. Schiller, note sous Cass. com., 8 mars 2016, n° 14-16.621, BJS 2016, p. 475. – Pas toujours cependant : Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-21.161.

226. Rapp. concernant la responsabilité du préposé et du commettant, G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., Lextenso éditions, 2013, n° 812-3, qui envisagent la question de la contribution à la dette entre le préposé qui aurait commis une infraction pénale intentionnelle et le commettant, et qui suggèrent de distinguer selon que la faute a été commise à l'insu de l'employeur, au mépris de ses ordres et dans l'intérêt exclusif du préposé, ou bien en accord avec le commettant. Dans le premier cas, le préposé devrait supporter seul les conséquences de sa faute ; dans le second, le commettant devrait en assumer au moins partiellement les conséquences.

227. Rapp. Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-21.161.

## ANNEXE 6

### « LA BUSINESS JUDGMENT RULE »

VALENTIN AUTRET, AVOCAT,  
SKADDEN, ARPS, SLATE, MEAGHER & FLOM LLP

### LA BUSINESS JUDGMENT RULE - UNE PRÉSUMPTION DE NON-RESPONSABILITÉ AU BÉNÉFICE DES ADMINISTRATEURS QUI ONT RESPECTÉ LEURS OBLIGATIONS

- La *Business Judgment Rule* repose sur deux principes :
  1. le juge ne devrait pas se substituer aux dirigeants d'une entreprise dans l'appréciation de ce qui est bon pour elle ;
  2. ce n'est que si les dirigeants ont manqué à leurs obligations dans le processus de prise de décision que le juge apprécie le bien-fondé de leurs actions.
- La *Business Judgment Rule* protège ainsi tout à la fois l'entreprise, ses actionnaires et ses dirigeants. Il pourrait en effet être contraire aux intérêts de l'entreprise et de ses actionnaires que ses dirigeants ne prennent pas des décisions comportant une part raisonnée de risque par crainte d'actions judiciaires en cas d'échec ou de résultats insatisfaisants<sup>228</sup>.

L'aspect essentiel de la *Business Judgment Rule* est qu'elle crée une présomption de non-responsabilité en faveur des dirigeants : quand bien même leurs décisions s'avéraient malheureuses, le juge n'en analysera pas le bien-fondé si les dirigeants ont respecté les obligations découlant de leur mandat.

228. Voir la décision *Gagliardi v. TriFoods Int'l Inc.*, 683 A.2d 1049, 1052 (Del. Ch. 1996), ou l'explication donnée par l'OCDE « le fait de protéger les membres du Conseil d'administration et de la direction contre d'éventuelles poursuites judiciaires s'ils ont pris une décision commerciale avec toute la diligence requise, en toute connaissance de cause et en l'absence de tout conflit d'intérêts, leur permettra de mieux assumer le risque d'une décision censée profiter à l'entreprise, mais qui pourrait, en fin de compte, se solder par un échec » (« Principes de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE 2023 » - <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/734e2284-fr/index.html?itemId=/content/publication/734e2284-fr>).



- Les obligations à respecter pour bénéficier de cette présomption de non-responsabilité, la rigueur avec laquelle leur éventuelle violation est constatée<sup>229</sup> et les règles procédurales (essentiellement de charge de la preuve) varient selon les juridictions où la *Business Judgment Rule* existe :
  - Dans l'État du Delaware et généralement aux États-Unis, c'est à celui qui entend critiquer une décision des dirigeants de démontrer qu'ils ont enfreint leur *fiduciary duties*, écartant ainsi la présomption (simple) d'absence de responsabilité.
  - À l'inverse, en Allemagne, « *s'il existe un litige quant à savoir si les membres du Conseil d'administration ont exercé les soins d'un chef d'entreprise prudent et consciencieux, la charge de la preuve leur incombe.* » (§ 93 (2) de la loi sur les sociétés par actions - Aktiengesetz).
  
- Quatre conditions sont généralement nécessaires pour bénéficier de la *Business Judgment Rule* :
  - i. une absence de conflit d'intérêts ;
  - ii. une décision prise de façon informée ;
  - iii. une décision prise de bonne foi dans l'intérêt de la société ; et
  - iv. une décision prise sans violer les règles applicables.

---

229. L'État du Delaware est à cet égard très protecteur des dirigeants. Par exemple, le manquement au devoir de diligence (duty of care) qui sous-tend le critère de la décision informée y est entendu strictement et seule une négligence grave peut faire tomber la présomption de la *Business Judgment Rule* (« l'indifférence insouciance », « un mépris délibéré de l'ensemble des actionnaires », des actions « hors des limites de la raison » ; voir Tomczak v. Morton Thiokol, Inc., 1990 WL 42607, at 12 (Del. Ch. 1990)).

## LA BUSINESS JUDGMENT RULE – UNE NORME RÉPANDUE

### (a) Le modèle américain (droit du Delaware)

#### Décision *Grobow v. Perot*, 539 A.2d 180 (Del. 1988)

*La Business Judgment Rule n'est qu'une présomption selon laquelle les dirigeants qui prennent une décision commerciale [business decision], ne mettant pas en jeu leur intérêt personnel, agissent en connaissance de cause, de bonne foi et en croyant sincèrement que leurs actions sont dans l'intérêt supérieur de la société.*

#### Décision *Orman v. Cullman*, 794 A.2d 5, 19-20 (Del. Ch.2002)

*La règle « est une présomption qu'en prenant une décision de gestion [business decision], les administrateurs d'une société ont agi en toute connaissance de cause, de bonne foi et en croyant sincèrement que les mesures prises étaient dans l'intérêt supérieur de la société ». Par conséquent, le jugement adopté par un Conseil d'administration qui fonctionne correctement ne sera pas remis en question et « en l'absence d'un abus dans ce pouvoir discrétionnaire, ce jugement sera respecté par les tribunaux ». Un Conseil d'administration étant présumé avoir agi correctement, « il incombe à la partie qui conteste la décision d'établir les faits réfutant la présomption. »*

### (b) L'exemple de l'Espagne

#### Article 226 (1) de la loi sur les sociétés par actions (*Ley de Sociedades de Capital*)

*Dans le domaine des décisions stratégiques et commerciales [...], le standard de diligence d'un dirigeant ordonné sera considéré comme satisfait lorsque l'administrateur a agi de bonne foi, sans un intérêt personnel dans l'affaire objet de la décision, avec des informations suffisantes et conformément à une procédure décisionnelle appropriée.*

### (c) L'exemple de l'Allemagne

#### Article 93 de la loi sur les sociétés par actions (*Aktiengesetz*)

- 1. Les membres du Conseil d'administration doivent exercer dans leur gestion les soins d'un gestionnaire prudent et consciencieux. Il n'y a pas manquement à ses obligations si l'administrateur, lorsqu'il prend une décision commerciale, pouvait raisonnablement supposer qu'il agissait au profit de l'entreprise sur la base d'informations appropriées. [La doctrine précise que les exigences de bonne foi et d'absence de conflit d'intérêts sont implicites.]*
- 2. Les membres du Conseil d'administration qui manquent à leurs devoirs sont tenus solidairement d'indemniser l'entreprise pour le préjudice qui en résulte. S'il existe un litige quant à savoir si les membres du Conseil d'administration ont exercé les soins d'un chef d'entreprise prudent et consciencieux, la charge de la preuve leur incombe.*

## L'APPROCHE ANGLAISE OÙ LA *BUSINESS JUDGMENT RULE* N'EXISTE PAS DE FAÇON AUTONOME

Il n'existe pas dans le droit anglais des sociétés de « *Business Judgment Rule* » autonome qui garantirait une sorte d'immunité aux administrateurs en cas de décision malheureuse.

Les tribunaux anglais sont néanmoins généralement réticents à s'immiscer dans les décisions commerciales prises par les administrateurs, conduisant à un résultat globalement équivalent.

1. Le droit anglais des sociétés connaît le concept de « *enlightened shareholder value* », qui exige des administrateurs qu'ils tiennent compte d'un certain nombre de facteurs lorsqu'ils prennent des décisions, notamment l'impact environnemental et les intérêts de la communauté au sens large.
2. Il existe un consensus judiciaire croissant selon lequel, dans certaines circonstances, un administrateur raisonnablement diligent ne devrait pas se contenter d'envisager sérieusement les facteurs RSE, mais devrait également agir en leur faveur, en particulier lorsque le fait de ne pas s'engager en faveur d'objectifs RSE aurait, ou risquerait d'avoir, un impact financier négatif sur la société.

Les considérations RSE font ainsi partie des facteurs à prendre en compte, et à mettre en balance avec d'autres, pour prendre une décision conforme à l'intérêt social ; cette mise en balance (et le poids relatif attribué à chaque facteur) est une « *classic management decision* » dans laquelle un tribunal se refuse d'interférer et qu'il s'interdit donc généralement de revoir, à condition que la décision ne soit pas manifestement irrationnelle ou déraisonnable.

## I. Les obligations (duties) des administrateurs de société

3. De façon générale, les administrateurs ont le pouvoir exclusif de gérer les affaires de la société<sup>230</sup>. Pour garantir que ce pouvoir est correctement exercé, le droit anglais impose plusieurs obligations aux administrateurs de sociétés, qui sont codifiées dans la loi sur les sociétés de 2006 (la « **loi de 2006** »)<sup>231, 232</sup>
- (a) agir dans le cadre de leurs pouvoirs (ne pas les outrepasser) ;
  - (b) promouvoir le succès de l'entreprise dans l'intérêt de l'ensemble de ses membres, en tenant compte d'une liste non exhaustive de facteurs ;
  - (c) exercer son jugement de façon indépendante ;
  - (d) faire preuve d'un soin, d'une compétence et d'une diligence raisonnables ;
  - (e) éviter les conflits d'intérêts ;
  - (f) ne pas accepter d'avantages de la part de tiers ; et
  - (g) déclarer ses intérêts dans des transactions ou des accords proposés
4. La société est la seule créancière de ces obligations, et la seule à pouvoir donc se plaindre de leur violation (les actionnaires pouvant néanmoins agir pour son compte / *ut singuli*<sup>233</sup>).
5. Au regard des préoccupations RSE, les obligations des administrateurs qui semblent les plus pertinentes sont celles (i) de promouvoir le succès de l'entreprise et (ii) de faire preuve d'un soin, d'une compétence et d'une diligence raisonnables.

## II. L'obligation de promouvoir le succès de l'entreprise

6. L'article 172 de la loi de 2006 impose aux administrateurs le devoir d'agir « *d'une manière qu'ils considèrent, en toute bonne foi, comme la plus apte à promouvoir le succès de la société au profit de l'ensemble de ses membres* »<sup>234</sup>.

Cette obligation est évaluée de manière subjective<sup>235</sup>. En d'autres termes, le tribunal examinera si l'administrateur pensait sincèrement

---

230. Palmer's Company Law (« PCL », vol. 2, pt 8, para [8.2301] ; Companies (Model Articles) Regulations 2008/3229, Schedule 1 (« **Model Articles** »), art. 3.

231. Ces obligations figurent au chapitre 2, partie 10, de la loi de 2006, qui traite des obligations générales des administrateurs. Toutefois, il existe de nombreuses autres obligations spécifiques des administrateurs, à la fois en vertu de la loi de 2006, comme l'obligation de fournir des comptes, et en vertu d'autres lois, comme la loi sur l'insolvabilité de 1986 ; PCL, [8.2307], [8.2312].

232. Loi de 2006 sur les sociétés 2006, articles 171 à 177.

233. Loi de 2006 sur les sociétés 2006, art. 170(1) ; PCL, [8.3701].

234. Loi de 2006 sur les sociétés de 2006, article 172(1).

235. PCL, [8.2608].

que sa conduite était dans l'intérêt de la société, plutôt que de se demander si la décision était la « bonne » ou si la conviction de l'administrateur était raisonnable<sup>236</sup>.

7. La nature subjective de l'obligation prévue à l'article 172 de la loi de 2006 est nuancée de la manière suivante :

(a) lorsque le comportement critiqué a clairement porté préjudice à la société, l'administrateur pourra avoir du mal à convaincre le tribunal qu'il pensait sincèrement agir dans l'intérêt de la société<sup>237</sup> ; l'obligation reste subjective, mais il pèse sur l'administrateur une exigence de preuve accrue<sup>238</sup> ; et

(b) lorsqu'il n'y a pas de preuve positive que le directeur a considéré les intérêts de la société, le tribunal se demandera si « *une personne intelligente et honnête dans [sa] position aurait pu, dans les circonstances, raisonnablement croire que [l'action en cause] était au bénéfice de la société*<sup>239</sup> ».

8. L'article 172 de la loi de 2006 exige également que les administrateurs tiennent compte de la liste non exhaustive de facteurs ci-dessous :

(a) les conséquences probables de la décision à long terme ;

(b) les intérêts des salariés de l'entreprise ;

(c) la nécessité de favoriser les relations commerciales de l'entreprise avec les fournisseurs, les clients et les autres parties prenantes ;

(d) l'impact des activités de l'entreprise sur la communauté et l'environnement ;

(e) l'opportunité pour l'entreprise de maintenir une réputation de haute qualité dans la conduite des affaires ; et

(f) la nécessité d'agir équitablement entre les membres de la société<sup>240</sup>.

9. L'article 172 de la loi de 2006 consacre l'approche dite de la « *enlightened shareholder value* », qui exige des administrateurs qu'ils favorisent la réussite de la société au profit des actionnaires, tout en tenant compte des intérêts plus larges des parties prenantes.

Au moment de l'adoption de la loi, il était craint que cet article 172 n'ouvre la voie à des litiges, les actionnaires pouvant contester toute décision des administrateurs au motif qu'elle n'aurait pas accordé un poids suffisant aux facteurs énumérés ci-dessus. Ces craintes ne se sont pas concrétisées<sup>241</sup>.

---

236. *Regentcrest plc (en liquidation) contre Cohen* [2001] BCC 494 (Ch), [120] (Parker J) ; PCL, [8.2608].

237. *Regentcrest plc (en liquidation) contre Cohen* [2001] BCC 494 (Ch), [120] (Parker J).

238. PCL, [8.2609].

239. *Re HLC Environmental Projects Ltd* [2013] EWHC 2876 (Ch), [92(b)] (John Randall QC siégeant en tant que juge adjoint de la Haute Cour).

240. Loi de 2006, article 172(1).

241. PCL, [8.2615].

10. L'obligation consiste uniquement à « *tenir compte* » des facteurs énumérés à l'article 172 paragraphe 1 de la loi de 2006, et non à leur accorder un poids spécifique<sup>242</sup>. Toutefois, les administrateurs doivent aller au-delà d'une simple démarche de type « *check-list* » par laquelle ils se contenteraient de cocher, sans plus d'analyse, tous les facteurs énumérés<sup>243</sup>.

Comme les tribunaux anglais l'ont expliqué à plusieurs reprises, les administrateurs sont tenus d'agir en fonction de ce qu'**ils considèrent** – et non de ce qu'un tribunal pourrait considérer – comme étant dans l'intérêt de la société (nous soulignons)<sup>244</sup>. La bonne foi, et non le caractère raisonnable, est la pierre angulaire de cette obligation particulière. Par conséquent, « *une croyance honnête, mais déraisonnable et erronée, qu'une ligne de conduite particulière est dans le meilleur intérêt de la société n'est pas suffisante pour constituer une violation de l'article 172* <sup>245</sup> ».

### **III. Obligation de faire preuve d'un soin, d'une compétence et d'une diligence raisonnables**

11. L'article 174 de la loi de 2006 exige des administrateurs qu'ils fassent preuve d'une attention, d'une compétence et d'une diligence raisonnables<sup>246</sup>. La norme de diligence imposée par cette disposition est celle d'une personne raisonnablement diligente ayant les connaissances, les compétences et l'expérience générales que l'on peut raisonnablement attendre d'une personne exerçant la fonction concernée (l'élément objectif), et les connaissances, les compétences et l'expérience générales que possède l'administrateur en question (l'élément subjectif)<sup>247</sup>.
12. En effet, les actions de l'administrateur seront évaluées par rapport à la norme de base d'une personne raisonnablement diligente. Ce standard objectif peut être relevé si un administrateur possède des connaissances, des compétences ou une expérience particulières. Par exemple, un administrateur plus expérimenté sera tenu à une exigence plus élevée qu'un administrateur inexpérimenté<sup>248</sup>. La norme objective ne peut toutefois pas être abaissée. S'il en était autrement, les administrateurs pourraient se prévaloir de leur propre incompétence pour s'exonérer de toute responsabilité.

---

242. Loi de 2006, article 172(1).

243. GC100, «Guidance on Directors» Duties. Section 172 and Stakeholder Considerations' (2018), p. 8.

244. *Re Smith and Fawcett, Limited*. [1942] Ch 304 (CA), 306 (Lord Greene MR).

245. *ClientEarth v Shell Plc & ors* [2023] EWHC 1897 (Ch), [29].

246. Loi de 2006, article 174(1).

247. Loi de 2006, article 174(2).

248. *Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy v Selby* [2021] EWHC 3261 (Ch), [24]

13. Le risque est un élément inéluctable de la réalité commerciale. Par conséquent, la perte ou le préjudice financier ne suffisent pas, à eux seuls, à prouver la négligence des administrateurs<sup>249</sup>. Les tribunaux ne disposent pas de l'expertise commerciale nécessaire et sont donc réticents à substituer leur propre opinion au jugement commercial des administrateurs<sup>250</sup>.

Toutefois, il existe un consensus judiciaire croissant selon lequel, dans certaines circonstances, un administrateur raisonnablement diligent ne devrait pas se contenter d'envisager sérieusement les facteurs RSE, mais devrait également agir en leur faveur, en particulier lorsque le fait de ne pas s'engager en faveur d'objectifs RSE aurait, ou risquerait d'avoir, un impact financier négatif sur la société<sup>251</sup>.

Si ce consensus vient à être confirmé, le fait de ne pas prendre en compte les facteurs ESG pourrait constituer une violation de l'article 174 de la loi.

#### **IV. La Business Judgment Rule en droit anglais**

14. La *Business Judgment Rule*, au sens d'une présomption que les décisions commerciales prises correctement sont à l'abri de toute contestation, n'existe pas dans le droit anglais des sociétés<sup>252</sup>. Toutefois, le respect des obligations prévues aux articles 172 et 174 de la loi de 2006 décrites ci-dessus aboutit à un résultat globalement équivalent.
15. Au Royaume-Uni, les tribunaux sont réticents à substituer leur propre évaluation à celle des administrateurs, ou à adopter une analyse rétrospective pour évaluer les manquements aux obligations, et il a été dit qu'« *il n'y a pas de revue sur le fond des management decisions devant les tribunaux*<sup>253</sup> ». En effet, selon un principe établi de longue date, les tribunaux refusent « *d'agir comme une sorte de Conseil de surveillance sur les décisions prises honnêtement dans le cadre des pouvoirs de gestion*<sup>254</sup> ».

---

249. PCL, [8.2810].

250. *ClientEarth v Shell Plc & ors* [2023] EWHC 1897 (Ch), [31]-[32].

251. Lord Sales JSC, « Directors » Duties and Climate Change : Keeping Pace with Environmental Challenges, discours prononcé devant l'Anglo-Australasian Law Society (27 août 2019), 16 ; voir aussi Sharif Shivji *et al*, « Nature-related risks and directors duties under the law of England and Wales » (11 mars 2024)..

252. PCL, [8.2811] ; FromCounsel, 'Directors' Duties and Liabilities', Q113.

253. *Howard Smith Ltd v Ampol Ltd* [1974] AC 821, 832 (Lord Wilberforce).

254. *Howard Smith Ltd v Ampol Ltd* [1974] AC 821, 832 (Lord Wilberforce) ; *ClientEarth v Shell Plc & ors* [2023] EWHC 1897 (Ch), [30].

## V. Devoirs des administrateurs et RSE

16. Une affaire récente, *ClientEarth v Shell Plc & ors*, illustre la difficulté à démontrer que les dirigeants auraient manqué à leurs devoirs juridiques en matière de prise en compte du risque climatique. Dans cette affaire, une organisation caritative de défense de l'environnement, ClientEarth, détenait depuis 2016 un petit nombre d'actions de la multinationale pétrolière Shell Plc. En 2023, Agissant au nom de la société en tant qu'actionnaire (*derivative action / action ut singuli*), ClientEarth a intenté une action contre les administrateurs de Shell à qui elle reprochait une gestion fondamentalement erronée des risques que le changement climatique fait peser sur la société.

L'association alléguait que la conduite des administrateurs en matière de risque climatique violait les articles 172 et 174 de la loi de 2006<sup>255</sup>.

Plus précisément, le demandeur faisait valoir que :

- les « *obligations incidentes / incidental duties* » de prendre en considération le consensus raisonnable de l'opinion scientifique sur le changement climatique et d'atténuer les risques climatiques ;
- découlaient logiquement de l'application des articles 172 et 174 de la loi de 2006<sup>256</sup>.

17. Si le juge anglais a reconnu que ClientEarth avait démontré *prima facie* que le risque climatique était substantiel pour la société, il a mis fin à l'action en réaffirmant qu'il appartient aux administrateurs de déterminer la meilleure façon de promouvoir le succès de la société et le poids à accorder à la liste des facteurs énumérés à l'article 172. *ClientEarth v Shell Plc & ors* [2023] EWHC 1897 (Ch), [25] et [27]. Les obligations pesant sur les administrateurs exigent d'eux qu'ils gèrent les entreprises avec un esprit ouvert<sup>257</sup>.

Le tribunal a estimé que l'application des « *obligations incidentes* » spécifiques alléguées constituerait une restriction inadmissible de la liberté des administrateurs d'exercer leur jugement sur la manière dont les affaires de la société doivent être menées<sup>258</sup>.

**Il appartient par principe au Conseil d'administration « d'une société aussi grande et complexe que Shell de tenir compte d'un large ensemble de considérations concurrentes et de les mettre en balance d'une manière qui lui paraît conforme à l'intérêt social, cette mise en balance étant une « classic management decision » dans laquelle un tribunal ne peut interférer ».**

255. *ClientEarth v Shell Plc & ors* [2023] EWHC 1897 (Ch), [3]-[4].

256. *ClientEarth v Shell Plc & ors* [2023] EWHC 1897 (Ch), [22].

257. *ClientEarth v Shell Plc & ors* [2023] EWHC 1897 (Ch), [31].

258. *ClientEarth v Shell Plc & ors* [2023] EWHC 1897 (Ch), [29].



18. Cette décision illustre que les administrateurs disposent d'une grande latitude pour décider de la meilleure façon d'assurer le succès de l'entreprise.

Les obligations prévues aux articles 172 et 174 de la loi de 2006 n'imposent pas d'obligations spécifiques en ce qui concerne les questions ESG, si ce n'est de tenir compte des facteurs énoncés à l'article 172 de la loi.

Cette décision a, depuis, fait l'objet de nombreux commentaires au sein de la communauté juridique anglaise, certains relevant notamment qu'un autre juge aurait pu parvenir à une décision différente<sup>259</sup>.

---

259. Carnwath R (2024) ClientEarth v Shell: what future for derivative claims? London: Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, London School of Economics and Political Science; Hoyle R, The fiduciary's divestment dilemma: ESG and the age of climate change, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, October 2023, p. 612; Commonwealth Climate and Law Initiative, 11 March 2024, Nature-related risks and directors' duties under the law of England and Wales.

## L'APPROCHE ALLEMANDE

### I. Le devoir d'agir avec soin

1. Dans la conduite des affaires, les administrateurs (dans une GmbH) et les membres du Conseil d'administration (dans une AG) doivent faire preuve du soin d'un dirigeant diligent et consciencieux (Sec. 93 para. 1 AktG/Sec. 43 para. 1 GmbHG).

Ce devoir d'agir avec soin dans la gestion de la société est codifié sous la forme d'une obligation générale, dont découlent un certain nombre de règles de conduite individuelles<sup>260</sup>.

La gestion d'une entreprise implique la prise de décisions entrepreneuriales ou de décisions dictées par la loi<sup>261</sup>. Des exigences différentes s'appliquent à ces deux types de décisions et il existe différents « *safe harbors* ».

#### **1.1 Les décisions entrepreneuriales / Business decision**

2. Une décision entrepreneuriale est un choix entre plusieurs options licites qui repose sur des hypothèses, des prévisions et un certain pouvoir discrétionnaire. Dans la prise d'une décision entrepreneuriale, la loi exige des dirigeants qu'ils supposent raisonnablement d'une part qu'ils disposent d'informations adéquates, et d'autre part, qu'ils prennent une décision conforme à l'intérêt de l'entreprise.
3. En règle générale, les dirigeants ne sont pas responsables des échecs économiques.

**Les dirigeants ne violent pas leurs obligations si, en prenant une décision entrepreneuriale, ils étaient en droit de supposer raisonnablement qu'ils agissaient sur la base d'informations adéquates et dans le meilleur intérêt de la société (règle de l'appréciation commerciale), Sec. 93 par. 1 phrase 2 AktG. 1 phrase 2 AktG<sup>262</sup>.**

260. *Fleischer*, NJW 2009, 2337, 2338.

261. *Fleischer*, in : *Spindler/Stilz*, AktG, 4th ed. 2019, Sec. 93 Mn. 67 ; *Krieger/Sailer-Coceani*, in : *Schmidt/Lutter*, AktG, 3rd ed. 2015, Sec. 93 Mn. 15.

262. Motivation officielle du projet gouvernemental concernant la loi allemande sur l'intégrité des entreprises et la modernisation du droit de révocation (« **UMAG** »), BT-Drucks. 15/5092, p. 11 ; *Spindler*, in : *MünchKomm AktG*, 5<sup>th</sup> ed. 2019, Sec. 93 Mn. 48 ; *Mertens/Cahn*, in : *KölnKomm AktG*, 3<sup>rd</sup> ed. 2010, Sec. 93 Mn. 12.

## 1.2 Les décisions dictées par la loi

4. Une décision est dictée par la loi lorsqu'il n'existe qu'une seule option licite et que la décision des dirigeants se limite à « *se conformer ou non* ». La loi exige que les dirigeants connaissent et comprennent les lois applicables et choisissent l'option licite.
5. En cas de doute, ils doivent consulter un expert qualifié et indépendant. En règle générale, les dirigeants sont responsables des décisions illicites. Ils pourront être excusés s'ils ont bénéficié de conseils fiables.

## II. La responsabilité personnelle des dirigeants

6. Le non-respect du devoir d'agir avec soin peut engager la responsabilité personnelle du dirigeant vis-à-vis de la société.

### 2.1 Demande de dommages et intérêts

7. La société peut réclamer des dommages-intérêts aux dirigeants qui :
  - ont violé leur obligation d'agir avec soin, ou
  - ne peuvent pas prouver qu'ils ont respecté cette obligation (article 93, paragraphe 2, de l'AktG/article 43, paragraphe 2, de la GmbHG).

Lorsqu'une société agit contre ses dirigeants, ceux-ci doivent prouver qu'ils ont respecté leur obligation d'agir avec soin.

Les demandes de dommages et intérêts ne sont pas plafonnées et peuvent couvrir toutes les pertes subies par la société.

### 2.2 Recours en récupération de la rémunération variable

8. La société peut réclamer aux dirigeants la totalité de leur rémunération variable des cinq dernières années (au minimum), s'ils n'ont pas respecté les normes de conduite et d'intégrité appropriées, ou si leur comportement a entraîné des pertes importantes ou une intervention réglementaire importante.

## III. L'obligation du conseil de surveillance d'engager des poursuites contre les dirigeants

9. Le Conseil de surveillance doit évaluer en permanence des actions potentielles en dommages et intérêts à l'encontre des membres du Conseil d'administration. En règle générale, il doit engager les demandes considérées comme recouvrables (arrêt « ARAG/Garmenbeck » de la Cour fédérale de justice allemande (BGH))<sup>263</sup>.

---

263. BGH NJW 1997, 1926 et suivants.

10. Le Conseil de surveillance doit constamment superviser et contrôler les dirigeants. Cela inclut l'évaluation indépendante de l'existence de demandes de dommages-intérêts de la part de la société à leur encontre. Le Conseil de surveillance doit déterminer s'il est dans l'intérêt de la société d'engager des poursuites. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que le Conseil de surveillance peut s'abstenir de poursuivre les dirigeants fautifs, lorsqu'il y a de très bonnes raisons pour ne pas le faire et que c'est dans l'intérêt de la société.
11. Abandonner ou transiger nécessite l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires et est soumis à un délai de réflexion de trois ans.

#### **IV. Les « Safe Harbors »**

##### **4.1 La Business Judgment Rule (Sec. 93 para. 1 phrase 2 AktG)**

12. Les dirigeants doivent :
  - agir de manière rationnelle et de bonne foi,
  - sans avoir d'intérêt personnel dans l'affaire,
  - recueillir un nombre suffisant d'informations, et
  - choisir une option qui profite à l'entreprise.

Si ces conditions préalables sont remplies, les décisions des dirigeants sont exemptes de contrôle judiciaire sur la base de leur devoir de diligence.  
C'est aux dirigeants d'apporter la preuve qu'ils ont rempli ces conditions.

13. Les dirigeants doivent donc documenter toutes les informations pertinentes, les effets négatifs et les options alternatives.

Pour les décisions qui revêtent une importance existentielle pour l'entreprise, qui sont perturbatrices, qui risquent d'être contestées par l'une des parties prenantes ou qui sont fondées sur un ensemble incomplet de faits, il convient de consulter des conseillers externes sans externaliser la décision.

## 4.2 Défense *ISION* (décision « *ISION* » de la Cour fédérale de justice allemande (BGH))<sup>264</sup>

14. Si le Conseil d'administration ne dispose pas lui-même de l'expertise nécessaire pour évaluer une question particulière, il doit demander un avis interne ou externe<sup>265</sup>.

Le Conseil d'administration peut alors se fier à ces conseils, et échapper à une éventuelle mise en cause de sa responsabilité, si :

- il en informe dûment la personne qui fournit les informations,
- la personne qui fournit les informations est compétente et indépendante, et
- le Conseil d'administration soumet les conseils donnés à un contrôle de plausibilité.

## 4.3 Instruction des actionnaires

15. Les dirigeants sont également protégés s'ils agissent sur instruction des actionnaires.

Il faut, pour cela, qu'ils leur aient fourni toutes les informations pertinentes, rédigé une résolution avec des instructions claires et mis en œuvre une procédure de prise de décision valide. Les dirigeants doivent interroger tous les actionnaires, obtenir une résolution formelle de leur part et demander une nouvelle résolution si les circonstances changent de manière significative.

---

264. Cf. BGH NZG 2015, 792, 794 (*ISION II*) ; BGH NZG 2011, 1271, 1273 (*ISION I*) ; voir également BGH NZG 2007, 545, 547. En appliquant les normes développées par le BGH sur l'erreur juridique à d'autres situations de consultation, voir Bürgers, in : Bürgers/Körber, AktG, 4<sup>e</sup> éd. 2017, Sec. 93 Mn. 13 ; Koch, in : Hüffer/Koch, AktG, 14<sup>e</sup> éd. 2020, Sec. 93 Mn. 22 ; moins stricte *Hopt/Roth*, in : Großkomm AktG, 5<sup>e</sup> éd. 2015, Sec. 93 Mn. 110.

265. Bürgers, in : Bürgers/Körber, AktG, 4<sup>e</sup> éd. 2017, Sec. 93 Mn. 13 ; *Hopt/Roth*, in : Großkomm AktG, 5<sup>e</sup> éd. 2015, Sec. 93 Mn. 109 ; *Krieger*, in : *Krieger/Schneider, Managerhaftung*, 3<sup>e</sup> éd. 2017, Sec. 3 Mn. 3.9 ; *Peters*, AG 2010, 811, 812 et ss.

## ANNEXE 7

**NOUVEAUX RISQUES JUDICIAIRES  
SUSCEPTIBLES DE RÉSULTER DES INFORMATIONS  
DE DURABILITÉ ET DE VIGILANCE  
EN MATIÈRE CLIMATIQUE ET DE BIODIVERSITÉ,  
ET DE RÉGLEMENTATIONS SECTORIELLES**

**FRANÇOIS DE CAMBIAIRE\*  
AVOCAT ASSOCIÉ, SEATTLE AVOCATS  
CHARGÉ D'ENSEIGNEMENT  
À L'ESSEC BUSINESS SCHOOL,  
EXPERT AUPRÈS DU CEDE**

*\* L'auteur a souhaité communiquer cette note pour exprimer sa position en complément du rapport de la Commission.*

La présente note a pour objet d'analyser les nouveaux risques d'actions en responsabilité pour les dirigeants résultant des obligations spécifiques en matière climatique, de biodiversité, et dans certains secteurs à risques.

Par une approche comparative avec les responsabilités en matière d'informations financières, notamment la comptabilisation des engagements extra-financiers et les informations prévisionnelles selon la jurisprudence judiciaire et de l'Autorité des marchés financiers (AMF), il sera envisagé les cas de responsabilité susceptibles d'être recherchés au titre :

- des obligations de publication d'informations en matière de durabilité,
- de la mise en œuvre d'un devoir de vigilance ; et
- d'une obligation de diligence résultant des réglementations sectorielles de l'Union européenne (règlement **bois** en 2010<sup>266</sup> ; règlement relatif à **certains minerais et métaux provenant de zones de conflit** en 2017<sup>267</sup> ; complétés depuis par le règlement

266. Règlement (UE) n° 995/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

267. Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantalite et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque.

déforestation importée en mai 2023<sup>268</sup> ; le règlement sur les batteries en juillet 2023<sup>269</sup>, ainsi que la proposition de règlement interdisant les produits issus du travail forcé<sup>270</sup>).

### ■ Remarque liminaire sur la nature des responsabilités potentielles, au regard de la finalité et des destinataires des informations de durabilité

La nature des actions en responsabilité auxquelles sont susceptibles d'être exposés les dirigeants de société peut s'apprécier au regard des objectifs et des destinataires de cette information de durabilité, en particulier le fait qu'elle soit intégrée au sein du rapport de gestion de l'article L. 232-1 du Code de commerce.

Partant, elle constitue une information relevant de la responsabilité du Conseil d'administration pour les sociétés anonymes<sup>271</sup>. Ainsi, le considérant n° 9 de la directive CSRD constate que les principaux utilisateurs des informations relatives à la durabilité publiées dans les rapports annuels des entreprises sont « *les investisseurs, y compris les gestionnaires d'actifs, qui souhaitent mieux comprendre les risques et les opportunités que présentent les questions de durabilité pour leurs investissements et les incidences de ces investissements sur la population et l'environnement* ». Le considérant n° 11 observe également que « *la demande d'informations en matière de durabilité des entreprises a considérablement augmenté ces dernières années, en particulier de la part de la communauté des investisseurs. Cette augmentation de la demande s'explique par l'évolution de la nature des risques pour les entreprises et la sensibilisation croissante des investisseurs aux implications financières de ces risques* ». Au regard de l'importance croissante des sujets liés à la durabilité, le considérant n° 21 estime qu'il y va de « *la protection des investisseurs*<sup>272</sup> ».

---

268. Règlement (UE) 2023/1115 du Parlement européen et du Conseil du 31 mai 2023 relatif à la mise à disposition sur le marché de l'Union et à l'exportation à partir de l'Union de certains produits de base et produits associés à la déforestation et à la dégradation des forêts, et abrogeant le règlement (UE) no 995/201.

269. Règlement (UE) 2023/1542 du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2023 relatif aux batteries et aux déchets de batteries, modifiant la directive 2008/98/CE et le règlement (UE) 2019/1020, et abrogeant la directive 2006/66/CE.

270. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'interdiction des produits issus du travail forcé sur le marché de l'Union (COM(2022)0453 – C9-0307/2022 – 2022/0269(COD)).

271. Depuis la Loi NRE, « *le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission* » (L. no 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003, art. 129, modifiant art. L. 225-35, al. 3, c. com. ; A. COURET, Les dispositions de la loi de sécurité financière intéressant le droit des sociétés, JCP, éd. E, 2003.1290, n° 8, p. 1423).

272. « *Compte tenu de l'importance croissante des risques liés à la durabilité et du fait que les petites et moyennes entreprises dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé de l'Union représentent une proportion significative de toutes les entreprises dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé de l'Union, il convient, afin de garantir la protection des investisseurs, d'exiger que les petites et moyennes entreprises, à l'exception des microentreprises, dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé de l'Union publient aussi des informations sur les questions de durabilité.* »

Au-delà, l'administrateur a lui-même un devoir de s'informer et commet une faute en ne demandant pas des renseignements, ou des éclaircissements complémentaires, au cas où les dirigeants ne l'informent pas spontanément<sup>273</sup>. Un partage de responsabilité peut donc être envisagé dans ces hypothèses où l'information n'a pas été divulguée convenablement.

Un contentieux potentiel pourrait se développer de manière analogue aux contentieux relatifs à la responsabilité des dirigeants en matière d'abus de marché, spécifiquement s'agissant du caractère sincère, exact, et non trompeur de l'information financière.

En particulier, la responsabilité des dirigeants pourrait être recherchée au titre des informations prospectives, de la même manière que ce contentieux est aujourd'hui très fourni devant l'AMF, ainsi qu'en matière de responsabilité civile, lorsque ces prévisions ou objectifs reposent, au moment où ils sont formulés, sur des données fausses, lorsqu'ils ne peuvent manifestement être atteints, ou lorsque la façon dont ils sont présentés est susceptible d'induire le public en erreur<sup>274</sup>.

La CSRD prévoit notamment une méthodologie standardisée de *reporting* applicable à toutes les entreprises, outre des standards sectoriels dont l'adoption a été retardée.

Les ESRS spécifient les informations qu'une entreprise doit publier sur ses incidences, risques et opportunités importants en ce qui concerne les questions de durabilité, afin **d'identifier et d'évaluer les incidences négatives** des activités de l'entreprise sur l'environnement et, notamment, **sur les consommateurs et la population**.

Certains indicateurs imposent une publication obligatoire de ces informations pour toutes les entreprises (ESRS1 et 2), alors que d'autres informations sont soumises à l'analyse de matérialité de l'entreprise selon le principe de « double matérialité » (« *double importance*<sup>275</sup> »), c'est-à-dire que les informations devront être publiées suite à l'évaluation interdépendante par l'entreprise de l'importance du point de vue de l'incidence RSE vis-à-vis des tiers et de l'importance du point de vue financier vis-à-vis de l'entreprise (informations concernant l'impact de l'entreprise sur les enjeux de durabilité, et l'impact sur l'évolution des affaires, des résultats et de la situation de l'entreprise).

Par ailleurs, chaque entreprise pourra ajouter des indicateurs propres si nécessaires.

Les entreprises doivent ainsi décrire le processus mis en œuvre pour déterminer les informations qu'elles ont incluses dans le rapport

---

273. CA Aix, 3 févr. 1966, JCP 1966. II. 14861, note Percerou, Rev. sociétés 1966.437, note Plaisant.

274. AMF CDS, 27 novembre 2009, SAN-2009-33.

275. Page 9 du règlement délégué (UE) 2023/2772, section 3.3, paragraphe 37.



de gestion (analyse de matérialité) et doivent communiquer des informations rétrospectives, mais également prospectives à court, moyen et long terme.

Tant l'analyse de double matérialité que les décisions stratégiques de publier ou de ne pas publier une incidence négative, ainsi que la manière dont seront évaluées les informations prospectives, relèvent du domaine de l'analyse, de l'incertitude sur des informations prospectives, des projections d'impact, soumises aux aléas de la gestion, de crises, ou d'imprévus en tout genre. Par voie de conséquence, de la même manière qu'en matière boursière, les décisions des dirigeants pourraient engendrer des actions en responsabilité, tant sur le fondement de l'information sincère et non trompeuse contrôlée par l'AMF<sup>276</sup> que sur le terrain de la faute de gestion devant le juge civil<sup>277</sup>.

Les critères du contrôle, très fournis dans le cadre du pouvoir de sanction de l'AMF, seront explicités ci-après ; il s'agit principalement de sanctionner des objectifs irréalistes, impossibles à atteindre, inexacts et de nature à induire le public en erreur parce que trop optimiste ou fondée sur des hypothèses manifestement erronées.

L'attention des dirigeants devrait, dès lors, être attirée sur la fiabilité des informations de durabilité, de leur contrôle et de la robustesse, ainsi que de la conformité aux objectifs scientifiques fixés au sein de la réglementation.

## ■ Typologie des nouvelles fautes potentielles

Aux termes de l'article L. 225-251 du Code de commerce, les administrateurs et directeurs généraux sont responsables « *soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* ».

### ***Violation de la loi ou des règlements***

Selon la doctrine, la violation d'une disposition légale ou réglementaire s'entend de manière extensive, ce qui ne peut se limiter aux atteintes portées au droit spécial des sociétés, tout le droit privé étant applicable, notamment les règles devant être respectées par tous les opérateurs économiques, auxquelles s'ajoutent les lois et règlements en matière de durabilité.

---

276. <https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/dossiers-thematiques/le-reporting-de-durabilite-csrd-0> ; <https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/lamf-accompagne-les-societes-cotees-dans-la-mise-en-oeuvre-du-nouveau-cadre-reglementaire-en-matiere>.

277. La finance durable Sophie Schiller (Direction), Jean-Marc Moulin (Direction), Maurice Nussembaum (Direction), Collectif LEXISNEXIS Droit Et Professionnels, 6 mars 2024, p. 891 et s.

Il suffit alors de constater que le dirigeant a enfreint une disposition législative ou réglementaire pour caractériser la faute. Il importe peu que cette violation soit ou non sanctionnée pénalement<sup>278</sup>. Ainsi, pour les dirigeants de sociétés anonymes, la violation de la loi a été relevée au titre d'inexactitudes, retards ou défauts de communication aux actionnaires des informations légalement dues<sup>279</sup>.

En application de cette jurisprudence extensive, la violation des dispositions de transposition en droit national des directives CSRD, CS3D, ainsi que des dispositions directement applicables des réglementations sectorielles, devrait, en cas de manquement qui leur serait imputable, être constitutive de la violation de la loi ou des règlements faits générateurs de responsabilité à l'encontre des dirigeants et administrateurs.

### ***Violation des statuts : quid des sociétés à mission et des engagements sociaux et environnementaux intégrés au sein de l'intérêt social ?***

La faute tirée d'une violation des statuts trouve quelques exemples en jurisprudence. En particulier, il convient de relever la responsabilité du dirigeant envers la société en cas d'atteinte à l'objet social<sup>280</sup>.

S'agissant d'une société à mission qui se serait fixé des objectifs statutaires sociaux et environnementaux parmi les objectifs de la mission, en cas de manquements imputables aux dirigeants qui constitueraient une violation de la mission et justifieraient que celle-ci ne soit pas atteinte, leur responsabilité pourrait, dès lors, être recherchée.

### ***Faute de gestion : le recul de la notion de faute détachable lorsque le dirigeant a commis une infraction pénale ou un manquement administratif***

Le sens de la jurisprudence s'est peu à peu consolidé vers un assouplissement de la notion de faute détachable en cas d'infraction pénale ou de manquement administratif.

En premier lieu, en matière d'infraction pénale, les différentes Chambres de la Cour de cassation retiennent qu'une telle faute détachable est nécessairement caractérisée lorsque le dirigeant a commis une infraction pénale intentionnelle, comme cela a été jugé dans les cas suivants :

---

278. Cass. com., 9 novembre 1993, n° 89-20.660 : JurisData n° 1993-002874.

279. Dalloz, Répertoire des sociétés, Responsabilité civile des dirigeants sociaux – Détermination des dirigeants responsables – Benoit LE BARS ; Cass. com. 17 mai 1965, JCP 1966. II. 14647.

280. Justifie légalement sa décision la Cour d'appel qui retient que la vente par le gérant d'une société de son terrain à un tiers, en tant qu'elle avait eu pour effet de vider de tout objet la société, avait constitué une < faute >, ce dont il résultait qu'un associé de la société était en droit de réclamer réparation du préjudice que cette < faute > lui avait personnellement causé (Com. 8 avr. 2014, n° 13-13.439, Rev. sociétés 2014. 451, obs. Prévost).

- pour la Chambre commerciale, un défaut de souscription d'une assurance obligatoire, requise à peine de sanction pénale<sup>281</sup> ;

Des arrêts plus récents ont précisé que la faute pénale intentionnelle du dirigeant est par essence détachable des fonctions, peu importe qu'elle ait été commise dans le cadre de celles-ci. La faute pénale intentionnelle commise par le dirigeant est un acte personnel dont il doit seul assumer les conséquences, ce dont il se déduit que la dette de réparation du préjudice causé par cette faute est une dette propre<sup>282</sup>.

- la Chambre criminelle, tout en aboutissant au même résultat que la chambre commerciale et la troisième chambre civile, ne conditionne pas la responsabilité du dirigeant à la démonstration d'une « faute séparable des fonctions » : le défaut de souscription de l'assurance-construction obligatoire engage la responsabilité civile du dirigeant envers les tiers, « *ce délit eût-il été commis dans le cadre de ses fonctions de dirigeant social*<sup>283</sup> ».

Enfin, la Haute Juridiction a jugé qu'un dirigeant peut commettre une faute séparable de ses fonctions même s'il a agi dans les limites de ses attributions<sup>284</sup>. Il en est de même s'agissant de contraventions qui engagent la responsabilité civile du dirigeant à l'égard des tiers auxquels ces infractions ont porté préjudice<sup>285</sup>.

En deuxième lieu, en matière de manquements boursiers, le prononcé de sanctions pécuniaires à l'égard du dirigeant n'est pas subordonné à la démonstration d'une faute séparable des fonctions dès lors que l'AMF (ex-COB) n'est pas saisie d'une action en responsabilité civile, mais décide du bien-fondé d'accusation en matière pénale au sens de l'article 6 de la CEDH et que ce dirigeant peut être sanctionné en tant qu'auteur des agissements incriminés comme, en l'espèce, les règlements le prévoient<sup>286</sup>.

À ce titre, les travaux du HCJP ont déjà mis en évidence que la violation des obligations du Code de commerce<sup>287</sup>, parmi lesquelles sont insérées les dispositions transposant la directive CSRD, ainsi que les obligations contenues dans les règlements européens, et donc les règlements délégués ESRS, pourraient également faire l'objet d'une sanction par la

281. Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-66.255, n° 915 FS - P + B + R + I Cass. com., 9 déc. 2014, n° 13-26.298, n° 1084 F-D Cass. com., 27 mai 2015, n° 13-23.772, 14-11.405 et 14-13.689 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 mars 2016, n° 14-15.326, n° 311 FS - P + B.

282. Com. 18 sept. 2019, no 16-26.962, D. 2019. Actu. 1832 ; RTD com. 2019. 926, obs. A. Lecourt.

283. Cass. crim., 7 sept. 2004, n° 03-86.292 Cass. crim., 26 janv. 2010, n° 09-81.864.

284. Cass. com., 10 févr. 2009, n° 07-20.445, n° 113 F - P + B Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-17.195.

285. Crim. 5 avr. 2018, no 16-83.961, D. 2018. Actu. 1134.

286. Com. 31 mars 2004, D. 2004. 1961, note Caramalli ; BJS 2004. 982, note Auzero ; RDBF juill.-août 2004, p. 268, note Le Nabasque ; BJB 2004. 460, note Daigre – Pour un exemple de fautes séparables des fonctions engageant la responsabilité personnelle du gérant de SARL : Com. 25 janv. 2005, BJS 2005. 599, note Le Bars ; Com. 8 févr. 2005, Rev. sociétés 2005. 855, concl. Lafortune.

287. Par exemple, la décision de la Commission des sanctions de l'AMF du 5 juillet 2018 à l'égard des sociétés Cibox Interactive et AI Investment ainsi que MM. A et B.

Commission des sanctions de l'AMF sur le fondement de l'article L. 621-15, II, g) du Code monétaire et financier disposant que la Commission des sanctions peut prononcer une sanction à l'encontre de « toute autre personne au titre de manquements aux obligations résultant des règlements européens entrant dans le champ de compétence de l'Autorité des marchés financiers<sup>288</sup> ».

La décision de manquement prononcée par l'AMF à l'encontre de la société ou de ses dirigeants pourrait alors constituer le fait générateur de responsabilité alléguée à l'encontre des dirigeants ou administrateurs à l'origine des manquements aux dispositions de durabilité retenus dans la décision de sanction, ou dans le cadre d'une mesure d'injonction prononcée par le Collège de l'AMF.

Or, de la même manière qu'en matière d'infraction pénale, le manquement du dirigeant peut être retenu devant le gendarme boursier sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'une faute personnelle détachable<sup>289</sup>.

Comme il a été souligné dans de précédents rapports, au-delà des règles de droit boursier, il ne peut être exclu que des requérants intentent des actions sur le fondement de régimes spéciaux, y compris contre des sociétés non cotées, pour informations fausses ou trompeuses (par exemple publicité, pratiques commerciales trompeuses, concurrence déloyale<sup>290</sup>).

- ***Les cas de responsabilité civile au titre d'une faute pénale résultant du non-respect ou d'un obstacle aux obligations de la CSRD***

La transposition de la directive CSRD par l'ordonnance du 6 décembre 2023 a introduit dans notre droit plusieurs voies de sanctions applicables en cas de manquement aux obligations en matière de durabilité (injonction en référé, exclusion des marchés publics, et des dispositions pénales).

On soulignera notamment que plusieurs délits ont été institués à l'encontre de la société, mais aussi à l'encontre de ses dirigeants, notamment pour sanctionner la non-désignation d'un commissaire aux comptes ou d'une OTI en charge de la certification des informations de durabilité, la non-convocation à toute assemblée générale ainsi que la non-certification des informations en matière de durabilité exposant à une peine d'emprisonnement maximale de deux ans, une amende de 30 000 euros pour le dirigeant et de 150 000 euros pour la personne morale<sup>291</sup>.

---

288. Voir notamment HCJP, Rapport sur la *corporate sustainability reporting directive* (CSRD), Analyse des risques d'actions en responsabilité civile et de sanctions boursières, oct. 2023, p. 21 et s.

289. Cass. Com., 30 mai 2007, n° 06-11.314.

290. Voir notamment HCJP, Rapport sur la *corporate sustainability reporting directive* (CSRD), Analyse des risques d'actions en responsabilité civile et de sanctions boursières, oct. 2023 ; HCJP, Rapport sur la responsabilité des sociétés et de leurs dirigeants en matière sociale et environnementale, juin 2020.

291. Article L. 821-6 du Code de commerce.

L'obstacle aux vérifications et aux contrôles des auditeurs des informations en matière de durabilité ou le refus de communication de documents utiles à leur mission expose à une peine d'emprisonnement de cinq ans, une amende de 75000 euros pour le dirigeant et de 375000 euros pour la personne morale.

Transposant la jurisprudence de la chambre criminelle qui considère que la faute pénale intentionnelle implique une faute détachable, il en résulte qu'en cas de condamnations pénales, la responsabilité civile des dirigeants pourrait, par conséquent, être recherchée y compris par les tiers devant les juridictions correctionnelles, ou même devant les juridictions civiles sur la base du fait générateur constitué par la faute pénale.

- **Les fautes imputables en cas de manquements aux règlements sectoriels imposant une diligence raisonnée : vers une obligation de résultat envers certains secteurs à risques ?**

Outre les obligations de *reporting* de durabilité et de vigilance, la faute de gestion des dirigeants pourrait être recherchée en cas de manquements aux réglementations sectorielles fixant des obligations de diligence raisonnée dans certains secteurs : règlement **bois** en 2010 ; règlement relatif à **certains minerais et métaux provenant de zones de conflit** en 2017 ; complétés depuis par le règlement **déforestation** importée en mai 2023 ; le règlement sur les **batteries** en juillet 2023, ainsi que le projet de règlement interdisant les produits issus du travail forcé.

D'une part, le non-respect de ces réglementations est sanctionné par des sanctions pénales, qui pourraient ensuite exposer les dirigeants à des actions civiles en responsabilité – la faute étant automatiquement détachable en application de la jurisprudence précitée.

D'autre part, le manquement aux obligations issues de ces règlements européens peut constituer le fondement d'une action en responsabilité civile à l'encontre des dirigeants, sous les mêmes réserves exprimées précédemment s'agissant du caractère détachable de la faute et de l'appréciation *in abstracto* de la faute de gestion au moment où la décision est prise.

Surtout, ces obligations issues des réglementations sectorielles, qui se rapprochent des obligations de vigilance, constituent des risques de responsabilité encore accrus dans la mesure où la diligence raisonnée implique la réalisation de mesures de contrôle très précises, une évaluation du risque, et une politique d'atténuation du risque à mettre en œuvre par la société lorsqu'elle considère que ce risque n'est pas négligeable (changement de fournisseur ou de produits, obtention d'informations complémentaires pour s'assurer de la légalité, démarche de certification auprès d'une tierce partie).

La société doit ainsi justifier du résultat de ces contrôles pour garantir l'interdiction édictée à l'Article 3 « *zéro déforestation, qu'ils ont été produits conformément à la législation pertinente du pays de production, et qu'ils font l'objet d'une diligence raisonnée* ».

En effet, l'obligation de diligence raisonnée applicable à tout opérateur (celui qui met le produit sur le marché ou les exporte) et à tout commerçant (celui qui met des produits en cause sur le marché à travers sa chaîne d'approvisionnement) crée des obligations pouvant être assimilée au minimum à des obligations de moyen renforcées (art. 10 – évaluation du risque), voire à des **obligations de résultat** pour certaines d'entre elles (art. 9 – exigences en matière d'informations).

Pourrait dès lors caractériser une faute de gestion la décision des dirigeants de ne pas collecter certaines informations majeures, l'imprudence ou la négligence dans l'application de leur diligence résultant dans la mise sur le marché de produits importés illégalement alors que des vérifications normalement diligentes auraient permis d'identifier les risques, et surtout l'obligation de justifier de la collecte et de l'analyse des documents prouvant la légalité des produits en cause : « (g) *des informations suffisamment concluantes et vérifiables attestant que les produits en cause sont zéro déforestation* » ; (h) « ... *attestant que les produits de base ont été produits conformément à la législation pertinente du pays de production, notamment tout accord conférant le droit d'utiliser la zone concernée aux fins de production du produit de base en cause* ».

L'évaluation du risque par l'entreprise doit tenir compte des critères définis par l'article 10.2 de la directive, à partir desquels pourra être appréciée la diligence mise en œuvre par l'entreprise et ces dirigeants.

Les obligations résultant de la diligence raisonnée doivent être soumises à l'autorité compétente (ministère de l'Agriculture) disposant de pouvoirs de contrôle et d'investigation, et sont soumises à des sanctions administratives et pénales prévues à l'article 25 de la directive.

Ce risque judiciaire s'est traduit, en 2023, par les deux premières décisions de condamnation contre deux importateurs français – qui ont interjeté appel de ces décisions – pour manquement aux dispositions du règlement bois, tiré de graves négligences dans leurs chaînes d'approvisionnement en bois provenant d'une zone confrontée à la déforestation illégale au Brésil<sup>292</sup>.

---

292. <https://www.greenpeace.fr/espace-presse/reglementation-contre-le-bois-illegal-condamnation-du-leader-francais-des-importations-de-bois/> : Le mercredi 6 septembre 2023, le tribunal correctionnel de Châteauroux (France) a condamné la société Pierre Robert à une amende de 20 000 € pour manquement à son devoir de diligence au titre du règlement européen sur le bois. La société a également été condamnée à verser 20 000 euros à Greenpeace France et 3 000 euros à France Nature. <https://www.actu-environnement.com/ae/news/bois-importation-illegale-deforestation-importee-entreprise-condamnation-penale-tribunal-correctionnel-chateauroux-42490.php4> : le lundi 11 septembre 2023, l'ISB France a été condamné à 100 000 euros d'amende par le tribunal correctionnel de Rennes (France) pour « commercialisation de bois ou de produits dérivés en provenance du Brésil ne respectant pas le système de diligence raisonnée ». Le tribunal « a considéré que le risque de récolte illégale [de bois] ne pouvait être ignoré », notamment parce que le BSI opérerait à travers une « chaîne d'approvisionnement complexe ». Les juges ont également estimé que la société aurait dû procéder à « des vérifications accessibles en open source sur internet et permettant de connaître les antécédents de certains partenaires » dans le cadre du commerce de quatre lots de terrasses en ipé fabriquées à partir de bois coupé au Para (Brésil) entre décembre 2016 et juillet 2017. Le procureur de la République avait requis une amende de 165 000 €.

De telles poursuites pénales pourraient, à l'avenir, être engagées sur le fondement des autres règlements sectoriels, et au-delà du risque pénal, donner lieu à la recherche de la responsabilité civile des dirigeants et des administrateurs ayant manqué à leur obligation de diligence raisonnée, notamment en ayant trompé ou dissimulé des risques, voire en ayant conduit à une évaluation erronée des risques par négligence ou imprudence à l'instar des jurisprudences ci-évoquées au titre des règles normales de gestion des sociétés commerciales.

### **Faute de gestion : les nouvelles fautes potentielles en matière de vigilance et de durabilité**

À ce jour, aucune action en responsabilité personnelle des dirigeants, sur le fondement d'un non-respect des dispositions de la loi devoir de vigilance du 27 mars 2017, n'a été introduite à notre connaissance devant une juridiction française.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2024, est entrée en vigueur l'obligation spécifique d'adopter « *des mesures de vigilance raisonnables propres à identifier les risques et à prévenir la déforestation associée à la production et au transport vers la France de biens et de services importés* » qui s'applique « *pour les sociétés produisant ou commercialisant des produits issus de l'exploitation agricole ou forestière* ». Le non-respect de ces dispositions, s'il peut être imputé aux dirigeants et au Conseil d'administration, notamment par un manquement délibéré, un défaut de surveillance ou une absence de contrôle, serait également susceptible d'entraîner leur responsabilité individuelle ou collective<sup>293</sup>.

À l'étranger, il convient de souligner l'action engagée au Royaume-Uni à l'encontre des dirigeants de la compagnie pétrolière Royal Dutch Shell sur un fondement civiliste similaire par l'association ClientEarth, pour manquements à leurs obligations fiduciaires de ne pas prévenir les risques climatiques résultant des émissions de la société et de son groupe, ainsi que les conséquences préjudiciables pour la société et ses actionnaires. L'action a été déboutée début 2024 par un juge de la Cour d'appel<sup>294</sup>.

### **Devoir de vigilance européen prévu par la directive CS3D**

De la même manière qu'en cas de manquements aux obligations du devoir de vigilance français, la future transposition de la directive sur le devoir de vigilance européen posera la question d'un élargissement des obligations de vigilance résultant de la directive et en particulier la

---

293. Art. L. 225-102-4, I alinéa 4° C. com, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2024, introduit par la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021, portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

294. ClientEarth v Board of Directors of Shell plc (<https://www.clientearth.org/latest/news/we-re-taking-legal-action-against-shell-s-board-for-mismanaging-climate-risk/>).

responsabilité des dirigeants et administrateurs responsables de leur établissement, de leur publication et de leur mise en œuvre à l'instar des autres normes de gestion applicables à l'entreprise<sup>295</sup>.

Un nombre significativement plus important de sociétés étant soumises à la directive, le nombre de dirigeants et d'administrateurs exposés à des risques judiciaires augmentera également.

S'agissant de la nature des obligations de vigilance, la directive prévoit des obligations beaucoup plus précises, bien que son champ d'application ait été réduit dans le cadre de l'accord politique du 15 mars 2024. Il reste que plusieurs obligations pourraient constituer des sources de responsabilité en cas de non-respect ou de défaut de contrôle des obligations relatives notamment à (i) l'introduction de la démarche de vigilance dans les politiques et les systèmes de gestion des risques de l'entreprise (art. 5), (ii) l'identification et l'évaluation des risques (art. 6 et 6a), (iii) la prévention, la remédiation et la cessation des atteintes graves potentielles (art. 7 et 8) et existantes (art. 8c), l'obligation de consulter les parties prenantes (art. 8d, l'obligation de mettre en place un dispositif d'alerte et de signalement des plaintes (art. 9), le contrôle de l'efficacité des mesures de vigilance (art. 10), et la publication de leurs obligations (art. 11).

Plus classiquement, les jurisprudences statuant sur la responsabilité des dirigeants devraient s'appliquer *mutatis mutandis* dans l'éventualité d'une dissimulation d'un risque, voire de la publication d'une information trompeuse sur les impacts négatifs réels de l'entreprise ou de sa chaîne de valeur envers l'environnement et les droits humains. La directive définit en annexe les textes entrant dans le périmètre des impacts négatifs, ce qui constituera le socle de compétence et de vigilance auquel devront être attentifs les dirigeants et administrateurs.

La directive prévoit des exemptions et des *safe harbours* exonérant la société débitrice de son obligation de vigilance, en considération notamment de la priorisation des risques et de la proportionnalité des mesures de vigilance qu'elle décide de mettre en œuvre.

En cas de mésusage de ces exemptions, de nouveaux types de recours en responsabilité pourraient survenir. Aussi, à titre d'exemple, il est prévu en particulier la possibilité pour un partenaire commercial de ne pas révéler une information couverte par le secret des affaires, ce qui pourrait conduire à plusieurs types d'actions en responsabilité :

- l'action engagée par une société contre les dirigeants d'une société dont la décision de se prévaloir du secret des affaires aurait entraîné la survenance d'un préjudice, ou s'étant prévalu de manière illégitime du secret des affaires ;

---

295. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0329\\_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0329_FR.pdf).



- l'action engagée par des actionnaires ou des tiers contre les dirigeants de la société redevable du devoir de vigilance et ayant invoqué fautivement une exemption constituant une violation des lois et règlements, ou causant par leur imprudence une atteinte à l'intérêt social, et créant ainsi un risque de sanction pour la société.

La directive prévoit aussi un régime de responsabilité civile en cas de manquement aux dispositions de vigilance, outre le maintien des dispositions relatives au devoir de vigilance français pour les sociétés qui y sont soumises. Il ne peut être exclu l'introduction d'actions récursoires des actionnaires envers les dirigeants et les administrateurs, afin de rechercher la réparation d'un préjudice social résultant d'une non-conformité aux obligations de vigilance, qui aurait pour fait générateur une faute leur étant collectivement ou personnellement imputable.

Enfin, il convient de rapprocher les risques d'actions civiles pouvant être recherchées à l'encontre des dirigeants en cas de décision de sanction administrative prononcée à l'encontre de la société par l'autorité de supervision et de contrôle instituée par la CS3D. De même qu'en matière de sanctions prononcées par l'AMF, la qualification de faute civile personnellement imputable aux dirigeants pourrait s'inférer d'un manquement à la réglementation en matière de vigilance (par analogie avec les fautes évoquées ci-avant pour les autres réglementations sectorielles).

Dans la mesure où l'AMF a confirmé qu'elle exercerait un contrôle sur les informations publiées en matière de durabilité, les informations et les engagements publiés dans le cadre des obligations relatives à la directive CS3D pourraient faire l'objet d'une procédure de sanction à l'encontre de la société, voire exposer la responsabilité civile de ses dirigeants et administrateurs suivant le même raisonnement développé ci-dessus, sur le fondement d'un manquement aux dispositions légales et réglementaires en matière de vigilance, ou d'une faute de gestion susceptible d'être caractérisée par l'imprudence, la négligence ou le défaut de surveillance dans l'exercice de leurs obligations au titre de la directive.

### ***Obligation spécifique au titre du plan de transition climatique (article 15 de la directive CS3D et article 19 bis de la CSRD)***

L'article 15 de la CS3D prévoit que les entreprises concernées mettent en œuvre un plan de transition pour l'atténuation du changement climatique qui vise à garantir, en déployant leurs meilleurs efforts, que le modèle d'entreprise et la stratégie de l'entreprise sont compatibles avec la transition vers une économie durable et avec la limitation du réchauffement climatique à 1,5 °C, conformément à l'accord de Paris<sup>296</sup>.

---

<sup>296</sup>. Devenu l'article 22 « Combatting climate change » de la proposition de directive adoptée le 24 avril 2024 par le Parlement européen, qui a été définitivement adoptée le 24 mai.

Ce plan de l'article 15 est directement lié aux informations de durabilité de la CSRD et de ses actes délégués, dont la norme ESRS E1 prévoit des informations complètes sur l'impact du changement climatique sur leurs activités et sur l'environnement, l'anticipation et l'adaptation au réchauffement climatique, ainsi que l'alignement avec l'objectif en termes d'émissions de gaz à effet de serre compatible avec un scénario à maximum + 1,5 °C prévu par l'accord de Paris<sup>297</sup>.

En effet, les entreprises publiant un plan de transition conforme aux obligations de la CSRD (art. 19 et 29 bis) seront réputées avoir respecté leur obligation d'adopter un plan au titre de l'article 15 de la proposition de CS3D<sup>298</sup>. Reste néanmoins la question de sa mise en œuvre, qui pourrait être une source d'obligation spécifique au titre des obligations de vigilance dont la nature nécessite de justifier, non pas seulement un *reporting*, mais la mise en œuvre de mesures concrètes.

La responsabilité des dirigeants pourrait également être recherchée dans l'éventualité où les moyens mis en œuvre ne seraient pas conformes afin de satisfaire aux objectifs visés par la réglementation.

La Commission Climat et Finance Durable de l'AMF vient de publier un guide spécifique à destination des entreprises pour l'adoption de leur plan de transition climatique<sup>299</sup>, présentant ainsi les éléments essentiels identifiés en lien avec les points de données de l'ESRS E1-1.

Plusieurs observations peuvent être tirées de ces dispositions en matière de risques judiciaires pour les dirigeants et administrateurs de sociétés qui y sont soumises.

En premier lieu, il s'agit d'une obligation de « *best efforts* », dont la transposition française permettra de préciser la nature en termes vraisemblablement d'obligation de moyen. Les actions en responsabilité, outre également la prise en compte du niveau d'incertitude face à des informations par définition prospective s'agissant d'une trajectoire et

---

297. Dans le texte adopté par la Commission européenne le 31 juillet 2023, l'ESRS E1 dédié au thème du changement climatique comprend 9 « Disclosure Requirements » ou « exigences de divulgation » : DR n° 1 : Élaborer un plan de transition pour l'atténuation du changement climatique ; DR n° 2 : Prouver que des politiques relatives à l'atténuation et à l'adaptation au changement climatique sont mises en place par l'entreprise ; DR n° 3 : Publier les actions et ressources liées aux politiques mises en place en lien avec le changement climatique ; DR n° 4 : Objectifs liés à l'atténuation et à l'adaptation au changement climatique ; DR n° 5 : Consommation d'énergie et mix énergétique ; DR n° 6 : Émissions brutes de GES des scopes 1, 2, 3 et total des GES ; DR n° 7 : Les absorptions de GES et les projets d'atténuation des GES financés grâce aux crédits carbone ; DR n° 8 : Tarification interne du carbone ; DR n° 9 : Effets financiers anticipés des risques physiques et de transition et des opportunités potentielles liées au climat

298. « 3. Companies that report a transition plan for climate change mitigation in accordance with Article 19a, 29a or 40a, as the case may be, of Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council shall be deemed to have complied with the adoption obligation set out in paragraph 1 of this Article. »

299. <https://www.amf-france.org/sites/institutionnel/files/private/2024-02/rendre-compte-de-son-plan-de-transition-au-format-esrs.pdf>.

d'émissions de gaz à serre futures, avec des projections à court et moyen terme jusqu'en 2050<sup>300</sup>.

En deuxième lieu, les dispositions introduisent une obligation « *to adopt and put into effect a transition plan for climate change mitigation* », se traduisant par conséquent par la justification de sa mise en œuvre en conformité avec l'objectif de l'accord de Paris de limitation du réchauffement climatique à 1,5 °C et avec les lois climat européennes prévoyant notamment une réduction d'au moins 55 % des émissions de GES en 2030<sup>301</sup>. Les objectifs devant figurer dans le plan sont expressément listés au sein de l'article 15, en précisant en particulier le rôle des organes de direction et d'administration au regard de ce plan de transition. Il prévoit de plus l'obligation de l'actualiser annuellement et de justifier des progrès en vue d'atteindre les objectifs de réduction d'émissions.

Un précédent rapport du HCJP a traité en détail des risques résultant des obligations de *reporting* climatique contenues dans la CSRD, en soulignant les risques liés à la communication d'informations prospectives abondantes en matière de communication financière, tout en les nuancant par la possibilité pour la société et ses dirigeants de se prévaloir tant de leur caractère par nature « *incertaine* » et de corriger les données estimatives<sup>302</sup>. La certification de ces informations de durabilité devrait également renforcer la sécurité juridique et diminuer les risques d'actions engagées à l'encontre des dirigeants, sauf à démontrer une faute qui leur serait personnellement imputable. Des actions en responsabilités à l'encontre des commissaires aux comptes et organismes certificateurs (OTI) ne sont d'ailleurs pas à exclure.

La question de la responsabilité civile des dirigeants en matière de transition climatique, si son régime ne semble pas modifié par l'adoption des nouvelles réglementations en matière de durabilité, soulèvera néanmoins la preuve des diligences de bonne foi mise en œuvre par la société et ses dirigeants. Ainsi, ils devront être particulièrement attentifs à la question du caractère exhaustif et exact de ses émissions de GES directes et indirectes (scope 1, 2 et 3), de la pertinence des objectifs court et long terme fixés par l'entreprise, de leur adaptation

---

300. Considérant n° 50 : « *In order to ensure that this Directive effectively contributes to combating climate change, companies should adopt and put into effect a transition plan for climate change mitigation which aims to ensure, through best efforts, that the business model and strategy of the company are compatible with the transition to a sustainable economy and with the limiting of global warming to 1.5 °C in line with the Paris Agreement and the objective of achieving climate neutrality as established in Regulation (EU) 2021/1119, including its intermediate and 2050 climate neutrality targets.* »

« *Such requirements should be understood as an obligation of means and not of results. Being an obligation of means, due account should be given to the progress companies make, and the complexity and evolving nature of climate transitioning. While companies should strive to achieve the GHG emission reduction targets contained in their plans, specific circumstances may lead to companies not being able to reach these targets, where this is no longer reasonable.* »

301. RÈGLEMENT (UE) 2021/1119 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 30 juin 2021 établissant le cadre requis pour parvenir à la neutralité climatique et modifiant les règlements (CE) no 401/2009 et (UE) 2018/1999 (« loi européenne sur le climat »).

302. Voir notamment HCJP, Rapport sur la corporate sustainability reporting directive (CSRD), Analyse des risques d'actions en responsabilité civile et de sanctions boursières, oct. 2023, p. 12 et s. ; spécifiquement p. 16 et 17 sur les points d'attention relatif au plan de transition climatique.

pour atteindre l'objectif de limitation du réchauffement climatique à 1,5 °C de l'accord de Paris, des moyens dédiés pour sa mise en œuvre, ainsi que la pertinence de sa politique et de sa stratégie climatique pour atteindre ses objectifs climatiques.

Les entreprises ont ainsi l'obligation de publier une « *description des résultats des actions d'atténuation du changement climatique* » et, après 2030, les cibles de réduction des émissions devront être réévaluées tous les cinq ans<sup>303</sup>. La poursuite d'une politique climat dont les résultats seraient incompatibles avec les objectifs de limitation du réchauffement climatique à 1,5 °C pourrait, à terme, conduire à rechercher la responsabilité des dirigeants et administrateurs auxquels incombe la responsabilité de sa mise en œuvre.

Il convient aussi de garder à l'esprit que le Règlement délégué impose que les informations publiées soient (i) complètes, (ii) neutres et (iii) exactes (*accurate*)<sup>304</sup>. Par conséquent, la déclaration d'émissions de GES incomplètes, manifestement inexactes ou l'utilisation d'une méthodologie erronée au regard de l'activité de l'entreprise émettrice<sup>305</sup>, pourraient ainsi constituer des fautes de gestion engageant la responsabilité des dirigeants et des administrateurs, responsables de l'établissement et de la mise en œuvre du plan de transition climatique.

Or, l'émergence de cette réglementation qui consacre les objectifs de 1,5 °C de l'accord de Paris ainsi que de la loi climat européenne, et leur qualité de standard de vigilance climatique pour les entreprises, pourrait à terme constituer le critère d'appréciation d'une faute de gestion, eu égard tant aux conséquences préjudiciables pour la société elle-même, que pour les tiers, notamment dans l'éventualité où la trajectoire de l'entreprise ne serait pas conforme à l'objectif 1,5 °C, ou qu'elle ne démontrerait pas y avoir dédié les moyens financiers, humains et scientifiques adaptés pour mettre en œuvre les objectifs annoncés par l'entreprise.

Afin de limiter les risques, les administrateurs, en particulier du Comité d'audit et l'administrateur référent en charge des questions de durabilité, devront ainsi justifier des compétences scientifiques et juridiques en matière climatique adaptées à ces enjeux, ainsi qu'à une formation continue sur ces sujets. De même, il incombe alors aux organes de direction et d'administration de fonder leur politique climatique sur les données scientifiques disponibles et les plus récentes, afin de questionner et d'apprécier de manière sérieuse et diligente la pertinence et le caractère exact du plan de transition climatique.

---

303. Règlement délégué du 31 juillet 2023, ESRS E1-3 et E-4.

304. Règlement délégué du 31 juillet 2023, ESRS 1, Annexe B, paragraphe QC 5.

305. Revêt un caractère personnel le préjudice des actionnaires qui avaient été incités à investir dans les titres émis par la société et à les conserver en raison de fausses informations diffusées par les dirigeants, d'une rétention d'information et d'une présentation aux actionnaires de comptes inexacts (Com. 9 mars 2010, no 08-21.547, D. 2010. Actu. 761, obs. Lienhard ; Rev. sociétés 2010. 230, note Le Nabasque ; BJS 2010. 538, note Schmidt ; JCP E 2010. 1483, note Schiller)

En troisième lieu, la Directive instaure une autorité nationale de supervision, avec le pouvoir de contrôle de la conception et de l'adoption du plan de transition climatique<sup>306</sup>. Ainsi qu'il a été précédemment évoqué, la question de sanctions par l'autorité administrative de supervision en matière de plan de transition climatique pourrait créer des risques judiciaires au titre de la responsabilité civile des dirigeants, pour lesquels un manquement aux dispositions, voire une faute de gestion pourraient être tirés de la non-conformité aux dispositions de la CS3D.

### **Manquements aux règles de comptabilisation et à la fiabilité des informations de durabilité**

L'appréciation des nouveaux faits générateurs de responsabilité pour les dirigeants pourrait reprendre certains des critères prétoriens dégagés en matière de négligence, ou de comptabilité inexacte, ainsi que de projections financières erronées ou trompeuses.

À titre d'exemple, caractérisent une faute de gestion les manquements suivants relatifs au caractère incorrect des informations financières ou de l'irrégularité de la comptabilité – ces fautes pourraient être transposées *mutatis mutandis* en matière d'information de durabilité :

- négligence sur le contrôle et la fiabilité de la comptabilité et absence de contrôle de la marche de l'entreprise<sup>307</sup> ;
- absence de sincérité et de fiabilité de la comptabilité<sup>308</sup> ;
- tenue d'une comptabilité incomplète<sup>309</sup>, fausses informations diffusées par les dirigeants, d'une rétention d'information et d'une présentation aux actionnaires de comptes inexacts<sup>310</sup> ;
- en cas de comptabilisation par une méthode inadaptée au sein des comptes consolidés : en l'absence d'outils de gestion fiables lui permettant d'exercer les contrôles nécessaires et d'assurer la tenue d'une comptabilité analytique précise, le dirigeant aurait dû informer le public des réserves formulées par les commissaires aux comptes, même si ces réserves figuraient dans la documentation de référence. Ces derniers jugeaient en effet que les données chiffrées publiées avaient été comptabilisées selon la méthode « à l'avancement », qui ne donnait pas une image fidèle

---

306. Article 24 de la Directive 2024/1760 sur le devoir de vigilance : « As regards Article 15, supervisory authorities shall be required to supervise the adoption and design of the plan in accordance with the requirements of Article 15(1). »

307. Cass. com., 2 mai 1990, n° 88-17.222.

308. Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-21.607 : RJDA, 8-9/1995, n° 1046.

309. Cass. com., 11 févr. 2014, n° 12-21.069.

310. Com. 9 mars 2010, no 08-21.547, D. 2010. Actu. 761, obs. Lienhard ; Rev. sociétés 2010. 230, note Le Nabasque ; BJS 2010. 538, note Schmidt ; JCP E 2010. 1483, note Schiller.

de la réalité. En outre, les communiqués faisant état de données consolidées pro forma, et ce, alors même que la méthode retenue était dérogatoire, ce dont le marché n'a nullement été informé, incitaient à croire que les évolutions portées à sa connaissance étaient calculées à périmètre constant<sup>311</sup> ;

- insuffisance de l'information donnée dans les annexes sur les modalités d'acquisition d'un groupe et l'activité d'une société : la société mise en cause a passé sous silence certaines informations, requises par la norme comptable IFRS 3, relatives aux modalités d'acquisition d'un groupe et notamment, l'existence de clauses particulières incluses dans la lettre d'intention, ainsi que l'activité d'une société acquise. Cette information était indispensable à l'appréhension des conséquences de l'acquisition par le public, qui n'a été mis en mesure ni d'apprécier l'exacte nature, ni d'évaluer les conséquences financières des regroupements d'entreprises, de sorte que le manquement à la bonne information du public est caractérisé<sup>312</sup> ;
- l'information doit indiquer les variations liées à la méthode de comptabilisation, ce qui s'appliquerait ainsi aux décisions de l'entreprise de ne pas retenir une double matérialité pour certains impacts négatifs ou d'appliquer une méthode inadaptée d'évaluation des impacts : si les hypothèses clés retenues pour calculer la valeur d'utilité de l'unité génératrice de trésorerie en cause étaient mentionnées, aucune indication n'était donnée, contrairement aux préconisations des normes comptables IAS 36 et IAS 1, sur les éventuels effets de la variation de ces hypothèses sur le test de dépréciation. À cet égard, le manquement [serait] caractérisé<sup>313</sup>.

On soulignera cependant que la Commission des Sanctions de l'AMF n'a pas vocation à se prononcer sur l'orthodoxie de l'application des règles comptables mais de rechercher si, *in fine*, l'information communiquée au public est suffisamment exacte, précise et sincère pour satisfaire aux exigences de l'article 223-1 du règlement général de l'AMF<sup>314</sup>.

En particulier, une jurisprudence relative à l'information relative aux réserves d'une société pétrolière fait le lien entre les informations opérationnelles – qui pourraient à l'avenir recouvrer certaines informations de durabilité – et conséquences financières trompeuses : en diffusant un premier communiqué faisant état de ses réserves pétrolières, à la suite d'une opération d'acquisition, alors qu'une partie d'entre elles appartenait à des tiers, puis un deuxième communiqué avec des chiffres rectifiés, dont la lecture laissait à penser que cette

---

311. AMF CDS, 26 octobre 2006, SAN-2007-04.

312. AMF CDS, 20 mai 2010, SAN-2010-16.

313. AMF CDS, 16 septembre 2010, SAN-2010-20.

314. AMF CDS, 25 juin 2013, SAN-2013-15 ; AMF CDS, 27 octobre 2014, SAN-2014-20.

nouvelle façon de comptabiliser les réserves physiques résultait de l'application des normes IFRS, la société a communiqué au marché une information inexacte et trompeuse au sens de l'article 632-1 du règlement général de l'AMF<sup>315</sup>.

### **Informations prévisionnelles et caractère aléatoire des prévisions**

Par définition, les prévisions sont des informations incertaines. La publication de prévisions exagérément optimistes, qui se sont finalement révélées inexactes ne constitue pas un manquement à l'obligation d'information du public lorsque les informations publiées, fondées sur des éléments objectifs, ont été présentées comme des anticipations dont le caractère aléatoire n'a ni échappé au marché, ni faussé son fonctionnement<sup>316</sup>.

Ce principe devrait s'appliquer de manière identique aux informations de durabilité afin d'écartier toute faute, en permettant aux dirigeants d'indiquer le caractère aléatoire, voire estimatoire des évaluations des risques et des impacts reportés au titre des informations de durabilité.

Spécifiquement, pour les informations prévisionnelles, la jurisprudence a dégagé des critères délimitant les prévisions fautives susceptibles d'entraîner la responsabilité des dirigeants lorsque :

- La délivrance au public de prévisions, et le cas échéant d'objectifs, est susceptible de comporter une indication inexacte, imprécise ou trompeuse.

Il en est ainsi notamment lorsque ces prévisions ou objectifs reposent, au moment où ils sont formulés, sur des **données fausses, lorsqu'ils ne peuvent manifestement être atteints, ou lorsque la façon dont ils sont présentés est susceptible d'induire le public en erreur**.

- Ni la complexité alléguée de la norme, ni un défaut d'alerte des commissaires aux comptes ne sont de nature à exonérer les requérants de leur responsabilité. (V. CA Paris, 7 novembre 2013, n° 12/16808).
- En revanche, la seule circonstance que ces informations ne se réalisent pas ne suffit pas, notamment en ce qui concerne les objectifs, à la caractérisation du manquement<sup>317</sup>.

---

315. AMF CDS, 4 décembre 2008, SAN-2009-06 ; CA Paris, 2 février 2010, n° 09/02623.

316. AMF CDS, 21 avril 2005, SAN-2005-11.

317. En l'espèce, la réaffirmation par l'un des dirigeants de la société d'un objectif de marge opérationnelle de 10 % n'était pas irréaliste compte tenu, d'une part, de ce qu'en 2005 une marge de 8 % avait été atteinte et, d'autre part, de ce qu'en retenant un taux de change de 1,20 dollar/euro, la marge opérationnelle calculée par la société pour 2010 était de 9,8 %. Le grief n'est donc pas caractérisé (AMF CDS, 27 novembre 2009, SAN-2009-33) ; il ne peut être démontré qu'il était impossible pour la société de réaliser le résultat opérationnel prévu et annoncé pour 2006. Dès lors, cette information n'était pas inexacte et n'a pas induit le public en erreur parce que trop optimiste. AMF CDS, 27 novembre 2009, SAN-2009-33.

- L'absence de démonstration d'une intention ou de la connaissance du caractère inexact, imprécis ou insincère de l'information : le caractère intentionnel du manquement n'est pas exigé dès lors qu'il s'agit d'un manquement objectif qui ne nécessite pas, pour qu'il soit imputable au dirigeant de l'émetteur, la démonstration ni d'une intention ni de la connaissance du caractère inexact, imprécis ou insincère de l'information donnée au public<sup>318</sup>.

Bien que l'intention ne soit pas exigée, la jurisprudence retient une possibilité d'exempter de responsabilité le dirigeant qu'en cas de circonstances particulières l'ayant privé de l'exercice total ou partiel de ses fonctions<sup>319</sup>.

Au vu de tout ce qui précède, l'ensemble de ces critères devrait, par conséquent, être invoqué en cas de manquements recherchés à l'encontre des dirigeants, outre les nouveaux cas jurisprudentiels qui se poseront au regard de la complexité, de la diversité, et des décisions stratégiques retenues en vue de se conformer et de mettre en œuvre ces obligations de durabilité et de vigilance.

---

318. AMF CDS, 6 mai 2014, SAN-2014-05.

319. AMF CDS, 7 mai 2018, SAN-2018-06 ; AMF CDS, 17 avril 2019, SAN-2019-04.











4, rue de la Planche 75007 Paris  
Tél.: 01 53 63 40 04  
[www.leclubdesjuristes.com](http://www.leclubdesjuristes.com)

RETROUVEZ-NOUS SUR     