

Dossier

Entreprises et environnement

Introduction rédigée par :



JEAN-NICOLAS CLÉMENT,
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS, ASSOCIÉ,
CABINET GIDE LOYRETTE NOUËL

La crise du Covid-19 et le marasme dans lequel elle a, en quelques mois, plongé les économies font renaître des débats qui paraissent oubliés : à cet égard, les appels répétés pour une reprise de la croissance dans des conditions respectueuses de l'environnement cachent mal en effet la crainte que le soutien aux entreprises, et partant à l'emploi, ne se fassent au détriment d'une préoccupation environnementale qui se trouverait reléguée au second plan.

Il est vrai que les relations entre les entreprises et la protection de l'environnement ont souvent prêté à la caricature. Selon certains, les entreprises toutes dévouées au monde agile de la croissance et de l'emploi seraient entravées par le droit de l'environnement, ce mille-feuille pesant et complexe de législations, qui plus est porté dans notre pays par un régime de police administrative forcément présenté comme tatillon. Pour d'autres à l'inverse, les entreprises mues par le seul souci du profit se trouveraient cyniquement à l'origine de toutes les atteintes subies par les milieux et seraient insensibles à la préoccupation environnementale, de telle sorte que seul un régime répressif

strict pourrait les contraindre au respect des règles en la matière.

Aucune de ces deux visions n'est fondée : il ne faut pas craindre d'affirmer qu'elles ne l'ont jamais été ou du moins jamais été jusqu'aux points extrêmes de ces caricatures ; il est, de plus, fort à gager que le débat entre l'environnemental et l'économique, même s'il n'est jamais bien loin, se soit en réalité modifié.

En effet, et à la différence de précédentes crises économiques, les questions environnementales ont pris dans l'opinion une importance jusqu'alors inédite : le constat d'une dégradation de la biodiversité, l'urgence climatique, les liens entre l'environnement et la santé des personnes, tous ces phénomènes sont désormais bien identifiés par le public qui en demande compte aux pouvoirs publics comme aux entreprises.

Mais surtout, s'agissant justement des entreprises, force est de constater que celles-ci sont devenues de véritables acteurs de la protection de l'environnement. Une étape à sur ce point été franchie en quelques années, peu importe que cette évolution des entreprises ait été aiguillonnée par des considérations de marchés et d'attrait de la clientèle, ou qu'elle réponde à des considérations d'image externe ou interne (quelle entreprise peut aujourd'hui se présenter à ses clients avec une image environnementale déplorable et espérer, avec une telle image, conserver ses forces vives ?) ou encore et pourquoi ne pas croire qu'elle soit empreinte de sincérité.

C'est ce changement au sein des entreprises qu'il faut illustrer parce qu'il est sûrement la meilleure réponse à

l'idée qu'il y aurait à balancer entre croissance et emploi et protection de l'environnement. Le changement concerne tout d'abord la relation entre les entreprises et l'environnement qui s'est modifiée en renouvelant la notion de conformité et par l'apparition de nouveaux défis tels celui de l'économie circulaire (V. ce numéro, *CDE 2020, dossier 22*) ; c'est ensuite des secteurs de l'activité économique qui se sont verdis et, à cet égard, le secteur de l'immobilier d'entreprise est parfaitement illustratif (V. ce numéro,

CDE 2020, dossier 23) ; ce sont des notions classiques telle celle de responsabilité des administrateurs qui inclut désormais une dimension environnementale, notamment face aux changements climatiques (V. ce numéro, *CDE 2020, dossier 24*) ; ce sont enfin de nouveaux véhicules qui sont empruntés par la préoccupation environnementale, comme c'est le cas s'agissant des fondations (V. ce numéro, *CDE 2020, dossier 25*).

RELATIONS ENTRE ENTREPRISES ET ENVIRONNEMENT

22 LES ENTREPRISES FACE AU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Permanence et nouveaux défis

Article rédigé par :

Jean-Nicolas CLÉMENT,
avocat au Barreau de Paris, associé,
cabinet Gide Loyrette Nouel



Si il fallait s'aventurer à une définition de ce qu'est le droit de l'environnement, il pourrait être avancé qu'il vise à l'appréhension par le droit des milieux dans toutes leurs composantes et à l'encadrement des rapports entre ces milieux et les personnes. Si ce corps de règles se trouve désormais rassemblé et codifié dans un Code de l'environnement, celui-ci ne l'enferme pas en son entier : il suffit pour s'en convaincre de constater que l'une des évolutions récentes les plus significatives de notre droit de l'environnement, à savoir la reconnaissance du préjudice environnemental, se trouve – logiquement s'agissant d'une problématique de responsabilité – inscrite aux articles 1246 et suivants du Code civil.

Quoi qu'il en soit de sa codification, examiner les rapports entre le droit de l'environnement et les entreprises, c'est par conséquent examiner comment ce corps de règles à la vocation particulière vient, aujourd'hui et dans un secteur donné, s'appliquer aux comportements des agents économiques, encadrer ceux-ci et, à travers cet encadrement, influencer sur leurs actions et stratégies.

À cet égard, force est de constater que les rapports entre les entreprises et le droit de l'environnement ont lentement mais incontestablement évolués. Tout d'abord, ressentie comme une contrainte qu'il fallait éviter ou contourner, la préoccupation environnementale, comme son vecteur juridique que constitue le droit de l'environnement, sont devenus des habitudes et se sont progressivement intégrés dans les choix opérationnels voire stratégiques des entreprises. Mais cette deuxième étape où la préoccupation environnementale s'est trouvée assumée par les entreprises se trouve depuis quelques années dépassée : désormais, la protection de l'environnement est revendiquée par les entreprises que ce soit à titre commer-

cial, ou plus profondément comme un but à poursuivre, comme un objectif majeur.

Les raisons de cette évolution, qui n'est sûrement pas achevée, sont complexes. Il est en tous cas certain que cette évolution est, au plan micro-économique des entreprises, le reflet des changements sociétaux plus globaux. Sous l'aspect du droit, s'il fallait trouver un témoin de ces changements globaux, la jurisprudence constitutionnelle en serait une excellente illustration. La mémoire en est encore fraîche : par sa décision du 31 janvier 2020¹, le Conseil constitutionnel a ainsi dégagé du Préambule de la Charte de l'environnement² un

1. V. *Cons. const.*, 31 janv. 2020, n° 2019-823 QPC, *Union des industries de la protection des plantes* : *JurisData* n° 2020-001036.
2. « L'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel (...) l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains (...) la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation (...) afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins ».

objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, et de protection de la santé, objectif qu'il appartient au législateur de concilier avec la liberté d'entreprendre telle que celle-ci découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel avait déjà fondé sur les dispositions de la Charte de l'environnement, une obligation de vigilance qui, propre à la matière environnementale, pèse désormais sur tous. À cet égard, dans sa décision du 8 avril 2011³, le Conseil constitutionnel en combinant les articles 1 et 2 de cette Charte a dégagé ce devoir de vigilance en considérant « que les articles 1^{er} et 2 de la Charte de l'environnement disposent : « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. – Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* » ; (...) qu'il résulte de ces dispositions que chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité ; qu'il est loisible au législateur de définir les conditions dans lesquelles une action en responsabilité peut être engagée sur le fondement de la violation de cette obligation ; que, toutefois, il ne saurait, dans l'exercice de cette compétence, restreindre le droit d'agir en responsabilité dans des conditions qui en dénaturent la portée⁴. Le Conseil constitutionnel a donné au devoir de vigilance environnementale une portée absolument générale en indiquant dans la même décision « que le respect des droits et devoirs énoncés en termes généraux par ces articles s'impose non seulement aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif mais également à l'ensemble des personnes »⁵.

Valeur constitutionnelle de la protection de l'environnement à laquelle se confrontent les libertés publiques, et impératif de vigilance pesant sur tous : le changement est global et conduit forcément à un réajustement de la position des acteurs économiques. Ce qu'il faut tenter de mesurer ici, c'est comment ce repositionnement se traduit dans la vie des entreprises et la façon dont celles-ci se situent donc aujourd'hui par rapport aux instruments du droit de l'environnement. À ce titre, le constat doit être fait d'un double mouvement : celui de la permanence du devoir de conformité (1) et celui de nouveaux défis qui doivent être relevés (2).

1. La permanence de l'obligation de conformité

Pour des raisons tenant à son histoire, le droit de l'environnement s'exprime pour l'essentiel sous la forme de polices administratives dont le respect est, si besoin, assuré par des sanctions relevant d'une répression administrative comme d'une répression au plan pénal des comportements déviants. Il est donc pas surprenant que, sous une telle contrainte, les

entreprises se conforment aux règles et procédures du droit de l'environnement.

Mais l'évolution du rapport des entreprises au droit de l'environnement se manifeste ici en ce que de l'obligation de conformité à une norme imposée de l'extérieur à l'entreprise s'est intériorisée au sein de celle-ci : dit autrement, à la seule peur du gendarme, s'est ajouté le besoin de l'entreprise de faire de la contrainte environnementale un vecteur de progrès interne.

A. - La conformité imposée à l'entreprise

Le droit de l'environnement véhicule par lui-même une obligation forte de conformité. – Le comportement des acteurs économiques est en effet fortement encadré et leurs possibilités de choix plus restreintes que dans d'autres branches du droit.

La première raison qui fait que la conformité a une valeur essentielle réside dans le fait que, au plan de la technique juridique, le droit de l'environnement et ses préoccupations se trouvent portés par des régimes relevant de la catégorie des polices administratives spéciales. Il en résulte un encadrement juridique fort des libertés publiques (droit de propriété, liberté du commerce et de l'industrie, liberté d'entreprendre, etc.) : l'activité économique identifiée comme portant atteinte à l'environnement ne peut donc s'exercer que dans les conditions prévues par les textes à titre général ou individuel. Par ailleurs, la coercition y est forte : en effet, la méconnaissance de la règle environnementale est assortie de sanctions pénales lourdes que les tribunaux hésitent de moins en moins à prononcer ; elle est également assortie de sanctions administratives qui, débutant par une mise en demeure de se conformer à la règle méconnue, peuvent dans certaines circonstances aller jusqu'à la fermeture du site.

La deuxième raison à l'origine de l'obligation de conformité en la matière réside dans le fait que les activités relevant du champ du droit de l'environnement sont souvent des activités qui, par leur nature même, présentent des risques pour la santé, l'environnement et la biodiversité. Or, la réponse à ces dangers et inconvénients réside dans l'édiction de prescriptions d'exploitation, d'une part, par la loi ou le règlement, d'autre part, par des décisions individuelles prises par le préfet, prescriptions d'exploitation qui constituent la charte de l'exploitation de l'installation concernée. Dès lors qu'existe un tel référentiel prescriptif au plus près de l'activité exercée, les choix des acteurs économiques sont forcément plus limités.

Enfin, la troisième raison de cette prégnance naturelle de la notion de conformité dans la sphère environnementale réside dans le caractère essentiellement technique de la régulation s'exerçant en la matière. C'est ainsi par exemple que les textes édictent des normes le plus souvent exprimées en volume, en température, en composition chimique ou physico-chimique, en poids ou en pourcentage. Il en résulte une appréciation très binaire des comportements et l'absence de prise en compte de toute considération subjective tenant aux intentions, bonnes ou mauvaises, de l'opérateur économique concerné.

La contrainte que le droit de l'environnement fait peser sur les entreprises est donc forte. – Sans que celle-ci soit

3. V. Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-116 QPC, Michel Z. et Catherine J.

4. V. Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-116, préc., pt 4.

5. Ibid.

allégée, cette contrainte semble désormais plus lisible qu'elle ne le fut. Elle s'accompagne cependant d'une aggravation des sanctions en cas de méconnaissance de la norme.

À ce titre, il est souvent fait au droit de l'environnement le grief d'une trop forte instabilité faisant obstacle à la prévisibilité nécessaire à la sérénité des engagements économiques : nul ne niera que cette impression fut un temps globalement exacte. Néanmoins, il faut reconnaître que ce sentiment est commun à de nombreux corps de législation et, si le droit de l'environnement paraît moins solide, c'est probablement parce qu'il s'agit d'un droit plus neuf que d'autres ; de même, le droit n'étant souvent que le reflet des préoccupations qui structurent les sociétés, il lui faut s'adapter pour répondre aux attentes croissantes des individus en la matière qui se sont elles aussi transformées en un temps relativement bref.

Force est cependant de constater que le droit de l'environnement s'est rationalisé en se polarisant autour de quelques règles structurantes (le droit des installations classées plus que jamais devenu le modèle des législations du droit de l'environnement industriel, les principes d'information et de participation du public ou encore la notion de biodiversité et de protection de cette dernière...) ; construit sur des bases de grammaire commune qui l'irriguent, le droit de l'environnement est, partant, plus lisible et il plus facile de se positionner par rapport à ses règles et principes en termes de conformité.

Cette plus grande lisibilité s'accompagne en revanche d'une aggravation des mécanismes de sanctions. Il a déjà été indiqué que la méconnaissance de la règle environnementale est susceptible d'être sanctionnée tant au plan pénal qu'administratif. Il faut souligner que si la répression en la matière a longtemps pu apparaître de faible ampleur – même s'il faut se garder de l'effet d'optique d'une telle généralité –, tel n'est certainement plus le cas : l'administration comme les tribunaux n'hésitent pas à faire usage de leurs pouvoirs et les condamnations sont souvent lourdes. Le projet de loi sur la nouvelle justice pour l'environnement adopté en première lecture par le Sénat en février 2020 viendra encore renforcer la réponse pénale en la matière.

Bien plus, la sanction va maintenant au-delà de l'approche juridique et de la condamnation judiciaire. De fait, au-delà de celle-ci, la violation par l'entreprise des obligations qui sont les siennes en matière environnementale peut désormais se trouver sanctionnée en termes d'image et de réputation : à cet égard, le tribunal de l'opinion comme celui des marchés prononcent, sans beaucoup de garanties, des condamnations aux effets aussi immédiats que dévastateurs et qui seront parfois plus difficiles à surmonter que la sanction judiciaire.

B. - La conformité à la règle environnementale revendiquée par l'entreprise

Le changement le plus frappant en la matière réside dans le fait qu'en parallèle de la contrainte qui continue – et continuera – de peser de l'extérieur sur les entreprises s'agissant de leurs obligations environnementales, le besoin de conformité provient également de l'intérieur des entreprises.

Dit autrement, un premier changement porte sur la localisation de la source de conformité : à la conformité imposée de

l'extérieur par les textes, par l'administration qui les applique et le juge qui contrôle leur application et éventuellement sanctionne les manquements à ceux-ci, s'ajoute désormais une source interne. L'entreprise est souvent elle-même à l'origine du référentiel de conformité et de son application : c'est ainsi que les entreprises viennent créer la norme en s'engageant volontairement en faveur de la protection de l'environnement et pour certaines en se dotant de règles internes plus formalisées le plus souvent sous forme de chartes ; ces engagements et règles sont sources de contrôle et de responsabilités nouvelles pour les entreprises, à la fois au plan judiciaire (des violations à des engagements internes ont ainsi pu être retenues comme éléments constitutifs de l'intention délictuelle du prévenu), et au plan de la communication.

Ce changement de perspective quant à l'origine du besoin de conformité s'accompagne également d'un changement de dimension au plan temporel. En effet, à l'appréciation statique de la conformité à un moment donné, se substitue une analyse plus dynamique de cette conformité : l'entreprise sort ainsi d'une position binaire (au jour du contrôle, l'entreprise est-elle conforme ou non à la règle ?) pour entrer dans la durée (si l'entreprise est aujourd'hui en conformité avec la règle, le sera-t-elle demain et à la lumière de l'expérience passée sera-t-elle demain en mesure de rester conforme ?).

Cette obligation renouvelée de conformité va se manifester de plusieurs façons au plan structurel comme matériel. Tout d'abord, au plan structurel plusieurs entreprises se sont dotées d'organes – certes internes à celles-ci même s'ils intègrent parfois des tiers – bénéficiant d'une certaine indépendance et qui ont pour mission de porter un regard extérieur sur la définition de la politique environnementale générale de l'entreprise ou la prise des décisions structurantes et engageantes en la matière. Quant aux mesures matérielles, de nombreuses entreprises se sont désormais engagées dans des politiques de compliance environnementale et dressent désormais une cartographie de leurs risques environnementaux destinée, d'une part, à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation, et d'autre part et surtout, à définir les moyens d'y remédier dans une démarche corrective dans la durée.

2. Les nouveaux défis

Les défis à relever par les entreprises dans leurs relations avec le droit de l'environnement sont nombreux. Parmi ceux-ci, le défi climatique est peut-être le plus prégnant, tant la prise de conscience du changement climatique et de ses conséquences ressenties comme de plus en plus immédiates et inéluctables, est devenue commune. Il n'en reste pas moins qu'en l'état la préoccupation climatique relève davantage de la *soft law* environnementale – et elle en illustre d'ailleurs la puissance – : en effet, aucune entreprise n'a été à ce jour condamnée dans le cadre de tels contentieux, et il est peu probable que ceci arrive à court terme sauf à une reconfiguration du paradigme juridique de la responsabilité⁶ ; quant à la voie détournée qui

6. Sur la difficulté, en l'état actuel des conditions d'engagement de la responsabilité civile, de voir prospérer les contentieux climatiques, V. F.

consiste à rechercher la responsabilité des entreprises par le biais de leur conformité à des obligations telles que celles relatives à leur rapport de vigilance, la jurisprudence reste à construire.

Il est en revanche deux défis reposant désormais sur des obligations notamment textuelles bien établies, qui sont à relever : le premier confronte les entreprises à la préservation de la biodiversité telle que celle-ci s'est trouvée définie par la loi du 8 août 2016 ; le second tient au renouveau de l'économie circulaire par la loi du 10 février 2020.

A. - Les entreprises au défi de la préservation de la biodiversité

Avec l'introduction dans notre droit, en 2016⁷, de la notion de biodiversité, la relation des individus notamment les entreprises avec les milieux est entrée dans une nouvelle dimension. – Certes depuis la loi du 10 juillet 1976⁸, « *La protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent* » étaient reconnus d'intérêt général. Mais une telle définition s'avérait par nature restreinte puisqu'elle énumérait les composantes des milieux qui se trouvaient concernées ; elle s'avérait également limitée en ne prenant pas en compte les interactions entre les différentes composantes du milieu et son évolution.

Dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016, l'article L. 110-1 du Code de l'environnement dispose désormais que font partie du patrimoine commun de la nation « *les êtres vivants et la biodiversité* » mais aussi « *les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air* », étant précisé que « *Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage* » et que « *Les processus biologiques, les sols et la géodiversité concourent à la constitution de ce patrimoine* ».

Bien plus, et tirant acte de la mutabilité des milieux et de leurs interactions, la biodiversité se trouve désormais définie à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement comme « *la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants* ». Cette définition de la biodiversité qui se fonde sur le vivant dans toutes ses formes, mêmes les plus élémentaires, a été complétée le 1^{er} janvier 2020 par une définition de la géodiversité qui inclut « *la diversité géologique, géomorphologique, hydrologique et pédologique ainsi que l'ensemble des processus dynamiques qui les régissent, y compris dans leurs interactions avec la faune, la flore et le climat* ».

G. Trébulle, *Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ?* : Énergie – Env. – Infrastr. 2018, dossier 24.

7. L. n° 2016-1087, 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages : JO 9 août 2016, texte n° 2.

8. L. n° 76-629, 10 juill. 1976 relative à la protection de la nature : JO 13 juill. 1976, p. 4203.

À travers ces définitions de portée générale, c'est donc l'ensemble du vivant qui se trouve appréhendé dans toute sa diversité, sans aucune restriction tenant à son contenu – l'espèce humaine relevant du vivant en est ainsi une composante –, ni à son emprise – la référence aux écosystèmes est générale –. Mais à cet élargissement du champ d'application de la préoccupation environnementale, s'ajoute également une épaisseur temporelle puisque si la biodiversité englobe toute la diversité du vivant, elle prend également en considération son évolution en intégrant les échanges au sein des espèces et milieux comme les services écologiques.

Les conséquences de l'introduction dans notre droit du concept de biodiversité renouvellent forcément l'approche que les entreprises doivent avoir vis-à-vis de l'environnement. – Il sera tout d'abord relevé que l'introduction de la biodiversité dans notre droit et l'accent mis par elle sur les solidarités et les interactions existantes entre les êtres vivants conduit à revaloriser les milieux et espèces ordinaires, à savoir ceux qui ne font pas l'objet d'une reconnaissance particulière par le droit et partant d'une protection spécifique. De fait, si les réflexions et débats se sont focalisés sur les espèces animales ou végétales protégées – c'est-à-dire celles qui ont été répertoriées sur des listes limitatives – et l'interdiction posée par les textes (V. C. *envir.*, art. L. 411-1 et s.) de leur porter atteinte sous peine de sanctions, la biodiversité place sous protection l'ensemble des milieux ou des espèces, fussent-ils « ordinaires ». Le souci de protection de l'environnement devient encore plus global et les acteurs économiques doivent apprendre à considérer les milieux comme un tout.

De même, l'introduction dans notre droit de la biodiversité a conduit à renouveler la réflexion s'agissant du concept d'action corrective à la source, la loi du 8 août 2016 disposant que celui-ci « *implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit, à défaut d'en réduire la portée [et] enfin et en dernier lieu de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites en tenant compte des espèces des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées* ». Ce faisant, et même si elle lui préexistait, la loi du 8 août 2016 vient imposer en termes particulièrement forts la séquence vertueuse dite « ERC » (éviter – réduire – compenser).

Le caractère impératif de cette séquence ERC vient obliger les acteurs économiques en faisant obstacle à toute facilité, notamment à celle qui consisterait à considérer que, dès lors qu'il y a compensation, peu importe les impacts et atteintes portés aux milieux : en effet, il faut ne pas aller directement à la compensation pour pallier les atteintes résultant pour les milieux et espèces de leur activité, mais tout d'abord chercher – en pouvant le justifier – à supprimer ces nuisances, à défaut à en réduire l'ampleur et les effets. Ce n'est seulement que dans le cas où subsisteraient des nuisances résiduelles, dont il est établi qu'elles ne sauraient être davantage réduites à défaut d'avoir été supprimées, qu'il sera possible de recourir à une compensation. Loin d'une solution de consolation voire de confort, la compensation apparaît comme le constat d'une forme d'échec, une solution de dernier ressort, en tous cas une situation où, dans un état technico-économique donné, il n'a pas été possible de définir des mesures de suppression puis de

réduction telles qu'il n'existerait pas d'atteintes à l'environnement.

Par ailleurs, la séquence ERC est d'autant plus forte que la compensation ainsi mise en œuvre, à défaut de toute autre solution alternative, doit s'effectuer en respectant l'objectif énoncé à l'article L. 163-1 du Code de l'environnement d'une « atteinte de perte nette voire de gain de biodiversité ». Le principe se voit doté par le législateur d'une dynamique propre. D'une part, c'est bien la biodiversité, donc l'ensemble du vivant, qui se trouve concerné ; d'autre part, la référence à l'absence non pas d'une perte, mais d'une absence de perte nette, conduit inmanquablement à une logique de bilan où ce sont bien toutes les atteintes directes mais aussi indirectes, car fruit des interactions et des évolutions des milieux, qui se trouvent pesées et comptabilisées.

Enfin, le concept oblige les acteurs économiques à réfléchir en termes non seulement de compensation mais aussi de restauration. C'est là l'une des fonctions des ratios de compensation supérieur à 1, le gain de biodiversité permettant de réparer les atteintes fruits des activités humaines passées.

B. - Les entreprises et le défi de l'économie circulaire

La prise de conscience du caractère limité et menacé des ressources naturelles s'est accompagnée d'une réflexion sur le modèle de l'économie linéaire (extraire, fabriquer, consommer, jeter) qui a longtemps prévalu et le moyen d'y substituer le modèle d'une économie dite circulaire. Pour reprendre une définition classique issue de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte⁹ : « La transition vers une économie circulaire vise à dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires ainsi que, par ordre de priorité, à la prévention de la production de déchets, notamment par le réemploi des produits, et, suivant la hiérarchie des modes de traitement des déchets, à une réutilisation, à un recyclage ou, à défaut, à une valorisation des déchets » (C. env., art. L. 110-1-1).

Ces dispositions fondatrices de la loi du 18 août 2015 ont trouvé leur point actuel d'achèvement dans le vote de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire¹⁰ qui, à travers ses 130 articles, se veut le moteur du changement des modèles de production et de consommation, ce dans la perspective d'une réduction des déchets et d'une préservation des ressources, de la biodiversité et du climat.

Sans revenir dans le détail sur chacun des aspects de l'économie circulaire – qui d'ailleurs ne concernent pas tous les entreprises –, deux exemples peuvent être donnés pour illustrer le changement que ce nouveau modèle vient initier pour les acteurs économiques.

Le premier exemple qui retiendra l'attention est celui des engagements pour la croissance verte : en effet, ce mécanisme

original, s'il n'inaugure pas totalement la chose, illustre tout du moins un nouveau type de relations entre l'administration et les industriels porteurs de projet.

En effet, renversant le modèle de la relation administrative classique où les administrés reçoivent textes et décisions unilatérales qu'il leur appartient d'appliquer sous le contrôle des services de l'État, ce sont les industriels et acteurs économiques qui vont initier la démarche et la relation avec l'administration. De fait, dans le cadre de ces engagements, les acteurs économiques vont, pour un secteur ou une activité précis(e), proposer aux pouvoirs publics d'accélérer la transition vers l'économie circulaire, en identifiant les freins qu'ils ressentent et les moyens de les voir levés. Au terme d'un dialogue, les industriels et pouvoirs publics vont alors prendre des engagements contractuels réciproques ; ceux-ci conclus pour une durée de trois ans portent un triple objectif : d'une part, lever les freins identifiés par les acteurs économiques notamment ceux liés à l'innovation pour la transition écologique, d'autre part, clarifier à droit constant l'interprétation de textes réglementaires et en faciliter l'application, et enfin, valoriser les projets innovants en matière d'économie circulaire pour en assurer la diffusion à l'ensemble de la filière concernée¹¹.

Le second exemple pouvant illustrer l'impulsion nouvelle découlant du concept d'économie circulaire réside dans les règles posées par la loi du 10 février 2020 s'agissant de la responsabilité élargie du producteur.

Le concept de cette responsabilité élargie n'est pas nouveau, mais il se trouve doté d'un nouveau champ d'application particulièrement étendu énoncé à l'article L. 541-10-1 nouveau du Code de l'environnement qui vient ajouter aux secteurs et filières déjà existants.

Quant au contenu de cette responsabilité élargie du producteur, l'article L. 541-10 nouveau du Code de l'environnement précise qu'il « peut être fait obligation à toute personne physique ou morale qui élabore, fabrique, manipule, traite, vend ou importe des produits générateurs de déchets ou des éléments et matériaux entrant dans leur fabrication, dite producteur au sens de la présente sous-section, de pourvoir ou de contribuer à la prévention et à la gestion des déchets qui en proviennent ainsi que d'adopter une démarche d'écoconception des produits, de favoriser l'allongement de la durée de vie desdits produits en assurant au mieux à l'ensemble des réparateurs professionnels et particuliers concernés la disponibilité des moyens indispensables à une maintenance efficiente, de soutenir les réseaux de réemploi, de réutilisation et de réparation tels que ceux gérés par les structures de l'économie sociale et solidaire ou favorisant l'insertion par l'emploi, de contribuer à des projets d'aide au développement en matière de collecte et de traitement de leurs déchets et de développer le recyclage des déchets issus des produits ».

Le but premier de la loi est de développer le recyclage de certains déchets et augmenter la performance de recyclage de ces déchets. Mais il s'agit également de décharger les collectiv-

9. JO 18 août 2015, p. 14263.

10. JO 11 févr. 2020, texte n° 1.

11. Parmi les engagements pour la croissance verte, on relèvera à titre d'exemple celui signé entre la ministre de l'Environnement, l'UNICEM, l'UNPG et le SNBPE relatif à la valorisation et au recyclage des déchets inertes du BTP.

tés territoriales de tout ou partie des coûts de gestion des déchets en transférant le financement du contribuable vers le consommateur, et d'internaliser dans le prix de vente du produit neuf les coûts de gestion de ce produit une fois usagé afin d'inciter les fabricants à s'engager dans une démarche d'éco-conception. Il est donc prévu par l'article L. 541-10 nouveau

du Code de l'environnement que les producteurs s'acquittent de leur obligation en mettant en place collectivement des éco-organismes agréés dont ils assurent la gouvernance et auxquels ils transfèrent leur obligation et versent en contrepartie une contribution financière.

IMMOBILIER D'ENTREPRISE

23 L'IMMOBILIER TERTIAIRE FACE AU DÉFI DE LA NEUTRALITÉ CARBONE

Article rédigé par :

Nicolas PLANCHOT,

avocat au Barreau de Paris, associé,
cabinet Gide Loyrette Nouel

Marie PASTIER-MOLLET,

avocat au Barreau de Paris,
cabinet Gide Loyrette Nouel



Face au défi de la lutte contre le changement climatique, focus sur la RE 2020 et le décret tertiaire, timides avancées vers l'objectif de neutralité carbone à horizon 2050.

1. Introduction

La lutte contre le changement climatique est en passe de devenir un combat unanimement partagé, par les pouvoirs politiques, mais aussi par la société civile et notamment les grandes entreprises avec par exemple l'initiative « Climate Action 100+ »¹ ou encore l'association des entreprises pour l'environnement « EPE »².

Cette dernière a ainsi publié le 5 mai 2020, à l'initiative de son président, Jean-Laurent Bonnafé, administrateur directeur général de BNP Paribas, une tribune collective regroupant plus de quatre-vingt-dix dirigeants d'entreprises françaises et internationales, appelant à mettre l'environnement au cœur de la relance économique, notamment par un soutien renforcé à la rénovation énergétique des logements et bâtiments, tertiaires publics et privés³.

Bien entendu, nombreux sont encore les opposants, plus ou moins déclarés, à toute idée de lutte contre le réchauffement climatique et promoteurs du « *business as usual* ».

C'est dans ce contexte que l'arsenal juridique qui vise à promouvoir et encadrer la lutte contre le réchauffement clima-

tique ne cesse de s'étoffer, avec comme objectif phare la neutralité carbone⁴.

L'Accord de Paris, en 2015, a été le premier accord international à utiliser la notion de neutralité carbone à l'échelle mondiale. S'en est suivi la fixation d'un objectif de neutralité carbone à horizon 2050 tant au niveau européen que français, notamment par la loi énergie climat du 8 novembre 2019⁵.

Cet objectif de neutralité carbone concerne, par définition, l'ensemble des secteurs de l'économie. Chaque secteur doit répondre à cet enjeu par la mise en place d'une politique sectorielle ciblée tenant compte des particularités et contraintes de l'industrie concernée.

C'est particulièrement le cas de l'industrie immobilière qui représente (tous secteurs confondus) environ 20 % des émissions de gaz à effet de serre⁶, soit le deuxième secteur le plus émetteur en France derrière le transport. L'immobilier ter-

1. V. <http://www.climateaction100.org/>.

2. V. <http://www.epe-asso.org/>.

3. V. <http://www.epe-asso.org/tribunes-et-articles/>.

4. Conformément à l'article 4.1 de l'Accord de Paris, la neutralité carbone est définie comme « l'équilibre entre les émissions anthropiques par les sources et les absorptions anthropiques par les puits de gaz à effet de serre ».

5. L. n° 2019-1147, 8 nov. 2019 relative à l'énergie et au climat : JO 9 nov. 2019, texte n° 1. – V. égal. la proposition de « loi climat » déposée le 4 mars 2020 par la Commission européenne.

6. Le secteur résidentiel/tertiaire est à l'origine de 19 % des émissions nationales, 28 % en considérant les émissions liées à la production d'énergie consommée dans les bâtiments (source : Stratégie Nationale Bas-Carbone 2020).

tière (bureaux, commerces, entrepôts, hôtels, etc.) représente à lui seul 17 % de la consommation énergétique nationale⁷.

Or, selon les indicateurs de suivi des résultats établis la SNBC (Stratégie Nationale Bas Carbone), la baisse des émissions de gaz à effet de serre du bâtiment est trois fois inférieure à ce qu'anticipait la feuille de route climatique de la France⁸.

Fort de ces constats et objectifs, il était donc urgent d'agir pour une industrie dont le poids dans les émissions carbone est si important et l'inertie extrêmement forte compte tenu de la longueur du cycle de vie d'un immeuble.

Les principaux leviers d'actions identifiés à ce jour sont la réduction du bilan carbone des constructions nouvelles et l'amélioration de la performance énergétique du parc existant.

La construction est en effet le premier poste d'émission de CO₂ dans le cycle de vie d'un immeuble, loin devant l'exploitation et le rejet de CO₂ lié à la consommation d'énergie nécessaire au fonctionnement du bâtiment.

Il n'en reste pas moins qu'on ne peut se limiter à l'amélioration des performances des constructions nouvelles et qu'une telle approche serait très certainement insuffisante. En effet, le taux de renouvellement du parc existant est très faible, de l'ordre de 1 % par an, et les opérations de démolition reconstruction s'avèrent très souvent contreproductives sur le plan de la neutralité carbone.

Il apparaît donc essentiel de préserver et améliorer le parc existant en lançant des programmes de travaux de rénovation énergétique et d'amélioration des modalités d'exploitation. Ces mesures devraient ainsi permettre rapidement d'améliorer les performances des nombreuses "passoires énergétiques" qui composent le parc existant pour un coût raisonnable, tant sur le plan économique que sur le plan du carbone.

Les pouvoirs publics ambitionnent donc au travers de deux corps de règles distinctes, la RE 2020 pour les constructions nouvelles et le décret tertiaire pour les bâtiments existants, de définir les règles applicables pour les prochaines années en vue d'orienter progressivement l'industrie immobilière tertiaire vers une neutralité carbone à horizon 2050.

2. Constructions nouvelles et RE 2020

A. - RE 2020, une ambition très forte

La Réglementation Environnementale du bâtiment dite « RE 2020 » est destinée à succéder à la Réglementation Thermique 2012 dite « RT 2012 », laquelle est définie à l'article 4 de la loi « Grenelle I » du 3 août 2009⁹ et détaillée dans son régime par divers arrêtés et décrets dont l'arrêté du 26 octobre 2010 qui en a posé les bases.

La RE 2020 vise également à traduire les objectifs fixés par divers textes comme la loi dite « ELAN » du 23 novembre

2018¹⁰, la directive n° 2010/31/UE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 sur la performance énergétique des bâtiments¹¹ ou bien encore l'Accord de Paris sur le climat.

Aux fins de s'inscrire dans l'objectif de lutte contre la crise climatique posé par ces normes et conformément au communiqué de presse publié par le ministère de la Cohésion des territoires du 14 janvier 2020, la RE 2020 poursuit trois objectifs majeurs :

- diminuer l'impact sur le climat des bâtiments neufs en prenant en compte l'ensemble des émissions carbone du bâtiment sur son cycle de vie, dès la construction ;
- poursuivre l'amélioration de la performance énergétique et la baisse des consommations des bâtiments neufs ;
- adapter les bâtiments neufs aux conditions climatiques futures.

La RE 2020 a ainsi vocation à « modifier en profondeur la façon de concevoir et de construire les bâtiments de demain ». Le glissement sémantique opéré dans la dénomination de cette réglementation faisant suite à la RT 2012 en est la parfaite illustration. Dorénavant, la RE 2020 inclura les émissions de gaz à effet de serre des bâtiments, de leur construction jusqu'à leur déconstruction, et ce dans une logique d'analyse du cycle de vie. À ce titre et à titre d'illustration, la nouvelle réglementation prendra en compte la capacité des matériaux de construction à stocker du carbone, comme par exemple le bois.

La RE 2020 marque d'ailleurs une nouvelle étape dans la co-construction avec les professionnels du bâtiment d'une réglementation pragmatique et ambitieuse puisqu'elle découle directement de l'expérimentation lancée dès juillet 2016 avec la création du label E+ C- (Energie +, Carbone -), d'ores et déjà mise en œuvre par les promoteurs tertiaires à titre volontaire pour certains projets d'exception.

B. - Calendrier

L'expérimentation de la RE 2020 lancée en juillet 2016 avec la création du label E+ C- a permis d'établir les bases de la méthode d'évaluation de la performance environnementale des bâtiments. Les différents retours des projets lancés dans ce cadre – dont environ 150 bâtiments tertiaires – ont permis d'enrichir les analyses techniques fournies par les 15 groupes d'expertise concurremment constitués.

Un processus de concertation, co-piloté par le Conseil Supérieur de la Construction et de l'Efficacité Énergétique (CSCEE) et les ministères de la Cohésion des territoires et de la Transition écologique, a ensuite été conduit au cours de l'année 2019 autour de la méthode d'évaluation réglementaire des performances énergétiques et environnementales ainsi que des indicateurs associés. Grâce à ces travaux et en attendant que les simulations réalisées par le groupe de travail "modélisateur" pour proposer les futurs niveaux d'exigence réglementaire soient rendues, un projet de documents méthodes pour la RE 2020 a été publié le 21 avril 2020 aux fins d'analyser ses effets sur les matériaux, les modes constructifs et les filières du

7. V. CEREMA, *Bâtiments tertiaires : un objectif de 40 % de réduction des consommations dans 10 ans et une obligation d'affichage*, 27 avr. 2020.

8. V. Haut Conseil pour le Climat, *rapp. annuel Neutralité Carbone*, juin 2019.

9. L. n° 2009-967, 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement : JO 5 août 2009, p. 13031.

10. L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique : JO 24 nov. 2018, texte n) 1.

11. JOUE n° L 153, 18 juin 2010, p. 13.

bâtiment et d'arrêter les paramètres et objectifs de la réglementation en vue d'une publication des textes réglementaires d'ici l'automne 2020¹².

Toutefois, en raison de la propagation de l'épidémie de Covid-19, le calendrier d'élaboration de la RE 2020 a été modifié.

La promulgation des décrets et arrêtés nécessaires à sa mise en œuvre n'interviendra dorénavant qu'entre la fin de l'année 2020 et le début de l'année 2021, tandis que la nouvelle réglementation entrera en vigueur à l'été 2021, comme l'a annoncé le ministère de la Cohésion des territoires par un communiqué en date du 7 mai 2020.

Ce dispositif fait par ailleurs l'objet de vives critiques comme en témoignent la lettre ouverte de dix-huit organisations professionnelles adressée au gouvernement le 9 juin dernier et le recours introduit par l'Association française du gaz (AFG) devant le Conseil d'État le 12 juin dernier pour demander l'annulation partielle du décret du 21 avril 2020 concernant la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE)¹³ ayant un impact sur la RE 2020.

C. - Champ d'application et force obligatoire

Le champ d'application de la RE 2020, appelée à remplacer la RT 2012, se limitera aux bâtiments nouveaux et aux parties nouvelles de bâtiments existants et devrait porter, conformément à l'article R. 111-20 du Code de la construction et de l'habitation, sur les mêmes exclusions que la RT 2012.

Bien que le régime des sanctions afférent aux violations des obligations nouvellement imposées par la RE 2020 n'a pas encore été précisé, il y a tout lieu de supposer qu'il sera calqué sur celui d'ores et déjà appliqué en raison des manquements constatés à la RT 2012.

En l'état, le maître d'ouvrage doit fournir, pour chaque bâtiment concerné, un document attestant de la prise en compte, au stade du dépôt du permis de construire, de la RT 2012 (CCH, art. R. 111-20-1). La même obligation existe au stade de l'achèvement des travaux (CCH, art. R. 111-20-3). Il convient à ce titre de noter que dans le cadre du droit de visite et de communication (C. urb., art. L. 461-1) lié à la conformité, le respect de la RT 2012 est susceptible d'être vérifié.

En outre, il existe un risque de mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement (C. civ., art. 1792-6) en présence de réserves liées au non-respect de cette réglementation ou des garanties biennale (C. civ., art. 1792-3) ou décennale (C. civ.,

art. 1792) en cas de dysfonctionnement des éléments d'équipements ou d'impropriété du bâtiment à sa destination.

Cette possibilité reste toutefois limitée. Le législateur a ainsi introduit par la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique¹⁴ un article L. 111-13-1 au Code de la construction et de l'habitation, lequel dispose qu'en matière de performance énergétique, l'impropriété à destination « ne peut être retenue qu'en cas de dommages résultant d'un défaut lié aux produits, à la conception ou à la mise en œuvre de l'ouvrage, de l'un de ses éléments constitutifs ou de l'un de ses éléments d'équipement conduisant, toute condition d'usage et d'entretien prise en compte et jugée appropriée, à une surconsommation énergétique ne permettant l'utilisation de l'ouvrage qu'à un coût exorbitant ». Or, cette notion de « surconsommation » demeure vague et l'exigence relative à la preuve du « coût exorbitant » engendré par l'utilisation de l'ouvrage est de nature à réduire les hypothèses d'application de la garantie décennale en ce domaine, d'autant que l'utilisateur de l'ouvrage devra toujours prouver que l'utilisation et l'entretien sont réalisés de manière « appropriée ». En somme, ces conditions cumulatives renvoient à une définition économique et subjective des désordres subis, rendant difficile tout engagement de la responsabilité des constructeurs au titre de la RT 2012.

Enfin, la responsabilité pénale du maître d'ouvrage et des constructeurs pourrait être engagée, tant au stade de la réalisation du chantier (CCH, art. L. 152-2 et L. 152-3) qu'après son achèvement (CCH, art. L. 152-4) dans la mesure où les obligations de résultat imposées vis-à-vis de certains indicateurs d'efficacité prévus n'auraient pas été respectés. Néanmoins, ces obligations de résultat (relatives aux « Bbio, CEP et TIC ») ne sont contrôlées qu'au regard d'estimations de consommation ou de températures de sorte que les sanctions pénales encourues sont à tempérer. En effet et somme toute « le constructeur ne s'engage qu'à respecter les éléments factuels de sa construction qui lui ont permis de réaliser un calcul conforme à la réglementation dans le logiciel de calcul. Il va donc de soi qu'aucune sanction pénale n'est opposable au maître d'ouvrage et aux intervenants à l'acte de construire dans ce cas précis », comme a alors pu le concéder le ministre de l'Égalité des territoires et du logement¹⁵.

3. Parc existant et décret tertiaire

A. - Présentation du décret tertiaire

C'est dans le cadre de la loi ELAN¹⁶ que les pouvoirs publics ont posé le principe des actions devant être mises en œuvre dans les bâtiments à usage tertiaire pour parvenir aux objectifs chiffrés de réduction de la consommation d'énergie finale¹⁷

12. À noter que l'indicateur « bilan Bepos » va être supprimé. Cette suppression interroge car l'indicateur était supposé être au cœur de l'évaluation énergétique des bâtiments et utilisé dans le cadre de l'expérimentation E+ C- et était perçu comme un excellent élément de définition d'un bâtiment à énergie positive. Son abandon induit que certaines typologies de consommation d'énergie seront maintenant exclues de l'évaluation de la performance énergétique. Cet indicateur est défini par l'arrêté du 10 avril 2017 et dresse le bilan énergétique global d'une construction, en ce inclus les consommations d'électricité à usages spécifiques (bureautiques, etc.) et la production d'énergie renouvelable. Il permet l'évaluation de la consommation d'énergie du bâtiment par l'attribution d'une note allant de 1 à 4. À partir d'Énergie 3, on parle de « bâtiment passif » et avec Énergie 4, on atteint le niveau « bâtiment à énergie positive ».

13. D. n° 2020-456, 21 avr. 2020 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie : JO 23 avr. 2020, texte n° 3.

14. L. n° 2015-992, 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte : JO 18 août 2015, p. 14263.

15. V. JOAN Q n° 18534, 21 mars 2017, p. 2372.

16. L. n° 2018-1021, 23 nov. 2018, préc.

17. L'énergie finale, par opposition à l'énergie primaire qui est l'énergie potentielle contenue dans les ressources naturelles, est l'énergie consommée par chaque bâtiment, en tenant compte des pertes lors de la production, du transport et de la transformation du combustible.

« d'au moins 40 % en 2030, 50 % en 2040 et 60 % en 2050 par rapport à 2010 ». Cette obligation est codifiée à l'article L. 111-10-3 du Code de la construction et de l'habitation.

Très attendu après la publication de la loi ELAN, le décret d'application (dit « décret tertiaire ») est paru le 23 juillet 2019¹⁸ et est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2019.

Ce dispositif a été très récemment complété par l'arrêté du 10 avril 2020¹⁹ relatif aux obligations d'actions de réduction des consommations d'énergie finale dans les bâtiments à usage tertiaire pour fixer les modalités techniques de mise en œuvre du décret tertiaire.

Deux autres arrêtés devant préciser les niveaux de consommation de référence à atteindre et les seuils pour chaque catégorie de bâtiment tertiaire ainsi que l'adaptation du dispositif aux territoires ultra-marins, sont encore attendus en 2020.

B. - Objectifs du décret tertiaire

Les objectifs poursuivis par le décret tertiaire sont doubles. Tout d'abord, établir une cartographie des consommations énergétiques des bâtiments « existants » par la collecte de données auprès des propriétaires et utilisateurs. Ensuite, fixer des objectifs de réduction de la consommation énergétique des bâtiments.

Le décret tertiaire ne s'intéresse toutefois qu'à la consommation d'énergie finale du bâtiment et, à ce titre, ne traite qu'une partie (certes importante) des enjeux liés à la neutralité carbone à horizon 2050 du parc immobilier tertiaire existant.

Une campagne sans précédent de collecte des données est donc lancée pour qu'à compter de 2021, les propriétaires et, le cas échéant, les preneurs à bail, communiquent chaque année et avant le 30 septembre, une série d'informations (CCH, art. R. 131-41) sur les actifs soumis au décret tertiaire et enregistrent les relevés de consommations énergétiques relatives à l'année précédente sur la plateforme informatique « OPERAT »²⁰ gérée par l'ADEME²¹.

La prochaine échéance est fixée au 1^{er} janvier 2021, date à laquelle propriétaires et locataires devront avoir déclaré leurs bâtiments (adresse, surface, année de construction et année de consommation énergétique de référence choisie) sur la base des données relatives à l'année 2020. Cela implique d'engager le travail de collecte dès maintenant en vue de la première déclaration de consommation d'énergie qui devra s'effectuer au plus tard le 30 septembre 2021.

Par ce dispositif, la France est ainsi en voie de se doter d'un formidable outil de centralisation, d'analyse et de comparaison des consommations énergétiques des immeubles existants. Cette mesure constitue sans doute la première étape

indispensable et préalable à une politique efficace de réduction des consommations d'énergies.

Outre la communication de données sur la plateforme OPERAT, les propriétaires et occupants devront donc se fixer des objectifs de réduction de la consommation énergétique du bâtiment. Deux méthodes de calcul peuvent, au choix du propriétaire, être retenues pour atteindre le niveau de consommation d'énergie finale en 2030, 2040 et 2050 :

- valeur soit « relative » correspondant à un niveau (%) de consommation d'énergie finale réduit de 40 % pour 2030, 50 % d'ici 2040 et 60 % d'ici 2050 par rapport à une consommation énergétique de référence qui ne peut être antérieure à 2010 ;

- valeur soit « absolue » (nombre de kWh/an/m² consommés par les bâtiments nouveaux de la même catégorie) correspondant à un niveau de consommation d'énergie finale (kWh/an/m²) fixé en fonction de la consommation énergétique des bâtiments nouveaux de leur catégorie.

L'arrêté du 10 avril 2020 renvoie à des formules de calcul applicables pour ajuster le niveau de consommation d'énergie finale à atteindre en fonction des variations climatiques applicables à chaque site.

À noter que les objectifs peuvent être modulés en fonction : de contraintes techniques, architecturales ou patrimoniales relatives aux bâtiments concernés, d'un changement de l'activité exercée dans ces bâtiments ou du volume de cette activité ou encore des coûts manifestement disproportionnés des actions par rapport aux avantages attendus en termes de consommation d'énergie finale.

En conséquence, le texte ne donne pas de garantie sur l'engagement final du propriétaire ou des occupants de réduire la consommation énergétique de manière importante, dès lors par exemple que les travaux devant conduire à réduire la performance énergétique représentent un coût important.

Par ailleurs, la volonté des parties prenantes de se fixer des objectifs de réduction trop ambitieux compte tenu des sanctions applicables en cas de non-respect peut être questionnée : n'auront-elles pas intérêt à se fixer des objectifs *a minima* qu'elles seront certaines de pouvoir tenir ?

C. - Modalités d'application

Le décret tertiaire vise tout « bâtiment », « partie d'un bâtiment » ou « ensemble de bâtiments » hébergeant des activités tertiaires, « marchandes » ou « non marchandes », existants au 24 novembre 2018, et dont « la surface de plancher est supérieure ou égale à 1 000 m² » (CCH, art. R. 131-38).

Sont concernés le propriétaire et, le cas échéant, l'occupant de l'immeuble, étant précisé que la répartition de cette obligation devra faire l'objet d'une négociation entre les parties (CCH, art. L. 111-10-3).

Un élément témoigne du caractère fortement incitatif du dispositif : la preuve du respect de l'obligation devra désormais être annexée, à titre d'information, en cas de vente, à la promesse ou au compromis de vente et, à défaut, à l'acte authentique de vente et en cas de location, au contrat de bail.

La volonté affichée a bien été de mettre en place un cadre législatif contraignant assorti de sanctions. Une des sanctions

18. D. n° 2019-771, 23 juill. 2019 relatif aux obligations d'actions de réduction de la consommation d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire : JO 25 juill. 2019, texte n° 53.

19. A. 10 avr. 2020 relatif aux obligations d'actions de réduction des consommations d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire : JO 3 mai 2020, texte n° 33.

20. Observatoire de la performance énergétique, de la rénovation et des actions du tertiaire.

21. Conformément à A. 10 avr. 2020, préc., art. 12.

est basée sur le principe de « name and shame » : en cas d'absence non justifiée de transmission des données requises sur la plateforme, le préfet peut mettre en demeure le propriétaire ou, le cas échéant, le preneur de respecter ses obligations dans un délai de trois mois, sous peine de la publication de l'intégralité des mises en demeure restées sans effet sur un site internet des services de l'État.

En cas de non-respect de l'objectif de réduction de consommation (CCH, art. R. 131-44), le préfet peut également mettre en demeure les personnes assujetties d'établir un programme d'actions comprenant un échéancier prévisionnel et un plan de financement.

À défaut de transmission du programme d'actions dans le délai de six mois à compter de la première mise en demeure, le préfet peut mettre en demeure individuellement le propriétaire et, le cas échéant, le preneur, d'établir chacun leur programme d'actions, en conformité avec leurs obligations respectives, dans un nouveau délai de trois mois.

Enfin, en l'absence de dépôt d'un programme d'actions à l'expiration du délai de trois mois, la personne assujettie s'expose à une amende administrative d'un montant maximum de 1 500 euros pour les personnes physiques et 7 500 euros pour les personnes morales.

Ces sanctions peuvent apparaître symboliques. Il semblerait que les pouvoirs publics comptent à ce stade plus sur la transparence de l'information et l'émulation qu'elle pourrait provoquer entre les propriétaires et notamment les grandes foncières qui pourront difficilement se permettre d'apparaître comme défaillantes. Cette transparence devrait ainsi rapidement avoir un impact sur la valorisation des actifs et, ainsi, inciter les propriétaires à améliorer les performances des bâtiments tertiaires et, on l'espère, des « passoires énergétiques ».

4. Propos conclusifs

Le décret tertiaire ainsi que la RE 2020 traduisent incontestablement une volonté forte des pouvoirs publics de promouvoir l'amélioration de la performance environnementale des bâtiments tertiaires.

Pour autant, ces mesures semblent être très en deçà de celles qui devraient être prises pour atteindre l'objectif de neutralité carbone à horizon 2050 fixé par les pouvoirs publics.

En effet, pour ce qui concerne les constructions nouvelles devant être réalisées dans les prochaines années, si l'approche globale d'identification et de réduction des émissions carbone tout au long du cycle de vie de l'immeuble doit être saluée, on reste loin d'une norme qui viendrait imposer la neutralité carbone pour tous les nouveaux bâtiments et encore moins la promotion systématique des bâtiments à énergie positive qui

viendraient compenser demain les émissions résiduelles du parc existant qui ne pourraient être supprimées.

Les pouvoirs publics restent en outre très mesurés dans les mécanismes de contrôle et de sanctions du respect de ces normes. À ce jour, rien ne semble prévu pour contrôler le respect de la performance des bâtiments dans le temps et éviter une obsolescence trop rapide de la performance environnementale des nouvelles constructions qui viendraient ruiner les efforts en matière d'amélioration du bilan carbone.

Le décret tertiaire ne s'intéresse, quant à lui, qu'à la question de la consommation énergétique des bâtiments et laisse en l'état de côté une approche plus globale qui prendrait en compte le bilan carbone (direct et indirect) des constructions existantes. Sans doute cette première étape est-elle indispensable tant la consommation énergétique et les consommations de CO₂ qui y sont associées, constituent un des secteurs les plus critiques en matière d'émission de CO₂ en France.

Il reste que le décret tertiaire ne permettra pas à lui seul au parc immobilier existant d'atteindre la neutralité carbone. Dans le meilleur des cas, la consommation énergétique pourra être réduite de 60 % ou atteindre une valeur cible qui reste à déterminer.

Sauf à ce que dans un futur proche les sources d'énergies nécessaires à l'exploitation des bâtiments deviennent massivement décarbonées, le secteur du bâtiment a vocation à rester un secteur largement émetteur de CO₂ et des mécanismes de compensation devront être mis en place, mais à quel prix ?

Une politique progressive qui vise à familiariser les acteurs de l'immobilier (concepteurs, constructeurs, propriétaires, utilisateurs, etc.) avec les problématiques de l'amélioration de la performance environnementale des bâtiments et de neutralité carbone et permet d'établir une cartographie précise des consommations énergétiques du parc existant, le tout assorti de sanctions essentiellement symboliques, constitue une étape cruciale dont il faut se féliciter.

Reste que si l'on croit à la nécessité d'atteindre la neutralité carbone dans une petite trentaine d'années, ces mesures semblent malheureusement insuffisantes et questionnent sur les moyens mis en place par les pouvoirs publics pour respecter l'objectif de neutralité carbone à horizon 2050. Il faut donc espérer une prise de conscience rapide des acteurs et que dans un futur relativement proche, soit prise une nouvelle série de mesures fixant des objectifs beaucoup plus ambitieux, avec une approche globale du bilan carbone et un renforcement significatif des sanctions.

L'actualité récente avec la Convention citoyenne pour le climat qui a rendu ses conclusions le 18 juin dernier, sera peut-être l'élément déclencheur qui ouvrira la voie vers cette nouvelle série de mesures beaucoup plus ambitieuses mais également plus contraignantes.

RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS

24 LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS VIS-À-VIS DE LA SOCIÉTÉ, DE SES ACTIONNAIRES ET DU MARCHÉ EN LIEN AVEC LES ENJEUX CLIMATIQUES

Article rédigé par :

Didier G. MARTIN,
avocat au Barreau de Paris, associé,
cabinet Gide Loyrette Nouel



Les enjeux climatiques s'inscrivent aujourd'hui au cœur de la cartographie des risques, mais aussi de la stratégie d'un nombre croissant d'entreprises. L'importance potentielle de leur incidence pour l'entreprise et les investisseurs soulève la question des risques de mise en cause de la responsabilité des dirigeants et doit inciter à l'adoption de mesures et d'une organisation de la gouvernance à même d'y faire face au mieux.

Le cadre général de la responsabilité en matière environnementale a considérablement évolué au cours de la dernière décennie : le Conseil constitutionnel a pu fonder une obligation de vigilance s'imposant à tous à l'égard des atteintes à l'environnement¹, la notion de préjudice écologique a été intégrée au sein du Code civil (*C. civ.*, art. 1246 à 1252)² tandis que ce dernier dispose dorénavant que toute société doit être gérée « en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » (*C. civ.*, art. 1833³).

On n'en n'est pas encore à reconnaître aisément une responsabilité climatique des entreprises, et *a fortiori* de leurs dirigeants⁴, en raison de la difficulté à établir un lien de causalité entre le dommage et l'action des émetteurs de CO₂⁵.

La loi sur le devoir de vigilance⁶, intégrée à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, impose aux sociétés d'une cer-

1. *Cons. const.*, 8 avr. 2011, déc. n° 2011-116 QPC, Michel Z. et Catherine J.
2. *L. n° 2016-1087*, 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages : JO 9 août 2016, texte n° 2.
3. Tel que modifié par *L. n° 2019-486*, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises : JO 23 mai 2019, texte n° 2.

4. Cela supposerait une faute commise intentionnellement et d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales (*V. Cass. com.*, 20 mai 2003, n° 99-17.092 : *JurisData* n° 2003-019081).
5. V. F. G. Trebule, *Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé ?* : *Énergie – Env. – Infrastr.* 2018, dossier 24.
6. *L. n° 2017-399*, 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : JO 28 mars 2017, texte n° 1.

taine taille⁷ d'établir et de mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance, qui comporte les mesures raisonnables 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 », des sociétés qu'elle contrôle et de ses sous-traitants ou fournisseurs réguliers. Il est aujourd'hui admis que le risque climatique est couvert par les prévisions de cet article. Il peut être source de responsabilité pour les sociétés concernées mais n'offre pas de recours direct des tiers contre les dirigeants de l'entreprise.

Les dirigeants d'entreprise ne sont pourtant pas exempts de tout risque de responsabilité en lien avec les enjeux climatiques, en particulier vis-à-vis de la société qu'ils dirigent, de ses actionnaires et, pour les sociétés cotées, du public, en raison de l'incidence significative que ces enjeux peuvent avoir sur la situation et les perspectives de l'entreprise.

Dans un rapport paru en décembre dernier⁸, l'Institut Français des Administrateurs (IFA) souligne que « l'importance des enjeux, la transformation qu'ils impliquent et l'urgence à agir font du climat un sujet éminemment stratégique pour les entreprises quels que soient leur taille et leur secteur d'activité » et dresse le constat que « la prise en compte du sujet climatique dans les processus de décision, dans le dialogue avec le conseil d'administration et dans la communication ne sont pas toujours conformes à son importance stratégique ».

Cette prise en compte s'impose aussi à de nombreuses sociétés au titre de leurs obligations légales en matière de communication financière ou extra-financière.

L'importance croissante prise aujourd'hui par ces enjeux invite donc à considérer avec attention les risques de mise en cause de la responsabilité des dirigeants qui en résultent vis-à-vis de la société qu'ils dirigent, de ses actionnaires et, pour les sociétés cotées, du public, dans la gestion de la société (1) et dans sa communication financière et extra-financière⁹ (2).

1. La responsabilité des dirigeants en cas de préjudice causé à la société qu'ils dirigent du fait d'une prise en compte défaillante des enjeux climatiques

Pour la *Task Force on Climate-related Financial Disclosure* (TCFD) instituée à l'initiative du G20, le risque climatique

7. Il vise toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger.

8. V. IFA, *rapp.*, *Le rôle du conseil d'administration dans la prise en compte des enjeux climatiques*, déc. 2019.

9. Nous n'aborderons pas ici la responsabilité que les dirigeants d'entreprise pourraient avoir sur le fondement des textes sanctionnant les pratiques commerciales trompeuses, sur lesquels se fonde la mise en examen récente de la société Samsung, au motif que certaines de ses pratiques seraient en contradiction avec sa charte éthique (V. D. G. Martin et D. Dimitrov, *Du devoir de vigilance au devoir de communiquer avec vigilance : Les Echos*, 19 août 2019).

« est l'un des principaux risques, et des moins bien compris, auxquels les organisations font face aujourd'hui »¹⁰. Selon Mark Carney¹¹, gouverneur de la Banque d'Angleterre, particulièrement mobilisé sur ce sujet, il fait même peser un risque vital sur de nombreuses sociétés.

Les préjudices que peuvent subir les entreprises en lien avec les enjeux climatiques sont extrêmement variés et potentiellement très significatifs (A).

La question se pose de savoir si la défaillance dans l'identification, la prévention et le traitement de ces enjeux pourrait faire courir un risque de responsabilité personnelle aux dirigeants de l'entreprise (B).

A. - La variété des préjudices susceptibles d'être subis par une entreprise en lien avec les enjeux climatiques

En matière climatique, le préjudice peut prendre de très nombreuses formes. On classe généralement les risques climatiques en deux catégories : les risques physiques (inondation, sécheresse, fonte des neiges, etc.) qui pèsent sur les actifs ou les ressources de l'entreprise, et les risques de transition (désaffection des clients si les produits ne répondent pas aux exigences attendues en matière environnementale, perte d'attractivité de la marque employeur, dépendance à l'évolution de la réglementation, à l'évolution de la fiscalité, etc.). Ces risques peuvent conduire à une baisse de la valeur des actifs, une hausse du coût des ressources, une difficulté d'accès aux financements, une perte de chiffre d'affaires, un préjudice d'image, la survenance de procès, voire à la remise en cause du modèle économique de l'entreprise.

Dans de très nombreux secteurs, la performance de l'entreprise sur le long terme est donc liée à la pertinence des stratégies mises en œuvre pour éviter les risques ou limiter leur impact et profiter des opportunités liées à ces enjeux. À l'inverse, une mauvaise appréciation des risques ou une stratégie inadaptée peut être à l'origine d'un préjudice pour l'entreprise.

Penser que le temps nécessaire à ce qu'un préjudice se matérialise en matière de réchauffement climatique met les dirigeants actuels à l'abri est un mauvais calcul. Il est vrai que certains préjudices sont susceptibles de se révéler sur le long terme, comme la dégradation progressive du chiffre d'affaires de l'entreprise liée à la désaffection des clients. Mais selon la TCFD, ces impacts potentiels « ne sont pas seulement physiques et ne se manifestent pas seulement sur le long terme »¹². La valeur d'un actif peut ainsi chuter brutalement quand le marché découvre son exposition au changement climatique ou lorsque l'évolution de la réglementation lui fait soudainement perdre toute valeur. Relevons que BP a décidé le 15 juin 2020 de déprécier d'un coup de 20 % la valeur de ses actifs pétroliers¹³.

10. V. TCFD, *rapp. final de recommandations, résumé*, juin 2017.

11. V. Discours prononcé par le gouverneur Mark Carney au Lloyd's (Londres) le 29 septembre 2015, cité par *Les Echos*, 30 sept. 2015.

12. V. TCFD, *rapp. préc., résumé*.

13. V. *Les Echos*, 16 juin 2020 : « La « blue chip » est ainsi la première à s'inscrire si clairement dans le nouveau chapitre redouté pour les énergies carbonées, celui de la facture des « stranded assets », des actifs « bloqués » ou

B. - Une mauvaise prise en compte des enjeux climatiques peut-elle entraîner la mise en cause de la responsabilité des dirigeants d'entreprise ?

1° Principes généraux

En application du droit commun de la responsabilité civile, la mise en cause de la responsabilité d'un dirigeant mandataire social pour le dommage causé à la société par sa gestion nécessite la démonstration d'une faute de gestion, de la violation des statuts ou de la loi, et d'un lien de causalité avec le dommage. Cette faute de gestion, appréciée par rapport à l'intérêt social de la société, n'est pas nécessairement intentionnelle et peut résulter d'une simple négligence.

Le risque lié à une faute de gestion ne concerne pas que les dirigeants exécutifs mais éventuellement les membres non exécutifs du conseil d'administration, en cas notamment de mauvais choix dans les orientations stratégiques, de faute dans les décisions soumises au conseil d'administration ou encore de défaut de surveillance dans la gestion de la société.

Ce risque se trouve renforcé, en matière environnementale, par la nouvelle rédaction de l'article 1833 du Code civil et, pour les sociétés anonymes, des articles L. 225-35 et L. 225-64¹⁴ du Code de commerce.

Ces nouvelles rédactions ont certes pour objet de protéger les intérêts des parties prenantes concernées par ces enjeux, mais en rendant obligatoire l'examen des enjeux sociaux et environnementaux dans la gestion des sociétés et le processus de prise de décision¹⁵, elles font peser sur les dirigeants une obligation renforcée dont peuvent se prévaloir la société elle-même et ses associés¹⁶.

2° Application au cas particulier des enjeux climatiques

Une erreur dans la définition des orientations stratégiques face aux impacts du réchauffement climatique, un défaut dans l'élaboration de la cartographie permettant d'identifier les risques significatifs pour l'entreprise, ou dans la mise en œuvre des actions permettant d'y faire face, l'acquisition d'un actif dont la valeur s'effondre en raison de problèmes rattachables au réchauffement climatique pourraient-ils constituer une faute de gestion ? On ne peut pas l'exclure, même si les décisions de mise en jeu de la responsabilité des membres d'un conseil d'administration, et même de dirigeants exécutifs, sont assez rares pour ce qui touche à la définition de la stratégie de l'entreprise.

À la décharge des dirigeants, il pourra être invoqué que la gestion d'une entreprise suppose de prendre des risques, ce qui implique qu'une stratégie perdante ne suppose pas nécessairement une faute. De ce point de vue, la jurisprudence est abondante en décisions qui exonèrent les dirigeants en rele-

« échoués » sous terre et dans les bilans, car ils ne seront pas utilisés vu le scénario plus noir pour le baril. ».

14. Selon ces articles, les orientations de l'activité de la société et leur mise en œuvre sont déterminées conformément à son intérêt social, « en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».

15. V. D. Porrachia, *De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés* : BJS, juin 2019, p. 40 et s.

16. V. D. Porrachia, *préc.*

vant que la dégradation de la situation de l'entreprise relève de facteurs extérieurs à la volonté des dirigeants et ne traduit pas en soi une faute de leur part¹⁷, mais elle ne fait pas l'économie d'une analyse au cas par cas, et le réchauffement climatique est un fait largement annoncé, même si son rythme de réalisation est incertain. Par ailleurs, de telles erreurs se rattacheront le plus souvent davantage à une insuffisance durable dans la prise en compte desdits enjeux qu'en une décision particulière, de sorte qu'elle sera plus difficilement imputable à un ou plusieurs dirigeants en particulier. Et sauf dévalorisation brutale d'actifs ou dégradation significative de la situation de la société, le préjudice résultant d'une insuffisance durable sera lui aussi difficile à établir et quantifier.

Si la question se pose, elle a des chances de porter sur le point de savoir si la gouvernance et les services de la société ont bien organisé les procédures à même d'identifier les risques et d'y faire face, d'où l'importance, surtout depuis la loi Pacte, d'organiser la gouvernance en conséquence.

2. Le risque de mise en cause de la responsabilité des dirigeants en cas de défaillance dans la communication financière et extra-financière de la société en matière climatique

A. - Obligations des sociétés en matière de communication financière et extra-financière en lien avec les enjeux climatiques

L'importance prise par la lutte contre le réchauffement climatique, la diversité des impacts liés aux enjeux climatiques pour les entreprises, et leur caractère potentiellement très significatif, en font un sujet à part en matière de communication financière et extra-financière, au premier chef, mais non exclusivement, pour les sociétés cotées. Il cristallise l'attention de la communauté des investisseurs du fait de l'incidence que ces enjeux peuvent avoir sur la valeur de leurs investissements, ainsi que celle des pouvoirs publics et des institutions internationales qui voient dans une information détaillée et pertinente sur ces enjeux une manière d'accélérer la transition vers une économie moins carbonée.

Pour certaines sociétés, ces enjeux peuvent se traduire par des problématiques d'information comptable, notamment sur la valorisation d'actifs et les dépréciations devant être passées¹⁸.

Pour les sociétés cotées, ils peuvent aussi donner lieu à des rubriques dédiées dans les facteurs de risque des prospectus ou du document d'enregistrement universel, lorsqu'ils ont un impact significatif sur les perspectives financières ou le modèle économique de l'entreprise.

17. V. CA Versailles, ch. 12, 11 juin 1998, F. c/ SA Holdor : JurisData n° 1998-210599. – Cass. com., 21 sept. 2004, n° 02-17.559 : JurisData n° 2004-024938 ; RJDA 1/05, n° 47. – Cass. com., 31 mars 1998, n° 96-10.724 : RJDA 6/98, n° 777. – CA Aix-en-Provence, ch. 8, sect. C, 11 sept. 2001 : JurisData n° 2001-155558. – CA Paris, ch. 3, sect. B, 29 nov. 1996 : JurisData n° 1996-023482 ; RJDA 2/97, n° 281.

18. V. la décision de BP du 15 juin 2020 in *Les Echos*, *préc.*

Enfin, de nombreuses sociétés¹⁹ sont tenues par l'obligation prévue à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce d'insérer une déclaration de performance extra-financière dans leur rapport de gestion. Cette obligation résulte de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017²⁰, qui a transposé en droit interne la directive n° 2014/95/UE²¹, dite RSE, mais la loi française n'a pas attendu cette directive pour imposer des obligations en matière de communication extra-financière, puisque celles-ci remontent à la loi NRE de 2001²², et que dès 2015, la loi sur la transition énergétique²³ imposait à ces sociétés de mentionner spécifiquement « les conséquences sur le changement climatique de [leur] activité et de l'usage des biens et services qu'elle[s] produi[sen]t ». Cet article impose aujourd'hui aux sociétés qui y sont assujetties de mentionner dans leur rapport de gestion « des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, incluant les conséquences sur le changement climatique de son activité et de l'usage des biens et services qu'elle produit ». Plus spécifiquement, l'article R. 225-105 du Code de commerce oblige aujourd'hui ces sociétés à faire figurer les informations suivantes en lien avec le réchauffement climatique, lorsqu'elles sont pertinentes au regard des principaux risques ou des politiques mentionnées au I du même article²⁴ :

- les postes significatifs d'émissions de gaz à effet de serre générés du fait de l'activité de la société, notamment par l'usage des biens et services qu'elle produit ;

19. Sont concernées les sociétés anonymes dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et dont le total de bilan excède 20 millions d'euros ou dont le chiffre d'affaires net excède 40 millions d'euros et qui emploient un nombre moyen de salariés permanents supérieur à 500 au cours de l'exercice (articles L. 225-102-1, I-1° et R. 225-104, 1° du Code de commerce) ; les sociétés anonymes de grande taille dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé mais dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires net excède 100 millions d'euros et dont le nombre moyen de salariés permanents est supérieur à 500 au cours de l'exercice (articles L. 225-102-1, I-2° et R. 225-104, 2° du Code de commerce). Une déclaration consolidée de performance extra-financière doit par ailleurs être publiée par les sociétés qui établissent des comptes consolidés lorsque l'ensemble des sociétés incluses dans le périmètre de consolidation excède les seuils précités (article L. 225-102-1, II du Code de commerce).

20. JO 21 juill. 2017, texte n° 13.

21. JOUE n° L 330, 15 nov. 2014, p. 1.

22. L. n° 2001-420, 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques : JO 16 mai 2001, p. 7776.

23. L. n° 2015-992, 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte : JO 18 août 2015, p. 14263.

24. L'article R. 225-105, I du Code de commerce prévoit que la société fournit (i) une description des principaux risques liés à son activité (et notamment, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, ceux créés par ses relations d'affaires, ses produits ou ses services), (ii) une description des politiques appliquées incluant les procédures de diligence raisonnables mises en œuvre pour prémunir, identifier et atténuer la survenance de ces risques, ainsi que (iii) les résultats de la politique appliquée appuyés par des indicateurs clés de performance. Lorsque la société n'applique pas de politique en ce qui concerne un ou plusieurs de ces risques, la déclaration doit contenir une explication claire et motivée des raisons le justifiant (article R. 225-105 du Code de commerce). La déclaration de présenter les données susvisées au cours de l'exercice clos et, le cas échéant, au cours de l'exercice précédent, de façon à permettre une comparaison entre les données présentées par la société. A cet effet, la déclaration peut comprendre des renvois aux montants indiqués dans les comptes annuels, les comptes consolidés, le rapport de gestion et le rapport sur la gestion du

- les mesures prises pour l'adaptation aux conséquences du changement climatique ;

- les objectifs de réduction fixés volontairement à moyen et long terme pour réduire les émissions de gaz à effet de serre et les moyens mis en œuvre à cet effet.

Rappelons aussi que le plan de vigilance, qui inclut le cas échéant le risque climatique, et le compte rendu de sa mise en œuvre effective, sont rendus publics et inclus dans le rapport de gestion.

Les efforts en vue d'une meilleure information en lien avec les enjeux climatiques sont également portés par différentes instances internationales, et notamment par la TCFD, dont l'objet est d'inciter les émetteurs à publier de manière pertinente leur exposition aux enjeux climatiques, et d'essayer d'harmoniser les pratiques en la matière au niveau international, afin :

- de mieux apprécier les risques liés au climat dans les portefeuilles de financement et d'investissement,

- d'éviter le risque de dévalorisation brutale d'actifs et de bulles carbone,

- d'apprécier la résilience des entreprises face aux impacts du climat à moyen et long terme et

- de mettre en cohérence des allocations de capitaux avec les objectifs de transition pour rester inférieur au scénario de hausse des températures moyennes du globe en dessous de +2 °C.

Les réflexions en vue d'améliorer, d'harmoniser et de systématiser cette information se poursuivent.

Signe de la spécificité du sujet et de son actualité, l'Autorité des marchés financiers (AMF) a annoncé le 2 juillet 2019²⁵ la création d'une Commission climat et finance durable, l'objectif du régulateur étant « de faire évoluer les pratiques, accroître la transparence et faciliter la prise en compte des enjeux de durabilité et la mobilisation des capitaux au profit des activités plus durables », et ce tout particulièrement, comme son nom l'indique, par rapport aux enjeux climatiques.

B. - Responsabilité au titre de la communication financière et extra-financière en lien avec les enjeux climatiques

La question de la responsabilité des dirigeants au titre de la communication financière et extra-financière diffère bien sûr selon que la société est cotée ou non.

Pour toutes les sociétés, la qualité de l'information fournie s'apprécie par rapport aux normes comptables lorsqu'elle se traduit dans les comptes, en ce qui concerne par exemple la valorisation des actifs susceptibles d'être affectés par un risque climatique. Les règles de responsabilité des dirigeants sont alors celles qui s'attachent à l'établissement des comptes. En ce

groupe (article R. 225-105-1, I du Code de commerce). Pour certaines sociétés, l'article R. 225-105-2, II du Code de commerce soumet les informations figurant dans la déclaration de performance extra-financière à une vérification par un organisme tiers indépendant qui donne lieu à un avis devant être transmis aux actionnaires en même temps que le rapport de gestion.

25. V. AMF, communiqué, 23 juill. 2019, La mise en place de cette commission résultant de dispositions de la loi Pacte.

qui concerne l'information extra-financière, c'est-à-dire celle qui figure dans le rapport de gestion en application des articles L. 225-102-1 et L. 225-102-4 du Code de commerce, l'appréciation de sa conformité ne fait pas l'objet de règles strictes et les textes ne prévoient pas de sanction particulière en cas de défaillance²⁶. Pour autant, la responsabilité des dirigeants vis-à-vis des actionnaires ou des investisseurs peut être engagée sur ce fondement (2°).

Pour les sociétés cotées en bourse, cette information, en tant qu'elle est adressée au marché, sera soumise à la réglementation boursière (1°).

1° Risque de sanction des dirigeants sur le fondement de la réglementation boursière

La communication d'un émetteur en lien avec les enjeux climatiques peut relever, comme on l'a vu, de l'information financière comptable. Mais quand bien même elle ne relèverait que de l'information extra-financière prévue aux articles L. 225-102-1 ou L. 225-102-4 du Code de commerce, elle figure dans le rapport de gestion qui fait partie du rapport financier, qui est l'un des éléments de l'information périodique que doivent publier les émetteurs. La communication extra-financière n'a sans doute pas pour finalité première l'optimisation du fonctionnement des marchés, mais elle s'adresse aussi aux acteurs de marché et les émetteurs doivent tenir compte du fait que ces informations sont prises en compte de façon croissante par ces derniers²⁷ pour prendre leurs décisions d'investissement et contribuer à ce titre au processus de formation des prix. Une telle information peut également imposer à un émetteur une communication publique au titre de son obligation d'information permanente, si elle constitue une information privilégiée.

Dans tous les cas, elle doit donc répondre aux exigences requises pour l'information donnée par les émetteurs au public en vertu des dispositions du règlement général de l'AMF, et notamment par son article 223-1 qui dispose que « l'information donnée au public par l'émetteur doit être exacte, précise et sincère », c'est-à-dire qu'elle doit permettre au marché d'en apprécier la portée. Ces principes, quoi qu'ils figurent dans les dispositions du règlement général relatives à l'information permanente, s'appliquent, sauf disposition contraire, également à l'information périodique²⁸.

En matière d'information extra-financière, la notion d'exactitude et de précision s'apprécie bien sûr de manière moins stricte que l'information comptable, dans la mesure où il n'existe pas de référentiel unique applicable à toutes les sociétés, mais le principe reste le même en ceci que si l'information extra-financière induit en erreur le marché sur la situation réelle et les perspectives d'un émetteur, elle pourrait être source de sanction. Si cela est sans doute rare en règle générale avec les sujets relevant de la RSE²⁹, tel pourrait être le cas en

matière d'information en lien avec les enjeux climatiques, étant donné leur incidence potentielle.

À cet égard, l'AMF a annoncé³⁰ qu'elle « veillera à la qualité des informations contenues dans la documentation fournie aux marchés par les émetteurs et aux investisseurs pour les sociétés de gestion et portant sur les politiques et engagements adoptés par ces entités en faveur du climat. Cette documentation inclut notamment les déclarations de performance extra-financière jointes au rapport de gestion et, le cas échéant, aux documents de référence, lorsque la publication de ces déclarations est requise ».

De la même manière, la défaillance dans l'information vis-à-vis du marché pourrait également tomber sous le coup des dispositions de l'article L. 465-3-2 du Code monétaire et financier pour fausse information.

Il convient de noter qu'à ce jour, nous n'avons pas relevé de sanction prononcée par l'AMF ou par les tribunaux français en lien avec l'information financière ou extra-financière liée aux enjeux climatiques³¹.

Cette question pourrait toutefois se poser à l'avenir, comme elle s'est posée récemment à la Cour suprême de l'État de New York, comme mentionné ci-dessus, qui a, rappelons-le, rejeté la demande du procureur de l'État de New York à l'encontre d'Exxon³².

Rappelons qu'en matière de communication au public, les sanctions peuvent être prononcées à l'encontre tant de l'émetteur que de ses dirigeants.

2° Responsabilité civile des dirigeants vis-à-vis des actionnaires et investisseurs

Une information défaillante du marché peut aussi fonder une action de la part des actionnaires et investisseurs, s'ils s'estiment lésés à raison d'un préjudice qu'ils subissent directement du fait de la perte réalisée sur leur investissement – ou plus précisément de la perte d'une chance d'avoir fait un meilleur investissement – lorsque le cours de bourse d'un émetteur s'ajuste à la baisse à la suite de la révélation de la défaillance de l'information. Ce préjudice est bien un préjudice propre de l'actionnaire, et ne se confond pas avec le préjudice que subit la société du fait d'une faute de gestion.

La jurisprudence *Marionnaud* illustre ce risque, assez rare en pratique, où une société condamnée, sur le fondement de la diffusion d'informations inexacts ou trompeuses, à réparer le préjudice de perte de chance subi par ses actionnaires, a exercé avec succès une action récursoire contre ses anciens dirigeants

30. V. AMF, communiqué, 23 juill. 2019, *Mandat et fonctionnement de la nouvelle Commission AMF Climat et Finance Durable*.

31. En particulier, les nombreux cas de sanctions liés à des problématiques de dépréciation d'actifs cités dans le recueil de l'AMF sur les Principes directeurs issus de la jurisprudence 2003-2017, Commission des sanctions et juridictions de recours (p. 234 et s.), ne semblent pas avoir concerné des situations liées à des risques climatiques.

32. V. *Le Monde*, 11 déc. 2019, citant la décision de la Cour suprême de l'État de New York en date du 10 décembre 2019 : « le bureau du procureur a échoué à prouver qu'ExxonMobil avait fait des déclarations substantielles inexacts ou des omissions sur ses pratiques et ses procédures, qui auraient induit en erreur un investisseur raisonnable ».

26. V. A. Felix, *La responsabilité de l'émetteur au-delà de la directive RSE : BJS 2018*, p. 328 et s.

27. V. A. Felix, *préc.*

28. V. AMF, *comm. des sanctions*, déc., 25 juin 2013, SAN-2013-15.

29. V. A. Felix, *préc.*

reconnus responsables des dites diffusions d'informations litigieuses³³.

Cette jurisprudence a été développée en matière de communication financière, mais elle pourrait être transposée, même si ce risque paraît à ce jour plutôt faible, en matière d'information extra-financière.

Les mêmes principes pourraient conduire l'acquéreur de titres d'une société non cotée à se retourner contre les dirigeants de cette société si son investissement s'est fait en considération de données extra-financières largement inexactes ou trompeuses communiquées en amont de son investissement.

3. Conclusion

L'importance croissante conférée aux enjeux climatiques dans le débat public et le droit positif invite à la plus grande attention. À cet effet, il sera recommandé aux dirigeants de

société de se doter des moyens permettant d'identifier et d'apprécier les impacts des enjeux climatiques, de prendre réellement en compte ces enjeux dans la gestion de la société et de communiquer de manière transparente sur ces enjeux, afin de limiter le risque de voir la responsabilité de la société qu'il dirige ou leur responsabilité personnelle engagée. On en revient aux recommandations formulées par l'IFA³⁴, consistant à veiller à ce que les enjeux climatiques soient au cœur de la définition de la stratégie de l'entreprise, à en identifier les risques et les opportunités, à mesurer les indicateurs qui reflètent l'évolution de ces risques, à former salariés et dirigeants, à allouer des ressources vers la recherche de solutions, à structurer le fonctionnement du conseil et ses liens avec les directions de l'entreprise afin qu'il soit pleinement impliqué et sachant sur la question des enjeux climatiques pour l'entreprise, à veiller à l'alignement d'intérêt des dirigeants et des parties prenantes, et enfin à s'assurer de la qualité et de la pertinence de l'information fournie sur le sujet.

33. *Cass. com.*, 6 mai 2014, n° 13-17.632 et 13-18.473 : *JurisData* n° 2014-009959.

34. *V. IFA, rapp. préc.*

FONDATION ACTIONNAIRE

25 FONDATION RECONNUE D'UTILITÉ PUBLIQUE, FONDS DE DOTATION, FONDS DE PÉRENNITÉ

Quelle structure idoine pour agir en qualité de « fondation actionnaire » ?

Article rédigé par :

Christian NOUEL,
avocat au Barreau de Paris, associé,
cabinet Gide Loyrette Nouel



Structures privilégiées des tenants d'un capitalisme responsable pour qui l'entreprise doit disposer d'un actionariat de long terme et déployer des modèles hybrides, conciliant activités lucratives et mission d'intérêt général, les "fondations actionnaires" détiennent tout ou partie du capital de nombreuses entreprises européennes. Ikea, Bosch, Rolex, Bertelsmann, Velux, Carlsberg, Nokia, Bosch, Electrolux, Sandoz ou encore Lego ont en commun d'être détenues par une fondation dont l'objet est d'éviter la dispersion de leur capital, préserver leur raison d'être ou leur mission, inscrire leur gestion dans le temps long, financer des missions d'intérêt général, développer des modèles hybrides, faciliter leur transmission ou encore les protéger d'opérations hostiles sur leur capital.

Le Danemark, terre d'élection des fondations actionnaires, en compte pas moins de 1 350 au sein desquelles sont logées le capital de nombreuses entreprises représentent 54 % de la capitalisation boursière des entreprises danoises, 10 % de la richesse nationale, 18 % de la création de valeur, 25 % des exportations et 60 % du budget de recherche et développement. D'autres pays connaissent le même engouement pour ces structures, notamment l'Allemagne, la Suède et la Norvège.

Structure quasi méconnue en France jusqu'à peu, la « fondation actionnaire », séduit de plus en plus d'entreprises et d'entrepreneurs après que les Laboratoires Pierre Fabre aient ouvert la voie en logeant une partie substantielle de son capital au sein d'une fondation reconnue d'utilité publique.

Récemment, les fondateurs de Médiapart ont transféré à un fonds de dotation pour le pluralisme de la presse la totalité de

son capital afin d'en préserver son indépendance et financer des actions d'intérêt général en faveur du pluralisme de la presse. Guillaume Richard, fondateur du Groupe Oui Care, leader français des services à la personne qui emploie 18 000 personnes, a également logé plus de 5 % du capital de ses filiales dans un fonds de dotation dont l'objet est de lutter contre les violences faites aux femmes et les inégalités hommes/femmes.

Nombreux sont les entrepreneurs qui, à l'instar de Guillaume Richard, souhaitent développer des modèles hybrides permettant de financer des missions d'intérêt général avec une partie du produit des activités lucratives.

En apparence simple, le transfert de tout ou partie du capital d'une entreprise à une « fondation actionnaire » doit être entouré de certaines précautions.

1. Quelle structure pour quel objectif ?

Trois structures peuvent accueillir tout ou partie du capital d'une entreprise :

- la fondation reconnue publique, acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident de l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources dans le but de réaliser une œuvre d'intérêt général à but non lucratif ;

- le fonds de dotation, personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, en les capitalisant, des biens et droits de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable et utilise les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général ou les redistribue pour assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses œuvres et de ses missions d'intérêt général ;

- le fonds de pérennité, constitué par l'apport gratuit et irrévocable des titres de capital ou de parts sociales d'une ou de plusieurs sociétés exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole, afin que ce fonds gère ces titres ou parts, exerce les droits qui y sont attachés et utilise ses ressources dans le but de contribuer à la pérennité économique de cette ou de ces sociétés et puisse, le cas échéant, réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général.

Si la fondation reconnue d'utilité publique, le fonds de dotation et le fonds de pérennité permettent d'éviter la dispersion du capital d'une entreprise, de préserver sa raison d'être ou sa mission, d'inscrire sa gestion dans le temps long, de faciliter sa transmission ou encore de la protéger d'opérations hostiles sur son capital, ces structures répondent à des objectifs distincts :

- un fonds de pérennité a principalement, voire essentiellement, pour objet de gérer ses participations, exercer les droits qui y sont attachés et utiliser ses ressources dans le but de contribuer à leur pérennité. En apportant les titres d'une société à un fonds de pérennité, ses actionnaires ou associés se dessaisissent de leur propriété mais conservent le contrôle ;

- une fondation reconnue d'utilité publique ou un fonds de dotation est une personne morale à but non lucratif qui reçoit et gère des biens de toute nature et utilise ses revenus en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général. Les biens apportés à titre gratuit et irrévocable sont affectés à une mission d'intérêt général.

Ainsi, un fonds de pérennité détient, contrôle et anime ses participations dans le but de préserver leur pérennité alors que la fondation reconnue publique ou le fonds de dotation concourt à la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général financée, notamment, avec les revenus de la dotation (dividendes par exemple).

2. Un véhicule idoine pour les entreprises responsables

La responsabilité sociale, sociétale et environnementale est au cœur de l'entreprise. Loger tout ou partie du capital d'une

entreprise au sein d'une "fondation actionnaire" lui permet d'être responsable car, notamment :

- elle disposera d'un actionnaire de référence qui veillera à ce que soient respectés les objectifs sociaux, sociétaux et environnementaux que l'entreprise s'est fixée ;

- elle pourra financer des missions d'intérêt général au service d'une cause sociale, sociétale ou environnementale ;

- elle disposera d'un actionnariat de long terme qui l'accompagnera dans sa transition vers un modèle économique responsable, respectueux de l'environnement.

Disposer d'un actionnariat de long terme est sans conteste un atout pour les entreprises qui souhaitent que leurs modèles économiques soient exemplaires d'un point de vue social, sociétal et environnemental.

3. Comment créer l'une de ces trois structures ?

Créer une fondation reconnue publique nécessite de mobiliser d'importants moyens et de respecter une procédure complexe. Il convient d'obtenir la reconnaissance d'utilité publique par décret pris en Conseil d'État après que le ministère de l'Intérieur ait instruit le dossier. Disposant d'un pouvoir discrétionnaire, ce dernier décide s'il souhaite ou non procéder à l'instruction de la demande dont il est saisi. Le dossier est ensuite transmis à la section de l'intérieur du Conseil d'État qui délibère. Enfin, le Gouvernement se prononce pour accorder ou refuser la reconnaissance d'utilité publique. En outre, la dotation d'une fondation reconnue publique doit être conséquente afin qu'elle puisse durablement remplir son objet et exercer une activité lui conférant un rôle suffisamment important, justifiant sa reconnaissance d'utilité publique.

Créer un fonds de dotation ou un fonds de pérennité est en revanche très simple. Une simple déclaration à la préfecture du département dans le ressort duquel il a son siège, assortie du dépôt des statuts librement rédigés, est nécessaire. Il jouit de la personnalité morale à compter de la date de publication au *Journal Officiel* de la déclaration faite à la préfecture.

Des biens de toute nature peuvent être apportés à un fonds de dotation, en ce compris des biens immobiliers. Ils peuvent l'être en pleine propriété, en nue-propriété ou ne porter que sur l'usufruit. Une dotation en numéraire d'un montant minimum égal à 15 000 euros¹ doit être versée. Elle ne peut excéder 30 000 euros. Notons enfin que la dotation d'un fonds de dotation peut être soit capitalisée, soit redistribuée dans le cas d'un fonds de redistribution.

La dotation d'un fonds de pérennité est composée de titres de sociétés qui lui sont apportés, à titre gratuit et irrévocable, par ses fondateurs lors de sa constitution et, le cas échéant, de biens et droits de toute nature reçus ultérieurement par apport. Le fonds de pérennité peut également acquérir des titres de sociétés. Son objet doit comprendre l'indication des principes et objectifs appliqués à la gestion de ses participations, à l'exercice des droits qui y sont attachés et à l'utilisation des res-

1. D. n° 2009-158, 11 févr. 2009 relatif aux fonds de dotation, art. 2 bis : JO 13 févr. 2009, p. 2591.

sources des fonds, ainsi que l'indication des actions envisagées dans ce cadre. « Il comprend également, le cas échéant, l'indication des œuvres ou des missions d'intérêt général qu'il entend réaliser ou financer »².

4. Quelle gouvernance pour chacune de ces trois structures ?

Une fondation reconnue d'utilité publique est soumise au contrôle de l'administration au travers la présence de représentants de l'État au sein de son conseil d'administration ou de son directoire. Il s'ensuit des règles de gouvernance relativement contraignantes d'autant plus que les fondations reconnues publiques sont soumises au contrôle de la Cour des comptes en ce qui concerne l'emploi des fonds issus de la générosité publique et, selon son champ de compétence, de différents services d'inspection (inspection générale de l'administration, inspection générale des finances, inspection générale des affaires sociales, inspection générale de l'administration de l'éducation nationale, contrôle général économique et financier, etc.).

La gouvernance du fonds de dotation et du fonds de pérennité est librement organisée. L'un comme l'autre est administré par un conseil d'administration investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom du fonds de pérennité ou du fonds de dotation, dans la limite de son objet. Il comprend au minimum trois membres nommés, la première fois, par le ou les fondateurs ou par les personnes désignées par le testateur. Les statuts déterminent la composition et les conditions de nomination et de renouvellement du conseil d'administration.

5. Dans quelles conditions une fondation reconnue publique ou un fonds de dotation peuvent détenir une participation dans une société commerciale ?

Une fondation reconnue publique ou un fonds de dotation doit exercer une activité conforme à son objet qui, par définition, doit relever de l'intérêt général. Chacune de ces structures doit ainsi mettre en œuvre ses moyens uniquement au service de la mission d'intérêt général à but non lucratif qu'elle s'est fixée. Ni une fondation reconnue publique, ni un fonds de dotation ne peut en conséquence exercer une activité lucrative, notamment sous forme de gestion active de participations dans des entreprises.

C'est à l'aune de ce principe, dit de spécialité, qui limite la possibilité pour une fondation reconnue d'utilité publique d'exercer une activité économique sans lien avec son objet social qu'a été débattue la possibilité pour cette dernière de détenir tout ou partie du capital d'une entreprise.

Elle a tout d'abord été explicitement reconnue par l'article 29 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des

petites et moyennes entreprises³ qui, introduit par un amendement parlementaire visant à sécuriser la transmission à une fondation reconnue d'utilité publique d'une participation majoritaire des Laboratoires Pierre Fabre, a créé un article 18-3 dans la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 relative au mécénat⁴, qui prévoit que « dans le cadre d'une opération de cession ou de transmission d'entreprise, une fondation reconnue d'utilité publique peut recevoir des parts sociales ou des actions d'une société ayant une activité industrielle ou commerciale, sans limitation de seuil ou de droits de vote, à la condition que soit respecté le principe de spécialité de la fondation »⁵.

Cette possibilité a ensuite été confirmée par l'article 178 de la loi Pacte qui stipule qu'« une fondation reconnue d'utilité publique peut recevoir et détenir des parts sociales ou des actions d'une société ayant une activité industrielle ou commerciale, sans limitation de seuil de capital ou de droits de vote. Lorsque ces parts ou ces actions confèrent à la fondation le contrôle de la société au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, les statuts de la fondation indiquent comment, en application du principe de spécialité, cette dernière assure la gestion de ces parts ou actions sans s'immiscer dans la gestion de la société et les conditions dans lesquelles la fondation se prononce notamment sur l'approbation des comptes de la société, la distribution de ses dividendes, l'augmentation ou la réduction de son capital ainsi que sur les décisions susceptibles d'entraîner une modification de ses statuts ».

Un fonds de dotation, dont l'objet est de réaliser une œuvre ou une mission d'intérêt général, peut également détenir tout ou partie du capital d'une entreprise sans pour autant violer le principe de spécialité. Cependant, à l'instar d'une fondation reconnue d'utilité publique, il ne doit pas s'immiscer dans la gestion de ses participations.

Plusieurs précautions doivent être prises afin de s'assurer que la fondation reconnue d'utilité publique ou le fonds de dotation ne s'immiscera pas dans la gestion de ses participations.

Il est tout d'abord recommandé de mettre en place une structure à double étage, la société opérationnelle étant détenue par le fonds de dotation ou la fondation reconnue d'utilité publique par l'intermédiaire d'une société holding passive. Les Laboratoires Pierre Fabre SA sont ainsi détenus par la société holding Pierre Fabre Participations, filiale de la fondation Pierre Fabre⁶. Il en est de même de Mediapart dont la totalité du capital est détenu par la société pour la protection de l'indépendance de Mediapart, holding détenu par le fonds de dotation pour une Presse Libre.

Ensuite, des règles de gouvernance strictes doivent être respectées. Ainsi, aucun des membres du fonds de dotation ou de la fondation reconnue d'utilité publique (dirigeants, membre du conseil d'administration ou membre du conseil stratégique) ne doit exercer un rôle dans la gestion de la société opérationnelle.

2. L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi Pacte, art. 177, II : JO 23 mai 2019, texte n° 2.

3. JO 3 août 2015, p. 12639.

4. JO 24 juill. 1987, p. 8255.

5. V. IGE, rapp., *Le rôle économique des fondations*, avr. 2017.

6. XXXXXXXXXXXXXXXX

Il doit enfin être rappelé qu'une fondation reconnue publique ou un fonds de dotation ne peut pas limiter son activité à la simple détention de titres d'une entreprise. Chacune de ces structures doit, avant tout et exclusivement, exercer une mission d'intérêt général. La fondation Pierre Fabre a pour objet de permettre aux populations des pays les moins avancés et émergents et aux populations victimes de crises politiques, économiques ou naturelles, d'accéder aux soins essentiels et aux médicaments d'usage courant définis par l'OMS. L'objet du fonds de dotation Mediapart est de soutenir le pluralisme de la presse, protéger l'indépendance du journalisme et porter assistance aux entreprises de presse qui sont financées avec le soutien de leur public.

La reconnaissance de la mission d'intérêt général exercée par la fondation Pierre Fabre et le fonds de dotation Mediapart ne résulte pas de la détention passive d'une participation dans les sociétés éponymes, mais de l'exercice d'une activité conforme à leur objet qui relève, par définition, de l'intérêt général, activité financée pour une large part par les dividendes versés par ces sociétés. On peut dans ces conditions s'interroger sur l'opportunité de loger au sein d'une fondation reconnue publique ou d'un fonds de dotation tout ou partie du capital d'une société en difficulté qui ne devrait pas être en mesure de distribuer des dividendes avant de nombreuses années.

La mission d'intérêt général d'une fondation reconnue publique ou d'un fonds de dotation ne peut s'effacer au profit du seul motif de préservation du capital d'une entreprise. Dans son rapport sur le rôle économique des fondations publié en avril 2017, l'Inspection Générale des Finances (IGF) s'opposait à ce que l'objet des fondations reconnues publiques puisse être élargi à la détention d'entreprises car « si cette dernière peut concourir au bien commun, au même titre que toute activité économique, elle ne saurait être rattachée à l'intérêt général tel qu'il est conçu par le droit français ».

6. Les titres sont apportés de façon irrévocable

Les actions ou les parts sociales d'une entreprise transférées à une fondation reconnue publique, un fonds de dotation ou à un fonds de pérennité le sont de façon irrévocable.

S'agissant de celles logées au sein d'un fonds de pérennité, qui sont en principe inaliénables, l'apporteur ou le testateur, lors de la libéralité, ou le conseil d'administration, lors d'une acquisition, peut décider que cette inaliénabilité ne frappe qu'une partie des titres, dans la limite de la fraction du capital social qui n'est pas nécessaire au fonds de pérennité pour exercer son contrôle sur ses participations au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce. En outre, le fonds de pérennité peut être judiciairement autorisé à disposer des titres de sociétés frappés d'inaliénabilité s'il advient que la pérennité économique de la société l'exige.

7. Une fondation reconnue d'utilité publique ou un fonds de dotation peut-il apporter un soutien financier à sa participation ?

Compte tenu de l'objet d'une fondation reconnue d'utilité publique ou d'un fonds de dotation qui est principalement, voire exclusivement, la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général à but non lucratif, aucun don reçu par l'une de ces structures ne doit contribuer au financement de l'entreprise qu'il détient. Il en est de même des dividendes versés par cette dernière qui ne peuvent être utilisés ultérieurement par la fondation reconnue d'utilité publique ou le fonds de dotation pour lui apporter un soutien financier, sous quelle que forme que ce soit.

8. Des régimes fiscaux cohérents avec l'objet de chacune de ces structures

Le régime fiscal applicable à chacune de ces structures et à leurs donateurs est le reflet de ce qui est indiqué ci-dessus.

A. - Les fondations reconnues d'utilité publique, les fonds de dotation et leurs donateurs bénéficient d'un régime fiscal attractif

Les fondations reconnues d'utilité publique et les fonds de dotation sont exonérés des impôts commerciaux sous réserve qu'ils soient d'intérêt général⁷, c'est-à-dire que leur gestion soit désintéressée⁸, leur activité soit non lucrative et qu'ils n'entretiennent pas de liens privilégiés avec des entreprises.

Les revenus patrimoniaux perçus par un fonds de dotation (dividendes notamment) ne sont totalement exonérés d'impôt sur les sociétés que si la dotation n'est pas consomptible (*CGI, art. 206, 5*). Si tel n'est pas le cas, ces revenus sont imposés au taux de 10 % (revenus d'obligations, etc.), 15 % (dividendes) ou 24 % (produits de créances, etc.).

Les dons consentis à ces structures par des personnes physiques bénéficient d'une réduction d'impôt égale à 66 % de leurs montants, dans la limite de 20 % du revenu imposable. Ceux effectués par des entreprises soumises à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés ouvrent droit à une réduction d'impôt égale à 60 % de leurs montants, ou 40 % pour les dons supérieurs à 2 millions d'euros, dans la limite de 20 000 euros ou de 0,5 % du chiffre d'affaires.

Les dons et legs consentis par des personnes physiques à une fondation reconnue d'utilité publique sont également éligibles

7. V. BOI-IR-RICI-250-10-10-10, 10 juill. 2017, § 90.

8. V. BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20, 7 juin 2017, § 60 : « Le caractère désintéressé de la gestion d'un organisme est avéré si les conditions suivantes sont remplies :

l'organisme est géré et administré à titre bénévole par des personnes n'ayant elles-mêmes, ou par personne interposée, aucun intérêt direct ou indirect dans les résultats de l'exploitation ;

l'organisme ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfice, sous quelle que forme que ce soit

les membres de l'organisme et leurs ayants droit ne peuvent pas être déclarés attributaires d'une part quelconque de l'actif, sous réserve du droit de reprise des apports ».

à la réduction de l'impôt sur la fortune immobilière (IFI) à hauteur de 75 % de leurs montants dans la limite de 50 000 euros.

Qu'ils soient consentis par une personne physique à une fondation reconnue d'utilité publique ou un fonds de dotation, ces dons et legs sont exonérés de droits de mutation à titre gratuit.

Notons enfin que le transfert par une entreprise d'une participation à une fondation reconnue d'utilité publique ou à un fonds de dotation a la nature d'une cession. Un tel transfert est, en conséquence, susceptible d'engendrer l'imposition d'une plus-value dans les conditions de droit commun, l'entreprise apporteuse pouvant toutefois imputer sur l'impôt dû la réduction d'impôt mentionnée ci-dessus.

B. - Pas de régime favorable pour le fonds de pérennité et ses fondateurs

Un fonds de pérennité est un organisme à but lucratif soumis aux impôts commerciaux dans les conditions de droit commun.

Les dons ne bénéficient d'aucune réduction d'impôt et les libéralités consenties par des personnes physiques sont soumises à un droit de mutation au taux de 60 %. Ils peuvent en être partiellement exonérés à concurrence de 75 % (CGI, art. 787 B) de leur valeur et le montant des droits à payer peut être réduit de moitié (CGI, art. 790). Le taux effectif des droits de mutation peut ainsi être réduit à 7,5 %⁹. Cela suppose, notamment, que soient apportés en pleine propriété les titres d'une société exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ou celle d'une société holding animatrice.

Notons toutefois deux mesures favorables.

Tout d'abord, l'article 38, 7 quater du CGI institue un sursis d'imposition en faveur des entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés qui transfèrent une participation à un fonds de pérennité. Selon cet article, « *la plus ou moins-value résultant de la transmission à titre gratuit et irrévocable de titres de capital ou de parts sociales à un fonds de pérennité lors de sa constitution est comprise dans le résultat de l'exercice au cours duquel ces titres ou parts sont ultérieurement cédés (...)* » par le fonds de pérennité si

celui-ci a pris l'engagement de calculer la plus ou moins-value d'après la valeur que ces titres ou parts avaient, du point de vue fiscal, chez l'apporteur à la date de la transmission. Relevons que le sursis d'imposition ne s'applique qu'aux plus-values réalisées à la suite d'apports effectués lors de la constitution du fonds de pérennité.

Ensuite, en contrepartie des titres apportés qui sont inscrits à son actif, le fonds de pérennité dote, à son passif, le compte « Apport au fonds de pérennité »¹⁰. En conséquence, ce dernier ne constate aucune variation de son actif net. En l'absence de cette précision d'ordre comptable, le fonds de pérennité devrait constater un profit taxable égal à la valeur des titres qui lui sont apportés.

9. Conclusion

Si la fondation reconnue publique, le fonds de dotation et le fonds de pérennité permettent tous trois d'éviter la dispersion du capital d'une société, de préserver sa raison d'être ou sa mission, d'inscrire sa gestion dans le temps long, de disposer d'un actionariat de long terme qui fera en sorte que son modèle économique soit exemplaire d'un point de vue social, sociétal et environnemental, de financer des missions d'intérêt général, de développer des modèles hybrides conciliant activités lucratives et caritatives, de faciliter sa transmission ou encore de la protéger d'opérations hostiles sur son capital, chacune de ces structures répond à des objectifs distincts :

- Un fonds de pérennité gère ses participations, exerce les droits qui y sont attachés et utilise ses ressources dans le but de contribuer à leur pérennité. En transférant à un fonds de pérennité les titres d'une entreprise, ses actionnaires ou associés se dessaisissent de leur propriété mais pas de son contrôle ;

- Une fondation reconnue d'utilité ou un fonds de dotation se doit de réaliser une œuvre ou une mission d'intérêt général. Ces structures ne peuvent donc pas s'immiscer dans la gestion de leurs participations, activité réputée lucrative. En transférant à une fondation reconnue d'utilité ou à un fonds de dotation les titres d'une entreprise, ses actionnaires ou associés se dessaisissent à la fois de leur propriété et de son contrôle.

Le régime fiscal applicable à chacune de ces structures est le reflet de ce qui précède.

9. $60\% \times 25\% \times 50\% = 7,5\%$.

10. V. ANC, règl. n° 2019-05, 8 nov. 2019 relatif aux comptes annuels des fonds de pérennité, art. 2.