

Le rôle du tiers face à la contractualisation de la compliance

Sabrina Dupouy, Maître de conférences, Université Clermont Auvergne

Résumé :

Le tiers est dans une situation quelque peu inconfortable face aux engagements de compliance contractualisés. Il n'a pas de prise, *a priori*, en sa qualité de tiers, sur leur contenu et est même parfois tenu, *de facto*, dans l'ignorance de leur réelle teneur. Pourtant, il est dans le même temps exposé aux risques que l'exécution du contrat emporte, et il est donc naturel que ce tiers soit doté de moyens d'action efficaces. S'appuyant sur les informations dont il dispose, volontairement communiquées au grand public, ou imposées par la loi, le tiers n'hésite pas à attirer certaines entreprises devant les tribunaux. Le tiers est donc intéressé aux mesures de compliance mises en œuvre par le contrat. Pourrait-il à cette occasion s'appuyer sur des outils ou remèdes contractuels plus ou moins audacieux ? Le contrôle et l'accompagnement de la contractualisation de la compliance par le tiers, pourraient être renforcé en l'associant à l'élaboration du contenu contractuel, en lui permettant de dénoncer un manquement contractuel, d'invoquer en sa faveur une clause statutaire, voire même d'être à l'origine de la rupture d'un contrat.

Les contractants se saisissent de plus en plus des buts de la compliance à l'aide du contrat. Le contrat est en effet un outil au service de la compliance, dans la mesure où cette dernière n'est pas seulement une obligation de conformité mais bien l'obligation de donner à voir cette mise en conformité. Et ce contenu contractuel est de plus en plus porté à la connaissance des tiers, soit par l'effet de la loi, dans le cadre du devoir de vigilance qui impose une telle publicité par exemple, ou encore spontanément, de manière à promouvoir l'image de marque de l'entreprise.

La contractualisation, et surtout le respect, de ces objectifs portés par la compliance - protection des droits humains, lutte contre la corruption, protection de l'environnement etc.¹ - intéressent naturellement la société civile. A ce propos, dans l'affaire TotalEnergies, le juge n'hésite pas à utiliser une formule forte pour désigner les finalités d'une mesure phare de la compliance, le devoir de vigilance. Dans les récents jugements rendus par le tribunal judiciaire de Paris en date du 28 février 2023² selon le juge il est ici question de "*buts monumentaux relatifs aux droits humains à préserver et à l'environnement à protéger*". Les tiers sont donc naturellement intéressés à la bonne mise en oeuvre de ces mesures.

Qui sont ces tiers ? Ce sont ceux ayant un intérêt à agir. Cette définition est très large. Il n'y a pas un tiers mais des tiers. Si on jette un regard sur les grands procès en cours³, le tiers intéressé peut être une personne prise isolément, un citoyen concerné, une fondation, une ONG, des actionnaires, des investisseurs etc... Les faits poursuivis sont toutefois d'une telle gravité (corruption, violation de droits fondamentaux...) et les auteurs de ces faits sont bien souvent d'une puissance telle⁴ que, face à eux, les tiers occupent, à première vue, une place bien moins importante. Sont-ils pour autant voués à rester silencieux ? Quelle est la place du tiers dans ce contexte ? Est-il un acteur important ?

Au-delà de la question classique de l'intérêt du tiers de dénoncer un manquement contractuel sur le fondement de la responsabilité délictuelle, d'autres interrogations surgissent. Le tiers peut-il invoquer en sa faveur une clause statutaire par laquelle une société s'obligerait à respecter des règles de compliance ? Peut-il participer à l'élaboration du contenu contractuel, être un élément déterminant lors de la conclusion d'un contrat ou encore provoquer la rupture d'une relation contractuelle ? Autant de questions qui témoignent, derrière une apparente fragilité, de la force dont il peut faire preuve.

Les tiers peuvent être qualifiés d'acteurs de la compliance dans la mesure où ils vont participer à la mise en oeuvre de cette nouvelle culture et de ces nouveaux comportements portés par la compliance. Le tiers intéressé est doté d'une force de persuasion, d'un grand pouvoir d'action sur le contrat (II) et, dans le même temps, il est toutefois à plusieurs égards, un acteur vulnérable au regard de sa qualité de personne extérieure au contrat (I).

I. Le tiers, un acteur vulnérable

¹ M.-A. Frison-Roche, " Construire juridiquement l'unité des outils de la compliance à partir de la définition du Droit de la compliance par ses « buts monumentaux », in *Les outils de la compliance*, dir. M.-A. Frison-Roche, 2021, Dalloz, p. 27.

² TJ Paris, 28 févr. 2023, n° 22/53943 ; TJ Paris, 28 févr. 2023, n° 22/53942.

³ Ch. Cournil et S. Lavorel, "Chronique annuelle de droit climatique", *RJE*, 2023/3, p. 353.

⁴ Ce sont bien souvent des entreprises transnationales.

Le tiers est un acteur vulnérable car il est exposé aux risques que certains contrats, par leur objet, leur contenu ou encore au regard de leur existence, font encourir à la société dans son entier. Dans ce contexte, le tiers est un marqueur : son action porte témoignage du non-respect par les contractants du droit de la compliance (A). Toutefois, l'action du tiers est limitée par les informations communiquées par les contractants (B).

A. Exposé aux risques

Les différentes expressions de la liberté contractuelle, de conclure ou non un contrat, ou encore de déterminer le contenu contractuel peuvent être au fondement de grands risques, environnementaux ou encore sociaux. À cet égard, le tiers est donc intéressé par la mise en œuvre de mesures de compliance portant sur l'anticipation, voire la gestion de tels risques notamment *via* le contrat. Tel est le cas de la lutte contre le changement climatique. A ce propos pour la première fois une banque française, BNP Paribas a été mise en demeure⁵ fin octobre 2022 par trois ONG⁶ pour avoir, selon ces tiers intéressés, manqué à son devoir de vigilance. Pour ce faire, ces tiers s'appuient sur la loi française du 27 mars 2017 sur le devoir vigilance imposant à des grandes entreprises de prendre des mesures effectives pour prévenir les atteintes aux droits humains et à l'environnement sur l'ensemble de leur activité en application de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce. En effet, ce même texte prévoit que toute personne justifiant d'un intérêt à agir, après avoir mis en demeure la société, peut saisir la juridiction compétente afin de l'enjoindre à respecter cette obligation. Les tiers intéressés, s'ils sont alertés par un contractant se trouvant dans une telle situation, sont donc susceptibles d'agir. Tel est le cas en l'espèce. Est dénoncé à l'appui de l'action de ces tiers le financement par la banque de nouveaux projets dans les énergies fossiles : selon ces ONG, cette banque française serait le premier financeur européen et cinquième mondial pour le développement des énergies fossiles⁷. Le but de cette action est clair : contraindre BNP Paribas à se doter d'une réelle stratégie climatique, et, plus précisément, la conduire à adopter un plan de sortie du pétrole et du gaz. Plus précisément, sont ici dénoncés des contrats de financement qui seraient liés à la déforestation au Brésil. BNP Paribas a fourni des services financiers à Marfrig, entreprise brésilienne de production de viande bovine, qui participerait à la déforestation de l'Amazonie, à l'accaparement des territoires autochtones et à des pratiques de travail forcé dans les élevages bovins. Les associations lui ont demandé de modifier son plan de vigilance pour lutter contre ces risques.

Le 24 janvier 2023, à deux jours de l'échéance de la mise en demeure, la banque a publié de nouveaux engagements sur son site internet⁸ et répondu aux associations par courrier⁹. Non satisfaites par cette réponse à ce risque climatique¹⁰, les ONG ont assigné la Banque en justice le 23 février 2023. Dans

⁵ Le respect de ce dispositif est garanti dans un premier temps par un mécanisme de mise en demeure de mettre en application ces obligations, puis dans un second temps d'injonction en cas d'abstention par l'entreprise d'avoir pris les mesures nécessaires (C. com., art. L. 225-102-4, II).

⁶ Les Amis de la Terre, Oxfam et Notre affaire à tous.

⁷ S. Mandart, "BNP Paribas mise en demeure de cesser de financer les énergies fossiles et le « chaos climatique », *Le Monde*, publié le 26 oct. 2022. Elle aurait accordé 55 milliards de dollars de financement au développement des énergies fossiles entre 2016 et 2021.

⁸ BNP Paribas, leader affirmé du financement de la transition énergétique, engage une nouvelle étape de forte accélération, Communiqué de presse, 24 janv. 2023, disponible en ligne <https://group.bnpparibas/communique-de-presse/bnp-paribas-leader-affirme-du-financement-de-la-transition-energetique-engage-une-nouvelle-etape-de-forte-acceleration>.

⁹ BNP Paribas, Réponse à la mise en demeure, 24 janv. 2023, disponible en ligne <https://group.bnpparibas/publications>.

¹⁰ L'Affaire BNP : Menacée d'une action en justice, BNP Paribas communique mais ne répond pas aux demandes des ONG, Les Amis de la Terre, Communiqué de presse, 25 janv. 2023.

sa réponse, la banque refuse en effet de supporter la charge de risques générés par les entreprises qu'elle finance : *" les activités propres d'un établissement bancaire et sa chaîne d'approvisionnement ne causent directement que peu de risques environnementaux ou sociaux ; la majorité des enjeux environnementaux et sociaux n'apparaît que de façon indirecte, au travers des activités des acteurs économiques qui bénéficient de financements"*¹¹.

Le formalisme prévu par le devoir de vigilance - une mise en demeure préalable obligatoire - est une invitation à la co-construction de plan de vigilance avec des acteurs intéressés extérieurs à l'entreprise en question. Ce "dialogue" entre BNP et les ONG n'aura en l'espèce pas été fructueux¹². Cet argument est d'ailleurs évoqué par la banque BNP Paribas dans la réponse formulée après sa mise en demeure : *" nous soutenons en revanche qu'il n'est pas raisonnable de nous demander de prendre des mesures qui conduiraient en pratique à sortir immédiatement d'un secteur dont la décroissance doit être certes organisée, mais en bon ordre, ainsi que le préconise l'AIE. Au demeurant, aucune législation s'imposant à BNP Paribas n'exige une telle sortie immédiate"*¹³ et ce car *" la Banque n'émet pas elle-même la vaste majorité de ce CO2, il s'agit principalement d'une estimation de la part de l'empreinte carbone des entreprises et projets attribuée aux banques qui les financent ou facilitent leur accès aux marchés de capitaux"*¹⁴. Pour autant, bien qu'une telle incursion dans la relation contractuelle puisse être dénoncée dans une logique civiliste, la politique européenne en matière de devoir de vigilance est tout autre. Le parlement européen le 1^{er} juin dernier n'a pas hésité à introduire dans le projet de directive sur le devoir de vigilance, le pouvoir de contrôler, en cours d'exécution d'un contrat, les risques que ce dernier est susceptible de générer. En effet, a été introduit un nouvel article 8a, par l'amendement 203¹⁵, spécifique aux activités d'investissement. Et, un autre amendement¹⁶ prévoit que l'évaluation des incidences négatives par les acteurs financiers ait toujours lieu classiquement avant la fourniture du service financier mais également avant chaque opération financière substantielle et, en cas d'alerte, pendant la fourniture du service financier.

Néanmoins, l'effet symbolique et la force de persuasion de ces tiers est incontestable. Le 11 mai 2023¹⁷, l'entreprise française BNP Paribas publiait en effet un communiqué de presse marquant son désengagement, déjà amorcé en début d'année 2023, des activités d'exploration-production pétrolière et gazière. L'entreprise a ainsi déclaré ne plus accorder *"de financements dédiés au développement de nouveaux champs pétroliers ou gaziers, quelles que soient les modalités de financement"*. BNP Paribas s'engage également à poursuivre l'alignement de son portefeuille de crédits sur une trajectoire « net-zéro », aussi appelée « neutre en carbone », et à contribuer au financement des énergies bas carbone, représentant 60 % de ses financements en fin d'année 2022.

¹¹ BNP Paribas, Réponse à la mise en demeure, préc., spéc. p. 2.

¹² A. Gossement, " L'obligation de vigilance des entreprises a pour corollaire l'obligation de dialogue des parties prenantes", *Éner. - Env. - Infr.*, n° 4, Avril 2023, comm. 34.

¹³ *Ibid.* Également, *Ibid.* p. 6 : *"La loi sur le devoir de vigilance ne peut pas non plus imposer à BNP Paribas de prendre des décisions qui relèveraient de l'autorité politique. Le secteur de l'énergie en est un exemple : les enjeux de sécurité et de souveraineté énergétique, qui peuvent avoir des conséquences sociales immédiates nécessitent parfois des arbitrages majeurs. A cet égard, nous soutenons qu'il n'est pas raisonnable d'attendre des acteurs économiques qu'ils se substituent aux pouvoirs publics et gouvernements"*.

¹⁴ *Ibid.*, p. 4.

¹⁵ Amendement n° 203, Amendements du Parlement européen, adoptés le 1^{er} juin 2023, à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)).

¹⁶ Amendement n° 153, *ibid.*

¹⁷ Disponible en ligne <https://group.bnpparibas/communique-de-presse/bnp-paribas-precise-et-renforce-ses-ambitions-en-matiere-de-transition-energetique>.

Ces tiers, en l'espèce des ONG ont donc une influence sur la stratégie de cette entreprise, et ce faisant, sur ses contrats.

Peut-être est-ce là le début d'une nouvelle ère d'influence. Par le pouvoir de dire, de porter sur la place publique la conformité ou plutôt l'absence de conformité aux règles de la compliance, le tiers peut orienter les comportements contractuels d'une entreprise. De nouvelles actions en cours étayent cette hypothèse. Le 25 mai 2023, une ONG, colombienne cette fois-ci, Tierra Digna, a mis en demeure trois banques françaises - la BNP Paribas, le Crédit Agricole et le Groupe BPCE - sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance. Elle leur reproche d'avoir financé les activités de Glencore - dont la filiale exploite des mines - qui auraient causé de graves dommages à l'environnement et aux droits humains¹⁸. Il est reproché le concours majeur des trois sociétés en tant qu'actionnaires et financeurs de Glencore. Notamment, la BNP Paribas a fourni en 2022 un financement de l'ordre de 46,41 millions de dollars à l'entreprise Glencore International AG, le Crédit Agricole est « l'un des investisseurs principaux de la société Glencore » avec : 3,5 millions de dollars d'obligations détenues et 89,9 millions de dollars en actionnariat, soit un total de 92,4 millions de dollars de participation, et enfin le Groupe BPCE demeure l'un des investisseurs principaux de Glencore avec : 182,1 millions de dollars d'obligations détenues, 820,6 millions de dollars en actionnariat, soit un total de 1,002 milliards de dollars de participation au sein de la société¹⁹.

Au delà de la possibilité pour les tiers de dénoncer l'objet de certains contrats ou leur existence, le tiers, au regard des risques auquel il est exposé, peut être à l'origine de la conclusion d'un contrat. Un autre exemple traduisant la place de l'intérêt public et donc des tiers - et la gravité des risques auxquels ils sont exposés- dans la solution des irrespects de compliance est la lutte contre la corruption. Les manquements qui seraient constatés par l'Agence française anti-corruption (AFA) peuvent en effet donner lieu à diverses mesures ou sanctions²⁰. Par ailleurs, avant le déclenchement de l'action publique, le procureur de la République a la faculté de proposer à la société, assistée de son avocat, la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) en application de l'article 41-1-2, I du Code de procédure pénale. Nous constatons donc que le tiers n'hésite pas, en matière de compliance et au regard des risques auxquels il est exposé, de contester le bien-fondé de l'existence même de certains contrats (en matière d'exploitation d'énergie fossile par exemple) mais il peut également, et cela est organisé par la loi, provoquer la conclusion d'une CJIP. C'est là une forme de coopération, entre le tiers et le contractant, particulièrement bienvenue au regard de la gravité du risque. Ainsi, par exemple, une telle convention judiciaire d'intérêt public a-t-elle été conclue le 28 novembre 2019 entre le Parquet national financier et une société française d'ingénierie, puis validée le 10 décembre suivant par le président du TGI de Paris, qui a prévu le paiement d'une amende de 2,6 millions d'euros pour faits de corruption d'agent public étranger²¹.

¹⁸ Glencore, a porté atteinte aux droits humains et à l'environnement sur le terrain et a violé les droits des mineurs et des communautés autochtones.

¹⁹ Données disponibles en ligne sur <https://www.editions-legislatives.fr/actualite/devoir-de-vigilance>.

²⁰ Telles que : avertissement aux représentants de la société, injonction adressée à la société et à ses représentants d'adapter les procédures internes pour les mettre en conformité avec la loi ou encore une éventuelle sanction pécuniaire prononcée par la commission des sanctions de l'AFA.

²¹ Communiqué de presse du procureur de la République financier, Paris, le 10 déc. 2019, disponible en ligne, <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Communiqué>.

Ces deux exemples, en matière de risque climatique et de corruption, de l'exposition des tiers aux risques provoqués (ou accentués) par le non-respect de mesure de compliance témoignent de la légitimité des tiers d'intenter une action en justice, action qui peut être difficile à mener à bien au regard de la conception du contrat : étant la chose des parties, les tiers n'ont qu'un droit de regard limité sur son contenu.

B. Mal informé

Les risques couverts par les différentes règles de compliance²² sont si importants que la compliance impose aux entreprises de prévenir le risque d'infraction de ces règles²³. Il s'agit là d'une organisation qui doit être mise en place par l'acteur économique concerné. Et cela se traduit notamment, dans un souci d'efficacité et de manière à rayonner dans sa sphère d'influence, par toute une série de clauses voire de contrats dédiés. Il s'agit avant tout de prévention et d'anticipation, et le contrat étant un outil de gestion des risques²⁴, il est naturellement un instrument privilégié. Pour autant, le contrat étant "la chose des parties", il est bien malaisé pour le tiers d'y avoir accès.

Cette opacité relative à laquelle est confrontée le tiers est tout d'abord factuelle. La mise en oeuvre de mesures de compliance nécessite parfois d'insérer des clauses dédiées dans des chaînes contractuelles d'une ampleur vertigineuse. Par exemple, le devoir de vigilance impose une obligation de surveillance d'un large ensemble de risques que l'activité d'une entreprise peut engendrer, en France ou à l'étranger. La particularité de la loi est d'englober à la fois l'activité propre de l'entreprise, mais aussi celle de ses sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient *une relation commerciale établie* selon les termes de l'alinéa 3 de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce. Le devoir de vigilance impose donc l'entreprise assujettie de contrôler sa chaîne de production, obligation qui est satisfaite par l'insertion de clauses contractuelles dans la chaîne de valeur que tous les intervenants sont tenus de respecter²⁵. La lettre de ce texte interroge : quel est son champ d'application ? Quelle réalité, en pratique, recouvre cette "zone de vigilance"²⁶ contractuelle ? Est-ce que ces clauses de vigilance doivent, pour respecter l'esprit de cette loi, être présentes "*dans l'ensemble des contrats menant à la prestation de service ou au bien en jeu*"²⁷ ? Les obligations contractuelles de vigilance doivent-elles concerner des partenaires de deuxième ou de troisième rang, voire au-delà ? Dans l'affirmative, ce devoir de vigilance concernerait des millions d'entreprises²⁸. Face au caractère vertigineux du champ

²² Si l'on jette un regard sur le sommaire du code de la compliance (Dalloz, éd. 2023), nous retrouvons notamment la lutte contre la corruption, le blanchiment, la protection des droits humains etc.

²³ A. Gaudemet, "La compliance en quête de définition", *Défis*, déc. 2018, n° 9, le professeur Antoine Gaudemet, la *compliance* s'inscrit dans une démarche originale pour les juristes que nous sommes : « *La compliance fait voir autre chose. Ce qui lui importe est moins de savoir si les entreprises enfreignent les règles qui s'appliquent à elles que de savoir si elles mettent en œuvre en leur sein un dispositif efficace pour prévenir le risque d'infraction à ces règles. (...) à l'avenir les entreprises ne seront plus seulement responsables d'avoir enfreint les règles qui s'appliquaient à elles mais aussi, et peut-être surtout, de ne pas avoir mis en place un dispositif efficace pour prévenir le risque d'infraction à ces règles.* »

²⁴ J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par le contrat », *RTD. civ.*, 1988, p. 481.

²⁵ J.-B. Racine, " Le déploiement du devoir de vigilance dans un contexte transnational", *JCP E*, n° 31-35, 3 août 2023, 1241.

²⁶ J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Puf, 3^e éd., 2022, p. 131.

²⁷ M. Hautereau-Boutonnet, "Le risque climatique en droit des contrats", *RDC*, 2016, p. 312, spéc. p. 319.

²⁸ N. Ida, " Contrat et devoir de vigilance des sociétés", *JCP E*, n° 28, 13 juill. 2023, 1214.

d'application de ce devoir, certaines entreprises adoptent une approche restrictive de cette notion, considérant que seuls les fournisseurs directs sont couverts par le champ d'application de la loi²⁹. Si une telle tâche est ardue pour les sociétés, la tâche du tiers intéressé est également très complexe. Comment contrôler l'existence et la bonne exécution de clauses de vigilance tout au long d'une chaîne de valeur parfois composée de centaines de milliers d'entreprises³⁰ ?

L'action du tiers est ensuite délicate au regard de la publicité soigneusement maîtrisée du contenu des contrats conclus par ces grandes entreprises. Avoir un intérêt à agir à l'encontre d'un des contractants est en effet étroitement lié à la connaissance du contenu contractuel, l'action du tiers est donc intimement liée aux informations qui sont rendues publiques. Or les informations sur lesquelles communiquent les grands acteurs économiques débiteur de diverses obligations, sont-elles fidèles à la réalité ? Permettent-elles à la société civile de porter un regard vigilant sur les obligations contractuelles ? Lorsqu'une grande entreprise communique largement sur les engagements pris et les mesures de compliance adoptées (par exemple en indiquant avoir contractualisé certains engagements de RSE et en ayant prévu les mécanismes pour assurer leur efficacité tout au long de la chaîne de valeur, à l'aide par exemple de clause d'audit etc...) elle envoie un signal fort au marché. Bien que le droit de la compliance repose sur de grandes valeurs, telle que la transparence, cela n'est parfois que du greewashing : c'est un risque auquel le tiers au contrat est exposé. Le manque d'accès à certains contrats, lorsque le droit de la compliance n'impose pas la publication de certains documents (tel que les informations extra-financières contenues dans le rapport annuel) représente un obstacle pour le tiers intéressé qui n'a d'autre choix que de faire confiance à l'émetteur d'une telle information. Si l'on jette un regard sur les sites internet de grandes entreprises, les clauses en elles-mêmes sont rarement dévoilées, mais plutôt les belles valeurs, telles que la transparence, que ces sociétés s'attachent à défendre. A noter toutefois que les efforts convergent en la matière, et l'on peut déceler une certaine cohérence normative, comme en témoigne les nouveaux principes de gouvernement d'entreprise du G20 et de l'OCDE révisés le 8 juin 2023³¹. Au sujet de l'effectivité des engagements en matière de durabilité, le sous-principe VI.A.4 prévoit que si une société fixe publiquement un but ou un objectif en matière de développement durable, le régime d'information doit prévoir que des mesures fiables sont publiées sous une forme facilement accessible pour permettre aux investisseurs d'évaluer la crédibilité et les progrès accomplis dans la réalisation du but ou de l'objectif annoncé. Il s'agit d'éviter

²⁹ Club des juristes, *Rapport collectif, Devoir de vigilance, quelles perspectives européennes ?*, préc., p. 15.

³⁰ S. Schiller, "Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre", *JCP E*, 2017, 1193, n° 5.

³¹ Disponible en ligne, <https://www.oecd-ilibrary.org> Voy. not. p. 41, n° 72 : " La communication au sujet des impacts environnementaux liés aux activités, produits et services d'une entreprise, ainsi que les échanges constructifs avec les parties prenantes, font partie du devoir de diligence et peuvent également être requis par la loi. Les standards en matière de publication d'information, telles que la Global Reporting Initiative, et d'autres standards en matière de publication d'information environnementale constituent des références utiles. Voir également le chapitre III sur la publication d'information. Il est particulièrement important de mener ces échanges constructifs et ces activités de communication auprès des parties prenantes, telles que les salariés, les clients, les investisseurs, les fournisseurs, les contractants, les communautés locales, les individus ou les groupes en situation de vulnérabilité ou de marginalisation, les personnes jouissant de droits spéciaux ou de droits fonciers légitimes, et les Peuples Autochtones, ainsi que le public en général, lorsqu'ils sont affectés par ces impacts négatifs ou susceptibles de l'être, et lorsque des biens environnementaux rares ou à risque sont en jeu, que ce soit dans un contexte régional, national ou international".

le risque d'écoblanchiment³². Dans le même esprit, le projet de directive insufflé plus de transparence, car son article 5 prévoit l'élaboration d'un code de conduite décrivant la stratégie de l'entreprise en matière de vigilance³³.

Par exemple, l'action en responsabilité prévue par l'article L. 225-102-5 du code de commerce pourrait conduire le juge à opérer un contrôle indirect du déséquilibre excessif issu des clauses de RSE, en ce que les mesures prévues par celles qui entraînent un tel déséquilibre ne devraient pas pouvoir être qualifiées de "mesures de vigilance raisonnable". Dès lors, le risque de responsabilité qui pèse sur le donneur d'ordres devrait l'inciter à rédiger des clauses de RSE plus équilibrées. Mais quel est l'efficacité et le succès escompté d'un tel contrôle ? Comme nous l'avons dit, les tiers souhaitant dénoncer une mauvaise prise en compte des mesures de compliance par le contrat n'ont d'autre choix que de se satisfaire des informations communiquées par les entreprises ou par un cocontractant déçu. Cela est d'ailleurs peut-être une des raisons pour lesquelles ces actions ne rencontreront, peut-être, jamais, un franc succès. En effet, là où le tiers bâtit son action sur les éléments en sa possession, collectés sur les sites internet des entreprises visées, dans les rapports de gestion (etc...), les entreprises, se protègent, anticipent grâce au contrat d'éventuelles actions en justice. En effet, et cela porte témoignage de la position peu avantageuse des tiers, si ces derniers soupçonnent le non-respect par une entreprise de son obligation de vigilance - et l'attire en justice - à ce moment là l'entreprise en question pourra se défendre en portant à la connaissance du juge une ou plusieurs contractuelles dédiées, voire même la conclusion de contrat dont l'objet est la compliance³⁴. Les sociétés ont à cœur en effet d'anticiper de tels procès et de préconstituer des preuves. Malgré ces différents obstacles, le tiers a un pouvoir d'action contre les contractants à prendre en compte.

II. Le tiers, un acteur d'une grande force

Le tiers est dans le même temps un acteur d'une grande force car il est susceptible de s'emparer des armes classiquement réservées au contractant, et, fort de ces outils, il est à même de participer et contrôler la contractualisation de mesures de compliance. Lui est offert la possibilité dénoncer un manquement contractuel (A), d'invoquer en sa faveur une clause statutaire (B) voire d'encourager à la rupture d'un contrat (D). De manière plus apaisée, il peut également co-construire le contenu contractuel (C).

A. Demander réparation

Le contrat est tout d'abord la chose des parties. Et donc naturellement toute mauvaise ou inexécution de celui-ci ne peut être évoquée par des tiers en application du principe de l'effet relatif du contrat. Depuis 2006³⁵ cependant (solution réaffirmée sans détour par l'assemblée plénière de la Cour de

³² P.-H. Conac, "Les nouveaux principes de gouvernement d'entreprise du G20 et de l'OCDE", *Revue des sociétés*, 2023 p.461, 7-8 juin 2023. L'OCDE renforce l'exigence de durabilité des sociétés cotées et le rôle des parties prenantes mais conserve une approche libérale,

³³ Proposition de Directive du parlement européen et du conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, 23 févr. 2022, COM/2022/71 final, Article 5. "Intégration du devoir de vigilance dans les politiques des entreprises", p. 61.

³⁴ M.-A. Frison-Roche, "Contrat de compliance, clauses de compliance", *D.*, 2022 p. 2115.

³⁵ Cass. ass. plén. 6 oct. 2006, n° 05-13.255, obs. J. Mestre, *RTD civ.* 2007, p. 115 ; note G. Viney, *D.* 2006, p. 2825.

cassation en 2020³⁶), les tiers victimes de l'inexécution d'un contrat, s'ils ont un intérêt particulier à son exécution, peuvent invoquer en tant que faute délictuelle, le seul manquement à l'obligation contractuelle sans avoir rien d'autre à prouver. Le tiers intéressé est donc doté d'une grande force, au regard du principe selon lequel le caractère contractuel d'un manquement n'exclut pas qu'il soit en relation directe avec un dommage subi par un tiers au contrat. La portée de ce principe est particulièrement large dans la mesure où la Cour ne lui apporte aucun tempérament. Elle ne distingue pas entre les tiers titulaires de l'action ni entre les obligations contractuelles susceptibles d'être méconnues et attraites dans la sphère délictuelle. Le tiers est donc créancier d'un manquement contractuel, bien qu'il ne soit pas parti au contrat. Cette solution permet au tiers tout à la fois de se prévaloir du contrat pour prouver la faute mais sans pouvoir se voir exposer les restrictions éventuelles à la responsabilité contractuelle³⁷.

Imaginons par exemple qu'une entreprise assume son devoir de vigilance tout au long de sa chaîne de valeur, mais qu'un sous-contractant conclut un contrat de sous-traitance au sein duquel est insérée une clause selon laquelle son cocontractant a l'obligation de prendre en charge tous les risques susceptibles de survenir en matière environnementale ou sociale. Dans certains pays, par exemple au Bangladesh, le besoin pour certains contractants de conclure un contrat, pour pouvoir survivre économiquement, est susceptible de les conduire à accepter des conditions contractuelles parfois très désavantageuses. Parfois encore le partenaire économique, au regard de sa situation n'est pas en mesure d'apprécier ces risques. La tentation est alors grande d'imposer par ces clauses les obligations de vigilance les plus complètes, en soumettant le contractant "faible" qui n'est pas en position de force pour négocier, le respect d'une multitude de normes internationales dont "la généralité des termes donne le vertige"³⁸. Le risque, qui devrait être assumé par le donneur d'ordre en application du devoir de vigilance repose de la sorte sur un acteur économique extrêmement vulnérable³⁹, tiers aux différents contrats conclus par ce donneur d'ordre, mais qui subit de plein fouet ce manquement contractuel. C'est ici un tiers particulier, le contractant de son contractant qui serait susceptible d'engager la responsabilité de la société donneuse d'ordre pour non-respect des engagements de compliance qu'elle a contractualisé, et ce de manière à éviter un tel transfert des risques en cascade. Sur ce dernier point, la proposition de directive européenne innovait. Elle prévoyait que la société donneuse d'ordre peut échapper à l'engagement de sa responsabilité en cas de dommage causé par un partenaire indirect si elle s'assure que son partenaire direct s'est lui-même efforcé d'exiger des garanties contractuelles de ses partenaires au sein de la même chaîne de valeur⁴⁰, *sauf s'il était déraisonnable*, compte tenu des circonstances, de s'attendre à ce que les mesures prises soient suffisantes pour prévenir ou atténuer l'incidence

³⁶ Cass., ass. plén. 13 janv. 2020, n° 17-19.963, note J.-S. Borghetti, *D.* 2020. 416 ; obs. M. Latina, *AJ contrat* 2020. 80.

³⁷ À noter toutefois que l'actuel avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile publié le 29 avril 2016 tend à remettre en cause la jurisprudence d'assemblée plénière de 2006 et de 2020, puisque le nouvel article 1234 du code civil prévoirait que " lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci ne peut en demander réparation au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II".

³⁸ Y. Queinnec et S. Mac Cionnaith, "La clause RSE, levier incontournable de vigilance", *RLDA*, juill. 2018, p. 33.

³⁹ A. Supiot, "Introduction. Face à l'insoutenable : les ressources du droit de la responsabilité", in *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015, p. 9 : " La montée de ces périls se conjugue avec l'affaïssement de la capacité des États de demeurer garants du principe de responsabilité, c'est-à-dire de leur capacité d'obliger ceux qui détiennent le pouvoir économique de répondre des conséquences de leurs décisions. Cette dissociation des lieux de pouvoir et des lieux d'imputation de la responsabilité conduit à faire peser les risques sur ceux qui ne sont pas en état de les prévenir".

⁴⁰ A. Danis-Fatôme, "La responsabilité civile dans la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance", *D.*, 2022, p. 1107.

négative. Malheureusement cette disposition a été supprimé par le parlement⁴¹, l'emploi du terme "déraisonnable" a été dénoncé comme porteur d'une insécurité juridique et la cause d'exonération a pu être qualifiée de problématique⁴².

Néanmoins un autre amendement atteste de la volonté de faire échec à la volonté de se déresponsabiliser de certains donneurs d'ordre. En effet, l'article 22 du projet de directive nous apprend que " *Lors de l'évaluation de l'existence et de l'étendue de la responsabilité au titre du présent paragraphe, il est dûment tenu compte des efforts déployés par l'entreprise*", et un amendement est venu ajouter que ces mêmes efforts ne peuvent être qualifiés de simple obligation de moyen, dans la mesure où un amendement du parlement précise à présent que "*Les entreprises qui ont participé à des initiatives sectorielles ou multipartites, à des initiatives multipartites ou à la vérification par un tiers ou à des clauses contractuelles pour soutenir la mise en œuvre d'aspects spécifiques de leurs obligations de diligence peuvent toujours être tenues pour responsables conformément au présent article*"⁴³. A ce propos le Club des juristes recommande dans son rapport sur le devoir de vigilance d'affirmer de la manière la plus claire que "*l'obtention de garanties contractuelles auprès de sous-traitants est utile, mais n'exonère pas l'entreprise donneuse d'ordre de sa responsabilité civile en cas de défaillance du sous-traitant*"⁴⁴.

De ces différents éléments transparaît le fait que le devoir de vigilance est l'expression d'une norme plus générale de "bon comportement" qui surplombe cette règle⁴⁵. Se défaire de cette vigilance en la faisant exclusivement reposer sur un contractant qui n'est pas en mesure de l'assumer, au regard de ses moyens - techniques, financiers ou encore humain - serait contraire à l'esprit de cette obligation. Dans un tel cas, les tiers seraient tout à fait légitimes à entamer une telle action en justice. Et l'esprit du projet de directive relative au devoir de vigilance conforte cette interprétation car l'article 14⁴⁶ prévoit la possibilité de soutenir financièrement les PME pour la mise en œuvre du devoir de vigilance. L'exposé des motifs lui-même de la loi sur le devoir de vigilance est éclairant : « *il s'agit de responsabiliser (...) les sociétés transnationales afin d'empêcher la survenance de drames en France et à l'étranger et d'obtenir des réparations pour les victimes en cas de dommages portant atteinte aux droits humains et à l'environnement* ». Si par le jeu d'une clause contractuelle une mesure de vigilance repose sur un sous-sous contractant extrêmement défavorisé, dans ce cas, l'esprit de cette loi de vigilance ne nous semble pas respecté et le tiers, dans notre exemple un sous contractant, non liée par un contrat à la société donneuse d'ordre, est donc tout à fait légitime à dénoncer cela. Encore faut-il cependant, si l'on couple cette possibilité d'invoquer un manquement contractuel avec la lettre de l'article L. 225-102-4 I alinéa 3 du code de commerce, que ce tiers intéressé rapporte la preuve d'une "atteinte grave"⁴⁷. En l'absence de décret précisant les contours de cette notion, l'avenir

⁴¹ Amendement n° 300, Amendements du Parlement européen, adoptés le 1^{er} juin 2023, préc.

⁴² Club des juristes, *Rapport collectif, Devoir de vigilance, quelles perspectives européennes ?*, préc., p. 56.

⁴³ Amendement n° 303, Amendements du Parlement européen, adoptés le 1^{er} juin 2023, préc.

⁴⁴ Recommandation n° 21, Club des juristes, *Rapport collectif, Devoir de vigilance, quelles perspectives européennes ?*, présidé par B. Cazeneuve, rapporteur A. Gaudemet, secrétaire générale, A. Stevignon, juill. 2023, disponible en ligne, <https://www.leclubdesjuristes.com>

⁴⁵ M. Hautereau-Boutonnet, *Le Code civil, un code pour l'environnement*, 2021, Dalloz, p. 113.

⁴⁶ Proposition de Directive du parlement européen et du conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE), préc.

⁴⁷ Le champ d'application du plan de vigilance est circonscrit aux "mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société (...)".

jurisprudentiel nous dira quelle réalité recouvre ce standard. Les donneurs d'ordre devraient donc être particulièrement vigilants. L'insertion de clauses de vigilance dans leur chaîne de valeur, pensée comme une cause d'exonération de leur responsabilité, est également susceptible d'être au fondement d'une action en justice.

Un autre exemple de possibilité pour le tiers est d'agir sur le fondement de l'article 1833 du Code civil selon lequel « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité »⁴⁸. La loi PACTE n'a pas précisé qui pourrait agir en justice. Des tiers pourraient donc engager la responsabilité des dirigeants sociaux ou de la société elle-même si un préjudice de nature sociale ou environnementale était causé du fait d'une délibération sociétaire. A noter que toutes les entreprises, de l'EURL aux sociétés du CAC 40, en passant par les TPE et les PME, sont soumises à cet article. Cela signifie que lors de l'exécution du contrat de société l'intérêt des associés doit composer avec d'autres intérêts. Et naturellement le tiers a un droit de regard soutenu au moment de l'exécution du contrat de société.

Dans le même esprit, la loi PACTE permet aux entreprises d'inscrire dans leurs statuts les enjeux sociaux et environnementaux en lien avec leur activité en définissant leur propre « raison d'être » selon les termes de l'article 1835 du Code civil. Une telle raison d'être renvoie à l'activité de l'entreprise par référence à des valeurs environnementale, sociétale, ou sociale qui détermineront ses choix stratégiques ou encore des objectifs plus précis, comme l'exercice d'activités économiques favorables à l'environnement ou à l'amélioration de l'habitat, le développement de l'éducation etc. La raison d'être est donc un message qui touche naturellement les tiers. A cet égard, les tiers pourraient agir en responsabilité pour non-prise en considération de la raison d'être par la société sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. En effet, la loi ne prévoit pas de sanction en cas de méconnaissance de cette "raison d'être". On peut toutefois d'ores et déjà discerner les conséquences potentielles en matière de responsabilité. En effet, l'inscription d'une raison d'être dans les statuts oblige à s'y conformer. Dès **lors, sa transgression entraîne une violation des statuts et à ce titre peut certainement permettre d'engager la responsabilité tant de la société que des dirigeants.** A noter que le juge pourrait être amené à porter une attention toute particulière à de tels engagements, et n'hésiterai certainement pas, demain, à les sanctionner. Dans un autre domaine, en matière d'économie sociale et solidaire, un jugement récent rendu par le tribunal commercial de Bobigny⁴⁹, nous apprend que le juge est particulièrement vigilant et vérifie scrupuleusement si les engagements sociaux et environnementaux pris dans les statuts, et ce conformément aux exigences légales⁵⁰, sont fidèles à la réalité⁵¹. A l'avenir, nul doute que le juge adoptera une telle attitude à l'égard des sociétés souhaitant préciser une telle raison d'être, de manière à ce que les entreprises assument pleinement leurs engagements.

⁴⁸ J. Mestre, " La boussole de l'intérêt social se tourne vers les générations futures... (à propos de la réécriture de l'article 1833 du Code civil), in *Quelle conciliation entre le droit économique et le droit de l'environnement ?* dir. S. El Hassani Sbai, Presse universitaire de Rabat, 2023, à paraître.

⁴⁹ T. com. Bobigny, ord. réf., 11 avr. 2023, n° 2023S00565.

⁵⁰ Elles doivent faire apparaître dans leurs statuts un certain nombre d'informations. Voy. Loi n° 2014-856 du 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, JORF n°0176 du 1^{er} août 2014.

⁵¹ D. Hiez, " Contrôle de la qualité d'entreprise d'économie sociale et solidaire : une illustration rare et inspirante", *RTD com.*, 2023 p. 397.

Cela nous amène à un autre cas de figure, au cas où une clause statutaire n'a pas encore été véritablement violée mais où un tiers souhaite en revendiquer le bénéfice.

B. Invoquer en sa faveur une clause statutaire

Un tiers a-t-il la possibilité d'invoquer en sa faveur une clause statutaire par laquelle une société affirme respecter les règles de compliance ? La question de cette invocation est discutée de façon générale, et à notre connaissance, ne s'est jamais posée pour la compliance.

Tandis que le code de commerce prend soin de préciser l'inopposabilité aux tiers des clauses statutaires limitatives des pouvoirs légaux des dirigeants, ces mêmes tiers ont pour leur part droit d'invoquer en leur faveur les clauses statutaires d'une société. Dans un arrêt rendu en 2018⁵², à propos des clauses limitant le pouvoir du représentant légal de la société d'agir en justice, la cour de cassation nous apprend qu'« un tiers peut se prévaloir des statuts d'une personne morale pour justifier du défaut de pouvoir d'une personne à figurer dans un litige comme le représentant de celle-ci ». Cela étant, cela n'est pas un véritable principe général dans la mesure où elle a par ailleurs clairement souligné que ce pouvoir d'invocation ne saurait en toute hypothèse jouer dès lors que les statuts prennent soin de préciser eux-mêmes qu'ils ne sont pas invocables par les tiers⁵³ par le jeu d'une clause de non-invocation. Ce qu'il faut retenir c'est qu'un tel recours a pour objectif de protéger le tiers, et l'on peut donc se poser la question de savoir si une clause statutaire ayant pour objet le respect de dispositions de compliance pourrait être invoquée par un tiers.

Si l'on reprend le cas de la raison d'être, nous avons vu que bien qu'il n'y ait pas de sanction spécifique prévu en cas de violation de la raison d'être, il est tout à fait envisageable d'agir sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. Par ailleurs, comme cela a été souligné plus haut, la raison d'être relève du régime des dispositions statutaires en droit des sociétés. Ainsi, si l'on raisonne par analogie, en s'appuyant sur l'arrêt précédemment évoqué il paraît intéressant de se poser la question de savoir si une telle clause statutaire pourrait être invoquée en sa faveur par un tiers.

Et cette question se pose avec encore plus d'acuité lorsqu'une telle raison d'être est précisée afin d'obtenir le label société à mission. En application de l'article L. 210-10 du Code de commerce, une société peut faire publiquement état de la qualité de société à mission lorsque plusieurs conditions sont respectées. Les statuts doivent tout d'abord préciser une raison d'être au sens de l'article 1835 du code civil, mais également un ou plusieurs objectifs sociaux ou environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité, et, enfin, expliciter les modalités du suivi de l'exécution de cette mission. Au sujet de cette dernière condition, le décret du 2 janvier 2020⁵⁴ précise qu'un comité de mission, distinct des organes sociaux est chargé exclusivement de ce suivi⁵⁵. Et, à propos de la correcte exécution des objectifs sociaux et environnementaux de la société à mission, cela doit faire l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant (OTI). Dans un

⁵² Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-21.077, note B. Lecourt, *Rev. sociétés*, 2019. 42 ; note A. Lecourt, *RTD Com.* 2018 p. 701.

⁵³ Cass. com., 13 nov. 2013, n° 12-25.675, note B. Dondero, *D.* 2014. 183 ; obs. P. Le Cannu, *RTD com.* 2013. 765 ; note H. Barbier, *RTD Civ.* 2014 p. 652.

⁵⁴ Décret n° 2020-1 du 2 janv. 2020 relatif aux sociétés à mission, JORF n°0002 du 3 janv. 2020.

⁵⁵ Il doit présenter annuellement un rapport joint au rapport de gestion à l'assemblée chargée de l'approbation des comptes de la société. Ce comité procède à toute vérification qu'il juge opportune et se fait communiquer tout document nécessaire au suivi de l'exécution de la mission.

esprit de contrôle, le tiers a donc un rôle important à jouer. L'article L. 210-11 du code de commerce nous apprend en effet que lorsque l'une des conditions mentionnées à l'article L. 210-10 n'est pas respectées, ou lorsque l'avis de l'organisme tiers indépendant conclut qu'un ou plusieurs des objectifs sociaux et environnementaux que la société s'est assignée en application du 2° du même article L. 210-10 ne sont pas poursuivis de manière satisfaisante, le ministère public ou *toute personne intéressée* peut saisir le président du tribunal statuant en référé aux fins d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au représentant légal de la société de supprimer la mention "société à mission" de tous les actes, documents ou supports électroniques émanant de la société. Un autre moyen d'action du tiers face au contrat est de participer à l'élaboration de son contenu, lorsque la loi l'y autorise, et ce de manière à ce que les engagements respectent fidèlement les objectifs poursuivis.

C. Participer à l'élaboration du contenu contractuel

Le tiers s'est vu doté par le législateur de pouvoirs originaux. Le plan de vigilance que l'on a évoqué a vocation à être élaboré en association avec les tiers, et plus précisément les parties prenantes de la société selon l'article L. 225-102-4, I, al. 4 du Code de commerce. Il comprend notamment une cartographie des risques ainsi que diverses mesures pour prévenir les risques. Ces mesures, pour plus d'efficacité, sont bien souvent contractualisées⁵⁶. En pratique, cela signifie que des tiers, les parties prenantes des entreprises, sont des acteurs majeurs de la mise oeuvre de certaines mesures de compliance lors de l'élaboration d'un plan de vigilance. Et cette participation des tiers est bienvenue car cela permet d'anticiper et de prévenir un risque de contentieux, dans la mesure où ce sont ces mêmes parties prenantes qui seraient susceptibles de contester la teneur de ce plan. L'article L. 225-102-4, II du code de commerce prévoit en effet que le tiers peut mettre en demeure une société de respecter les obligations prévues au I. A défaut, ce même tiers, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, peut saisir le juge de manière à l'enjoindre, sous astreinte, de les respecter. Tel a été le cas dans de récents jugements rendus en la matière en début d'année.

Ici ce qui frappe à la lecture de ces jugements⁵⁷, c'est l'importance des développements consacrés à la raison d'être de la mise en demeure dans le dispositif légal⁵⁸. Pour le juge, en prévoyant qu'il "a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le législateur a expressément manifesté son intention de voir ce plan de vigilance élaboré dans le cadre d'une co-construction et d'un dialogue entre les parties prenantes de l'entreprise et l'entreprise". De ce fait, la mise en demeure concrétise la "volonté du législateur d'un processus collaboratif", qui "ne peut avoir pour objet que de permettre à l'entreprise de se mettre en conformité dans le cadre d'un dialogue", "d'instituer une phase obligatoire de dialogue et d'échange amiable" et "poursuit un objectif de sécurité juridique et de développement des alternatives amiables de résolution des litiges". A ce propos, le Club des juristes recommande de renforcer le rôle de ces tiers, et propose de prévoir

⁵⁶ Cela peut être par exemple des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie ; des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ; un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques etc.

⁵⁷ TJ Paris, 28 févr. 2023, n° 22/53943 et TJ Paris, 28 févr. 2023, n° 22/53942.

⁵⁸ M. Hautereau-Boutonnet et B. Parance, "Prudence dans l'analyse du premier jugement sur le devoir de vigilance des entreprises ! À propos du projet pétrolier en Ouganda et Tanzanie des filiales de TotalEnergies", *JCP G*, n° 12, 27 mars 2023, act. 373.

une consultation impérative et non plus simplement facultative⁵⁹. Le rapport Dubost-Potier⁶⁰ conseille à ce sujet de s'inspirer des sociétés à mission, qui, depuis leur création par la loi PACTE, impose la constitution d'un comité des parties prenantes. Enfin, et de manière marginale, se pose la question si l'influence du tiers pourrait conduire à la remise en cause de l'existence même du contrat.

D. Encourager à la rupture d'un contrat

Le tiers peut être influent au point d'encourager le contractant, en cas de manquement à une obligation de compliance, à la rupture du contrat.

Prenons comme exemple tout d'abord le groupe de société. Bien que non partie au contrat conclu entre sa filiale et une autre société, le non-respect des engagements de compliance par les contractants peut rejaillir sur l'ensemble du groupe. La société mère est en effet sensible à certains manquements contractuels, tels ceux relatifs à la lutte contre la corruption et a, bien que tiers au contrat, une force d'influence à ne pas négliger. Tel est l'enseignement délivré par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 20 novembre 2019⁶¹ à propos de la mise en œuvre d'une clause anti-corruption insérée dans un contrat d'agence d'affaire. En l'espèce, une société française avait conclu un contrat d'agence d'affaires avec une filiale française dont le groupe (américain) était vigilant à la lutte contre la corruption. A cet égard, la société française avait signé une clause de « respect de la réglementation », et elle s'était contractuellement engagée à adhérer à la certification de la politique anticorruption du groupe américain. Quelques années plus tard, la société française refusa de renouveler son adhésion à la certification de la politique anticorruption du groupe américain. La filiale du groupe américain résilia donc sans préavis le contrat d'agence, de manière à être *fidèle à la politique de son groupe*. La force de conviction de la société mère, bien que tiers au contrat conclu entre une de ses filiales et une autre société, est réelle, et cela est naturel au regard de l'unité économique qui forme le groupe de société.

Dans le même esprit la future directive européenne sur le devoir de vigilance prévoit que les articles 7 et 8 mentionnent que « *Les États membres prévoient la possibilité de mettre un terme à la relation commerciale dans les contrats régis par leur législation* »⁶². Pour ce qui est des incidences négatives potentielles qui n'ont pas pu être évitées ou atténuées de manière adéquate, « *l'entreprise est tenue de s'abstenir de nouer de nouvelles relations ou d'étendre les relations existantes avec le partenaire en rapport avec lequel l'incidence a eu lieu* ». Là encore, un tiers intéressé pourrait s'appuyer sur de telles dispositions.

Au-delà de cette influence là, nous pouvons imaginer qu'un autre type de tiers, tel qu'un lanceur d'alerte révèle au grand public un important manquement d'une société à une obligation de compliance. Ce scandale pourrait par exemple déclencher le jeu d'une clause résolutoire par son cocontractant désireux de sortir d'une relation d'affaire susceptible de ternir son image.

⁵⁹ Club des juristes, *Rapport collectif, Devoir de vigilance, quelles perspectives européennes ?*, préc.

⁶⁰ C. Dubost et D. Potier, Rapport d'information de l'Assemblée Nationale sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n° 5124, 24 févr. 2022, p. 94.

⁶¹ Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.817.

⁶² Proposition de Directive du parlement européen et du conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE), préc.