THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES

École doctorale : EDSJ - Ecole Doctorale Sciences Juridiques
Spécialité : Droit Privé
Unité de recherche : Centre de Recherches juridiques

La transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale

The transparency of large companies on environmental and social issues

Présentée par :

Jessie SARAGAGLIA

Direction de thèse :

Stéphane GERRY-VERNIERES PROFESSEURE DES UNIVERSITES, Université Grenoble Alpes	Directrice de thèse

Rapporteurs :

Virginie MERCIER
PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Aix Marseille Université
Irina PARACHKEVOVA-RACINE
PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Côte d'Azur

Thèse soutenue publiquement le **6 juillet 2023**, devant le jury composé de :

Stéphane GERRY-VERNIERES PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Grenoble Alpes	Directrice de thèse
Virginie MERCIER PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Aix Marseille Université	Rapporteure
Emmanuelle MAZUYER DIRECTEUR DE RECHERCHE, CNRS délégation Rhône Auvergne	Examinatrice
Irina PARACHKEVOVA-RACINE PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Côte d'Azur	Rapporteure
Romain TINIERE PROFESSEUR DES UNIVERSITES, Université Grenoble Alpes	Président

La Communauté Université Grenoble Alpes n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Les opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

J’adresse mes remerciements les plus sincères à la Professeure Stéphane Gerry-Vernières, pour avoir encadré mes recherches avec bienveillance, pour ses conseils et pour son écoute.

Je remercie également Madame Emmanuelle Mazuyer, les Professeures Virginie Mercier et Irina Parachkévova-Racine et le Professeur Romain Tinière pour avoir accepté d’évaluer cette thèse.

Je remercie ma mère, Laureen, Mickaël et Loan, et plus largement toute ma famille et belle-famille pour leur soutien, leur compréhension et leur bienveillance durant ces années de thèse. Une gratitude particulière aux femmes de la famille, qui sont des modèles de force et de résilience. Une pensée pour mes neveux et nièces, Soen, Thomas, Ellana, Margaux, Alice, Jules, Giulia et Joane, pour leurs rires et leur énergie.

Je remercie mes ami.e.s, qui égayent ma vie et m’offrent un soutien sans faille depuis de nombreuses années, notamment Mélisande, Lucas, Cécile, Charlène, Farah, Aïda, Charlotte, Claire, P.-C. et tous les autres. Merci également aux ami.e.s de la danse et à celles et ceux des Olympiades, pour m’avoir changé les idées de si nombreuses fois, ainsi qu’aux doctorant.e.s et chargé.e.s de travaux dirigés de la Faculté de droit de Grenoble, pour tous les bons moments passés et pour avoir relu une partie de ce travail.

Enfin, je remercie Arnaud, pour la force qu’il me donne, pour sa confiance et pour nos projets.

Table des principaux sigles et abréviations

A.	Arrêté
ADEME	Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Énergie
AFNOR	Association française de la normalisation
al.	alinéa
AEMF	Autorité Européenne des Marchés Financiers
AMF	Autorité des Marchés Financiers
ANC	Autorité des Normes Comptables
APD	Archives de philosophie du droit
art.	article
BJB	Bulletin Joly Bourse
BJS	Bulletin Joly Sociétés
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
c.	contre
C. assur.	Code des assurances
C. C.	Conseil constitutionnel
C. Civ.	Code civil
C. Com.	Code de commerce
C. env.	Code de l'environnement
C. mon. fi.	Code Monétaire et Financier
C. Trav.	Code du travail
CA	cour d'appel
CAC	commissaire aux comptes
CDE	Cahiers de droit de l'entreprise
CDP	*Carbon Disclosure Project*
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
ch. mixte	chambre mixte
chron.	chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 1ère	Première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3e	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
CNCC	Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes

COFRAC	Comité français d'accréditation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	commentaire
contra	Contrairement à
CPC	Code de procédure civile
CSRD	*Corporate Sustainability Reporting Directive*
D.	Décret
D.	Recueil Dalloz
dir.	Sous la direction de
Dir.	Directive
Dr. sociétés	*Droit des sociétés*
éd.	édition
EMAS	*Eco Management and Audit Scheme*
ESG	environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GRI	*Global Reporting Initiative*
IASB	*International Accounting Standards Board*
Ibid.	*Ibidem*
Id.	*Idem*
IIRC	*International Integrated Reporting Committee*
infra	Voir plus bas
ISO	Organisation internationale de normalisation
ISR	Investissement socialement responsable
JCP E	La Semaine Juridique, édition Entreprises et affaires
JCP G	La Semaine Juridique, édition Générale
JCP S	La Semaine Juridique, édition Sociale
L.	Loi
LPA	Les Petites Affiches
NFRD	*Non Financial Reporting Directive*
NRE	Nouvelles Régulations Economiques
op. cit.	*opere citato*
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations unies
PCG	Plan Comptable Général

PCN	Point de Contact National
préc.	précité
RD. bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
Rev. Sociétés	Revu des sociétés
RIDE	Revue internationale de droit économique
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RSE	Responsabilité Sociale de l'Entreprise
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
SA	société anonyme
SARL	société à responsabilité limitée
SAS	société par actions simplifiée
SCA	société en commandite par actions
SCS	société en commandite simple
SE	société européenne
supra	Voir plus haut
UE	Union européenne

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

La fonction élémentaire d'information de la transparence en matière environnementale et sociale : une amélioration nécessaire

Titre 1 : La pertinence perfectible de l'information

Chapitre 1. Un socle général insuffisamment étendu

Chapitre 2. Une mise en œuvre insuffisamment harmonisée

Titre 2 : La fiabilité insuffisante de l'information

Chapitre 1. Un contrôle formel du vérificateur

Chapitre 2. Un arsenal administratif et judiciaire inégal

SECONDE PARTIE

La fonction complémentaire de régulation de la transparence en matière environnementale et sociale : une ambition en construction

Titre 1 : Les rétributions de marché au soutien de la régulation

Chapitre 1. Une peine : la sanction réputationnelle

Chapitre 2. Une récompense : l'avantage concurrentiel

Titre 2 : Les mutations du rôle de l'entreprise au soutien de la régulation

Chapitre 1. L'entreprise à l'épreuve d'un pouvoir nouveau

Chapitre 2. L'entreprise à l'épreuve d'une responsabilité nouvelle

Introduction

1. **L'interpellation citoyenne : une diminution des impacts sociaux et environnementaux. –** En matière environnementale et particulièrement en matière climatique, l'heure n'est plus aux constats : tandis que le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) publie chaque année un rapport sur les causes et conséquences du changement climatique[1], les appels à agir se sont multipliés ces dernières années. Le mouvement mondial *Fridays for future*, à l'initiative de la militante Greta Thunberg, ou encore l'Affaire du Siècle, action en justice contre l'État français pour inaction climatique adossée à une pétition soutenue par deux millions d'individus, illustrent cette exhortation citoyenne à agir en matière environnementale, notamment contre le réchauffement climatique.

2. Cette interpellation cible de plus en plus les grandes entreprises en raison de leur contribution significative au réchauffement climatique : cent multinationales seraient à l'origine de 71% des émissions de gaz à effet de serre mondiales produites entre 1988 et 2015[2]. Ainsi, des citoyens s'adressent directement aux grandes entreprises : en mai 2022, des militants bloquent l'entrée du siège de TotalEnergies alors qu'une assemblée générale des actionnaires se tient, dénonçant l'impact écologique du groupe[3].

3. L'appel à l'action ne se limite pas au changement climatique et ses conséquences, mais vise la protection de l'environnement dans son ensemble. Les neuf limites planétaires – seuils au-delà desquels les conditions d'habitabilité sur Terre sont compromises – intéressent également l'érosion de la biodiversité, la perturbation du cycle de l'azote ou encore le cycle

---

[1] « *Human activities, principally through emissions of greenhouse gases, have unequivocally caused global warming, with global surface temperature reaching 1.1°C above 1850-1900 in 2011-2020. Global greenhouse gas emissions have continued to increase over 2010-2019, with unequal historical and ongoing contributions arising from unsustainable energy use, land use and land-use change, lifestyles and patterns of consumption and production across regions, between and within countries, and between individuals (high confidence). Human-caused climate change is already affecting many weather and climate extremes in every region across the globe. This has led to widespread adverse impacts on food and water security, human health and on economies and society and related losses and damages to nature and people (high confidence). Vulnerable communities who have historically contributed the least to current climate change are disproportionately affected* » (IPCC, *Climate Change 2023. Synthesis report of the IPCC sixth assessment report (AR6)*, 2023, p. 6).

[2] CLIMATE DISCLOSURE PROJECT, *The Carbon Majors Database*, 2017, p. 8.

[3] M. BIRKEN, « L'assemblée générale de TotalEnergies perturbée par des militants écologistes », *Le Huffington Post*, 25 mai 2022, [https://www.huffingtonpost.fr/actualites/article/l-assemblee-generale-de-totalenergies-perturbee-par-des-militants-ecologistes_196824.html].

de l'eau[1]. Les entreprises sont alors régulièrement encouragées à diminuer leurs impacts sur l'environnement, à l'instar de la mobilisation locale « STop Micro » qui alerte sur la consommation d'eau d'un établissement grenoblois du groupe STMicroelectronics, coté au CAC 40[2].

4. Les impacts des activités des entreprises sur les droits humains, les droits des travailleurs et plus largement tous les aspects sociaux attirent également l'attention des citoyens. Des ONG ont à cet effet interpellé la société Thalès, également cotée au CAC 40, au sujet des exportations de technologies militaires qu'elle effectue auprès d'un partenaire indien de la junte birmane, dont les exactions sont dénoncées[3].

5. **La réponse des entreprises : la RSE. –** Les entreprises ne restent pas indifférentes à ces manifestations citoyennes en faveur d'une meilleure prise en compte de leurs impacts environnementaux et sociaux. La réponse la plus commune consiste à s'engager dans une démarche de Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE), qui a précisément pour objectif de réduire les conséquences environnementales et sociales liées à l'activité économique d'une entreprise. A ce titre, de nombreuses mesures peuvent être adoptées : actions concrètes (comme une diminution des déchets produits), dispositifs de formation des salariés, engagements oraux ou écrits, etc. Dépendant initialement de la seule volonté des entreprises, la RSE a peu à peu fait l'objet d'une institutionnalisation, étant promue par des instruments non contraignants tels que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales[4] ou les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies[5].

---

[1] W. STEFFEN, K. RICHARDSON, J. ROCKSTRÖM [et al.], « Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet », *Science*, 2015, vol. 347, n°6223, p. 1259855.

[2] M. DE KERIMEL, « Journée mondiale de l'eau : face aux industriels de l'électronique, le collectif STop Micro appelle à la mobilisation le 1er avril 2023 », *Place Grenet*, [https://www.placegrenet.fr/2023/03/22/journee-mondiale-de-leau-face-aux-industriels-de-lelectronique-le-collectif-stop-micro-appelle-a-la-mobilisation-le-1er-avril-2023/597364].

[3] SHERPA, « La société civile interpelle Thalès sur son soutien indirect à la junte birmane », 30 nov. 2021, [https://www.asso-sherpa.org/la-societe-civile-interpelle-thales-sur-son-soutien-indirect-a-la-junte-birmane].

[4] ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011.

[5] HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/4, 2011.

6. **Le soutien du droit : la transparence. –** C'est par l'exigence de transparence que le droit est intervenu afin de soutenir le mouvement de la RSE[1]. Cet impératif, qui fait figure de pilier de la RSE[2], a été traduit par la mise en œuvre d'obligations d'information en matière environnementale et sociale – également nommées obligations de *reporting*, par parallélisme avec la reddition de comptes financiers. Par l'instauration de telles obligations d'information, le législateur « *s'est attaché à procéder par étapes en commençant par s'assurer que la réalité des risques environnementaux et sociaux est pleinement prise en compte* »[3]. La transparence environnementale et sociale a non seulement pour rôle d'informer ses destinataires quant aux activités de l'entreprise mais permet également à cette dernière de prendre conscience de ses impacts dans l'optique de les diminuer.

7. L'exigence de transparence a donc émergé en réaction aux sollicitations de la société civile quant aux impacts environnementaux et sociaux des entreprises. Son essence semble donc intimement liée aux *fonctions* qu'elle remplit, ce qui constituera le cœur de notre étude. Après avoir délimité la transparence environnementale et sociale des grandes entreprises (§1), nous présenterons la démarche de recherche que nous avons adoptée (§2) ainsi que les objectifs d'une telle étude (§3).

§1. Délimitation de l'étude

8. En ce qu'elle répond à une pression des citoyens – et potentiels clients – des grandes entreprises, l'exigence de transparence environnementale et sociale des grandes entreprises contient le risque d'être galvaudée. Il conviendra donc d'éclairer le sens de cette transparence, ce qui reviendra à en étudier sa nature (A), avant d'en délimiter l'objet, qui correspond à la

---

[1] « *C'est par l'information que les problématiques de la RSE ont fait leur entrée dans notre droit des sociétés* » (C. MALECKI, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, LGDJ, 2014, n°112, p. 74).

[2] « *Pour rendre compte de la façon dont elles remédient à leurs incidences sur les droits de l'homme, les entreprises devraient être prêtes à communiquer l'information en externe* » (HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/4, 2011, pt. 21, p. 27). V. également ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, III, p. 18.

[3] F.-G. TREBULLE, « Le risque, clef du développement durable des sociétés », *Dr. Sociétés*, 2010, n°11, p. 6.

matière environnementale et sociale (B), pour enfin déterminer les sujets de ce devoir de transparence (C).

A. La nature de la transparence : un devoir

9. **Information. –** La transparence renvoie d'emblée à l'information. Ne correspondant à aucune catégorie juridique déterminée[1], l'information ne peut non plus être raccrochée à une unique discipline scientifique, sa plasticité lui permettant d'être utilisée dans les sciences exactes, humaines et sociales[2]. Dans le langage courant, l'information est assimilée à une donnée, un fait ; elle renvoie à l'« *ensemble de connaissances réunies sur un sujet déterminé* »[3]. Toutefois, l'information ne peut être réduite au message qu'elle contient : l'information est, selon une deuxième acception, une communication, le processus par lequel une donnée ou une connaissance est diffusée[4] par l'émetteur envers un destinataire[5]. Cette acception invite à conférer une certaine faculté à l'émetteur de l'information, qui est en mesure de contrôler la diffusion du savoir qu'il recèle et par conséquent, de valoriser cette information. Cette possibilité de valorisation a conduit certains auteurs à attribuer une troisième acception à l'information qui peut être entendue comme « *un bien susceptible d'appropriation* »[6].

---

[1] V. J. CHACORNAC, *Essai sur les fonctions de l'information en droit des instruments financiers*, Dalloz, 2014, n°8, p. 5.

[2] « *My skepticism about a definitive analysis of information acknowledges the infamous versatility of information. The notion of information has been taken to characterize a measure of physical organization (or decrease in entropy), a pattern of communication between source and receiver, a form of control and feedback, the probability of a message being transmitted over a communication channel, the content of a cognitive state, the meaning of a linguistic form, or the reduction of an uncertainty. These concepts of information are defined in various theories such as physics, thermodynamics, communication theory, cybernetics, statistical information theory, psychology, inductive logic, and so on. There seems to be no unique idea of information upon which these various concepts converge and hence no proprietary theory of information* » (R. J. BOGDAN, *Grounds for cognition. How goal-guided behavior shapes the mind*, Psychology Press, 2014, p. 53).

[3] V° « information » *in Trésor de la langue française informatisé*, Université de Lorraine et CNRS, [http://www.atilf.fr/tlfi].

[4] « *La connaissance acquise est le résultat du processus qu'est l'information* » (A. LEPAGE, *Recherche sur la connaissance du fait en droit*, Université Paris Sud, 1998, n°4, p. 13).

[5] « […] *dans sa plus grande généralité sémantique, l'information est un message quelconque. Son auteur est celui qui rend communicable le fait qu'il a perçu ou l'idée qu'il a conçue.* […] *Cependant, s'il est de l'essence de l'information d'être communicable, il est dans sa nature d'être communiquée. Cette fonction met en scène un autre sujet de droit : le destinataire du message, individu isolé ou multitude, sujet passif ou interactif, mais en tout cas partenaire de la communication* » (P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, p. 97).

[6] *Ibid.*

10. **Information et pouvoir. –** Ces deux dernières acceptions impliquent une relation entre l'émetteur et le récepteur de l'information. L'étude de l'information ne peut donc faire l'économie de l'étude du pouvoir : « *plus que jamais, dans une société dominée par la technique, le savoir est un ressort convoité par la puissance ; cette réalité donne sa valeur à l'information, véhicule du savoir* »[1]. Le savoir apparaît ainsi comme une condition du pouvoir[2]. Sur les marchés économiques, la situation d'asymétrie informationnelle correspond à la situation dans laquelle il existe une inégale répartition de la connaissance des caractéristiques d'une transaction entre différents agents économiques, de sorte que le détenteur de l'information est favorisé[3]. L'enjeu de l'association du savoir au pouvoir est renouvelé par l'essor des technologies de l'information et de la communication, « *outils de la révolution informationnelle* »[4]. En effet, celles-ci ont contribué à l'avènement d'une nouvelle ère, celle de la « *société globale de l'information* », caractérisée par une explosion des flux d'information[5].

11. **Pouvoir et transparence. –** Dans ce contexte, la transparence des détenteurs de l'information – partant, des détenteurs du pouvoir – apparaît comme une nécessité démocratique[6]. La transparence, « *propriété qu'a un corps, un milieu, de laisser passer les*

---

[1] *Ibid.* V. également V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique : Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, n°119, p. 197 : « *L'information n'est jamais une donnée objective et brute ; elle est toujours vecteur d'une signification stratégique ; elle est toujours politique ; ses foyers de création sont possiblement de véritables lieux de pouvoir* ».

[2] « […] *aucun pouvoir* […] *ne s'exerce sans l'extraction, l'appropriation, la distribution ou la retenue d'un savoir* » (M. FOUCAULT, *Résumé des cours. 1970-1982,* Julliard, 1989, p. 20). V. également J. SCHLANGER, *Une théorie du savoir*, Vrin, 1978, p. 19 : « *Savoir signifie être apte à se situer dans le monde et par rapport à lui. En ce sens la situation cognitive est la plus fondamentale des situations vécues par l'homme, elle commande toute activité humaine, elle unit le sujet connaissant à ce qu'il est apte à connaître, elle le met en présence de son monde* ».

[3] V° « Asymétrie d'information, asymétrie informationnelle », *in* A. SILEM, A. GENTIER et J.-M. ALBERTINI (dir.), *Lexique d'économie*, Dalloz, 15e éd., 2018, p. 55. V. également l'entrée « Asymétrie », p. 55.

[4] J. LOJKINE et J.-L. MALETRAS, « Révolution numérique ou révolution informationnelle ? », *Economie & Politique*, 2016, vol. 10, p. 20.

[5] V. LASSERRE, *op. cit.*, n°69, p. 117. Sur la société de l'information, v. R. DELMAS et F. MASSIT-FOLLEA (dir.), *Vers la société de l'information*, Editions Apogée, 1995 ; A. MATTELART, *Histoire de la société de l'information*, La Découverte, 2009.

[6] « *Le combat contemporain, conduit au nom de la transparence, trouve sans aucun doute des justifications démocratiques. Il a éclairé la vie publique et politique. Il a percé les mystères de la corruption.* […] *Sans doute aussi ce combat nous a-t-il formés à la vie moderne. Développant nos connaissances, notre aptitude au jugement, il a été utile à la démocratie ; il a fait des citoyens mieux informés, plus instruits, plus matures, plus méfiants peut-être, mais qui peuvent, s'ils le veulent, mieux tenir leur fonction citoyenne. Le rôle des médias, les missions que le pouvoir judiciaire a su remplir avec opiniâtreté, les concessions que le législateur a dû faire à leur puissance conjuguée, ont peu à peu vidé ces armoires à secrets où les maladies de la démocratie trouvaient tant de ressources* » (J.-D. BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, vol. 97, n°2, 2001, p. 5).

rayons lumineux, de laisser voir ce qui se trouve derrière »[1], constitue une réponse éthique à la revendication d'une divulgation de l'information par ses détenteurs. Par extension, ce terme désigne la « *qualité d'une institution qui informe complètement sur son fonctionnement, ses pratiques* »[2]. Ce sens figuré lui confère une coloration morale. La transparence est alors une véritable vertu[3] que les différents acteurs de la société sont appelés à revêtir : « *la transparence, censée incarner de nombreuses vertus – vérité, honnêteté, intégrité, loyauté, efficacité, etc. –, est prônée parfois comme un idéal et réclamée assez largement par le corps social* »[4]. La revendication d'une meilleure transparence des autorités publiques est ainsi souvent exprimée[5]. La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, qui a pour fonction de contrôler et de publier le patrimoine et les intérêts des responsables politiques, a été créée en 2013 afin de garantir « *l'intégrité publique, dans la perspective plus générale de restaurer la confiance des citoyens dans leurs institutions* »[6].

12. **Transparence des entreprises. –** Les entreprises sont également sommées d'être plus transparentes[7]. L'existence des « Grands Prix de la Transparence », organisés chaque année par une entreprise de conseil en communication dans le but de récompenser les entreprises volontaires les plus transparentes, en atteste[8]. Cette transparence paraît d'autant plus nécessaire au regard du niveau de confiance des citoyens dans les grandes entreprises, qui

---

[1] V° « transparence », I, A, 1 *in Trésor de la langue française informatisé*, Université de Lorraine et CNRS, [http://www.atilf.fr/tlfi].
[2] *Ibid*., I, C, 2.
[3] V. A. REYGROBELLET, *Les vertus de la transparence. L'information légale dans les affaires*, Presses de Sciences Po, 2001.
[4] A. LEPAGE, « Avant-propos » *in* COUR DE CASSATION, *Le droit de savoir. Rapport annuel 2010*, La documentation française, 2011, p. 69. V. également P. MALAURIE, « Transparence financière et réforme institutionnelle », *LPA*, 2008, p. 3 : la transparence « *n'est pas une fin en soi* […] » et est « *subordonné*[e] *à des valeurs qui* [la] *transcendent* ».
[5] V. par exemple, à propos des institutions de l'Union européenne : COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2006) 194 final*, 3 mai 2006, « Livre vert : initiative européenne en matière de transparence », p. 13 : « *Bien que les outils modernes de communication de masse offrent des possibilités sans précédent en ce qui concerne l'accès du public à l'information, les citoyens européens ont malheureusement le sentiment qu'ils n'ont qu'une connaissance plutôt limitée de l'Union européenne. En même temps, ils attendent une plus grande transparence des institutions publiques* ».
[6] E. BUGE, « La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique : un premier bilan », *AJDA*, 2020, p. 770.
[7] Notons que la directive qui régit l'obligation annuelle de publication des comptes financiers est à cet égard désignée « directive Transparence » (*Dir. 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE*).
[8] V. [https://www.labrador-transparency.com/transparency-awards/].

seraient seulement 41% à faire confiance à celles-ci[1]. Face à cette défiance, la transparence des entreprises contribuerait à asseoir leur légitimité en tant qu'acteurs de la société : « *la communication institutionnelle vise à créer et entretenir une relation de connivence entre l'entreprise et la société civile* »[2]. La transparence participe alors de l'accomplissement de la redevabilité, ou *accountability*, dont devraient faire preuve les entreprises, en contrepartie du pouvoir dont elles disposent[3]. La transparence des entreprises permet dès lors de répondre à « *un impératif de justification de* [leur] *conduite* »[4].

13. **L'instauration d'obligations d'information.** – Relevant initialement de l'ordre moral[5], l'exigence de transparence a peu à peu été appréhendée par le droit[6], qui l'a transposée en de multiples obligations d'information. L'appréhension juridique de la transparence passe ainsi par la multiplication de telles obligations[7] – mais aussi, de manière parallèle, par le développement d'un certain droit au secret[8], qui a conduit à la consécration en

---

[1] CEVIPOF, M. CHEURFA et F. CHANVRIL, *2009-2019 : la crise de la confiance politique*, 2019, p. 9. Cette étude, conduite dans le cadre du Baromètre de la confiance politique, a été menée chaque année de 2009 à 2019 sur un échantillon représentatif de la population française.

[2] P. DE LA BROISE, « Communication », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 57.

[3] « *Accountability is based on the principal of rights to information – rights that derive from a number of sources : legal, quasi-legal, moral and so on. The principal idea is that power and responsibility need to be matched in a fair society. This matching is ensured by the demos who, in turn, require information on which to make the appropriate judgements* » (R. GRAY, « Taking a long view on what we now know about social and environmental accountability and reporting », *Issues in Social and Environmental Accounting*, vol. 1, n°2, 2007, p. 176).

[4] B. PRAS et P. ZARLOWSKI, « Obligation de rendre des comptes. Enjeux de légitimité et d'efficacité », *Revue française de gestion*, 2013/8, vol. 237, p. 14.

[5] Sur la distinction du droit et de la morale, v. *infra*.

[6] Le terme de « transparence » est de plus en plus employé dans les intitulés des textes législatifs : v. par exemple en matière environnementale *L. n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire* ; *Règl. (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie* ; *L. n° 2020-699 du 10 juin 2020 relative à la transparence de l'information sur les produits agricoles et alimentaires.* Il est également employé dans les termes législatifs. V. par exemple C. énergie, art. L. 100-2 : « *l'État* […] *veille, en particulier, à :* […] *6° Assurer l'information de tous et la transparence, notamment sur les coûts et les prix des énergies ainsi que sur l'ensemble de leurs impacts sanitaires, sociaux et environnementaux* ».

[7] « *Que le droit préside à la diffusion d'informations, c'est un rôle qu'il a toujours plus ou moins joué. La vie en société contraint les individus à un minimum d'égards entre eux, de précautions prises dans leurs relations, à telle enseigne que le droit a naturellement imposé la diffusion d'informations juridiques, utiles pour huiler les rouages de la société. L'obligation de publier les bans, préalable au mariage, la publicité nécessaire à certaines opposabilités, attestent classiquement la nécessité d'encadrer par des règles de droit la diffusion d'informations utiles aux relations juridiques. Mais distillées auparavant au compte-gouttes, les informations sont aujourd'hui versées à flots dans une société où la transparence est portée au pinacle* » (A. LEPAGE, « Avant-propos » *in* COUR DE CASSATION, *Le droit de savoir. Rapport annuel 2010*, La documentation française, 2011, p. 69).

[8] « […] *de légitimes poches de résistance au droit de savoir reposent, dans des mesures variables, sur les secrets que protège le droit, tels que le secret de la vie privée, les secrets professionnels, le secret de la défense*

2018 du secret des affaires[1], visant à protéger les entreprises des pratiques d'espionnage industriel[2].

14. Depuis quelques années, les obligations d'information spéciales à destination des entreprises, notamment en matière environnementale, se multiplient. Par exemple, toute société exploitant une installation classée « Seveso » devra publier une étude de dangers, un plan d'opération interne et un plan particulier d'intervention, dans le but de prévenir la survenance d'accidents industriels[3]. Précisons d'emblée que ces obligations d'information spéciales ne seront pas analysées dans le cadre de cette étude, qui intéresse seulement, comme nous le verrons, l'information plus générale relative à l'intégralité des aspects sociaux et environnementaux liés à l'activité de l'entreprise[4].

15. **La consécration relative d'un droit à l'information. –** La transparence n'implique pas seulement une obligation d'information pour l'émetteur de celle-ci, mais peut également être saisie par un autre prisme, qui est celui de son destinataire. En plus d'instaurer une obligation d'information pesant sur le détenteur de celle-ci, le droit est allé jusqu'à consacrer un droit à l'information à l'égard de son destinataire[5]. Ce droit dispose d'applications

---

nationale » (A. LEPAGE, « Le droit de savoir. Rapport 2010 de la Cour de cassation », *Comm. com. électr.,* 2011, alerte 57). Sur le droit au secret rattaché à la protection de la vie privée, v. notamment C. BIGOT, « Les exigences de l'information et la protection de la vie privée », *Légipresse,* 1995, n°126, II, p. 83.

[1] L'article L. 151-1 du Code de commerce, créé par la *L. n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires* prévoit qu'« *Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants: 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret* ». V. la compilation d'articles *in Secret des affaires*, Dalloz, 2019.

[2] Le secret des affaires sera exclu de notre étude puisque les informations qu'il cible ne correspondent pas aux informations environnementales et sociales étudiées. Le Conseil constitutionnel a à cet égard admis que l'obligation d'établir un plan de vigilance (qui constitue l'un des dispositifs du devoir de transparence qui nous occupe, v. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1) ne portait pas atteinte à la liberté d'entreprendre des entreprises en ce qu'elle n'implique pas « *de rendre publiques des informations relatives à leur stratégie industrielle ou commerciale* » (C. C., 23 mars 2017, déc. n°2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, cons. n°18).

[3] C. env., art. L. 515-32 et s. Le régime des installations dites « Seveso », qui sont des établissements contenant une certaine quantité de substances dangereuses énumérées, est issu de la transposition des directives « Seveso », du nom de la catastrophe survenue en Italie en 1976 (*Dir. 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil*).

[4] V. *infra*, B.

[5] Analysant le droit à l'information comme appartenant à la troisième génération des droits de l'homme, v. G. BRAIBANT, « Droit d'accès et droit à l'information *», in Service public et libertés : Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier,* Editions de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, p. 703.

spéciales, comme le droit à l'information des administrés[1], et a particulièrement été développé en matière environnementale[2]. Dans le cadre des Nations unies, la Convention d'Aarhus a ainsi consacré un droit d'accès des citoyens à l'information environnementale[3], retranscrit à l'article L. 110-1, II, 4° du Code de l'environnement qui dispose que « *toute personne a le droit d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques* ». Ce droit a même accédé à la valeur constitutionnelle depuis 2005 par l'intégration au bloc de constitutionnalité de la Charte de l'environnement[4] qui consacre ce droit en son septième article[5]. L'existence d'un certain droit à l'information environnementale a également pu être tiré de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme[6]. Toutefois, ces diverses consécrations du droit à l'information environnementale intéressent seulement les informations détenues par les autorités publiques, et non les entreprises.

16. **La distinction entre obligation d'information au sens strict et devoir de transparence. –** L'absence de droit général à l'information détenue par les entreprises s'agissant de leurs impacts environnementaux et sociaux invite à relativiser l'usage de l'expression « obligation d'information » lorsqu'il s'agit d'analyser l'information relative aux enjeux sociaux et environnementaux de l'activité de l'entreprise.

17. Cette information générale n'est pas l'objet d'une obligation au sens strict du terme, qui est le « *lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres – le ou les créanciers – en vertu soit d'un contrat, soit d'un quasi-contrat, soit d'un délit ou d'un quasi-délit, soit de la*

---

[1] V. notamment P. NARBET et M. RAUNET, « Les garanties du droit d'accès à l'information », *LPA*, 2008, n°81, p. 78.

[2] V. Y. RAZAFINDRATANDRA, « Du droit d'accès aux informations sur l'environnement au droit à l'information : la transformation des rapports entre l'administration française et les usagers sous l'influence du droit de l'environnement », *Dr. env.*, 2005, p. 293 ; C. GEYNET-DUSSAUZE, « La contribution de la Commission nationale du débat public à la démocratie environnementale », *RDP*, 2020, n°4, p. 965.

[3] UNECE, *Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*, 25 juin 1998.

[4] *L. constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.*

[5] « *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ».

[6] V. CEDH, 1er juill. 2021, *Association Burestop et autres c. France*, n°56176/18, §83 : « *un droit d'accès à des informations détenues par une autorité publique et une obligation pour l'État de les communiquer peuvent naître, au regard de l'article 10, lorsque l'accès à l'information est déterminant pour l'exercice par l'individu de son droit à la liberté d'expression, en particulier la liberté de recevoir et de communiquer des informations, et* […] *refuser cet accès constitue une ingérence dans l'exercice de ce droit* ».

loi »[1]. En effet, si le débiteur est identifié – l'entreprise –, le créancier ne l'est pas : l'information sur les impacts environnementaux et sociaux des entreprises est destinée à la société civile dans son ensemble et en particulier aux parties prenantes ou *stakeholders*, qui sont toutes les personnes dont les intérêts sont affectés de manière plus ou moins directe par l'activité de l'entreprise (actionnaires, salariés, clients, associations, riverains, etc.)[2]. Dès lors, ce devoir de transparence n'est pas comparable aux obligations d'information au sens strict que sont par exemple les obligations spéciales d'information environnementale précitées ou les obligations d'information de l'employeur à l'égard de ses salariés[3]. Le caractère relâché de la sanction en cas de défaut d'information, que nous étudierons, est un élément supplémentaire en faveur de l'exclusion de l'emploi du terme d'« obligation » au sens strict[4].

18. C'est pourquoi l'obligation d'information des entreprises en matière environnementale et sociale doit être entendue au sens large du terme, en tant que « *synonyme de devoir* »[5]. C'est pourquoi l'expression « devoir de transparence environnementale et sociale » convient davantage à la matière étudiée, tant en raison de la coloration éthique de la « transparence » qu'en raison du caractère large du « devoir ».

19. L'exclusion des obligations au sens strict du terme portant sur des aspects environnementaux ou sociaux précis, que nous avons commencé à esquisser, est confirmée par la délimitation que nous opérons de la matière environnementale et sociale.

B. L'objet de la transparence : la matière environnementale et sociale

20. La délimitation de la matière environnementale et sociale nous invite à en étudier le contenu (1), qui nous permettra de l'assimiler à l'objet de la RSE (2) et d'exclure d'autres notions descriptives de la matière environnementale et sociale (3).

---

[1] V° « Obligation » *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, n°2, p. 701.
[2] « *A stakeholder is any group or individual who can affect, or is affected by, the achievement of a corporation's purpose* » (R. E. FREEMAN, *Strategic management : A Stakeholder Approach*, Pitman, 1984, p. VI).
[3] Comparant ces obligations d'information de l'employeur à des obligations au sens strict du terme, v. B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, Dalloz, 2013, n°18, p. 14.
[4] V. *infra* §2, A et Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.
[5] V° « Obligation » *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, n°1, p. 701. Le dictionnaire définit le devoir comme « *synonyme d'obligation, soit dans un sens vague (pour désigner tout ce qu'une personne doit ou ne doit pas faire), soit dans un sens technique précis (rapport de droit : ex : devoir de réparation à la charge du responsable)* » (*Id.*, p. 346). Nous employons le terme devoir au sens « *vague* » du terme.

1. Le contenu de la matière environnementale et sociale

21. **La matière environnementale.** – En l'absence de précision, la matière environnementale renvoie *a priori* à tout ce qui intéresse l'environnement. Or, l'environnement fait l'objet d'une incertitude conceptuelle : selon la formule célèbre de M. Prieur, il s'agit d'une « *notion caméléon* »[1]. En dépit d'une définition unique et autonome, c'est par l'énumération de ses composantes que l'environnement est souvent abordé. L'environnement est constitué de tous « *les êtres et les choses de la nature qui environne l'homme* »[2]. L'article L. 110-1, I du Code de l'environnement dispose ainsi que « *les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sons et odeurs qui les caractérisent, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, la qualité de l'eau, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation* »[3].

22. La particularité de ces éléments tient à leur interdépendance. L'environnement est marqué par les dynamiques qui le traversent et les interactions entre les fonctions écologiques, c'est-à-dire les processus qui caractérisent le fonctionnement de l'écosystème[4]. La Déclaration de Rio des Nations unies adoptée en 1992 reconnaît ainsi que « *la Terre, foyer de l'humanité, constitue un tout marqué par l'interdépendance* »[5]. Cette première approche révèle la dimension fondamentalement relative de l'environnement, qui n'est conçu que dans son rapport aux humains : « *l'environnement est l'ensemble des facteurs qui influent sur le milieu dans lequel l'homme vit* »[6]. L'environnement apparaît comme une notion composite dont l'unité est recherchée dans sa relation avec l'humain – ce qui en fait une notion anthropocentrée.

---

[1] M. PRIEUR [et al.], *Droit de l'environnement*, 8e éd., Dalloz, 2019, n°1, p. 1.
[2] E. NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, 3e éd., LexisNexis, 2019, n°9, p. 4.
[3] V. également C. env., art. R. 122-5, II, 4°, énumérant les facteurs devant être pris en compte lors de l'élaboration d'une étude d'impact d'un projet : « *la population, la santé humaine, la biodiversité, les terres, le sol, l'eau, l'air, le climat, les biens matériels, le patrimoine culturel, y compris les aspects architecturaux et archéologiques, et le paysage* ».
[4] K. JAX, « Function and functioning in ecology : what does it mean ? », *Oikos*, 2005, vol. 111, issue 3, p. 641. Le cycle de l'eau est par exemple traversé par plusieurs fonctions écologiques, dont l'évaporation de l'eau, qui a un impact sur la régulation du climat et la qualité de l'air.
[5] CONFERENCE DES NATIONS UNIES SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DEVELOPPEMENT, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, 1992, préambule.
[6] M. PRIEUR [et al.], *op. cit.,* n°1, p. 1.

23. Pour ce qui nous concerne, la matière environnementale est entendue comme regroupant tous les éléments qui composent l'environnement entrant en interaction avec l'activité de l'entreprise, et qui feront l'objet de son devoir de transparence.

24. **La matière sociale. –** La matière sociale, quant à elle, renvoie en langage courant à « *la vie des hommes en société* »[1]. Toutefois, une connotation de solidarité imprime parfois cet adjectif, qui peut être entendu comme ce qui est « *relatif à la protection solidaire, et plus particulièrement à la protection des plus défavorisés, organisée au sein d'une communauté* »[2]. Le juriste serait tenté de rapprocher cette notion de la branche du droit social, voire de celle du droit des sociétés – ne parle-t-on pas de raison sociale ou de capital social ? Ces premières considérations suffisent à constater la polysémie du terme, qui semble toutefois toujours orienté vers l'idée d'une interaction entre les individus d'une société.

25. La matière sociale telle que nous l'entendons correspond à toutes les interactions de l'activité de l'entreprise avec les individus qui composent la société.

26. **La convergence de la matière environnementale et sociale en pratique. –** Si les matières environnementale et sociale sont envisagées ensemble dans le cadre du devoir de transparence des entreprises, c'est en raison de leur convergence, qui s'exprime d'abord sur le plan pratique. Les problématiques sociales et environnementales sont en réalité très souvent entremêlées, si bien qu'elles peuvent difficilement être envisagées isolément. La conception anthropocentrée de l'environnement suggère un tel constat : les atteintes à l'environnement représentent, bien souvent, à plus ou moins long terme, des conséquences pour les humains[3]. C'est ce que le concept de limites planétaires retranscrit en désignant les seuils au-delà desquels les conditions d'habitabilité sur Terre sont compromises. La lutte contre le réchauffement climatique est donc une lutte pour les humains, afin qu'ils puissent bénéficier d'un climat vivable sur Terre. Le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a ainsi affirmé dans une résolution :

---

[1] V° « Social, -ale, -aux », II, A, 1 *in Trésor de la langue française informatisé*, Université de Lorraine et CNRS, [http://www.atilf.fr/tlfi].
[2] *Ibid.,* II, C, 2.
[3] La relation inverse est également constatée. Les inégalités sociales peuvent constituer des causes d'aggravation des atteintes à l'environnement : « *Social inequalities are indeed important drivers of ecological crises : they increase the ecological irresponsibility of the richest in society and among nations, the demand for economic growth of the rest of the population, increase social vulnerability, lower environmental sensitivity and hamper the collective ability to organize efficiently to preserve natural capital* » (E. LAURENT, « Inequality as pollution, pollution as inequality », *Sciences Po publications,* 2014, [hal-01070526]).

> « *climate change-related impacts have a range of implications, both direct and indirect, for the effective enjoyment of human rights including, inter alia, the right to life, the right to adequate food, the right to the highest attainable standard of health, the right to adequate housing, the right to self-determination and human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation, and recalling that in no case may a people be deprived of its own means of subsistence* »[1].

L'imbrication des problématiques sociales et environnementales est même accentuée par le fait que les populations les plus défavorisées sont les plus vulnérables face aux conséquences des atteintes à l'environnement, notamment à celles du changement climatique. De nombreux courants de pensée s'attachent à étayer et combattre cette intensité des problématiques environnementales pour certaines catégories sociales[2]. C'est le cas du courant qualifié d'« *environnementalisme autochtone* »[3], fondé sur la circonstance selon laquelle les populations autochtones, qui sont particulièrement touchées par la pauvreté, sont les plus exposées aux risques environnementaux. En effet, « *les peuples autochtones constituent environ 5% de la population mondiale mais représentent près de 15% des pauvres de la planète, et pourtant ils entretiennent environ 22% de la surface terrestre et protègent près de 80% de la biodiversité qui reste sur la planète* »[4]. Cette convergence a donné lieu à l'émergence du concept de justice environnementale, qui vise à « *repérer, mesurer et corriger les inégalités environnementales* »[5].

27. **La convergence de la matière environnementale et sociale en théorie. –** La convergence des matières environnementale et sociale n'est pas seulement éprouvée empiriquement mais peut être tirée de l'analyse de l'essence de ces deux notions. En effet,

---

[1] CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Droits de l'homme et changement climatique, Rés. A/HRC/RES/10/4*, 25 mars 2009.

[2] Pour une présentation de ces différents courants de pensée, v. E. LAURENT, *Économie pour le XXIe siècle. Manuel des transitions justes*, La Découverte, 2023, p. 57 et s.

[3] *Ibid.*

[4] BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Les peuples autochtones et les changements climatiques*, 2017, p. 14. Ces données sont issues d'études menées par la Banque mondiale : BANQUE MONDIALE, *Implementation of operational directive 4.20 on indigenous peoples : An independent desk review*, 2003 et BANQUE MONDIALE, *Social dimensions of climate change : workshop report*, 2008.

[5] E. LAURENT, *Économie pour le XXIe siècle. Manuel des transitions justes*, La Découverte, 2023, p. 99 et s. L'inégalité environnementale « *qui peut être la simple observation empirique d'une disparité, se traduit par une injustice sociale dès lors que le bien-être et les capacités d'une population particulière sont affectés de manière disproportionnée par ses conditions environnementales d'existence* » (*ibid.*). Sur le concept de justice environnementale et parmi une littérature abondante, v. notamment C. G. GONZALEZ, « Environmental Justice and International Environmental Law », *in* S. ALAM [et al.], *Routledge Handbook of International Environmental Law,* Routledge, 2012.

elles disposent toutes deux d'un caractère relatif, étant appréhendées à l'aide de la notion d'interaction – entre les humains et l'environnement ou entre les individus en société. Cette convergence est particulièrement saillante lorsqu'elle est appliquée à la matière qui nous concerne, qui est celle de la transparence des entreprises. En effet, le devoir de transparence auquel elles sont assujetties entend rassembler toutes les interactions de leur activité avec l'environnement ou avec la société.

28. L'ancrage du devoir de transparence dans le mouvement de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE) renforce cette convergence.

2. L'assimilation de la matière environnementale et sociale à l'objet de la Responsabilité Sociale d'Entreprise

29. **La genèse de la Responsabilité Sociale d'Entreprise : le patronage du XIX^e^ siècle. –** Il convient de retracer rapidement la genèse de la Responsabilité Sociale d'Entreprise (RSE) afin de pouvoir préciser les contours de la matière environnementale et sociale. La RSE tire ses sources du courant du « *paternalisme* » ou du « *patronage* » théorisé au XIX^e^ siècle par Le Play qui le définit comme « *l'ensemble des Idées, des Mœurs et des Institutions qui tiennent plusieurs familles groupées, à leur satisfaction complète, sous l'autorité d'un chef nommé Patron* »[1]. Cette « *première forme d'éthique patronale* » qui a eu cours durant la Révolution industrielle, permettait de « *moraliser la classe ouvrière* » tout en « *assur*[ant] *la stabilité de la main-d'œuvre* »[2]. Le patronage, qui permettait d'assurer les intérêts de l'entreprise tout en favorisant ceux des ouvriers, était principalement concrétisé par l'instauration de mécanismes de protection sociale par l'entreprise[3].

30. **La naissance du concept de *Corporate Social Responsibility* au XX^e^ siècle. –** A la fin de la Seconde guerre mondiale, la charité de l'entreprise envers ses salariés fut complétée voire remplacée par la mise en place des institutions de l'État-providence[4], de sorte que le

[1] F. LE PLAY, *La méthode sociale*, 1879, rééd. Méridiens Klincksieck, 1989, p. 467.
[2] F. DE BRY, « L'entreprise et l'éthique », *Gaz. Pal.,* 2001, p. 23.
[3] *Ibid.*
[4] M. CAPRON et F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, La Découverte, 3^e^ éd, 2016, p. 6.

besoin d'une protection sociale émanant de l'employeur s'est atténué[1]. L'objet du patronage s'élargit à d'autres problématiques sociales et se transforme peu à peu en responsabilité sociale de l'entreprise. C'est ainsi qu'au milieu du XX[e] siècle, le courant nord-américain de « *social responsibility* » émerge sous la plume de l'économiste Howard R. Bowen, identifié comme « *le père fondateur* » de la RSE[2]. Il définit la « *responsabilité sociale des hommes d'affaires* » comme renvoyant « *aux obligations des hommes d'affaires de suivre les politiques, de prendre les décisions, ou de suivre les orientations qui sont désirables au regard des objectifs et des valeurs de notre société* »[3]. Des travaux doctrinaux, principalement en sciences de gestion, continueront de développer ce concept, qui émergera de manière plus systématique sous l'appellation « *corporate social responsibility* »[4]. La traduction du concept de *Corporate Social Responsibility* en « responsabilité sociale de l'entreprise » contient une ambiguïté qu'il convient dès à présent de dissiper : cette responsabilité ne doit pas être entendue au sens juridique du terme, comme l'obligation de réparer le dommage causé (*liability*), mais davantage comme un devoir moral (*responsibility*)[5].

31. **La dimension volontariste de la RSE. –** Les racines historiques de la RSE, dont l'ouvrage de Bowen, sont imprégnées des valeurs religieuses – protestantes notamment – promouvant l'éthique des affaires[6]. La RSE est fortement empreinte d'un impératif de charité

---

[1] Sur le plan des idées, la RSE reste un objet d'étude en développement. Pour une perspective historique de la conceptualisation de ce mouvement, v. A. B. CARROLL, « Corporate Social Responsibility : Evolution of a definitional construct », *Business & Society*, 1999, vol. 38, p. 268.

[2] J.-P. GOND et J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 2020, p. 7.

[3] « *It refers to the obligations of businessmen to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of actions which are desirable in terms of the objectives and values of our society* » (H. R. BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman,* Harper & Brother, 1953, p. 6).

[4] V. J.-P. GOND et J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 2020, p. 35 et s.

[5] V. E. MAZUYER, « CSR et RSE », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 93 : « *est responsable* […] *celui qui réfléchit, qui pèse les conséquences de ses actes, qui se conduit en personne raisonnable. Cette définition intègre alors la dimension morale et éthique de la RSE* ».

[6] A. ACQUIER et J.-P. GOND, « Aux sources de la responsabilité sociale de l'entreprise : (re)lecture et analyse d'un ouvrage fondateur : *Social Responsibilities of the Businessman* d'Howard Bowen, 1953 », *Finance-Contrôle-Stratégie*, 2007, vol. 10, n° 2, p. 13 et 17. Encore aujourd'hui, ces principes chrétiens impriment la RSE : v. J.-P. GOND et J. IGALENS, *op. cit.,* p. 16 ; v. également l'encyclique de Benoît XVI qui rappelle « *la nécessité d'une plus ample "responsabilité sociale" de l'entreprise* » et affirme que « *la gestion de l'entreprise ne peut pas tenir compte des intérêts de ses seuls propriétaires, mais aussi de ceux de toutes les autres catégories de sujets qui contribuent à la vie de l'entreprise: les travailleurs, les clients, les fournisseurs des divers éléments de la production, les communautés humaines qui en dépendent* » (Benoît XVI, *Caritas in veritate*, 2009, n°40).

et d'une dimension de responsabilité individuelle du chef d'entreprise[1]. Autrement dit, une forte dimension volontariste traverse ce courant, qui doit son déploiement initial au sein des organisations à la seule volonté de ces dernières, plus particulièrement à celle de leurs dirigeants. La RSE s'épanouit donc originellement en dehors de toute intervention publique. Classiquement, la RSE repose sur une démarche de dépassement du respect du droit : il s'agit pour l'entreprise d'aller au-delà des seules prescriptions légales, dans une visée éthique[2]. Au cours du XX^{e} siècle, les codes de conduite se multiplient, désignant des instruments privés non contraignants qui contiennent des principes éthiques que l'entreprise s'engage à respecter ou dont elle exige le respect de la part de certaines de ses parties prenantes (essentiellement ses salariés et partenaires commerciaux)[3].

32. **L'institutionnalisation de la RSE au niveau mondial. –** Toutefois, la RSE n'est pas restée cantonnée à la sphère privée et ne peut dès lors être résumée à sa seule dimension volontariste. En effet, l'intensification du courant de la RSE à la fin du XX^{e} siècle est alimentée par l'émergence de revendications politiques. La question de la responsabilisation des entreprises surgit dans le débat public à la fin des Trente Glorieuses dans un contexte de crise économique et sociale, d'« *effacement de l'État-providence* » et de prise de conscience des dérives de la mondialisation d'un point de vue social et environnemental[4]. Des organisations internationales appellent les entreprises à s'engager pour le respect de principes éthiques élémentaires et en faveur des droits de l'Homme[5]. La dimension environnementale de l'activité des entreprises devient peu à peu intégrée à la RSE sous la menace grandissante de survenance de risques environnementaux[6].

---

[1] M. CAPRON et F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, La Découverte, 3^{e} éd, 2016, p. 7.

[2] « […] *social responsibility begins where the law ends* » (K. DAVIS, « The Case for and Against Business Assumption of Social Responsibility », *Academy of Management Journal*, 1973, vol. 16, n°2, p. 313).

[3] Sur l'intensification de la pratique d'adoption des codes de conduite par les entreprises, v. M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°1, p. 2.

[4] M. CAPRON et F. QUAIREL-LANOIZELEE, *op. cit.*, p. 8.

[5] V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit,* 6^{e} éd., LGDJ, 2021, n°41, p. 43.

[6] Dès les années 1970, la contestation relative aux risques industriels et de catastrophes environnementales grandit : c'est l'émergence d'une « *société du risque* [qui] *désigne une époque dans laquelle les aspects négatifs du progrès déterminent de plus en plus la nature des controverses qui animent la société. Ce qu'initialement personne ne voyait et surtout ne souhaitait, à savoir la mise en danger de chacun et la destruction de la nature, devient le moteur de l'histoire. Il ne s'agit donc pas d'analyser les dangers en tant que tels, mais de démontrer que, devant le péril industriel qui nous menace et la disparition des enjeux traditionnels du conflit de classe,*

33. S'enclenche alors un mouvement d'institutionnalisation à l'échelle supranationale de l'impératif de prise en compte, par l'entreprise, des enjeux sociaux et environnementaux. En 1976, l'Organisation de Développement et de Coopération Économiques (OCDE) publie ses Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, instrument non contraignant de promotion d'un comportement responsable des entreprises[1]. En 2000, l'Organisation des Nations Unies propose aux entreprises, à travers le Pacte Mondial (*Global Compact*) de s'engager à respecter dix principes fondamentaux en matière de droits de l'Homme, de normes du travail, d'environnement et de lutte contre la corruption[2].

34. **L'institutionnalisation de la RSE au niveau européen et étatique. –** C'est le début du XXI[e] siècle qui marque « *l'ascension de la RSE dans l'agenda des États et de l'Union européenne* »[3]. L'État français régit pour la première fois la RSE en 2001, par le biais d'un devoir de transparence en matière environnementale et sociale dont nous étudierons l'instauration[4]. Les institutions de l'Union européenne s'emparent également de la question de la RSE en adoptant un certain nombre d'actes non contraignants[5]. En 2001, dans le cadre de la « stratégie de Lisbonne »[6], la Commission européenne adopte un Livre vert qui pose les jalons d'une reconnaissance de la RSE au niveau européen[7]. La RSE est définie à cette occasion

---

apparaissent de nouvelles configurations » (U. BECK, « La politique dans la société du risque », *Revue du MAUSS*, vol. 17, n°1, 2001, p. 376).

[1] Les *Principes directeurs* sont depuis régulièrement révisés. V. ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011.

[2] Dix ans plus tard, les Nations unies adopteront les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/4, 2011).

[3] A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut Universitaire Varenne, 2015, n°4, p. 12.

[4] V. *infra* §2, A.

[5] En matière de violations des droits fondamentaux par les entreprises, l'Union européenne se positionne en effet comme « *un acteur doté de valeurs fortes (au moins dans le discours) et de la capacité juridique d'en imposer le respect aux acteurs privés* […], *ce en jouant principalement sur l'attractivité économique de son marché* » (R. TINIERE, « Droit de la concurrence, droit des libertés fondamentales et régulation des pouvoirs numériques (perspective européenne) », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2022, chron. n°25).

[6] Ce nouvel objectif stratégique, fixé pour dix ans à compter de son adoption par le Conseil européen qui s'est tenu à Lisbonne en 2000, vise à faire de l'Union européenne « *l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale* » (CONSEIL EUROPEEN, *Conclusions de la Présidence*, Lisbonne, mars 2000, p. 1).

[7] COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert (2001) 366 final*, 18 juil. 2001, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises ». Cet acte contient quelques recommandations substantielles afin de développer la RSE et invite les parties prenantes à engager un débat sur l'opportunité et les moyens de la RSE : « […] *le principal objectif du présent Livre vert est de sensibiliser et de stimuler le débat sur les nouvelles*

comme « *l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes* »[1].

35. Une dizaine d'années plus tard, cette reconnaissance s'intensifie. En 2013, le Parlement européen adopte deux résolutions qui recommandent de renforcer la réglementation en matière de RSE[2]. Depuis lors, c'est l'émergence d'une véritable « *RSE à l'européenne* » qui est à l'œuvre[3], atténuant le caractère volontariste de la RSE par l'élaboration de règles contraignantes. La RSE n'est alors plus seulement vue comme engagement volontaire de certaines entreprises mais également comme une nécessité, pour toutes les entreprises, de prendre en compte les impacts environnementaux et sociaux de leur activité. Dans le cadre de la « *nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014* » en matière de RSE, la Commission européenne « *propose de redéfinir la RSE comme étant "la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société"* »[4]. Cette stratégie aboutira à l'élaboration d'une réglementation sur le devoir de transparence des entreprises en matière environnementale et sociale, dont nous étudierons les contours[5], et sera suivie par plusieurs autres plans d'action, comme le Pacte vert pour l'Europe ou *Green deal* adopté en 2019, qui vise à renforcer davantage la réglementation européenne en matière de RSE[6].

---

formes de promotion de la responsabilité sociale des entreprises. À ce stade, la Commission ne souhaite pas préjuger des résultats de ce débat en soumettant des propositions concrètes d'action. Le présent Livre vert sera largement diffusé et - nous l'espérons - débattu, aussi bien à l'échelon local et national qu'européen. » (*id.*, pt. 93).

[1] *Id.*, pt. 20. La Commission poursuit : « *Être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir "davantage" dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes* » (*id.*, pt. 21).

[2] Le Parlement européen « *estime que le renforcement de la RSE doit être amélioré au moyen: d'une accentuation des instruments mondiaux en matière de RSE* ; […] *du soutien des pouvoirs publics à la création de conditions permettant la coopération en faveur de la RSE, et de la fourniture d'outils et d'instruments appropriés tels que par exemple les systèmes d'incitation* » (PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution UE 2012/2097 (INI)*, 6 fév. 2013, « Responsabilité sociale des entreprises : promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive », point 8). V. également PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution UE 2012/2098 (INI)*, 6 fév. 2013, « Responsabilité sociale des entreprises : comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable ». Sur ces résolutions, v. C. MALECKI, « L'irrésistible montée en puissance de la RSE : les impulsions européennes et françaises de l'année 2013 », *BJS*, 2013, p. 594.

[3] C. MALECKI, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Lextenso Editions, LGDJ, 2014, p. 41, n°54.

[4] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2011) 681 final*, 25 oct. 2011, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », pt. 3.1.

[5] V. *infra* §2, A.

[6] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2019) 640 final*, 11 déc. 2019, « Le pacte vert pour l'Europe », complété par COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2021) 390 final*, 6 juil. 2021, « Stratégie pour le financement de la transition vers une économie durable ».

36. **Les impacts environnementaux et sociaux, objets de la RSE. –** Ces rapides détours historiques sur l'essor de la RSE permettent d'éclairer ce concept et la convergence qu'il permet d'opérer entre les matières environnementale et sociale. Initialement purement volontaire, la RSE disposait d'un objet à géométrie variable, dépendant de la charité que chaque organisation souhaitait développer en son sein. L'institutionnalisation de la RSE, qui a contribué à sa généralisation au sein de toutes les entreprises, a été l'occasion d'en préciser le contenu. Bien que revêtant toujours une dimension volontariste dans sa mise en œuvre, la RSE s'est traduite par la nécessité d'une prise en compte de tous les impacts créés par l'entreprise, ce que cristallise le changement terminologique opéré par l'Union européenne :

> « *la Commission est passée de la définition complaisante de son Livre vert sur la RSE de 2001, conçue en termes de libre engagement volontaire au-delà de toute obligation juridique (donc une pseudo "responsabilité" facultative et non opposable), à une définition plus exigeante, dans sa communication du 25 octobre 2011, en termes de responsabilité pour les impacts* »[1].

37. La notion d'impact, désormais constitutive de la RSE[2], réunit les matières environnementale et sociale sous la bannière de leur meilleure prise en compte par les entreprises. Derrière la notion d'impact, c'est le concept économique d'externalité négative qui transparaît, étant « *un coût qu'un individu ou une firme impose aux autres sans compensation* »[3]. La RSE a ainsi pour objet d'internaliser ces externalités négatives, c'est-à-dire d'en prévenir la survenance ou d'en atténuer les effets[4].

38. Cette conception implique une vision large de la matière environnementale et sociale : tous les impacts environnementaux et sociaux liés à l'activité de l'entreprise entrent dans le champ de la RSE et devraient à ce titre être pris en compte par l'entreprise[5]. L'accent n'est

---

[1] F. VALLAEYS, « Définir la responsabilité sociale », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 99.

[2] Selon la norme ISO 26000 les démarches volontaires et la responsabilité de l'entreprise vis-à-vis de ses impacts forment les deux composantes : la RSE « *se traduit par la volonté de l'organisation, d'une part, d'intégrer des considérations sociales et environnementales dans ses prises de décision, et d'autre part, d'être en mesure de répondre des impacts de ses décisions et activités sur la société et l'environnement* » (ISO 26000:2010, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale,* 3.3, p.7).

[3] P. KRUGMAN et R. WELLS, *Microéconomie*, 3e éd., De Boeck supérieur, 2016, p. 1037.

[4] Sur la RSE comme « *moyen d'internaliser les externalités* », v. P. CRIFO et V. D. FORGET. « Pourquoi s'engager volontairement dans la transition énergétique ? Enseignements de la littérature sur la responsabilité sociale et environnementale des entreprises », *Revue d'économie industrielle*, vol. 148, n°4, 2014, p. 349.

[5] Cette vision large est corroborée par les termes de la loi dite « Pacte », dont nous étudierons la teneur (v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1), qui a réformé l'article 1833 du Code civil qui dispose désormais qu'une société

pas mis sur le contenu exact des matières environnementale et sociale mais davantage sur leur lien avec l'entreprise. La seule limite réside donc dans l'existence d'un lien entre l'impact et l'activité de l'entreprise, dont la responsabilité sociale ne saurait être mobilisée pour des impacts qu'elle n'a pas causés. La délimitation des impacts environnementaux et sociaux peut alors être effectuée à l'aune des intérêts des parties prenantes de l'entreprise, qui pourront constituer la limite des problématiques environnementales et sociales sur lesquelles sa responsabilité sociale repose.

39. Cette vision large de la matière environnementale et sociale justifie l'usage du seul qualificatif « *social* » au sein de l'acronyme de la RSE. Certes, des auteurs font le choix de la qualifier de « responsabilité sociale *et* environnementale de l'entreprise »[1]. Les pouvoirs publics français lui préfèrent même la formule de « responsabilité *sociétale* de l'entreprise »[2]. Pour autant, le qualificatif « *sociale* » au sein de l'acronyme de la RSE nous semble recouvrir l'intégralité des enjeux environnementaux et sociaux, pour deux raisons principales. Déjà, le qualificatif est issu de la traduction française de la *corporate social responsibility*. Or, en anglais, ce qualificatif n'est pas restreint aux aspects de droit du travail mais est relatif à la société dans son ensemble[3]. Ensuite, ce qualificatif est très majoritairement utilisé par l'ensemble des chercheurs et autorités publiques, de sorte que la réalité qu'il recouvre semble globalement admise[4].

40. Ainsi, nous utiliserons les qualificatifs « social » (dans la RSE) et « environnemental et social » (au sujet de l'information ou de la transparence) comme renvoyant à l'ensemble des aspects de l'activité des entreprises en lien avec ce qui les entoure, qu'il s'agisse de ses

---

« *est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

[1] V. par exemple le dossier consacré à la « responsabilité environnementale et sociale des entreprises », *in Annales des Mines - Responsabilité et environnement*, vol. 54, n°2, 2009.

[2] La Plateforme RSE ou plateforme nationale d'actions globales pour la responsabilité *sociétale* des entreprises, rattachée à France Stratégie, qui émet des avis à destination des pouvoirs publics en matière de RSE, utilise le vocable de responsabilité *sociétale* dans ses travaux. V. [https://www.strategie.gouv.fr/reseau-france-strategie/plateforme-rse].

[3] En ce sens, le qualificatif *social* « *vise plutôt l'ensemble des relations entre l'entreprise et son environnement, la société qui l'entoure, ses partenaires* » tandis que les relations de travail sont visées par le qualificatif « *labor* » (E. MAZUYER, « CSR et RSE », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *op. cit.*, p. 94).

[4] V. C. MALECKI, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Lextenso Editions, LGDJ, 2014, p. 27, n°33.

impacts sur l'environnement, les relations de travail, les droits humains ou encore la lutte contre la corruption et l'évasion fiscale[1].

41. En définitive, le caractère convergent et étendu des matières environnementale et sociale est renforcé par l'appartenance du devoir de transparence au mouvement de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE), qui invite à les appréhender par le prisme de la notion d'impact. Afin de délimiter le contenu de la matière environnementale et sociale, d'autres notions sont parfois utilisées, que nous choisissons d'évincer.

3. L'éviction d'autres notions descriptives de la matière environnementale et sociale

42. La matière environnementale et sociale est parfois désignée par le qualificatif de matière « extra-financière » (a) ou par le concept de « développement durable » (b), deux notions que nous faisons le choix d'exclure.

a. L'éviction du qualificatif « extra-financier »

43. **Un qualificatif initialement promu par les législateurs français et européen. –** Le qualificatif « extra-financier » est un qualificatif légal utilisé pour décrire la transparence de l'entreprise en matière environnementale et sociale. Le principal dispositif de cette transparence, que nous étudierons longuement dans le cadre de cette étude, est intitulé « *déclaration de performance extra-financière* ». Ce qualificatif légal, issu de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, a été codifié en 2017 à la suite la transposition de la *Non Financial Reporting Directive* (NFRD) de 2014 ou directive sur « *la publication d'informations non financières* »[2]. L'information « extra-financière » ou « non financière » est donc définie négativement, par opposition avec l'information financière qui renvoie aux comptes financiers annuels[3] et fait l'objet d'une obligation de divulgation pour la plupart des

---

[1] V. également M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°361, p. 474 : « *Quant à l'adjectif "social", il est polysémique et nous retenons son acception britannique, à savoir sociétal* ».

[2] *Dir. 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes*, transposée par *Ord. n°2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises.*

[3] Les comptes annuels sont composés du bilan (qui contient les éléments de l'actif et du passif), du compte de résultat (qui récapitule les charges et produits de l'exercice) et d'une annexe, qui vise à compléter ces informations (C. Com., art. L. 123-12).

entreprises[1]. Cette distinction est plutôt commode dans la mesure où elle élude la délimitation du contenu de la matière environnementale et sociale – tout ce qui n'est pas financier entrant dans le périmètre du devoir de transparence qui nous occupe.

44. **Un qualificatif récemment abandonné par le législateur européen. –** Toutefois, ce qualificatif apparu il y a quelques années dans la loi est déjà obsolète. La *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) adoptée en décembre 2022 abandonne le qualificatif « extra-financier » au profit de « *durabilité* » :

> « *De nombreuses parties prenantes considèrent que le terme "non financier" est inexact, notamment parce qu'il implique que les informations en question sont dénuées de pertinence financière. Toutefois, ces informations sont de plus en plus importantes sur le plan financier. Nombre d'organisations, d'initiatives et de praticiens dans le domaine de l'information en matière de durabilité font référence aux "informations en matière de durabilité". Il est donc préférable d'utiliser le terme "informations en matière de durabilité" au lieu d'"informations non financières". Il convient, dès lors, de modifier la directive 2013/34/UE pour tenir compte de ce changement terminologique* »[2].

La transposition française de la directive devrait donc très certainement être l'occasion d'un changement terminologique.

45. **Un changement terminologique significatif de l'évolution de la RSE. –** Ce changement terminologique souligne une évolution de la RSE, en rejetant l'idée d'une séparation des problématiques environnementales et sociales et des considérations financières mais en suggérant plutôt leur intrication. C'est la traduction d'une vision utilitariste ou instrumentale de la RSE, selon laquelle cette démarche ne serait pas menée dans un seul but éthique mais également pour des motivations financières. Nous adhérons à cette conception, que nous étayerons au cours de notre étude[3]. L'abandon de ce vocable est opportun en ce qu'il permet d'accompagner les entreprises vers le renforcement de leur démarche RSE. Toutefois, ce qualificatif continue d'être utilisé en pratique par les entreprises – et continuera sans doute de l'être après la transposition de la directive – et a le mérite de la simplicité. C'est pourquoi,

---

[1] V. C. Com., art. L. 232-21 et s.
[2] *Dir. (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, cons. 8.
[3] V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

bien que nous utiliserons majoritairement le terme d'« informations environnementales ou sociales », nous n'excluons pas totalement l'utilisation du qualificatif « extra-financier ». Il sera parfois employé non seulement quand nous nommerons la déclaration de performance *extra-financière* – qui reste pour l'instant un dispositif de droit positif – mais également quand nous souhaiterons accentuer le contraste entre les problématiques extra-financières et financières.

46. Pour autant, le qualificatif « extra-financier » restera majoritairement écarté de notre étude pour qualifier le devoir de transparence, au même titre que le concept de développement durable.

b. L'éviction du concept de « développement durable »

47. **L'utilisation fluctuante du concept de développement durable. –** Avant même l'utilisation du qualificatif « extra-financier », les premiers rapports d'information en matière environnementale et sociale publiés par les entreprises sur une base volontaire étaient dénommés en pratique des « *rapports de développement durable* »[1]. Cette appellation a perduré quand le législateur français a créé une telle obligation d'information en 2001, dans la mesure où il n'a pas proposé, dans les termes de la loi, une quelconque appellation[2]. Par la suite, dans les années 2010, c'est le qualificatif « extra-financier » qui a prospéré, en raison de la désignation de ces rapports par le terme de « déclaration de performance extra-financière ». Dernièrement, le législateur européen a opéré un retour vers le concept de développement durable puisque la *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) utilise le terme d'« *informations en matière de durabilité* »[3].

48. **Le lien entre la RSE et le de développement durable. –** Le concept de développement durable, défini comme un « *développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs* » par le rapport

[1] Sur ce constat, v. F. BARATIN, A. HELIAS, M. LE QUENTREC [et al.], *Rapport de mission sur l'application de l'article 116 de la loi sur les nouvelles régulations économiques*, 2007, p. 5.
[2] Le législateur a seulement précisé que le rapport de gestion devait contenir « *des informations, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État, sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* » (C. Com., anc. art. L. 225-102-1, créé par *L. n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, art. 116).
[3] *Dir. (UE) 2022/2464* préc.

Brundtland[1], a été popularisé lors du Sommet de la Terre des Nations Unies de Rio en 1992. Le développement durable a pour objet de prendre en compte les « *interdépendances* » existant entre les domaines social, économique et environnemental, mais aussi celles qui relient les territoires (notamment le clivage Nord-Sud) et les générations[2]. L'idée selon laquelle il serait nécessaire de combiner la dimension économique aux considérations sociales et environnementales indique une « *complémentarité évidente* » entre la RSE et le développement durable[3]. La RSE serait simplement « *une manifestation plus structurée de la mise en place des objectifs du développement durable* » étant « *centrée autour d'un acteur économique : l'entreprise* »[4].

49. **Un concept ambigu.** – Toutefois, l'« *ambiguïté conceptuelle* »[5] du développement durable est très souvent notée : ce concept pourrait être rattaché à de multiples modèles de société intégrant dans des proportions différentes les considérations sociales, économiques et environnementales[6], de sorte qu'il ne fournirait pas un objectif clair[7]. Surtout, c'est l'insuffisance du développement durable pour répondre aux enjeux environnementaux et sociaux qui est pointée. En effet, l'ambigüité qui caractérise le développement durable a contribué à « *neutraliser le conflit* » existant entre ses trois piliers : il a été observé que l'utilisation de ce concept dans les discours « *tend à esquiver les divergences de points de vue, à dépolitiser les thématiques dont il effectue le cadrage, à dénier les conflits d'intérêt, à*

---

[1] COMMISSION MONDIALE SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DEVELOPPEMENT DE L'ONU, *Our Common future*, 1987, p. 40 (dit « *Rapport Brundtland* »). Les idées de limitation de la logique de profit et de devoir envers les générations futures étaient déjà contenues dans le rapport dit « *Meadows* » (D. MEADOWS [et al.], *The Limits to Growth,* Universe Books, 1972) et la Déclaration de Stockholm des Nations unies de 1972.

[2] B. ZUINDEAU, « Développement durable », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 112.

[3] F.-G. TREBULLE, « Le risque, clef du développement durable des sociétés », *Dr. Sociétés*, 2010, n°7, p. 6.

[4] C. MALECKI, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Lextenso Editions, LGDJ, 2014, p. 26, n°32.

[5] J. THEYS, « Le développement durable face à sa crise : un concept menacé, sous-exploité ou dépassé ? », *Développement durable et territoires*, 2020, vol. 11, n°2, [http://journals.openedition.org/developpementdurable/17468].

[6] Le développement durable pourrait recouvrir six conceptions différentes voire contradictoires, allant de la décroissance à la modernisation écologique jusqu'au modèle de l'entreprise citoyenne associé aux démarches de RSE (J. THEYS, C. DU TERTRE et F. RAUSCHMAYER, *Développement durable : la seconde étape*, Éditions de l'Aube, 2010).

[7] « *Le projet* [promu par le développement durable] *reste néanmoins encore trop large et ambigu pour stabiliser une direction claire pour la transformation du mode de développement actuel* » (A. MEYNIER, *Réflexions sur les concepts en droit de l'environnement*, Université Lyon 3 Jean Moulin, 2017, [tel-02097386], n°731, p. 610).

constituer un opérateur de neutralisation de la conflictualité »[1]. Ainsi, le développement durable est souvent dépeint comme étant un « *oxymore* »[2] dans la mesure où la croissance économique supposerait nécessairement des atteintes à l'environnement et créerait des inégalités sociales[3] – d'autant plus au regard de la priorité qui reste accordée au pilier économique par les pouvoirs publics[4].

50. **Durabilité et soutenabilité. –** En raison du caractère ambigu du développement durable, la Plateforme RSE, instance de concertation en matière de RSE affiliée à l'institution France Stratégie (elle-même rattachée au Premier ministre), propose de traduire le terme « *sustainability* » de la CSRD par « soutenabilité » et non « durabilité » :

> « *Concernant la traduction à venir du terme* "sustainability", *la Plateforme RSE souligne l'importance du choix des mots, et regrette que la version française actuellement disponible du projet de directive ait été traduite par le terme "durabilité",* […]. *Si le terme* "sustainability" *est généralement traduit par "durabilité" au sein des diverses organisations internationales et dans les textes en matière de finance durable notamment, la future traduction pourrait, en harmonie avec le titre anglais de la future directive et en s'inspirant des traductions dans les langues latines voisines du français* (i.e. : sostenibilidad, sostenibilità, sustentabilidade), *reprendre le terme "soutenabilité". En effet, ce terme rend compte plus clairement des enjeux environnementaux et sociaux, et permet d'être en harmonie avec le titre de la future directive. On s'intéresse ici aux enjeux de soutenabilité pour la planète et non pas pour les entreprises* »[5].

---

[1] A. Krieg-Planque poursuit : « *on pourrait dire que "développement durable" participe intensément d'un fonctionnement idéologique, en ce sens que l'idéologie consiste à faire oublier ce qui la fonde : la formule "développement durable" permet de faire oublier la contradiction sur laquelle elle s'appuie. Recourant à un vocable un peu différent, on peut dire également que la formule "développement durable" revêt une dimension doxique, au sens où elle inhibe les contre-discours et marginalise les contre-arguments* » (A. KRIEG-PLANQUE, « La formule "développement durable" : un opérateur de neutralisation de la conflictualité », *Langage et société*, vol. 134, n°4, 2010, p. 5).

[2] *Ibid.*

[3] Pour une présentation des critiques adressées au concept de développement durable en ce qu'il serait « *lié à une certaine vision du monde reposant sur un modèle de développement et de croissance continue* », v. A. MEYNIER, *op. cit.*, n°690, p. 569.

[4] Analysant le pilier social du développement durable comme étant « *le parent pauvre* » de ce concept, v. B. PETIT, « La dimension sociale du développement durable : le parent pauvre du concept », *LPA,* 2004, n°12, p. 8, §12 ; observant une « *subordination* » des politiques environnementales aux politiques économiques, notamment au sens de la *Déclaration de Rio*, v. M. PALLEMAERTS, « La Conférence de Rio : grandeur et décadence du droit international de l'environnement », *Revue Belge de Droit International*., 1995, n°1, p. 183.

[5] PLATEFORME RSE, *La RSE, un enjeu européen. Contribution aux travaux de la présidence française du Conseil de l'Union européenne*, 2021, p. 52.

51. La hiérarchisation entre les enjeux économiques, environnementaux et sociaux induite par le concept de « développement durable » et son dérivé « durabilité » permettrait de soutenir la préférence pour la notion de soutenabilité[1]. Il s'agirait de qualifier ce devoir de transparence récemment réformé de publication d'« informations en matière de soutenabilité » plutôt que d'« informations en matière de durabilité ».

52. **Le choix d'une éviction des concepts de durabilité et soutenabilité. –** Pour autant, le concept de soutenabilité ne nous paraît pas revêtir une meilleure clarté que le concept de durabilité[2]. Il souffre encore, selon nous, de son rattachement au concept de développement durable et des ambiguïtés qui en galvaudent le sens. Par ailleurs, si la durabilité semble induire une préférence pour la dimension économique, la soutenabilité semble cibler la matière environnementale, ce qui pourrait impliquer un délaissement des questions sociales. C'est pourquoi nous faisons le choix d'écarter ces deux concepts pour retenir l'expression de « devoir de transparence en matière environnementale et sociale ».

53. La nature et l'objet de ce dispositif de transparence étant clarifiés, il convient désormais d'en délimiter les sujets.

C. Les sujets de la transparence : les grandes entreprises

54. La notion même d'entreprise doit être précisée (1) avant d'exposer notre choix de délimiter cette étude aux grandes entreprises (2).

1. L'entreprise

55. **L'appréhension juridique de la notion d'entreprise. –** Si la RSE, courant issu des sciences de gestion, a pour destinataire « l'entreprise », son appréhension juridique fait l'objet d'hésitations. Le droit français rejette classiquement la notion d'« entreprise » hors de ses frontières, lui préférant la catégorie juridique de « société ». L'entreprise, « *ensemble de moyens humains et matériels concourant, sous une direction économique, à la réalisation*

---

[1] « *Avec le développement soutenable, la priorité est donnée à la protection de l'environnement et vise un maintien intemporel des ressources naturelles dans la mesure où les capacités de renouvellement de la planète sont prises en compte avec l'idée de "supportabilité" ou de viabilité. La préoccupation de développement prend en revanche le pas sur celle de la protection avec le développement durable* » (A. MEYNIER, *op. cit.*, n°689, p. 569).

[2] Le concept de développement durable avait d'ailleurs été initialement traduit par « développement soutenable » mais ce qualificatif a été abandonné en raison de sa signification floue en français. V. C. CANS, « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, 2003, n°5, p. 210.

d'un objectif économique »[1], n'est pas un sujet de droit au contraire de la société, sa structure juridique, qui est à la fois le contrat organisant l'entreprise[2] et le support de sa personnalité morale[3]. Pourtant, l'Union européenne a entrepris d'appréhender juridiquement l'entreprise, qui tient lieu de destinataire de nombreuses de ses réglementations, notamment en droit de la concurrence, dans un objectif d'harmonisation entre les différents droits nationaux[4]. Peu à peu, le législateur français dissémine lui aussi la notion d'entreprise dans le droit[5]. Ce faisant, le législateur « *écarte l'organisation juridique de l'entreprise pour saisir sa réalité économique et sociale* », sans pour autant accorder le statut de sujet de droit à l'entreprise[6].

56. **Le renouvellement de l'appréhension juridique de l'entreprise permis par la RSE. –** Cette tendance du législateur s'est accentuée à mesure de la prise en compte de la RSE par le droit, dont nous étudierons plus tard les jalons. En effet, la RSE est adressée à l'entreprise dans son ensemble, en tant que « *réalité économique et sociale* »[7]. Les impacts environnementaux et sociaux des entreprises se manifestent sans considération des frontières nationales ni de son organisation juridique, c'est-à-dire de son éventuelle division en

---

[1] V° « Entreprise » *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, p. 409. La définition de l'entreprise n'est pas non plus stabilisée en sciences économiques : « *l'essence de la firme, c'est tantôt le contrat d'emploi qui traduit une relation d'autorité* […]*, les droits de propriété sur des actifs physiques* […]*, l'idée de communauté humaine* […]*, des connaissances et des routines organisationnelles* » (A. DESREUMAUX et J.-P. BRECHET, « Quels fondements pour les théories de la firme ? Plaidoyer pour une théorie artificialiste de l'action collective fondée sur le projet », *in* B. BAUDRY et B. DUBRION (dir.), *Analyses et transformations de la firme : une approche pluridisciplinaire*, La découverte, 2009, p. 61).

[2] « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* » (C. Civ., art. 1832).

[3] « *Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation* » (C. Civ., art. 1842). Pour une qualification juridique de l'entreprise, v. M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957.

[4] « *L'Union a rapidement compris, afin de réaliser pleinement son objectif d'intégration économique, qu'elle devait compter sur ces nombreux acteurs directs du marché, parce qu'ils portent en eux une naturelle propension pour se déplacer hors des frontières nationales en pénétrant sur d'autres marchés étrangers. Le droit de l'Union européenne ne pouvait donc ignorer l'entreprise. La notion apparaît dans le droit de la concurrence et se "juridicise" pour assurer l'uniformité d'application du droit de l'Union par une réduction des divergences entre les formes légales d'entreprises existants dans chaque État membre* » (F. BERROD et A. ULLESTAD, « Le droit de l'Union européenne et la notion d'entreprise : donner un sens juridique à l'exercice de l'activité économique », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, A. Pedone, 2016, p. 136).

[5] « *C'est essentiellement dans le domaine du droit de la concurrence et dans celui du droit du travail que des règles juridiques visent directement et expressément l'entreprise, et non pas la société qui l'organise ou la personne physique qui l'exploite* » (J. PAILLUSSEAU, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », *D.*, 2003, p. 260). De nombreux articles du Code de commerce et du Code général des impôts ont également pour sujet « l'entreprise » (le Livre VI du code de commerce s'intitule par exemple « *Des difficultés des entreprises* »).

[6] *Ibid.*

[7] *Ibid.*

personnalités morales distinctes dans les cas de groupes de sociétés[1]. La pertinence de l'intégration juridique de la RSE, notamment du devoir de transparence environnementale et sociale, suppose donc un renouvellement de l'appréhension juridique de la notion d'entreprise. Ces questionnements rejoignent la « doctrine de l'entreprise » de l'École de Rennes, qui développe une approche pragmatique de l'entreprise, définie non pas à l'aune de sa personnalité morale mais au regard de la communauté d'intérêts qu'elle constitue[2]. L'entreprise concentre ainsi des intérêts qui s'étendent à ceux des salariés, des actionnaires, des investisseurs et plus généralement à toutes les parties prenantes de l'entreprise[3].

57. Certes, la société reste la destinataire principale des législations dès qu'il est question de poser une obligation contraignante[4]. Néanmoins, le droit de la RSE invite à dépasser le strict cadre sociétaire et s'adresse à l'entreprise en tant que structure hébergeant potentiellement plusieurs entités juridiques autour d'une même direction économique, qui sont potentiellement productrices d'externalités environnementales et sociales[5]. Par exemple, dès les premières pages de sa déclaration de performance extra-financière, le groupe L'Oréal affirme : « *L'Oréal est parfaitement conscient qu'une entreprise ne peut grandir et prospérer qu'en se souciant de son écosystème, constitué de toutes ses parties prenantes* »[6]. A l'inverse,

---

[1] La RSE « *porte en elle un potentiel de redéfinition de ce qu'est l'entreprise et de son rapport à la société* » (N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 12).

[2] Dans cette optique, la personnalité morale n'est que la « *technique juridique d'organisation de l'entreprise* » (J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme : technique juridique d'organisation de l'entreprise*, Rennes, 1965).

[3] V. J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXème siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires) », *JCP G*, 1988, I, 3330 ; G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD Civ.*, 2002, p. 221 ; C. CHAMPAUD, « Les fondements sociétaux de la doctrine de l'entreprise », *in Aspects organisationnels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de J. Paillusseau*, 2003, Dalloz, p. 117 ; C. CHAMPAUD, « Fondements, permanence et avenir de la Doctrine de l'entreprise », C. CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21ème siècle*, Éditions Larcier, 2013, p. 183.

[4] Les dispositifs de transparence environnementale et sociale que nous étudierons sont réglementés au sein d'un chapitre du Code de commerce consacré aux sociétés anonymes (Partie législative, Livre II, Titre II, Chapitre V).

[5] Par exemple, l'article L. 225-102-1 du Code de commerce prévoit que toute « *société* » répondant aux conditions d'application doit publier une déclaration de performance extra-financière, puis, pour déterminer le contenu de l'information, utilise alternativement la notion de « *société* » et d'« *entreprise* » (« *La déclaration comprend notamment des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société* […], *aux accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés* […] »). Cet article a par ailleurs été créé par la *L. n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques* dans une partie intitulée « *Régulation de l'entreprise* ».

[6] L'OREAL, *Document de référence,* déposé le 14 mars 2019, p. 147.

ses comptes sociaux « *sont ceux de L'Oréal S.A. Ils font état de la situation financière de la Société mère* stricto sensu »[1].

58. Au cours de notre étude, l'entreprise sera ainsi entendue au sens large, constituée des diverses entités reliées à son activité (filiales, fournisseurs, sous-traitants) mais également comme le vivier des intérêts de ses parties prenantes. Il convient désormais d'exposer notre choix de délimitation de cette étude aux grandes entreprises.

2. La grande entreprise

59. **Les grandes entreprises. –** Il ne serait pas pertinent de traiter indifféremment toutes les entreprises sans considération de leur taille. En effet, une forte corrélation est observée entre l'envergure de l'entreprise et sa production d'impacts environnementaux et sociaux[2]. Notre étude sera principalement consacrée aux grandes entreprises et entreprises de taille intermédiaire[3] en raison de leur importante contribution aux impacts environnementaux et sociaux, avec une focalisation sur les sociétés françaises cotées au CAC 40 en raison de la méthodologie choisie[4]. La situation des petites et moyennes entreprises[5] (PME) ne sera pas pour autant occultée : nous étudierons leur situation notamment à titre de comparaison avec celle des grandes entreprises[6]. Ce choix est corroboré par les seuils retenus par le législateur

---

[1] *Id*., p. 306.

[2] Nous rappelons que cent multinationales seraient à l'origine de 71% des émissions de gaz à effet de serre mondiales produites entre 1988 et 2015 (CLIMATE DISCLOSURE PROJECT, *The Carbon Majors Database*, 2017, p. 8).

[3] Les entreprises de taille intermédiaire (ETI) emploient moins de 5 000 salariés et font état d'un chiffre d'affaires qui n'excède pas 1 500 millions d'euros ou d'un total de bilan qui n'atteint pas 43 millions d'euros. Les grandes entreprises sont celles qui excèdent ces seuils (*Décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique*, art. 3).

[4] V. *infra* §2. Par ailleurs, ce choix s'inscrit dans la continuité des travaux de recherche de M. Larouer qui a ainsi délimité l'objet de sa thèse portant sur les codes de conduite : « *Les codes de conduite visés par la recherche sont ceux qui émanent d'entreprises de grande envergure. En effet, si les petites et moyennes entreprises sont susceptibles d'adopter des codes de conduite, ces derniers apparaissent peu utiles pour l'analyse dans la mesure où les enjeux soulevés par les codes en termes de réputation, d'image et de profit économique sont moindres. C'est la raison pour laquelle ce sont les codes des grandes entreprises françaises, cotées au CAC 40, qui sont pris en considération* » (M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°6, p. 7).

[5] Les petites et moyennes entreprises emploient moins de 250 salariés et ont un chiffre d'affaires de moins de 50 millions d'euros ou un total de bilan de moins de 43 millions d'euros (*Décret n°2008-1354* préc., art. 3).

[6] La situation des PME mériterait une étude à part entière en raison des contraintes spécifiques auxquelles elles sont confrontées (de plus faibles moyens humains et matériels et une financiarisation moins importante notamment).

pour définir les entreprises soumises aux dispositifs de transparence, lesquels sont applicables aux entreprises de taille intermédiaire et grandes entreprises[1].

60. **Les grandes entreprises multinationales. –** Plus précisément, la situation des entreprises multinationales constituera le cœur de notre étude, qui sont les « *entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activité, dotés ou non de personnalité juridique propre, situés dans un ou plusieurs autres pays* »[2]. Des sociétés dont le siège social est localisé en France exploitent leur activité par l'intermédiaire de plusieurs entités situées dans un certain nombre d'États, au sein desquels elles peuvent causer des atteintes environnementales ou des violations de droits humains. Les choix stratégiques de ces entreprises, qui décident de filialiser ou d'externaliser[3] leur activité, et la dimension transnationale[4] de leur activité qui en découle, ne devront pas être éludés en dépit du rattachement de notre étude au droit interne. Ces dimensions organisationnelle et transnationale – qui sont autant de facteurs de mutation des frontières de l'entreprise[5] – sont même de plus en plus prises en compte par le droit interne, notamment à travers la création du devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre que nous étudierons[6].

---

[1] Sur le champ d'application, v. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1. Par mesure de simplification, nous emploierons uniquement le terme de « grandes entreprises » pour désigner les entreprises de grande envergure sans nécessairement se référer aux seuils du décret précité.

[2] INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Résolution. Les entreprises multinationales*, 7 sept. 1977, I.

[3] L'externalisation est « *une stratégie économique en forte croissance consistant, pour un opérateur économique, à confier à un ou plusieurs autres opérateurs indépendants telle ou telle des activités ordinairement intégrées dans une même entreprise (fabrication, transport, comptabilité, gestion informatique, etc.) afin de profiter au maximum des ressources extérieures du marché (moindres coûts, avantages fiscaux), et de se consacrer à celle des activités qu'il se réserve (ex. conception des modèles, marketing), division du travail dont les conséquences économiques et sociales (notamment sur la consistance de l'entreprise et le sort des salariés) dépendent du montage choisi (délocalisation, création de filiales, partenariat, transfert d'actifs et de personnels) et la réalisation juridique s'inscrit dans la durée moyennant le truchement des contrats les plus divers, sous-traitance, commission, mandat, vente, etc.* » (V° « Externalisation » *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, p. 442).

[4] Est transnationale une activité « *qui suppose le franchissement d'une frontière ou (et) s'exerce par-dessus les frontières indépendamment de l'action des États* » (V° « Transnational, -ale, -aux » *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, p. 1038).

[5] « *Depuis la fin des trente glorieuses, la division du travail tant au sein des entreprises qu'entre entreprises a profondément évolué et laisse place aujourd'hui à une nouvelle organisation industrielle. Alors que l'entreprise fordiste avait des frontières bien délimitées, le post-fordisme se caractérise par un modèle d'entreprise éclatée dans lequel il est difficile de distinguer ce qui est dans et hors de l'entreprise.* […] *Le modèle d'entreprise aujourd'hui dominant, l'entreprise-réseau, entremêle ainsi de manière inextricable hiérarchie et marché et de ce fait, les frontières de l'entreprise sont devenues floues, diluées* » (J.-C. DUPUIS, « La RSE, de la gouvernance de la firme à la gouvernance de réseau », *Revue française de gestion*, vol. 180, n°11, 2007, p. 159).

[6] V. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

61. Notre étude portant sur le devoir de transparence en matière environnementale et sociale des grandes entreprises étant ainsi délimitée, il convient désormais d'étudier la démarche entreprise.

§2. Démarche de l'étude

62. Si le devoir de transparence environnementale et sociale des grandes entreprises doit tout d'abord être analysé sous l'angle du droit positif (A), la recherche sera nourrie de l'observation des pratiques des entreprises (B).

A. L'analyse du droit positif

63. L'étude consistera tout d'abord à analyser le droit positif, dont il convient d'introduire les points saillants. Deux directions structurent le droit du devoir de transparence environnementale et sociale des grandes entreprises : un cadre législatif mouvant (1) et des sources hétérogènes (2).

1. Un cadre législatif mouvant

64. **La loi « NRE » de 2001. –** Le devoir de transparence des grandes entreprises en matière environnementale et sociale a fait son entrée dans le droit français par la Loi relative aux nouvelles régulations économiques (dite loi « NRE ») de 2001[1], faisant de la France un État pionnier en matière de réglementation de la RSE[2]. Cette loi crée l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, qui prévoyait l'inclusion, dans les rapports de gestion des sociétés cotées, d'« *informations, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État, sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* »[3].

---

[1] *L. n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, art. 116. Sur les autres réformes engagées par cette loi v. C. CHAMPAUD et D. DANET, « Nouvelles régulations économiques », *RTD Com.,* 2002, p. 17 et C. CHAMPAUD et D. DANET, « Nouvelles régulations économiques et droit des sociétés », *RTD Com.*, 2002, p. 80.

[2] Sur ce constat, v. notamment P. DE CAMBOURG, *Garantir la pertinence et la qualité de l'information extra-financière des entreprises : une ambition et un atout pour une Europe durable. Rapport présenté au Ministre de l'Economie et des Finances*, 2019, p. 41.

[3] Le *D. n° 2002-221 du 20 février 2002 pris pour l'application de l'article L. 225-102-1 du code de commerce et modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales* prévoyait que les rapports contenaient une dizaine de catégories d'informations sociales (comme « *l'organisation du temps de travail* », « *la formation* », « *les conditions d'hygiène et de sécurité* » ou « *l'emploi et l'insertion des travailleurs*

65. **Les Grenelles de l'environnement de 2009 et 2010. –** Les insuffisances du dispositif de transparence créé par la loi de 2001 ont rapidement été pointées, notamment s'agissant de son champ d'application restreint (aux seules sociétés cotées)[1] et du manque de fiabilité des données communiquées[2]. Le Grenelle de l'environnement[3], initiative politique en matière environnementale, va être l'occasion d'améliorer le dispositif. La loi dite « Grenelle I de l'environnement » du 3 août 2009 pose les jalons d'une réforme[4] qui interviendra un an plus tard à l'occasion de la loi « Grenelle II »[5]. Cette réforme élargit le champ d'application de l'obligation d'information en l'étendant aux sociétés non cotées d'une certaine taille[6], enrichit le contenu de l'information et crée un mécanisme de vérification du rapport par un organisme tiers indépendant[7].

66. **La directive « Barnier » de 2014. –** En 2014, les institutions de l'Union européenne s'emparent de la question en adoptant une directive permettant *« la coordination des dispositions nationales* » par l'établissement d'« *un certain nombre d'exigences légales*

---

handicapés ») et une dizaine d'informations à caractère environnemental (comme « *la consommation de ressources en eau, matières premières et énergie* » ou « *les mesures prises pour limiter les atteintes à l'équilibre biologique, aux milieux naturels, aux espèces animales et végétales protégées* »). V. C. Com., anc. art. R. 225-104 et R. 225-105.

[1] V. notamment V. MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés, entre contrainte et démarche volontaire », *Dr. Sociétés,* 2011, n°8, p. 7 ; E. LAVILLE, *L'entreprise verte*, 3e éd., Pearson Education, 2009, p. 353.

[2] V. notamment EPE, OREE, ORSE, *Rapport de mission remis au gouvernement, Bilan critique de l'application par les entreprises de l'article 116 de la loi NRE*, 2004, p. 45.

[3] V. P. DEUMIER, « Qu'est-ce qu'"un Grenelle" ? », *RTD Civ.*, 2008, p. 63 et Y. JEGOUZO, « Où en est la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement ? », *AJDA*, 2012, p. 246.

[4] « *La qualité des informations sur la manière dont les sociétés prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité et l'accès à ces informations constituent des conditions essentielles de la bonne gouvernance des entreprises. Le Gouvernement étudiera* […] *en associant les parties concernées, les conditions dans lesquelles l'obligation de faire figurer dans le rapport annuel destiné à l'assemblée générale des actionnaires ces informations environnementales et sociales : a) Pourrait être étendue à d'autres entreprises, en fonction de seuils atteints par le chiffre d'affaires, le total de bilan ou les effectifs salariés, y compris celles dans lesquelles l'État détient directement ou indirectement une participation majoritaire ; b) Pourrait inclure l'activité de la ou des filiales de toutes les entreprises soumises à cette obligation ; c) Pourrait comprendre des informations relatives à la contribution de l'entreprise au développement durable* […] » (*L. n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement*, art. 53).

[5] *L. n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement*, art. 225. Sur cette réforme, v. G. J. MARTIN, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Rev. Sociétés*, 2011, p. 75 et D. BARLOW, « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *D.*, 2012, p. 1502.

[6] Les sociétés visées sont les sociétés dépassant certains seuils de total de bilan ou de chiffre d'affaires, et de nombre de salariés, fixés par décret en Conseil d'État (C. Com., anc. art. L. 225-102-1, al. 8). Cette réforme est également l'occasion de créer une consolidation des informations en cas de groupe de sociétés, mécanisme dont nous étudierons le principe (v. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1). V. *D. n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale*.

[7] V. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

minimales » en matière de publications d'informations non financières par les grandes entreprises[1]. Adoptée dans un mouvement d'institutionnalisation de la RSE[2], la directive dite « Barnier » ou *Non Financial Reporting Directive* (NFRD) permet d'harmoniser les pratiques des États membres, dont la majorité n'assujettissait pas leurs entreprises à une telle obligation, en offrant une structure commune du rapport[3]. La transposition française de cette directive en 2017[4] a été l'occasion de rénover le dispositif, désormais nommé « déclaration de performance extra-financière », toujours logé à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce. Quelques réformes mineures ont été adoptées depuis, élargissant le périmètre de l'information extra-financière vers un nombre croissant de thématiques[5].

67. **La création d'un devoir de vigilance français en 2017. –** L'année 2017 n'est pas seulement celle de la transposition de la NFRD mais celle de la consécration en droit français d'un devoir de vigilance des grandes entreprises. L'effondrement du Rana Plaza en avril 2013, immeuble situé au Bangladesh abritant des usines textiles sous-traitantes d'entreprises occidentales renommées, causant la mort de plus d'un millier de personnes, avait renforcé l'idée d'une nécessaire vigilance des sociétés mères quant aux activités de leurs filiales et partenaires commerciaux à l'étranger[6]. En France, quatre propositions de lois relatives au

---

[1] *Dir. 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes*, cons. 4 et 5. V. B. LECOURT, « La société et l'intérêt collectif : la mouvance européenne », *Rev. Soc*., 2018, n°13 et s., p. 551.

[2] V. *supra* §1, B.

[3] Celui-ci doit contenir une description du modèle commercial de l'entreprise, des politiques appliquées s'agissant des thématiques environnementales et sociales concernées, de leurs résultats, des principaux risques liés à ces thématiques et des indicateurs clés de performance. V. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

[4] *Ord. n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises transposant la directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes* ratifiée par la *L. n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés*, art. 8. Un décret complète le dispositif (*D. n° 2017-1265 du 9 août 2017 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises*).

[5] Par exemple, une loi 30 octobre 2018 prévoit que la déclaration comprend désormais des informations relatives aux engagements sociétaux de l'entreprise en faveur « *de la lutte contre la précarité alimentaire, du respect du bien-être animal et d'une alimentation responsable, équitable et durable* » **(***L. n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous*, art. 55)**.**

[6] V. J. SIDDIQUI et S. UDDIN, « Human rights disasters, corporate accountability and the state : Lessons learned from Rana Plaza », *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 2016, vol. 29, n°4, p. 679.

devoir de vigilance ont été déposées[1]. A la suite de quatre années de débats parlementaires, la Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre est adoptée le 27 mars 2017[2]. Cette loi prévoit notamment l'obligation pour les grandes entreprises de publier un plan de vigilance, qui fait désormais partie intégrante de leur devoir de transparence environnementale et sociale et dont nous étudierons la teneur au cours de cette étude[3].

68. **Les réformes du droit de l'Union européenne en 2022. –** C'est dans le cadre du Pacte vert pour l'Europe que l'Union européenne engage un mouvement de révision de la NFRD[4] qui aboutit à l'adoption de la *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) en décembre 2022[5], dont nous étudierons les modifications au sein de notre étude[6]. En outre, une proposition de directive concernant un devoir de vigilance à l'échelle de l'Union, inspirée du modèle français, a été initiée la même année par la Commission européenne, permettant d'harmoniser le traitement des entreprises européennes[7] – seuls la France, la Norvège, l'Allemagne et les Pays-Bas étant dotés d'une telle réglementation[8].

69. En somme, le droit de la transparence environnementale et sociale fait l'objet d'un encadrement législatif en pleine expansion, à l'aune de l'appréhension croissante de la RSE par les législateurs français et européen. Notre travail de recherche exposera le cadre actuel

---

[1] Deux propositions de loi émanant de députés socialistes (*Proposition de loi n°1524 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 novembre 2013) et écologistes (*Proposition de loi n°1519 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 novembre 2013) ont été accompagnées quelques mois plus tard de la même proposition déposée par des députés centristes (*Proposition de loi n°1777 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2014) puis d'autres députés de gauche (*Proposition de loi n°1897 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 avril 2014).

[2] *L. n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

[3] V. notamment *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

[4] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2019) 640 final*, 11 déc. 2019, « Le pacte vert pour l'Europe », pt. 2.2.1.

[5] *Dir. (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*.

[6] V. notamment *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1. Le *Pacte vert* est également l'occasion pour l'Union européenne d'adopter des réglementations en matière de finance durable. V. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

[7] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2022) 71 final*, 23 fév. 2022, « 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 ». V. B. PARANCE, « L'ambition européenne d'un devoir de vigilance, une belle avancée ! », *JCP E*, 2022, p. 1153.

[8] V. V. MAGNIER, « Le droit européen des sociétés se met au vert ! », *D.*, 2022, p. 1100.

tout en tentant de saisir les orientations prochaines. Le droit positif de la transparence environnementale et sociale n'est pas seulement doté d'un cadre législatif mouvant : il se caractérise également par l'hétérogénéité de ses sources.

2. Des sources hétérogènes

70. **La place du droit souple dans la RSE. –** Le devoir de transparence environnementale et sociale des grandes entreprises est influencé par de nombreuses sources de droit souple – souplesse due à l'imprécision de leur contenu (droit « *flou* »), à l'absence d'obligation afférente (droit « *doux* ») et/ou à l'absence de toute contrainte juridique (droit « *mou* »)[1]. Le droit souple, qui ne pourrait être défini que par comparaison au droit dur[2], semble accueillir tous les phénomènes normatifs ne remplissant pas les critères de contrainte et d'obligation caractéristiques des sources traditionnelles[3]. La place importante du droit souple dans la RSE tient à sa nature volontariste, qui l'imprègne d'une dimension morale. Non juridique, la morale n'en constitue pas moins un système normatif qui se distinguerait du droit par le caractère non contraignant de ses règles[4]. Les frontières entre le droit et la morale ne sont pour autant pas si claires. Le mouvement de renouvellement des sources du droit qui émerge au XX^e^ siècle[5] contribue à brouiller les frontières entre ces deux

---

[1] C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 607. Ces trois qualificatifs ont été repris par le Ministère de la justice (COMMISSION DE TERMINOLOGIE ET DE NEOLOGIE EN MATIERE JURIDIQUE, MINISTERE DE LA JUSTICE, *Rapport quadriennal 2003-2007*, 2007, p. 7 et s.).

[2] Ainsi, il semblerait que le droit souple ne puisse être défini que par la négative : « *Les tentatives pour le cerner relèvent généralement du manque : vague, imprécis, insécurisant, il manque de rigueur ; sans force obligatoire, ni valeur normative, il manque de vigueur. Ainsi le "droit mou" se définit-il moins qu'il ne se caractérise, par la négative et par comparaison avec le "droit dur"* ». Dès lors, « *de quelque côté que l'on se tourne, la* soft law *ne semble pas pouvoir être identifiée par un élément unique propre à en fournir le critère. La conclusion de cette quête de spécificité du droit souple tient tout entière dans un seul terme : pluralité* » (C. THIBIERGE, art. préc., p. 599).

[3] Observant l'« *étendue incertaine du droit souple* », V. Lasserre se demande : « *Que recouvre exactement le droit souple ? Nul ne peut le dire.* […] *Tout peut être* soft law *dès lors qu'il ne s'agit ni de loi, ni de jurisprudence, ni de coutume* » (V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique : Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, n°203, p. 349).

[4] « *Le droit est une discipline sociale constituée par l'ensemble des règles de conduite qui, dans une société plus ou moins organisée, régissent les rapports sociaux et dont le respect est assuré, au besoin, par la contrainte publique* » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e^ éd., Dalloz, 2012, p. 19). C'est donc la « *nature étatique de la sanction* » qui distingue les règles juridiques des règles morales ou religieuses (Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit,* 18^e^ éd., LexisNexis, 2018, n°40, p. 36). Les caractères de généralité et d'obligation sont considérés comme les caractères communs de ces corps de règles. Ajoutant le caractère permanent, v. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit,* 6^e^ éd., LGDJ, 2021, n°13, p. 22).

[5] Les origines de ce renouvellement sont retrouvées au tout début du XXe siècle, notamment sous la plume de Gény qui proposait de dépasser le légicentrisme au profit d'une vision pluraliste du droit (F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources du droit,* 1899, rééd., LGDJ, 2016 ; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., Sirey, 1914-1924. Pour une présentation de la pensée de Gény, v. P. DUBOUCHET, *La pensée*

systèmes normatifs. Les normes[1] de droit souple prolifèrent dans cet interstice[2], marqués par un relâchement du caractère obligatoire ou contraignant.

71. Ce phénomène invite à adopter une conception plus large du droit, qui ne comprendrait pas seulement les règles juridiques classiques mais plus globalement toutes les normes qui, bien que ne présentant pas ces caractères, « *n'en sont pas moins revêtues d'une certaine force, au sens d'une capacité à fournir référence, c'est-à-dire à modeler les comportements* »[3]. Le développement du droit souple n'est qu'un outil au service d'un nouveau mode de production du droit, la régulation[4], au sein duquel « *le commandement unilatéral, autoritaire, centralisé – souverain, en un mot – fait place à un ordonnancement assoupli, décentralisé, adaptatif et souvent négocié* »[5]. Ce phénomène participe du renouvellement de la conception du droit qui repose moins sur une logique binaire que sur l'idée d'une gradation ou échelle normative[6]. Issue initialement de la pratique, la RSE s'est

---

juridique avant et après le Code civil, 4e éd., L'Hermès, 1998, p. 187 et s.). En dénonçant « *l'étatisation de la position du droit dans la doctrine juridique traditionnelle* », le pluralisme implique la reconnaissance de foyers de création du droit non étatiques, tels que la coutume (H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, 2003, p. 1159).

[1] L'usage du terme « norme » est préféré à celui de « règle » car la norme « *englobe la règle de droit et y ajoute des dimensions que la définition traditionnelle laissait à la marge, comme les normes individuelles ou les normes non contraignantes* » (P. DEUMIER, *op. cit.,* n°8, p. 19).

[2] La « *prolifération et complexification des sources* » est liée aux processus d'« *internationalisation* », de « *judiciarisation* », de « *contractualisation* » et de « *privatisation* » qui les caractérisent désormais (C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », *in Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 519 et s.). Cette prolifération est parfois associée à une « *crise* » des sources du droit (v. par exemple V. FORRAY, « La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes », *RTD Civ.*, 2009, p. 63 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil : Introduction générale,* 5e éd., LGDJ, 2018, note n°65, p. 303 ; qualifiant la crise de « *révolution* », v. Ph. MALAURIE, « La révolution des sources », *Defrénois*, 2006, p. 1552).

[3] C. THIBIERGE, « Conclusion : Le concept de "force normative" », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 818. V. également S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit : A propos des sources étatiques non contraignantes*, Economica, 2012, n°128, p. 116 : « *qu'elle soit contraignante ou qu'elle soit souple, c'est bien la même fonction qui est exercée par la norme juridique : donner une ligne directrice* ».

[4] « *L'ordre juridique étatique coexiste avec d'autres ordres juridiques supra et infra étatiques. L'État n'est plus le seul producteur de droit. La société civile prend une place plus active dans l'élaboration et dans la mise en œuvre du droit dit étatique. La réglementation laisse sa place à la régulation, le gouvernement à la gouvernance.* […] *Dans ce cadre, le droit souple révèle et sert aussi de vecteur à ces différentes mutations* » (M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », *in* ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit souple*, Dalloz, 2009, n°3, p.3).

[5] F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit,* Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 26. Sur le phénomène de régulation, v. *infra* §3 et Partie 2.

[6] Diverses expressions sont employées : « *échelle de normativité graduée* » (CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, 2013, p. 9) ; « *conception graduelle de la juridicité* » (I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "sources du droit", "force normative" et "soft law" », *RIEJ*, 2010/2, vol. 65, n°31, p. 31). C. Thibierge évoque une « *échelle de densité normative* » et utilise également l'image de « *textures du droit* »,

donc d'abord épanouie à travers le droit souple[1] avant de faire l'objet des législations précédemment exposées. Aujourd'hui encore, le droit souple irrigue la RSE, particulièrement le devoir de transparence environnementale et sociale[2].

72. **La diversification des acteurs normatifs : de l'autorégulation à la corégulation. –** Au développement du droit souple, correspond une diversification des acteurs créant le droit, c'est-à-dire des émetteurs des normes juridiques. En effet, si les acteurs juridiques traditionnels, dont le législateur interne, contribuent en partie au renouvellement des sources[3], il est largement nourri par des « *acteurs nouveaux* »[4]. L'activité normative des acteurs internationaux se multiplie dans un contexte de mondialisation[5], tandis qu'émergent des sources d'origine privée[6].

---

en référence à « *l'entrecroisement, plus ou moins serré, de divers fils : fil du langage, fil de la force, fil de la sanction* ». Ainsi, il existerait « *autant de textures* […] *que de combinaisons possibles : de la plus ferme et solide, à la plus fluide et malléable* » (C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599).

[1] C'est le « *règne de la* soft law » qui caractérisait la RSE à la fin du XXe siècle, comme en témoigne l'adoption de divers instruments internationaux non contraignants tels que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (E. MAZUYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise : identification et régulation d'un phénomène complexe », in E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, La Documentation Française, 2010, p. 31).

[2] V. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

[3] Le droit souple peut en effet être d'origine étatique, se manifestant au sein des réponses ministérielles, circulaires, lignes directrices, avis, ou encore recommandations (v. S. GERRY-VERNIERES, *op. cit.*).

[4] Selon C. Thibierge, la multiplication des acteurs produisant le droit résulte d'un double mouvement : le renforcement des acteurs traditionnels, qui se traduit par un « *accroissement de la production normative de l'administration ou du pouvoir du juge* » et l'apparition d'« *acteurs nouveaux* » (C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », *in Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 527).

[5] Le droit souple s'est en effet d'abord manifesté dans l'ordre international : « *la nécessité fréquente de parvenir à des compromis, ou à des solutions qui ménagent des échappatoires, explique que cette forme de droit ait trouvé là un terrain particulièrement favorable à son développement* » (J.-M. JACQUET, « L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2009, n°2, p. 332). L'expression anglaise de « *soft law* » a vraisemblablement été évoquée pour la première fois en 1930 (LORD A. MCNAIR, « The Functions and Differing Legal Character of Treaties », *British Yearbook of International Law*, 1930). L'essor de la *soft law* dans l'ordre international s'est toutefois produit plus tard, dans les années 1970-1980. V. notamment R.-J. DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la "soft law" », *in* SFDI, *L'élaboration du droit international public* : *colloque de Toulouse*, Pedone, 1975, p. 132 ; P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *Revue générale de droit international public*, 1982, vol. 86, p. 5 ; F. SNYDER, « Governing Economic Globalisation : Global Legal Pluralism and European Law », *Eur. Law Rev.*, 1999, p. 34.

[6] Les sources privées sont des sources provenant d'acteurs privés. Pour une présentation du phénomène, v. F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.*, 1995, p. 509.

73. La RSE est particulièrement propice à ces phénomènes d'internationalisation et de privatisation de la production normative. Des organismes de normalisation[1], tels que l'Organisation internationale de normalisation (ISO), édictent des normes techniques non contraignantes[2] que les entreprises font le choix d'adopter[3]. Les entreprises élaborent leurs propres corpus de règles, au sein de leurs organisations respectives (par des codes de conduite notamment[4]), mais également au niveau sectoriel ou par leur organisations représentatives[5]. Un mouvement d'autorégulation nourrit donc la RSE, les entreprises définissant leurs propres règles de conduite[6]. Le droit de la RSE n'est pour autant pas réductible au seul phénomène de l'autorégulation, puisque des réglementations interne et européenne interviennent dans sa construction. La RSE semble donc davantage marquée par un processus de « corégulation », qui est « *l'association de mesures législatives ou réglementaires contraignantes à des mesures prises par les acteurs les plus concernés, en mettant à profit leur expérience pratique* »[7].

74. En définitive, le droit de la transparence environnementale et sociale entremêle des sources de droit internes, européennes, internationales, mais également privées, ces diverses

---

[1] La normalisation a été reconnue par le législateur français en tant qu'« *activité d'intérêt général* ». Elle a pour objet de « *fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations* » (*D. n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation*, art. 1er).

[2] Elles peuvent devenir obligatoires à la condition d'être reprises dans un règlement (*D. n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation*, art. 17).

[3] La norme ISO 26000 est particulièrement reconnue par les entreprises (ISO 26000:2010, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*). Sur cette norme, v. C. COULLET-DEMAIZIERE, *ISO 26000 en action : Résultats et retours d'expérience*, AFNOR Editions, 2012.

[4] Sur le phénomène des codes de conduite adoptés par les entreprises, v. M. LAROUER, *op. cit.*, 2018 ; G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », *in* J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 51.

[5] L'Association Française des Entreprises Privées (AFEP) et le Mouvement des Entreprises de France (MEDEF) ont adopté leur propre code de gouvernance (AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2022) dont nous étudierons le fonctionnement (v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1).

[6] « *La régulation juridique tend aussi à se localiser et à se segmenter : l'exigence d'adaptation de la norme au concret suppose en effet la proximité de son auteur vis-à-vis des problèmes à résoudre ; la régulation est donc appelée à provenir de foyers multiples, très diversement enracinés dans la société* » (J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, p. 837).

[7] COMMISSION EUROPEENNE, *Livre blanc (2001) 428 final*, 25 juil. 2001, « Gouvernance européenne », p. 24 et s. La Commission européenne encourage le développement de cette méthode dans le but d'« *améliorer la qualité, l'efficacité et la simplicité des actes réglementaires* » (*ibid.*). V. également P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RD publ.* 1982, p. 292 : « *De technique de direction essentiellement hétéronome des conduites, le droit tend à devenir de plus en plus une sorte de technique de "co-gestion" des conduites qui s'inscrit dans un dialogue permanent et complexe entre les gouvernants et les gouvernés eux-mêmes* ».

sources produisant des normes se situant à des échelons de normativité variés, allant de la règle juridique traditionnelle à des principes non contraignants. Notre recherche entend, grâce à l'étude des textes et de la doctrine, restituer cette diversité, qui ne saurait être complète sans une analyse des pratiques des entreprises en matière de transparence.

B. L'analyse des pratiques des entreprises

75. **Le terrain : les sociétés françaises cotées au CAC 40. –** Afin de mieux saisir la consistance du devoir de transparence environnementale et sociale des grandes entreprises, il est apparu nécessaire d'en éprouver la pratique. En 2019, une étude des déclarations de performance extra-financière publiées par les sociétés françaises cotées au CAC 40 a été menée[1]. Cette délimitation a été choisie car elle permet de recenser les pratiques des grandes entreprises dont l'activité est représentative de l'économie française. En effet, les quarante sociétés qui composent cet indice boursier sont sélectionnées par un groupe d'experts, parmi les cent sociétés dont les échanges de titres financiers sur la place de Paris sont les plus importants, en fonction de leur représentativité de l'économie française[2]. La très grande taille de ces groupes conjuguée à leur présence dans les divers secteurs économiques nous semble fournir un échantillon pertinent pour notre étude[3]. Il s'agit de plus d'un échantillon connu et qui a été utilisé dans plusieurs travaux juridiques portant sur la RSE[4].

76. **La méthode : une approche quantitative et qualitative. –** Quant à la méthodologie employée, nous avons procédé à une analyse du contenu des déclarations de performance

---

[1] Plus précisément, les déclarations publiées par trente-six sociétés composant le CAC 40 en 2019 ont été étudiées. Les quatre sociétés exclues de l'enquête ne disposent pas d'un siège social en France, de sorte que l'article L. 225-102-1 du Code de commerce ne leur est pas applicable.

[2] Même si les valeurs qui composent l'indice peuvent varier selon ce double critère – qui tient à la fois au volume des transactions et au caractère représentatif des secteurs économiques – un noyau d'entreprises compose inlassablement l'indice (LVMH, TotalEnergies, Danone, AirLiquide, la Société Générale, L'Oréal, Michelin, Saint-Gobain, etc.).

[3] L'Observatoire des Multinationales compile les données déclarées par les groupes du CAC 40 et fait par exemple apparaître que les entreprises qui composent l'indice ont généré en 2021 26 millions de tonnes de déchets (selon les déclarations de 32 groupes du CAC 40), 2 milliards de tonnes de CO_2 (sans compter les émissions indirectes de certains groupes qui ne les déclarent pas), pour une hausse globale de chiffre d'affaires de 38% cette même année. Par ailleurs, le rapport fait apparaître qu'en septembre 2022, la proportion de femmes présidentes ou directrices générales des conseils d'administration des sociétés du CAC 40 était de 7,4% (OBSERVATOIRE DES MULTINATIONALES, *Le véritable bilan annuel du CAC 40*, 2022, p. 3 et 4).

[4] V. M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°6, p. 7 et n°22, p. 27. Cette délimitation correspond partiellement au terrain de l'étude menée par E. Mazuyer sur les codes de gouvernance (v. E. MAZUYER (dir.), *Quel cadre juridique pour une mise en œuvre effective des codes de gouvernance d'entreprise ?*, Mission de Recherche Droit et Justice, 2017).

extra-financière – représentant chacune 50 à 100 pages – à l'aide d'une grille de lecture composée d'une trentaine d'entrées. Cette grille mêlait approche quantitative et qualitative[1].

77. **Le résultat : une perspective d'éclairage du droit. –** Les résultats de cette recherche empirique doivent être relativisés à deux titres. Ils doivent d'abord l'être du point de vue de leur valeur probante, qui demeure modeste, l'enquête ayant été menée uniquement sur les déclarations de l'année 2019. En effet, au regard de contraintes temporelles liées au déroulé de la thèse, cette enquête n'a pas été reconduite *in extenso* les années suivantes. Toutefois, la comparaison des données de l'enquête avec certaines déclarations produites les années suivantes a été entreprise et sera restituée au cours de ce travail. Surtout, ce travail ne prétend pas s'inscrire dans la lignée de travaux sociologiques[2], de sciences de gestion[3] et juridiques[4] caractérisés par le perfectionnement et la systématisation de leurs méthodes d'enquête. Notre enquête nous a seulement permis de comparer le contenu des normes juridiques avec les pratiques des entreprises ; autrement dit, elle nous apporte un éclairage supplémentaire du droit de la transparence environnementale et sociale. C'est la question de l'effectivité des dispositifs juridiques de transparence qui sous-tend cette démarche d'enquête et qui sera éprouvée lors de ce travail.

78. La démarche de l'étude du droit positif combinée à cette recherche empirique nous permet de répondre aux objectifs de la recherche.

§3. Objectifs de l'étude

79. **Le double objectif du devoir de transparence.** – Tout l'intérêt du devoir de transparence environnementale et sociale réside dans sa capacité à transformer le

[1] La grille d'analyse est reproduite en annexe.
[2] Pour une thèse en sociologie portant sur la vigilance de grandes entreprises quant aux conditions de travail chez leurs fournisseurs et sous-traitants, v. P. BARRAUD DE LAGERIE, *Les patrons de la vertu : De la responsabilité sociale des entreprises au devoir de vigilance*, Presses Universitaires de Rennes, 2019.
[3] Pour une thèse en sciences de gestion sur les comportements en matière de diffusion d'informations environnementales et sociales par les sociétés du CAC 40 et sur l'effet induit sur le cours de bourse, v. J. GUINCHARD, *Evaluation et valorisation de la communication environnementale et diffusion d'informations dans le document de référence : le cas des entreprises cotées du CAC 40, de 2007 à 2013*, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014.
[4] Pour une étude des pratiques d'application des codes de gouvernance AFEP-MEDEF et Middlenext par les entreprises, v. E. MAZUYER (dir.), *Quel cadre juridique pour une mise en œuvre effective des codes de gouvernance d'entreprise ?*, Mission de Recherche Droit et Justice, 2017.

comportement des entreprises. En effet, si le devoir de transparence permet d'apporter des informations aux parties prenantes de l'entreprise sur les impacts environnementaux et sociaux liés à son activité, il a également pour objectif de guider les entreprises vers une meilleure prise en compte de ces impacts. En d'autres termes, le devoir de transparence invite l'entreprise à concrétiser son discours en actions tangibles, dans l'optique d'une cohérence entre les paroles d'une entreprise et ses actes[1]. En ce sens, l'intégration d'une exigence de transparence dans le droit des sociétés traduit un certain bouleversement des fonctions et pouvoirs de l'entreprise, en l'incitant à une redéfinition tangible de ses finalités[2].

80. Ce double objectif du devoir de transparence, « *cette aspiration à la concrétude* »[3], renvoie directement à l'essence de la RSE, qui vise à dépasser les seules exigences légales : l'entreprise est poussée à diminuer ses impacts environnementaux et sociaux sans qu'aucune norme juridique ne la contraigne directement à le faire. La seule obligation à laquelle elle est assujettie est une obligation d'information, mais c'est précisément cette obligation qui constitue le support du comportement éthique de l'entreprise.

81. Tout l'enjeu du droit de la RSE réside dans sa capacité à élaborer une norme juridique – le devoir de transparence portant sur les enjeux environnementaux et sociaux de l'activité de l'entreprise – qui soit de nature à susciter le respect par les entreprises d'une norme sociale non sanctionnée juridiquement – la prise en compte effective de ces enjeux. Autrement dit, le droit régit une matière – la RSE – dont l'objectif est précisément de le devancer, de s'épanouir en dehors de toute obligation ou contrainte juridique[4]. Cette duplicité

---

[1] Sous cet angle, la recherche pourrait être prolongée sur le terrain philosophique, à la lumière de la théorie des actes du langage, qui ont révélé le caractère performatif de la parole, l'énonciation étant constitutive d'un acte (v. J. L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, Points, 1970 ; J. R. SEARLE, *Les actes de langage*, Hermann, 1972).

[2] Sur les transformations du droit des sociétés et plus largement de l'entreprise induites par la RSE, v. notamment I. PARACHKEVOVA-RACINE, « La place de la transformation écologique dans le cadre normatif du droit des sociétés », *RLDA*, 2023, p. 32 et F. DRUMMOND, « Propos conclusifs », *in* « Les nouveaux défis lancés à la gouvernance des sociétés. Actes de colloque », *Gaz. Pal.*, 2023, n°20, p. 100 : « *Pour affronter la crise environnementale, l'État délaisse l'interdit et lui préfère les outils de la RSE : il fait alliance avec les grandes entreprises auxquelles il délègue la charge de l'intérêt général, impose une procéduralisation de leur action, multiplie leurs obligations de dire, et compte sur la société civile, ainsi éclairée, pour exercer sur ces acteurs la pression nécessaire à la transformation vertueuse de leurs comportements* ». Sur les pouvoirs de l'entreprise et la modification de sa gouvernance, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

[3] A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut Universitaire Varenne, 2015, n°27, p. 34.

[4] Il est remarquable à cet égard que l'un des chapitres de la loi dite « Pacte » de 2019 qui a implanté la RSE au sein du droit des sociétés (v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1) s'intitule « *Des entreprises plus justes* » (*L. n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*).

inhérente à la RSE, caractérisée par « *un certain enchevêtrement des faits et des normes* »[1], l'inscrit dans le mouvement plus large de la régulation, dont nous avons déjà effleuré les contours, et que nous approfondirons au cours de notre étude[2]. La régulation est placée dans une sorte d'« *entre-deux* », étant « *une sorte d'accompagnement de l'économie, entre l'abandon et la mise sous tutelle* »[3] : cette situation intermédiaire de la régulation correspond pleinement à la duplicité de la RSE et du devoir de transparence en particulier.

82. **Positionnement de la thèse. –** La double nature de la RSE – juridique et extra-juridique – appelle deux remarques quant au positionnement de la thèse.

83. D'une part, cette double nature implique d'effectuer des incursions dans des domaines disciplinaires connexes, notamment en sciences de gestion, sociologie et économie. En effet, une approche interdisciplinaire permettra de mieux saisir l'intrication du droit et des enjeux propres à l'entreprise, par la confrontation du « *discours du droit* […] *et les discours autour du droit (le "contexte"), développés à partir d'autres disciplines* »[4] – avec toutes les limites qu'une telle approche recèle s'agissant du rattachement de notre étude au champ du droit[5]. Cette approche consiste simplement à « *prendre appui sur une autre discipline de manière à porter un regard différent sur les objets juridiques, sur les impensés de la discipline* »[6].

84. D'autre part, la nature extra-juridique de la RSE éclaire sous un nouveau jour l'apparente objectivité dont la science du droit serait dotée de manière absolue. En effet, le droit ne saurait être résumé à la technique juridique : il « *est porteur de valeurs sans lesquelles il ne se distinguerait que très peu d'autres règles d'organisation* »[7]. Toutes les

---

[1] A.-S. EPSTEIN, *op. cit.,* n°27, p. 34.
[2] Nous retenons une définition large de la régulation, faisant référence à « *tous les mécanismes par lesquels l'administration n'agit pas sur la contrainte, mais préfère la recommandation, l'incitation ou le conseil* » (S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit, A propos des sources étatiques non contraignantes,* Economica, 2012, n°277, p. 237). Sur la définition retenue de la régulation, v. *infra* Partie 2, Titre 1.
[3] M.-A. FRISON-ROCHE, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD Civ.*, 1998, p. 43. V. également C. CHAMPAUD, « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, n°1, p. 61 : « *la régulation n'est pas la négation du rôle de l'État dans le bon fonctionnement des rouages économiques mais une autre façon d'agir étatique procédant d'une philosophie sociétale qui s'accommode de la subsidiarité politique, de l'autonomie juridique des agents et de l'économie de marché* ».
[4] A. BAILLEUX et F. OST, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *RIEJ*, 2013, p. 42.
[5] L'un des écueils d'une telle approche pour le juriste réside dans le « *recours à d'autres savoirs que les siens sur le mode de l'évidence, sans réflexion approfondie sur les faits, les données ou les types d'analyses sollicités* » (V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2022, p. 386).
[6] M.-C. PONTHOREAU, *Droit(s) constitutionnels(s) comparé(s),* Economica, 2010, p. 227.
[7] J. PAILLUSSEAU, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIe siècle », *D.*, 2003, n°100, 260.

branches du droit – à commencer par le droit des sociétés – sont imprégnées des valeurs du système politique duquel elles émergent ou des valeurs vers lesquelles elles tendent. La doctrine en droit de l'environnement précise ainsi souvent les fondements épistémologiques sur lesquels elle se fonde. Ainsi, E. Naim-Gesbert souligne l'« *approche finaliste* » du droit de l'environnement, qui est « *un droit engagé, prescriptif et éthique, et qui contribue à la fois à préserver la santé publique et à sauvegarder les équilibres écologiques* »[1]. Cette approche influe sur le statut du droit de l'environnement, qui est « *profondément de* lege ferenda*. Ou un droit-horizon* »[2]. De la même manière, le droit de la RSE recèle une finalité politique – celle d'une meilleure prise en compte des aspects environnementaux et sociaux de l'activité des entreprises – dont la particularité est d'être prospective, étant tournée vers l'avenir, vers un « mieux ». L'étude du devoir de transparence des grandes entreprises est donc fondamentalement téléologique[3] ; notamment, l'évaluation de l'efficacité et l'effectivité de ce dispositif sera nécessairement menée à l'aune des valeurs sous-tendues par la RSE[4]. Dès lors, notre approche s'inscrira dans une démarche critique : nous nous attacherons à souligner le caractère perfectible du devoir de transparence, qui paraît insuffisant, à plusieurs titres, pour réduire les impacts environnementaux et sociaux des entreprises. Cette démarche conduira à la formulation de propositions d'amélioration du droit positif. Ce positionnement invite donc à la plus grande prudence quant à la formulation des objectifs de recherche et à l'interprétation de leurs résultats. Ainsi, la démarche sera donc davantage argumentative que démonstrative : « *l'objectif n'est pas de construire des connaissances vraies, mais des*

---

[1] E. NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, 3e éd., LexisNexis, 2019, n°14, p. 9. L'auteur poursuit : « *Cela se traduit par le recours à des techniques juridiques cherchant à réduire, supprimer ou compenser les effets nuisibles des activités humaines sur l'environnement* ».

[2] *Ibid.*

[3] Un auteur introduit l'une de ses contributions portant sur l'articulation entre marché économique et protection de la biodiversité de cette manière : « *On soulignera que l'intitulé de cette communication invite évidemment à se placer dans une perspective téléologique assumée de protection de l'environnement et non, notamment, de création de valeur économique ou de développement de nouvelles activités, même si ces dimensions ne sont pas négligeables* » (F.-G. TREBULLE, « Marché et protection de la biodiversité : les unités de compensation écologique », *in* M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE et J. SOHNLE (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, p. 257).

[4] « *L'une des missions essentielles du juriste dans le débat public est d'éclairer les dynamiques camouflées dans la pénombre du droit et la manière dont les notions juridiques participent à faire advenir et maintenir l'état du monde existant* » (J.-N. HERRERA, H. PASCAL, et V. ROTARU, « Vers un capitalisme soutenable par le droit ? », *La Revue Européenne du Droit*, vol. 4, n°1, 2022, p. 2).

connaissances faisables, possibles (et non exclusivement nécessaires), non plus démontrées, mais argumentées »[1].

85. **L'hypothèse de régulation informationnelle d'A.-S. Epstein. –** Il convient d'expliciter dès à présent notre positionnement quant à l'argumentation développée par A.-S. Epstein dans sa thèse consacrée à l'information environnementale communiquée par les entreprises[2]. A.-S. Epstein s'est attachée à identifier une « *régulation informationnelle de l'environnement* »[3] : « *l'obligation d'information environnementale pourrait contribuer à réguler les relations entre un système – le système économique* […] *– et son environnement* »[4].

86. Selon cette conception, l'existence d'obligations d'information en matière environnementale et sociale[5] contribue à réguler l'objet de cette information, c'est-à-dire les impacts environnementaux et sociaux des entreprises. En d'autres termes, les entreprises soumises à des obligations d'information environnementale et sociale feraient le choix, de manière autonome, d'agir dans ces domaines. Selon A.-S. Epstein, la régulation informationnelle repose sur une intériorisation de la norme sociale précédemment identifiée[6] par l'entreprise, qui déciderait consciemment de diminuer ses impacts environnementaux et sociaux :

> « *pétrie de cette injonction à la responsabilisation*, […] *la régulation informationnelle de l'environnement incite l'entreprise à définir son environnement, à inventer les liens qu'elle entretient avec ses composantes et, dans ce même mouvement, à interroger son identité, sa place et son rôle* »[7].

---

[1] A. GESLIN, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », *in* B. SERGUES (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 79-130, [halshs-01228870].

[2] A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut Universitaire Varenne, 2015.

[3] *Id*., n°446 et s., p. 411 et s.

[4] *Id*., n°471, p. 441. De nombreux auteurs avaient dégagé l'effet régulateur de l'information en général ou dans d'autres hypothèses que le respect de l'environnement par les entreprises. Parmi de nombreuses références, v. S. BREYER, *Regulation and its reform*, Harvard University Press, 1982 ; W. A. MAGAT et W. K. VISCUSI, *Informational approaches to regulation*, MIT Press, 1992.

[5] Nous étendons l'analyse d'A.-S. Epstein aux aspects sociaux dans la mesure où, nous l'avons vu, les matières sociale et environnementale sont appréhendées sous la bannière commune de la RSE. V. *supra* §1, B.

[6] Pour rappel, la prise en compte effective des enjeux environnementaux et sociaux, v. *supra.*

[7] A.-S. EPSTEIN, *op. cit.,* n°492, p. 457.

Sous cet angle, la régulation informationnelle peut donc se manifester indépendamment d'éventuelles pressions extérieures. En définitive, les devoirs de transparence sous-tendraient une norme sociale, relative à la prise en compte des impacts environnementaux et sociaux, dont l'intériorisation par les entreprises constituerait la source directe d'une régulation du comportement de celles-ci.

87. **L'hypothèse d'une régulation informationnelle indirecte. –** Si nous souscrivons à l'existence d'une certaine régulation informationnelle, nous défendons néanmoins son absence d'autonomie. Nous pensons en effet que la publication d'informations par les entreprises ne peut réguler à elle seule les impacts environnementaux et sociaux de leur activité.

88. Certes, le lien direct entre l'existence d'un devoir de transparence environnementale et sociale et l'action concrète des entreprises en ces matières peut sans doute jouer de manière résiduelle, à l'égard de certaines entreprises qui décident d'intégrer des valeurs dans leur gestion – en réalité, derrière ces entreprises, ce sont des personnes physiques, mandataires sociaux, qui promeuvent la mise en œuvre de ces valeurs éthiques. Ce modèle est sans doute retrouvé chez certaines petites et moyennes entreprises, notamment dans le secteur de l'économie sociale et solidaire[1]. Il nous semble que pour les grandes sociétés, ce n'est pas la seule obligation de publier des informations environnementales et sociales qui soit en mesure de les pousser à agir dans ces domaines, sous l'effet d'une adhésion personnelle aux valeurs éthiques sous-tendues. Cette vision nous semble reposer sur des prémisses contestables. En effet, elle est antinomique au regard de l'essence des entreprises, dont l'existence est fondée sur la lucrativité, mais plus encore au regard de leur absence d'humanité : les entreprises « *ne sont pas des personnes, car elles n'ont ni corps sensible de souffrance, ni âme éprise d'idéal* »[2] – la personnalité morale n'étant qu'une fiction juridique attribuée à des entités non humaines. Dans ce cadre, nous voyons mal comment de grands groupes de sociétés, dont l'objectif est la maximisation de leurs profits, puissent vouloir promouvoir des valeurs éthiques sans considération de pressions externes susceptibles de menacer leur rentabilité.

---

[1] En effet, l'intégration de la RSE au sein des PME tient davantage aux croyances et représentations du dirigeant, de sorte qu'il est difficile « *de faire la différence entre la responsabilité sociale de la petite entreprise et la responsabilité sociale de l'entrepreneur* ». (A. PARADAS, « Développement durable en petites entreprises. De la sensibilisation à l'engagement », *La Revue des Sciences de Gestion*, vol. 247-248, n°1-2, 2011, p. 129).

[2] G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, n°37.

89. C'est pourquoi si la conception d'une régulation informationnelle que nous qualifions de « directe » peut être défendue, s'exprimant par la seule intériorisation des normes éthiques qu'elle promeut, nous pensons que cette régulation ne peut fonctionner de manière autonome, mais seulement à l'appui de dispositifs externes. En d'autres termes, nous soutenons l'idée d'une régulation informationnelle indirecte, subordonnée à l'application de *mediums,* qui sont les rétributions que peuvent obtenir les entreprises si elles adoptent le comportement souhaité. Ces rétributions représentent toutes les sanctions et récompenses de nature juridique ou économique qui peuvent s'appliquer en cas de conformité ou de non-conformité à la norme sociale de conduite sous-tendue par les devoirs de transparence, comme la sanction réputationnelle[1]. L'étude de ces différentes rétributions fera dès lors partie intégrante de notre étude[2].

90. **Plan de la thèse.** – Ce positionnement nous invite à appréhender le devoir de transparence environnementale et sociale des grandes entreprises par le prisme d'une approche fonctionnelle. Le devoir de transparence sera ainsi étudié à l'aune de sa double vocation : si la fonction élémentaire de celui-ci réside dans sa finalité informative, il poursuit une fonction complémentaire, qui est celle d'une régulation des impacts de l'entreprise en matière environnementale et sociale. En d'autres termes, le devoir de transparence est tant le reflet d'une obligation « de dire » que celle d'une incitation « à faire »[3], qui pourraient toutes deux faire l'objet d'un renforcement.

91. Ainsi, si la fonction élémentaire d'information de la transparence en matière environnementale et sociale des grandes entreprises nécessite d'être améliorée (**Première**

---

[1] M. Teller observe ainsi que les informations environnementales « *ne visent pas à favoriser ou à améliorer la prise en compte de l'environnement par les émetteurs. Pourtant, cette diffusion d'informations est, par ricochet, un vecteur de progrès écologique. Soumis à l'exercice périlleux de la transparence, l'émetteur voit son image de marque exposée au grand public. Une négligence environnementale, révélée par l'investigation d'une agence de notation risque fort d'affecter l'opinion des investisseurs, et d'avoir des répercussions sur le cours de bourse... la transparence a pour corollaire la vindicte de l'investisseur* » (M. TELLER, « Les marchés financiers, régulateurs de la politique environnementale », *BJB*, 2005, n°3, p. 211).

[2] A.-S. Epstein a également développé ces rétributions externes dans sa thèse, tout en considérant que la régulation informationnelle reposait d'abord sur des « *dispositifs internes* », c'est-à-dire sur l'intériorisation de la norme sociale de conduite par les entreprises (une « *injonction au gouvernement de soi* ») : « *Alors que les auteurs ont tendance à mettre l'accent sur la surveillance extérieure, qui peut s'exercer sur les entreprises grâce aux informations qu'elles communiquent, la régulation informationnelle de l'environnement nous semble d'abord reposer sur des dispositifs internes, issus de la production des informations elles-mêmes* » (A.-S. EPSTEIN, *op. cit.,* n°489, p. 451). Nous adoptons un prisme inverse, considérant que la régulation des impacts environnementaux et sociaux provient d'abord de l'application de *mediums* externes à l'entreprise.

[3] V. V. MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés, entre contrainte et démarche volontaire », *Dr. Sociétés,* 2011, n°8, p. 7.

partie), sa fonction complémentaire de régulation exprime une ambition en construction (**Seconde partie**).

Première partie : La fonction élémentaire d'information de la transparence en matière environnementale et sociale : une amélioration nécessaire

Seconde partie : La fonction complémentaire de régulation de la transparence en matière environnementale et sociale : une ambition en construction

PREMIERE PARTIE

La fonction élémentaire d'information de la transparence en matière environnementale et sociale : une amélioration nécessaire

92. **L'importance de l'information. –** La fonction élémentaire du devoir de transparence des entreprises en matière environnementale et sociale s'inscrit dans une visée informative. L'information est plus généralement une condition nécessaire au bon fonctionnement des marchés, dont l'une des défaillances réside dans l'existence d'une asymétrie d'information[1]. En matière environnementale et sociale, la transparence fait figure d'« *élément clé de la RSE* »[2], en ce qu'elle « *permet* […] *aux parties prenantes d'évaluer avec justesse l'impact des décisions et activités de l'organisation sur leurs intérêts* »[3]. Cette exigence est alors promue par tous les instruments qui intéressent la Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE)[4].

93. **L'importance de la qualité de l'information. –** Cependant, toutes les informations communiquées par les entreprises en matière environnementale et sociale ne se valent pas : pour être utiles, celles-ci doivent répondre à certaines caractéristiques. En d'autres termes, la fonction informative du devoir de transparence des entreprises dépend de la qualité des informations communiquées, c'est-à-dire de leur capacité à répondre aux besoins des parties prenantes. L'exigence de qualité de l'information a expressément été reconnue par le législateur au sein de la loi « Grenelle I » : « *la qualité des informations sur la manière dont les sociétés prennent en compte les conséquences sociales et environnementales de leur*

---

[1] L'asymétie informationnelle correspond à la « *situation dans laquelle certaines caractéristiques d'une transaction sont connues d'une partie et ne peuvent pas, sans coût, être découverte par l'autre partie* » (V° « Asymétrie d'information, asymétrie informationnelle », *in* A. SILEM, A. GENTIER et J.-M. ALBERTINI (dir.), *Lexique d'économie*, Dalloz, 15e éd., 2018, p. 55).

[2] V. MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés, entre contrainte et démarche volontaire », *Dr. Sociétés,* 2011, n°19, p. 7.

[3] ISO 26000:2010, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale,* 4.3, p. 13.

[4] V. ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, III ; HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/4, 2011, pt. 21 ; ISO 26000:2010, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale,* 4.3, p. 13.

activité et l'accès à ces informations constituent des conditions essentielles de la bonne gouvernance des entreprises »[1].

94. **Les deux critères de la qualité de l'information. –** L'évaluation de la qualité de l'information environnementale et sociale est principalement effectuée à l'aune de deux critères. D'une part, les informations communiquées par l'entreprise doivent être pertinentes. Par la pertinence, c'est l'adaptation de l'information aux besoins des parties prenantes qui est recherchée. En effet, ces dernières « *se montrent soucieu*[ses] *de connaître, au-delà des intentions, les performances réelles des entreprises dans ces domaines, les progrès réalisés et les mesures concrètes mises en œuvre pour avancer dans la réalisation des objectifs* […] *annoncés dans les codes de conduites* »[2] et plus généralement dans tous les engagements formulés par l'entreprise en matière de RSE. Le contenu du *reporting* environnemental et social sera donc déterminant de son utilisation par les parties prenantes. Il faut néanmoins constater que l'exigence de pertinence de l'information pourrait être améliorée. D'autre part, l'utilité d'une information, même pertinente, est réduite à néant si ses destinataires ne peuvent compter sur sa fiabilité. L'information environnementale et sociale doit donc être fiable, c'est-à-dire répondant au besoin de confiance des parties prenantes. Le constat est là encore celui d'une nécessaire amélioration, les outils mis en œuvre au service de la fiabilité de l'information étant insuffisants.

95. Ainsi, la fonction informative du devoir de transparence est tributaire d'un enjeu de pertinence de l'information environnementale et sociale, qui est perfectible (Titre 1) et d'un enjeu de fiabilité qui, en l'état, est insuffisante (Titre 2).

---

[1] *L. n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement*, art. 53.
[2] B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », *in* T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN [et al.] (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007, p. 27.

Titre 1 : La pertinence perfectible de l'information

96. **L'enjeu de la pertinence. –** La pertinence des informations environnementales et sociales, entendue comme leur capacité à être adaptées au besoin informationnel des parties prenantes des entreprises, est un enjeu qui guide tous les acteurs normatifs des devoirs de transparence. C'est le cas du législateur français, qui prévoit que la déclaration de performance extra-financière contienne des informations « *pertinentes au regard des principaux risques* » identifiés en matière environnementale et sociale[1], ou de la *Global Reporting Initiative*, initiative privée de normalisation, qui recommande que les documents d'information fassent état des « *enjeux pertinents* », comme étant « *ceux qui peuvent être raisonnablement considérés comme importants, car ils couvrent les impacts économiques, environnementaux et sociaux de l'organisation ou influencent les décisions des parties prenantes* »[2].

97. **Un phénomène de corégulation. –** L'exigence de pertinence des informations environnementales et sociales est ainsi assurée par la combinaison de normes publiques et privées, de droit dur et de droit souple. C'est le propre de la RSE, qui constamment « *oscille entre réglementation, régulation et autorégulation* »[3]. Ainsi, « *l'interaction entre différentes pratiques et différents instruments* » caractériserait l'existence d'un véritable « *système de corégulation en matière de responsabilité sociales des entreprises* »[4], qui caractérise un foisonnement des foyers de production normative[5].

98. Cette corégulation implique d'abord l'action des pouvoirs publics. En fournissant un cadre juridique au devoir de transparence environnementale et sociale, par la création de

---

[1] C. Com., art. R. 225-105, II. V. *infra*, Section 1, §2.
[2] GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *GRI 101 : Principes généraux*, 2016, n°1.3, p. 10.
[3] E. MAZUYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise : identification et régulation d'un phénomène complexe », *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, La Documentation Française, 2010, p. 30.
[4] L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », *in* T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN [et al.] (dir.), *op. cit.,* p. 147.
[5] « *La régulation juridique tend aussi à se localiser et à se segmenter : l'exigence d'adaptation de la norme au concret suppose en effet la proximité de son auteur vis-à-vis des problèmes à résoudre ; la régulation est donc appelée à provenir de foyers multiples, très diversement enracinés dans la société* » (J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, p. 837).

plusieurs dispositifs de transparence, les législateurs français et européen entendent ainsi garantir la communication d'informations pertinentes par les entreprises.

99. Toutefois, les autorités publiques comptent sur l'intervention des acteurs privés pour renforcer la pertinence de celles-ci. En effet, l'adaptation du socle général posé par le législateur aux spécificités des entreprises permettrait d'accroître leur qualité. C'est pourquoi un rôle a été conféré aux acteurs privés – les entreprises et plus largement des organismes de normalisation – afin qu'ils puissent spécifier le contenu des informations au stade de la mise en œuvre des dispositifs de *reporting*.

100. **Le caractère perfectible de la pertinence**. – Bien que la pertinence de l'information fasse l'objet de multiples règles et mobilisent de nombreux acteurs, elle demeure perfectible aussi bien au plan du socle général, qui mérite d'être plus étendu, qu'au stade de sa mise en œuvre, qui apparaît disparate. Sans doute pourra-t-on objecter que la *Corporate Sustainability Reporting Directive*[1] prétend justement combler ces lacunes. Il n'en demeure pas moins que, au moment où ces lignes sont écrites, le dispositif n'est pas encore transposé dans les droits internes. La perspective de la transposition sera l'occasion de discussions au cours desquelles le domaine du socle général comme l'harmonisation de la mise en œuvre par les entreprises tiendront un rôle central.

101. Ainsi, la pertinence de l'information environnementale et sociale apparaît perfectible en raison d'un socle général insuffisamment étendu (chapitre 1) et d'une mise en œuvre insuffisamment harmonisée (chapitre 2).

[1] *Dir. 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises.*

Chapitre 1 : Un socle général insuffisamment étendu

102. **La déclaration de performance extra-financière. –** La pertinence des informations environnementales et sociales communiquées est largement tributaire de leur encadrement juridique. Les acteurs publics ont élaboré une panoplie d'obligations d'information sur ces sujets, qui revêtent des portées différentes. Trois dispositifs se détachent, en ce qu'ils relèvent davantage d'une démarche de RSE que d'obligations d'information sur des points très précis en matière environnementale ou sociale. L'appréhension juridique de la RSE à travers les devoirs de transparence a d'abord donné lieu à un dispositif[1] transversal, dénommé « *déclaration de performance extra-financière* »[2] dont les prémices ont été posés par la loi « NRE » de 2001[3]. Ce dispositif juridique tient donc lieu d'outil principal du *reporting* environnemental et social – souvent, la référence à ce *reporting* renvoie à la seule déclaration de performance extra-financière. En effet, son contenu est transversal, couvrant la plupart des thématiques environnementales et sociales liées à l'activité des entreprises. Toutefois, son champ d'application est perfectible, étant notamment limité aux sociétés d'une certaine taille.

103. **Le plan de vigilance. –** A côté de ce dispositif, les pouvoirs publics ont élaboré d'autres obligations d'information à destination des entreprises, consacrées à des enjeux environnementaux ou sociaux délimités. C'est le cas du plan de vigilance, instauré dans le cadre de la consécration en 2017 d'un devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre à l'égard de leurs filiales et partenaires commerciaux[4]. L'étendue de ce dispositif est retreinte à deux points de vue. D'une part, il est applicable aux très grandes sociétés, c'est-à-dire, comme nous le verrons, celles qui emploient plus de 5 000 ou 10 000 salariés selon le cas[5]. D'autre part, il est limité aux seules « *atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que*

---

[1] Dans le cadre de cette partie, le dispositif est entendu comme l'« *ensemble d'éléments agencés en vue d'un but précis* ». Il renvoie donc à l'acte législatif qui crée l'obligation d'information, mais également les éventuels actes réglementaires et instruments normatifs privés qui concourent à son encadrement. V° « dispositif » *in Trésor de la langue française informatisé*, Université de Lorraine et CNRS, [http://www.atilf.fr/tlfi], A.

[2] C. Com., art. L. 225-102-1.

[3] *L. n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques*, art. 116. V. *supra* Introduction, §2.

[4] C. Com., art. L. 225-102-4, créé par *L. n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

[5] V. *infra* Section 2, §1, B.

l'environnement ». Son contenu est donc plus ciblé que celui de la déclaration de performance extra-financière.

104. **Le rapport sur le gouvernement d'entreprise. –** Enfin, il convient de mentionner le rapport sur le gouvernement d'entreprise[1], qui fera l'objet d'une étude succincte, car recouvrant seulement partiellement les thématiques de la RSE.

105. Ainsi, le socle général de la transparence environnementale et sociale est composé de la déclaration de performance extra-financière, qui tient lieu de dispositif transversal (section 1) et du plan de vigilance et du rapport sur le gouvernement d'entreprise, deux dispositifs d'information ciblés (section 2).

[1] C. Com., art. L. 225-37 et L. 225-68.

Section 1. Un dispositif d'information transversal : la déclaration de performance extra-financière

106. La déclaration de performance extra-financière – qui sera peut-être renommée à la suite de la transposition de la *Corporate Sustainability Reporting Directive*[1] – constitue le dispositif transversal des devoirs d'information en matière environnementale et sociale, car elle a vocation à couvrir la plupart des enjeux relevant de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE).

107. Après avoir exposé le périmètre de la déclaration de performance extra-financière (§1), nous en étudierons le contenu de l'information à communiquer par les entreprises (§2).

§1. Le périmètre de la déclaration de performance extra-financière

108. La déclaration de performance extra-financière est applicable aux sociétés d'une certaine taille et ayant adopté une certaine forme sociale. En cas de groupe de sociétés, les entreprises concernées par la déclaration de performance extra-financière peuvent être nombreuses. C'est pourquoi l'entreprise mère assujettie à la déclaration de performance extra-financière doit intégrer les informations environnementales relatives à ses filiales, par application du principe de consolidation de la déclaration.

109. Le périmètre de la déclaration de performance extra-financière comporte deux niveaux, puisque s'il intéresse prioritairement les entreprises répondant aux conditions de son champ d'application (A), il concerne plus globalement, en raison du mécanisme de consolidation, toutes les entreprises comprises dans le groupe de sociétés (B).

[1] V. *supra* Introduction, §1, B, 3.

A. Le champ d'application de la déclaration de performance extra-financière

110. Le champ d'application de droit commun de la déclaration de performance extra-financière est défini à l'aide de critères d'application retenus par le législateur (1). En revanche, l'impact réel de l'entreprise en matière environnementale et sociale est indifférent s'agissant de la détermination du périmètre d'application de ce dispositif (2).

1. Les critères d'application retenus

111. Trois critères sont retenus pour déterminer l'assujettissement d'une société à l'obligation d'établir une déclaration de performance extra-financière : un critère territorial (a), un critère lié à la forme sociale (b), ainsi qu'un critère lié à la taille de la société (c).

a. Un critère territorial

112. **Localisation du siège social. –** L'obligation d'établir une déclaration de performance extra-financière est applicable uniquement aux sociétés dont le siège social est situé en France. En effet, l'obligation d'établir une déclaration de performance extra-financière figure dans le Code de commerce ; or, seules les sociétés dont le siège social est situé sur le territoire français sont soumises à ses dispositions[1]. Ainsi, des sociétés étrangères qui poursuivraient une activité économique en France ne seraient pas soumises au dispositif de droit français. Cette exigence d'un rattachement territorial peut alors paraître incohérente en ce qu'elle ne correspond pas toujours au lieu réel d'exercice de l'activité des entreprises. Le hiatus entre le droit applicable aux sociétés, qui découle du lieu de leur siège social, et le lieu réel d'exercice de leur activité ne permet pas de satisfaire pleinement l'objectif de transparence des entreprises dont les activités se déroulent pour partie sur le territoire français et qui emploient des salariés dans des établissements situés en France. Cette inadéquation est d'autant plus patente s'agissant de quelques sociétés du CAC 40 qui ne sont pas assujetties au dispositif français de déclaration de performance extra-financière en raison de la localisation de leur siège social et qui sont pourtant censées représenter un pan important de l'économie française.

[1] C. Com., art. L. 210-3, al. 1.

Certes, ces sociétés disposent d'un siège social dans un État de l'Union européenne, de sorte qu'elles sont soumises à une obligation de publication d'informations non financières – les États membres devant se doter d'un tel dispositif depuis la directive du 22 octobre 2014[1]. Cet impératif de coordination a d'ailleurs été soulevé par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne dans le préambule de la directive du 22 octobre 2014 :

> « *la coordination des dispositions nationales relatives à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises est importante pour les intérêts tant des entreprises que des actionnaires et des autres parties prenantes. Une coordination dans ces domaines est nécessaire, car la plupart de ces sociétés exercent leurs activités dans plus d'un État membre* »[2].

113. Il n'en demeure pas moins que le contenu du rapport RSE d'une société cotée au CAC 40, dont le siège social est situé dans un autre pays de l'Union, pourra potentiellement différer de celui d'une autre société du CAC 40 située en France, en vertu de la marge de manœuvre offerte par la directive, alors même que ses activités se déroulent sur le territoire français.

114. **L'intégration des sociétés situées hors de l'Union européenne par la *Corporate Sustainability Reporting Directive*. –** L'entrée en vigueur de la directive *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) devrait néanmoins répondre à cette difficulté car les institutions de l'Union européenne considèrent que « *les entreprises de pays tiers qui exercent une activité importante sur le territoire de l'Union devraient également être tenues de fournir des informations en matière de durabilité* » afin qu'elles puissent « *répond*[re] *de leurs incidences sur la population et l'environnement et que les entreprises exerçant leurs activités dans le marché intérieur bénéficient de conditions de concurrence équitables* »[3]. Le *reporting* durable visera prochainement toutes les grandes entreprises dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé de l'Union européenne[4]. En effet,

---

[1] *Dir. 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.*
[2] *Id.*, cons. 4.
[3] *Dir. 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, cons. 20.
[4] *Id.*, art. 1er, 14).

l'exigence du *reporting* durable s'appliquera indifféremment aux sociétés des États membres de l'Union européenne et aux sociétés de pays tiers, dès lors qu'elles sont cotées sur un marché de l'Union européenne et qu'elles dépassent certains seuils. Il est même prévu que des sociétés issues de pays tiers qui ne seraient pas cotées sur un marché de l'Union européenne, mais qui disposent d'une filiale ou d'une succursale en leur sein, soient soumises au dispositif dès lors que leur chiffre d'affaires excède un certain montant – seuil encore plus élevé que pour les sociétés cotées[1]. Néanmoins, la CSRD prévoit que les sociétés non européennes soient soumises à une obligation de *reporting* durable allégée[2]. La transposition de la directive en droit français devra donc permettre l'intégration de sociétés étrangères cotées sur les marchés réglementés français ou de sociétés étrangères qui font état d'une activité importante sur le territoire français *via* une filiale ou succursale. Aujourd'hui nécessaire, la condition liée à la localisation du siège social deviendra donc prochainement un critère d'application indifférent. Une telle extension du champ d'application à des sociétés étrangères à l'Union européenne dénote une « *extraterritorialité très profonde* » mais permet de « *rétablir une égalité de concurrence* »[3].

115. Le critère territorial, qu'il faut donc relativiser compte tenu de la transposition prochaine de la directive CSRD, est accompagné d'un critère lié à la forme de la société.

b. Un critère lié à la forme de la société

116. **Les formes de sociétés visées. –** Tous les types de sociétés ne sont pas soumis à la déclaration de performance extra-financière : il est fait application d'un critère relatif à la forme sociale. Les formes de sociétés assujetties à l'établissement d'une déclaration de

[1] Les sociétés issues de pays tiers à l'Union qui disposent d'une filiale ou d'une succursale au sein de l'Union et qui réalisent un chiffre d'affaires de plus de 150 millions d'euros doivent fournir des informations en matière de durabilité. Néanmoins, les sociétés qui disposent d'une « petite » filiale ou succursale ne sont pas concernées par cette exigence. En effet, la filiale doit être cotée sur un marché réglementé de l'Union européenne (et ne pas être une microentreprise) et la succursale doit générer un chiffre d'affaires d'au moins 40 millions d'euros sur le territoire de l'Union. V. *id.*, art. 1er, 14).

[2] Elles doivent fournir toutes les informations requises en matière de durabilité, sauf celles qui ont trait aux risques et opportunités. Autrement dit, leur obligation d'information est cantonnée aux informations descriptives et rétrospectives (qui sont de toutes façons les plus nombreuses). Les informations plus analytiques, qui supposent d'anticiper les risques et opportunités « *liés aux questions de durabilité* », ne sont pas exigées (*id.*, art. 1er, 14).

[3] SENAT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux entreprises par la mission de suivi relative à la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) par Mmes Martine Berthet, Florence Blatrix Contat et M. Jacques Le Nay*, 27 oct. 2022, p. 103.

performance extra-financière sont les sociétés anonymes[1], ainsi que, par renvoi, les sociétés en commandite par actions[2] et les sociétés européennes dont le siège social est situé en France[3]. Depuis 2017, sont également assujetties à cette obligation les sociétés en nom collectif dont les parts sont détenues en totalité par des sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés à responsabilité limitée ou sociétés par actions simplifiées[4]. Cette même année, ont également été intégrées dans le champ d'application de la déclaration les sociétés coopératives[5] et plusieurs entités ne relevant pas du secteur industriel ou commercial, comme certains établissements de crédit et sociétés de financement[6], sociétés d'assurance[7], mutuelles[8], institutions de prévoyance[9] et coopératives agricoles[10].

117. **Exemption de certaines formes sociales. –** L'article L. 227-1 du Code de commerce exempte expressément les sociétés par actions simplifiées de l'obligation d'établir une déclaration de performance extra-financière. La raison de cette exclusion tient au fait que les sociétés par actions simplifiées constituent souvent le cadre juridique d'entreprises de taille moyenne, ce qui justifie un allègement de leurs obligations[11]. De même, les sociétés à responsabilité limitée (SARL), ainsi que les sociétés en nom collectif (SNC) détenues par des personnes physiques, ne sont pas soumises à la déclaration de performance extra-financière[12]. Cette exemption est contestable puisqu'elle peut aboutir à une situation dans laquelle, parmi plusieurs sociétés qui dépasseraient les seuils fixés, toutes ne seraient pas assujetties à la même obligation selon la forme sociale qui a été choisie par leurs associés, ce qui peut aboutir

---

[1] L'article L. 225-102-1 du Code de commerce est situé dans le chapitre consacré aux sociétés anonymes.
[2] C. Com., art. L. 226-1, al. 2.
[3] C. Com., art. L. 229-8.
[4] C. Com., art. L. 221-7, al. 4, modifié par *Ord. n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises,* art. 2.
[5] *L. n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération*, art. 8, modifié par l'*Ord. n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises*, art. 13.
[6] C. mon. fi., art. L. 511-35, al. 2.
[7] C. ass., art. L. 310-1-1-1.
[8] C. mut., art. L. 114-17.
[9] C. séc. soc., art. L. 931-7-3.
[10] C. rur., art. L. 524-2-1.
[11] Sur l'allègement des contraintes pesant sur les SAS, v. J. PAILLUSSEAU [et al.], « La SAS : une nouvelle structure pour les PME et les personnes physiques », *JCP E,* 2002, 458.
[12] Toutes ces formes sociales sont néanmoins visées si elles sont des établissements de crédit, des sociétés de financement, des entreprises d'investissement.

à une situation d'inégalité entre plusieurs entreprises[1]. La pertinence du choix opéré par le législateur d'exempter ces sociétés cède alors face à l'artificialité du lien créé entre la forme sociale adoptée par l'entreprise et ses incidences en matière environnementale et sociale[2]. En effet, il existe quelques SAS, SARL et SNC qui remplissent les autres conditions d'application[3].

118. **Proposition d'une intégration de toutes les formes sociales. –** Pour ces raisons, il nous semble que toutes les formes sociales devraient entrer dans le champ d'application de la déclaration de performance extra-financière – ou du rapport de durabilité, selon la nouvelle terminologie européenne – à l'occasion de la transposition de la *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD), qui n'opère pas de distinction fondée sur la forme sociale[4].

119. Ces critères relatifs à la localisation du siège social et à la forme sociale sont complétés par un critère lié à la taille de la société.

c. Un critère lié à la taille de la société

120. La taille de la société constitue un critère d'application de la déclaration de la performance extra-financière, en raison du lien entre la taille de l'entreprise et l'importance de ses impacts environnementaux et sociaux. Si les grandes entreprises constituent les cibles

---

[1] Cette exemption n'était d'ailleurs pas prévue dans le projet de décret, mais a été décidée au moment de l'adoption de l'ordonnance. V. B. PARANCE, « La déclaration de performance extra-financière, nouvelle ambition du reporting extra-financier - À propos de l'ordonnance du 19 juillet 2017 de transposition de la directive Barnier du 22 octobre 2014 », *JCP G*, 2017, 1150, p. 1976.

[2] Sur ce constat, v. notamment N. CUZACQ, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. Sociétés,* 2018, n°14, p. 347. Outre cette exemption de certains types de sociétés commerciales, l'absence d'obligation d'établir une déclaration de performance extra-financière pour les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) est contestée au regard du mouvement d'extension de la RSE qui aurait vocation à devenir une Responsabilité Sociétale des Organisations (RSO), intégrant les entités publiques, à l'instar de ce que recommande la norme ISO 26000 (Sur cette mutation, v. C. RUWET, « Faut-il supprimer le "E" de RSE ? Enjeux politiques d'un débat terminologique », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2009/4, p. 109). L'exclusion des EPIC du champ d'application de la déclaration de performance extra-financière – et de celui du plan de vigilance – est d'autant plus discutable que le plan anti-corruption de la loi Sapin II les intègre dans son champ d'application (*L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, art. 17, I, 1° ; v. D. GALLOIS-COCHET, « Le périmètre du devoir de vigilance », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, n°6, p. 47).

[3] V. ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information n°5124 par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, 24 fév. 2022, p. 46 et s.

[4] *Dir. 2022/2464* préc.

privilégiées du *reporting* extra-financier (i), les petites et moyennes entreprises en constituent une cible en devenir (ii).

i. Les grandes entreprises, cibles privilégiées

121. **Seuils d'application. –** Si toutes les sociétés sont assujetties à une obligation d'information financière, par le biais du dépôt des comptes financiers annuels au greffe du Tribunal de commerce[1], seules les plus grandes d'entre elles sont soumises à l'établissement d'une déclaration de performance extra-financière. Actuellement, trois seuils sont fixés au niveau réglementaire, relatifs au nombre de salariés, au chiffre d'affaires et au total de bilan de la société. Si la société est cotée sur un marché réglementé, ces seuils sont dédoublés[2]. Pour les sociétés cotées, les seuils sont de 20 millions d'euros de total bilan ou 40 millions d'euros de chiffre d'affaires hors taxe et un nombre moyen d'au moins 500 salariés permanents employés au cours de l'exercice[3]. Pour les sociétés non cotées, si le seuil de salariés reste le même (500 salariés permanents employés au cours de l'exercice), les seuils financiers sont relevés : seront assujetties les sociétés non cotées faisant état d'un total bilan ou d'un chiffre d'affaires hors taxe de 100 millions d'euros[4].

122. **L'abaissement des seuils par la CSRD. –** L'adoption de la CSRD[5] a été l'occasion pour les institutions de l'Union européenne d'élargir le champ d'application du *reporting* en matière de durabilité : si la directive de 2014[6] intéressait environ 11 000 entreprises, la CSRD

[1] C. Com., art. L. 232-21 et s.
[2] C. Com., art. L. 225-102-1, I.
[3] C. Com., art. R. 22-10-29. S'agissant du nombre de salariés, cet article renvoie à l'article D. 210-21 du Code de commerce, qui précise que « *Les catégories de personnes incluses dans l'effectif de salariés permanents mentionné au présent livre, sont les salariés à temps plein, titulaires d'un contrat à durée indéterminée* ». Le calcul du seuil de salariés semble être délicat en pratique : la Commission des études juridiques de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes (CNCC) est en train de « *préciser les modalités de calcul de ce nombre* » (COMPAGNIE NATIONALE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES, *Avis technique : intervention du commissaire aux comptes – intervention de l'OTI. Déclaration de performance extra-financière*, 2020, p. 8). G. J. Martin constate, à propos du seuil de 500 salariés, « *qu'une fois de plus les industries de main-d'œuvre seront pénalisées au profit de celles qui créent peu d'emplois, à l'heure où notre pays souffre d'un taux de chômage élevé* » (G. J. MARTIN, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Rev. Sociétés*, 2011, n°10, p. 75).
[4] C. Com., art. R. 225-104.
[5] *Dir. 2022/2464* préc.
[6] *Dir. 2014/95/UE* préc.

devrait concerner 50 000 entreprises[1]. Cet élargissement est d'abord dû à un abaissement des seuils. Toutes les entreprises qui atteignent deux des trois seuils suivants entreront dans son champ d'application : 250 salariés, 40 millions d'euros de chiffre d'affaires hors taxe et un total bilan de 20 millions d'euros[2].

123. **L'intégration des sociétés non cotées au champ d'application. –** La directive de 2014 donnait aux États la possibilité d'exonérer les sociétés non cotées de l'obligation de *reporting* extra-financier[3] ; ce n'est cependant pas le choix qui a été opéré par le législateur français lors de la transposition de la directive. Il a en effet décidé d'assujettir les grandes sociétés non cotées au champ d'application. En contrepartie, les sociétés cotées ne dépassant pas les seuils cités ont été exemptées de toute publication par la réforme de 2017 transposant la directive[4]. L'on est passé d'un système applicable uniquement à toutes les sociétés cotées à un système applicable aux sociétés cotées comme non cotées, dès lors qu'elles dépassent certains seuils. L'intégration des sociétés cotées au dispositif est bienvenue. En effet, le fait qu'une société ne soit pas cotée n'est pas de nature à diminuer le risque que son activité génère des impacts environnementaux et sociaux :

> « *Le secteur de la grande distribution permet d'illustrer l'insuffisance du critère de la cotation. En effet, l'entreprise Auchan n'est pas cotée contrairement à ses concurrents Carrefour ou Casino. Qui peut sérieusement prétendre que l'activité de la première a des conséquences sociétales moindres que celles des deux autres ?* » [5].

124. Toutefois, l'inclusion des sociétés non cotées ne signifie pas que les règles sont les mêmes pour toutes les sociétés, qu'elles soient cotées ou non. En plus de montants de seuils

---

[1] PARLEMENT EUROPÉEN, « Sustainable economy : Parliament adopts new reporting rules for multinationals », 10 nov. 2022, [https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20221107IPR49611/sustainable-economy-parliament-adopts-new-reporting-rules-for-multinationals].

[2] Ainsi, le seuil relatif aux salariés ne devra plus nécessairement être atteint. Une société qui atteindrait les seuils de chiffre d'affaires et de total bilan sans dépasser celui du nombre de salariés sera soumise au dispositif de transparence. S'agissant du montant des seuils, la directive renvoie à la *Dir. 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil* (art. 3-7).

[3] *Dir. 2014/95/UE* préc., art. 1er, 2, c.

[4] *Ord. n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises,* art 1er.

[5] N. CUZACQ, « Plaidoyer en faveur d'un audit sociétal légal », *RIDE,* 2008/1, t. XXII, n°12, p. 42. V. *contra*, considérant que les exigences de transparence comme de gouvernance constituent la contrepartie de l'offre de titres financiers au public, P.-L. PERIN, « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint », *RTD com.*, 2015, p. 215.

différents, le contenu de la déclaration varie selon le mode de financement de la société puisque les sociétés cotées devront fournir des informations supplémentaires[1]. La persistance de ces différences ne paraît pas nécessaire – le mode de financement d'une société n'étant pas nécessairement représentatif de son impact en matière environnementale et sociale.

125. **L'harmonisation entre grandes sociétés cotées et non cotées prévue par la CSRD. –** La transposition de la CSRD devrait être l'occasion de revenir sur cette différenciation entre sociétés cotées et non cotées, car la directive ne distingue pas le contenu de l'obligation d'information selon le mode de financement de la société. Seule importe la taille de la société : dès lors que la société atteint les seuils, elle est soumise au *reporting* durable, que ses titres soient admis ou non à la négociation sur un marché réglementé. De plus, la CSRD prévoit la possibilité pour les États membres de soumettre au dispositif de transparence durable les établissements de crédit et entreprises d'assurance[2].

126. Les grandes entreprises constituent la cible privilégiée de l'obligation d'information en matière extra-financière. Toutefois, les petites et moyennes entreprises restent exemptes d'une telle obligation. Il semblerait qu'elles constituent alors les cibles en devenir du devoir de transparence environnementale et sociale.

ii. Les petites et moyennes entreprises, cibles en devenir

127. **L'exclusion initiale des petites et moyennes entreprises (PME). –** La fixation de seuils élevés dans le Code de commerce exclut du champ d'application de la déclaration de performance extra-financière les petites et moyennes entreprises, dans un objectif d'allègement des obligations de ce type d'entreprises[3]. L'exclusion des PME du dispositif de transparence était jusqu'alors conforme aux orientations de l'Union européenne, qui

---

[1] V. *infra* §2.
[2] *Dir. 2022/2464* préc., art. 1er, 1) et cons. 27.
[3] Ainsi, la réforme de 2017 a été l'occasion d'exempter du dispositif les PME cotées (qui, auparavant, étaient assujetties à l'obligation d'information environnementale et sociale du seul fait de leur mode de financement) : « *les petites et moyennes sociétés cotées ne sont plus soumises à ce dispositif, ce qui constitue une importante mesure de simplification* » (CONSEIL DES MINISTRES, *Compte-rendu. Publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises*, 19 juillet 2017, [https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-07-19/publication-d-informations-non-financieres-par-certaines-gra]).

souhaitait éviter « *une surcharge administrative inutile* » à leur égard[1]. Si cette exclusion peut paraître contestable en raison des potentiels impacts environnementaux et sociaux de ces entreprises[2], elle semble justifiée d'un point de vue pragmatique puisqu'« *alors qu'en grande entreprise le discours sur la contribution de l'organisation au développement durable est devenu omniprésent, voire formaté, dans les petites, la prise de conscience même de ces enjeux et leur intégration dans les orientations stratégiques diffèrent fortement d'une organisation à l'autre* »[3]. Il est donc beaucoup plus difficile d'imposer un tel devoir de transparence à des entreprises de taille modeste, puisqu'une partie d'entre elles est totalement étrangère à ces démarches de RSE et qu'elles disposent de moyens matériels et humains moins importants. Pour l'heure, la transparence de ces entreprises est laissée à la discrétion de leurs organes sociaux, dans une conception volontariste de la RSE.

128. **Une obligation intermédiaire pour les moyennes entreprises. –** Afin d'atténuer l'effet de seuil causé par l'application des critères chiffrés du nombre de salariés, du total de bilan et du montant de chiffre d'affaires[4], le législateur soumet les moyennes entreprises à une obligation intermédiaire de transparence en matière extra-financière. Les sociétés concernées sont celles qui, n'atteignant pas les seuils fixés pour la déclaration de performance extra-financière, ne sont pas pour autant considérées comme des « *petites entreprises* », lesquelles sont dispensées de l'établissement d'un rapport de gestion[5]. Pour ces sociétés de taille

---

[1] *Dir. 2014/95/UE* préc., cons. 8. Cet impératif s'inscrit également dans les orientations politiques formulées par le Conseil européen : « *Dans ses conclusions des 24 et 25 mars 2011, le Conseil européen a demandé que les contraintes réglementaires globales, en particulier celles qui pèsent sur les PME, soient réduites tant au niveau européen qu'au niveau national, et a proposé des mesures destinées à renforcer la productivité, tandis que la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive vise à améliorer l'environnement des PME et à promouvoir leur internationalisation. Ainsi, conformément au principe "priorité aux PME"*, les nouvelles *exigences en matière de publicité ne devraient s'appliquer qu'à certaines grandes entreprises et à certains groupes* » (*id.*, cons. 13).

[2] « *Si l'on considère* […] *que les conditions de travail sont souvent plus difficiles dans les petites entreprises, il est dommage que ces dernières soient exclues de l'obligation de* reporting » (S. LAULOM, « Loi NRE et lois Grenelle I et II », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 297).

[3] J.-M. COURRENT, « PME et RSE », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *op. cit.*, p. 370.

[4] G. J. Martin déplore l'effet potentiellement pervers de la fixation de seuils : « *On sait combien certaines entreprises usent de tous les stratagèmes pour rester en dessous des seuils qui font naître une obligation nouvelle* » (G. J. MARTIN, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Rev. Sociétés*, 2011, n°10, p. 75).

[5] « *Sont dispensées de l'obligation d'établir un rapport de gestion les sociétés commerciales qui sont des petites entreprises au sens de l'article L. 123-16* » (C. Com., art. L. 232-1, IV). Cet article, renvoyant à l'article D. 123-200 du Code de commerce, définit les petites entreprises comme des commerçants, personnes physiques ou morales, qui ne dépassent pas deux des trois seuils suivants : un total du bilan de 6 000 000 euros, un montant net du chiffre d'affaires de 12 000 000 euros et un nombre moyen de salariés employés au cours de l'exercice de

moyenne, il est ainsi prévu que le rapport de gestion contienne, « *dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation de la société, des indicateurs clefs de performance de nature financière et, le cas échéant, de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel* »[1]. Si cette obligation d'information allégée vise plusieurs formes sociales[2], il faut remarquer que les SAS ne sont toujours pas visées par cette disposition. Cette exemption à l'endroit des SAS est discutable au regard du faible niveau d'exigence de cette obligation, qui invite simplement les moyennes entreprises à indiquer dans leur rapport de gestion quelques indicateurs de nature extra-financière. L'exclusion des SAS est d'autant plus étonnante qu'il est expressément prévu que les sociétés à responsabilité limitée – se situant entre les seuils maximaux de la « petite entreprise » et les seuils minimaux de la déclaration de performance extra-financière – doivent faire figurer cette information dans leur rapport de gestion[3]. Enfin, pour les sociétés anonymes cotées qui se situeraient en dessous des seuils de la déclaration de performance extra-financière, une information supplémentaire est prévue : le rapport doit également comprendre « *des indications sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique et la présentation des mesures que prend l'entreprise pour les réduire en mettant en œuvre une stratégie bas-carbone dans toutes les composantes de son activité* »[4].

129. **L'intégration des PME cotées par la CSRD. –** L'exemption des PME du dispositif de transparence en matière environnementale et sociale va trouver son terme au fur et à mesure de l'entrée en vigueur progressive de la CSRD. Plus précisément, la publication

---

50. Néanmoins, « *Cette dispense n'est pas applicable aux sociétés appartenant à l'une des catégories définies à l'article L. 123-16-2 ou dont l'activité consiste à gérer des titres de participations ou des valeurs mobilières* » (C. Com., art. L. 232-1, IV) ; autrement dit, l'exemption ne concernera pas les sociétés qui ne dépassent pas ces seuils mais dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé et celles évoluant dans le secteur financier ou dans celui des assurances (établissements de crédit, sociétés de financement, prestataires de services de paiement, entreprises d'assurance ou de réassurance, fonds et institutions de retraite professionnelle supplémentaire, mutuelles et leurs unions, organismes de sécurité sociale, institutions de prévoyance et leurs unions).

[1] C. Com., art. L. 225-100-1, I, 2°.

[2] L'article L. 225-100-1 du Code de commerce est situé dans le chapitre consacré aux sociétés anonymes. Par renvoi, plusieurs formes sociales sont également visées : pour les sociétés en commandite par actions, v. C. Com., art. L. 226-1 ; pour les sociétés européennes dont le siège social est situé en France, v. L. 229-8 ; pour les sociétés en nom collectif dont les parts sont détenues en totalité par des sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions, sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés par actions simplifiées, v. C. Com., art. L. 221-7.

[3] C. Com., art. L. 223-26, al. 6.

[4] C. Com., art. L. 22-10-35.

d'informations en matière de durabilité deviendra une obligation pour toutes « *les grandes entreprises et les petites et moyennes entreprises, à l'exception des microentreprises, qui sont des entités d'intérêt public* »[1], c'est-à-dire pour les sociétés cotées[2]. Les PME visées sont donc des sociétés cotées dont le siège social est situé sur le territoire d'un État membre et qui remplissent au moins deux des trois conditions suivantes : un nombre de salariés compris entre 10 et 250 ; un chiffre d'affaires compris entre 700 000 et 40 000 000 d'euros ; un total de bilan compris entre 350 000 et 20 000 000 d'euros[3]. Néanmoins, les PME cotées sont soumises à une obligation d'information allégée par rapport aux grandes entreprises : le contenu de leur rapport sera régi par des normes simplifiées, en réponse aux revendications de ces entreprises qui redoutent la charge induite par une telle obligation de *reporting*[4].

130. **Des délais de mise en conformité différés par la CSRD. –** En définitive, si la CSRD élargit le champ d'application du *reporting* durable en incluant les PME cotées et les sociétés étrangères, elle prévoit des délais de mise en conformité différés, afin de permettre à ces entreprises de se préparer à cette nouvelle obligation[5]. Les États membres devront transposer les nouvelles dispositions de la directive dès 2024 s'agissant des sociétés déjà visées par la directive NFRD de 2014. Les États membres devront soumettre les entreprises entrant dans le nouveau champ d'application en raison de l'abaissement des seuils à partir des exercices ouverts au 1er janvier 2025. Les PME cotées devront être assujetties à ce nouveau *reporting* de durabilité à compter des exercices ouverts le 1er janvier 2026. Un délai d'adaptation est toutefois accordé à ces PME cotées, qui pourront décider jusqu'en 2028 de ne pas renseigner

---

[1] *Dir. 2022/2464* préc., art. 1er, 4).

[2] La directive renvoie à la directive « comptable » qui définit les entités d'intérêt public comme les entreprises « *régies par le droit d'un État membre et dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé d'un État membre* » (*Dir. 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil*, art. 2, 1), a)).

[3] *Id.*, art. 3.

[4] L'assujettissement des PME au *reporting* durable a été l'un des points cruciaux débattus lors des discussions précédant l'adoption de la directive : « *plusieurs délégations ont souhaité exclure l'ensemble des PME du champ d'application. D'autres délégations ont demandé d'encadrer davantage le contenu des obligations en ce qui concerne la publication d'informations demandées aux PME (normes simplifiées), aussi bien dans le cadre du reporting obligatoire des PME cotées que dans le cadre du reporting volontaire des autres PME. La présidence a renforcé la possibilité pour les PME de limiter les informations à fournir (à l'exclusion des PME qui sont également maison mère de grandes entreprises)* » (CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, *Orientation générale. Directive modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, 18 fév. 2022*, 6292/22, p. 4).

[5] *Dir. 2022/2464* préc., art. 5.

ces informations en « *indiqu*[ant] […] *brièvement dans* [leur] *rapport de gestion les raisons pour lesquelles les informations en matière de durabilité n'ont pas été fournies* »[1]. Enfin, les États membres devront faire en sorte de se conformer à la directive s'agissant des entreprises de pays tiers qui ont une activité importante sur le territoire de l'Union européenne *via* une filiale ou une succursale à partir des exercices ouverts au 1er janvier 2028. A l'issue de cette période de mise en conformité différée, il nous semble que l'assujettissement des moyennes entreprises[2] non cotées pourrait être envisagé[3], éventuellement en appliquant « *un principe de proportionnalité du contenu des informations extra-financières demandées, en fonction de la taille et des moyens de l'entreprise* »[4].

131. En définitive, le champ d'application de la déclaration de performance extra-financière est composé de trois critères, tenant à la localisation de la société, à sa forme sociale et à sa taille. En revanche, l'impact réel de l'entreprise en matière environnementale et sociale est un critère indifférent pour déterminer le périmètre des sociétés soumises à ce dispositif.

2. L'impact réel de l'entreprise, un critère d'application indifférent

132. Si l'indifférence de l'impact réel de l'entreprise en matière environnementale et sociale paraît contestable (a), elle sera sans doute atténuée par la transposition prochaine de la *Corporate Sustainability Reporting Directive* (b).

---

[1] *Id.*, art. 1er, 4), 7. Sur ce mécanisme, appelé « *report or explain* », v. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

[2] Une moyenne entreprise remplit au moins deux des trois conditions suivantes : un total du bilan compris entre 4 000 000 et 20 000 000 euros ; un chiffre d'affaires net compris entre 8 000 000 et 40 000 000 euros ; un nombre moyen de salariés au cours de l'exercice compris entre 50 et 250 (*Dir. 2013/34/UE* préc., art. 3, 3).

[3] V. également D. MONCIARDINI et J. MÄHÖNEN, « Goodbye, non-financial reporting ! A first look at the UE proposal for corporate sustainibility reporting », *University of Oslo, The faculty of Law,* 26 avr. 2021, [https://www.jus.uio.no/english/research/areas/sustainabilitylaw/blog/companies-markets-and-sustainability/2021/goodbye-non-financial-reporting--monciardini-mahonen.html] : « *However, only listed small and medium-sized enterprises (SMEs) are included in the proposal. This is a major flaw in the proposal as the negative social and environmental impacts of some SMEs' activities can be very substantial* ». V. *contra* HAUT COMITE JURIDIQUE DE LA PLACE FINANCIERE DE PARIS, *Rapport sur les dispositifs de transparence extra-financière des sociétés*, 2022, p. 7 : « *l'application de normes en matière de durabilité devrait rester purement volontaire s'agissant des PME non cotées* ».

[4] SENAT, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux entreprises par la mission de suivi relative à la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) par Mmes Martine Berthet, Florence Blatrix Contat et M. Jacques Le Nay*, 27 oct. 2022, p. 9.

a. Le caractère contestable de l'indifférence de l'impact réel de l'entreprise

133. **Indifférence de la nature de l'activité de l'entreprise. –** Le champ d'application de la déclaration de performance extra-financière est indifférent à la nature de l'activité de l'entreprise. Le législateur a fait le choix d'appliquer un critère relatif à la taille de l'entreprise, sans doute en raison de sa nature chiffrée, qui est source de simplicité pour les entreprises – le système de seuils étant utilisé pour d'autres dispositifs[1] – et en raison de son caractère égalitaire – ce système plaçant les entreprises sur un pied d'égalité en dépit de leurs spécificités. De plus, il est certain que les grandes entreprises sont celles dont les incidences environnementales et sociales sont les plus importantes[2]. Néanmoins, l'inadaptation de ces critères chiffrés peut apparaître au regard de la situation des entreprises de taille intermédiaire notamment[3]. En plus de causer un « effet de seuil », car les entreprises placées juste en-dessous des seuils échappent au dispositif, de tels critères chiffrés enferment le champ d'application de la déclaration de performance extra-financière dans une logique peu compatible avec la nature de la RSE, qui vise à la prise en compte des impacts environnementaux et sociaux réels de l'entreprise[4]. Ainsi, une société dont l'activité est polluante mais qui n'atteint pas les seuils n'est pas assujettie au dispositif de *reporting,* tandis qu'une entreprise de taille plus importante menant une activité moins polluante doit publier une déclaration de performance extra-financière[5]. L'absence de prise en compte de l'activité

---

[1] V. par exemple en matière d'obligations déclaratives : C. Com., art. L. 123-16.

[2] V. *supra* Introduction, §1, C, 2.

[3] Les entreprises de taille intermédiaire (ETI) emploient moins de 5 000 salariés et ont un chiffre d'affaires qui n'excède pas 1 500 millions d'euros ou un total de bilan qui n'atteint pas 43 millions d'euros (*Décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique*, art. 3).

[4] V. *contra* D. BARLOW, « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *D.*, 2012, n°10, p. 1502 : ces trois critères restent néanmoins « *objectifs, quantifiables et quantifiés*, [et], *s'ils n'ont pas de lien direct avec les risques causés à l'environnement, n'en reflètent pas moins le niveau d'activité global de l'entreprise* ». Il faut tout de même noter que le seuil de 100 millions (pour le total bilan ou le chiffre d'affaires hors taxe) applicable aux sociétés non cotées est inédit dans le Code de commerce, et ne correspond pas à la classification des entreprises opérée par le *Décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique*.

[5] Cependant, comme l'a noté F.-G. Trébulle : « *si l'impact environnemental d'une société est faible, voire inexistant, la divulgation sera considérablement facilitée. L'inconvénient résultant de la soumission d'entreprises non concernées à l'obligation cède devant le constat selon lequel la généralisation de l'exigence est l'une des conditions de la reconnaissance du fait que les dimensions sociales et environnementales doivent être présentées comme l'est la dimension strictement économique (où l'on retrouve les trois piliers du développement durable)* » (F.-G. TREBULLE, « La responsabilité sociale des entreprises : un impératif ? », *Revue Droit & Affaires*, n° 5, 2008, 2).

de l'entreprise ne permet pas d'ajuster le périmètre d'application du *reporting* environnemental et social à la réalité des impacts produits en la matière par les entreprises[1]. Les enjeux environnementaux sont en effet « *bien davantage liés à la nature de l'activité exploitée et à son importance qu'à la forme juridique retenue et aux modalités de financement de cette activité* »[2]. La problématique est sans doute moins patente s'agissant des enjeux sociaux, qui ne dépendent pas de l'activité exercée : les informations relatives « *aux accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés, aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées* » [3] intéressent *a priori* tous les secteurs. L'ajout d'un critère d'application lié à l'activité de l'entreprise revêt davantage de sens en ce qui concerne les problématiques environnementales.

134. **La prise en compte de l'activité de l'entreprise par d'autres dispositifs d'information. –** D'autres dispositifs spécifiques permettent de pallier le non-assujettissement de certaines entreprises à la déclaration de performance extra-financière : des obligations d'information ponctuelles, qui ne relèvent pas de la RSE en tant que telle, portent tout de même sur des aspects environnementaux et s'appliqueront quelle que soit la taille de l'entreprise. Par exemple, une société exploitant une installation classée pour la protection de l'environnement soumise à autorisation préfectorale devra fournir une étude d'impact permettant d'évaluer les incidences de l'activité de l'installation sur l'environnement[4]. De plus, le rapport de gestion des sociétés exploitant des installations classées « Seveso »[5] doit contenir des informations sur la « *politique de prévention du risque d'accident technologique* », sur « *la capacité de la société à couvrir sa responsabilité civile vis-à-vis des biens et des personnes du fait de l'exploitation de telles installations* » ainsi que sur « *les*

---

[1] « *Certaines entreprises du textile, fortes pourvoyeuses de main-d'œuvre, sont-elles plus dangereuses que certaines petites entreprises du secteur de la chimie ou de l'agro-alimentaire ? La réponse est, à l'évidence, négative* » (G. J. MARTIN, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Rev. Sociétés*, 2011, n°10, p. 75).

[2] *Id.,* n°9, p. 75. Sur ce constat, v. également S. LAULOM, « Loi NRE et lois Grenelle I et II », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *op. cit.*, p. 297.

[3] C. Com., art. L. 225-102-1, III.

[4] C. env., art. L. 512-1 et s., L. 181-8 et L. 122-1.

[5] Les installations dites « Seveso » sont les « *installations, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État, dans lesquelles des substances, préparations ou mélanges dangereux sont présents dans des quantités telles qu'ils peuvent être à l'origine d'accidents majeurs* » (C. env., art. L. 515-32).

moyens prévus par la société pour assurer la gestion de l'indemnisation des victimes en cas d'accident technologique engageant sa responsabilité »[1]. Ces obligations d'information permettent ainsi d'imposer un impératif de transparence à des entreprises dont l'activité est productrice d'externalités négatives. Néanmoins, elles restent très spécifiques : le champ des informations environnementales exigées au titre de la déclaration de performance extra-financière dépasse la seule problématique de la prévention d'accidents industriels.

135. **Une approche par secteurs d'activité. –** C'est pourquoi l'élargissement du champ d'application de la déclaration à des entreprises menant une activité particulièrement polluante est parfois suggéré[2]. Il n'est évidemment pas question d'étudier l'assujettissement de chaque entreprise en fonction de son impact effectif sur l'environnement. En effet, cela contreviendrait à la généralité inhérente aux règles de droit et serait incohérent au regard du rôle des obligations de transparence qui consistent précisément à permettre la diffusion de telles données. Une approche par secteurs d'activité économique pourrait alors être envisagée : les entreprises ne dépassant pas les seuils mais appartenant à un secteur d'activité globalement polluant pourraient devoir publier une déclaration de performance extra-financière du fait de la nature de leur activité. Ainsi, le critère d'application de la déclaration serait déterminé par le secteur auquel la société est rattachée. Le recours aux données liées à la répartition des émissions de gaz à effet de serre et polluants atmosphériques par secteurs s'avèrerait utile, car ces émissions constituent l'une des principales causes du changement climatique[3]. Néanmoins, la plupart des travaux procure une répartition des émissions par

---

[1] C. Com., art. L. 225-102-2. Cependant, certaines formes sociales sont exemptées de cette obligation : c'est notamment le cas des sociétés par actions simplifiées (C. Com., art. L. 227-1, al. 3). Cette exemption est discutable puisque les éléments demandés paraissent proportionnés au regard du risque lié à l'exploitation d'une telle installation.

[2] V. notamment N. CUZACQ, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. Sociétés,* 2018, n°9, p. 347.

[3] Parmi une littérature scientifique abondante, v. le rapport du Groupe d'Experts Intergouvernemental sur l'Evolution du Climat (GIEC) : IPCC, *Climate Change 2014 : Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, 2014, p. 4 : « *Anthropogenic greenhouse gas emissions have increased since the pre-industrial era, driven largely by economic and population growth, and are now higher than ever. This has led to atmospheric concentrations of carbon dioxide, methane and nitrous oxide that are unprecedented in at least the last 800,000 years. Their effects, together with those of other anthropogenic drivers, have been detected throughout the climate system and are extremely likely to have been the dominant cause of the observed warming since the mid-20th century* ».

grands secteurs d'activité – moins d'une dizaine – tels que l'« énergie », l'« industrie », les « transports » ou l'« agriculture »[1].

136. **Une approche par branches d'activité. –** L'analyse de la répartition des émissions par branches d'activité semble donc plus représentative de l'impact des entreprises, les branches étant plus précises que les secteurs. Certains travaux fournissent une répartition des émissions de gaz à effet de serre et polluants atmosphériques en fonction de la Nomenclature des Activités de la Commission Européenne (NACE), qui dénombre soixante-quatre branches d'activité[2]. En plus de fournir une répartition plus précise des émissions, ces rapports présentent l'avantage d'intégrer les émissions liées aux importations[3], permettant de tenir compte de la réalité de l'empreinte carbone d'une branche d'activité située en France, sans considération des frontières. En l'occurrence, la comparaison des émissions de CO_2 fait apparaître une contribution significative de certaines branches d'activité, parmi lesquelles l'industrie chimique, la production, le transport et la distribution d'électricité, le transport

[1] Sur le plan national, c'est le cas des rapports SECTEN (données par SECteur et par ENérgie) produits par le Centre interprofessionnel technique d'études de la pollution atmosphérique (CITEPA), association attributaire d'une mission par le Ministère de la Transition écologique de calcul et d'interprétation de données liées à la pollution de l'air. V. par exemple CITEPA, *Gaz à effet de serre et polluants atmosphériques. Bilan des émissions en France de 1990 à 2017. Rapport national d'inventaire, format secten*, 2019. Sur le plan international, les rapports du Groupe d'Experts Intergouvernemental sur l'évolution du Climat (GIEC) fournissent également une répartition des émissions de gaz à effet de serre par grands secteurs (IPCC, rapport préc., p. 47).

[2] Le Centre interprofessionnel technique d'études de la pollution atmosphérique (CITEPA) fournit de telles données (au sein de rapports dits « Naméa ») pour le compte du Ministère de la Transition écologique, en application d'un règlement de l'Union européenne relatif à l'établissement d'une comptabilité environnementale par les États membres (*Règl. n°691/2011 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2011 relatif aux comptes économiques européens de l'environnement*).

[3] L'intégration des émissions importées découle de l'application de la méthodologie européenne de calcul des émissions : selon le « *principe de résidence* », la comptabilisation des émissions d'un résident inclut ses émissions produites sur le territoire du résident et ses émissions produites à l'extérieur. Ainsi, dans son guide, Eurostat prend l'exemple d'une compagnie aérienne résidant en Irlande : seront non seulement comptabilisées ses émissions générées en Irlande, mais également celles générées par tous ses vols même lorsque ceux-ci ont leurs points de départ et d'arrivée dans deux territoires autres que l'Irlande (EUROSTAT, *Manual for air emissions accounts*, 2015, p. 16). Cette méthodologie est également promue par le Haut Conseil pour le Climat : « *La contribution de la France aux émissions de gaz à effet de serre (GES) mondiales ne se résume pas aux émissions produites sur son territoire mais inclut aussi des émissions associées à ses échanges internationaux. Ces dernières sont constituées des émissions des transports internationaux, des émissions exportées et des émissions importées. Les émissions importées forment, avec les émissions directes des ménages et les émissions de la production intérieure hors exportations, l'empreinte carbone de la France, qui s'élève en 2018 à 749 Mt éqCO2, soit 11,5 t éqCO2 par habitant. Avec des émissions territoriales s'élevant en 2018 à 445 Mt éqCO2, soit 6,7 t éqCO2 par habitant, l'empreinte carbone de la France est donc environ 70 % plus élevée que ses émissions territoriales* » (HAUT CONSEIL POUR LE CLIMAT, *Maîtriser l'empreinte carbone de la France*, 2020, p. 5).

routier, le transport aérien, la cokéfaction et le raffinage[1]. Une extension du champ d'application de la déclaration de performance extra-financière pourrait alors être envisagée : il s'agirait d'intégrer les entreprises évoluant dans les secteurs considérés comme les plus polluants dans le champ du dispositif, sous réserve qu'elles atteignent des seuils dont le niveau serait moindre que ceux actuellement fixés (excluant les micro-entreprises par exemple), qui seraient alors qualifiés de seuils de droit commun.

137. **Une approche intégrative des émissions indirectes. –** Outre le fait qu'elle est uniquement axée sur le risque de pollution aérienne, la prise en compte du secteur d'activité ne permet pas d'incorporer dans le champ d'application certaines émissions indirectes de gaz à effet de serre, liées à la chaîne de valeur de l'entreprise et au cycle de vie du produit. En effet, la plupart des dispositifs de récolte des données d'émissions de gaz à effet de serre intéresse les périmètres ou *scopes* 1 (émissions directes[2]) et 2 (émissions indirectes liées à l'importation ou à l'achat et l'exportation ou à la vente d'électricité, de chaleur ou de vapeur) et non le *scope* 3 (les autres émissions indirectes de l'entreprise, qui sont la conséquence de ses activités), selon la terminologie du Protocole des Gaz à effet de serre ou *Greenhouse Gas Protocol*[3]. Ce troisième niveau, dont le calcul est « *optionnel* » selon ce référentiel et en pratique peu utilisé par les entreprises, correspond notamment à l'impact des déplacements professionnels des salariés, du transport des matériaux et des déchets, des activités de sous-traitance, du cycle de vie des produits ou services vendus[4]. Ainsi, l'intégration des émissions indirectes aboutit à une hausse considérable de l'empreinte carbone, de sorte que la contribution au changement climatique de certaines entreprises relevant de secteurs polluants

---

[1] Les rapports dits « Naméa » ne sont pas librement accessibles ; seules les données brutes le sont, divisées par type de gaz à effet de serre et de polluants atmosphériques. « *Les inventaires au format Namea-Air concernent 13 substances : les gaz à effet de serre (CO2, CH4, N2O, PFC, HFC et SF6), les principaux polluants qui affectent chimiquement la qualité de l'air (CO, NH3, NOx, SO2, COVNM) ainsi que les particules de matières (PM10 et PM2,5)* » (MINISTERE DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'ÉNERGIE ET DE LA MER, EN CHARGE DES RELATIONS INTERNATIONALES SUR LE CLIMAT ET COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, *Émissions de polluants atmosphériques et de gaz à effet de serre "Naméa-Air"*, 2017, p. 1). Les données sont disponibles en ligne (SERVICE DES DONNEES ET ETUDES STATISTIQUES, « Émissions de polluants atmosphériques et de gaz à effet de serre "Namea-Air" », 2 février 2017, [https://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/emissions-de-polluants-atmospheriques-et-de-gaz-effet-de-serre-namea-air]).

[2] Les émissions directes de l'organisation correspondent aux émissions détenues ou contrôlées par elle (WBCSD et WRI, *The Greenhouse Gas Protocol : A Corporate Accounting and Reporting Standard*, 2004, p. 25).

[3] Le *GHG Protocol* a été initié en 2001 par le *World Business Council for Sustainable Development* (WBCSD) et le *World Resources Institutes* (WRI). Établi par un panel d'entreprises, d'ONG et d'autorités nationales, ce protocole a pour objet de normaliser, à l'échelle internationale, la comptabilisation et la déclaration des émissions de gaz à effet de serre (*Ibid*.).

[4] *Ibid.*

n'est pas moins importante que celle d'entreprises faisant état d'importantes émissions directes mais d'un faible niveau d'émissions indirectes. C'est en particulier le cas du secteur financier, dont les « *émissions financées* » dues aux décisions de financement sont extrêmement élevées[1]. En effet, si le fonctionnement de ces sociétés du secteur tertiaire est peu émetteur, l'intégration des émissions liées aux financements et aux investissements[2] augmente considérablement la contribution au réchauffement climatique du secteur, à tel point que le secteur financier et des assurances constituerait, de ce point de vue, le secteur économique le plus émetteur[3]. D'autres secteurs font état de niveaux d'émissions indirectes du *scope* 3 importants, tels que l'aéronautique civile et le secteur énergétique[4]. Dès lors, la prise en compte du secteur économique dans le champ d'application de la déclaration de performance extra-financière pourrait être ajustée à l'impératif d'intégration du *scope* 3, la diminution des émissions indirectes étant essentielle dans une optique de lutte contre le réchauffement climatique[5]. En définitive, pourraient être assujetties les sociétés situées en dessous des seuils chiffrés mais relevant de secteurs polluants (présentant un niveau important d'émissions des *scopes* 1 et 2) ou de secteurs dont les émissions de *scope* 3 sont importantes.

---

[1] Sur la méthode de quantification des émissions financées, v. ADEME, ORSE et ABC, *Réalisation d'un bilan des émissions de gaz à effet de serre – Secteur financier*, 2014 et A. GERARDI, A. GRANDJEAN et E. MARTINEZ, « La quantification des émissions de gaz à effet de serre des institutions financières », *Revue d'économie financière*, vol. 117, no°1, 2015, p. 189. Pour un exemple de comptabilisation des émissions financées d'une banque commerciale, v. ADEME, ORSE et ABC, « Tome III – Une étude de cas d'une méthodologie "top-down" de quantification des émissions financées », *in Réalisation d'un bilan des émissions de gaz à effet de serre – Secteur financier*, 2014, p. 1 et s.

[2] Les émissions du *scope* 3 d'une banque ou société de financement correspondent aux émissions des périmètres 1 et 2 de la société financée (WBCSD et WRI, *The Greenhouse Gas Protocol : Corporate Value Chain (Scope 3) Accounting and Reporting Standard, Supplement to the GHG Protocol Corporate Accounting and Reporting Standard*, 2011, p. 51).

[3] VIGEO et WWF, *Entreprises et changement climatique : Défis sectoriels et perspectives pour une approche globale*, 2009, p. 9. C'est pourquoi le secteur financier est de plus en plus soumis à des obligations d'information spécifiques, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

[4] Derrière le secteur financier et des assurances, l'étude de WWF et Vigeo précitée met en évidence d'autres secteurs très émetteurs : dans l'ordre, figurent les secteurs de l'aéronautique civile, du pétrole, du gaz naturel, des mines et métaux, de l'électricité, de l'automobile, de la chimie, des matériaux de construction, de la grande distribution, du BTP et des transports aériens. Il est à noter que les émissions directes et indirectes des trois premiers secteurs (financier, aéronautique civile et pétrole) dépassent les émissions globales émises par la France (VIGEO et WWF, *Entreprises et changement climatique : Défis sectoriels et perspectives pour une approche globale*, 2009, p. 9).

[5] Ces émissions représentent « *un potentiel important de réductions* » (ABC et ADEME, *Réduire les émissions de gaz à effet de serre tout au long de la chaîne de valeur de votre activité*, 2016, p. 10).

138. Si l'impact réel de l'entreprise en matière environnementale et sociale mériterait d'être pris en compte, l'indifférence de ce critère d'application sera prochainement atténuée, à la suite de la transposition de la directive européenne.

b. L'atténuation de l'indifférence de l'impact réel de l'entreprise

139. **Une indifférence atténuée face à l'assujettissement prochain des PME. –** La proposition de prise en compte du secteur d'activité ou de la branche de l'entreprise que nous avons formulée semble moins pressante au regard de l'assujettissement prochain des PME au dispositif de *reporting* durable opéré par la CSRD. En effet, cette modification du champ d'application diminuera les cas incohérents selon lesquels une petite ou moyenne entreprise polluante ne serait pas soumise au devoir de transparence, tandis qu'une entreprise de taille intermédiaire ou une grande entreprise le serait. Certes, cette critique conserve son acuité s'agissant des PME non cotées qui resteront, à la suite de la transposition de la CSRD, exclues du dispositif de transparence environnementale et sociale, sauf dans l'hypothèse où le législateur français déciderait d'aller plus loin que les exigences de l'Union européenne. Pour autant, la prise en compte de la nature de l'activité des entreprises complexifierait le dispositif, ajoutant une couche supplémentaire aux différents critères d'application du *reporting* durable. De plus, la détermination des branches d'activité concernées peut s'avérer délicate et donner naissance à un éventuel grief d'inégalité entre entreprises, puisqu'il n'est pas exclu qu'une entreprise d'une branche d'activité assujettie soit moins polluante qu'une société relevant d'un secteur écarté. Il nous semble donc que l'intégration des PME cotées dans le champ d'application, accompagnée à terme, comme nous le proposons, d'une inclusion des moyennes entreprises non cotées[1], constitue une alternative raisonnable à la proposition complexe de prise en compte du secteur. De surcroît, si le secteur d'activité n'est pas pris en compte au stade de la détermination du champ d'application du *reporting*, il l'est davantage s'agissant du contenu de l'information en matière environnementale et sociale, qui peut être étoffé selon le type d'entreprise[2].

[1] V. *supra* 1).
[2] V. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

140. L'impératif de prise en compte des impacts réels de l'entreprise en matière environnementale et sociale, qui ne transparaît pas forcément dans les règles de détermination du périmètre d'application de la déclaration de performance extra-financière, a au contraire guidé le législateur dans l'établissement d'un mécanisme de consolidation de la déclaration, tenant compte du groupe de sociétés dans son ensemble.

B. La consolidation de la déclaration de performance extra-financière

141. **L'utilité de la consolidation. –** Depuis le Grenelle I de 2010[1], un mécanisme de consolidation de la déclaration de performance extra-financière est prévu pour les groupes de sociétés. Les informations contenues dans la déclaration doivent concerner le « périmètre organisationnel » du groupe de sociétés, c'est-à-dire toutes les entités qui le composent. La consolidation permet d'aligner la publication d'informations « *sur la substance et la réalité économique de la compagnie, et pas seulement sur ses structures juridiques* »[2]. Le Gouvernement présente en effet la consolidation comme un moyen de « *donne*[r] *une image complète des impacts extra-financiers des activités du groupe* »[3], renforçant la pertinence de l'information pour les parties prenantes. Le groupe de sociétés est en effet « *l'espace pertinent de définition et de mise en œuvre des pratiques de RSE* »[4] : la publication isolée de déclarations pour chaque société ne permettrait pas de garantir la lisibilité des résultats du groupe qui seraient dispersés dans plusieurs documents. La consolidation de la déclaration permet donc de calibrer le périmètre de la transparence extra-financière à la réalité des impacts produits par un groupe et non à son organisation juridique morcelée[5]. Il semble ainsi

---

[1] *L. n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement*, art. 225.
[2] WBCSD et WRI, *The Greenhouse Gas Protocol : Corporate Value Chain (Scope 3) Accounting and Reporting Standard, Supplement to the GHG Protocol Corporate Accounting and Reporting Standard*, 2011, p. 16.
[3] CONSEIL DES MINISTRES, *Compte-rendu. Publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises*, 19 juillet 2017, [https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-07-19/publication-d-informations-non-financieres-par-certaines-gra].
[4] S. LAULOM, « Loi NRE et lois Grenelle I et II », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 297.
[5] J. Paillusseau faisait ce constat à propos de certaines règles du droit de la concurrence qui visent l'entreprise dans son ensemble, en tant que groupe, et non les sociétés indépendantes : « […] *il n'y a pas toujours une adéquation parfaite entre l'entreprise et la société qui l'organise. L'activité d'une entreprise peut, par exemple, être éclatée entre plusieurs sociétés, juridiquement indépendantes, ou formant un groupe ou appartenant à un groupe. Ces sociétés peuvent même être situées dans des pays différents. L'organisation juridique d'une telle entreprise est devenue complexe et il faut "consolider" l'ensemble de ces sociétés - ou certaines d'entre elles - pour rétablir sa réalité économique et l'exercice de telle ou telle activité économique sur un marché* » (J. PAILLUSSEAU, « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », *D.,* 2003, n°79, p. 260).

logique d'obliger une société mère à publier les informations intéressant ses filiales dans la mesure où elle est susceptible de contrôler leurs politiques environnementales et sociales[1]. Non seulement ce mécanisme offre une image plus réaliste de l'incidence de l'activité d'un groupe, mais il permet incidemment d'intégrer, dans la déclaration de la société mère, les impacts environnementaux et sociaux de sociétés contrôlées qui n'atteignent pas les seuils de chiffre d'affaires, de total de bilan ou de salariés. Cette consolidation sert également l'objectif de comparabilité des déclarations de performance extra-financière des entreprises, puisque la déclaration d'une entreprise qui divise ses activités en interne peut être comparée à celle d'un groupe de taille similaire dont les activités sont réparties entre des personnes morales différentes. Autrement dit, la consolidation permet d'outrepasser les modalités organisationnelles des groupes de sociétés.

142. **La détermination du périmètre de consolidation. –** D'après l'article L. 225-102-1, II du Code de commerce, les sociétés qui établissent déjà des comptes financiers consolidés, en vertu de l'article L. 233-16 du même code, devront publier une déclaration consolidée de performance extra-financière « *lorsque le total du bilan ou du chiffre d'affaires et le nombre de salariés de l'ensemble des entreprises comprises dans le périmètre de consolidation excèdent les seuils* ». Le total de bilan, le chiffre d'affaires ainsi que le nombre de salariés sont alors appréciés à l'échelle de l'ensemble des sociétés du groupe. La délimitation du périmètre de consolidation est calquée sur la méthode de consolidation financière définie par les articles L. 233-16 et suivants du Code de commerce[2]. Les sociétés incluses dans le périmètre seront celles sur lesquelles la société exerce un « *contrôle exclusif* », un « *contrôle conjoint* » ou une « *influence notable* ». Le contrôle exclusif vise les hypothèses de détention de la majorité des droits de vote, de désignation de la majorité des dirigeants[3] ou de

[1] Pour les partenaires plus éloignés de l'entreprise, tels que ses sous-traitants et fournisseurs, l'extension de la prise en compte des risques qui leur sont attachés n'est pas accomplie au niveau du champ d'application mais au niveau du contenu de la déclaration : au titre des informations à communiquer, l'entreprise est invitée à intégrer les risques créés par ses relations d'affaires, notamment ses fournisseurs et sous-traitants. L'établissement d'un plan de vigilance permet également de retracer les risques et les mesures de vigilance relativement aux activités des partenaires économiques de l'entreprise. V. *infra* Section 2, §1.

[2] Les méthodes de calcul de consolidation financière ont également vocation à s'appliquer : la société mère doit effectuer une intégration globale en cas de contrôle exclusif, une intégration proportionnelle en cas de contrôle conjoint et une mise en équivalence en cas d'influence notable (C. Com., art. L. 233-18, art. R. 233-3 et art. R. 233-4).

[3] Plus précisément, est visée « *la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou*

l'influence dominante exercée en vertu d'un contrat ou des statuts[1]. Le contrôle conjoint correspond au « *partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord* »[2]. L'« *influence notable* » n'est pas définie juridiquement mais le Code de commerce prévoit que « *l'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise* »[3].

143. **L'effet de la consolidation : l'exemption des sociétés incluses dans le périmètre. –** En présence d'un groupe de sociétés, l'information contenue dans la déclaration consolidée de performance extra-financière portera sur l'ensemble des entreprises du groupe [4]. Corrélativement, un mécanisme d'exemption est prévu : toutes les sociétés incluses dans le périmètre de consolidation sont exonérées de produire une déclaration, même si elles dépassent les seuils[5]. Seule la société mère sera tenue de publier une déclaration. Ainsi, le Gouvernement présente cette exemption comme un moyen de *« limit*[er] *la charge déclarative pesant sur les filiales* »[6].

144. **Un mécanisme d'exemption discutable. –** L'exemption de déclaration des sociétés contrôlées qui franchissent pourtant les seuils est discutable en ce que « *la déclaration réalisée par la société mère permet de refléter une performance globale essentiellement quantitative, mais elle ne reflète pas les particularités de chacune de ses entités* »[7]. Cette critique trouve un écho particulier depuis la transposition de la directive du 22 octobre 2014

---

indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne » (C. Com., art. L. 233-16, II, 2°).

[1] C. Com., art. L. 233-16, II, 1° à 3°.

[2] C. Com., art. L. 233-16, III.

[3] C. Com., art. L. 233-17-2.

[4] C. Com., art. L. 225-102-1, III.

[5] C. Com., art. L. 225-102-1, IV. Cette exemption de production de la déclaration des filiales joue également si la société mère dispose d'un siège social au sein de l'Union européenne et publie une déclaration consolidée en vertu de sa législation nationale, mais ne joue cependant pas dans l'hypothèse où la société mère a son siège hors de l'Union européenne et ce, même si elle publie une déclaration consolidée en vertu de la législation nationale dont elle relève.

[6] CONSEIL DES MINISTRES, compte-rendu préc.

[7] V. MERCIER, « De la transparence à la vigilance ou le renforcement des obligations en matière de RSE », *in RSE & Médiation - Regard croisé France-Canada*, Presses Universitaires Aix Marseille (PUAM), 2018, <hal-01897489>, p. 30. V. Mercier ajoute : « *D'autant que les sociétés contrôlées devront de toute façon réaliser le travail de collecte et d'analyse pour transfert à la société mère* ».

par l'ordonnance du 19 juillet 2017[1], qui a été qualifiée d'« *harmonisation vers le bas* » s'agissant du mécanisme de consolidation[2]. Cette transposition a en effet été l'occasion de supprimer la disposition selon laquelle la société contrôlante devait, dans sa déclaration consolidée, renseigner les informations « *de manière détaillée par filiale ou par société contrôlée* »[3]. Cette réforme crée « *une transparence en trompe-l'œil car de mauvais résultats à l'échelle d'une société contrôlée pourront être masqués par compensation* »[4]. Un retour à l'ancien système serait souhaitable : la société mère présenterait alors la performance extra-financière globale du groupe, tout en exposant les résultats (notamment les indicateurs clés de performance) de chaque filiale. De même, le droit antérieur à la directive prévoyait que les filiales devaient indiquer dans leur propre rapport de gestion la manière d'accéder à la déclaration consolidée de la société contrôlante[5]. Or, le nouvel article L. 225-102-1 du Code de commerce ne prévoit plus cette obligation, menaçant la bonne information des parties prenantes des sociétés.

145. **Les modifications apportées par la CSRD. –** La transposition de la CSRD devrait être l'occasion de revenir sur ces lacunes. En effet, la directive prévoit que le rapport de gestion de la filiale exemptée renseigne « *le nom et le siège de l'entreprise mère qui publie les informations au niveau du groupe* » et « *les liens internet vers le rapport consolidé de gestion de l'entreprise mère* »[6]. Cette disposition est opportune en ce qu'elle renforce l'accessibilité des parties prenantes aux informations en matière de durabilité dans l'hypothèse d'un groupe de sociétés. En outre, l'exemption n'est pas applicable aux sociétés contrôlées qui sont des grandes entreprises cotées[7], ce qui permet de satisfaire l'objectif de pertinence des

---

[1] *Ord. n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises.*
[2] N. CUZACQ, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. Sociétés,* 2018, 347, n°15. Sous cet aspect, la réforme contrevient au principe de non régression qui régit par ailleurs le droit de l'environnement (selon ce principe, « *la protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment* » (C. env., art. L. 110-1, II, 9°). V. M. PRIEUR et G. SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012).
[3] C. Com., anc. art. L. 225-102-1, al. 6.
[4] N. CUZACQ, art. préc., n°16.
[5] C. Com., anc. art. L. 225-102-1, al. 6.
[6] *Dir. 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, art. 1er, 4), 9.
[7] *Id.*, art. 1er, 4), 10.

informations en matière de durabilité, qui devront non seulement être publiées à l'échelle du groupe mais également s'agissant de chaque grande filiale cotée.

146. **Des pratiques de consolidation perfectibles. –** En pratique, le périmètre de la déclaration de performance extra-financière ne correspond pas toujours exactement au périmètre de consolidation tel que défini par le Code de commerce. Les entreprises effectuent des choix méthodologiques qui aboutissent à l'exclusion de certaines entités du périmètre, alors même qu'elles devraient y être incluses. Ces choix, généralement décrits dans une section intitulée « méthodologie » de la déclaration, peuvent porter sur l'ensemble des indicateurs environnementaux et sociaux ou sur certains indicateurs seulement. L'exclusion de certaines entités du périmètre est diversement justifiée par les groupes. Elle est parfois simplement temporaire, les sociétés contrôlées étant arrivées au sein du groupe en cours d'exercice ou peu de temps avant[1]. D'autres exclusions paraissent bien moins légitimes, opérées sans considération de temporalité et sans apporter de justification particulière. Par exemple, au titre des indicateurs sociaux, un groupe retient un périmètre différent selon le type d'indicateurs. Pour les données élémentaires, telles que les effectifs globaux et les entrées et sorties de personnel, le *reporting* de ce groupe porte sur toutes les sociétés consolidées, représentant 321 sociétés dans 102 pays différents. En revanche, les indicateurs plus pointus, portant notamment sur la politique sociale du groupe, les conditions de travail, le dialogue social, les droits humains et la santé sont calculés « *auprès d'un échantillon représentatif du périmètre consolidé* », soit 127 sociétés dans 52 pays, représentant seulement 88,7% de l'effectif consolidé de l'entreprise[2]. Certaines informations présentées dans la déclaration excluent donc plus de 10% de l'effectif salarié de l'entreprise et la moitié des

[1] La vigilance est de mise sur ce point : certaines entreprises tardent à intégrer les filiales récemment consolidées au sein de leur dispositif de *reporting*. C'est le cas par exemple d'un groupe qui indique ne pas posséder certains indicateurs pour l'exercice 2019 s'agissant d'une filiale acquise le 1er janvier 2017 (RENAULT, *Document d'enregistrement unique 2019,* déposé le 19 mars 2020, p. 234). Si un retard peut être compréhensible au regard des difficultés matérielles d'instaurer un *reporting*, il semble légitime et réalisable d'exiger la mise en œuvre d'un processus de *reporting* au bout de quelques années.

[2] TOTAL, *Document d'enregistrement universel 2019*, déposé le 20 mars 2020, p. 249. Un autre groupe précise que « *les indicateurs clés de performance couvrent 88,2 % du chiffre d'affaires hors taxes consolidé du Groupe* » alors même qu'il exploite son activité dans plus de trente pays (CARREFOUR, *Document d'enregistrement universel 2019*, déposé le 30 avril 2020, p. 98). Deux remarques peuvent être formulées : d'une part, la représentativité en termes de chiffre d'affaires n'est pas vraiment appropriée à l'approche extra-financière des résultats d'une entreprise ; d'autre part, dans ce cas particulier, le périmètre couvert a diminué avec le temps, puisque le groupe faisait état d'un périmètre représentant 95,7% du chiffre d'affaires l'année précédente (CARREFOUR, *Document de référence 2018*, déposé le 29 avril 2019, p. 124).

États d'implantation. Le taux de couverture exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires peut également donner lieu à l'exclusion d'une partie substantielle de l'activité. Par exemple, un groupe précise que « *les indicateurs clés de performance couvrent 88,2 % du chiffre d'affaires hors taxes consolidé du Groupe* » alors que les taux de couverture des autres sociétés dont les rapports ont été étudiés avoisinent les 98 à 99%[1]. Cela n'est pas sans conséquence sur la pertinence des informations : les problématiques sociales peuvent être pressantes au sein de certaines entités du groupe, en particulier dans les pays où la législation sociale est moins exigeante.

147. **Proposition d'un renforcement du périmètre de couverture. –** Ainsi, le passage de la théorie à la pratique de détermination du périmètre de consolidation extra-financière peut être l'occasion d'une dégradation de la sincérité et de la pertinence de la déclaration. Il pourrait dès lors être exigé que les informations couvrent un périmètre minimal. Par exemple, il semble raisonnable d'exiger une couverture de 90% du chiffre d'affaires, de 75% des sociétés contrôlées ainsi qu'une représentation la plus accrue possible des différents États d'implantation. Dans le but d'offrir une certaine souplesse aux entreprises, la possibilité de choisir un taux moindre pourrait tout de même leur être octroyée, à condition de motiver ce choix dans la déclaration.

148. En définitive, certains critères de détermination du périmètre de la déclaration de performance extra-financière apparaissent perfectibles. La transposition prochaine de la CSRD devrait corriger la plupart des lacunes constatées, ce qui renforcerait le caractère transversal de la déclaration. La transversalité de ce dispositif est davantage éprouvée au regard de son contenu, qui a vocation à couvrir la plupart des thématiques environnementales et sociales liées à la RSE.

[1] CARREFOUR, *Document d'enregistrement universel 2019*, déposé le 30 avril 2020, p. 98.

§2. Le contenu de la déclaration de performance extra-financière

149. Si le législateur a prévu les principaux éléments composant la déclaration de performance extra-financière (A), il a également élaboré quelques règles méthodologiques afin de garantir la pertinence des informations présentées par l'entreprise (B).

A. Les principaux éléments de la déclaration de performance extra-financière

150. L'article L. 225-102-1 du Code de commerce définit l'orientation générale de la déclaration de performance extra-financière (1), dont les catégories d'information plus précises sont fixées au niveau réglementaire (2).

1. Une orientation générale définie au niveau légal

151. **L'objet général de la déclaration. –** Le paragraphe III de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce contient une formulation générale selon laquelle « *dans la mesure nécessaire à la compréhension de la situation de la société, de l'évolution de ses affaires, de ses résultats économiques et financiers et des incidences de son activité, la déclaration* […] *présente des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité* ». Il est ajouté que pour les sociétés cotées assujetties au dispositif, la déclaration doit présenter « *les effets de cette activité quant au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption et l'évasion fiscale* »[1]. Ce paragraphe pose ainsi l'objet général du devoir de transparence de l'entreprise, qui consiste en la diffusion d'informations relatives à la prise en compte de toutes les conséquences sociales et environnementales de son activité. L'objet général du *reporting* extra-financier transcrit le socle minimal posé par la directive européenne de 2014, qui précise que la déclaration doit comprendre des informations « *relatives au moins aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la*

[1] L'évasion fiscale est un aspect qui a été rajouté en 2018 (*L. n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude*, art. 20).

corruption »[1]. « *Floue* »[2], la formule employée par le législateur l'est sans doute à dessein, puisqu'elle a vocation à être complétée par une énumération grandissante de thèmes.

152. **Le renouvellement terminologique opéré par la CSRD. –** Cet objet général de la déclaration de performance extra-financière devrait être renouvelé lors de la transposition de la CSRD, car elle opère un changement terminologique : l'adjectif « extra-financier » est abandonné au profit de la notion de durabilité[3], en référence aux « *facteurs de durabilité* » à propos desquels les entreprises du secteur financier doivent publier des informations[4]. Pour autant, les thématiques couvertes ne diffèrent pas fondamentalement du contenu actuel de la déclaration de performance extra-financière, puisque la directive précise que la durabilité intéresse « *les droits environnementaux, les droits sociaux et les droits de l'homme, et les facteurs de gouvernance* »[5].

153. **Les thèmes généraux de la déclaration. –** Quoi qu'il en soit, en l'état actuel, le paragraphe III de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce se poursuit par une énumération de thèmes un peu plus précis que l'objet général. La déclaration doit comprendre :

> « *des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit, à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire, de la lutte contre le gaspillage alimentaire, de la lutte contre la précarité alimentaire, du respect du bien-être animal et d'une alimentation responsable, équitable et durable, aux accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés, aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées* ».

---

[1] *Dir. 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes,* art. 1er, 1).
[2] G. J. MARTIN, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Rev. Sociétés*, 2011, n°20, p. 75.
[3] V. *supra* Introduction, §1, B, 3).
[4] La directive reprend donc la terminologie du règlement dit « Disclosure » de 2019 (*Règl. (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers*), qui sera traité plus tard (v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2).
[5] *Dir. 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, cons. 28.

Ce paragraphe est régulièrement amendé au gré des réformes législatives qui intéressent de près ou de loin les thématiques environnementales et sociales : par exemple, la Loi du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous a été l'occasion d'ajouter à cette liste le thème du « *respect du bien-être animal et d'une alimentation responsable, équitable et durable* »[1]. Récemment, la loi dite « *Climat et Résilience* » de 2021 a précisé que « *les conséquences sur le changement climatique* » doivent comprendre les émissions liées au « *transport amont et aval de l'activité* »[2]. Cette pratique renforce la cohérence et l'effectivité de ces diverses réformes, qui disposent alors d'un relais sur le terrain de la RSE – au risque néanmoins d'une énumération sans limite et conjoncturelle des problématiques environnementales et sociales.

154. **L'absence d'exhaustivité des thèmes généraux. –** Cette énumération légale des thèmes n'est pas présentée comme étant exhaustive : en effet, il est prévu que « *la déclaration compren*[ne] *notamment des informations relatives* [aux thèmes énumérés] ». Marqueur de la marge de manœuvre laissée à l'entreprise dans le contenu de sa déclaration[3], l'adverbe « *notamment* » permet également d'articuler les sources de la déclaration de performance extra-financière. La loi, qui fournit une liste générale de thèmes, a ainsi vocation à être complétée au niveau réglementaire. Ainsi, l'article L. 225-102-1 du Code de commerce dispose, à la suite de l'énumération, qu'« *un décret en Conseil d'État précise les modalités de présentation et de publication de ces informations* ».

155. Les catégories d'information plus précises sont donc définies au niveau réglementaire.

---

[1] *L. n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous*, art. 55. En 2018, trois thèmes supplémentaires ont été adjoints à la liste en deux mois : en plus de cette information relative au respect du bien-être animal et aux problématiques alimentaires, ont été ajoutées « *les mesures prises en faveur des personnes handicapées* » (*L. n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel,* art. 84) et « *la lutte contre l'évasion fiscale* » (*L. n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude*, art. 20).

[2] Plus précisément, la déclaration doit désormais comprendre « *les postes d'émissions directes et indirectes de gaz à effet de serre liées aux activités de transport amont et aval de l'activité et sont accompagnées d'un plan d'action visant à réduire ces émissions, notamment par le recours aux modes ferroviaire et fluvial ainsi qu'aux biocarburants dont le bilan énergétique et carbone est vertueux et à l'électromobilité* » (*L. n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, art. 138).

[3] La marge de manœuvre octroyée à l'entreprise, qualifiée d'« approche par la matérialité », sera traitée plus tard (v. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2).

2. Des catégories d'information précisées au niveau réglementaire

156. Au niveau réglementaire, le Code de commerce précise le contenu de la déclaration de performance extra-financière qui doit comprendre le modèle d'affaires de l'entreprise (a) ainsi qu'une multiplicité d'items environnementaux et sociaux (b).

a. Le modèle d'affaires de l'entreprise

157. **La présentation du modèle d'affaires. –** L'article R. 225-105, I du Code de commerce dispose que la société doit tout d'abord présenter son « *modèle d'affaires* ». Emprunté aux sciences de gestion, ce concept renvoie à la stratégie de création de valeur de l'entreprise, notamment sur le long terme[1]. C'est bien dans cette optique temporelle qu'est prévue l'incorporation du modèle d'affaires au sein de la déclaration de performance extra-financière : le législateur invite l'entreprise à orienter sa prise de décision vers une perspective de plus long terme et à renseigner les parties prenantes quant aux orientations futures de l'entreprise. En ce sens, l'exigence d'un modèle d'affaires marque une différence nette entre le *reporting* financier, qui revêt un aspect uniquement déclaratif et rétrospectif, et le *reporting* extra-financier, traversé par une perspective de plus long terme[2]. Ainsi, dans ses Lignes directrices sur l'information non financière, la Commission européenne précise que « *le modèle commercial d'une société décrit la manière dont elle crée de la valeur et la préserve à long terme grâce à ses produits ou services* »[3].

---

[1] Si plusieurs définitions du modèle d'affaires sont relevées au sein de la littérature scientifique, les auteurs s'accordent sur sa portée générale, puisqu'il renvoie à une « *idée d'éléments intégrés, de transversalité* », permettant alors « *de s'affranchir de la notion étroite de frontière d'entreprise (la définition juridique)* » (A. DESREUMAUX, « Le "*business model*" : un nouvel outil d'analyse stratégique ? », *Humanisme et Entreprise*, vol. 316, n°1, 2014, p. 11).

[2] « *A fundamental aspect to integrated reporting is the focus it brings to issues beyond short term financial performance — to the broader issues that lie ahead for the organization* » (CHARTERED GOVERNANCE INSTITUTE ET INTERNATIONAL INTEGRATED REPORTING COUNCIL, *An overview of integrated reporting for Chartered Secretaries and Chartered Governance Professionals*, 2020, n°5.1, p.12). C'est encore cette logique qui a présidé à la création par la loi dite « Pacte » de la possibilité d'inscrire une « *raison d'être* » dans les statuts de la société, qui sera traitée plus tard (v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1). Enfin, la notion de long terme transparaît dès le premier article du Code de gouvernement d'entreprise de l'AFEP-MEDEF, qui précise que le Conseil d'administration « *s'attache à promouvoir la création de valeur par l'entreprise à long terme en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de ses activités* » (AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, révisé en juin 2018, art. 1.1).

[3] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm.* n°2017/C 215/01, « Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières) », p. 10.

158. **Le faible encadrement de la présentation du modèle d'affaires. –** Clef de compréhension générale des éléments constitutifs de la déclaration, le modèle d'affaires tient lieu d'introduction à la déclaration de performance extra-financière. Sa présentation n'est pas encadrée par le législateur, si bien que les pratiques sont très différentes selon les entreprises – allant du schéma d'une demie-page représentant la stratégie globale de la société[1] à des développements textuels de plusieurs pages présentant une vision assez promotionnelle de l'activité de l'entreprise[2]. Dans ses Lignes directrices, la Commission européenne invite pourtant les entreprises à fournir, au titre du modèle d'affaires, une information claire et concrète, les dissuadant « *de communiquer des informations abstraites de nature promotionnelle ou politique* »[3]. L'on perçoit le défi pour la société d'inscrire son activité dans une perspective de long terme sans verser pour autant dans un registre de discours emphatique. Cette information peut de surcroît s'avérer délicate dans le cas d'un groupe de sociétés qui exerceraient des activités différentes[4].

159. **La connexion du modèle d'affaires avec les autres informations par la CSRD. –** La CSRD a enrichi la présentation du modèle d'affaires en induisant une interaction entre celui-ci et les informations à fournir[5]. En effet, les entreprises devront lier les informations environnementales et sociales renseignées à leur modèle d'affaires. Autrement dit, elles devront exposer la durabilité de ce dernier. La directive prévoit notamment que l'entreprise indique :

> - « *le degré de résilience du modèle commercial et de la stratégie de l'entreprise en ce qui concerne les risques liés aux questions de durabilité* » ;

---

[1] Dans son document de référence 2018, une entreprise produit un petit schéma composé de 4 colonnes : entrées (capital), activités opérationnelles, sorties et résultats. La vision de l'entreprise sur le long terme promue par la Commission européenne ne transparaît pas vraiment à la seule lecture du schéma (PSA, *Document de référence,* déposé le 26 mars 2019, p. 9)

[2] Dans son document de référence 2018, un groupe du luxe structure son modèle d'affaires en plusieurs paragraphes, intitulés « *Un socle de valeurs fédératrices depuis 1837* », « *Une stratégie de développement maîtrisée* », « *Des femmes et des hommes passionnés* », « *Principales ressources* », « *Principales activités* », « *Principales réalisations* », « *Principaux enjeux en matière de RSE* », « *Gouvernance et outils de la démarche RSE* » (HERMES, *Document de référence*, déposé le 10 avril 2019, p. 53 et s.).

[3] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm*. n°2017/C 215/01 préc., p. 10.

[4] N. CUZACQ, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. Sociétés,* 2018, 347, n°22.

[5] L'ébauche de normes élaborée par l'EFRAG, sur laquelle v. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, précise : « *The undertaking shall disclose its material impacts, risks and opportunities and how they interact with its strategy and business model(s)* » (EFRAG, *Draft European Sustainability Reporting Standards. ESRS 1 : General Requirements*, 2022, §44).

- « *les plans définis par l'entreprise* […] *pour assurer la compatibilité de son modèle commercial et de sa stratégie avec la transition vers une économie durable, la limitation du réchauffement climatique à 1,5 °C conformément à l'accord de Paris* […] *l'objectif de neutralité climatique d'ici à 2050, tel qu'il est établi dans le règlement (UE) 2021/1119 du Parlement européen et du Conseil* […] *et, le cas échéant, l'exposition de l'entreprise à des activités liées au charbon, au pétrole et au gaz* » ;

- « *en quoi le modèle commercial et la stratégie de l'entreprise tiennent compte des intérêts des parties prenantes de l'entreprise et des incidences de l'entreprise sur les questions de durabilité* »[1].

La connexion du modèle d'affaires aux données environnementales et sociales, notamment à la question du réchauffement climatique, est bienvenue en ce qu'il permettra de préciser la définition du modèle d'affaires et contribuera certainement à réduire l'écart de pratiques constaté.

160. La présentation du modèle d'affaires de l'entreprise est complétée par le renseignement d'items environnementaux et sociaux précis.

b. Les items environnementaux et sociaux

161. **Les items, des catégories d'information précises. –** L'article R. 225-105, II du Code de commerce contient une liste d'une trentaine d'informations dénommées en pratique « *items* »[2]. La liste d'items du décret est divisée en deux parties : la première partie des items s'adresse à toutes les entreprises assujetties[3], tandis que la seconde est à destination des seules sociétés cotées[4]. Le contenu de la déclaration se densifie en effet selon le mode de financement de l'entreprise puisque les sociétés cotées doivent assortir leur déclaration d'informations relatives à la lutte contre la corruption et aux actions en faveur des droits de l'homme. La liste d'items commune est constituée de trois rubriques : « *informations sociales* », « *informations environnementales* » et « *informations sociétales* ». Les items

[1] *Dir. 2022/2464* préc., art. 1er, 4), 2., a).
[2] V. par exemple B. PARANCE, « La déclaration de performance extra-financière, nouvelle ambition du reporting extra-financier. À propos de l'ordonnance du 19 juillet 2017 de transposition de la directive Barnier du 22 octobre 2014 », *JCP G*, 2017, 1150, p. 1976.
[3] C. Com., art. R. 225-105, II, A.
[4] C. Com., art. R. 225-105, II, B.

énumérés sont des unités d'information précises déclinant les principaux impacts pouvant être produits par les entreprises : il s'agit par exemple des « *conditions de santé et de sécurité au travail* », de « *la consommation d'eau et l'approvisionnement en eau en fonction des contraintes locales* » ou encore de « *les relations entretenues avec les parties prenantes de la société et les modalités du dialogue avec celles-ci* »[1]. Les thèmes généraux mentionnés à l'article L. 225-102-1, III du Code de commerce sont pour la plupart formellement repris par le décret sous forme d'items[2].

162. **La fonction incitative des items. –** Si, nous le verrons, les entreprises ne doivent pas nécessairement renseigner chaque item[3], la présence d'une liste de catégories d'information précises est particulièrement opportune en ce qu'elle « *trace les linéaments d'un cadre de référence utile non seulement pour les entreprises mais aussi pour les lecteurs de la déclaration* »[4]. En plus de donner un cadre au *reporting,* cette liste revêt un caractère incitatif : par exemple, en l'absence de l'item portant sur « *l'impact de l'activité de la société sur les populations riveraines ou locales* »[5], il n'est pas certain que toutes les entreprises auraient pris l'initiative de communiquer sur cet aspect – ni d'adopter des mesures concrètes pour limiter cet impact.

163. **La technicisation du contenu des items à la suite de la CSRD. –** La transposition de la CSRD ne devrait pas modifier ce système de déclinaison de grands thèmes en plus petites catégories d'information. Néanmoins, cette réforme permettra une harmonisation au niveau de l'Union européenne des items exigés, puisque l'établissement de normes d'information en matière de durabilité, élaborées par le Groupe consultatif pour l'information financière en

---

[1] C. Com., art. R. 225-105, II, A.

[2] Par exemple, l'un des thèmes, les « *accords collectifs conclus dans l'entreprise et* […] *leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise ainsi que sur les conditions de travail des salariés* » (C. Com., art. L. 225-102-1, III) correspond à l'item « *le bilan des accords collectifs, notamment en matière de santé et de sécurité au travail* » (C. Com., art. R. 225-105, II, A, 1, d). A l'inverse, le décret n'évoque pas les thèmes, issus des récentes réformes de 2018, relatifs à l'évasion fiscale, au bien-être animal, à la précarité alimentaire et à l'alimentation responsable. Il serait souhaitable qu'un décret matérialise ces réformes par la création d'items spécifiques.

[3] V. *infra* B.

[4] N. CUZACQ, art. préc., n°22. Il convient de préciser que dès la première mouture du rapport RSE, le législateur avait opté pour l'établissement d'une liste d'items. V. *D. n° 2002-221 du 20 février 2002 pris pour l'application de l'article L. 225-102-1 du code de commerce et modifiant le décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales*, créant les articles 148-2 et 148-3 du *D. n°67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales*.

[5] C. Com., art. R. 225-105, II, A, 3, a.

Europe (EFRAG), est prévu[1]. Plus que la structure du *reporting*, c'est donc le contenu de celui-ci qui sera affecté par la transposition de la directive. Les institutions de l'Union européenne souhaitent en effet que « *les exigences en matière de publication d'informations* [soient] […] *suffisamment détaillées pour garantir que les entreprises publient des informations sur leur résilience par rapport aux risques liés aux questions de durabilité* »[2]. L'étude de l'ébauche des normes fait apparaître un approfondissement considérable des items. Des informations bien plus précises sont demandées aux entreprises. Par exemple, si le Code de commerce se contente d'exiger la description des « *mesures prises pour préserver ou restaurer la biodiversité* », l'ébauche de normes élaborée par l'EFRAG relative à la biodiversité et aux écosystèmes contient plus de trente pages[3]. D'après ces normes, l'entreprise devrait par exemple renseigner le plan de transition qu'elle a mis en place pour s'assurer de la compatibilité de son modèle d'affaires à la limite planétaire de l'intégrité de la biosphère[4] – les normes recommandent un niveau de précision très important quant aux contours de ce plan[5] – ainsi que des informations très spécifiques, comme la mesure des conséquences d'un changement d'affectation des sols opéré par l'entreprise[6]. En dépit du caractère non contraignant de ces normes[7], leur degré de précision va contribuer à techniciser le *reporting* environnemental et social de manière considérable.

164. Les différents éléments de la déclaration doivent être agencés en suivant une méthodologie particulière, garante de la pertinence des informations extra-financières communiquées.

---

[1] Sur l'harmonisation opérée par ces normes, v. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.
[2] *Dir. 2022/2464* préc., cons. 30.
[3] EFRAG, *Draft European Sustainability Reporting Standards. ESRS E4 : Biodiversity and ecosystems*, 2022.
[4] *Id.*, §13. L'intégrité de la biosphère renvoie à la diversité des organismes vivants sur Terre, c'est-à-dire à la biodiversité.
[5] Une dizaine de précisions sont mentionnées. L'entreprise devra par exemple décrire les éventuelles compensations des atteintes à la biodiversité mises en place (*id*., §16, e)
[6] *Id.,* §42.
[7] V. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

B. La méthodologie de la déclaration de performance extra-financière

165. Le législateur fournit une méthodologie de la déclaration de performance extra-financière, dont les éléments doivent être présentés d'une certaine manière (1) et en respectant certains principes méthodologiques (2).

1. La présentation des éléments de la déclaration de performance extra-financière

166. **La présentation sous la forme d'un « *triptyque risques, politiques, résultats* »[1]. –** L'article R. 225-105, I du Code de commerce propose une méthodologie de présentation de la déclaration : pour chaque grand thème mentionné à l'article L. 225-102-1, III du même code, l'entreprise doit fournir « *une description des principaux risques liés à l'activité de la société* », puis « *une description des politiques appliquées par la société* » et enfin « *les résultats de ces politiques* ».

167. **Les principaux risques. –** La société assujettie doit tout d'abord exposer les « *principaux risques liés à l'activité de la société ou de l'ensemble de sociétés y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les risques créés par ses relations d'affaires, ses produits ou ses services* »[2]. Cette étape permet à l'entreprise de définir les aspects environnementaux et sociaux qu'elle devra particulièrement développer dans sa déclaration. Le dispositif européen préconise en effet l'application du concept d'« *importance relative* »[3], dénommé également « approche par la matérialité » et que nous étudierons plus tard[4], selon lequel les entreprises doivent sélectionner les risques extra-financiers liés à leurs activités les plus significatifs. Le législateur précise que la prise en compte des risques par l'entreprise doit s'étendre aux risques créés par l'utilisation de ses produits et services. De même, l'entreprise doit tenir compte des risques créés par ses partenaires commerciaux lorsqu'elle définit les

---

[1] C. MALECKI, « Transposition de la directive RSE : un nouveau cadre de publications extra-financières pour les grandes entreprises », *BJS*, 2017, n°13, p. 632.
[2] C. Com., art. R. 225-105, I, 1°. La directive de 2014 fait référence tant aux « *incidences négatives existantes* » que celles qui sont simplement « *potentielles* » (*Dir. 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes*, cons. 6).
[3] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm*. n°2017/C 215/01, « Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières) », pt. 3.1.
[4] V. *infra* B et Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

principaux risques environnementaux et sociaux auxquels elle est confrontée. Le législateur fournit donc l'étendue du devoir de transparence extra-financière de l'entreprise : son champ est resserré, réservé aux seuls impacts significatifs, mais sa portée est ambitieuse, s'étendant à l'ensemble de la chaîne de valeur.

168. **Les politiques appliquées. –** L'entreprise doit ensuite décrire les mesures prises pour répondre à ces risques : la déclaration doit faire état des « *politiques appliquées par la société ou l'ensemble de sociétés incluant, le cas échéant, les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre pour prévenir, identifier et atténuer la survenance des risques mentionnés* »[1]. Le législateur insiste sur la dimension préventive de gestion de ces risques. La Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes (CNCC) a eu l'occasion de préciser ce qui était entendu par le terme de « politiques » : il s'agirait des « *engagements affirmés au plus haut niveau, généralement formalisés par un document engageant un membre de la direction, diffusé ou accessible au personnel concerné, incluant généralement des objectifs d'amélioration* »[2]. Il n'est pas certain que le législateur ait entendu restreindre les politiques à des mesures phares prises par les dirigeants. Les entreprises du CAC 40 ne semblent pas non plus restreindre le champ de leur déclaration aux politiques énoncées « *au plus haut niveau* » : pour chaque risque identifié, elles ont tout intérêt à décrire toutes les mesures pertinentes prises au sein de l'entreprise pour répondre à ce risque, qu'il s'agisse d'une mesure initiée par les organes de direction ou d'une mesure prise par un service particulier de l'entreprise ou par une seule filiale.

169. **Les résultats de ces politiques. –** Enfin, l'entreprise doit présenter « *les résultats de ces politiques, incluant des indicateurs clés de performance* »[3]. C'est à ce titre que l'entreprise doit exposer sa « performance extra-financière ». Afin d'encadrer les tentatives d'éco-blanchiment (*greenwashing*), la loi prévoit que ces résultats soient assortis d'indicateurs clés de performance (ICP), qui sont des mesures quantitatives[4]. La promotion de

---

[1] C. Com., art. R. 225-105, I, 2°.
[2] CNCC, *Avis technique : intervention du commissaire aux comptes – intervention de l'OTI. Déclaration de performance extra-financière*, 2020, p. 7.
[3] C. Com., art. R. 225-105, I, 3°.
[4] Les indicateurs clés de performance sont définis par la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes (CNCC) comme des « *informations quantitatives : - mesurant le déploiement et l'effet de politiques et /ou le suivi des objectifs ou déploiement d'actions ; - suivant l'évolution de ratios (ex. : réduction des émissions de gaz à effet de serre par unité de production, évolution de la part de l'effectif couvert par xxx, ….) issus de référentiels*

ces indicateurs témoigne de la tendance de rapprochement des *reporting* financier et extra-financier : en plus d'être un outil utilisé en matière financière, ces indicateurs permettent d'inscrire la transparence extra-financière dans une logique chiffrée. La présence de ces données chiffrées « *permet de limiter le risque d'une présentation narrative, voire rhapsodique, de la déclaration* »[1]. Elle permet également d'« *améliorer la comparabilité* » des informations de différentes sociétés[2]. En l'absence de précision, le choix des indicateurs, leur calcul et leur nombre total sont laissés à l'appréciation des entreprises. En pratique, la distinction entre items et indicateurs clés de performance n'est pas si évidente : certains items s'apparentent à des ICP. C'est le cas des « *objectifs de réduction fixés volontairement à moyen et long terme pour réduire les émissions de gaz à effet de serre* »[3], de « *la consommation d'eau et l'approvisionnement en eau en fonction des contraintes locales* »[4] ou encore du « *nombre total d'heures de formation* »[5]. Le législateur a en effet créé différents types d'items : ils peuvent être quantitatifs ou qualitatifs, purement descriptifs ou plus dynamiques, requérant la détermination d'un objectif. Ce genre d'items quantitatifs, et plus généralement tous les ICP mentionnés par l'entreprise, sont alors souvent présentés sous forme de tableaux chiffrés, à l'inverse d'items plus qualitatifs qui font l'objet de développements textuels[6]. La finalité d'objectivation du *reporting* qui a présidé à l'exigence d'inclure des ICP dans les rapports a porté ses fruits : si les « rapports RSE » de plusieurs entreprises s'apparentaient davantage à des recueils de bonnes pratiques et étaient essentiellement composés de développements textuels, relevant souvent d'un registre de discours emphatique, l'intégration progressive d'ICP a permis d'ancrer les déclarations dans une visée plus objective. La comparaison des déclarations de performance extra-financière de 2018 des sociétés du CAC 40 avec celles de l'année 2022 est très nette sur ce point[7].

---

reconnus (ex. : référentiel sectoriels du GRI ou du SASB...) ou selon des pratiques généralement acceptées » (CNCC, *Avis technique* préc., p. 6).

[1] N. CUZACQ, art. préc., n°28.

[2] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm*. n°2017/C 215/01 préc., pt. 4.5.

[3] C. Com., art. R. 225-105, II, A, 2°, d).

[4] C. Com., art. R. 225-105, II, A, 2°, c), ii).

[5] C. Com., art. R. 225-105, II, A, 1°, e).

[6] Par exemple, une entreprise présente le dialogue avec les parties prenantes au sein de plusieurs paragraphes (VEOLIA, *Document de référence*, déposé le 13 mars 2019, p. 308) tandis que la consommation d'eau est présentée à l'aide de nombreux chiffres et infographies (*id.*, p. 286).

[7] Par exemple, si l'on constate que la déclaration de performance extra-financière de 2019 de Dassault Systèmes contient peu d'ICP et met l'accent sur les politiques plutôt que les résultats (DASSAULT SYSTEMES, *Document de référence*, déposé le 26 mars 2019), celle de 2022 inclut, pour chaque aspect extra-financier, un tableau

170. **La multiplication des éléments du *reporting* par la CSRD. –** La CSRD a prévu l'intégration de nouveaux éléments qui viennent enrichir la structure du *reporting*. La présentation du rapport en triptyque pourrait se dissiper puisqu'en plus des risques, politiques et résultats relatifs à chaque thématique en matière de durabilité, celui-ci devra contenir trois éléments supplémentaires. En premier lieu, le rapport devra comprendre « *une description des objectifs assortis d'échéances que s'est fixés l'entreprise en matière de durabilité* […], *une description des progrès accomplis par l'entreprise dans la réalisation de ces objectifs, et une déclaration indiquant si les objectifs de l'entreprise liés aux facteurs environnementaux reposent sur des preuves scientifiques concluantes* »[1]. En pratique, certaines entreprises formulaient déjà des objectifs à travers des ICP chiffrés. La création de cette catégorie permettra de pérenniser cette pratique et d'inscrire la stratégie des entreprises en matière de durabilité dans une perspective d'amélioration. En deuxième lieu, la directive prévoit que les rapports contiennent des éléments relatifs à la gouvernance :

- « *une description du rôle des organes d'administration, de direction et de surveillance concernant les questions de durabilité ainsi qu'une description de leur expertise et de leurs compétences s'agissant d'exercer ce rôle ou des possibilités qui leur sont offertes d'acquérir cette expertise ou ces compétences* » ;
- « *des informations sur l'existence de systèmes d'incitation liés aux questions de durabilité qui sont offerts aux membres des organes d'administration, de direction et de surveillance* ».

Cet ajout permettra de lier de façon plus importante les questions environnementales et sociales à la gouvernance de l'entreprise[2]. En troisième lieu, la déclaration devra être composée d'un élément relatif aux procédures de diligence raisonnable mises en œuvre, notamment quant aux activités de sa chaîne de valeur[3]. Si l'ancienne directive faisait déjà

---

d'indicateurs chiffrés calculés sur les années 2020 à 2022 (DASSAULT SYSTEMES, *Document d'enregistrement universel*, déposé le 17 mars 2023, p. 53 et s.).

[1] L'article précise que ces objectifs devront faire référence « *le cas échéant,* [aux] *objectifs absolus de réduction des émissions de gaz à effet de serre au moins pour 2030 et 2050* » (*Dir. 2022/2464* préc., art. 1er, 4). Les citations suivantes sont tirées de cet article.

[2] Sur ce point, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

[3] Le rapport devra inclure « *une description : i) de la procédure de diligence raisonnable mise en œuvre par l'entreprise concernant les questions de durabilité et, le cas échéant, conformément aux exigences de l'Union imposant aux entreprises de mener une telle procédure ; ii) des principales incidences négatives, réelles ou potentielles, liées aux propres activités de l'entreprise et à sa chaîne de valeur, y compris ses produits et services, ses relations d'affaires et sa chaîne d'approvisionnement, des mesures prises pour recenser et*

référence à ces procédures en les traitant comme un exemple de politiques à mettre en œuvre[1], la CSRD leur attribue une place particulière, distincte des politiques. L'extraction des procédures de diligence raisonnable de la catégorie des politiques permet d'inscrire le rapport dans une dimension davantage préventive (ce qui est opportun au regard de la nature essentiellement rétrospective du *reporting*, visant à rendre compte des données de l'année écoulée) tout en rapprochant ce dispositif du plan de vigilance[2]. En définitive, la CSRD enrichit la présentation de la future déclaration en ajoutant des éléments qui permettent de renvoyer à d'autres dispositifs de gouvernance et de vigilance notamment. Face à ces ajouts, l'un des enjeux des normes établies par l'EFRAG résidera dans la proposition d'une présentation rationalisée des rapports, afin de garantir leur lisibilité.

171. En plus de fournir un cadre de présentation des éléments d'information de la déclaration de performance extra-financière, la loi pose certains principes méthodologiques visant à guider les entreprises lors de la préparation du *reporting*.

2. *Les principes méthodologiques de la déclaration de performance extra-financière*

172. **La matérialité de la déclaration. –** La présence du triptyque « risques, politiques, résultats » n'est cependant pas requise pour chaque thématique environnementale ou sociale citée dans le Code de commerce. C'est l'expression d'un principe de matérialité du *reporting*, qui devrait seulement contenir les informations les plus significatives au regard de son activité. En offrant aux entreprises la possibilité de sélectionner les aspects environnementaux et sociaux les plus significatifs, le législateur a entendu dépasser l'idée selon laquelle le *reporting* serait un outil de reddition pure et simple et a préféré promouvoir une vision de la déclaration qui soit adaptable aux spécificités des sociétés[3]. Ainsi, l'article R. 225-105, II du

---

surveiller ces incidences, et des autres incidences négatives que l'entreprise est tenue de recenser en vertu d'autres exigences de l'Union imposant aux entreprises de mener une procédure de diligence raisonnable ; iii) de toute mesure prise par l'entreprise pour prévenir, atténuer, corriger ou éliminer les incidences négatives, réelles ou potentielles, et du résultat obtenu à cet égard » (*Dir. 2022/2464* préc., art. 1er, 4).

[1] Dans le système actuel, la déclaration doit comprendre une « *description des politiques appliquées par le groupe en ce qui concerne ces questions, y compris pour les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre* » (*Dir. 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes*, art. 1er, 3).

[2] Le devoir de vigilance sera traité *infra* (Section 2).

[3] Nous étudierons ce principe de manière approfondie dans le cadre de l'analyse de la mise en œuvre du devoir de transparence. V. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

Code de commerce prévoit que les items ne doivent être mentionnés par l'entreprise que « *lorsqu'*[ils] *sont pertinent*[s] *au regard des principaux risques ou des politiques mentionnés* ».

173. **La lisibilité et comparabilité de la déclaration. –** L'article R. 225-105-1, I du Code de commerce apporte deux précisions méthodologiques supplémentaires. D'une part, le législateur permet à l'entreprise d'opérer des renvois vers les montants indiqués dans les états financiers. D'autre part, la loi promeut une comparabilité des données extra-financières, en prévoyant que la déclaration présente « *les données observées au cours de l'exercice clos et, le cas échéant, au cours de l'exercice précédent, de façon à permettre une comparaison entre ces données* ». Cette possibilité est particulièrement pertinente pour les indicateurs clés de performance extra-financière, puisque la juxtaposition des indicateurs de deux exercices successifs permet d'évaluer clairement l'évolution de l'entreprise dans le domaine. En pratique, les entreprises présentent leurs ICP au sein de tableaux, dont les colonnes constituent les trois dernières années, ce qui offre à leurs parties prenantes la possibilité de comparer dans le temps leurs résultats en matière environnementale et sociale.

174. **Le renforcement de la comparabilité de la déclaration par la CSRD. –** La CSRD entend renforcer ces principes méthodologiques, notamment le principe de comparabilité *via* l'harmonisation du *reporting*[1]. En effet, l'un des principaux apports de la directive est de prévoir l'adoption de normes d'information communes établies par l'EFRAG. Les entreprises devront donc veiller à la comparabilité de leur rapport en s'assurant de la conformité des informations communiquées aux normes de l'EFRAG. Enfin, l'exigence de fourniture du rapport sous un format numérique contribuera à la comparabilité du *reporting*[2].

175. En somme, à la lecture des textes, la déclaration de performance extra-financière devrait contenir une analyse des risques, politiques et résultats relatifs aux grands thèmes visés par la loi. Si l'entreprise n'applique pas de politique sur un risque particulier, elle devra

---

[1] « *Les modifications de la directive 2013/34/UE prévues par la présente directive modificative devraient accroître la comparabilité des données et permettre l'harmonisation des normes* » (*Dir. 2022/2464* préc., cons. 10. V. art. 1er, 8) et cons. 16, 33 et 37).

[2] Les rapports devront être publiés sous le format électronique unique européen (ESEF) (*Dir. 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, art. 1er, 9).

s’en expliquer. A l’appui de cette présentation, l’entreprise devra mentionner les items listés par le décret qui lui paraissent pertinents ainsi que des ICP. Cette présentation sera prochainement modifiée par la transposition de la CSRD. La déclaration de performance extra-financière constitue ainsi le dispositif général de transparence en matière environnementale et sociale, en raison de sa transversalité. Autour de cette déclaration, gravitent des dispositifs d’information qui intéressent certains aspects environnementaux et sociaux.

Section 2. Des dispositifs d'information ciblés : le plan de vigilance et le rapport sur le gouvernement d'entreprise

176. En plus du dispositif à vocation transversale de la déclaration de performance extra-financière, d'autres dispositifs participent au devoir de transparence environnementale et sociale de l'entreprise en ciblant certains enjeux. Ils sont en réalité très nombreux, à tel point que l'« *accumulation* » des obligations d'information en matière environnementale et sociale est souvent constatée[1]. Ainsi, le droit social comporte son lot d'obligations d'informations pesant sur l'employeur, qui touchent les problématiques sociales[2]. De même, le droit de l'environnement implique un nombre important d'obligations d'information pesant notamment sur les exploitants d'installations classées pour la protection de l'environnement[3] ou sur les grandes entreprises qui doivent publier un bilan de leurs émissions de gaz à effet de serre, appelé « bilan carbone »[4]. D'autres dispositifs ne ciblent pas une thématique environnementale et sociale en particulier mais davantage le secteur de la société assujettie : c'est le cas des entreprises du secteur financier, que nous étudierons dans le cadre de l'investissement socialement responsable[5].

177. Parmi ces nombreux dispositifs, deux dispositifs tiennent une place importante en raison de leur rattachement à la stratégie RSE des entreprises et plus particulièrement des liens qu'ils entretiennent avec la déclaration de performance extra-financière : le plan de vigilance (§1) et le rapport sur le gouvernement d'entreprise (§2).

---

[1] HAUT COMITE JURIDIQUE DE LA PLACE FINANCIERE DE PARIS, *Rapport sur les dispositifs de transparence extra-financière des sociétés*, 2022, p. 19. Hors dispositifs applicables à certains secteurs, et en se cantonnant au cas des sociétés par actions, un groupe de travail du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris recense treize dispositifs de transparence extra-financière et observe des « *redondances* » entre ceux-ci (*id*., p. 4 et 14).
[2] C'est le cas de la base de données économiques, sociales et environnementales qui sera traitée *infra* (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1).
[3] C'est le cas des exploitants d'installations « Seveso » qui doivent amender leur rapport de gestion par la publication d'informations supplémentaires (C. Com., art. L. 225-102-2, v. *supra* Section 1, §1, A, 2, a).
[4] C. env., art. L. 229-25. Cette obligation repose sur les entreprises employant au moins 500 salariés ou 250 pour les entreprises des régions et départements d'outre-mer (et également sur certaines personnes publiques).
[5] V. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

§1. Le plan de vigilance

178. Le plan de vigilance est une obligation d'information qui s'intègre dans un dispositif plus large relatif au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre. Ce rattachement est à l'origine du caractère hybride de l'obligation de vigilance, qui combine une obligation de transparence et une obligation de comportement (A). C'est ce caractère hybride qui justifie le fonctionnement particulier du plan de vigilance (B) qui, en se situant entre obligation « de dire » et obligation « de faire », revêt une portée ambitieuse et dispose d'un contenu plus opérationnel que la déclaration de performance extra-financière.

A. Le caractère hybride de l'obligation de vigilance

179. **Le contexte d'adoption du devoir de vigilance. –** Proposé dans plusieurs textes internationaux non contraignants dont les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme adoptés en 2011[1], le devoir de vigilance – dénommé obligation de « *diligence raisonnable* » dans ces textes internationaux[2] – a fait son entrée dans le droit français par une loi du 27 mars 2017[3]. Le contexte d'adoption de cette loi permet d'expliquer le caractère plutôt ambitieux du plan de vigilance. C'est en effet à la suite de l'effondrement du Rana Plaza, immeuble situé au Bangladesh abritant des usines textiles sous-traitantes d'entreprises occidentales renommées, causant la mort de plus d'un millier de

[1] Parmi d'autres impératifs, ces principes soutiennent que la responsabilité des entreprises de respecter les droits humains s'étend à toute la chaîne de valeur (HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/4, 2011, principe n°13, p. 16). La même année, les Principes directeurs de l'OCDE ont été révisés dans le sens d'un renforcement de la prise en compte de la chaîne de valeur : la révision vise à poursuivre « *une approche nouvelle et plus complète de la diligence et de la gestion responsable de la chaîne d'approvisionnement qui représente un progrès significatif par rapport aux conceptions antérieures* » (OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, p. 4).

[2] V. HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/4, 2011, principe n°17, p. 20 et OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, n°14, p. 27.

[3] *L. n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

personnes en avril 2013, que quatre propositions de lois relatives au devoir de vigilance ont été déposées[1].

180. **Les ambitions initiales du devoir de vigilance. –** Ces initiatives législatives entendaient soumettre les grandes sociétés à une obligation de vigilance envers leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs, qui consistait en une « *obligation de prévenir les dommages ou les risques avérés de dommages sanitaires ou environnementaux* » ainsi que ceux « *résultant d'une atteinte aux droits fondamentaux* »[2]. Il était prévu que la faute de la société assujettie à l'obligation de vigilance soit présumée en cas de dommage, de manière réfragable[3]. Le dispositif issu des quatre propositions, très protecteur des victimes[4], n'a finalement pas été adopté et l'examen du texte a été renvoyé en commission au motif que cette conception de l'obligation de vigilance menaçait la compétitivité des entreprises et l'impératif de sécurité juridique[5].

181. **La Loi relative au devoir de vigilance, une loi de compromis. –** La refonte du texte a été l'occasion de réduire les ambitions de l'obligation de vigilance. D'une obligation générale des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre d'être vigilantes quant à leur chaîne de valeur assortie d'une présomption simple de faute, l'on est passé à une obligation d'établir un plan de vigilance pour les grandes entreprises et la possibilité d'engager leur

---

[1] Deux propositions de loi émanant de députés socialistes (*Proposition de loi n°1524 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 novembre 2013) et écologistes (*Proposition de loi n°1519 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 novembre 2013) ont été accompagnées quelques mois plus tard de la même proposition déposée par des députés centristes (*Proposition de loi n°1777 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2014) puis d'autres députés de gauche (*Proposition de loi n°1897 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 avril 2014).

[2] *Proposition de loi n°1519* préc., art. 1er.

[3] Était proposée la création d'un article dans le Code de commerce disposant que « *La responsabilité de l'entreprise, dans les conditions ci-dessus définies, est engagée à moins qu'elle ne prouve qu'elle n'a pu, en dépit de sa vigilance et de ses efforts, prévenir le dommage en faisant cesser son risque ou en empêchant sa réalisation compte tenu du pouvoir et des moyens dont elle disposait* ». La proposition de loi prévoyait également la création d'un article similaire dans le Code civil. Cette responsabilité était même assortie d'un volet pénal (v. *Proposition de loi n°1519* préc.).

[4] « *La présomption permet de protéger les victimes, car la charge de la preuve est un fardeau particulièrement lourd à porter dans ce type de litige. Elle leur évite de subir le risque du doute qui peut trouver à s'appliquer dans ces litiges complexes pour les juges* » (N. CUZACQ, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D.*, 2015, p. 1049).

[5] ASSEMBLEE NATIONALE, *Compte-rendu intégral, Deuxième séance du 29 janvier 2015*, p. 584 et s.

responsabilité civile de droit commun en cas de manquement à cette obligation[1]. Il était proposé que les grandes sociétés publient un plan de vigilance comportant les mesures permettant d'identifier et de prévenir les risques d'atteintes aux droits humains, de dommages corporels et environnementaux et les risques sanitaires liés aux activités des sociétés qu'elles contrôlent, ainsi que celles de leurs sous-traitants et fournisseurs. En d'autres termes, l'obligation d'information a été utilisée comme réponse au besoin d'encadrement juridique des activités transnationales des sociétés exprimé par la société civile, tout en offrant un niveau modéré de contrainte pour les entreprises. La nouvelle proposition de loi prévoyait tout de même davantage qu'une simple obligation de transparence puisqu'un juge pouvait contrôler la mise en œuvre du plan de vigilance et des sanctions étaient prévues[2].

182. Néanmoins, la majorité sénatoriale s'est élevée contre cet alourdissement de charges pesant sur les entreprises[3], pointant les menaces qu'aurait fait peser une obligation de vigilance sur la compétitivité des entreprises françaises et la libre concurrence[4]. Le Sénat a alors rejeté la proposition des députés et a adopté le texte issu de la commission des lois du Sénat qui prévoyait que l'obligation de vigilance soit cantonnée à une obligation de transparence et soit fondue dans l'obligation d'information non financière de l'entreprise à l'occasion de la transposition de la directive européenne du 22 octobre 2014[5]. La commission mixte paritaire réunie a constaté l'impossibilité d'établir un texte commun aux deux assemblées[6]. Finalement, la loi adoptée en dernière lecture par l'Assemblée nationale a

---

[1] *Proposition de loi n°2578 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 11 février 2015.
[2] *Id.*, art. 1er.
[3] D'autant plus au regard du caractère incertain de certaines dispositions de la proposition de loi (*Rapport n°10 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre par M. Christophe-André FRASSA*, 5 oct. 2016, p. 8).
[4] Le sénateur M. Christophe-André FRASSA, dans son rapport fait au nom de la Commission des lois, souligne ce point : « *D'un point de vue économique, votre rapporteur rappelle le risque d'atteinte à la compétitivité des entreprises françaises que fait courir la présente proposition de loi. En effet, elle créerait une inégalité de traitement entre les entreprises françaises et les autres entreprises européennes, compte tenu des obligations qu'elle ferait peser sur les premières uniquement, et constituerait une atteinte à la concurrence car les entreprises étrangères intervenant en France n'y seraient pas soumises, puisque ce texte ne trouverait à s'appliquer qu'aux sociétés dont le siège est en France* » (*id.,* p. 9).
[5] *Ibid.*
[6] « *Alors que l'Assemblée nationale privilégie la création d'une véritable obligation de vigilance, dont les manquements pourraient donner lieu à poursuite et à sanction financière, le Sénat se borne, par une transposition partielle de la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014, à élargir la reddition de comptes imposée aux entreprises en matière de responsabilité sociétale et environnementale à des mesures de vigilance laissées à leur discrétion* » (*Rapport n°4242 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de*

conservé le volet coercitif du devoir de vigilance, sanctionné par une injonction judiciaire de respecter les obligations de vigilance, une amende civile pouvant aller jusqu'à dix millions d'euros et l'éventuel engagement de la responsabilité de la société en cas de dommage. Le Conseil constitutionnel, à l'occasion de son contrôle *a priori* de la loi, a censuré le dispositif d'amende civile[1]. La loi a finalement été promulguée le 27 mars 2017[2], soit plus de trois ans et demi après les premières propositions de loi en la matière. Ainsi, la loi relative au devoir de vigilance est une loi de compromis : moins ambitieuse que les premières propositions de loi formulées en réaction à l'accident du Rana Plaza, elle ne se cantonne pas pour autant à établir une simple obligation de transparence fondue dans le *reporting* extra-financier conformément au souhait des sénateurs.

183. **Une obligation hybride. –** Le devoir de vigilance constitue en premier lieu une obligation de transparence. L'obligation de vigilance consiste essentiellement pour les sociétés qui y sont assujetties à publier un plan qui « *comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* » résultant de ses activités ou de celles des sociétés qu'elle contrôle et des sous-traitants et fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie[3]. Cinq catégories d'information sont visées par l'article L. 225-102-4 du Code de commerce : doivent être présentés la cartographie des risques, les procédures d'évaluation régulière des filiales, sous-traitants et fournisseurs, les actions d'atténuation ou de prévention des risques, le mécanisme d'alerte et de recueil des signalements déployé ainsi que le dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité. Néanmoins, le législateur ne s'est pas contenté d'augmenter la charge déclarative des grandes sociétés mais s'est attaché à garantir l'effectivité de cette obligation de vigilance – c'est en cela qu'elle présente un caractère hybride[4]. En effet, la société ne doit pas uniquement produire le plan : il est exigé

---

l'administration générale de la République sur la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre par M. Dominique POTIER, 23 nov. 2016, p. 13).

[1] C. C., 23 mars 2017, déc. n°2017-750 DC*, Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.*

[2] *L. n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

[3] C. Com., art. L. 225-102-4, I, al. 3.

[4] Ce principe d'effectivité est au cœur des débats parlementaires. V. par exemple : « *En prévoyant que les entreprises devront désormais établir un plan de vigilance dont le juge appréciera l'effectivité en cas de*

qu'elle le « *met*[te] *en œuvre* »[1]. Le législateur a donc assorti la visée informative de l'obligation de vigilance d'une véritable norme de comportement. A cette fin, la société doit publier le « *compte-rendu de la mise en œuvre effective* » du plan[2].

184. **Une dimension préventive. –** Cette recherche de l'effectivité est renforcée par le fait que l'obligation de vigilance intègre une dimension préventive[3]. Là où la déclaration de performance extra-financière consiste essentiellement en une obligation de *reporting a posteriori*, le devoir de vigilance oblige l'entreprise à anticiper la survenance de risques d'atteintes potentielles aux droits humains, à la sécurité des personnes et à l'environnement. Cette visée préventive favoriserait la mise en œuvre effective de la vigilance en ce que l'adoption d'un comportement vigilant permettrait de faire obstacle à la survenance d'un dommage[4].

185. Ce caractère hybride de l'obligation de vigilance, conçue autant comme une norme de transparence que comme une norme de comportement, explique le fonctionnement particulier du plan de vigilance, qui est plus poussé que le régime de la déclaration de performance extra-financière.

---

dommages ou d'atteintes aux droits fondamentaux, il marque une avancée. Notre pays rend ainsi effectif le principe juridique de diligence raisonnable, recommandé par les principes directeurs des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme, qui constituent le texte international de référence en la matière » (ASSEMBLEE NATIONALE, *Compte-rendu intégral*, *Séance du 30 mars 2015*, p. 3239) ; « *Cependant, la responsabilité qui est la nôtre ne consiste pas à côtoyer l'idéal et la vertu, mais à rendre effectifs et efficaces les dispositifs législatifs* » (*id*., p. 3246).

[1] C. Com., art. L. 225-102-4, I, al. 2. Le caractère hybride du devoir de vigilance est renforcé par l'existence de sanctions applicables en cas de manquement à l'obligation de vigilance de l'entreprise, qui sont plus énergiques que la sanction qui est prévue pour la déclaration de performance extra-financière. V *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 et Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

[2] C. Com., art. L. 225-102-4, I, al. 5.

[3] L'exposé des motifs de la proposition précise bien qu'il s'agit d'une *« obligation, pour certaines sociétés, de prévoir un plan de vigilance à visée préventive* » (*Proposition de loi n°2578* préc., p. 10).

[4] « […] *le législateur, à travers cette loi, fait peser sur ces pouvoirs privés économiques une responsabilité préventive contraignante. En effet, ils doivent anticiper les externalités négatives de leurs activités en mettant en place des mécanismes d'identification des risques et de prévention des atteintes graves. Ce devoir de vigilance fait écho à la notion de diligence raisonnable prévue, par exemple, par le dix-septième principe directeur relatif aux entreprises et aux droits de l'homme formulé par les Nations unies. Il est question d'agir ex ante pour éviter la réalisation de dommages d'une extrême gravité comme cela a été le cas lors de l'effondrement du Rana Plaza. Cette volonté du législateur d'exiger une action en amont se comprend aisément puisque la prévention permet d'éviter la réalisation des dommages* » (L. MAVOUNGOU, « Les pouvoirs privés économiques à l'épreuve de la loi française sur le devoir de vigilance », *RIDE*, 2019, p. 53).

B. Le fonctionnement ambitieux du plan de vigilance

186. Le caractère ambitieux du fonctionnement du plan de vigilance est perceptible au regard de sa portée extensive (1) et de son contenu plutôt opérationnel (2).

1. La portée élastique du plan de vigilance

187. Si les sociétés assujetties à l'obligation de vigilance sont peu nombreuses en raison du caractère restreint de son champ d'application (a), tel n'est pas le cas des sociétés entrant dans le périmètre de vigilance (b), de sorte que la portée du plan de vigilance apparaît élastique.

a. Le champ d'application restreint du plan de vigilance

188. **Les formes sociales concernées. –** Les formes sociales concernées par l'obligation d'établir un plan de vigilance sont les sociétés anonymes, du fait de la position de la disposition dans le chapitre consacré à celles-ci, et, par renvoi, les sociétés en commandite par actions[1] et les sociétés européennes[2]. Les sociétés par actions simplifiées sont en principe également assujetties, puisque contrairement à la déclaration de performance extra-financière, la disposition légale régissant le plan de vigilance n'est pas exclue du renvoi opéré par l'article L. 227-1 du Code de commerce[3]. Bien que l'applicabilité de l'obligation de vigilance aux SAS ait été discutée en doctrine en raison d'une ambiguïté de la loi[4], elle ne fait

---

[1] C. Com., art. L. 226-1, al. 2.
[2] C. Com., art. L. 229-1, al. 2.
[3] Le rapport du Conseil Général de l'Economie confirme l'application de l'obligation de vigilance aux SAS (CONSEIL GENERAL DE L'ECONOMIE, *Evaluation de la mise en œuvre de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances*, 2020, p. 17). V. également C. MALECKI, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », *BJS*, 2017, p. 298 ; N. LENOIR, « La loi sur le devoir de vigilance ou les incertitudes sur la transformation du droit souple en règles impératives », *JCP E*, 2020, n°10, p. 25)
[4] L'inapplicabilité de la loi sur le devoir de vigilance aux SAS a pu être défendue en raison de la référence, dans la loi, à l'article L. 225-100 du Code de commerce qui prévoit que le Conseil d'administration ou le Directoire présente le rapport de gestion à l'assemblée générale. Or, les SAS ne sont pas soumises à cette disposition, puisqu'elles ne disposent pas de ces organes sociaux (v. notamment A. REYGROBELLET, « Devoir de vigilance ou risques d'insomnies ? », *RLDA*, 2017/128, 6275, n°11 et s., p. 38 et D. GALLOIS-COCHET, « Le périmètre du devoir de vigilance », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, n°4, p. 46). Cet argument était contestable : « *la loi est applicable aux SAS à l'exception de l'obligation d'inclure le plan et le compte-rendu y afférent dans le rapport visé à l'article L. 225-102 et donc L. 225-100 (rapport de gestion), puisque les SAS ne sont pas soumises à ces dispositions. Il n'en reste pas moins que les SAS doivent également établir un*

aujourd'hui plus vraiment débat, grâce aux clarifications apportées par le Gouvernement[1] et l'Assemblée nationale[2] et au regard du comportement en pratique des SAS qui, atteignant les seuils de salariés, publient de tels plans[3]. Afin de dissiper toute ambiguïté, une modification du Code de commerce intégrant expressément les SAS au champ d'application du devoir de vigilance serait bienvenue. Plus largement, il conviendrait d'intégrer toutes les autres formes sociales, telles que les SARL et SNC[4].

189. **Des sociétés de très grande taille. –** L'article L. 225-102-4, I du Code de commerce précise les titulaires de l'obligation d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance. Deux seuils alternatifs sont ainsi prévus : sont assujetties les sociétés qui, à la clôture de deux exercices consécutifs, emploient 5 000 salariés, y compris dans leurs filiales directes et indirectes dont le siège social est situé en France, ou emploient 10 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes à l'étranger[5]. Visant des sociétés de très grande taille, le champ d'application est plus restrictif que celui de la déclaration de performance extra-financière[6] de sorte qu'en définitive assez peu de sociétés seraient soumises à l'établissement

---

rapport de gestion (cf. art. L. 232-1) qui pourra donc comprendre les éléments précités, puisque le plan et le compte-rendu de sa mise en œuvre doivent être rendus publics », (D. PORACCHIA, « Observations sur la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *RTDF*, 2017, n°5, p. 93).

[1] V. les observations du Gouvernement dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi (C. C., 23 mars 2017, déc. n°2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*)

[2] ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information n°5124 par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, 24 fév. 2022, p. 46.

[3] Sur ce constat, v. *ibid.*

[4] *Id.,* p. 47 et s. L'exclusion de certaines formes juridiques d'entreprises pose, comme en matière de *reporting* extra-financier, la question des limites de la prise en compte de la forme sociale pour appliquer des dispositifs visant à prévenir des atteintes à l'environnement et aux droits humains par nature étrangères aux structures juridiques des entreprises. Il est regrettable que « *d'importants acteurs économiques échappent ainsi au devoir de vigilance, alors que la structure juridique de l'entreprise devrait être neutre au regard de la nature de l'obligation* » (D. GALLOIS-COCHET, « Le périmètre du devoir de vigilance », *in* S. SCHILLER (dir.), *op. cit.,* n°6, p. 47). Ainsi, l'une des cinq recommandations du rapport du Conseil général de l'Economie consiste précisément à étendre le champ d'application du devoir de vigilance aux SARL et SNC (CONSEIL GENERAL DE L'ECONOMIE, rapport préc., p. 20). C'est également une recommandation des rapporteurs de la mission d'information parlementaire relative au devoir de vigilance (ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information n°5124* préc., p. 47).

[5] Les filiales qui dépasseraient ces seuils sont présumées satisfaire à l'obligation de vigilance « *dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle* » (C. Com., art. L. 225-102-4, I).

[6] N. Cuzacq regrette que le champ d'application de l'obligation de vigilance ne soit pas aligné sur celui du *reporting* extra-financier : le choix d'un champ d'application plus strict que le *reporting* aboutit à « *un hiatus, car des entreprises* [sont] *assujetties à l'obligation de transparence en matière de diligence sans être soumises à l'obligation de vigilance, alors qu'il semble logique d'apparier les deux dispositifs* ». Selon lui, « *la proposition*

du plan de vigilance[1]. Du fait de l'absence de service étatique permettant de répertorier les sociétés dépassant les seuils cités, l'inventaire des sociétés assujetties et le suivi de l'obligation de vigilance demeurent difficiles à mettre en œuvre – ce qui est assez contradictoire avec l'ambition du plan de vigilance[2]. Il semblerait néanmoins qu'environ 250 sociétés soient concernées par cette obligation[3].

190. **La proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance. –** L'adoption prochaine d'une directive sur le devoir de vigilance pourrait être l'occasion pour le droit français d'intégrer ces formes sociales au champ du devoir de vigilance. En effet, la proposition de directive ne distingue pas selon les formes sociales[4]. Quant à la taille des sociétés concernées, l'adoption de cette directive aboutira sans doute à un abaissement des seuils de salariés. Si la proposition issue de la Commission européenne prévoit qu'un tel devoir s'appliquera aux sociétés européennes employant plus de 500 salariés et faisant état d'un chiffre d'affaires supérieur à 150 millions d'euros, ainsi qu'aux sociétés des secteurs textile, agricole et extractif qui emploient plus de 250 salariés et qui réalisent un chiffre d'affaires d'au moins 40 millions d'euros[5], le Conseil de l'Union européenne, dans son orientation générale sur la proposition, a introduit une clause d'application progressive de la

---

a choisi ce domaine d'application en raison de son caractère restrictif. Il s'agit d'une concession des rédacteurs du texte à l'égard des lobbies *économiques* » (N. CUZACQ, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D.*, 2015, p. 1049).

[1] Pour une critique du caractère restrictif du champ d'application qui intéresse potentiellement un faible nombre de sociétés, v. S. COSSART et M.-L. GUISLAIN, « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable. Pourquoi le raisonnement juridique ne peut pas constituer un obstacle aux choix politiques », *RLDA*, 2015, p. 78 : « *Il serait alors abusif pour le Gouvernement de dénommer la* [proposition de loi] "la loi Rana Plaza", *alors même qu'elle est née de la volonté d'éviter de tels drames, puisqu'elle exclut de son champ d'application des entreprises comme Camaïeu dont les vêtements ont été retrouvés dans les décombres. Elle ne permettrait pas non plus d'inclure des groupes aussi importants que la pétrolière franco-britannique Perenco, dont les ONGs dénoncent les graves dommages environnementaux et atteintes à l'intégrité physique des communautés riveraines, en RDC, Guatemala, Pérou ou Colombie* ».

[2] V. CONSEIL GENERAL DE L'ECONOMIE, rapport préc., p. 18.

[3] Le Conseil Général de l'Économie estime que 200 à 250 entreprises sont concernées en 2017 (*id.,* p. 20) tandis que des ONG estiment qu'en 2021, 265 sociétés étaient soumises à cette obligation (SHERPA et CCFD-TERRE SOLIDAIRE, *Le radar du devoir de vigilance*, 2021, p. 4).

[4] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2022) 71 final*, 23 fév. 2022, « 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 ».

[5] *Id.,* art. 2. Sont également visées les entreprises de pays tiers réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 150 millions d'euros (ou 40 millions pour les trois secteurs énumérés) sur le territoire de l'Union.

future directive[1]. Le texte de compromis prévoit donc pour l'heure que trois ans après l'entrée en vigueur de la directive, seules les entreprises employant plus de 1000 salariés et réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 300 millions d'euros soient concernées par le devoir de vigilance. Les seuils de 500 salariés et de 150 millions d'euros seraient appliqués quatre ans après l'entrée en vigueur de la directive. Quant aux sociétés relevant des trois secteurs à haut risque, elles seraient soumises au devoir de vigilance cinq ans après cette entrée en vigueur. Ainsi, l'abaissement des seuils dans le Code de commerce est incertain – ces dispositions n'étant pas définitives – et assez lointain (d'ici sept à dix ans, en prenant en compte le délai d'adoption de la directive ainsi que les délais différés d'application).

191. Si le champ d'application du devoir de vigilance est restreint aux très grandes sociétés, tel n'est pas le cas de son périmètre d'application, qui est particulièrement extensif.

b. Le périmètre d'application extensif du plan de vigilance

192. Le périmètre du plan de vigilance est extensif, couvrant les sociétés contrôlées et les sous-traitants et fournisseurs avec lesquels la société assujettie entretient une relation commerciale établie (ii). L'ambition du devoir de vigilance de couvrir un tel périmètre, qui peut paraître comme étant « *aussi vertigineuse qu'irréaliste* » a pour objectif de pallier la dilution du risque permise par l'organisation juridique des groupes de sociétés. L'objectif d'un tel périmètre est donc d'aligner pouvoir économique et juridique (i).

i. L'objectif du périmètre : l'alignement du pouvoir juridique sur le pouvoir économique

193. **La confrontation du périmètre de la vigilance au principe d'autonomie des personnes morales. –** La mise en œuvre du devoir de vigilance a des effets sur le principe d'autonomie des personnes morales puisqu'il s'agit d'imposer à la société assujettie de surveiller les activités d'entreprises qui lui sont juridiquement indépendantes. Évidemment, c'est l'existence de liens de nature juridique ou économique qui justifie l'exigence d'une certaine vigilance. Pour autant, des voix se sont élevées contre l'existence de ce devoir de

[1] CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, *Orientation générale. 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*, 30 nov. 2022, 6533/22.

vigilance, contesté en ce qu'en plus de causer un alourdissement des charges pesant sur les entreprises, sa mise en œuvre implique une ingérence de la société assujettie dans les activités des sociétés contrôlées et de ses partenaires commerciaux. Lors des débats parlementaires, la majorité sénatoriale s'est faite la porte-parole de cette revendication qui émanait des entreprises[1]. C'est sur cette portée extensive du devoir de vigilance que les critiques se sont cristallisées : comment justifier l'intégration de ces entreprises dans le plan – surtout les sous-traitants et fournisseurs – alors que la société donneuse d'ordre n'exerce aucun pouvoir de décision à leur égard[2] ?

194. **La volonté d'une correspondance entre pouvoir économique et juridique. –** Pourtant, c'est bien tout l'intérêt du devoir de vigilance que d'inviter les entreprises à contrôler le respect de normes minimales en matière de droits humains et d'environnement par leurs partenaires commerciaux et leurs filiales : le devoir de vigilance a été conçu afin d'encadrer les conséquences des comportements des sociétés qui « *créent donc des filiales toujours plus nombreuses et opaques, ont recours à une cascade de sous-traitants et se cachent derrière l'autonomie de la personne juridique quand une catastrophe humaine ou environnementale survient* »[3]. Par l'obligation faite aux sociétés assujetties d'établir et de mettre en œuvre des plans de vigilance portant sur les activités de leurs partenaires économiques, le législateur entend dépasser « *le voile juridique séparant les sociétés mères de leurs filiales* »[4] ainsi que celui séparant les sociétés et leurs fournisseurs ou sous-traitants, « *réconcili*[ant] *la réalité économique et l'orthodoxie juridique* »[5]. L'autonomie des

---

[1] Le rapport de la commission des lois du Sénat affirmait ainsi : *« La mise en œuvre du plan de vigilance conduirait aussi les sociétés qui y seraient assujetties à s'ingérer dans la direction de leurs filiales, au mépris du principe d'autonomie des personnes morales, et même de leurs sous-traitants, par l'alourdissement des obligations contractuelles qu'elles devraient imposer pour s'assurer de l'application en cascade du plan de vigilance* » (*Rapport n°10 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre par M. Christophe-André FRASSA*, 5 oct. 2016, p. 9).

[2] « *Ce devoir de vigilance, aux contours encore mal définis, peut-il réellement s'imposer quand sa réalisation impliquera nécessairement l'ingérence de nos entreprises dans le fonctionnement, voire la direction d'entreprises étrangères ?* » (C. COULON, « Responsabilité des sociétés du fait de leurs filiales et sous-traitants : le devoir de vigilance ne convainc pas les sénateurs », *Resp. civ. et assur.*, 2016, alerte 2).

[3] SENAT, *Compte-rendu intégral, Séance du 1er février 2017*, p. 1147.

[4] *Rapport n°4184/99 fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre par M. Dominique POTIER et M. Christophe-André FRASSA*, 2 nov. 2016, p. 4.

[5] L. MAVOUNGOU, « Les pouvoirs privés économiques à l'épreuve de la loi française sur le devoir de vigilance », *RIDE*, 2019, p. 56.

personnes morales n'exclut pas en effet l'existence d'un pouvoir exercé par la société assujettie. Ce pouvoir n'est d'ailleurs pas seulement économique : il peut bel et bien être de nature juridique, puisque la société assujettie peut être liée à l'entreprise par des liens capitalistiques ou un contrat. C'est bien au titre de ce pouvoir que l'obligation de vigilance est justifiée. Ainsi, le fait d'imposer un devoir de vigilance contribue à contrer l'effet de dilution du risque permis par l'organisation sous forme de groupes de sociétés ou l'externalisation de l'activité par le recours à des fournisseurs et sous-traitants[1]. En d'autres termes, c'est l'existence de pouvoirs économiques importants qui justifie le déploiement d'un certain pouvoir juridique de l'entreprise mère ou donneuse d'ordre sur ses filiales et partenaires, à travers la mise en œuvre de mesures de vigilance[2].

195. La volonté du législateur d'aligner le pouvoir juridique des sociétés mères et donneuses d'ordre sur leur pouvoir économique l'a conduit à déterminer un périmètre de vigilance dont la couverture est particulièrement vaste.

ii. La couverture du périmètre

196. **Les sociétés intégrées dans le plan de vigilance ou « *objets du devoir de vigilance* »[3]. –** Le devoir de vigilance des grandes sociétés doit être exercé à l'encontre « *des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation* »[4]. Ainsi, le périmètre de la vigilance est extensif, correspondant à la sphère d'influence de l'entreprise[5].

---

[1] « *Pour le législateur, le groupe de sociétés ne peut plus, au regard de certains impératifs, demeurer un instrument de limitation du risque et de dilution des responsabilités. Il est certain que, dans le fonctionnement pratique des groupes de sociétés, les filiales sont des simples exécutants de la politique économique, financière et sociale décidée et orchestrée par la société mère* » (*ibid.*).

[2] Si la vigilance est un devoir pour la société assujettie, elle est concrétisée par l'expression d'un pouvoir juridique à l'encontre de ces sociétés.

[3] A. REYGROBELLET, « Devoir de vigilance ou risques d'insomnies ? », *RLDA*, 2017/128, 6275, n°14, p. 39.

[4] C. Com., art. L. 225-102-4, I.

[5] La sphère d'influence de l'entreprise, qui renvoie à la « *portée/ampleur des relations politiques, contractuelles, économiques ou autres à travers lesquelles une organisation a la capacité d'influer sur les décisions ou les activités de personnes ou d'autres organisations* » (ISO 26000:2010, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*) sera étudiée plus tard (v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1).

197. **Les sociétés contrôlées. –** En premier lieu, la vigilance de la société assujettie doit être portée sur les sociétés qu'elle contrôle. Cette exigence est présentée comme le corollaire du « *pouvoir de domination exercé sur une société contrôlée* » qui permet ainsi « *d'imposer les mesures de prévention des risques identifiées* » et qui « *rend possible leur mise en œuvre effective* »[1]. Le contrôle visé est le contrôle dit « exclusif », c'est-à-dire la détention par la société assujettie de la majorité des droits de vote d'une société, la désignation de la majorité de ses dirigeants ou encore l'influence dominante exercée en vertu d'un contrat ou de clauses des statuts[2]. La prise en compte de cette notion large de contrôle est bienvenue en ce qu'elle constitue « *un miroir* […] *fidèle de la réalité économique qui innerve la vie des groupes de sociétés* », dépassant leur configuration juridique[3].

198. **Les partenaires commerciaux. –** En second lieu, le plan de vigilance doit porter sur les activités des partenaires commerciaux de l'entreprise, plus précisément les sous-traitants et fournisseurs avec lesquels la société assujettie ou les sociétés qu'elle contrôle[4] entretiennent une « *relation commerciale établie* », c'est-à-dire une relation présentant « *un caractère suivi, stable et habituel* »[5]. Ainsi, le plan de vigilance est sur ce point plus restrictif que la déclaration de performance extra-financière, qui vise les risques « *créés par* [l]*es relations d'affaires* » de la société[6].

199. **La difficulté de détermination de la relation commerciale établie. –** En pratique, la caractérisation d'une relation commerciale établie est difficile. En effet, bien qu'il s'agisse d'une notion connue du droit des affaires (renvoyant à la rupture brutale d'une relation commerciale établie sanctionnée par le Code de commerce ainsi qu'aux conventions

---

[1] D. GALLOIS-COCHET, « Le périmètre du devoir de vigilance », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, n°16, p. 51.
[2] C. Com., art. L. 233-16, II.
[3] N. CUZACQ, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D.*, 2015, p. 1049.
[4] L'inclusion des sous-traitants et fournisseurs des sociétés contrôlées dans l'établissement du plan de vigilance a été confirmée par le Conseil constitutionnel (C. C., 23 mars 2017, déc. n°2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, cons. n°11).
[5] Cass. com., 2 oct. 2019, n°18-14.849. V. également Cass. com., 15 sept. 2009, n°08-19.200 : *D.* 2009, act. jurispr. 2277, obs. CHEVRIER ; *CCC* 2010, comm. 179, note N. MATHEY ; D. FERRIER et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, 9e éd., LexisNexis, 2020, n°417, p. 265.
[6] C. Com., art. R. 225-105, I, 1° et *Dir. 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes*, art. 1er. Néanmoins, la notion n'est pas si large puisque l'entreprise doit mentionner les « *principaux* » risques créés par ses relations d'affaires uniquement « *lorsque cela s'avère pertinent et proportionné* ».

réglementées[1]) et ainsi sécurisante[2], sa caractérisation peut être délicate. Cette complexité est accrue par le fait que les entreprises doivent délimiter le périmètre de leurs relations commerciales établies elles-mêmes, en amont de tout litige (alors que la rupture d'une relation commerciale, par exemple, suppose une intervention judiciaire), et qu'il n'existe pour l'instant pas de jurisprudence qui spécifierait cette définition dans le cadre du devoir de vigilance. Une affaire est emblématique de cette difficulté. En mars 2021, des ONG assignent le groupe Casino en responsabilité pour manquement à son devoir de vigilance devant le Tribunal judiciaire. Si nous étudierons plus tard les cas de responsabilité pour défaut de vigilance[3], cette affaire met au jour l'ambiguïté de la loi quant à la délimitation du périmètre du plan de vigilance. En effet, les ONG reprochent au groupe de ne pas avoir intégré dans son plan de vigilance l'activité de certains de ses fournisseurs de viande, qui seraient impliqués dans des actes de déforestation, dont de la déforestation illégale, de la forêt amazonienne[4]. Dans ses plans de vigilance publiés les années suivantes, le groupe veille à préciser le périmètre de sa vigilance : il semble considérer que seuls les fournisseurs de premier et deuxième rang en font partie, et non les fournisseurs de rang 3[5]. Or, les fermes d'élevage

---

[1] C. Com., art. L. 442-1, II pour la rupture brutale ; C. Com., art. L. 420-2 en matière de conventions réglementées.

[2] Le Conseil constitutionnel a considéré que cette notion était « *suffisamment précise* » puisqu'utilisée dans d'autres mécanismes du droit des affaires (C. C., 23 mars 2017, déc. n°2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, cons. n°22). En ce sens, N. Cuzacq observe qu'il s'agit d'un bon compromis : plus étroite que la notion d' « *influence déterminante* » initialement prévue dans la proposition de loi (*Proposition de loi n°2578 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 11 février 2015, art. 1er), la notion de relation commerciale établie « *permet de respecter un équilibre entre l'intérêt des victimes et celui des entreprises concernant la délimitation du périmètre de l'obligation de vigilance* » (N. CUZACQ, art. préc., p. 1049). V. également G. JAZOTTES, « Sous-traitance et "relation commerciale établie" au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce : quelle pertinence pour le plan de vigilance ? », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2018, nº139.

[3] V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

[4] Les associations estiment que l'élevage bovin correspondant à la viande vendue en 2019 par le groupe serait liée à une déforestation de 56 000 hectares de l'Amazonie – la déforestation servant à augmenter la surface de pâturage du bétail (ENVOL VERT, *Groupe Casino : éco-responsable de la déforestation*, 2020, p. 60).

[5] Les principales mesures de vigilance sont déployées à l'égard de ce que le groupe appelle les « *fermes directes* » (fournisseurs de rang 1 et 2). Pour les « *fermes indirectes* », le groupe mentionne seulement à la fin de son plan de vigilance quelques initiatives qui ne sont pas à proprement parler des mesures de vigilance mais davantage des actions volontaires relevant de la RSE : « *Compte tenu de la difficulté pour les fournisseurs de contrôler et surveiller ces fermes à grande échelle, et des pratiques illégales dites de "blanchiment en bovin" utilisées par certains propriétaires, GPA soutient et participe à la mise en place de solutions de contrôle du rang 3 durables, déployables à grande échelle, et partagées par tous les acteurs. C'est pourquoi, GPA fait partie du groupe de travail pour les fournisseurs indirects (GTFI), aux côtés de différentes associations dont la National Wildlife Federation (NWF), Earthworm ou encore Amigos da Terra, et participe à des projets pilotes impliquant les fournisseurs visant à renforcer la surveillance des fermes indirectes pour une production durable de viande bovine* » (CASINO, *Document d'enregistrement universel 2021*, déposé le 31 mars 2022, p. 250). V. également *id.*, p. 252 : « *GPA/Assaí incitent ses fournisseurs à communiquer les règles applicables aux fermes et à*

impliquées dans les actes de déforestation illégale sont des fournisseurs de troisième rang. Toutefois, l'article L. 225-102-4 du Code de commerce ne fait pas mention de la notion de rang. Au contraire, la formule passive utilisée (« *avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie* ») implique une vision large du périmètre, la relation pouvant être caractérisée à chaque maillon de la chaîne de valeur et non seulement à l'égard de l'entreprise donneuse d'ordre :

> « *La forme passive de la rédaction de la loi rend possible cet élargissement du périmètre opérationnel à des fournisseurs ou sous-traitants indirects, avec comme garde-fous la nécessité de caractériser une relation commerciale à chaque niveau de la chaîne de sous-traitance, ainsi que l'inclusion dans le plan de leurs seules activités rattachées à cette relation* »[1].

En effet, l'exclusion de tels fournisseurs semble contraire à l'esprit de la loi qui invite l'entreprise à la vigilance quant aux atteintes commises le long de sa chaîne de valeur. Quoi qu'il en soit, cette affaire révèle le caractère indéterminé et ambigu de la notion de « *relation commerciale établie* », que la décision judiciaire, pas encore intervenue dans cette affaire, pourra sans doute éclairer.

200. **Proposition d'une prise en compte de la significativité de la relation commerciale établie. –** Au-delà de l'ambiguïté qu'elle contient, la référence dans la loi à cette notion de « *relation commerciale établie* » est ainsi souvent contestée en ce qu'elle « *paraît à contre-courant de la finalité recherchée* »[2]. En effet, il a pu être avancé que ce sont justement les partenaires commerciaux occasionnels, dont les conditions d'exercice d'activité sont peu connues de l'entreprise donneuse d'ordre, qui devraient faire l'objet d'une vigilance accrue[3].

---

identifier les fermes indirectes (qui fournissent les fermes directes) qui représentent le rang 3 de la chaîne d'approvisionnement ».

[1] D. GALLOIS-COCHET, « Le périmètre du devoir de vigilance », *in* S. SCHILLER (dir.), *op. cit.,* n°21, p. 54. V. *contra* S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, 2017, n°15, qui considère que l'expression « directement ou indirectement » concerne uniquement les sociétés contrôlées et non les sous-traitants et fournisseurs de sorte que les sous-traitants et fournisseurs indirects ne seraient pas inclus dans le périmètre.

[2] D. GALLOIS-COCHET, « Le périmètre du devoir de vigilance », *in* S. SCHILLER (dir.), *op. cit.*, n°21, p. 54. Au contraire, des auteurs soulignent que « *ce critère paraît* […] *adapté à la finalité du texte car l'élaboration d'un plan suppose la prévisibilité et une certaine stabilité à laquelle répond la relation établie* » (S. MAC CIONNAITH, G. JAZOTTES et S. SABATHIER, « Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de *soft law* et de *hard law* », *RLDA*, 2017/124, 6168, p. 26).

[3] A cet égard, le Point de Contact National (PCN), dans un rapport sur l'application des Principes directeurs de l'OCDE dans le secteur textile et sur la portée de la notion de « relation d'affaires », a affirmé que « *la durabilité*

Ainsi, une partie de la doctrine propose une modification du critère tenant à la relation commerciale : il a été proposé que soit prise en compte la significativité de la relation commerciale[1]. Le critère de la significativité de la relation est plus large puisqu'il englobe tant une relation commerciale établie qu'une relation plus ponctuelle mais financièrement importante et présente l'avantage d'être objectivable par les juges. Il a dès lors été proposé « *d'inclure dans le périmètre opérationnel du plan les sous-traitants ou fournisseurs significatifs, en précisant dans le décret que le critère de significativité pouvait résulter soit d'une relation commerciale établie, soit du volume d'une commande* »[2]. Cette modification serait la bienvenue au regard des difficultés pratiques de détermination du périmètre de vigilance, puisqu'elle ne remet pas en cause le critère de relation commerciale établie, mais le complète d'un critère alternatif qui réside dans l'importance économique de la relation. Une telle proposition, qui constitue un élargissement du périmètre de vigilance, nous paraît légitime dans la mesure où le devoir de vigilance intéresse un nombre resserré de thématiques : seules sont concernées les « *atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* »[3]. Certes, cette proposition laisse irrésolues certaines situations : dans le cas de l'affaire Casino, dans l'hypothèse où les fermes indirectes représenteraient un volume de commandes peu important, elles resteraient à l'écart du périmètre de vigilance. Pour autant, l'ajout de ce critère alternatif nous semble être une proposition raisonnable et proportionnée dans la mesure

---

de la relation d'affaires est décisive » pour prévenir les risques d'atteintes aux droits humains et à l'environnement (POINT DE CONTACT NATIONAL, *Rapport sur la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement*, 2013, p. 59). De ce point de vue, il paraît important d'exercer une vigilance sur des entreprises avec lesquels une relation ponctuelle est menée, dans la mesure où le risque d'atteinte aux droits humains et à l'environnement est plus important. Sur le PCN, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

[1] D. GALLOIS-COCHET, « Le périmètre du devoir de vigilance », *in* S. SCHILLER (dir.), *op. cit.*, n°21, p. 54. Il a également été proposé de définir le périmètre de vigilance à partir de la notion de sphère d'influence (sur la définition de cette notion, v. *supra* B, 1, b). Néanmoins, si ce critère est pertinent en ce qu'il permet d'inscrire le champ du devoir de vigilance dans une logique RSE, il apparaît plus difficilement maniable en pratique dans la mesure où la définition de ses contours appartient à l'entreprise : pour déterminer la portée de son obligation de vigilance, l'entreprise devrait déterminer les fournisseurs et sous-traitants dont elle influe les décisions et activités. Or, cette capacité d'influence demeure une notion assez subjective : « *Cette notion est trop floue pour devenir le sémaphore des juges. Il faut parfois polir les concepts de la* soft law *avant de les intégrer dans la* hard law » (N. CUZACQ, art. préc., p. 1049). Au contraire, le critère de la significativité et la notion de relation commerciale établie, en ce qu'ils sont précisés par le législateur ou la jurisprudence, permettent d'objectiver le champ du plan de vigilance.

[2] D. GALLOIS-COCHET, « Le périmètre du devoir de vigilance », *in* S. SCHILLER (dir.), *op. cit.,* n°21, p. 54.

[3] C. Com., art. L. 225-102-4.

où il peut être difficile pour l'entreprise de surveiller les actes de partenaires commerciaux indirects qui de surcroît représentent un faible volume de commande.

201. **La proposition de directive sur le devoir de vigilance. –** L'adoption prochaine de la directive sur le devoir de vigilance pourrait être l'occasion d'une clarification du périmètre des partenaires commerciaux de l'entreprise, aboutissant à un élargissement de celui-ci. Pour l'instant, le Conseil de l'Union européenne, dans son texte de compromis adopté à la suite de la proposition issue de la Commission, a fait le choix de ne pas utiliser le concept de « *relation commerciale établie* »[1] au profit de la notion de « *partenaire commercial* », défini comme « *une entité juridique :*

> *i) avec laquelle l'entreprise a conclu un accord commercial en rapport avec les activités, produits ou services de l'entreprise ou à laquelle elle fournit des services conformément au point g) ("partenaire commercial direct"), ou*
>
> *ii) qui n'est pas un partenaire commercial direct, mais qui exerce des activités commerciales liées aux activités, produits ou services de l'entreprise* ("*partenaire commercial indirect*") »[2].

Ce texte provisoire ne fait donc ni référence au caractère établi de la relation, ni à son caractère significatif. Les partenaires indirects sont clairement intégrés au périmètre de vigilance. L'actuelle proposition de directive de la Commission, telle que retouchée par le Conseil, paraît recouvrir un périmètre encore plus étendu que celui du droit français[3]. Pour autant, le devoir de vigilance demeure une question politique très sensible, propice au déploiement d'un *lobbying* intenses – notamment de la part d'entreprises issues d'États membres qui ne leur imposent pas une telle obligation – si bien qu'il est probable que la définition actuelle du partenaire commercial soit restreinte.

---

[1] La notion était utilisée dans la proposition de directive de la Commission (COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2022) 71 final*, 23 fév. 2022, « 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 », art. 3, g).

[2] CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, *Orientation générale. 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*, 30 nov. 2022, 6533/22, art. 3, e).

[3] En contrepartie de ce périmètre étendu, et « *afin de garantir la faisabilité pour les entreprises* » (*id.*, §17), les institutions de l'Union ont opté pour une « *hiérarchisation des incidences négatives* » selon leur gravité notamment : « *Une fois que les incidences négatives les plus importantes ont été traitées conformément à l'article 7 ou 8 dans un délai raisonnable, l'entreprise remédie aux incidences négatives moins importantes* » (*id.*, art. 6 *bis,* 3).

202. La recherche d'effectivité du devoir de vigilance, qui a conduit au caractère élastique de son périmètre, a également inspiré la mise en œuvre d'un contenu du plan de vigilance qui soit « opérationnel », en ce qu'il favorise un cadre propice à la surveillance par l'entreprise de ses partenaires économiques.

2. Le contenu opérationnel du plan de vigilance

203. **Le domaine resserré du plan de vigilance. –** L'article L. 225-102-4, I du Code de commerce précise le domaine d'application du plan de vigilance : ce dernier intéresse « *les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* », constituant le cœur des problématiques relevant de la RSE[1]. Là encore, une approche par la matérialité est retenue, puisque l'entreprise doit mentionner « *les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves* […] *résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle* […] *ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie* ». Le législateur a circonscrit la vigilance devant être exercée par l'entreprise : alors que la déclaration de performance extra-financière implique que l'entreprise vise les « *principaux risques* »[2], le plan de vigilance exige de l'entreprise qu'elle détermine, parmi tous les risques de dommages, les seules « *atteintes graves* » vers lesquelles son devoir de vigilance devra être orienté. Ainsi, à mesure que l'obligation se renforce, le contenu de l'information s'amenuise, réduite aux problématiques principales de la RSE et cantonnée aux risques les plus graves.

204. **Une obligation d'information dédoublée. –** Ces problématiques devront donc être traitées par l'entreprise au sein de son plan de vigilance, dont l'objet est double. La société devra non seulement publier au sein du rapport de gestion un plan de vigilance mais également le compte-rendu de sa mise en œuvre effective[3]. Le législateur n'a pas apporté de

---

[1] Ainsi, le Conseil Général de l'Économie, dans son rapport d'évaluation de la loi, souligne qu'« *il s'agit d'abord de lutter efficacement contre l'esclavagisme moderne, le travail des enfants, la destruction d'écosystèmes, les morts au travail, etc. Les sujets les plus graves, les risques les plus sévères doivent être traités en premier* » (CONSEIL GENERAL DE L'ÉCONOMIE, *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances*, 2020, p. 33).
[2] C. Com., art. R. 225-105, I, 1°.
[3] C. Com., art. L. 225-102-4, I.

précision quant au contenu de ce compte-rendu de mise en œuvre. En pratique, les entreprises consacrent un petit encart, en-dessous de chaque mesure de vigilance, à la présentation de leurs résultats pour l'année écoulée.

205. **Les cinq rubriques du plan de vigilance. –** L'article L. 225-102-4 du Code de commerce précise que le plan de vigilance est divisé en cinq rubriques[1]. Ces cinq rubriques sont plus opérationnelles que les thèmes et items de la déclaration de performance extra-financière. En effet, l'entreprise doit décrire les mesures de vigilance qu'elle met en place : la visée informative du plan de vigilance est complétée par un aspect comportemental – signe du caractère hybride du devoir de vigilance[2]. En premier lieu, doit être établie « *une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation* ». La cartographie des risques doit retranscrire l'étape essentielle du devoir de vigilance, qui est l'établissement d'un état des risques d'atteintes graves liés aux activités de la société, de ses filiales et de ses partenaires commerciaux[3]. La méthode de cartographie des risques n'est pas inconnue des entreprises puisque le dispositif anti-corruption issu de la loi dite « Sapin II » prévoit, parmi d'autres mesures, l'élaboration d'« *une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption* »[4].

---

[1] L'article prend le soin de préciser qu'un décret en Conseil d'État peut compléter les mesures de vigilance et préciser les modalités du plan ; néanmoins, le pouvoir exécutif ne s'est pas – encore – saisi de cette possibilité (C. Com., art. L. 225-102-4, I, al. 6).

[2] Cet aspect comportemental sera étudié dans la deuxième partie de cette recherche, qui s'intéressera précisément à la fonction régulatrice des devoirs de transparence.

[3] Quatre grands registres rédactionnels de cartographie des risques ont été identifiés par P. Barraud de Lagerie lors d'une enquête de terrain réalisée en 2019 (la portée de l'étude doit donc relativisée puisque la loi venait d'être adoptée, de sorte que les entreprises expérimentaient encore pour la plupart la démarche de vigilance). Si certaines entreprises présentent la cartographie des risques sous un angle principalement méthodologique, d'autres entreprises insistent sur le résultat du processus cartographique, à savoir la liste hiérarchisée des risques. Quelques entreprises optent pour une représentation graphique de leur cartographie, en dépit de l'incomplétude induite par ce choix rédactionnel. Un dernier groupe d'entreprises – qui représente la moitié des plans de vigilance étudiés – ne fait pas mention d'une quelconque cartographie ou en fait mention sans en préciser le résultat (P. BARRAUD DE LAGERIE, E. BETHOUX, R. BOURGUIGNON, A. MIAS et E. PENALVA-ICHER, *Mise en œuvre de la Loi sur le devoir de vigilance : Rapport sur les premiers plans adoptés par les entreprises remis au Bureau International du Travail*, 2019, p. 20 et s.).

[4] *L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, art. 17, II, 3°.

206. En deuxième lieu, l'entreprise doit renseigner les « *procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs* […] *au regard de la cartographie des risques* ». Il peut s'agir d'audits comme de simples questionnaires à remplir régulièrement. Ces procédures sont de manière générale plus difficiles à mettre en œuvre à l'égard des sous-traitants et fournisseurs qu'à l'égard des filiales[1], et *a fortiori* à l'égard des fournisseurs et sous-traitants de deuxième rang et plus[2].

207. En troisième lieu, le plan de vigilance comprend les « *actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves* ». Si des risques sont identifiés à l'aide du système de remontée d'information et de contrôle, les entreprises doivent prévoir des actions permettant de les atténuer et des mesures propres à prévenir la survenance d'atteintes graves. A ce titre, une entreprise peut demander à son partenaire commercial d'adopter des normes sociales ou environnementales plus ambitieuses que la législation étrangère qui lui est applicable[3].

208. En quatrième lieu, le plan doit décrire le « *mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société* ». L'entreprise doit donc prévoir un mécanisme permettant à ses salariés – ou à d'autres parties prenantes – de signaler tout risque en matière de droits humains, de santé ou d'environnement. Le Conseil Général de l'Économie préconise ainsi d'instaurer un véritable mécanisme de protection des lanceurs d'alerte qui « *suppose un accès ouvert à tous, soit par téléphone, soit par écrit, et garantissant la confidentialité et l'anonymat interne de celui qui effectue un signalement, une suite adaptée pour enquêter sur les faits ou risques signalés et une réponse au "lanceur d'alerte"* »[4].

---

[1] Ainsi, plusieurs dispositifs ont vu le jour sur le marché : des plateformes permettent de centraliser la remontée de données issues des fournisseurs et sous-traitants ; des entreprises spécialisées dans les audits et évaluations fournisseurs proposent leurs services aux entreprises désireuses d'externaliser cette charge. Les grandes entreprises décident souvent d'internaliser ce processus en créant un service « Conformité » ou « *Compliance* » chargé d'assurer la conformité de l'entreprises aux procédures anti-corruption, vigilance et RSE. Sur le mouvement de la *compliance*, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

[2] Le Conseil Général de l'Économie préconise alors que des « *relais* » soient organisés avec les fournisseurs (CONSEIL GENERAL DE L'ECONOMIE, *rapport préc.*, p. 22).

[3] En matière d'hygiène et sécurité ou de dialogue social notamment, ou en matière de pollution et rejets toxiques.

[4] CONSEIL GENERAL DE L'ECONOMIE, *rapport préc.*, p. 23.

209. Enfin, le plan indique le « *dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité* ». Par cette disposition, le législateur entend garantir l'effectivité du plan de vigilance, puisque l'entreprise doit suivre les mesures précédemment énoncées et évaluer leur efficacité à échéance régulière. A cette fin, l'entreprise peut utiliser des indicateurs chiffrés ou qualitatifs permettant de comparer les exercices[1]. C'est dans ce cadre que le compte-rendu de mise en œuvre effective du plan devrait vraisemblablement être communiqué.

210. **L'incitation à la coopération avec les parties prenantes. –** L'article L. 225-102-4, I du Code de commerce précise que « *le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale* ». Face à l'incertitude suscitée par cette formule, les sénateurs ont saisi le Conseil constitutionnel pour contester la normativité de la disposition. Le Conseil constitutionnel a alors précisé que « *les dispositions selon lesquelles le plan de vigilance* "a vocation" *à être élaboré avec les* "parties prenantes de la société" *ont une portée incitative* »[2]. L'idée est ainsi d'encourager l'entreprise à élaborer son plan de vigilance en collaboration avec ses filiales, sous-traitants et fournisseurs ainsi qu'éventuellement à consulter ses autres parties prenantes, dans la ligne des préconisations issues de la RSE[3].

211. **L'articulation du plan de vigilance et de la déclaration de performance extra-financière. –** Dans les faits, le plan de vigilance peut être adossé à la déclaration de performance extra-financière, placé en son sein ou imbriqué avec celle-ci[4]. Au regard de la connexité entre les deux documents, des renvois de la déclaration vers le plan de vigilance, ou l'inverse, sont effectués par les entreprises, allégeant la lecture du rapport de gestion – ou du

---

[1] *Id.*, p. 24.
[2] C. C., 23 mars 2017, déc. n°2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, cons. n°22. La reconnaissance d'une telle portée incitative de la loi est plutôt novatrice dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui venait de censurer des dispositions d'autres lois dépourvues de caractère normatif (V. P. BACHSCHMIDT, « Une disposition "incitative" dans une loi n'est pas une disposition dépourvue de caractère normatif... », *Constitutions*, 2017/2, p. 234).
[3] Une enquête de terrain a montré que dans les faits, les parties prenantes étaient pour le moment assez peu consultées (P. BARRAUD DE LAGERIE, E. BETHOUX, R. BOURGUIGNON, A. MIAS ET E. PENALVA-ICHER, rapport préc., p. 15 et s.).
[4] Certains plans de vigilance peuvent alors être « *éclatés dans le Rapport de gestion* » (CONSEIL GENERAL DE L'ÉCONOMIE, *rapport préc.*, p. 35).

document d'enregistrement universel le cas échéant[1]. Dans un souci de lisibilité de l'information, la séparation du plan de vigilance et de la déclaration de performance extra-financière, ainsi que la présence d'une table de correspondance permettant de s'assurer de la conformité de l'entreprise à ces exigences, semble être la configuration la plus appropriée.

212. **Proposition d'une précision du contenu du devoir de vigilance en matière de lutte contre le réchauffement climatique. –** Dans la perspective de renforcer le devoir de vigilance en matière de lutte contre le changement climatique, le contenu du plan de vigilance relativement à cette problématique pourrait être précisé. En effet, il serait possible d'aligner ce contenu aux nouvelles dispositions de la CSRD, qui prévoit que le rapport de durabilité contienne un plan de compatibilité de son modèle d'affaires avec l'objectif de l'*Accord de Paris* de limitation du réchauffement climatique à 1,5°C[2]. Il pourrait être prévu que l'entreprise définisse ses mesures de vigilance au regard de cet objectif, notamment à l'aide d'une trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre, et qu'elle rende compte de leur mise en œuvre. Cette proposition sera peut-être concrétisée par l'adoption future de la directive européenne sur le devoir de vigilance, puisque la proposition élaborée par la Commission européenne prévoit la présence d'un plan « *visant à garantir que le modèle d'entreprise et la stratégie de l'entreprise sont compatibles avec la transition vers une économie durable et avec la limitation du réchauffement planétaire à 1,5 °C conformément à l'accord de Paris* »[3]. De telles précisions pourraient également être faites à l'égard des atteintes aux droits humains, mais leur protection se prête moins à l'établissement d'objectifs chiffrés – en ces matières, la « tolérance zéro » est de mise, contrairement au réchauffement climatique qui est appréhendé politiquement et juridiquement comme devant être atténué.

---

[1] Cette pratique de renvoi est expressément prévue par la loi (C. Com., art. L. 225-102-1, III) et est recommandée par la Commission européenne : « *La déclaration non financière peut inclure des renvois ou des balises internes afin d'être plus concise, de limiter les répétitions et de proposer des liens vers d'autres informations. Les renvois et les balises doivent être bien pensés et faciles à utiliser, en appliquant par exemple la règle pratique "pas plus d'un clic en dehors du rapport"* » (COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2017) 4234 final*, 5 juillet 2017, « Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières) », pt. 3.3). Plusieurs entreprises utilisent des tableaux de concordance pour situer l'emplacement des éléments du plan de vigilance dans le document.

[2] *Dir. 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, art. 1er, 4), 2., a). V. *supra* Section 1, §2, A, 2, a.

[3] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2022) 71 final*, 23 fév. 2022, « 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 », art. 15.

213. Le plan de vigilance n'est pas le seul dispositif de transparence qui intéresse les aspects environnementaux et sociaux. Le rapport sur le gouvernement d'entreprise, en ce qu'il vise à intégrer des impératifs de bonne gouvernance et de diversité au sein de la direction de l'entreprise, constitue également un dispositif de transparence extra-financière.

§2. Le rapport sur le gouvernement d'entreprise

214. **Un dispositif recouvrant partiellement les enjeux environnementaux et sociaux. –** L'article L. 225-37 du Code de commerce prévoit l'obligation pour les membres du conseil d'administration – ou de surveillance le cas échéant[1] – des sociétés anonymes[2] de présenter aux actionnaires, lors de l'assemblée générale ordinaire annuelle, un « *rapport sur le gouvernement d'entreprise* » joint au rapport de gestion[3] ou intégré dans le rapport de gestion, sous une section spécifique[4]. Cette obligation est également applicable aux conseils de surveillance des sociétés en commandite par actions[5]. La plupart des informations demandées ont un caractère financier, visent à déceler d'éventuels conflits d'intérêts ou intéressent le fonctionnement et l'organisation du conseil[6]. Pour les sociétés cotées, deux catégories

---

[1] C. Com., art. L. 225-68, al. 6.

[2] Les « *petites entreprises* » au sens de l'article L. 123-16 du Code de commerce en sont néanmoins exemptées puisque l'obligation d'établir un rapport de gestion ne s'applique pas à leur égard (C. Com., art. L. 232-1, IV).

[3] Le rapport sur le gouvernement d'entreprise est « l'ancêtre » du rapport du Président du conseil joint au rapport de gestion qui présentait les « *conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que des procédures de contrôle interne mises en place par la société* » (C. Com., anc. art. L. 225-37, al. 6). Peu à peu, le champ des informations demandées a été enrichi, s'étendant notamment à l'application du principe de représentation équilibrée entre femmes et hommes au sein du conseil et aux risques financiers liés aux effets du changement climatique. Une ordonnance du 12 juillet 2017 a transféré la compétence d'établissement de ce rapport du président du conseil au conseil d'administration ou de surveillance lui-même (*Ord. n° 2017-1162 du 12 juillet 2017 portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'information à la charge des sociétés*, art. 1 et s.).

[4] Pour les sociétés anonymes avec conseil de surveillance et les sociétés en commandite par actions, il n'est pas possible de présenter les informations relatives au gouvernement d'entreprise dans une section spécifique du rapport de gestion, puisque le rapport sur le gouvernement d'entreprise et le rapport de gestion sont, dans ces sociétés, établis par des organes différents (C. Com., art. L. 225-68, al. 6 et L. 226-10-1, al. 1). Le rapport doit alors être joint au rapport de gestion dans ces deux hypothèses.

[5] C. Com., art. L. 226-10-1.

[6] Un socle d'informations est commun à toutes les sociétés : à ce titre, le conseil d'administration doit notamment fournir la liste des fonctions et mandats exercés par les mandataires (v. C. Com., art. L. 225-37-4). Un second niveau d'informations intéresse plus spécifiquement les sociétés cotées, et concerne par exemple les pouvoirs du conseil d'administration, les accords prévoyant des indemnités en cas de démission et licenciement les membres du conseil ou encore la rémunération des dirigeants (C. Com., art. L. 22-10-8, L. 22-10-9, L. 22-10-10 et L. 22-10-11).

d'information supplémentaires sont demandées et relèvent du champ de la RSE[1] : c'est le cas de l'information relative au code de gouvernement d'entreprise et celle relative à la politique de diversité appliquée aux membres du conseil d'administration.

215. **L'information relative au code de gouvernance. –** Le rapport sur le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées doit comprendre des informations relatives à l'application éventuelle d'un code de gouvernement d'entreprise élaboré par une organisation représentative des entreprises, tel que le Code AFEP-MEDEF ou le Code Middlenext. L'information communiquée en matière de gouvernement d'entreprise est imprégnée de la règle « *comply or explain* » (se conformer ou s'en expliquer). L'article L. 22-10-10, 4° du Code de commerce prévoit en effet que « *lorsqu'une société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises* », le rapport rend compte « *des dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été, ainsi que le lieu où ce code peut être consulté* »[2]. Il est également prévu que si la société ne se réfère pas à tel code, le rapport peut simplement indiquer « *les raisons pour lesquelles la société a décidé de ne pas s'y référer ainsi que, le cas échéant, les règles retenues en complément des exigences requises par la loi* »[3].

216. La société dispose d'une grande liberté en matière de référence à un code de gouvernement d'entreprise. Elle est tout d'abord libre de choisir de se référer ou non à un tel code[4]. Dans ce cas, elle devra d'une part expliquer les raisons de l'absence de suivi d'un code

---

[1] Les autres informations ne sont pas pour autant totalement étrangères aux problématiques RSE. Par exemple, l'information relative à la politique de rémunération des sociétés cotées intéresse indirectement la RSE : le rapport doit comprendre un ratio reflétant les différences de rémunération entre les dirigeants et les salariés (C. Com., art. L. 22-10-9, I, 6°), ainsi qu'« *une explication de la manière dont la rémunération totale respecte la politique de rémunération adoptée, y compris la manière dont elle contribue aux performances à long terme de la société, et de la manière dont les critères de performance ont été appliqués* » (C. Com., art. L. 22-10-9, I, 8°).

[2] Pour les sociétés en commandite par actions cotées, un renvoi est opéré par l'article L. 22-10-78 du Code de commerce.

[3] Cette disposition, issue de la *Directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance* a été transposée par la *L. n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire* (art. 26 et s.).

[4] Cette hypothèse paraît assez peu probable puisqu'alors qu'il peut être malaisé pour l'entreprise de justifier « *qu'aucun code n'est conforme aux ambitions de la société* », il paraît dans le même temps plus simple « *de s'aligner sur des règles déjà faites que d'en créer de nouvelles* » (A. COURET, « *Comply or explain* : les destinées françaises du principe », *BJS*, 2017, n°35, p. 202). Par ailleurs, au regard de l'environnement concurrentiel dans lequel évoluent les entreprises et de la prégnance de la *compliance*, la non-application d'un

et d'autre part, elle devra mentionner les éventuelles règles de gouvernance qu'elle s'efforce d'appliquer[1]. Si la société décide de se référer à un code, elle demeure libre de choisir le code dont elle désire suivre les règles[2]. Dans cette hypothèse, la règle *comply or explain* est également applicable, puisque si la société décide de ne pas appliquer certaines règles du code de référence, elle devra en expliquer les raisons. En résumé, la disposition du Code de commerce applique le mécanisme suivant : « *apply or explain, and then if you apply, comply or explain* »[3]. En définitive, il est possible, selon les entreprises, que la seule information requise par cette disposition soit la mention du code choisi. En effet, si l'entreprise a choisi un code de gouvernement d'entreprise et qu'elle respecte ses préconisations, il ne lui est pas utile d'apporter une quelconque explication[4]. Contrairement à la déclaration de performance extra-financière ou au plan de vigilance, qui exigent l'apport d'informations substantielles, cette rubrique du rapport sur le gouvernement d'entreprise cantonne la communication d'une information à l'existence d'une non-conformité à un code privé. En ce sens, cette rubrique relève d'un mode d'information plus formel et procédural que substantiel.

217. **L'information relative à la politique de diversité du conseil d'administration[5]. –** L'article L. 22-10-10, 2° du Code de commerce prévoit que lorsque la société cotée dépasse certains seuils[6], le rapport comprend « *une description de la politique de diversité appliquée aux membres du conseil d'administration au regard de critères tels que l'âge, le sexe ou les*

---

code de gouvernement d'entreprise de référence enverrait un signal de « *singularité* » voire de « *défiance* » aux marchés (B. FASTERLING et J.-C. DUHAMEL, « Le *Comply or explain* : la transparence conformiste en droit des sociétés », *RIDE,* 2009, n°19, p. 129).

[1] Ces règles, par hypothèse contenues hors de tout code de gouvernement d'entreprise, pourront être des règles internes à l'entreprise ou issues d'une initiative sectorielle.

[2] Il peut s'agir notamment d'un code étranger (pour des exemples, v. A. COURET, art. préc., n°26, p. 202). Dans son rapport annuel sur le gouvernement d'entreprise, l'AMF a relevé qu'« *au 31 décembre 2019, au sein du SBF 120, 105 sociétés se réfèrent au code AFEP-MEDEF, 4 sociétés au code MIDDLENEXT et 10 sociétés à un code de gouvernance étranger. Une société ne se réfère à aucun code* » (AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Rapport 2020 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2020, p. 44).

[3] B. FASTERLING et J.-C. DUHAMEL, art. préc., n°10, p. 129.

[4] V. par exemple SCHNEIDER ELECTRIC, *Document d'enregistrement universel 2019*, déposé le 17 mars 2020, p. 225 et s.

[5] La diversité peut être conçue comme le « *prolongement naturel* » de la RSE puisque « *la diversité est née dans les années 1990 de la rhétorique de l'égalité des chances, de la lutte contre les discriminations* » (C. MALECKI, « La règle *report or explain* : le fer de lance d'une smart law inédite pour une RSE efficiente », *Revue Droit & Affaires*, 2015, p. 129).

[6] Sera assujettie toute société cotée dépassant deux des trois seuils suivants : « *un total de bilan de 20 millions d'euros, un chiffre d'affaires net de 40 millions d'euros, un nombre moyen de salariés permanents de 250* » (C. Com., art. R. 22-10-29, al. 2).

qualifications et l'expérience professionnelle »[1]. Cette information doit être accompagnée d'éléments plus objectifs puisque le rapport doit également intégrer « *une description des objectifs de cette politique, de ses modalités de mise en œuvre et des résultats obtenus au cours de l'exercice écoulé* ». Le mécanisme *comply or explain* est là encore utilisé par le législateur qui indique que « *si la société n'applique pas une telle politique, le rapport comprend une explication des raisons le justifiant* ». Contrairement à l'information relative au code de gouvernance, l'information sur la politique de diversité exige de l'entreprise la communication d'une information substantielle, comprenant une description de la politique menée ainsi que sa mise en œuvre concrète. Pourtant, cette rubrique du rapport sur le gouvernement d'entreprise était souvent l'occasion pour les entreprises de se cantonner à énoncer des objectifs vagues tels que « *la complémentarité des compétences des administrateurs et la diversité de leurs profils* » ou la recherche d' « *une représentation équilibrée des femmes et des hommes au Conseil* »[2]. Depuis une loi de 2018, il est prévu que « *cette description est complétée par des informations sur la manière dont la société recherche une représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein du comité mis en place, le cas échéant, par la direction générale en vue de l'assister régulièrement dans l'exercice de ses missions générales* » et par « *les résultats en matière de mixité dans les 10 % de postes à plus forte responsabilité* »[3]. Cette réforme a ainsi contribué à objectiver l'information communiquée dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise.

---

[1] *Ord. n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises*, art. 3 (transposition de l'article 1er de la *Dir. 2014/95/UE* préc.). Avant cette ordonnance, il était simplement précisé que le rapport contenait une information relative à « *l'application du principe de représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein du conseil* » (C. Com., anc. art. L. 225-37-4, 6°).

[2] TOTAL, *Document d'enregistrement universel 2019,* déposé le 20 mars 2020, p. 145. Certaines entreprises fais néanmoins l'effort de présenter les quelques actions concrètes permettant de rendre effective la politique adoptée (V. par exemple SCHNEIDER ELECTRIC, *Document d'enregistrement universel 2019*, déposé le 17 mars 2020, p. 237 : « *Afin d'atteindre ces objectifs et d'améliorer encore la diversité hommes-femmes par la suite, le Groupe veille à attirer des talents féminins en leur offrant un programme de formation au* leadership *et de* mentoring *dédié et en déployant une politique d'égalité salariale et une politique de congé familial adaptée* »).

[3] *L. n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel*, art. 104. La référence à un comité mis en place par la direction a été déplorée par les praticiens en raison de son imprécision : il a alors été préconisé de viser uniquement le comité de direction, dit « comex », et non d'éventuels autres comités créés ponctuellement. De même, la référence aux « *postes à plus forte responsabilité* » a été regrettée comme étant trop vague (*Dossier ANSA*, n°18-039, cité par J.-P. VALUET, A. LIENHARD, B. FRANÇOIS, P. PISONI, *Code des sociétés*, 37e éd., 2020, p. 550).

Conclusion du chapitre 1

218. La pertinence des informations environnementales et sociales demeure perfectible en raison de l'étendue limitée du socle général du devoir de transparence.

219. Le dispositif transversal de ce socle est la déclaration de performance extra-financière. Ce caractère transversal est dû à son contenu, qui couvre la plupart des thématiques environnementales et sociales liées à l'activité des entreprises. La transversalité de la déclaration est plus discutable du point de vue de son périmètre. En effet, bien qu'applicable aux grandes entreprises, y compris les groupes de sociétés *via* le mécanisme de consolidation, l'obligation de publier une déclaration extra-financière ne vise toujours pas certaines formes sociales. De plus, l'exemption des petites et moyennes entreprises cotées est contestable. Toutefois, la transposition prochaine de la *Corporate Sustainability Reporting Directive* devrait être l'occasion d'étendre ce champ d'application.

220. Les deux autres dispositifs de transparence sont plus ciblés : le plan de vigilance intéresse les atteintes graves en matière environnementale, de droits humains, de santé et de sécurité des personnes, tandis que le rapport sur le gouvernement d'entreprise contient des informations sur le gouvernement d'entreprise et la politique de diversité dans les organes de direction des sociétés. Le champ d'application de ces deux dispositifs est également limité, visant les sociétés cotées s'agissant du rapport sur le gouvernement d'entreprise, et les très grandes entreprises s'agissant du plan de vigilance, soit moins de 300 grandes sociétés. Si le contenu de ces différents dispositifs a contribué à asseoir la pertinence des informations communiquées aux parties prenantes, en ce qu'ils couvrent les principaux domaines relevant de la RSE, c'est leur étendue qui apparaît perfectible.

221. La pertinence des informations ne repose pas seulement sur ce socle général posé par les législateurs français et européen. Dans un mouvement général de renouvellement des sources du droit, laissant une place importante aux acteurs privés, une importante liberté a été conférée à ces derniers au stade de la mise en œuvre des dispositifs de transparence.

Chapitre 2 : Une mise en œuvre insuffisamment harmonisée

222. **Le pouvoir normatif des entreprises. –** Les acteurs privés jouent un rôle important dans la mise en œuvre des dispositifs d'information en matière environnementale et sociale. Ce phénomène s'inscrit dans un mouvement plus général de renouvellement des sources du droit, caractérisé par la diversification des foyers de création normative. Les acteurs publics voient alors leur pouvoir d'édiction des normes concurrencé par l'émergence progressive d'un pouvoir normatif des acteurs privés – autrement dit, par un phénomène d'autorégulation. Les entreprises assujetties au devoir de transparence sont en effet amenées à spécifier le contenu de l'information environnementale et sociale. Le législateur consacre un rôle normatif à l'entreprise assujettie au *reporting* lorsqu'elle rédige ses documents d'information. L'entreprise dispose alors du pouvoir d'adapter certaines dispositions de la loi aux spécificités de son activité. Cette possibilité est transcrite à travers le principe de matérialité, issu de la matière comptable[1], qui permet aux sociétés de sélectionner les risques environnementaux et sociaux les plus significatifs au regard de leur activité. En d'autres termes, ce principe permet un ajustement du *reporting* aux spécificités des entreprises, si bien que le contenu de l'information différera selon chaque organisation.

223. **Le rôle des organismes normalisateurs. –** Le faible degré de précision du devoir de transparence environnementale et sociale, notamment avant l'adoption des directives européennes, a permis la publication par les entreprises de « *rapports qui s'étendent souvent longuement et complaisamment sur des informations vagues, disparates, présentées selon des logiques variables et changeantes* »[2]. Ainsi, l'absence de réglementation détaillée a laissé « *un espace pour l'intervention d'intermédiaires, dont la fonction consistera à rendre ces informations utilisables pour leurs destinataires* »[3]. Des organismes normalisateurs, essentiellement privés, ont occupé cet espace vacant en établissant des référentiels normatifs non obligatoires qui sont plus complets que les dispositions légales. Ce phénomène de normalisation ou standardisation du devoir de transparence, qui n'est pas propre au *reporting*,

[1] Le concept de matérialité transpose la notion anglaise d'information financière *material* (significative). V. P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement : recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, 2013, n°484, p. 477)
[2] B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », *in* T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN [et al.] (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation,* Bruylant, 2007, p. 28.
[3] *Ibid.*

connaît un développement considérable en matière économique. La normalisation, qui vise à déterminer « *un ensemble de références communes pour la définition des exigences techniques concernant des produits industriels et des services* »[1], permet de décliner les exigences légales en règles techniques plus détaillées. Le phénomène de normalisation exprime ainsi « *la fonction de substitution du droit souple* »[2] qui se manifeste en cas d'absence ou d'insuffisance des règles de droit dur. Le recours à la normalisation n'est pas pour autant accidentel : en matière de transparence, le recours à des référentiels privés est encouragé par le législateur[3].

224. **Des pratiques disparates. –** Toutefois, de ces diverses interventions normatives, découlent des pratiques disparates de *reporting* selon les entreprises. L'insuffisante harmonisation de la mise en œuvre du devoir de transparence fragilise l'enjeu de fiabilité des informations. Il est à espérer que l'entrée en vigueur prochaine du devoir de transparence tel que réformé par l'Union européenne réponde au défi d'une harmonisation des pratiques des entreprises.

225. Le caractère insuffisant de la mise en œuvre du devoir de transparence est constaté au plan de la matérialité des informations environnementales et sociales (section 1) ainsi qu'à celui de leur normalisation (section 2).

---

[1] V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique : Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015, n°122, p. 202.
[2] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°163, p. 243. V. également CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, 2013, p. 10.
[3] L'article R. 225-105-1, II du Code de commerce dispose que « *lorsqu'une société se conforme volontairement à un référentiel national ou international pour s'acquitter de ses obligations au titre du présent article, elle le mentionne en indiquant les préconisations de ce référentiel qui ont été retenues et les modalités de consultation de ce dernier* ». V. *infra,* Section 2.

Section 1. La matérialité des informations

226. Le principe de matérialité gouverne le devoir de transparence environnementale et sociale. Ce principe, qui implique une sélection par les entreprises des informations qu'elles publient, leur offre une certaine souplesse. C'est l'effet recherché par le législateur qui revendique la « *flexibilité* » du dispositif de transparence[1]. Toutefois, les entreprises peuvent faire un détournement de ce principe de matérialité, profitant de sa flexibilité pour éluder leur obligation de transparence. L'encadrement de ce principe apparaît alors nécessaire pour corriger ces pratiques.

227. Ainsi, la flexibilité induite par le principe de matérialité (§1) a fait naître la nécessité d'un encadrement du principe de matérialité (§2).

§1. La flexibilité permise par le principe de matérialité

228. Le principe de matérialité, qui a été légalement consacré (A), se caractérise par sa souplesse (B).

A. La consécration légale du principe de matérialité

229. **Un principe visant la pertinence des informations. –** Le principe de matérialité, d'abord développé en matière comptable, consiste à sélectionner l'information financière à publier au regard de sa significativité[2]. Est significative toute information financière « *dont on peut raisonnablement penser que l'omission ou l'inexactitude risque d'influencer les décisions que prennent les utilisateurs sur la base des états financiers de l'entreprise* »[3]. La

[1] CONSEIL DES MINISTRES, *Compte-rendu. Publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises*, 19 juillet 2017, [https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-07-19/publication-d-informations-non-financieres-par-certaines-gra]

[2] Ce principe a été développé dans les années 1970. V. A. BEN RHOUMA et M.-J. SCOTTO, « Implications du principe de matérialité sur le contenu du reporting Développement Durable », *Comptabilités, économie et société*, 2011, p. 9 et s.

[3] *Dir. 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil,* art. 2. Le Plan Comptable Général retient une définition similaire : « *Les documents de*

significativité de l'information financière est donc évaluée à l'aune de l'importance qu'elle revêt pour son destinataire.

230. En matière extra-financière, la matérialité de l'information, parfois nommée « *sélectivité* »[1] ou « *significativité* »[2], est au cœur des dispositifs de transparence, de manière encore plus importante qu'en matière financière. La prétention à l'exhaustivité des documents d'information environnementale et sociale est moindre que celle des documents comptables : l'entreprise ne doit pas communiquer sur tous les enjeux environnementaux et sociaux mais doit, selon ce principe, identifier les risques les plus pertinents au regard de son activité, de ses impacts et des attentes spécifiques de ses parties prenantes[3]. Concrètement, ce principe permet aux entreprises de sélectionner les informations environnementales et sociales qu'elles vont publier, par une hiérarchisation des enjeux auxquels elles sont le plus confrontées. L'application d'un principe de matérialité vise donc à accroître la pertinence des documents d'information puisque les informations publiées représentent les enjeux les plus sensibles pour l'entreprise. Grâce à l'application de ce principe, les documents seraient plus lisibles : étant concentrés sur les informations les plus importantes, leur lecture ne serait pas perturbée par le compte-rendu de données éloignées de l'impact réel de l'entreprise[4]. La concision des

---

synthèse, qui comprennent nécessairement le bilan, le compte de résultat et une annexe mettent en évidence tout fait pertinent, c'est-à-dire susceptible d'avoir une influence sur le jugement que leurs destinataires peuvent porter sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entité ainsi que sur les décisions qu'ils peuvent être amenés à prendre » (*R. ANC n°2015-03 relatif au Plan Comptable Général : Version consolidée au 1er janvier 2019*, art. 810-1).

[1] La sélectivité d'une information est définie par l'International Integrated Reporting Council (IIRC) comme son « *incidence prépondérante sur la capacité de l'organisation à créer de la valeur à court, moyen et long terme* » (INTERNATIONAL INTEGRATED REPORTING COUNCIL, *Cadre de référence international portant sur le reporting intégré*, 2013, p.7). Cette définition de la matérialité est vague : l'IIRC se cantonne à rattacher la matérialité à une vision plus étendue temporellement que celle d'un rapport financier traditionnel, qui retrace les seuls enjeux financiers de court terme.

[2] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2017) 4234 final*, 5 juillet 2017, « Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières) », p. 5.

[3] La prise en compte de l'avis des parties prenantes est une particularité de la matérialité extra-financière. La matérialité financière renvoie plutôt à l'importance d'une information pour les seuls actionnaires. Un célèbre arrêt de la Cour Suprême des États-Unis relatif à une affaire de fraude financière a en effet retenu la définition suivante : « *An omitted fact is material if there is a substantial likelihood that a reasonable shareholder would consider it important in deciding how to vote* » (Supreme Court of United States, *TSC Industries, Inc. V. Northway, Inc*., 426 U.S. 438, 1976).

[4] De manière incidente, la sélection des informations permet à l'entreprise de réaliser une économie par l'optimisation du rapport entre le coût de production de l'information et le bénéfice retiré pour les lecteurs du rapport. Plus encore, la priorisation des risques induite par la matérialité permettrait de « *savoir où concentrer les efforts et les ressources de l'entreprise en priorité si elle ne peut pas remédier à toutes les incidences en même temps* » (MAZARS et SHIFT, *Cadre de reporting conforme aux principes directeurs des Nations Unies*,

documents d'information permise par le principe de matérialité est d'ailleurs encouragée par l'Autorité des Marchés Financiers : « *le volume croissant de l'information extra-financière devrait conduire les sociétés à privilégier des démarches visant tant à sa simplification qu'au renforcement de sa pertinence, ce qui implique sans doute un effort de concision des messages et de sélection des indicateurs* »[1].

231. **Un principe formellement prévu pour la déclaration de performance extra-financière. –** Si les jalons du principe de matérialité étaient retrouvés dès la réforme du Grenelle de l'environnement de 2012[2], la directive européenne de 2014 (NFRD) a explicitement consacré cette approche au rang de principe de la déclaration de performance extra-financière, prévoyant que « *les entreprises relevant de la présente directive devraient fournir des informations pertinentes en ce qui concerne les questions qui apparaissent comme étant le plus susceptibles de conduire à la concrétisation des principaux risques d'incidences graves, de même que ceux qui se sont déjà concrétisés* »[3]. Par la consécration de ce principe, « *la directive propose une culture de la pertinence plutôt qu'une culture de l'exactitude* »[4]. Depuis la transposition de cette directive en 2017[5], le droit français réglemente la déclaration autour de ce principe. L'entreprise dispose depuis de la possibilité de sélectionner les informations à publier qu'elle estime les plus pertinentes au regard de son activité. Ainsi,

---

2015, p. 48). Pour autant, « *il ne s'agit pas d'ignorer les sujets moins saillants* » mais de « *fixer une limite* » au rapport (*ibid.*).

[1] AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Recomm. n°2016-13 : Responsabilité sociale, sociétale et environnementale*, 2016, p. 2.

[2] L'ancien article R. 225-105 du Code de commerce prévoyait que parmi les informations environnementales et sociales, seules les informations les plus « *pertinentes* » doivent être fournies.

[3] *Dir. 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes*, cons. n°8. Plus précisément, la déclaration doit contenir, selon la directive, « *des informations, dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité, relatives au moins aux questions environnementales, aux questions sociales* […] ». Ces informations sont relatives aux « *principaux risques liés à ces questions en rapport avec les activités de l'entreprise, y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les relations d'affaires, les produits ou les services de l'entreprise, qui sont susceptibles d'entraîner des incidences négatives dans ces domaines* » (*ibid*., art. 1er, 1).

[4] B. PARANCE, « La déclaration de performance extra-financière, nouvelle ambition du reporting extra-financier - À propos de l'ordonnance du 19 juillet 2017 de transposition de la directive Barnier du 22 octobre 2014 », *JCP G,* 2017, 1150, p. 1976.

[5] *Ord. n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises transposant la directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes*.

l'énumération des trente items figurant à l'article R. 225-105 du Code de commerce n'est qu'indicative[1]. Le législateur n'impose pas à l'entreprise de mentionner de manière exhaustive toutes les informations contenues dans le décret : elle les mentionne seulement « *lorsqu'elles sont pertinentes au regard des principaux risques ou des politiques* » identifiés[2]. Le critère de sélection n'est pas précisément défini[3] : le législateur emploie des formules vagues telles que « *dans la mesure nécessaire à la compréhension de la situation de la société, de l'évolution de ses affaires, de ses résultats économiques et financiers et des incidences de son activité* »[4], « *lorsqu'elles sont pertinentes au regard des principaux risques ou des politiques* »[5] ou « *lorsque cela s'avère pertinent et proportionné* »[6]. Néanmoins, si le critère de sélection est assez vague, la détermination du détenteur de ce pouvoir de sélection est certaine : il s'agit de l'entreprise rédactrice du document d'information[7]. Le législateur octroie donc à l'entreprise un pouvoir d'adaptation de la norme : non seulement le critère de sélection des informations est apprécié au regard de sa situation, mais en outre, la mise en œuvre du critère est entre ses mains[8]. Cette spécification de la déclaration par l'entreprise confirme le « *caractère interprétatif* » qui a été observé à l'égard des normes de la RSE[9].

232. **Un principe sous-jacent du plan de vigilance. –** Si le principe de matérialité n'est pas formellement consacré s'agissant du plan de vigilance, la réglementation relative au devoir de vigilance octroie également à l'entreprise une certaine marge de manœuvre dans la

---

[1] Sur ces items, v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.
[2] C. Com., art. R. 225-105, II.
[3] Les référentiels normatifs privés (sur lesquels v. *infra* Section 2) n'apportent pas de définition de la matérialité plus précise : le *Corporate Reporting Dialogue*, qui réunit huit organismes normalisateurs, retient une définition similaire à celle de la matérialité financière, se contentant d'indiquer qu'une information est matérielle si elle peut raisonnablement influencer la décision d'une partie prenante (CORPORATE REPORTING DIALOGUE, *Statement of Common Principles of Materiality of the Corporate Reporting Dialogue*, 2016, p. 3).
[4] C. Com., art. L. 225-102-1, III.
[5] C. Com., art. R. 225-105, II.
[6] C. Com., art. R. 225-105, I, 1°.
[7] V. CORPORATE REPORTING DIALOGUE, norme préc., p. 4.
[8] Les Lignes directrices publiées par la Commission européenne qui assortissent la directive ne laissent subsister aucun doute quant au pouvoir octroyé à l'entreprise : « *Chaque société évalue le caractère significatif d'une information en s'appuyant sur son analyse de l'importance de cette information pour la compréhension de l'évolution de ses affaires, de ses performances, de sa situation et des incidences de son activité* » (COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2017) 4234 final* préc., pt. 3.1).
[9] « [La] *malléabilité* [de ces normes] *tient à la nécessité d'adapter des préceptes communs à des cas d'entreprises différents. Le type de production, la taille de l'entreprise, son statut légal (publique, SA, PME familiale …), l'importance et l'intensité de son recours à la sous-traitance, sont autant de critères qui nécessitent de disposer d'une grille commune qui soit adaptable à chacun des cas de figure* » (N. POSTEL, « Règle », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 399).

détermination du contenu du plan. Les sociétés sont ainsi maîtresses de la détermination des « *atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* » qui résultent de leurs activités et de celles des sociétés contrôlées, filiales, fournisseurs et sous-traitants[1]. Le degré de gravité des risques à partir duquel les sociétés doivent exercer leur vigilance est donc laissé à leur interprétation. De même, « *les entreprises sont appelées à être des actrices impliquées* » lors de la mise en œuvre du plan, puisqu'elles doivent mettre en place et suivre les mesures qu'elles estiment pertinentes pour exercer leur rôle de vigie[2].

233. **La limite du principe : la règle *report or explain*. –** L'exclusion des informations non matérielles trouve une limite par l'application de la règle dite « *report or explain* », dérivée de la règle **«** *comply or explain* », qui a fait son entrée dans le droit français en matière de rapport sur le gouvernement d'entreprise avant d'être généralisée dans le cadre de la déclaration de performance extra-financière[3]. C'est depuis l'adoption d'une directive européenne en 2006 que la règle *comply or explain* doit être utilisée au sein des rapports sur le gouvernement d'entreprise – la société devant expliquer les raisons pour lesquelles elle n'applique pas certaines dispositions du code de gouvernance qu'elle a choisi d'appliquer voire les raisons pour lesquelles elle fait le choix de ne pas se conformer à un tel code[4]. Le mécanisme « *comply or explain* » permet donc d'offrir une option au destinataire de la norme, qui dispose de la possibilité de ne pas suivre une règle à condition qu'il motive ce choix. La règle *report or explain* permet plus précisément d'expliquer les raisons de l'absence de communication d'une information. Cette règle procède donc d'une volonté d'encadrement de la matérialité : si les entreprises disposent du pouvoir de sélectionner les informations contenues dans la déclaration en fonction d'un critère de pertinence, l'exclusion de certaines informations devra être justifiée.

---

[1] C. Com., art. L. 225-102-4.
[2] S. SCHILLER, « Synthèse introductive », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 2.
[3] Cette règle n'est pas prévue s'agissant du plan de vigilance.
[4] Sur cette règle v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2. C. Com., art. L. 22-10-10, 4°. V. *Dir. 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance*, art. 1er, transposée par la *L. n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire*, art. 26 et s.

234. Ce mécanisme doit être utilisé au sein de la déclaration de performance extra-financière depuis 2012[1]. La *Non Financial Reporting Directive* de 2014 reprend cette règle en disposant que « *lorsque l'entreprise n'applique pas de politique en ce qui concerne l'une ou plusieurs de*[s] […] *questions* [environnementales et sociales énumérées]*, la déclaration non financière comprend une explication claire et motivée des raisons le justifiant* »[2]. Le législateur français a transposé cette règle à l'identique : si l'entreprise n'applique pas de politique relative aux grands thèmes environnementaux et sociaux énumérés à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce[3], elle devra en apporter une explication « *claire et motivée* »[4]. Dans l'hypothèse où une entreprise n'a mis en œuvre aucune politique en réponse à un risque environnemental ou social qu'elle aurait identifié, elle devra alors s'en expliquer. Ainsi, par la règle *report or explain*, le législateur tente d'assurer, à propos de grandes thématiques telles que le changement climatique ou la politique de lutte contre les discriminations, la présence d'informations minimales (l'alternative du *report*) ou à défaut, une justification de leur absence (l'alternative de l'*explain*).

235. **La restriction du champ de la règle *report or explain.* –** Toutefois, le mécanisme de la règle *report or explain* dispose d'un champ restreint. Ce mécanisme ne s'applique qu'aux grands thèmes listés à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, et non aux items de l'article R. 225-105[5]. Dès lors, l'absence d'informations relatives par exemple à « *la consommation d'eau et l'approvisionnement en eau en fonction des contraintes locales* »[6] ne

---

[1] L'ancien article R. 225-105 du Code de commerce prévoyait que le rapport « *indique, parmi les informations mentionnées à l'article R. 225-105-1, celles qui, eu égard à la nature des activités ou à l'organisation de la société, ne peuvent être produites ou ne paraissent pas pertinentes, en fournissant toutes explications utiles* ».

[2] *Dir. 2014/95/UE* préc., art. 1er, 1). Les « *questions* » énumérées renvoie « *aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption* » (*id.*).

[3] Sur ces grands thèmes, v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

[4] « *Lorsque la société n'applique pas de politique en ce qui concerne un ou plusieurs de ces risques, la déclaration comprend une explication claire et motivée des raisons le justifiant* » (C. Com., art. R. 225-105, I).

[5] Sur la différence entre thèmes et items, v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1. D'après l'article R. 225-105 du Code de commerce, l'explication doit être apportée si la société « *n'applique pas de politique en ce qui concerne un ou plusieurs de ces risques* ». Or ces risques correspondent aux risques identifiés « *pour chaque catégorie d'information mentionnée au III* [de l'article L. 225-102-1] », c'est-à-dire au paragraphe comprenant les grandes thématiques sociales et environnementales. Cette interprétation a été confirmée par le MEDEF dans son guide relatif au *reporting* : à propos des « *informations sociales, environnementales et sociétales détaillées dans le décret* », le MEDEF précise que « *leur absence n'a pas besoin d'être justifiée, à l'exception de celles qui proviennent des dispositions législatives récentes et qui sont rappelées dans l'ordonnance* » confirmant que « *les justifications d'absence portent donc désormais sur l'absence de politique au regard d'un risque significatif identifié, et non plus sur l'absence d'information par rapport à cette liste* » (MEDEF, *Guide méthodologique : Reporting RSE*, 2e éd., 2017, p. 15).

[6] C. Com., art. R. 225-105, II, A, 2°, c, ii.

devra pas être justifiée par l'entreprise puisqu'il s'agit seulement d'un item réglementaire. Le domaine d'application de la règle *report or explain* correspond donc au contenu minimal décrit à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce. La transposition de la NFRD de 2014 a été l'occasion d'un recul de la règle *report or explain* puisqu'initialement, l'entreprise devait motiver toute absence d'un ou plusieurs items réglementaires. L'ordonnance de 2017 a donc restreint le champ d'application de la règle *report or explain*, qui n'intéresse désormais que les grands sujets environnementaux et sociaux listés dans la loi. Cette restriction sera bientôt dissipée par la transposition de la CSRD, qui prévoit un abandon de la règle *report or explain*[1].

236. En consacrant le principe de matérialité, le législateur retient une conception particulièrement souple du devoir de transparence environnementale et sociale.

B. La souplesse du principe de matérialité

237. **Une matérialité moins rigide que la matérialité financière. –** La matérialité de l'information environnementale reste sans commune mesure avec la « significativité », « matérialité » ou « pertinence » de l'information financière promue par les normes comptables. La significativité de l'information financière ne dépend pas du jugement de l'entreprise mais de la capacité d'influence de cette information : est matérielle toute donnée qui, représentant fidèlement la situation financière de l'entreprise, pourrait influencer le jugement de son destinataire[2]. Plus largement, l'information financière est gouvernée par le principe de régularité de la comptabilité « *aux règles et procédures en vigueur* »[3], de sorte que la marge de manœuvre de l'entreprise est limitée en matière de présentation de ses comptes financiers annuels[4]. Le contenu de ces documents financiers est fixé très précisément par le *Plan Comptable Général* émis par l'Autorité des Normes Comptables (ANC), applicable aux

---

[1] V. *infra* §2.

[2] Une donnée pertinente recouvre tous les faits « *susceptibles d'avoir une influence sur le jugement que leurs destinataires peuvent porter sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entité ainsi que sur les décisions qu'ils peuvent être amenés à prendre* » (*R. ANC n°2015-03 relatif au Plan Comptable Général : Version consolidée au 1er janvier 2019*, art. 810-1).

[3] *R. ANC n°2015-03* préc., art. 121-3.

[4] « *Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise* » (C. Com., art. L. 123-14).

entreprises par renvoi du Code de commerce[1]. Le *Plan Comptable Général* est un document de 230 pages contenant les prescriptions de l'ANC concernant les méthodes d'évaluation comptable, la structure et le contenu des documents de synthèse annuels ainsi que des modèles détaillés de comptes annuels[2]. Le caractère obligatoire des prescriptions du *Plan Comptable Général* peut parfois être éclipsé au profit de l'application des principes d'image fidèle et de sincérité des comptes : l'entreprise peut exceptionnellement déroger à une règle comptable dans la mesure où l'application de ladite règle « *se révèle impropre à donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ou du résultat* »[3]. Dans ce cas, cette dérogation devra être « *mentionnée à l'annexe et dûment motivée, avec l'indication de son influence sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise* »[4]. Cette faculté est sans commune mesure avec la règle *comply/report or explain*. L'intérêt de la règle *comply or explain* est de permettre à l'entreprise de n'appliquer aucune règle ; au contraire, la possibilité de déroger à une prescription comptable suppose l'application d'une autre méthode ou norme comptable qui serait plus fidèle, donc significative[5]. En définitive, l'exigence de significativité ou pertinence de l'information financière relève davantage d'une logique de sincérité des comptes que d'une volonté d'octroyer de la souplesse à l'entreprise[6].

238. **Le principe de matérialité, transcription d'un registre de normativité souple. –** Le principe de matérialité inscrit le devoir de transparence environnementale et sociale dans une conception bien plus souple que la reddition des comptes financiers : il ne s'agit pas de « *renseigner une liste précise d'informations RSE préétablies et identiques pour toutes les sociétés* » mais d'établir une déclaration de performance extra-financière qui soit « *plus*

---

[1] C. Com., art. L. 123-15. Le caractère obligatoire des règlements de l'Autorité des Normes Comptables, dont le *Plan Comptable Général*, est également posé par une ordonnance de 2009 (*Ord. n° 2009-79 du 22 janvier 2009 créant l'Autorité des normes comptables*, art. 1, 1°).

[2] *R. ANC n°2015-03* préc., art. 821-1 et s.

[3] C. Com., art. L. 123-14, al. 3. V. également *R. ANC n°2015-03* préc., art. 121-3.

[4] C. Com., art. L. 123-14, al. 3.

[5] Ainsi, la dérogation aux règles comptables n'est mise en œuvre qu'en vertu de l'application d'un principe hiérarchiquement supérieur : le principe d'image fidèle des comptes financiers. La dérogation devra ainsi être justifiée dans l'annexe à l'aune de ce principe.

[6] « *En reporting financier, la matérialité est fréquemment envisagée comme un seuil d'influence des décisions économiques des personnes qui utilisent les états financiers d'une organisation, notamment les investisseurs*. […] *Dans le cadre du reporting de développement durable, la matérialité est le principe qui détermine quels enjeux pertinents sont suffisamment importants pour qu'il soit nécessaire de les couvrir dans le rapport* » (GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *GRI 101 : Principes généraux*, 2016, n°1.3, p. 10).

proactive et sur-mesure »[1]. Cette marge de manœuvre octroyée à l'entreprise inscrit le devoir de transparence dans un registre de normativité souple, que la Commission européenne revendique : « *l'objectif est de proposer aux sociétés un cadre équilibré et souple pour la publication d'informations non financières, afin de les aider à communiquer de manière cohérente les principales informations* »[2]. La règle *report or explain* caractérise un relâchement du caractère obligatoire de la règle de droit en offrant la possibilité aux entreprises de ne pas se conformer à une norme juridique tout en n'imposant pas le respect d'une règle équivalente[3]. Cette règle, et plus généralement le principe de matérialité, transcrit une volonté du législateur d'organiser un devoir de transparence adapté à l'entreprise et dont les informations environnementales et sociales sont façonnées par celle-ci – circonstances qui affaiblissent le caractère général de cette règle[4]. Cette approche souple est déployée au service d'un « *idéal du sur mesure normatif* »[5]. Sous cet angle, « *l'émiettement du droit pass*[e] *de symptôme d'un droit en crise à celui d'un droit en pleine modernité* »[6].

239. **Le principe de matérialité, expression d'une vision graduelle de la normativité. –** La lecture du devoir de transparence environnementale et sociale par le prisme du droit souple mérite toutefois d'être affinée. La souplesse du mécanisme *report or explain* n'est pas absolue : l'exigence d'une explication « *claire et motivée* » en cas de dérogation permet de raffermir le devoir de transparence[7]. Sorte de troisième voie située entre une obligation d'information au sens strict et une totale liberté de définition du contenu de la déclaration,

---

[1] MEDEF, *Guide méthodologique : Reporting RSE*, 2e éd., 2017, p. 3.

[2] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2017) 4234 final* préc., pt. 2). V. également COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2019)*, 20 juin 2019, « Lignes directrices sur l'information non financière : Supplément relatif aux informations en rapport avec le climat », pt. 2.1) : « *Les présentes lignes directrices reconnaissent donc la nécessité d'une approche souple* ».

[3] En effet, il ne s'agit pas pour l'entreprise de motiver la non-application d'une règle au profit d'une autre, comme en matière de *reporting* financier : les règles *comply or explain* du rapport sur le gouvernement d'entreprise et *report or explain* de la déclaration de performance extra-financière lui permettent de déroger à l'application d'une disposition ou à la délivrance de l'information, sans exiger d'elle le respect d'une règle équivalente, à la seule condition qu'elle en apporte une explication. Les règles *comply/report or explain* ne peuvent donc recevoir la qualification de règle supplétive de volonté, qui est « *applicable dans le silence des parties, c'est-à-dire en l'absence d'un choix volontaire différent de leur part* » (V° « Supplétif, -ive » *in* G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, n°2, p. 1002).

[4] « *Les règles de RSE* […] *se distinguent des règles de droit. Les règles de droit valent en effet pour leur perdurance, leur rigidité, leur précision. Au contraire, en matière de RSE les règles sont particulièrement floues et malléables* » (N. POSTEL, « Règle », in N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *op. cit.*, p. 399).

[5] P. DEUMIER, « Le principe appliquer ou expliquer, appliquer la norme autrement ? », *RTD civ.,* 2013, p. 79. Cette fonction de « *sur-mesure* » permet d'éviter « *les travers de la généralité de la règle* » (*ibid.*).

[6] *Ibid.*

[7] R. 225-105, I.

cette règle a été qualifiée de « *trait d'union idéal entre la* soft law *et la* hard law » favorisant une « *juridicisation* » du devoir de transparence environnementale et sociale de l'entreprise[1]. Ainsi, ce devoir illustre les limites d'une vision binaire du droit : si cette norme ne peut certainement pas être considérée comme une obligation dure[2], elle n'est pour autant pas comparable à un simple guide ou référentiel d'application volontaire[3]. Les modèles théoriques promouvant une complexification du normatif, comme la théorisation du passage d'un modèle pyramidal à un « *droit en réseau* »[4], permettent de mieux saisir les implications théoriques du principe de matérialité. Résistant à l'analyse binaire du droit, le *reporting* environnemental et social correspond davantage à une vision graduelle de la normativité, étant une norme ni totalement dure ni totalement souple[5]. Ainsi, l'obligation d'établir une déclaration de performance extra-financière se situerait entre les deux extrémités de l'échelle de normativité, dans une position médiane. La faiblesse des caractères obligatoire et contraignant des normes de transparence extra-financière et la relativité de son caractère général[6] permettent en effet de placer cette obligation à mi-chemin entre les normes dures et les normes « très » souples : « *le droit de la transparence extra-financière relève de la* "soft hard law" »[7]. Cet enchevêtrement est lié au mode de production de la norme : la transparence environnementale et sociale relève d'un phénomène de corégulation. En effet, si l'entreprise dispose de la faculté de déterminer le contenu exact de son document d'information voire d'écarter certaines dispositions légales, le législateur garde la mainmise sur l'architecture globale des documents à publier, et sur le principe d'une obligation de transparence[8].

---

[1] C. MALECKI, « La règle *report or explain* : le fer de lance d'une *smart law* inédite pour une RSE efficiente », *RDA*, 2015, n°7, p. 124.

[2] D'autant plus que le relâchement du caractère obligatoire s'accompagne d'un caractère contraignant très effacé. V. *infra* Partie 1, Titre 2.

[3] Sur ces normes volontaires, v. *infra* Section 2.

[4] « […] *de la crise du modèle pyramidal, émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant des résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier encore la situation. Avec le réseau, l'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté* […] *; la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme* […] *; les frontières du fait et du droit se brouillent ; les pouvoirs interagissent* […] *; les systèmes juridiques (et, plus largement, les systèmes normatifs) s'enchevêtrent* » (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit,* Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 14).

[5] Le droit est « *fait de différentes textures, des plus dures aux plus souples* » (C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 607).

[6] Sur ces caractères, v. *supra* Introduction.

[7] N. CUZACQ, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. Sociétés,* 2018, n°3, p. 347.

[8] Ce type d'autorégulation, sorte de relais législatif ou d'« *habilitation légale* » vers les destinataires de la norme, ne remet pas fondamentalement en cause le paradigme classique de hiérarchie des sources, contrairement à des

240. **Une souplesse au service de l'efficacité des dispositifs de transparence. –** Le rôle endossé par les entreprises dans la production de la norme renforcerait l'efficacité de cette dernière : un acteur serait plus enclin à respecter une norme dans la mesure où il l'a élaborée. Loin d'être une « *anomalie* »[1], la souplesse inhérente aux règles de la RSE serait le résultat d'un choix politique – celui de renforcer l'efficacité de ces normes[2]. En matière de RSE, le législateur semble considérer le droit souple comme une véritable « *alternative pérenne, préférable au droit dur en raison des caractéristiques du domaine concerné* » - selon l'une des fonctions du droit souples mises en évidence par le Conseil d'État lors de son Étude annuelle de 2013 sur le droit souple[3]. Le Conseil d'État observe en effet que « *dans le domaine économique, les partisans de l'autorégulation mettent souvent en avant la vertu de règles définies par les acteurs concernés eux-mêmes, qui feraient appel à leur esprit de responsabilité, alors que les règles imposées par les pouvoirs publics susciteraient chez leurs destinataires une volonté de contournement* »[4]. L'approche souple est ainsi délibérément mobilisée par le législateur en matière de RSE dans le souci d'augmenter l'efficacité des normes.

241. **Une souplesse revendiquée par les entreprises.** – Toutefois, il nous semble que cette vision de la souplesse comme étant délibérément instaurée par le législateur, en raison de l'efficacité qui est présumée en découler, est biaisée. La nécessité de mécanismes souples est

---

systèmes d'autorégulation où le pouvoir octroyé aux acteurs privés est beaucoup plus large, voire à des systèmes de complète autonomie (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.,* p. 109 et s).

[1] « *Il est grand temps de s'interroger sur ce qui, au regard de la force traditionnelle du droit, apparaît comme des anomalies : la force des directives non transposées,* […] *celle des instruments de RSE,* […] *celle des recommandations des AAI, sans compter bien d'autres instruments ignorés de la tradition juridique* » (A.-J. ARNAUD, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 13).

[2] L'efficacité du plan de vigilance était au cœur des débats parlementaires : « *Ce texte est de surcroît efficace car il ne définit aucune norme. Par là même il pourra s'adapter à toutes les situations.* », « […] *nous avons là un texte souple et efficace qui peut produire un progrès important* » (ASSEMBLEE NATIONALE, *Compte-rendu intégral, Séance du 30 mars 2015*).

[3] CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, 2013, p. 100. Les autres fonctions du droit souple sont celles de « *se substituer au droit dur lorsque le recours à celui-ci n'est pas envisageable* » (p. 86), de « *préparer le recours au droit dur* » (p. 91) ou d'« *accompagner la mise en œuvre du droit dur* » (p. 97).

[4] *Ibid.,* p. 102. Le Conseil d'État fait référence aux propos d'un ancien président de l'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (ARPP) : « *Tout marché a besoin de règles. Mais celles-ci ne doivent pas déresponsabiliser. À ce titre, une voie est possible : celle de la régulation privée, apte à fonder des règles professionnelles respectées. Il suffit de demander aux acteurs et aux entreprises de se fixer elles-mêmes leurs règles, à condition qu'un contrôle impartial soit assuré. Quel meilleur moyen de se sentir responsable qu'en étant ainsi appelé à définir soi-même le meilleur comportement dans son activité ?* » (J.-P. TEYSSIER, *La régulation professionnelle : des règles non étatiques pour mieux responsabiliser*, Fondapol, 2011, p. 8).

fréquemment brandie par les entreprises dans le but de freiner le durcissement de la réglementation en matière environnementale et sociale[1]. La crainte de « *braquer* »[2] des entreprises qui contribuent à l'activité économique d'un État et qui peuvent menacer de délocaliser leur activité ou supprimer des emplois justifie la timidité de l'action des pouvoirs publics : « *la pusillanimité du législateur s'explique par la volonté de ne pas imposer des contraintes trop lourdes aux entreprises françaises dans un contexte de concurrence internationale* »[3]. C'est donc un compromis politique qui semble être l'origine du principe de matérialité[4], et de la RSE dans son ensemble, qui fait l'objet d'un *lobbying* important de la part des entreprises[5]. Le caractère modéré et essentiellement volontaire de la RSE – qui est traduit par l'instauration de mécanismes souples – peut apparaître comme le résultat d'un rapport de forces entre la volonté politique d'encadrer l'activité des entreprises et le souhait de ces dernières d'une réglementation la moins contraignante possible en matière environnementale et sociale et d'une sauvegarde de leur compétitivité économique. Tout

---

[1] Un tel comportement a par exemple été observé pendant la crise sanitaire liée au Covid-19 : le MEDEF a tenté d'obtenir un « *moratoire* » sur les législations environnementales (« Coronavirus : le Medef souhaite un moratoire sur des lois environnementales », *Franceinfo avec AFP*, 23 avril 2020, [https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/coronavirus-le-medef-souhaite-un-moratoire-sur-des-lois-environnementales_3930599.html]).

[2] Le poids des entreprises sur le processus législatif peut être comparé à celui des États sur la scène internationale : au regard du risque de « *braquer* » les États, le Conseil de l'Europe a institué un suivi des droits de l'Homme assez souple, consistant en « *un dialogue avec l'État défaillant en vue de le convaincre – et non de le contraindre – de corriger le comportement déviant* » (M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe : Contribution à la théorie du contrôle international*, Pedone, 2012, p. 349).

[3] N. CUZACQ, « Le cadre normatif de la RSE, entre *soft law* et *hard law* », [hal-00881860], 2012, p. 12.

[4] L'exposé des motifs de la proposition de loi relative au devoir de vigilance admet la faiblesse induite par le principe de matérialité puisqu'elle affirme que le devoir de vigilance « *crée une obligation juridique à la charge des sociétés et des entreprises donneuses d'ordre, là où n'existe pour le moment qu'une obligation morale laissée à l'initiative des dirigeants de bonne volonté* (soft law) *et une obligation de* reporting […] *dont la portée est limitée par le mécanisme de* "comply or explain" » (*Proposition de loi n°2578 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 11 février 2015, p. 10).

[5] « *Les actions de lobbying des associations patronales ont conduit à une première entorse à l'article 225 de la loi Grenelle II avec le vote de la loi de régulation bancaire et financière adoptée en octobre 2010.* […] *Le lobbying a ensuite visé à rehausser les seuils de déclenchement de l'obligation de reporting social et environnemental afin de réduire le nombre d'entreprises concernées par la réforme.* […] *Le décret d'application sur la RSE constitue un recul manifeste par rapport au texte initial*. […] *L'adoption de ce décret a été marquée par un abandon ponctuel des pratiques de gouvernance à cinq et un retour à une logique de lobbying et de relations bilatérales* » (*Rapport d'information n°290 fait au nom de la commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des lois n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (Grenelle I) et n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (Grenelle II) par Mme Laurence ROSSIGNOL et M. Louis NÈGRE*, 23 janv. 2013, p. 37 et s.). V. également D. PIALOT, « Le patronat s'oppose aux nouvelles obligations prévues par le Grenelle », *La Tribune*, 31 janv. 2011, [https://www.latribune.fr/green-business/l-actualite/1111439/le-patronat-s-oppose-aux-nouvelles-obligations-prevues-par-le-grenelle.html].

l'enjeu du droit de la RSE consiste à inciter les entreprises à intégrer des problématiques environnementales et sociales dans leur gestion, tout en s'assurant de ne pas trop les contraindre. Dès lors, la consécration d'un principe de matérialité par le législateur lui permet de s'assurer que « *le processus de communication de l'information progresse vers une responsabilisation consentie des entreprises* »[1], à laquelle le principe de matérialité contribue. La portée de l'argument de l'efficacité, dégagée de ses atours, mérite donc d'être relativisée, l'efficacité des dispositifs souples n'étant pas nécessairement éprouvée[2].

242. Toutefois, la flexibilité permise par le principe de matérialité a ouvert la voie à son détournement par les entreprises, de sorte qu'un encadrement est apparu nécessaire.

§2. La nécessité d'un encadrement du principe de matérialité

243. La nécessité d'un encadrement du principe de matérialité provient du constat d'un certain détournement de la matérialité par les entreprises (A). Des propositions d'encadrement de ce principe ont alors été exprimées (B).

A. Le constat d'un détournement de la matérialité

244. Le détournement de la matérialité par les entreprises, causé par une définition imprécise de la matérialité en droit (1), se traduit par une interprétation disparate de ce principe en pratique (2).

1. La cause : une définition imprécise de la matérialité en droit

245. **Le risque de *greenwashing* ou *socialwashing*. –** En laissant à l'entreprise la possibilité de spécifier le contenu de ses documents d'information, le principe de matérialité peut lui permettre d'occulter certains impacts environnementaux ou sociaux, ou d'en atténuer

[1] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°310, p. 410.
[2] « *La réception du droit souple par les destinataires semble pratiquement devoir se passer de démonstration : parée des signes de l'évidence, fondée sur l'idée élémentaire que ce qui est voulu est mieux vécu et mieux suivi que ce qui est imposé, cette réception apparaît presque comme postulée* » (C. PERES, « La réception du droit souple par les destinataires », *in Le droit souple*, Dalloz, 2009, n°1, p. 94).

l'importance. La mise en œuvre de ce principe, qui suppose que l'entreprise définisse les informations qu'elle estime pertinentes, comporte le risque que les entreprises se livrent à des pratiques de « *greenwashing* » ou « éco-blanchiment », qui consiste en l'« *attribution abusive de qualités écologiques à un produit, à un service ou à une organisation* »[1], ou de « *socialwashing* » s'agissant des aspects sociaux.

246. **Une définition lacunaire de la matérialité dans les textes français et européen. –** La commission de telles pratiques reste actuellement favorisée par l'insuffisance de critères objectifs encadrant la matérialité au sein de la NFRD et du Code de commerce[2]. La NFRD se contente d'indiquer que la déclaration doit être recentrée autour des « *incidences négatives* »[3] les plus « *graves* »[4]. Le texte français se contente de faire référence aux « *principaux risques* » liés à l'activité de l'entreprise sans considération de leur gravité[5]. La formule de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce selon laquelle les informations doivent être mentionnées « *dans la mesure nécessaire à la compréhension de la situation de la société, de l'évolution de ses affaires, de ses résultats économiques et financiers et des incidences de son activité* » ne nous semble pas un offrir un critère utile pour la détermination pratique des informations à mentionner dans la déclaration de performance extra-financière.

247. **Une précision par les Lignes directrices de la Commission européenne. –** A l'échelle de l'Union européenne, deux séries de lignes directrices relatives à la publication d'informations non financières ont été publiées en 2017 et 2019, qui, bien que non

---

[1] COMMISSION GENERALE DE TERMINOLOGIE ET DE NEOLOGIE, *Avis. Vocabulaire de l'environnement (liste de termes, expressions et définitions adoptés)*, 8 sept. 2013, NOR : CTNX1321050K.

[2] Le rapport dit « de Cambourg » fait ce constat : « *la démarche fondée sur le jugement des émetteurs ne permet pas aujourd'hui d'en déduire implicitement une méthode de* reporting *structurée, commune et comparable à tous les acteurs. En pratique, l'utilisation combinée de plusieurs cadres de* reporting *ou la revendication de leur inspiration (notamment dans le cas du* reporting *intégré) est courante et aboutit à des* reportings*, somme toute, originaux qui rendent difficile toute comparabilité entre entités et secteurs d'activité* » (P. DE CAMBOURG, *Garantir la pertinence et la qualité de l'information extra-financière des entreprises : une ambition et un atout pour une Europe durable. Rapport présenté au Ministre de l'Économie et des Finances*, 2019, p. 146).

[3] La déclaration doit contenir « *les principaux risques liés* [aux questions extra-financières] […] *qui sont susceptibles d'entraîner des incidences négatives* ». De plus, la directive prévoit que ces risques doivent être « *en rapport avec les activités de l'entreprise, y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les relations d'affaires, les produits ou les services de l'entreprise* » (*Dir. 2014/95/UE* préc., art. 1er).

[4] La notion de gravité est introduite par un considérant de la directive : « *Les entreprises relevant de la présente directive devraient fournir des informations pertinentes en ce qui concerne les questions qui apparaissent comme étant le plus susceptibles de conduire à la concrétisation des principaux risques d'incidences graves, de même que ceux qui se sont déjà concrétisés. L'importance de ces incidences devrait être évaluée à l'aune de leur ampleur et de leur gravité* » (*ibid.*, cons. n°8).

[5] C. Com., art. R. 225-105, I, 1°.

contraignantes, permettent d'apporter des précisions quant aux critères de la matérialité. Les Lignes directrices de la Commission européenne de 2017 indiquent que la pertinence de l'information doit être évaluée au regard du contexte propre à chaque entreprise et notamment de son secteur[1] et énumèrent cinq facteurs de significativité : le modèle commercial de l'entreprise, les « *grandes questions sectorielles* », les « *intérêts et attentes des parties prenantes* », l'« *incidence des activités* » de l'entreprise et les « *politiques publiques et incitations réglementaires* »[2].

248. **Le principe de double matérialité initié par d'autres normes publiques non contraignantes. –** En 2019, la Commission européenne a publié de nouvelles Lignes directrices complémentaires, axées sur les informations relatives au climat, qui apportent une importante précision conceptuelle sur le principe de matérialité. Selon la Commission, le principe de matérialité, dénommé « *importance relative* », revêt deux dimensions : « *l'importance relative sur le plan financier* » et « *l'importance relative environnementale et sociale* »[3]. L'appréhension de la matérialité par le prisme de cette dualité est utile en ce qu'elle dissipe l'ambiguïté inhérente au concept de « risque ». En effet, lorsque l'entreprise doit identifier les « *principaux risques* » environnementaux et sociaux relatifs à son activité, elle pourrait être tentée d'identifier les risques qu'elle peut subir en omettant les risques qu'elle crée, c'est-à-dire les impacts de son activité sur l'environnement ou en matière sociale. Cette précision conceptuelle favorise alors une appréhension des deux facettes du risque : le risque d'un enjeu extra-financier pour l'entreprise sur le plan financier[4], et le risque créé par

---

[1] « *Les informations significatives doivent être évaluées dans un contexte. Certaines informations peuvent être significatives dans un contexte et pas dans un autre. Les questions qu'il faut envisager d'inclure dans la déclaration non financière sont les aspects propres à la situation de la société, si l'on se base sur des éléments concrets et sur les spécificités du secteur. Il est probable que des sociétés d'un même secteur partagent des défis environnementaux, sociaux et de gouvernance similaires, en raison par exemple des ressources dont elles dépendent pour produire des biens et des services, ou des incidences qu'elles peuvent avoir sur les personnes, la société et l'environnement* » (COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2017) 4234 final*, 5 juil. 2017, « Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières) »).

[2] *Ibid.*, pt. 3.1.

[3] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2019)*, 20 juin 2019, « Lignes directrices sur l'information non financière : Supplément relatif aux informations en rapport avec le climat », pt. 2.2, figure 1.

[4] « *La référence à* "[l']évolution des affaires, [aux] performances [et à] la situation" *de l'entreprise renvoie à l'importance relative des informations du point de vue financier, au sens large de leur incidence sur la valeur de l'entreprise* […] *C'est cette perspective qui, généralement, intéresse le plus les investisseurs* » (*id.,* pt. 2.2).

l'entreprise sur l'environnement ou ses parties prenantes[1]. Par exemple, si les activités d'une entreprise peuvent générer des conséquences néfastes sur le climat, le changement climatique peut également avoir un impact négatif sur l'activité de l'entreprise[2]. Cette dualité de l'appréhension du risque semble néanmoins cantonnée au risque du changement climatique – les Lignes directrices de 2019 étant dédiées à ce risque. L'application d'un principe de « *double matérialité* » concernant le risque du réchauffement climatique a également été recommandée par l'Autorité des Marchés Financiers[3] et l'Autorité Européenne des Marchés Financiers[4].

249. Toutefois, ce principe de double matérialité est promu par des normes qui sont non contraignantes et qui semblent, de surcroît, le limiter à la seule matière climatique. Ainsi, la matérialité reste définie de manière très imprécise par le droit, ce qui favorise une interprétation disparate de ce principe par les entreprises.

2. La conséquence : une interprétation disparate de la matérialité en pratique

250. Notre étude empirique nous a permis de constater la disparité des pratiques en matière d'application du principe de matérialité. Bien que nous ayons observé une amélioration entre les premières déclarations de performance extra-financière et les dernières, la matérialité fait

---

[1] « *La référence aux* "incidences [de l'] activité [de l'entreprise]" *renvoie à l'importance relative des informations du point de vue environnemental et social. Les informations relatives au climat doivent être communiquées si elles sont nécessaires à la compréhension des incidences externes de l'entreprise. En général, c'est cette perspective qui intéresse le plus les citoyens, les consommateurs, les salariés, les partenaires commerciaux, les communautés et les organisations de la société civile* » (*ibid*).

[2] Deux grands types de risques pour l'entreprise sont identifiés : les *transition risks* ou risques de transition (« *Transitioning to a lower-carbon economy may entail extensive policy, legal, technology, and market changes to address mitigation and adaptation requirements related to climate change* ») et les *physical risks* ou risques physiques (« *Physical risks resulting from climate change can be event driven (acute) or longer-term shifts (chronic) in climate patterns. Physical risks may have financial implications for organizations, such as direct damage to assets and indirect impacts from supply chain disruption* ») (TASK FORCE ON CLIMATE-RELATED FINANCIAL DISCLOSURES, *Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures*, 2017, p. 5 et s.).

[3] « *Concernant le sujet plus particulier de la lutte contre le réchauffement climatique, il apparaît que ces sociétés peuvent rendre compte d'une double matérialité. D'une part, la matérialité des émetteurs vis-à-vis de l'environnement peut être considérée à l'aune de l'impact de leur activité sur le changement climatique, et en particulier en ce qui concerne leurs émissions de gaz à effet de serre (GES).* […] *D'autre part, il s'agit de considérer cet impact du changement climatique sur l'activité des sociétés* » (AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées*, 2019, p. 82).

[4] EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY, *Public Statement : European common enforcement priorities for 2019 annual financial reports*, 2019, p. 9.

l'objet d'interprétations diverses, dues au flou normatif qui entoure ce principe. Avant d'exposer cette disparité, rappelons que d'après l'article R. 225-105 du Code de commerce, la déclaration de performance extra-financière doit contenir les « *principaux risques liés à l'activité de la société ou de l'ensemble de sociétés* ». L'article L. 225-102-4 du même code qui régit le plan de vigilance prévoit que ce dernier contient les risques « *résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle* ». La loi étend toutefois la sphère des risques à prendre en compte[1], puisque la déclaration de performance extra-financière doit faire mention « *lorsque cela s'avère pertinent et proportionné,* [des] *risques créés par ses relations d'affaires, ses produits ou ses services* » tandis que le plan de vigilance doit contenir ceux qui sont relatifs aux « *activités des sous-traitants ou fournisseurs* ».

251. En d'autres termes, la sélection des informations doit être opérée à la fois au regard des risques liés à l'activité de l'entreprise (a) mais également au regard des risques créés par les relations d'affaires de l'entreprises, ses produits et services (b).

a. La sélection des risques liés à l'activité de l'entreprise

252. **Une absence de définition juridique de la notion d'activité. –** Les articles du Code de commerce régissant la déclaration de performance extra-financière et le plan de vigilance n'apportent aucune clarification de la notion d'« activité économique » permettant d'aiguiller les entreprises dans leur processus d'identification des risques[2]. Bien que le droit commercial s'articule autour de la notion d'« *actes de commerce* »[3], il n'en propose pas qu'une énumération, sans définition transversale. Quelques définitions fonctionnelles ont été esquissées par le législateur en droit de la concurrence notamment[4], mais ces définitions

[1] Sur la notion de sphère d'influence, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.
[2] La notion de risque est moins ambigüe, définie comme un « *évènement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou à la date de cette réalisation ; se dit aussi bien de l'éventualité d'un tel évènement en général, que de l'évènement spécifié dont la survenance est envisagée* » (V° « Risque » *in* G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, p. 932).
[3] C. Com., art. L. 110-1 et s.
[4] « *Les règles définies au présent livre s'appliquent aux entreprises entendues comme les entités, quelle que soit leur forme juridique et leur mode de financement qui exercent une activité de production, de distribution et de services* » (C. Com., art. L. 410-1). Sur l'appréhension de l'activité économique en droit de la concurrence européen v. D. MAINGUY (dir.), « Activité économique », *Dictionnaire de droit du marché*, Ellipses, 2008, p. 28.

n'apportent pas de précision quant aux frontières de l'activité économique, qui semble faire l'objet d'un certain « *vide théorique* »[1].

253. **L'importance de la définition retenue par l'entreprise de la notion d'« activité ». –** Or, la définition retenue de la notion d'activité par l'entreprise est cruciale du point de vue de son devoir de transparence. Si elle l'entend strictement, les risques environnementaux et sociaux identifiés seront moins nombreux, resserrés autour du cœur de l'activité de l'entreprise. Si la notion d'activité intègre indubitablement le cœur de métier de l'entreprise, il existe un flou quant à la prise en compte de risques environnementaux et sociaux associés aux fonctions dites « support » de l'entreprise, notamment les services généraux que sont la restauration collective ou la gestion des bâtiments dans lesquels est exploitée l'activité. Par exemple, l'intégration des risques associés au service de restauration des salariés détermine l'exigence de communication de l'entreprise relative au « *gaspillage alimentaire* » voire à la « *lutte contre la précarité alimentaire* », le « *respect du bien-être animal* » et l'« *alimentation responsable, équitable et durable* »[2].

254. **Une approche restrictive de la notion de « *risques liés à l'activité de la société* » par les entreprises. –** Le flou relatif à la notion de « *risques liés à l'activité de la société* » a laissé une certaine latitude aux entreprises, qui, dans l'ensemble, l'interprètent strictement. Souvent, la lutte contre le gaspillage alimentaire et tous les thèmes légaux liés à l'alimentation et au bien-être animal sont exclus par les sociétés du CAC 40 dont nous avons étudié les déclarations, qui utilisent à cet effet le mécanisme *report or explain*. Par exemple, un groupe précise :

> « *Les sujets suivants sont exclus du champ de l'analyse car considérés comme trop éloignés de l'activité du Groupe : la lutte contre le gaspillage alimentaire, la lutte contre la précarité alimentaire, respect du bien-être animal, une alimentation responsable, équitable et durable* »[3].

---

[1] F.-X. VINCENSINI, *La commercialité : Recherche sur l'identification d'une activité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 39, n°35.
[2] C. Com., art. L. 225-102-1, III.
[3] LEGRAND, *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 12 avril 2021, p. 81. V. encore THALES, *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 12 avril 2021, p. 303 : « *Ces informations ne sont pas pertinentes au regard des activités du Groupe, qui n'interviennent pas dans les cycles industriels de production ou de consommation alimentaire* ».

Pour la plupart des entreprises, l'activité est donc assimilée à la production du bien ou du service et n'est pas étendue aux fonctions « support ». Ainsi la problématique du respect du bien-être animal est abordée seulement par les entreprises du secteur du luxe, qui utilisent de la fourrure[1]. On pourrait pourtant concevoir que les entreprises du CAC 40, employant des milliers de salariés, soient sensibilisées au respect du bien-être animal notamment dans les repas proposés à leurs employés[2]. De surcroît, la loi prévoit que l'exclusion d'un thème doit être accompagnée d'une « *explication claire et motivée des raisons le justifiant* »[3]. Or, les explications apportées paraissent très succinctes[4].

255. **Une approche restrictive contestable. –** Si l'absence de traitement des thèmes relatifs à l'alimentation et au bien-être animal peut être expliquée par une conception stricte de l'activité soutenue par le flou de la loi, l'exclusion de certains thèmes paraît plus nettement discutable. Par exemple, certaines banques excluent la thématique de l'économie circulaire de leur déclaration au motif qu'elle ne constitue pas un risque majeur au regard de leur activité :

> « *En tant que société fournissant des produits et services financiers, Société Générale considère que les thèmes suivants ne constituent pas des risques RSE principaux et ne justifient pas un développement dans la présente DPEF : économie circulaire, gaspillage alimentaire, lutte contre la précarité alimentaire, respect du bien-être animal, alimentation responsable, équitable et durable* »[5].

Même si l'activité bancaire ne consiste pas en la production directe de biens matériels, la problématique des déchets concerne potentiellement chaque grand groupe : pour exercer leur

---

[1] « *Seul un animal bien traité présentera une belle peau. Ainsi, l'exigence de grande qualité des peaux influence la filière en favorisant les modes d'élevage les plus respectueux du bien-être animal* […] » (HERMES, *Document de référence*, déposé le 10 avril 2019, p. 85).

[2] L'externalisation de la restauration collective est également un argument souvent avancé par les entreprises pour exclure le thème du gaspillage alimentaire : « *La majorité des sites Thalès ne gère pas les restaurants d'entreprise, confiés à des sociétés de restauration. La communication autour des pratiques alimentaires ainsi que la gestion des déchets incombent donc à ces sociétés qui sont fortement incitées à diminuer le gaspillage alimentaire* » (THALES, *Document de référence*, déposé le 8 avril 2019, p. 126). V. également ORANGE, *Document de référence*, déposé le 21 mars 2019, p. 306 ; VINCI, *Document de référence*, déposé le 27 février 2019, p. 209.

[3] C. Com., art. R. 225-105, I.

[4] D'autant plus que certaines entreprises intègrent ces thématiques alors que leur activité n'est pas directement liée à celles-ci ; v. par exemple L'OREAL, *Document d'enregistrement universel 2020,* déposé le 16 mars 2021, p. 178 et 221, qui mentionne les risques et politiques pour chaque thématique légale, y compris pour le gaspillage alimentaire, la précarité alimentaire, l'alimentation responsable, équitable et durable et le bien-être animal.

[5] SOCIETE GENERALE, *Document d'enregistrement universel 2022*, déposé le 13 mars 2023, p. 683.

activité, ces sociétés utilisent des biens matériels et des fournitures, disposent de locaux pour leurs agences et sont donc nécessairement confrontées à des problématiques de gestion de déchets[1]. De surcroît, en tant que financeurs, les groupes bancaires disposent d'une certaine responsabilité quant aux impacts de leurs décisions d'investissement en matière d'économie circulaire et relativement aux autres thèmes exclus[2]. Une amélioration a toutefois été notée sur ce point par un autre groupe bancaire, qui considérait en 2019 que le thème de l'économie circulaire n'était « *pas pertinent par rapport à l'activité directe du groupe* »[3] avant de lui consacrer quelques développements dans sa déclaration quatre ans après[4]. Globalement, les entreprises retiennent une conception restrictive du risque lié à l'activité, favorisée par le principe de matérialité et le flou qui l'entoure, bien que des améliorations aient été observées en pratique.

256. Le détournement du principe de matérialité, qui se traduit par une conception restrictive du risque, nuit à la pertinence du *reporting*. Des pratiques perfectibles ont également été remarquées s'agissant de la sélection des risques créés par les relations d'affaires de l'entreprise et par ses produits et services.

b. La sélection des principaux risques créés par les relations d'affaires de l'entreprise et ses produits et services

257. Il convient d'emblée de préciser que la caractérisation des risques liés à l'activité des relations d'affaires de l'entreprise, ainsi que ceux liés aux produits et services vendus par l'entreprise, fait l'objet d'une intensité normative moins importante que les risques directement liés à l'activité de l'entreprise. L'article R. 225-105 du Code de commerce dispose que l'entreprise doit mentionner ces risques uniquement « *lorsque cela s'avère pertinent et proportionné* ». De la même manière, le plan de vigilance circonscrit les risques liés aux activités des sous-traitants et fournisseurs par la notion de « *relation commerciale*

[1] Même s'il est évident que la quantité et le type de déchets produits sont inférieurs à des sociétés industrielles.
[2] Sur l'investissement socialement responsable, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.
[3] CREDIT AGRICOLE, *Document de référence*, déposé le 26 mars 2019, p. 70.
[4] Le groupe exclut seulement deux catégories d'information : « *Deux enjeux identifiés par Crédit Agricole S.A. ne sont pas ressortis comme étant matériels pour le secteur financier du point de vue des parties prenantes, et ne sont donc pas abordés dans la Déclaration de performance extra-financière : le bien-être animal et le mécénat. Pour autant, le Groupe a mis en place des actions liées à ces deux enjeux* » (sans précision desdites actions néanmoins) (CREDIT AGRICOLE, *Document d'enregistrement universel 2022*, déposé le 27 mars 2023, p. 49).

établie »[1]. A mesure que la sphère du risque s'élargit, l'intensité normative s'affaiblit : la prescription – déjà faible au départ – se fait moins forte dès lors que le lien entre le risque environnemental et social et l'activité de l'entreprise diminue.

258. Exposons les pratiques des entreprises quant aux risques liés aux produits et services (i) et aux risques créés par les relations d'affaires (ii).

i. Les risques liés aux produits et services

259. **Une prise en compte croissante des risques liés aux produits et services. –** Dans la déclaration de performance extra-financière, la description pour une entreprise des « *risques créés par* […] *ses produits ou ses services* »[2] suppose de déterminer les risques inhérents au cycle de vie du produit ou aux conséquences du service fourni, sur le plan environnemental notamment. Il a été observé une intégration croissante de ces risques dans les déclarations de performance extra-financière. Le cas des entreprises du secteur du transport cotées au CAC 40 est significatif à cet égard[3]. Au regard de son impact environnemental, ce secteur est particulièrement concerné par la problématique du cycle de vie des produits. Les deux groupes du secteur automobile de l'indice traitaient déjà en 2019 de l'empreinte carbone des véhicules produits[4]. Tel n'était pas le cas d'un groupe du secteur aéronautique, qui consacrait cette même année moins d'une page à la lutte contre le changement climatique – à la fois pour les risques liés à sa propre activité et ceux liés à ses produits et services[5], ce qui semble insuffisant au regard des émissions de CO_2 du secteur de l'aviation[6]. En 2021, cette même entreprise déploie l'ambition d'être reconnue comme « *leader de la décarbonation du secteur aéronautique* » et développe, dans une catégorie à part entière de sa déclaration, les risques liés au changement climatique inhérents à son activité et à l'usage de ses produits (ce qui

[1] C. Com., art. L. 225-102-4. Sur cette notion, v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.
[2] C. Com., art. R. 225-105, I, 1°.
[3] L'étude des déclarations de performance extra-financière par secteur permet d'observer des pratiques convergentes et de relever par comparaison une éventuelle carence d'une entreprise.
[4] RENAULT, *Document de référence*, déposé le 15 avril 2019 ; PSA, *Document de référence,* déposé le 26 mars 2019.
[5] SAFRAN, *Document de référence*, déposé le 29 mars 2019, p. 39 et p. 240.
[6] Sur ce constat, v. par exemple EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, *Transport and environment report 2020. Train or plane ?*, 2021, p. 23 et s. Il convient de noter que la comparaison entre les deux groupes du secteur automobile et cette entreprise trouve une limite : les deux groupes constituent le dernier maillon de la chaîne de valeur, tandis que cette dernière est un maillon intermédiaire de la chaîne de valeur, puisqu'elle conçoit des technologies appliquées au secteur aéronautique.

correspond au *scope* 3 de ses émissions)[1]. Une telle évolution est également observée à l'égard d'un autre groupe du secteur aéronautique qui, en 2019, évinçait le risque tenant aux émissions de gaz à effet de serre liées à l'utilisation des avions dont elle conçoit une partie des équipements[2]. Deux ans après, la déclaration de performance extra-financière de l'entreprise en question traite de l'empreinte carbone des avions conçus par ses clients, par la description d'une politique de réduction des émissions indirectes de gaz à effet de serre[3]. Ces exemples permettent de mettre en exergue une amélioration de l'identification des risques créés par les produits ou services sur une période de deux ans[4].

260. **Le cas des risques liés aux services financiers. –** Pour les banques, la détermination des risques liés aux services revêt une dimension particulière car leur activité consiste précisément à financer l'activité de leurs clients, de sorte que l'identification de leurs risques environnementaux et sociaux renvoie à celle des entreprises qu'elles financent[5]. Une amélioration a également été observée en l'espace de deux ans. Par exemple, une banque traitait ces risques dans sa déclaration en 2019, mais les associait à des engagements assez vagues[6]. Deux ans plus tard, l'intégration de ces risques a été intensifiée : la banque fait état de chiffres estimatifs de son empreinte carbone indirecte (le *scope* 3, correspondant aux émissions des acteurs financés par la banque)[7]. Cette pratique n'est néanmoins pas généralisée : d'autres banques du CAC 40 traitent de manière moins précise et transparente de l'impact environnemental de leurs clients[8]. Si une amélioration a été notée, il nous semble que

---

[1] SAFRAN, *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 31 mars 2021, p. 263 et s.

[2] Le groupe considérait que si *« l'utilisation de produits du Groupe par les clients est susceptible de contribuer à la production de gaz à effet de serre contribuant au réchauffement climatique* », il est « *toutefois exposé de manière limitée à ces risques de dommages à l'environnement, dans la mesure où il met en œuvre principalement des activités d'ingénierie et de développement logiciel* » (THALES, *Document de référence*, déposé le 8 avril 2019, p. 103).

[3] THALES, *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 12 avril 2021, p. 146 et s.

[4] Même pour les deux groupes du secteur automobile, qui traitaient déjà de ces aspects en 2019, les déclarations de 2021 font apparaître une intégration plus forte de l'empreinte carbone et de la problématique de fin de vie des véhicules vendus. V. RENAULT, *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 15 mars 2021, p. 150 et s. ; PSA, *Document d'enregistrement universel 2019,* déposé le 21 avril 2020, p. 60.

[5] Sur l'investissement socialement responsable, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

[6] « *Bien que de manière générale les activités du groupe Crédit Agricole S.A. ne soient pas exposées directement aux risques liés au changement climatique, le groupe Crédit Agricole S.A. est soumis à un certain nombre de risques indirects qui pourraient être significatifs* » (CREDIT AGRICOLE, *Document de référence 2018*, déposé le 26 mars 2019, p. 213). S'agissant de l'empreinte carbone des activités financées, la banque rendait compte d'un système de notation RSE. La note RSE n'était pas pleinement intégrée dans le processus de décision de financement mais uniquement « *regardée* » (*id.*, p. 59).

[7] CREDIT AGRICOLE, *Document d'enregistrement universel 2020,* déposé le 24 mars 2021, p. 64.

[8] V. BNP PARIBAS, *Document d'enregistrement universel 2020,* déposé le 2 mars 2021, p. 609.

la prise en compte des risques liés aux activités financées devrait être renforcée par les banques, ce qui sera certainement favorisé par la mise en œuvre de nouvelles réglementations européennes sur la finance durable[1].

261. Bien qu'en amélioration, la prise en compte des risques liés aux produits et services reste perfectible. Une évolution similaire est observée s'agissant des risques liés aux activités des relations d'affaires de l'entreprise.

ii. Les risques liés aux activités des relations d'affaires

262. **Une prise en compte en progression des risques créés par les relations d'affaires. –** Dans les déclarations de performance extra-financière des sociétés du CAC 40, la description des risques environnementaux et sociaux créés par les relations d'affaires est globalement en progression, sans doute parallèlement à l'appréhension par les entreprises de leur devoir de vigilance[2]. En effet, ce dernier a précisément pour objectif de porter l'attention des entreprises vers les activités de leurs partenaires commerciaux, notamment par la réalisation d'une cartographie des risques. Les entreprises opèrent donc des renvois de la déclaration de performance extra-financière vers le plan de vigilance – ce que la loi encourage[3]. Il a par exemple été observé que le plan de vigilance d'un groupe, dont le nombre de pages est doublé entre 2019 et 2023, identifie un nombre croissant de risques[4]. Cette dynamique de progression est ainsi expliquée par le délai nécessaire de prise en main du dispositif de vigilance, comme l'a noté le Conseil Général de l'Économie dans son rapport d'évaluation de la Loi relative au devoir de vigilance :

> « *Si la prescription a une portée immédiate, il est raisonnable de penser que la maturité des entreprises va progresser lentement, mais que les efforts devront être soutenus dans la durée. Après des premiers pas dans l'urgence et les premiers arbitrages dans les entreprises (pilote,*

[1] Sur ces réglementations, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.
[2] La judiciarisation de la vigilance, que nous étudierons, incite certainement les entreprises à identifier sérieusement les risques environnementaux et sociaux créés par leurs partenaires commerciaux (v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2).
[3] « *La déclaration peut renvoyer, le cas échéant, aux informations mentionnées dans le plan de vigilance prévu au I de l'article L. 225-102-4* » (C. Com., art. L. 225-102-1, III).
[4] V. DASSAULT SYSTEMES, *Document de référence*, déposé le 26 mars 2019, p. 58 et s. et DASSAULT SYSTEMES, *Document d'enregistrement universel 2022*, déposé le 17 mars 2023, p. 108 et s.

budget, choix de prestataires, etc.), les pratiques s'installent et se renforcent. Des experts jugent qu'il faut environ 3 ans pour aboutir à une bonne cartographie des risques »[1].

263. **Une prise en compte insuffisante des atteintes graves dans les plans de vigilance. –** Toutefois, la prise en compte des risques d'atteintes graves liées aux activités des partenaires commerciaux de l'entreprise dans les plans de vigilance semble toujours insuffisante, malgré le temps passé depuis l'adoption de la loi. En effet, si une simple évocation du risque lié à une relation d'affaire peut suffire à garantir le respect de l'obligation de *reporting* environnemental et social, le devoir de vigilance impose une description bien plus précise du risque, au regard de la gravité des atteintes en cause. Une étude de terrain menée par l'association Sherpa a par exemple noté qu'un groupe du secteur énergétique[2] n'avait pas identifié dans son plan de vigilance un quelconque risque lié à une pollution hydraulique, qui serait survenue sur un site exploité au Gabon et pour laquelle elle serait poursuivie judiciairement[3]. L'étude, qui se concentre sur l'impact des minerais utilisés pour développer les énergies renouvelables, constate que « *la majorité des cartographies étudiées n'atteignent ainsi pas un niveau de détail suffisant et ne présentent pas de manière précise les risques liés à l'utilisation de certains minerais* », se contentant de faire « *des renvois* […] *à l'intérieur du plan de vigilance vers la DPEF* » alors que la loi ne le permet pas[4]. Ainsi, « *une telle confusion pourrait avoir pour conséquences de considérer les mesures de vigilance comme de simples mesures de reporting RSE, ne correspondant pas aux mesures de vigilance exigées par la loi* »[5]. En effet, la circonstance que devoir de vigilance revête une nature hybride, emportant une véritable obligation de comportement en plus d'une simple obligation

---

[1] CONSEIL GENERAL DE L'ECONOMIE, *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances*, 2020, p. 39.

[2] Il s'agit d'un groupe français coté CAC Mid 60 (donc n'entrant pas dans le champ de notre étude), employant plus de 10 000 salariés dans une vingtaine de pays.

[3] SHERPA, *Ne minons pas la transition énergétique. La vigilance dans les chaînes d'approvisionnement en minerais utilisés dans le cadre de la transition énergétique*, 2020, p. 18.

[4] *Id.,* p. 17. La loi prévoit seulement un renvoi de la déclaration vers le plan de vigilance (v. *supra*) et non l'inverse.

[5] *Ibid.*

d'information[1], emporte des conséquences sur le degré de précision des informations du plan, qui devrait être plus élevé que la déclaration de performance extra-financière[2].

264. En définitive, les pratiques d'indentification des risques des entreprises s'améliorent, bien qu'elles restent perfectibles – ce qui est sans doute de l'essence des démarches de RSE, qui impliquent une dynamique de progression constante. Toutefois, un seuil minimal d'exigence devrait être attendu des entreprises dans le but d'améliorer la pertinence des informations, que le renforcement du principe de matérialité pourrait permettre d'atteindre.

B. Les propositions d'encadrement de la matérialité

265. **La consécration du principe de double importance relative par la CSRD. –** La CSRD va contribuer à éclaircir le principe de matérialité puisqu'elle indique que le *reporting* devra désormais être mené en suivant un principe de « *double importance relative* », qui était déjà esquissé par les Lignes directrices de la Commission sur les informations en matière de climat[3]. Si ce principe n'est pas consacré dans le corps de la directive, il est évoqué à plusieurs reprises dans son préambule. Ainsi, « *sur la base du principe de la double importance relative, les normes* [de l'EFRAG] *devraient couvrir toutes les informations importantes pour les utilisateurs de ces informations* »[4]. Cet ajout est pertinent en ce qu'il dissipe toute ambiguïté relative à l'identification des risques, qui ne doivent pas seulement

---

[1] V. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1 et *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

[2] V. également l'enquête de terrain menée par l'association Entreprises pour les Droits de l'Homme, qui constate que certaines entreprises formulent des risques très vagues, tandis que d'autres adoptent « *un niveau de granularité plus précis de leurs enjeux* » (8 entreprises sur les 83 plans de vigilance étudiés adoptent cette pratique, soit 10% du panel). Ainsi l'association recommande de « *décliner l'identification des risques au niveau le plus opérationnel et les traduire en enjeux opérationnels spécifiques aux activités/pays/produits, etc.* » (ENTREPRISES POUR LES DROITS DE L'HOMME, *Application de la loi sur le devoir de vigilance, Plans de vigilance 2018-2019*, 2019, p. 14).

[3] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2019)*, 20 juin 2019, « Lignes directrices sur l'information non financière : Supplément relatif aux informations en rapport avec le climat », pt. 2.2, figure 1. V. *supra.* D'autres normes non contraignantes issues d'acteurs privés (sur lesquelles, v. *infra* section 2) proposaient une définition similaire de la matérialité. Les lignes directrices de la *Global Reporting Initiative* distinguent deux axes de matérialité : les enjeux pertinents sont à la fois ceux qui « *reflètent les impacts économiques, environnementaux et sociaux majeurs de l'organisation* » et ceux qui « *influencent considérablement l'évaluation et les décisions des parties prenantes* » (GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *GRI 101 : Principes généraux*, 2016, n°1.3, p. 10).

[4] *Dir. 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, cons. 37. V. également cons. 29, 38 et 39.

être entendus comme les risques subis par la société mais surtout comme les impacts environnementaux et sociaux qu'elle produit.

266. **Proposition de transposition de la double importance relative. –** Sur ce point, la transposition de la directive pourrait ainsi être l'occasion de modifier les termes du Code de commerce en ce sens :

> « La déclaration contient une description des principaux risques potentiellement ou effectivement subis par la société ou l'ensemble de sociétés ainsi que les principales incidences potentiellement ou effectivement produites par l'activité de la société ou l'ensemble de sociétés y compris les risques créés par ses relations d'affaires, ses produits ou ses services »[1].

Par ailleurs, l'intégration des parties prenantes dans le processus de sélection des informations pourrait être promue par le législateur, à l'instar du plan de vigilance. Le Code de commerce pourrait être complété dans le but d'intégrer une disposition similaire à celle régissant le plan de vigilance[2] :

> « La déclaration a vocation à être élaborée en association avec les parties prenantes de la société, notamment dans le cadre de la détermination des principaux risques subis par la société ou l'ensemble de sociétés et des incidences produites par son activité ou celle de l'ensemble de sociétés ».

267. **La clarification nécessaire des risques liés à l'activité. –** Dans cette ligne, la notion d'activité économique devrait être largement entendue, ce qui permettrait conséquemment d'élargir l'identification des principaux risques liés à l'activité de l'entreprise. En effet, l'activité de l'entreprise ne devrait pas être cantonnée au seul processus de production[3], mais devrait être comprise comme l'ensemble du processus qui « *a pour but ou pour effet de produire ou d'échanger des biens ou des services* »[4]. Une telle délimitation aurait pour effet

---

[1] En lieu et place de : « *Une description des principaux risques liés à l'activité de la société ou de l'ensemble de sociétés y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les risques créés par ses relations d'affaires, ses produits ou ses services* » (C. Com., art. R. 225-105, I, 1°).

[2] « *Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale* » (C. Com., art. L. 225-102-4).

[3] Qui est l'« *ensemble des opérations techniques aboutissant à la fabrication d'un produit* » (V° « Processus » *in* A. SILEM, A. GENTIER et J.-M. ALBERTINI (dir.), *Lexique d'économie*, Dalloz, 15e éd., 2018, p. 691).

[4] V° « Activité économique » *in* Y. BERNARD et J.-C. COLLI, *Dictionnaire économique et financier*, Seuil, 6e éd., 1996, p. 37.

d'inclure les activités « support » à la production, qui sont essentielles à l'activité des entreprises[1].

268. **L'abandon de la règle *report or explain* par la CSRD. –** Un meilleur encadrement de la matérialité sera certainement permis par l'abandon de la règle *report or explain*. Si le principe de matérialité perdure dans les nouvelles dispositions de la CSRD à travers celui d'importance relative[2], la règle *report or explain* est abandonnée. En effet, les institutions de l'Union européenne observent qu'en pratique, l'application de cette règle a contribué à diminuer la qualité des informations publiées, à rebours de son objectif initial, qui était de garantir la pertinence de celles-ci par une sélection des données les plus significatives :

> « *Le traitement différent réservé aux informations publiées sur les politiques que les entreprises peuvent appliquer, par rapport aux autres domaines d'information couverts par ces articles, a créé une certaine confusion parmi les entreprises déclarantes et n'a pas contribué à améliorer la qualité des informations publiées. Il n'est donc pas nécessaire de maintenir ce traitement différent des politiques dans ladite directive* »[3].

Le « rapport de Cambourg » constatait également que « *les options possibles créent une flexibilité excessive dans la pratique au détriment de la comparabilité* »[4]. Il ne sera donc plus possible d'exclure certaines catégories d'information en raison de leur absence de lien avec l'activité de l'entreprise. Plus généralement, l'adoption parallèle de normes communes

---

[1] V. également la proposition juridique doctrinale visant à définir l'activité comme étant « *constituée d'une pluralité d'actes – tant juridiques que matériels –, volontairement enchaînés et fédérés par un but commun* » (F.-X. VINCENSINI, *La commercialité : Recherche sur l'identification d'une activité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 73, n°127).

[2] Il s'agit toujours d'identifier les « *principales incidences négatives* », les « *principaux risques* » selon ce double prisme (*id*, art. 1er, 4).

[3] *Id.,* cons. 36.

[4] P. DE CAMBOURG, *Garantir la pertinence et la qualité de l'information extra-financière des entreprises : une ambition et un atout pour une Europe durable. Rapport présenté au Ministre de l'Economie et des Finances,* 2019, p. 145. V. également *id.*, p. 193 : « *S'il était initialement légitime de laisser une grande flexibilité dans la mise en œuvre de l'information extra-financière qu'il convenait d'"acclimater", cette phase apparaît révolue et la flexibilité initiale apparaît aujourd'hui davantage source de confusion que socle de progrès futur. Une nouvelle étape est nécessaire* » ; V. également la position de l'AMF lors de la préparation de la CSRD : « *There is a clear need to further specify this concept. We believe that the definition should be amended in order to provide issuers with objective criteria to assess the level of materiality of their non-financial risks and opportunities. Those criteria could be completed by additional sectorial criteria. However, we do not want to prescribe a specific methodology. Issuers should remain responsible for the materiality test* » (AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS, *Feedback from the Autorité des Marchés Financiers on : revision of non-financial reporting directive*, 2020, [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12129-Revision-of-Non-Financial-Reporting-Directive/F506627]).

établies par l'EFRAG, qui ont vocation à préciser le contenu des documents d'information, diminuera le flou jusqu'alors entretenu par le principe de matérialité et la flexibilité octroyée par la règle *report or explain*[1]. La publication des rapports d'information dans les prochaines années permettra de déterminer les nouveaux contours du principe de matérialité, qui tend à être de moins en moins flexible.

269. **Proposition de consécration d'un principe d'image fidèle. –** Enfin, afin de diminuer les pratiques de *greenwashing* et *socialwashing* permises par le principe de matérialité, le droit français pourrait consacrer un principe de sincérité ou d'image fidèle de l'information environnementale et sociale, à l'instar de l'information financière et selon une préconisation du « rapport de Cambourg »[2] et selon plusieurs référentiels normatifs privés[3]. Bien sûr, ces principes feraient l'objet d'une application moins rigoureuse qu'en matière financière puisque les informations environnementales et sociales sont imprégnées de la dimension volontaire et flexible de la RSE[4]. Cet enrichissement des principes du *reporting* non financier pourrait également faciliter le mouvement d'intégration des données financières et extra-financières.

---

[1] Initialement, les normes de l'EFRAG prévoyaient une présomption de matérialité, sorte d'avatar de la règle *report or explain* : chaque information contenue dans la norme était considérée comme significative jusqu'à preuve du contraire : « *Many comments were received with concerns about the concept of "*rebuttable presumption*" in the EDs, which many found unworkable and feared would lead to a compliance exercise. Early on during the revision process, the EFRAG SRB decided to abandon this concept and instead have a simpler approach to the pivotal materiality assessment process* » (EFRAG, *Cover letter*, 22 nov. 2022). Les inquiétudes mentionnées avaient notamment été partagées par l'AFEP lors de la préparation de la CSRD : « *the obligation to produce a negative statement explaining why certain issues are considered as not material is unacceptable for AFEP as it would lead to a huge additional burden and box-ticking exercise without any added value* » (AFEP, *Revision of the non-financial information reporting directive (NFRD) : AFEP position paper*, 2020, [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12129-Revision-of-Non-Financial-Reporting-Directive/F506614]).

[2] Le rapport propose d'articuler le *reporting* extra-financier autour de six principes, dont le principe d'image fidèle (P. DE CAMBOURG, rapport préc., 2019, p. 204).

[3] Pour un principe de « *faithful representation* », v. CLIMATE DISCLOSURE STANDARDS BOARD, *Framework for reporting environmental and climate change information*, 2019, P2, p. 14 : « […] *faithful representation of information may be achieved by ensuring that sufficient evidence is available to support disclosures and that information is provided about the nature and degree of omissions, assumptions and uncertainty and by basing estimates on appropriate and neutral inputs that reflect the best available information* » ; pour un principe de « *fair representation* », v. SUSTAINABILITY ACCOUNTING STANDARDS BOARD, *Conceptual Framework,* 2017, p. 19 ; pour le principe de « *fiabilité et complétude de l'information* », v. INTERNATIONAL INTEGRATED REPORTING COUNCIL, *Cadre de référence international portant sur le reporting intégré*, 2013, n°3.39 et s., p. 24 ; pour le principe d'« *exactitude* » des informations, v. GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *GRI 101 : Principes généraux*, 2016, n°1.5, p. 13 ; pour le principe de « *reliability* », v. TASK FORCE ON CLIMATE-RELATED FINANCIAL DISCLOSURES, *Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures*, 2017, p. 53.

[4] Le *Climate Disclosure Standards Board* (CSDB) précise ainsi : « *Disclosure of environmental information is generally made under conditions of more uncertainty than financial information and may be based on estimates and management's judgment. Therefore, in this context, faithful representation does not imply total freedom*

270. **Proposition d'un renforcement par l'utilisation plus importante d'indicateurs clés de performance (ICP).** – Afin de rapprocher l'information environnementale et sociale de la rigueur de l'information financière, la systématisation de l'utilisation des indicateurs clés de performance (ICP) serait opportune. Ainsi, la loi pourrait prévoir que chaque déclaration contienne un certain nombre d'ICP à mentionner obligatoirement – comme le niveau des émissions de gaz à effet de serre, les niveaux de consommation d'eau, le nombre d'accidents du travail survenus au sein des établissements et chez les fournisseurs et sous-traitants, le pourcentage de femmes à des postes de cadres, etc. De plus, le rappel des ICP des exercices précédents pourrait être obligatoire, avec l'exigence d'une explication en cas d'ICP moins favorable. En permettant une comparaison chiffrée des données des différents exercices [1], une telle proposition permettrait d'assortir le devoir de transparence environnementale et sociale d'un degré de précision plus important.

271. Les propositions de réforme du devoir de transparence environnementale et sociale sont donc orientées vers un meilleur encadrement du principe de matérialité, afin de renforcer la pertinence des informations communiquées. La spécification de l'information environnementale et sociale passe également par un autre type d'acteurs privés, qui ne sont pas les entreprises rédactrices du document mais des organismes normalisateurs, qui opèrent une normalisation de l'information.

---

from error. However, faithful representation of information may be achieved by ensuring that sufficient evidence is available to support disclosures and that information is provided about the nature and degree of omissions, assumptions and uncertainty and by basing estimates on appropriate and neutral inputs that reflect the best available information » (CLIMATE DISCLOSURE STANDARDS BOARD, *Framework for reporting environmental and climate change information*, 2019, P2, p. 14).

[1] Bien sûr, les périmètres de calcul peuvent différer selon les exercices. Les entreprises pourraient être tenues d'effectuer une comparaison à périmètre comparable.

Section 2. La normalisation des informations

272. La spécification des dispositifs d'information environnementale et sociale tient également à un phénomène de normalisation. La normalisation de l'information permet une traduction du devoir de transparence en des termes plus communs et précis que la loi. Ce processus aboutit à l'adoption de normes qui sont non contraignantes au regard du statut privé de leurs créateurs. Les acteurs privés se sont emparés de cette possibilité, notamment au regard du faible niveau de précision offert par le droit français et l'Union européenne, mais également dans l'optique de fournir un cadre de *reporting* à des entreprises relevant d'États qui ne réglementent pas le *reporting*. Une harmonisation de ces référentiels apparaît nécessaire puisque l'impératif qui a présidé à l'apparition de ce phénomène – le besoin de précision pour les entreprises – n'est plus satisfait au regard de leur nombre.

273. La profusion des référentiels normatifs observée (§1) justifie alors la nécessité d'une harmonisation (§2).

§1. La profusion des référentiels normatifs

274. La profusion des référentiels normatifs observée en matière de *reporting* environnemental et social n'est pas surprenante au regard du lien entre le phénomène de standardisation et la RSE, fortement imprégnée d'une dimension volontaire (A), ce qui explique son caractère prolifique (B).

A. Un phénomène inhérent au mouvement de la Responsabilité Sociale d'Entreprise

275. **La normalisation souple, ambition originaire de la RSE. –** Le phénomène de normalisation souple se situe en totale conformité avec la conception initiale de la RSE, originellement définie comme « *l'intégration volontaire par les entreprises des préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et à leurs*

relations avec les parties prenantes »[1]. Cette conception volontariste implique que des initiatives de normalisation, essentiellement privées, définissent les contours de la RSE. La standardisation répond alors au besoin exprimé par les entreprises d'une flexibilisation des règles qui les régissent[2]. Les initiatives de normalisation ont ainsi précédé l'encadrement juridique étatique et européen de l'information environnementale et sociale[3], de sorte que le législateur s'est inspiré de ces référentiels pour juridiciser la RSE et spécifiquement encadrer le devoir de transparence.

276. **Une promotion des référentiels normatifs par le droit. –** Le droit de la transparence environnementale et sociale promeut expressément l'utilisation de référentiels normatifs souples par les entreprises. S'agissant de la déclaration de performance extra-financière, la NFRD prévoit que « *les entreprises peuvent s'appuyer sur des cadres nationaux, de l'Union ou internationaux et, dans une telle hypothèse, les entreprises indiquent les cadres sur lesquels elles se sont appuyées* »[4]. Certains « *cadres* » sont cités dans le préambule de la directive, y compris des référentiels privés[5]. L'article R. 225-105-1, II du Code de commerce dispose également que « *lorsqu'une société se conforme volontairement à un référentiel national ou international pour s'acquitter de ses obligations au titre du présent article, elle le mentionne en indiquant les préconisations de ce référentiel qui ont été retenues et les modalités de consultation de ce dernier* ». Les institutions européennes se sont même réapproprié le phénomène de standardisation en publiant des Lignes directrices et en adoptant

---

[1] COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert (2001) 366 final*, 18 juil. 2001, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », pt. 2, n°20, p. 7.
[2] V. C. GRANIER, *Les sources du droit financier,* thèse Lyon 3, 2018, n°346, p. 314.
[3] Le Conseil général de l'économie affirme ainsi que le devoir de vigilance ne constitue pas une nouveauté pour les entreprises multinationales, puisque de nombreux référentiels normatifs promeuvent un comportement vigilant. Ainsi, « *aucune grande entreprise ne devrait découvrir l'existence du sujet* "business and human rights" *et la manière de le traiter* » (CONSEIL GENERAL DE L'ÉCONOMIE, *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances*, 2020, p. 31).
[4] *Dir. 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes*, art. 1er, n°1.
[5] « *Pour fournir ces informations, les grandes entreprises relevant de la présente directive peuvent s'appuyer sur des cadres nationaux, sur les cadres de l'Union, tels que le système de management environnemental et d'audit (EMAS), ou sur des cadres internationaux, tels que le* pacte mondial des Nations unies*, les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* […], *les principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales, la norme ISO 26000 de l'Organisation internationale de normalisation, la déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT, la* Global Reporting Initiative *ou d'autres cadres internationaux reconnus* » (*id.*, cons. n°9).

prochainement les normes établies par l'EFRAG[1]. S'agissant du plan de vigilance, le préambule de la proposition de loi relative au devoir de vigilance adoptée indique que le plan « *pourra inclure a minima* » plusieurs éléments dont l'« *adhésion à des initiatives sectorielles et à des référentiels internationaux* »[2]. Le droit de la transparence extra-financière promeut donc un certain dialogue entre les sources, qu'elles soient souples ou dures, privées ou publiques.

277. **Une standardisation due à la généralité des dispositions légales. –** La standardisation de l'information environnementale et sociale est également promue en raison de la généralité des dispositions légales, constatée par le rapport « de Cambourg » : « *les dispositions sont succinctes, le cadre proposé est très générique, aucune disposition n'est prévue concernant le format du reporting* »[3]. La standardisation est donc apparue comme un moyen nécessaire pour répondre au besoin de précision des entreprises rédactrices des documents d'information[4].

278. Le flou qui entoure le droit de la transparence environnementale et sociale, caractéristique de la RSE, a laissé un interstice que les organismes normalisateurs privés ont saisi en élaborant des référentiels normatifs dont le nombre est croissant.

B. Un phénomène prolifique

279. Il existe une quantité considérable de référentiels privés en matière de transparence environnementale et sociale[5] dont l'origine ne préjuge pas de l'intensité normative : les référentiels d'origine publique à vocation transversale (1) ne sont pas plus utilisés que les

---

[1] V. *infra*.
[2] Le préambule fait référence aux Principes directeurs de l'OCDE, aux Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, à la norme ISO 26000 (*Proposition de loi n°2578 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 11 février 2015, p. 11).
[3] P. DE CAMBOURG, rapport préc., 2019, p. 140.
[4] « *La prolifération des exigences de reporting résulte en premier lieu d'un cadre européen très peu harmonisé au sein même de la directive comptable, auquel s'est ajoutée une transposition disparate des dispositions de la directive en droit national dans chacun des États membres* » (*id*., p. 140). Sur le caractère vague et imprécis des dispositions relatives au plan de vigilance, v. notamment N. LENOIR, « La loi sur le devoir de vigilance ou les incertitudes sur la transformation du droit souple en règles impératives », *JCP E*, 2020, n°16, p. 27.
[5] Pour une énumération, v. ISO 26000:2010, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, annexe A.

référentiels transversaux d'origine privée (2) qui eux-mêmes tendent à être concurrencés par des référentiels d'origine privée à vocation thématique (3).

1. Des référentiels publics à vocation transversale

280. **Des instruments internationaux fixant des principes substantiels. –** Si le phénomène de standardisation est essentiellement aux mains des acteurs privés, il existe tout de même quelques instruments émis par des autorités publiques qui sont utilisés par les entreprises dans le cadre de leur devoir de transparence. Ainsi, quelques instruments internationaux fixent de grands principes en matière de RSE. Ces référentiels n'offrent pas un encadrement du *reporting* mais établissent plutôt des principes substantiels dont ils promeuvent l'application. C'est le cas des Objectifs de Développement Durable (ODD) adoptés dans le cadre des Nations unies, applicables aux États mais également aux entreprises[1]. Cette initiative fournit une liste de dix-sept objectifs substantiels, complétés par des cibles et des indicateurs, pouvant être poursuivis par les entreprises dans une optique de durabilité. Le *reporting* environnemental et social est très souvent l'occasion pour les entreprises de rapporter leur contribution à ces objectifs[2]. Par exemple, une société décline le cinquième objectif, qui consiste à « *parvenir à l'égalité des sexes et autonomiser toutes les femmes et les filles* »[3], en rapportant que 30 % des ingénieurs et des cadres salariés sont des femmes[4].

281. L'initiative du *Global Compact* ou « Pacte Mondial » lancée par les Nations Unies participe également du mouvement de normalisation de principes substantiels en matière de RSE. Sur la base du volontariat, les entreprises peuvent s'engager à respecter dix principes

---

[1] « *Nous apprécions le rôle que le secteur privé dans toute sa diversité – depuis les microentreprises jusqu'aux multinationales en passant par les coopératives –, les organisations de la société civile et les organisations philanthropiques sont appelés à jouer dans la mise en œuvre du nouveau Programme* » (ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, T*ransformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030, Résolution A/70/L.1*, 18 sept. 2015, cons. n°41). Pour une promotion de l'application de ces ODD aux entreprises, v. COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, *Objectifs de Développement Durable et entreprise : enjeux et opportunités*, 2017.

[2] D'après le rapport « de Cambourg », « *78% des entreprises françaises adhérentes à l'AFEP et au MEDEF interrogées dans le cadre de la mission déclarent être soit conformes, soit utiliser partiellement les ODD* » (P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 90). Pour une utilisation des ODD, v. par exemple PUBLICIS GROUPE, *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 9 avril 2021, p. 11.

[3] ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Résolution A/70/L.1* préc., p. 20.

[4] AIR LIQUIDE, *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 3 mars 2021, p. 319.

fondamentaux en matière de droits de l'Homme, de normes du travail, d'environnement et de lutte contre la corruption. Les entreprises engagées doivent d'ailleurs fournir un document d'information destiné à rendre compte du respect de ces principes : la Communication sur le Progrès (COP), qui constitue, en pratique, une traduction de leur document d'enregistrement universel. Les entreprises citent le Pacte mondial dans leurs documents d'information afin de témoigner du respect de ses principes : un groupe assure qu'« *en tant que signataire depuis 2003 du Pacte Mondial des Nations Unies,* [le Groupe] *respecte la liberté d'association et le droit à la négociation collective* »[1].

282. Les instruments internationaux non contraignants que sont les Objectifs de Développement Durable et le Pacte Mondial[2] sont donc mobilisés par les sociétés dans leurs documents d'information à titre de garantie du respect de principes substantiels de RSE.

283. **Des référentiels publics fixant des principes méthodologiques. –** Les Lignes directrices établies par la Commission européenne de 2017[3] et de 2019[4] s'inscrivent dans une logique différente de celle des instruments internationaux, puisqu'elles contiennent des recommandations à caractère exclusivement méthodologique[5]. Leur utilité est donc plus directe pour le *reporting*. Ces Lignes directrices non contraignantes fournissent, comme nous l'avons vu[6], une série de principes méthodologiques, comme la significativité ou la cohérence des informations, et guident les entreprises pour l'établissement des principales catégories de la déclaration que sont le modèle commercial, les risques, politiques, résultats et indicateurs clés de performance[7].

---

[1] L'OREAL, *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 16 mars 2021, p. 212.
[2] D'autres initiatives normatives internationales existent, portant sur certains aspects extra-financiers. V. par exemple HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/4, 2011, p. 22.
[3] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2017) 4234 final*, 5 juillet 2017, « Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières) ».
[4] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2019)*, 20 juin 2019, « Lignes directrices sur l'information non financière : Supplément relatif aux informations en rapport avec le climat ».
[5] « *La Commission européenne a préparé ces lignes directrices afin d'élaborer une méthodologie fondée sur des principes, applicable aux sociétés de tous les secteurs économiques et qui les aide à communiquer des informations non financières pertinentes, utiles et comparables* » (COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2017) 4234 final* préc., pt. 2).
[6] V. *supra.*
[7] La commission s'est elle-même appuyée sur d'autres référentiels privés : « *Lors de la préparation des présentes lignes directrices, la Commission a examiné les cadres nationaux, européens et internationaux. Les*

284. Dans la même ligne, les rapports de l'Autorité des Marchés Financiers sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées rendent compte des bonnes pratiques adoptées par certaines entreprises et en tirent des recommandations à destination de toutes. Par exemple, le rapport de 2019 mentionne douze recommandations à caractère méthodologique, qui tiennent par exemple à l'impératif de concision des déclarations[1] ou à la nécessité d'un suivi des indicateurs clés de performance[2]. Si les Lignes directrices se situent dans une optique d'encadrement non contraignant *a priori* de la déclaration, les recommandations de l'AMF, entité extérieure à tout encadrement contraignant de la déclaration, s'inscrivent dans une optique d'encadrement *a posteriori*, s'appuyant sur les pratiques des entreprises observées.

285. Hormis ces référentiels publics, la plupart des initiatives normatives en matière d'information non financière sont issues d'acteurs privés.

2. Des référentiels privés à vocation transversale

286. **Le poids des référentiels d'origine privée. –** L'adoption de référentiels d'origine privée répond à la demande grandissante d'une autorégulation par les entreprises. Il n'est donc pas étonnant que la majorité des référentiels normatifs en matière d'information environnementale et sociale provienne d'acteurs privés[3]. En pratique, les entreprises utilisent très souvent un système de table de concordance pour rendre compte de leur conformité à ces référentiels privés[4]. Cet état de fait participe d'un mouvement de privatisation du droit, caractérisé par de « *puissants effets déstructurants que la loi du marché exerce sur la*

---

lignes directrices doivent beaucoup au leadership et aux connaissances des organisations à l'origine de ces cadres » (COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2017) 4234 final,* préc., pt. 1).

[1] AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées*, 2019, p. 36.

[2] *Id*., p. 81.

[3] Sur ce constat, v. P. DE CAMBOURG, rapport préc., 2019, p. 58.

[4] Par exemple, une entreprise a créé un site dédié permettant de synthétiser sa conformité à la *Global Reporting Initiative* et aux ODD de l'ONU, dont il est fait référence dans sa déclaration (PUBLICIS GROUPE S.A, *Document d'enregistrement universel 2020,* déposé le 9 avril 2021, p. 181). Une autre entreprise intègre dans sa déclaration deux tables de concordance reflétant sa conformité aux normes du *Sustainability Accounting Standards Board* (SASB) et de la *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD) (SCHNEIDER ELECTRIC, *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 23 mars 2021, p. 192 et s).

réglementation traditionnelle »[1]. Un décloisonnement des centres de production normative est observé, ce que le passage d'un modèle pyramidal à celui d'un droit « *en réseau* » entend décrire[2]. Ce mode de production du droit n'est pas dénué d'intérêt puisqu'il induit une proximité entre l'émetteur et le destinataire de la norme, favorisant l'acceptation de celle-ci[3]. Émanant d'organismes composés d'entreprises et plus adaptées aux spécificités de ces dernières, les normes d'origine privée seraient donc plus effectives que les règles de droit. La standardisation privée du *reporting* extra-financier correspondrait à « *l'émergence d'un type nouveau de légitimité sous-tendant l'exercice de fonctions normatives résidant dans l'efficacité des entités en charge de cette mission d'encadrement d'un secteur* »[4]. Si la légitimité de ces organismes de normalisation est acquise pour les entreprises, tel n'est pas nécessairement le cas à l'égard de ses parties prenantes. Il n'est en effet pas certain que ces initiatives normatives représentent leurs intérêts et répondent pleinement à l'exigence d'une transparence accrue sur les impacts environnementaux et sociaux de l'activité des sociétés[5].

287. **Des normes à caractère essentiellement procédural. –** Le point commun entre les référentiels privés en matière de RSE réside dans leur caractère essentiellement procédural. En effet, la RSE ne vise pas à fournir un canevas précis de règles à suivre pour les entreprises, mais consiste à inciter l'entreprise à définir sa propre démarche : à ce titre, la RSE constitue « *un espace discursif à construire* »[6]. Les standards de RSE ne sont donc pas des normes de pur contenu, comme pourrait l'être la normalisation d'un produit ou d'un service. C'est la raison pour laquelle les référentiels « *indiquent non pas ce que doit contenir une démarche de Responsabilité Sociale d'Entreprise comme mesures concrètes, mais comment doit s'organiser le processus par lequel les parties prenantes s'accordent sur un fonctionnement et une organisation "juste" de l'entreprise* »[7]. Il s'agit donc de normes procédurales qui

---

[1] F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit,* Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 113.
[2] *Ibid.*
[3] Sur cette idée, v. Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit,* 6e éd., LGDJ, 2016, n°49, p. 69.
[4] C. GRANIER, Les sources du droit financier, thèse Lyon 3, 2018, n°379, p. 338. L'observation a été effectuée à propos des sources du droit financier. Sur cette légitimité, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.
[5] Ce déficit de légitimité est exacerbé par le financement de ces organismes normalisateurs, qui repose sur la contribution des grandes entreprises et grands cabinets d'audit. V. P. DE CAMBOURG, rapport préc., 2019, p. 69 et s.
[6] N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 13.
[7] *Ibid.*

n'imposent pas un contenu prédéterminé, mais posent un cadre dans lequel est censée prospérer une stratégie de l'entreprise socialement juste et respectueuse de l'environnement. A la marge, certains référentiels proposent tout de même un contenu minimal à respecter puisque la RSE suppose tout de même l'observance d'un socle minimal de grands principes environnementaux et sociaux. Cette standardisation de la RSE et plus spécifiquement du *reporting* environnemental et social est en grande partie assurée par quelques référentiels d'origine privée à vocation transversale.

288. **La norme ISO 26000, une norme de référence de la RSE. –** La norme[1] ISO 26000, référentiel international co-construit par de nombreuses parties prenantes[2] et reprise par l'AFNOR (Association Française de Normalisation), est une norme générale de cent-quarante-cinq pages – payante – visant à définir la Responsabilité Sociale des Organisations (RSO)[3]. Son champ est donc plus large que le seul *reporting* puisqu'elle définit les principes généraux de la RSO[4]. La norme ISO 26000 établit une trame procédurale à suivre dans le but de définir la stratégie de l'entreprise, mettant en exergue le dialogue de celle-ci avec ses parties prenantes[5]. La norme propose également un socle commun de sujets substantiels relatifs à la responsabilité sociétale : « *il convient que l'organisation traite les questions centrales suivantes : la gouvernance de l'organisation ; les droits de l'Homme ; les relations et conditions de travail ; l'environnement ; la loyauté des pratiques ; les questions relatives aux consommateurs ; et les communautés et le développement local* »[6]. Enfin, la norme ISO 26000 contient une série de lignes directrices d'ordre méthodologique et stratégique qui reprennent notamment le principe de pertinence et le processus d'identification des risques[7]. Malgré des « *formulations ambiguës résultant des innombrables compromis qui ont permis d'aboutir au consensus* »[8], la norme ISO 26000 fait figure d'« *outil commun international*

---

[1] En réalité, il s'agit davantage de « lignes directrices » que d'une norme technique, puisqu'aucun processus de certification ne lui est associé.
[2] Des centaines de membres, issus de quatre-vingt-dix États et représentant des gouvernements, entreprises, travailleurs, consommateurs et ONG, ont participé à l'élaboration de la norme ISO 26000.
[3] ISO 26000:2010, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale.*
[4] La transparence constitue l'un des sept principes de responsabilité sociétale érigés par la norme (*id.*, art. 4.3).
[5] *Id.*, art. 3.3.3 et 5.3.
[6] *Id.*, art. 6. Pour chaque question centrale, sont déclinés des « *principes* » et des « *considérations* » et des « *domaines d'action* ». Par exemple, pour la question environnementale, l'un des grands principes est le principe de précaution ; les considérations invitent à intégrer une « *approche cycle de vie* », et quatre domaines d'action, comme « *l'utilisation durable des ressources*.
[7] *Id.*, art. 7.
[8] M. CAPRON, « ISO 26000 », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *op. cit.*, p. 264.

pour tout acteur voulant construire sa légitimité en matière de responsabilité sociale et environnementale »[1], étant « *le seul texte international sur la responsabilité sociétale aussi complet et négocié entre un large éventail d'acteurs* »[2]. A ce titre, elle est souvent citée dans les rapports RSE des entreprises[3].

289. **La Global Reporting Initiative, une norme exhaustive du *reporting*. –** La *Global Reporting Initiative* (GRI) est une Organisation Non-Gouvernementale fondée par la *Coalition for Environmentally responsible Economies* (CERES) et le programme des Nations Unies pour l'environnement en 1997. L'objectif assigné à la GRI est la publication de standards de *reporting*, dont la première mouture a été publiée en 2000. Les entreprises peuvent déclarer se situer en conformité avec les normes de la GRI, de façon totale ou partielle puisqu'il existe une option de conformité essentielle et une option de conformité étendue[4]. Ce standard est très étoffé, composé d'environ quatre-cents pages et structuré en plusieurs parties.

290. La première partie a vocation à établir un encadrement général du *reporting*, en posant de grands principes méthodologiques. Pour chaque principe énoncé, sont prévus une exigence, des lignes directrices et des « tests ». Par exemple, le principe de « *clarté* » implique l'exigence suivante : « *l'organisation doit rendre les informations disponibles de manière compréhensible et accessible aux parties prenantes qui utilisent ces informations* »[5]. Les « lignes directrices » donnent des exemples de bonnes pratiques : il est par exemple indiqué que « *les graphiques et les tableaux de données consolidées peuvent faciliter*

---

[1] P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 60.
[2] M. CAPRON, « ISO 26000 », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *op. cit.,* p. 264. L'échelon international est considéré par la Commission européenne comme étant le plus pertinent pour définir les normes de la RSE : « *Les normes internationales, comme les conventions fondamentales de l'OIT telles que spécifiées dans la déclaration de 1998, de par leur nature universelle, constituent la base la plus appropriée pour de telles initiatives* » (COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert (2001) 366 final*, 18 juil. 2001, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », pt. 71).
[3] D'après une enquête, sur 35 entreprises, 34% d'entre elles la citaient explicitement (v. P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 60).
[4] GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *GRI 101 : Principes généraux*, 2016, pt. 3, p. 21. De nouveaux standards, en vigueur depuis le 1er janvier 2023, ont été publiés, que nous n'avons pas étudié de façon approfondie.
[5] *Id.*, pt. 1.7, p. 14.

l'accessibilité et la compréhension des informations du rapport »[1]. Enfin, une liste de tests est fournie, permettant à l'entreprise de vérifier la bonne application du principe[2].

291. La seconde partie des lignes directrices a vocation à définir le contenu substantiel du *reporting*. Une quantité importante de thèmes environnementaux, sociaux et sociétaux sont ainsi développés sur des centaines de pages. Par exemple, il est prévu que :

> « *L'organisation doit communiquer sur les informations suivantes :*
>
> *a. Le poids ou le volume total de matières qui sont utilisées pour produire et emballer les produits et services primaires de l'organisation au cours de la période de reporting, en distinguant :*
>
> *i. les matières non renouvelables utilisées ;*
>
> *ii. les matières renouvelables utilisées* ».

Cette information ne devra pas systématiquement être apportée par les sociétés : le principe de matérialité est applicable, de sorte que seuls les « *enjeux pertinents* » doivent être rapportés[3]. La GRI est l'actrice de normalisation « *de référence* » en matière d'information non financière[4], au regard de l'exhaustivité des normes qu'elle établit, ce qui permet de guider les entreprises dans l'élaboration de leur *reporting*. Il lui est toutefois reproché de fournir des éléments d'information « *essentiellement descriptifs et quantitatifs* » qui ne permettent pas vraiment de rendre compte de la stratégie et des mesures prises par l'entreprise[5].

292. Du point de vue des sources du droit, la souplesse du devoir de transparence extra-financière semble être portée à son paroxysme. En effet, des référentiels non obligatoires et non contraignants d'origine privée, dont l'observance est laissée à la discrétion de chaque

---

[1] *Ibid.*
[2] Par exemple : « *Les parties prenantes peuvent repérer les informations spécifiques qu'elles recherchent sans effort déraisonnable, grâce à des tables des matières, des cartes, des liens ou d'autres aides* » ; « *Le rapport évite les termes techniques, les acronymes, le jargon ou autres contenus susceptibles de ne pas être connus des parties prenantes* » (*ibid.*).
[3] *Id.,* pt. 1.3 et 1.4, p. 10 et s.
[4] « *70% des 250 plus grandes entreprises dans le monde publiant un rapport RSE déclarent ainsi utiliser la GRI comme référence* » (P. DE CAMBOURG, *Garantir la pertinence et la qualité de l'information extra-financière des entreprises : une ambition et un atout pour une Europe durable. Rapport présenté au Ministre de l'Economie et des Finances*, 2019, p. 87).
[5] *Ibid.*

entreprise, proposent de définir le contenu des rapports d'information, dont les contours peuvent encore être aménagés par les entreprises en vertu du principe de matérialité.

293. **Des référentiels sectoriels à vocation transversale. –** Plusieurs référentiels adoptent une approche sectorielle, offrant des principes de *reporting* adaptés à des secteurs économiques particuliers[1]. C'est l'approche qui a été retenue par le *Sustainability Accounting Standards Board* (SASB), association états-unienne qui a publié en 2018 des normes déclinant des principes de *reporting* dans soixante-dix-sept secteurs d'activité[2]. Chaque norme contient un socle minimal de « *sujets de divulgation* » auxquels sont associés des outils de mesures comptables[3]. Le SASB offre donc un encadrement relativement complet, proposant des sujets de *reporting* spécifiques à chaque secteur, pouvant tout de même être écartés après analyse de leur matérialité. Pour l'instant, cette norme ne constitue pas un référentiel de premier plan pour les sociétés françaises, en raison de sa publication récente et de son approche jugée « *américano-centrée* »[4]. Si les initiatives sectorielles sont louables puisqu'elles permettent d'affiner le processus d'identification des risques environnementaux et sociaux selon le domaine d'activité des sociétés, elles constituent autant de strates qui s'ajoutent à un ensemble de normes déjà prolifique.

294. **D'autres initiatives transversales à faible vocation normative. –** De nombreuses autres initiatives à vocation transversale, pas nécessairement sectorielles, ont prospéré depuis quelques années. Leur influence sur le devoir de transparence environnementale et sociale est moindre puisqu'elles n'ont pas une vocation explicitement normative. Il s'agit davantage d'espace de discussions entre parties prenantes qui, à l'issue de leurs travaux, publient des

---

[1] « *La volonté de rechercher une pertinence accrue de l'information non financière conduit depuis quelques années les organismes normalisateurs* […] *à mettre en œuvre une démarche de normalisation sectorielle. Celle-ci a pour objet d'améliorer la comparabilité en mettant l'accent sur la pertinence "métier"* » (P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 93).

[2] V. par exemple SUSTAINABILITY ACCOUNTING STANDARDS BOARD, *E-commerce. Normes de comptabilisation du développement durable*, 2018. L'objectif est de renforcer la comparabilité des rapports au sein de chaque secteur dans le but de faciliter la prise de décision des investisseurs « *While environmental, human, and social capitals can be understood conceptually as economic assets and liabilities, the lack of comparable data makes accounting for these sustainability factors challenging—a deficiency SASB standards are built to address*. […] *SASB believes that, over time, accounting for sustainability performance will give investors a more complete view of the outlook and ability of a corporation (and/or entire industry) to manage risks and sustain value creation* » (SUSTAINABILITY ACCOUNTING STANDARDS BOARD, *Conceptual Framework*, 2017, p. 5)

[3] Par exemple, il est prévu que « *L'entité doit divulguer la quantité totale d'énergie qu'elle a consommée sous forme de chiffre global, en gigajoules (GJ)* » (*id.,* pt. 1, p. 9).

[4] P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 63. Selon une enquête de l'AFEP et du MEDEF, en 2019, sur 35 entreprises, 18% d'entre elles « *déclarent être soit conformes, soit utiliser partiellement le SASB* » (*id.*, p. 92).

documents de cadrage. Leur impact normatif est donc anecdotique. Ces initiatives orientent néanmoins certaines entreprises et, par l'effet d'influence réciproque entre les sources de droit souple – les entités normalisatrices consultent et citent le travail de leurs homologues et autres acteurs privés –, elles participent à l'écosystème normatif du *reporting*. Par exemple, l'initiative émise par l'*Accountancy Europe*, une organisation regroupant des professionnels de la comptabilité et de l'audit, a publié plusieurs documents autour d'un concept méthodologique du *reporting*, qu'il soit financier ou extra-financier, qu'elle a forgé. *Accountancy Europe* propose en effet une présentation des documents de *reporting* selon le principe « *Core and more* »[1]. La partie « *core* » représente un socle d'informations essentielles qui intéresserait toutes les parties prenantes de l'entreprise, tandis que la partie « *more* » correspondrait à des besoins d'information plus précis de certaines parties prenantes. Pour l'instant, cette initiative a assez peu d'incidence sur les pratiques des sociétés françaises[2].

295. A côté de ces référentiels à vocation transversale, plusieurs référentiels privés revêtent une vocation thématique, concentrés sur un aspect environnemental et social en particulier.

3. Des référentiels privés à vocation thématique

296. Parmi les référentiels privés à vocation thématique, certains couvrent des thématiques environnementales et sociales particulières (a) tandis qu'un référentiel est consacré à la thématique du *reporting* intégré (b).

a. Des référentiels consacrés à des thématiques particulières

297. **Un foisonnement d'initiatives normatives consacrées au *reporting* climatique. –** De nombreuses initiatives de normalisation de l'information portant sur la question du réchauffement climatique ont prospéré ces dernières années.

298. L'initiative la plus suivie en la matière est la *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD), créée en 2015 par le Conseil de Stabilité Financière dans le cadre de la

[1] ACCOUNTANCY EUROPE, *Core & More : An opportunity for smarter corporate reporting*, 2017.
[2] Sur ce constat, v. P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 61.

COP21[1]. La TCFD a publié une série de recommandations à destination des entreprises pour élaborer leur *reporting* climatique, structurées en quatre thématiques : la gouvernance, la stratégie, la gestion des risques et les indicateurs et objectifs[2]. La TCFD retient ainsi une approche financière de la question climatique, qui est analysée avant tout sous le prisme de son impact sur l'activité de l'entreprise, soulignant dès les premières pages de son rapport les implications financières du changement climatique[3]. La TCFD recommande aux entreprises d'analyser des *scenarii* afin d'évaluer la résilience de l'entreprise face aux effets du changement climatique[4].

299. Le *Carbon Disclosure Project* (CDP) est une ONG créée en 2000 dont le but n'est pas d'établir un référentiel normatif du *reporting* mais de collecter les données de grandes entreprises et États relatives à leurs émissions de gaz à effet de serre. C'est à ce titre que le CDP dispose d'une influence normative : les sociétés qui publient leurs émissions de gaz à effet de serre selon le canevas exigé par le CDP pourront reproduire dans leur rapport RSE les informations sous la même présentation. Ainsi, « *cette collecte de données, bien que ne constituant aucunement un référentiel de* reporting *permet d'alimenter une base de données qui fait aujourd'hui référence en matière d'émissions carbone et permet de sensiblement structurer le reporting climat des entreprises* »[5].

300. **Des initiatives normatives plus modestes intéressant d'autres thématiques. –** Certaines initiatives intéressent d'autres aspects environnementaux ou sociaux. Force est de constater qu'elles sont moins suivies par les entreprises, sans doute en raison de l'importance moindre qui est accordée à ces thématiques par rapport à la question climatique. C'est le cas du *Natural Capital Protocol*, établi par la *Natural Capital Coalition,* devenue depuis la *Capitals Coalition,* qui regroupe plusieurs parties prenantes à l'échelle internationale. Ce protocole vise à inciter les entreprises à communiquer les impacts de leurs activités sur le

---

[1] Plus de mille États, entreprises, banques centrales, autorités de régulation, agences de notations et places boursières ont déclarer soutenir ce projet (TASK FORCE ON CLIMATE-RELATED FINANCIAL DISCLOSURES, « More than 1,000 Global Organizations Declare Support for the Task Force on Climate-related Financial Disclosures and its Recommendations », 12 février 2020).
[2] TASK FORCE ON CLIMATE-RELATED FINANCIAL DISCLOSURES, *Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures*, 2017, p. 14.
[3] *Id.,* p. ii.
[4] *Id.,* p. 25 et s.
[5] P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 64.

capital naturel, ainsi que la dépendance de leurs modèles à ces ressources[1]. En matière sociale, une initiative émanant du *World Business Council for Sustainable Development* (WBCSD), regroupant des grandes entreprises internationales, a publié en 2017 un *Social and Human Capital Protocol*. Le WBCSD a travaillé en collaboration avec la *Natural Capital Coalition* pour harmoniser ces deux protocoles, désormais tous deux édités sous l'égide de la *Capitals Coalition*, qui leur a donné une forme et des principes communs[2]. Ces protocoles ne comportent pas de grilles de *reporting* précises, mais visent à améliorer la prise en compte des problématiques sociales et aspects liés aux ressources naturelles dans les documents d'information des entreprises, par la proposition d'une méthodologie « pas à pas » à suivre.

301. L'influence de ces initiatives non liées à la question climatique sur la transparence des sociétés françaises reste pour l'instant réduite, essentiellement pour « *des raisons scientifiques et techniques* »[3]. Il est en effet plus difficile d'établir des indicateurs pertinents pour mesurer l'impact de l'activité de l'entreprise sur la biodiversité et les ressources naturelles, contrairement aux indicateurs liés à l'urgence climatique pour lesquels il existe un consensus scientifique. De même, les différentes initiatives normatives en matière sociale n'ont pas abouti à une harmonisation des indicateurs requis, ce qui contribue à desservir leur influence sur les pratiques des entreprises. La standardisation du *reporting* climatique reste donc « *de loin, le* reporting *le plus avancé à l'heure actuelle* »[4].

302. La standardisation du devoir de transparence environnementale à vocation thématique concerne également l'objectif de l'intégration des données financières et extra-financières.

b. Un référentiel consacré au reporting intégré

303. **Le cadre de référence de l'*International Integrated Reporting Council*. –** Certains référentiels sont thématiques en ce qu'ils sont consacrés à l'enjeu de l'intégration des informations financières et extra-financières. C'est le cas du cadre de référence édité par

[1] Le capital naturel est défini par le *Protocole* comme l'ensemble des ressources naturelles disponibles sur la planète, qu'elles soient renouvelables ou non (végétaux, animaux, air, eau, sol, minéraux) (NATURAL CAPITAL COALITION, *Natural Capital Protocol*, 2016, p. 12).
[2] SOCIAL & HUMAN CAPITAL COALITION, *Social & Human Capital Protocol*, 2019.
[3] P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 120.
[4] *Id*., p. 111.

l'*International Integrated Reporting Council* (IIRC), une association regroupant des entreprises, cabinets d'audit, des ONG, mais également des représentants d'autres organismes de standardisation, comme la GRI, le SASB ou l'IASB. L'IIRC promeut la publication d'un rapport intégré, « *communication concise* » et distincte des rapports financiers et extra-financiers, qui porte sur « *la manière dont la stratégie, la gouvernance, la performance et les perspectives de l'organisation conduisent, compte tenu de son écosystème, à créer de la valeur à court, moyen et long terme* »[1].

304. **Un référentiel essentiellement méthodologique. –** Le cadre de référence recommande l'application de principes directeurs, tels que la connectivité de l'information financière et extra-financière[2]. Le cadre de référence se contente d'énoncer huit éléments constitutifs du rapport, dont la description du modèle d'affaires, des risques et opportunités et de la performance[3]. En revanche, il n'a pas vocation à constituer un référentiel guidant le contenu précis du rapport, à l'instar de la GRI. L'IIRC précise que l'objectif est « *d'assurer un bon équilibre entre flexibilité et normalisation, pour d'une part tenir compte de la large diversité sectorielle et contextuelle des organisations, tout en permettant d'autre part une comparaison pertinente* »[4]. Ainsi, ce référentiel embrasse une visée essentiellement procédurale et méthodologique. Pour cette raison, les entreprises revendiquent souvent leur affiliation au cadre de l'IIRC dès lors qu'elles publient un rapport intégré[5].

305. L'énumération – non exhaustive – de ces référentiels témoigne du foisonnement des initiatives normatives en matière de *reporting* extra-financier. Leur prolifération a contribué à l'émergence d'un mouvement d'harmonisation.

---

[1] INTERNATIONAL INTEGRATED REPORTING COUNCIL, *International Integrated Reporting Framework*, 2021, p. 10.
[2] *Id.,* p. 25 et s.
[3] *Id.,* p. 38 et s.
[4] *Id.,* p. 5.
[5] Sur ce constat, v. P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 61.

§2. L'harmonisation des référentiels normatifs

306. La profusion des référentiels normatifs crée une confusion (A), préjudiciable à l'objectif de pertinence des informations environnementales et sociales. La nécessité d'une harmonisation apparaît nécessaire afin d'ordonner ce foisonnement (B).

A. La confusion causée par la profusion des référentiels normatifs

307. **L'absence d'un référentiel normatif unique. –** Si les pouvoirs publics incitaient les entreprises à s'appuyer sur un référentiel normatif créé par des acteurs privés afin de répondre à leurs besoins spécifiques en matière de *reporting*, ils n'avaient cependant pas jusqu'alors confié cette mission de standardisation à un organisme en particulier[1]. La profusion des référentiels normatifs, ainsi que l'importance quantitative de chaque référentiel, contribuent à créer un sentiment de confusion auprès des rédacteurs des documents d'information[2]. Dans ces conditions, la comparabilité des documents d'information est compromise, puisque les entreprises peuvent appliquer des définitions et principes qui diffèrent selon le référentiel choisi[3]. C'est pourquoi le souhait a été formé que le législateur guide les entreprises vers les référentiels « *qu'il considère comme les plus pertinents* »[4] voire tranche en faveur d'un référentiel normatif, comme celui de la *GRI*, qui « *parvien*[t] *à concilier comparabilité et*

---

[1] Depuis l'adoption de la CSRD, cette mission échoit à l'EFRAG. V. *infra* B, 2.

[2] « […] *the essence of the content of the different frameworks and standards is well-aligned, but differences exist in both terminology and determination methodologies. This can result in confusion and misunderstanding amongst report preparers, report users and other stakeholders* » (CORPORATE REPORTING DIALOGUE, *Driving Alignment in Climate-related Reporting. Year One of the Better Alignment Project*, 2019, p. 29).

[3] Le rapport de Cambourg prend l'exemple des indicateurs sociaux pour souligner la difficile comparaison d'informations dès lors que les indicateurs sont envisagés différemment par les normes de référence : « *Même sur des indicateurs qualifiés de simples comme les effectifs, on constate que les définitions ne sont pas suffisamment précises : cela peut être source d'hétérogénéité dans la mise en œuvre et donc aboutir à des informations non directement comparables. A titre d'exemple, on peut noter les divergences possibles sur les indicateurs mis en œuvre sur : - La date à prendre en compte pour compter les effectifs (présence en début ou fin de mois, calcul d'une moyenne) ; - Les contrats de travail à compter : contrats à durée indéterminée (temps plein ou temps partiel ?), contrat à durée déterminée, contrats d'apprentissage, stagiaires ; et - La prise en compte des congés maladies et maternité* » (P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 123).

[4] « *Sans imposer, à ce stade, de se référer à l'un de ces standards, l'État pourrait, de manière concertée avec les parties prenantes* […] *définir par une recommandation les standards qu'il considère comme les plus pertinents et dont il préconise l'utilisation. Il pourrait par la même voie déconseiller les standards qu'il considère comme insuffisamment exigeants, notamment parce que les engagements qu'ils comportent se situent en-deçà des droits fondamentaux tels qu'ils sont protégés par les conventions internationales, en particulier celles de l'OIT* » (CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, 2013, p. 180).

pragmatisme »[1]. La référence explicite de la loi à un référentiel d'origine privée ne serait néanmoins pas sans causer des difficultés d'ordre démocratique en affaiblissant le contrôle des autorités européennes et françaises sur le contenu de l'information environnementale et sociale.

308. **La flexibilité induite par la profusion des référentiels. –** De la profusion des normes non obligatoires, découle « *une logique de* pick and choose » qui implique que les entreprises « piochent » parmi les référentiels[2]. Les sociétés sont en effet tentées de choisir dans chaque référentiel les règles qu'elles souhaitent suivre, On constate alors souvent que l'entreprise ne se réfère pas à une seule norme mais à plusieurs. Certaines entreprises prennent même l'initiative de créer leur propre référentiel normatif[3]. Cette pratique est renforcée par la flexibilité laissée aux sociétés par les normes[4], qui n'est pas propice à une application consciencieuse de tous les principes et règles prévus par chaque référentiel. Les référentiels offrent « *de trop nombreux replis qui offrent aux ennemis de la transparence la possibilité de maintenir des zones d'ombre* »[5]. Cette flexibilité excessive met en péril l'objectif de comparabilité des rapports qui peut uniquement être réalisée sur le fondement d'un cadre normatif unique[6]. De même, si la flexibilité des référentiels est globalement bien accueillie par les entreprises, le manque de clarté et l'insécurité qui en découlent sont parfois pointées par ces dernières[7]. La critique relative au caractère flou des référentiels normatifs a été relancée lors des débats législatifs portant sur le devoir de vigilance. Leur imprécision est d'autant plus problématique que le risque juridique associé à l'incomplétude du plan de

[1] N. CUZACQ, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. Sociétés,* 2018, n°29, p. 347.
[2] *Ibid.*
[3] Par exemple, dans sa déclaration, Schneider Electric cite les Objectifs de Développement Durable, le Pacte Mondial des Nations Unies, l'ISO 26000, la *GRI*, le *SASB*, la *TCFD*, la *Science-Based Target*, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, une déclaration de l'OIT ainsi que son propre référentiel : le Schneider Sustainability Impact (SSI) (SCHNEIDER ELECTRIC, *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 23 mars 2021, p. 92 et s).
[4] « *Au terme de son examen approfondi, la mission considère que la GRI a contribué, et contribue, à une élaboration ordonnée d'une information non financière rétrospective relativement complète, mais que ses principes d'application laissent place à une grande flexibilité, qui peut nuire à la dimension prospective comme à la comparabilité et à la pertinence de l'information* » (P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 87).
[5] N. CUZACQ, art. préc., n°29, p. 347. La remarque a été faite à propos des Lignes directrices de la Commission européenne mais vaut dans une certaine mesure pour les référentiels privés qui, bien que plus complets que les Lignes directrices, offrent à l'entreprise une souplesse très importante.
[6] La souplesse des référentiels « *érode l'objectif de comparabilité* » (*ibid.*). V. également la conclusion du rapport « de Cambourg » : « *la démarche fondée sur le jugement des émetteurs ne permet pas aujourd'hui d'en déduire implicitement une méthode de reporting structurée, commune et comparable à tous les acteurs* » (P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 146).
[7] Par exemple, à propos de la SASB, v. P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 63.

vigilance est fort, pouvant engager la responsabilité de l'entreprise[1]. Un rapport sénatorial soulignait ainsi « *l'imprécision des normes de référence devant permettre de juger des atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, des dommages corporels ou environnementaux qualifiés de graves, des risques sanitaires, sans autre qualificatif* »[2].

309. De la confusion causée par la profusion des référentiels normatifs, la nécessité de leur harmonisation est apparue.

B. La nécessaire harmonisation des référentiels normatifs

310. Le mouvement d'harmonisation des référentiels normatifs a été initié par des acteurs privés (1) avant d'être saisi par les autorités publiques (2).

1. L'expression de la nécessité d'une convergence normative

311. **La « *convergence normative* », une proposition du rapport « de Cambourg ». –** Afin de favoriser la comparabilité et la pertinence des rapports d'information environnementale et sociale, des voix se sont élevées en faveur d'une harmonisation des référentiels normatifs. Le rapport de Cambourg a ainsi exprimé la nécessité d'une convergence normative. Plus précisément, le rapport préconise une « *convergence normative* » qui soit « *graduée* »[3]. Cette « *convergence graduée* » consiste à harmoniser les principes du *reporting* pour chaque échelon de décision. Le rapport préconise d'abord une initiative à l'échelle mondiale fixant les grands principes du *reporting,* au moins en matière climatique. C'est au niveau de l'Union européenne, qui constitue « *un échelon clé de consensus* », que la standardisation la plus forte doit être opérée, laissant une marge de manœuvre la plus limitée possible aux États. Enfin, les initiatives regroupant des acteurs privés devraient perdurer puisque ce type d'initiative permet « *d'aller plus vite, plus loin* » et

---

[1] Sur le mécanisme de responsabilité civile du devoir de vigilance, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

[2] *Rapport n°74 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'assemblée nationale, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre par M. Christophe-André FRASSA*, 14 oct. 2015, p. 29. Le rapport poursuit : « *Cette imprécision quant aux normes de référence est d'autant plus problématique que la responsabilité de la société peut être engagée devant le juge français en cas de manquement à l'obligation de veiller au respect de ces normes, dans le cadre de la mise en œuvre du plan de vigilance* » (*id*., p. 30).

[3] P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 196. Les citations suivantes proviennent du rapport.

« *de préparer des initiatives plus globales* », soit, en bref, de précéder un éventuel durcissement du devoir de transparence. En résumé, l'objectif de convergence graduée est décliné en trois niveaux de consensus, du plus global et général au plus précis et ambitieux, dans le but de favoriser la clarté du *reporting* et sa comparabilité. A cet effet, le rapport a étudié le contenu normatif des référentiels existants pour déceler des points de convergence s'agissant des grands principes de la transparence environnementale et sociale, tels que la matérialité, la comparabilité, l'image fidèle, la vérification ou la complétude[1]. La mission en tire la conclusion que l'harmonisation normative est un objectif réaliste car « *les complémentarités sont en réalité plus importantes que les divergences* »[2].

312. **Une convergence recommandée par l'Autorité des Marchés Financiers. –** La même année, dans son rapport sur la Responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées, l'Autorité des Marchés Financiers souligne qu'au regard du foisonnement des référentiels du *reporting*, qui « *peut créer des complexités et des confusions pour les acteurs du secteur* », il existe « *désormais un réel enjeu à faire converger ces différentes initiatives* »[3]. L'AMF préconise également une convergence normative qui soit de source publique : il convient de « *confier à un normalisateur placé dans la sphère publique l'élaboration des normes de contenu et de* reporting »[4].

313. **La nécessité d'une convergence normative émanant de la sphère publique. –** L'avantage d'une telle solution réside non seulement dans la propension des pouvoirs publics à répondre à la fois aux intérêts des investisseurs et à ceux de toutes les autres parties prenantes[5] mais également dans leur légitimité pour trancher entre les différentes conceptions

---

[1] *Id.,* p. 132 et s.
[2] *Id*., p. 192.
[3] AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées*, 2019, p. 26.
[4] Plus précisément, l'AMF considère que « *ce chantier de normalisation, qui a vocation à être entrepris au niveau européen, sera conduit en lien direct avec l'ensemble des parties prenantes, sous l'égide des pouvoirs publics* » (*ibid.*).
[5] Selon les organismes normalisateurs, l'accent est mis sur la pertinence de l'information pour les investisseurs ou pour les parties prenantes, de sorte que « *le défi le plus important est sans doute à ce niveau de parvenir à concilier les démarches visant à formaliser des pratiques au service des investisseurs et celles visant à répondre à des impératifs d'intérêt général* » (P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 191). Ainsi, l'adoption de normes par la sphère publique permet de répondre au risque d'« *endogamie* » qui résulte de la mainmise des organismes privés sur la normalisation du *reporting* non financier (*id*., p. 73).

du *reporting*[1] – qui ne sont que le reflet de la vision politique de la place de l'entreprise dans la société civile[2]. De plus, l'ajout d'initiatives de normalisation privées peut contribuer à rajouter des couches supplémentaires au « millefeuille » que constitue l'écosystème normatif du devoir de transparence environnementale et sociale. En outre, une harmonisation au niveau européen puis national (par transposition ou applicabilité directe le cas échéant) confère aux normes de transparence le même niveau de normativité que celui du *reporting* financier, « *condition d'une reconnaissance de l'information extra-financière en tant que dimension à part entière de l'information globale de l'entreprise* »[3]. En résumé, le système de la NFRD de 2014, dont le caractère succinct laisse une large place aux référentiels privés, n'était plus adapté, n'étant « *plus compatible aujourd'hui avec l'idée que l'on peut se faire d'un état de droit après une première période d'expérimentation/d'acclimatation* »[4].

314. De l'expression de la nécessité d'une convergence normative, des initiatives d'harmonisation ont émergé.

2. Des initiatives d'harmonisation

315. **Le *Corporate Reporting Dialogue*. –** Bien que nous pensons que la convergence normative doive provenir de la sphère publique, des acteurs privés ont initié une harmonisation du *reporting* environnemental et social. Le besoin d'une harmonisation des référentiels existants a poussé huit acteurs privés de la normalisation du *reporting* environnemental et social à se rassembler dès 2014 autour du *Corporate Reporting Dialogue* (CRD), une plateforme de discussion sur l'harmonisation normative du *reporting* non financier[5]. Après avoir esquissé une définition commune de la matérialité, qui nous semble vague et qui ne prend pas en compte le principe de double matérialité[6], leurs travaux se sont

---

[1] « *La mission considère que la normalisation nécessaire de l'information extra-financière doit bénéficier de la légitimité conférée par une élaboration et une adoption dans la sphère publique* » (*id.*, p. 201).
[2] Sur les mutations de la place de l'entreprise dans la société, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.
[3] P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 201.
[4] *Ibid.*
[5] Ces huit acteurs sont le CDP, le *Climate Disclosure Standards Board*, la *Global Reporting Initiative*, l'*International Accounting Standards Board*, l'*International Integrated Reporting Council*, l'*International Organization for Standardization*, le *Sustainability Accounting Standards Board* et le *Financial Accounting Standards Board* en tant qu'observateur.
[6] « [...] *material information is any information which is reasonably capable of making a difference to the conclusions reasonable stakeholders may draw when reviewing the related information* » (CORPORATE

axés autour de l'aspect climatique du *reporting*. A cet effet, les normalisateurs privés ont fait un état des lieux des points de convergence entre leurs référentiels et les recommandations de la *Task force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD)[1]. Le CRD a alors noté que les principes de ces différents référentiels sont similaires et/ou complémentaires aux principes fondamentaux de la TCFD[2]. La convergence est légèrement inférieure mais reste élevée s'agissant des indicateurs clés de performance ou « *métriques* »[3]. L'ambition du CRD serait, tout en poursuivant ce travail d'harmonisation au-delà de la seule question climatique, de développer, à terme, une taxonomie commune aux différents normalisateurs privés[4]. L'ambition paraît élevée au regard des intérêts parfois divergents des huit normalisateurs privés[5]. Si l'effort d'harmonisation est louable, ce type de travaux d'harmonisation entre les référentiels privés[6] risque d'aggraver l'empilement des normes en la matière. De plus, une telle initiative souffre d'un déficit de légitimité démocratique, en raison du statut privé de ces acteurs[7] et de leur appartenance nationale parfois marquée, du fait de leur siège[8] ou de leur inspiration[9].

316. **Une initiative concurrente d'harmonisation par les normalisateurs financiers. –** Les normalisateurs financiers se sont également saisis de la question de l'harmonisation de l'information extra-financière : les administrateurs de l'*International Financial Reporting Standards Foundation* (IFRS) et de l'*International Accounting Standards Board* (IASB) ont

---

REPORTING DIALOGUE, *Statement of Common Principles of Materiality of the Corporate Reporting Dialogue*, 2016, p. 2).

[1] TASK FORCE ON CLIMATE-RELATED FINANCIAL DISCLOSURES, *Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures*, 2017.

[2] CORPORATE REPORTING DIALOGUE, *Driving Alignment in Climate-related Reporting. Year One of the Better Alignment Project*, 2019, p. ii.

[3] 70% des indicateurs de la TCFD sont similaires à ceux adoptés par le *CDP*, la *GRI* et le *SASB* (*ibid.*).

[4] *Id.,* p. 29 et s.

[5] V. P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 129.

[6] Pour d'autres initiatives d'harmonisation, v. notamment CLIMATE DISCLOSURE STANDARDS BOARD et SUSTAINABILITY ACCOUNTING STANDARDS BOARD, *TCFD Implementation Guide*, 2019, qui vise à aligner l'application des référentiels du CDSB et du SASB avec les recommandations de la TCFD, et CLIMATE DISCLOSURE STANDARDS BOARD, *Framework for reporting environmental and climate change information*, 2019, qui définit des principes directeurs et renvoie, pour les détails, à d'autres référentiels normatifs.

[7] La privatisation des normes est ainsi dénoncée en ce qu'elle permet de « *mainten*[ir] *hors-jeu les régulations étatiques* » (SHERPA, *Cahier de propositions pour réguler les multinationales*, 2021, p. 31).

[8] R. BARKER et R. G. ECCLES, *Green Paper. Should FASB and IASB be responsible for setting standards for nonfinancial information ?*, 2018, p. 37.

[9] Par exemple, le rapport de Cambourg remarque que les référentiels sectoriels du SASB adoptent un prisme centré sur les États-Unis (P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 110).

lancé un processus de consultation sur la standardisation du *reporting* non financier[1] qui a abouti à l'adoption de deux projets de standards : des standards généraux[2] et des standards spécifiques à la question climatique qui se réfèrent aux recommandations de la TCFD[3]. Les principaux avantages de cette solution résident dans les compétences acquises par ces organismes en matière financière et dans la poursuite d'un objectif d'intégration des données extra-financières et financières. Cette solution pourrait néanmoins être risquée en ce qu'elle pourrait favoriser les informations financières au détriment des données extra-financières. Par exemple, ces travaux – encore à l'état de projet – n'intègrent pas non plus la notion de double matérialité, adoptant une définition axée sur la matérialité financière[4].

317. **Une initiative d'harmonisation au niveau de l'Union européenne. –** C'est au niveau de l'Union européenne que l'harmonisation des référentiels normatifs apparaît la plus poussée. En effet, les normes de l'EFRAG, encore à l'état de projet, fournissent un cadre très détaillé afin de guider les entreprises soumises au *reporting* durable. En effet, la Commission européenne considère que « *l'adoption de normes d'information en matière de durabilité par la voie d'actes délégués garantirait une information harmonisée en matière de durabilité dans l'ensemble de l'Union* »[5]. Toutefois, l'Union européenne reconnaît qu'une harmonisation peut échouer si elle ne constitue qu'une nouvelle couche normative qui soit non obligatoire. C'est pourquoi l'harmonisation du *reporting* doit passer par le caractère obligatoire du référentiel : « *il est nécessaire de mettre en place des normes communes obligatoires d'information en matière de durabilité pour garantir la comparabilité des informations et la publication de toutes les informations pertinentes* »[6]. La Commission constate « *aucune norme ou aucun cadre existant ne répond en soi aux besoins de l'Union quant à l'information en matière de durabilité* » de sorte qu'« *il est* [...] *nécessaire d'habiliter*

---

[1] V. IFRS, *Consultation Paper on Sustainability Reporting*, 2020.
[2] IFRS, *Exposure Draft. IFRS S1 General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information*, 2022.
[3] IFRS, *Exposure Draft. IFRS S2 Climate-related Disclosures*, 2022.
[4] « *Sustainability-related financial information is material if omitting, misstating or obscuring that information could reasonably be expected to influence decisions that the primary users of general purpose financial reporting make on the basis of that reporting, which provides information about a specific reporting entity* » (IFRS, *Exposure Draft. IFRS S1 General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information*, 2022, §56, p. 33).
[5] *Dir. 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, cons. 37.
[6] *Ibid*.

la Commission à adopter des normes d'information en matière de durabilité de l'Union, de permettre leur adoption rapide et de veiller à ce que leur contenu soit conforme aux besoins de l'Union »[1]. En effet, les institutions européennes souhaitent des normes plus ambitieuses que ce que propose la plupart des initiatives d'harmonisation. Les normes doivent à cet égard contenir le principe de double matérialité et « *être à la hauteur du niveau d'ambition du pacte vert et de l'objectif de neutralité climatique à l'horizon 2050 que s'est fixé l'Union* »[2]. Ainsi l'alignement de la trajectoire des émissions carbone des entreprises avec l'Accord de Paris fera partie intégrante du *reporting*. Toutefois, afin d'« *éviter une fragmentation règlementaire inutile* », l'adoption de telles normes devra « *contribuer au processus de convergence des normes d'information en matière de durabilité au niveau mondial* »[3]. Les normes devront donc être appuyées sur les travaux de l'IFRS, du *Natural Capital Protocol*, de la TCFD, et sur des instruments internationaux comme les *ODD*, les Principes directeurs de l'OCDE, les Principes directeurs des Nations unies, le Pacte mondial, l'ISO 26000[4].

318. **Le choix d'une délégation à l'EFRAG. –** L'Union européenne a décidé de déléguer l'établissement des normes d'information communes au Groupe consultatif pour l'information financière en Europe (*European Financial Reporting Advisory Group* ou EFRAG), qui est une association fondée en 2001 dans le but de promouvoir les intérêts européens dans le cadre de l'élaboration des normes financières internationales (IFRS). Sa mission est désormais double : elle a un rôle consultatif pour l'élaboration des normes financières et, depuis 2022, pour celle des normes de durabilité. Pour cette seconde mission, l'EFRAG regroupe plusieurs organismes européens, comme *Accountancy Europe* ou *BusinessEurope*, des organismes nationaux (l'Autorité des Normes Comptables pour la France) et des ONG, comme la *World Wild Fund for Nature* (WWF) ou *Finance Watch*, ainsi que des universitaires. La Commission européenne s'assure de l'observance de quelques garanties d'indépendance :

> « *l'EFRAG devrait disposer d'un financement public suffisant pour garantir son indépendance. Ses avis techniques devraient être établis selon des procédures, une*

[1] *Id.* cons. 38.
[2] *Ibid.*
[3] *Id*., cons. 43.
[4] *Id*., cons. 45.

supervision publique et une transparence appropriées, ainsi que sur la base de l'expertise d'une représentation équilibrée des parties prenantes concernées, y compris les entreprises, les investisseurs, les organisations de la société civile et les syndicats, et ils devraient être accompagnés d'analyses coûts-avantages »[1].

319. **Un mouvement croissant d'encadrement de la spécification de l'information environnementale et sociale. –** Cette harmonisation à l'échelon européen pourrait véritablement permettre de diminuer la profusion des référentiels : en comblant les lacunes du dispositif existant, cet effort de convergence réduira le besoin de clarification du dispositif de *reporting* dont les carences ont jusqu'alors été comblées par un processus de normalisation privée. L'adoption de la CSRD en 2022 a alors enclenché un mouvement de réappropriation par les acteurs publics de la mission de spécification des documents, jusqu'alors aux mains des acteurs privés. Toutefois, ce récent mouvement de résout pas le problème de la profusion des référentiels privés. Déjà, la *Securities and Exchange Commission* (SEC), l'organisme de régulation des marchés financiers états-unien, a également lancé un projet de normalisation du *reporting*[2]. Ces normes sont plutôt orientées vers l'information des investisseurs que vers celle des parties prenantes dans leur ensemble, et proposent une définition simple de la matérialité. Elles sont donc moins exigeantes que les normes de l'EFRAG. Les documents d'information des entreprises de l'Union européenne et celles ayant leur siège aux États-Unis, et plus globalement d'autres entreprises étrangères, ne pourront toujours pas être comparés sur une base normative commune. Bien qu'en progression, l'harmonisation du *reporting* durable reste pour l'instant à deux vitesses – la standardisation à l'échelon européen étant plus ambitieuse que celles qui sont proposées par l'IFRS ou la SEC[3].

---

[1] *Id*., cons. 39.
[2] SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, *Proposed rule. The Enhancement and Standardization of Climate-Related Disclosures for Investors*, 21 mars 2022.
[3] Un auteur préconise : « *The EU and the IFRS Foundation should collaborate, urgently, to set and mandate a carbon accounting standard in Europe. Global adoption will follow* » (R. BARKER, « The urgent priority of carbon reporting », 13 novembre 2019, [https://www.sbs.ox.ac.uk/oxford-answers/urgent-priority-carbon-reporting]).

Conclusion du chapitre 2

320. L'insuffisante harmonisation de la mise en œuvre du devoir de transparence environnementale et sociale est perceptible à deux titres.

321. D'une part, le principe de matérialité, qui offre à l'entreprise rédactrice du document d'information la possibilité d'ajuster le contenu du *reporting* aux spécificités de son activité, lui offre une flexibilité qui semble excessive. Ainsi, la nécessité d'un encadrement du principe de matérialité est rapidement apparue. Un certain détournement de la matérialité par les sociétés est constaté, en raison d'une définition juridique particulièrement imprécise de ce principe. L'incertitude qui entoure le principe de matérialité entraîne des interprétations disparates en pratique, qui se manifestent lors du processus de sélection des risques. Il a alors été proposé d'encadrer le principe de matérialité, ce que la transposition prochaine de la CSRD en droit français devrait favoriser.

322. D'autre part, cette insuffisante harmonisation de la mise en œuvre du devoir de transparence est constatée au titre du processus de normalisation. Les entreprises assujetties aux diverses obligations d'information ne sont en effet pas les seuls acteurs à détenir un pouvoir normatif en matière de transparence, puisque des organismes de normalisation ont entrepris de doter le *reporting* d'un cadre plus précis. Cette activité de normalisation a donné lieu à une profusion de référentiels normatifs, qui peuvent revêtir une vocation transversale – couvrant tous les aspects environnementaux ou sociaux – ou thématique – réservés à un seul aspect ou étant consacrés à l'intégration des données financières et extra-financières. D'une telle profusion, le besoin d'une harmonisation des référentiels normatifs a été exprimé. En effet, le caractère prolifique des référentiels normatifs crée une certaine confusion pour les entreprises, qui ne peuvent s'appuyer sur un cadre normatif commun. En définitive, la prolifération des référentiels normatifs nuit à l'objectif initial de la normalisation, qui a précisément été menée dans le but de clarifier les exigences du *reporting*. La nécessité d'une harmonisation des référentiels normatifs apparaît impérieuse. Des initiatives d'harmonisation ont ainsi vu le jour, dont la proposition de normes communes à l'échelon de l'Union européenne, qui apparaît comme la proposition la plus aboutie.

Conclusion du Titre 1

323. La pertinence des informations environnementales et sociales est un enjeu clé du *reporting* car elle est déterminante du bon niveau d'information des parties prenantes. La pertinence de l'information serait permise par l'enchevêtrement de deux échelons normatifs. Cette configuration n'est toutefois pas optimale, de sorte que la pertinence des informations environnementales et sociales apparaît perfectible.

324. En premier lieu, le socle général semble insuffisamment étendu. Les législateurs français et européen ont posé les linéaments du devoir de transparence par l'élaboration de trois dispositifs qui n'ont pas la même portée. La déclaration de performance extra-financière représente le dispositif transversal du *reporting* au regard de son contenu, couvrant une quantité importante d'enjeux environnementaux et sociaux. Le plan de vigilance et le rapport sur le gouvernement d'entreprise complètent ce dispositif, consacrés à certains enjeux en particulier. Leurs champs d'application apparaissent limités, de sorte que la transposition de la CSRD constitue une occasion d'étendre leur périmètre.

325. En second lieu, la mise en œuvre du devoir de transparence est insuffisamment harmonisée. Le socle général pose un canevas minimal, que d'autres acteurs sont appelés à spécifier. Cette spécification provient de l'entreprise elle-même, par l'application d'un principe de matérialité, mais également d'organismes normalisateurs, qui ont standardisé le *reporting*. Toutefois, la délégation d'un tel pouvoir normatif à l'entreprise et aux organismes de normalisation est perfectible, de sorte que son encadrement par les pouvoirs publics apparaît souhaitable. En effet, face au détournement du principe de matérialité permis par sa flexibilité et face à la profusion des référentiels normatifs, une harmonisation de la mise en œuvre du devoir de transparence semble nécessaire. L'enchevêtrement de ces deux niveaux normatifs n'a donc pas encore trouvé son point d'équilibre, même si la transposition prochaine de la CSRD devrait contribuer à renforcer l'encadrement du *reporting* et, partant, la pertinence des informations communiquées.

326. Cet objectif n'est toutefois pas le seul garant de la qualité des informations publiées par les entreprises. En effet, la fiabilité du *reporting* environnemental et social est

indispensable pour assurer la bonne information des parties prenantes, bien qu'elle semble en l'état assez insuffisante.

Titre 2 : La fiabilité insuffisante de l'information

327. **Le constat d'un manque de crédibilité. –** La pertinence des informations ne peut constituer le seul principe du *reporting*, dont la fonction informative serait réduite à néant si les informations communiquées s'avéraient fausses ou trompeuses : « *encore faut-il que l'information extra-financière diffusée par les entreprises soit crédible afin qu'elle ait la légitimité nécessaire pour constituer le soubassement des décisions des parties prenantes* »[1]. Or, une étude suggère que les citoyens français seraient 56% à penser que la mise en avant des engagements des grandes entreprises ne représenterait « *que de belles paroles et que rien de significatif n'a changé en réalité* »[2]. Les démarches de RSE des entreprises sembleraient souffrir d'un manque de crédibilité qui tiendrait principalement au rôle important qui est conféré aux entreprises dans l'élaboration de leurs documents. Étant les productrices des documents d'information sur lesquels des parties prenantes sont censées s'appuyer pour prendre leurs décisions, les entreprises seraient suspectées d'enjoliver la réalité de leurs impacts environnementaux et sociaux. Comme l'observe la Plateforme RSE, « *cette défiance de nombreux consommateurs est par ailleurs alimentée par l'absence de frontières entre publicité, communication institutionnelle et information, que viennent souligner les cas avérés de socio-blanchiment (ou* social washing*)* »[3]. C'est donc la crainte du *greenwashing* ou du *socialwashing* qui rend impérieuse la nécessité d'une meilleure fiabilité des informations, qui tient alors lieu de deuxième principe structurant du *reporting*[4].

328. **Le contrôle extérieur des informations. –** L'entreprise ne peut garantir seule la fiabilité des informations qu'elle communique, de sorte que la satisfaction de ce principe est subordonnée à une intervention externe à l'entreprise. Le droit apparaît alors comme un outil au soutien de la sincérité des informations. Le contrôle de la fiabilité des informations peut emprunter deux directions. D'une part, le législateur a instauré un mécanisme spécial de vérification des informations par un organisme tiers indépendant – le plus souvent, un

---

[1] N. CUZACQ, « L'audit des informations extra-financières, la promesse de l'aube », *in* K. Martin-CHENUT et R. de QUENAUDON (dir.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?*, Pedone, 2016, p. 177.
[2] L'OBSOCO, *Le baromètre de la perception de l'engagement des entreprises*, 2021, p. 14. L'étude a été réalisée en ligne, auprès d'un échantillon représentatif de la population française de 2 000 personnes.
[3] PLATEFORME RSE, *Affichage social sur les biens et services : avis*, 2022, p. 44.
[4] V. par exemple ISO 26000:2010, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, pt. 7.7.4

commissaire aux comptes. D'autre part, l'application de mécanismes juridiques classiques, imprégnés des caractères obligatoire et contraignant de leurs règles, peut être envisagée afin de sanctionner des informations peu sincères.

329. **Le caractère insuffisant de la fiabilité. –** Toutefois, ces deux types de contrôle ne semblent pas suffire pour garantir la fiabilité des informations environnementales et sociales. En effet, le mécanisme de contrôle de celles-ci par le vérificateur est simplement formel et l'arsenal judiciaire et administratif potentiellement mobilisable offre des perspectives plutôt inégales.

330. Ainsi, l'insuffisance de la fiabilité des informations environnementales et sociales doit être constatée au regard du caractère formel du contrôle du vérificateur (chapitre 1) et du caractère inégal de l'arsenal administratif et judiciaire (chapitre 2).

Chapitre 1 : Un contrôle formel du vérificateur

332. **Un contrôle adapté aux spécificités des entreprises. –** Face au risque de pratiques de *greenwashing* ou *socialwashing*, la vérification des informations environnementales et sociales a été prévue par le législateur dans l'optique de garantir leur fiabilité. La Commission européenne soulignait déjà l'intérêt d'un tel contrôle en 2001, dans son Livre vert sur la RSE : « *pour éviter que ces rapports ne soient critiqués comme des instruments de relations publiques sans substance, il est aussi nécessaire que leurs informations fassent l'objet d'une vérification par des organismes tiers indépendants* »[1]. L'intervention d'un tiers à titre de vérificateur des documents d'information a donc pour objectif de leur conférer un niveau de crédibilité suffisant, permettant d'assurer la bonne information des parties prenantes[2]. Un tel mécanisme de contrôle a de surcroît l'avantage d'être adapté aux spécificités des entreprises. Ces dernières sont en effet habituées au contrôle de leurs comptes financiers par le commissaire aux comptes. C'est donc naturellement que les pouvoirs publics ont instauré un mécanisme similaire s'agissant du *reporting* environnemental et social.

333. **L'instauration de la vérification par le Grenelle II de l'environnement. –** Ainsi, un mécanisme de vérification des informations contenues dans la déclaration de performance extra-financière par un organisme tiers indépendant (OTI) est prévu depuis la loi dite « Grenelle II » du 12 juillet 2010[3]. La France a été fer de lance en la matière puisque la *Non Financial Reporting Directive*, pourtant publiée quatre ans plus tard, ne prévoit pas de vérification obligatoire des informations[4]. Depuis 2010, l'article L. 225-102-1, V du Code de

---

[1] COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert (2001) 366 final*, 18 juil. 2001, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », pt. 73.

[2] La vérification des informations environnementales et sociales permet donc de « *rédui*[re] *les risques de manipulation des parties prenantes* » (N. CUZACQ, « Plaidoyer en faveur d'un audit sociétal légal », *RIDE*, 2008/1, t. XXII, n°15, p. 44). V. également J. IGALENS, « Comment évaluer les rapports de développement durable ? », *Revue française de gestion*, vol. 152, n°5, 2004, p. 161 : « *Le rapport de développement durable doit être crédible, il peut devenir le socle de la relation de confiance et de la réputation de l'entreprise. Pour cela, sa première qualité doit être la transparence de son élaboration et la seconde, la qualité de sa vérification* ».

[3] *L. n°2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement*, art. 225. Sur cette réforme, v. *supra* Introduction. Cette instauration fait notamment suite au constat d'une qualité jugée médiocre de nombreux rapports RSE publiés en application de la loi NRE de 2001 (sur ce constat, v. AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *recomm. n°2010-13 : Rapport sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale et environnementale*, 2010, pt. 3.2.3, p. 25).

[4] *Dir. 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes*, art. 1er, 1, 6). La possibilité d'une vérification des

commerce prévoit ainsi que « *les informations figurant dans les déclarations* […] *font l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant* »[1].

334. **Le caractère formel de la vérification. –** Toutefois, la vérification ne peut garantir la fiabilité des informations seulement si ses modalités ne permettent pas au contrôleur de vérifier de façon approfondie les documents produits par l'entreprise. Or, l'objet restrictif de la vérification empêche ce mécanisme de tenir lieu d'authentique contrôle de la fiabilité des données environnementales et sociales.

335. Ainsi, après avoir exposé le cadre de la vérification des informations environnementales et sociales (Section 1), nous nous attacherons à souligner son objet restrictif (Section 2).

---

informations par un « *prestataire de services d'assurance indépendant* » est néanmoins mentionnée dans la directive mais laissée à la discrétion des États membres. Sur les prévisions de la CSRD de 2022, v. *infra* Section 1, §2, 2 et Section 2, §1, 2.

[1] Cette vérification de la déclaration de performance extra-financière ne doit pas être confondue avec celle des objectifs sociaux et environnementaux que soit également mener un organisme tiers indépendant s'agissant des sociétés à mission (C. Com., art. L. 210-10, créé par *L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*, art. 176). En effet, cette vérification ne vise pas à s'assurer de la fiabilité des informations, mais de vérifier le respect de la mission que l'entreprise s'est fixée. Pour cette raison, cette vérification sera étudiée plus tard. V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

Section 1. Le cadre de la vérification des informations

337. Le cadre législatif de la vérification des informations environnementales et sociales implique d'en définir le champ d'application, qui ne se recoupe pas nécessairement avec celui de la déclaration de performance extra-financière. Le législateur s'est également assuré que le vérificateur soit doté de certaines qualités, dans l'optique de garantir l'utilité de la vérification.

338. La loi encadre tant le champ d'application du mécanisme de vérification des informations (§1) que les qualités du vérificateur (§2).

§1. Le champ d'application de la vérification des informations

339. **Le resserrement du champ d'application. –** Lors de la création du mécanisme de vérification des informations par un organisme tiers en 2010, la vérification était applicable à toutes les sociétés assujetties au dispositif de la déclaration de performance extra-financière. Depuis la réforme de 2017 qui a transposé la directive « Barnier » de 2014 (*Non Financial Reporting Directive*), le contrôle des informations est réservé aux sociétés dépassant des seuils définis par décret en Conseil d'État[1]. L'article R. 225-105-2 du Code de commerce précise alors que seules les sociétés « *dont les seuils dépassent 100 millions d'euros pour le total du bilan ou 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice* » voient leurs informations vérifiées par un organisme tiers indépendant (OTI). Si, en 2010, toutes les sociétés publiant une déclaration de performance extra-financière étaient assujetties au mécanisme de vérification de celle-ci, aujourd'hui, seules les plus grandes d'entre elles font l'objet d'une vérification de leur déclaration.

340. La justification avancée par le gouvernement est celle d'une simplification du régime de vérification des informations permettant d'alléger la charge d'obligations pesant sur les

[1] *D. n°2017-1265 du 9 août 2017 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises*, art. 4.

entreprises[1]. La réduction du champ d'application de la vérification a toutefois été analysée comme une « *notable régression qui messied aux attentes des investisseurs socialement responsables et plus généralement à celles de nombreuses parties prenantes* », pour lesquelles la fiabilité de la déclaration de performance extra-financière est une « *impérieuse nécessité* »[2]. La réduction du champ d'application était indirectement permise par la NFRD de 2014, qui imposait la seule vérification de la présence de la déclaration[3], la mise en œuvre de la vérification des informations extra-financières constituant une possibilité pour les États membres, et non une obligation[4]. Si le droit français était, avant la directive, particulièrement novateur par rapport aux autres États de l'Union européenne en ce qu'il prévoyait un contrôle externe des informations extra-financières[5], la transposition de la directive n'a pas été l'occasion de confirmer cette ambition en matière de contrôle de la fiabilité des informations. Cette restriction du champ d'application a été motivée par l'impératif d'une meilleure compétitivité économique des entreprises françaises :

> « *Manifestement, les pouvoirs publics français ont considéré que peu d'États membres intégreraient un audit extra-financier dans leur législation, au moins à court et moyen terme, et dans ces conditions ils ont réduit le champ d'intervention de l'OTI. Le raisonnement consiste à assimiler l'audit extra-financier à un coût et à aligner, au moins partiellement, le droit français sur celui des autres États membres. Cette logique est aux antipodes de celle qui visait à faire de la France un fer de lance et un modèle en matière de RSE au sein de l'UE* »[6].

---

[1] « *De manière conséquente, le régime de vérification des informations publiées est également simplifié : il concerne désormais les seules sociétés de plus de 500 salariés et dépassant plus de 100 M€ de total de bilan ou de chiffre d'affaires, alors que le régime actuellement en vigueur vise toutes les sociétés tenues de produire un rapport de RSE* » (CONSEIL DES MINISTRES, *Compte-rendu. Publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises*, 19 juil. 2017, [https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-07-19/publication-d-informations-non-financieres-par-certaines-gra]).

[2] N. CUZACQ, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. Sociétés,* 2018, n°34, p. 347.

[3] « *Les États membres veillent à ce que le contrôleur légal des comptes ou le cabinet d'audit vérifie que la déclaration non financière* […] *ou le rapport distinct* […] *a été fourni(e)* » (*Dir. 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes*, art. 1er).

[4] « *Les États membres peuvent exiger que les informations figurant dans la déclaration non financière […] ou dans le rapport distinct* […] *soient vérifiées par un prestataire de services d'assurance indépendant* » (*ibid.*).

[5] V. M. CAPRON et F. QUAIREL, « Le rapportage "développement durable" entre reddition et communication, entre volontariat et obligation », *Revue de l'organisation responsable*, vol. 4, n°2, 2009, p. 23 et s.

[6] N. CUZACQ, art. préc., n°35, p. 347.

341. **Les seuils du champ d'application. –** Depuis 2017, les seuils fixés par l'article R. 225-105-2, II du Code de commerce correspondent à un total du bilan supérieur à 100 millions d'euros ou un chiffre d'affaires net de 100 millions d'euros, ainsi qu'un nombre de salariés permanents employés au cours de l'exercice de 500. En cas de groupe de sociétés, ces seuils sont appréciés sur une base consolidée. Ce champ d'application est le même que celui qui correspond au domaine d'application de la déclaration de performance extra-financière des sociétés non cotées. Autrement dit, dès lors qu'une société non cotée est assujettie au dispositif, sa déclaration sera nécessairement vérifiée puisque le champ d'application de la déclaration et celui de sa vérification coïncident dans ce cas. En revanche, pour les sociétés cotées, le champ d'application de la vérification ne se confond pas avec celui de l'établissement de la déclaration, dont les seuils sont plus bas que ceux applicables aux sociétés non cotées[1]. Ainsi, parmi les sociétés cotées assujetties à la déclaration de performance extra-financière, seules les plus grandes d'entre elles doivent mettre en place une vérification.

342. En définitive, toutes les sociétés non cotées qui publient une déclaration sont donc assujetties à l'obligation d'un contrôle tandis qu'une société cotée qui emploierait plus de 500 salariés mais qui ferait état d'un chiffre d'affaires compris entre 40 et 100 millions d'euros ou d'un total du bilan compris entre 20 et 100 millions d'euros doit établir une déclaration sans obligation de la faire vérifier.

343. **Une subsidiarité de l'organisme tiers indépendant en cas de participation volontaire de l'entreprise au système de management et d'audit environnemental (EMAS). –** L'article R. 225-105-2, IV du Code de commerce prévoit que lorsque la société sujette à vérification se conforme volontairement au système EMAS prévu par règlement européen[2], « *la déclaration signée par le vérificateur environnemental* […]*, annexée au rapport de gestion, vaut avis de l'organisme tiers indépendant sur les informations environnementales* ». Cette subsidiarité de l'OTI ne vaut donc que pour les informations à

[1] Pour rappel, les seuils d'établissement de la déclaration de performance extra-financière pour les sociétés cotées sont de 20 millions d'euros pour le total du bilan, 40 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et de 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice (C. Com., art. R. 22-10-29). V. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

[2] *Règl. (CE) n° 1221/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS).*

caractère environnemental : cette disposition précise bien que « *la vérification des informations relatives aux conséquences sociales de l'activité de la société ainsi qu'à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable demeure en revanche du ressort de l'organisme tiers indépendant* ».

344. Les sociétés ainsi soumises à vérification de leur déclaration de performance extra-financière voient les informations contrôlées par un vérificateur qui doit revêtir plusieurs qualités.

§2. Les qualités du vérificateur des informations

345. Afin de garantir l'efficacité du processus de vérification des informations environnementales et sociales, le législateur s'est attaché à poser des règles concernant la personne du vérificateur. La loi garantit tant l'indépendance du vérificateur (A) que sa compétence (B).

A. L'indépendance du vérificateur

346. Il est certain que la crédibilité du contrôle des informations environnementales et sociales, et conséquemment la fiabilité des informations elles-mêmes, dépend du degré d'indépendance du vérificateur vis-à-vis de l'entreprise qui fait l'objet de la vérification. L'exigence d'indépendance du vérificateur est naturellement exigée par tous les référentiels normatifs du *reporting* extra-financier[1], puisque « *ce n'est évidemment pas au renard qu'il faut confier la garde du poulailler* »[2].

[1] V. par exemple GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *GRI 102 : Eléments généraux d'information*, 2016, n°102-56, p. 41 : *« pour la vérification externe de rapports fondés sur les normes GRI, il est attendu que les prestataires de vérification soient indépendants de l'organisation et en mesure d'émettre et de publier un avis ou des conclusions objectifs et impartiaux à propos du rapport* ». Pour autant, la GRI n'impose pas le recours à un vérificateur : « *le recours à une vérification externe des rapports de développement durable est conseillé en plus des éventuelles ressources internes, mais n'est pas exigé afin de déclarer qu'un rapport a été préparé en conformité avec les normes GRI* » (*ibid*.).

[2] OCDE, *Responsabilité des entreprises. Initiatives privées et objectifs publics*, 2001, p. 87

347. L'indépendance du vérificateur est soutenue par un certain nombre de garanties légales (A). Elles s'avèrent néanmoins insuffisantes, de sorte que leur renforcement est apparu nécessaire (B).

1. Les garanties légales d'indépendance

348. **Le choix d'un organisme tiers indépendant. –** L'article L. 225-102-1, V du Code de commerce confie la vérification de la déclaration de performance extra-financière à « *un organisme tiers indépendant* »[1]. Si initialement le législateur avait envisagé de déléguer le contrôle des informations environnementales et sociales aux commissaires aux comptes[2], il a finalement été décidé d'attribuer ce contrôle à un cercle plus large d'entités. L'organisme tiers indépendant (OTI) n'est donc pas forcément un commissaire aux comptes mais peut être une société spécialisée dans la certification et l'audit. Toutefois, dans les faits, les trois-quarts des organismes tiers indépendants accrédités sont des commissaires aux comptes[3].

349. Ce choix n'est pas sans incidence sur la nature du contrôle effectué : la solution de recourir exclusivement aux commissaires aux comptes aurait nécessairement rapproché le contrôle des informations extra-financières de celui des informations financières. En optant pour un OTI, le législateur « *écart*[e] *ce faisant l'idée d'une certification pour se placer dans la logique propre au contrôle des informations extérieures aux comptes annuels, comme celles contenues dans le rapport de gestion ou celles exposées dans le rapport relatif aux procédures de contrôle interne* »[4]. Ce choix contribue à détacher la vérification des

---

[1] C. Com., art. L. 225-102-1, V. Le législateur français a conservé cette dénomination tandis que la directive européenne a utilisé la formule de « *prestataire de services d'assurance indépendant* » (*Dir. 2014/95/UE préc.*, art. 1er et *Dir. 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, art 1er, 3).

[2] V. D. BARLOW, « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *D.*, 2012, n°13, p. 1502.

[3] COFRAC, « Accréditation des organismes tiers indépendants pour la vérification des informations sociales, environnementales et sociétales des rapports annuels du conseil d'administration ou du directoire », 15 janv. 2015, [https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/presentation_cofrac_-_accreditation_des_oti_-_plateforme_rse_15-01-15.pdf].

[4] D. BARLOW, art. préc., n°13, p. 1502.

informations extra-financières de la logique de la certification de l'information financière par le commissaire aux comptes, qui est plus approfondie[1].

350. **L'accréditation de l'organisme. –** Si l'article R. 225-105-2 du Code de commerce prévoit que cet organisme est « *désigné, selon le cas, par le directeur général ou le président du directoire* », une telle désignation du vérificateur par les dirigeants n'est pas entièrement libre. Ces derniers choisissent le vérificateur parmi une liste d'organismes accrédités par le Comité français d'accréditation (COFRAC)[2] ou par un organisme d'accréditation équivalent[3]. L'accréditation, définie comme l'« *attestation par tierce partie, portant sur un organisme d'évaluation de la conformité constituant une reconnaissance formelle de la compétence, de l'impartialité et de la cohérence de la réalisation d'activités spécifiques d'évaluation de la conformité* »[4], permet de préserver la confiance des parties prenantes dans le processus de contrôle de la déclaration de performance extra-financière, étant « *un gage de la qualité du travail de l'auditeur qui risque de la perdre en cas d'insuffisance* »[5].

351. **Les incompatibilités de l'organisme. –** Le législateur a également prévu d'appliquer à l'OTI les incompatibilités incombant aux commissaires aux comptes[6]. Le vérificateur « *ne peut prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt* » auprès de la société contrôlée[7] et ne doit pas entretenir avec celle-ci les liens personnels, financiers et professionnels listés par le code de déontologie des commissaires aux comptes[8].

---

[1] V. *infra* Section 2.

[2] Association créée en 1994 par les pouvoirs publics, le COFRAC est reconnu comme l'instance nationale d'accréditation (*D. n° 2008-1401 du 19 décembre 2008 relatif à l'accréditation et à l'évaluation de conformité pris en application de l'article 137 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, art. 1er). Les instances de décision du COFRAC sont composées d'un panel d'organismes accrédités par ce dernier (« les clients du COFRAC »), d'entreprises elles-mêmes clientes de ces organismes accrédités (« les clients des clients du COFRAC »), de représentants de l'État et de diverses associations de consommateurs et de protection de l'environnement (https://www.cofrac.fr/qui-sommes-nous/).

[3] Il peut s'agir de « *tout autre organisme d'accréditation signataire de l'accord de reconnaissance multilatéral établi par la coordination européenne des organismes d'accréditation* » (C. Com., art. R. 225-105-2).

[4] ISO/IEC 17000:2020, *Evaluation de la conformité : vocabulaire et principes généraux*, n°7.7.

[5] N. CUZACQ, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. Sociétés,* 2018, n°38, p. 347.

[6] C. Com., art. R. 225-105-2, I.

[7] C. Com., art. L. 822-11-3, sur renvoi de C. Com., art. R. 225-105-2, I.

[8] *D. n° 2017-540 du 12 avril 2017 modifiant le code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes*, art. 20. Comme l'a remarqué la doctrine, « *l'application aux organismes vérificateurs d'un texte qui n'a pas initialement été rédigé pour eux ne va pas sans poser des difficultés puisqu'elle implique le plus souvent de se référer à des normes (Code de déontologie, normes d'exercice professionnel, etc.) qui ne sont applicables*

352. **La durée de la mission. –** Enfin, la durée de la mission de l'OTI est fixée à six exercices[1]. Cette solution, également applicable aux commissaires aux comptes[2], permet de garantir la fiabilité de la vérification en instaurant un équilibre entre une durée trop longue qui favoriserait d'éventuelles accointances[3] et une durée trop courte qui fragiliserait la position du vérificateur[4]. En revanche, la loi est muette sur la fin des fonctions de l'OTI en dehors de cette hypothèse d'échéance du terme. Les hypothèses de démission ou de révocation supposent certainement l'intervention d'un juge, selon une solution applicable aux commissaires aux comptes[5]. L'éventuelle intervention judiciaire dans le processus de révocation est d'autant plus appropriée qu'elle extirpe le cadre de mission de l'organisme tiers indépendant du régime du contrat de mandat[6] :

> « *le droit commun du mandat ne peut s'appliquer d'une manière pertinente à l'auditeur sociétal, car ce dernier exercera, à l'instar du commissaire aux comptes, une mission d'intérêt général de contrôle au profit non seulement des actionnaires mais aussi de toutes les parties prenantes* »[7].

353. En dépit de l'existence de cette série de garanties légales d'indépendance, leur renforcement apparaît nécessaire afin d'asseoir l'efficacité de la vérification des informations environnementales et sociales.

---

qu'aux commissaires aux comptes » (K. BOUAOUDA et A. ROBERT, « Le rapport de gestion et l'environnement : obligations, contrôles et sanctions », *Environnement*, mai 2012, n°5, étude 7).

[1] C. Com., art. R. 225-105-2, I.

[2] C. Com., art. L. 823-3.

[3] Un auteur observe néanmoins : « *le texte est ainsi libellé qu'il suffirait qu'au terme de six exercices consécutifs soit observé un temps d'interruption correspondant à un exercice pour que le même organisme puisse être choisi pour une nouvelle séquence de six exercices* » (B. TEYSSIE, « La déclaration de performance extra-financière », *JCP E*, n° 28, 2021, 1356, n°32)

[4] « *La durée de six exercices est suffisamment longue afin de permettre à l'auditeur d'asseoir son indépendance. Une durée annuelle risquerait de favoriser des pressions qui s'appuieraient sur la menace d'un non-renouvellement. Par ailleurs, l'obligation de rotation des auditeurs, au terme des six années, réduit les risques inhérents à une trop grande familiarité avec les dirigeants. Également, l'impossibilité d'un renouvellement immédiat empêche en principe qu'un auditeur sociétal soit tenté d'échanger son silence contre un renouvellement* » (N. CUZACQ, « Plaidoyer en faveur d'un audit sociétal légal », *RIDE*, 2008/1, t. XXII, n°11, p. 40).

[5] E. GARAUD, « Commissaires aux comptes », *JCl. Commercial,* Fasc. 1085, 5 oct. 2019, n°55 et s. Sur l'application des solutions jurisprudentielles intéressant les commissaires aux comptes à l'organisme tiers indépendant, v. D. BARLOW, art. préc., n°20, p. 1502.

[6] Le mandat permet une révocation *ad nutum* du mandataire par le mandat (C. Civ., art. 2004).

[7] N. CUZACQ, « Plaidoyer en faveur d'un audit sociétal légal », *RIDE,* 2008/1, t. XXII, n°11, p. 40.

2. Le renforcement nécessaire des garanties d'indépendance

354. **Le risque de conflits d'intérêts. –** Malgré ces garanties, il demeure paradoxal que l'organisme contrôleur, dit « *indépendant* », soit pourtant désigné par les dirigeants de l'entreprise, qui sont responsables de l'établissement de la déclaration de performance extra-financière. En effet, l'article R. 225-105-2 du Code de commerce prévoit que « *l'organisme tiers indépendant* […] *est désigné, selon le cas, par le directeur général ou le président du directoire* ». Cette disposition cristallise les critiques adressées au régime de vérification de la déclaration : cette « *entorse au principe voulant que le contrôlé ne choisisse pas son contrôleur* »[1] est « *un contresens car elle permet au dirigeant de choisir la personne chargée d'évaluer l'une des facettes de sa gestion* »[2]. Dès lors, cette modalité « *ne permet pas à l'auditeur d'être dans les meilleures conditions pour jouer son rôle de contre-pouvoir* »[3]. Le fait que l'organisme tiers indépendant soit rémunéré par l'entreprise constitue un frein supplémentaire à son indépendance à l'égard de celle-ci[4]. Au-delà du mode de désignation de l'évaluateur et de la source de sa rémunération, sa prétendue indépendance, fondée sur la nature de sa tâche – un audit *externe* – et sur son indépendance juridique – étant une personne morale distincte de l'entreprise contrôlée –, « *ne résiste pas à l'enquête sociologique de terrain* »[5]. L'observation empirique d'audits a révélé la présence de conflits d'intérêts entre les entreprises et leurs évaluateurs[6]. En particulier, le fait que les organismes tiers soient en

---

[1] D. BARLOW, art. préc., n°20, p. 1502.
[2] N. CUZACQ, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. Sociétés*, 2018, n°37, p. 347.
[3] N. CUZACQ, « L'audit des informations extra-financières, la promesse de l'aube », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. de QUENAUDON (dir.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?*, Pedone, 2016, p. 177.
[4] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, n°318, p. 419. V. également R. CRETE, J. BEDARD et S. ROUSSEAU, « Les vérificateurs et la fiabilité de l'information financière : les messages de l'environnement institutionnel et juridique », *Les Cahiers de* Droit, vol. 45, n°2, 2004, p. 251.
[5] S. MONTAGNE, « Des évaluateurs financiers indépendants ? Un impératif de la théorie économique soumis à l'enquête sociologique », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 126, 2009/1, p. 132.
[6] *Ibid.* Cette étude a mis au jour l'existence de conflits d'intérêts survenant entre les entreprises évaluées et les évaluateurs financiers (analystes et agences de notation), mettant en cause les qualités d'indépendance et d'extériorité qui leur sont attribuées. Or, l'indépendance des évaluateurs « *permet d'entretenir la croyance, cruciale pour la théorie financière* […] [de] *l'existence d'une "valeur fondamentale" du titre financier, qui serait l'exacte quantification de ce que vaut l'entreprise productive à un moment donné, en supposant disponible toute l'information économique nécessaire* » (*id.*, p. 145). Cette étude pourrait être transposée aux auditeurs extra-financiers, au regard de la connexité de leur secteur d'activité avec l'audit financier.

pratique souvent des cabinets d'audit fournissant des conseils à l'entreprise méconnaît l'impératif d'indépendance du contrôleur[1].

355. **Le rapprochement prochain du statut du vérificateur à celui du contrôleur légal. –** La *Corporate Sustainability Reporting Directive* de 2022, qui prévoit désormais l'obligation pour tous les États membres de prévoir un mécanisme de vérification des informations[2], procède à un rapprochement du statut du vérificateur de celui du contrôleur des comptes financiers. Déjà, la directive permet aux États membres de confier la vérification du *reporting* en matière de durabilité au contrôleur légal des comptes de l'entreprise et/ou à un contrôleur légal extérieur à l'entreprise et/ou à un prestataire indépendant de services d'assurances accrédité[3]. Ensuite, pour les États qui feraient le choix d'un prestataire indépendant accrédité, ils devront soumettre ce dernier à « *des exigences qui sont équivalentes à celles* [qui incombent aux contrôleurs légaux] *en ce qui concerne l'assurance de l'information en matière de durabilité, tout en étant adaptées aux caractéristiques des prestataires de services d'assurance indépendants* »[4]. Les prestataires indépendants devront notamment satisfaire à des exigences de « *formation* », afin qu'il « *acquièrent l'expertise nécessaire en ce qui concerne l'information en matière de durabilité* », de « *déontologie* », d'« *indépendance* », d'« *objectivité* », de « *confidentialité* » et de « *secret professionnel* »[5]. Les États devront également veiller à ce que le système de signalement des irrégularités, ainsi que les règles de désignation et de révocation du prestataire indépendant soient similaires aux règles qui régissent les contrôleurs de comptes financiers[6]. Notamment, la nullité des clauses

---

[1] Selon l'Organisation Internationale du Travail (OIT), « *Certains faits semblent indiquer que les cabinets traditionnels d'experts-comptables risquent d'être moins indépendants, parce que, outre qu'ils ne sont pas habitués à détecter les infractions sur le lieu de travail, ils fournissent déjà d'autres services à l'entreprise* » (OIT, *Tour d'horizon des faits nouveaux dans le monde et des activités du Bureau concernant les codes de conduite, le "label" social et d'autres initiatives émanant du secteur privé en rapport avec les questions sociales*, GB.273/WP/SDL/1(Rev.1), 1998, n°65).

[2] *Dir. 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises,* art 1er, 13, a.

[3] *Id.,* art 1er, 13, c.

[4] *Id.*, cons. 61 et art. 1er, 13, c. La directive renvoie à certaines dispositions de la directive relative au contrôle légal des comptes financiers annuels (*Dir. 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/253/CEE du Conseil*).

[5] *Id*., art 1er, 13, c.

[6] La CSRD prévoit qu'« *une divergence d'opinion sur un traitement comptable, une procédure de contrôle ou, le cas échéant, sur une information en matière de durabilité ou des procédures d'assurance ne constitue pas un motif de révocation valable* » (*id.*, art. 2, 26, a).

contractuelles limitant le choix des dirigeants à « *un cabinet d'audit en particulier pour effectuer le contrôle légal des comptes et, le cas échéant, procéder à l'assurance de l'information en matière de durabilité de cette entité* » est prévue[1].

356. En outre, la CSRD contient deux dispositions dont les actionnaires pourraient se saisir en cas de doute sur l'indépendance du vérificateur. D'une part, les actionnaires représentant individuellement ou collectivement 5% du capital auront la faculté de déposer un projet de résolution « *exigeant qu'un tiers accrédité qui n'appartient pas au même cabinet d'audit ou réseau que le contrôleur légal des comptes* […] *prépare un rapport sur certains aspects de l'information en matière de durabilité et que ce rapport soit mis à la disposition de l'assemblée générale des actionnaires* »[2]. D'autre part, la même proportion d'actionnaires aura la possibilité de demander au juge la récusation du vérificateur « *s'il existe des motifs valables pour ce faire* »[3]. Ces deux dispositions semblent particulièrement pertinentes en ce que la menace qu'elles induisent renforcera certainement la fiabilité du contrôle effectué et, partant, la confiance des parties prenantes dans l'information communiquée.

357. **La proposition d'une modification des conditions de désignation de l'OTI. –** Pour autant, la CSRD laisse toujours le choix aux États membres de l'organe social en charge de désigner l'OTI, de sorte qu'il est possible que la désignation du vérificateur reste aux mains des dirigeants après sa transposition[4]. Une garantie substantielle d'indépendance souvent suggérée est celle de la désignation de l'OTI par les actionnaires, permettant d'éviter tout risque de connivence[5]. C'est la solution qui est prévue pour les commissaires aux comptes qui, en tant que contrôleurs des comptes financiers, sont désignés par l'assemblée générale ordinaire[6]. Il est curieux que le législateur français n'ait pas adopté cette solution alors même

---

[1] *Id*., art 2, 25, c.
[2] *Ibid.*
[3] *Dir. 2006/43/CE* préc., art. 38, modifiée par *Dir. 2022/2464*, art. 2, 26.
[4] En effet, selon le droit de l'Union européenne, les contrôleurs légaux des comptes comme le vérificateur de l'information en matière de durabilité sont en principe désignés par l'assemblée générale des actionnaires (*id.*, art. 2, 25). Par exception, un autre mode de désignation est possible dès lors qu'il permet d'« *assurer l'indépendance du contrôleur légal des comptes ou du cabinet d'audit par rapport aux membres exécutifs de l'organe d'administration ou à l'organe de direction de l'entité contrôlée* » (*Dir. 2006/43/CE* préc., art. 37).
[5] N. CUZACQ, « Le cadre normatif de la RSE, entre *soft law* et *hard law* », <hal-00881860>, 2012, p. 15 ; N. CUZACQ, « Le nouveau visage du reporting extra-financier français », *Rev. Sociétés*, 2018, n°37, p. 347 ; D. BARLOW, « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *D.*, 2012, n°20, p. 1502.
[6] C. Com., art. L. 823-1, I.

qu'il s'est inspiré d'autres dispositions applicables au commissariat aux comptes, voire a effectué des renvois à ces dernières. Il est donc souhaitable que la transposition française de la CSRD soit l'occasion de modifier les conditions de désignation de l'OTI, afin de les aligner sur celles des contrôleurs des comptes financiers.

358. Il est également possible de confier la désignation du vérificateur à un collège, panel ou comité de parties prenantes de l'entreprise. Ce panel pourrait contribuer plus généralement à la définition des politiques RSE de l'entreprise, en participant notamment à la sélection des informations matérielles à renseigner dans les documents d'information[1]. Rien n'empêche d'ailleurs les dirigeants de consulter les parties prenantes et de désigner formellement par la suite l'OTI choisi par celles-ci. Le législateur pourrait néanmoins intervenir sur ce point en incitant – voire en obligeant – les entreprises à constituer un tel panel aux fins de désigner directement l'organisme ou de rendre un avis aux dirigeants[2]. Afin de diminuer le coût d'une telle mesure, il serait possible de confier aux seules parties prenantes dites « primaires » (actionnaires, fournisseurs, clients, salariés)[3] la tâche de désigner le vérificateur ou d'émettre un avis aux dirigeants à cette fin. L'intégration des parties prenantes dans le processus de vérification des informations – en l'occurrence, dans le choix du contrôleur – s'apparente aux « *systèmes participatifs de garantie* » développés dans les années 1970, permettant aux consommateurs d'avoir un rôle actif dans la certification de produits alimentaires, notamment biologiques[4]. En plus de renforcer l'indépendance du vérificateur, un tel système permettrait d'impliquer les parties prenantes dans le processus du *reporting*, favorisant ainsi la coopération entre celles-ci et l'entreprise.

---

[1] Cette sélection est souvent opérée *via* l'élaboration d'une « matrice de matérialité » à laquelle les parties prenantes peuvent être conviées. La matrice est composée d'un axe permettant d'évaluer l'influence de l'enjeu sur les décisions des parties prenantes et d'un autre matérialisant l'impact environnemental et social de l'activité de l'entreprise. Les enjeux dont les valeurs sont élevées au titre d'un axe voire des deux axes seront évidemment plus pertinents que ceux dont les valeurs sont plus faibles. L'utilisation de la matrice de matérialité permettra donc de visualiser les enjeux les plus « matériels », localisés dans un espace situé dans le coin haut de la matrice, à droite.

[2] Sur cette dernière possibilité, v. N. CUZACQ, « Plaidoyer en faveur d'un audit sociétal légal », *RIDE,* 2008/1, t. XXII, n°11, p. 40.

[3] Sur la distinction entre parties prenantes primaires et secondaires, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

[4] Si le transfert de cette compétence de certification à des organismes tiers spécialisés par l'État a engendré une diminution du nombre de systèmes participatifs de garantie, les revendications d'une certification impliquant directement les consommateurs ressurgissent depuis plusieurs années. V. P. MUNDLER et S. BELLON, « Les Systèmes participatifs de garantie : une alternative à la certification par organismes tiers ? », *Pour*, vol. 212, n°5, 2011, p. 57.

359. L'indépendance du vérificateur, qui fera bientôt l'objet d'une consolidation dans le cadre de la transposition française de la CSRD, n'est pas la seule qualité nécessaire afin de garantir la fiabilité du contrôle et partant, des informations elles-mêmes. Sa compétence est également recherchée.

B. La compétence du vérificateur

360. **Le champ d'expertise discuté du vérificateur. –** Exigée par les normes de *reporting* extra-financier[1], la compétence des vérificateurs fait souvent l'objet de débats dans la mesure où c'est très certainement l'entreprise contrôlée qui dispose de la plus forte expertise s'agissant des impacts sociaux et environnementaux de sa propre activité : « *on peut se demander si le plus souvent l'expertise n'est pas dans l'entreprise plutôt qu'à l'extérieur* »[2]. Un auteur s'interroge : « *dans des domaines environnementaux très techniques, un professionnel de la comptabilité est-il en mesure de s'adjoindre l'expert capable d'évaluer un dire en provenance d'un expert de l'entreprise ?* »[3]. De plus, dans les faits, les vérificateurs des entreprises sont très souvent de grands cabinets d'audit internationaux[4] dont le domaine d'intervention originaire est celui du commissariat aux comptes[5]. Si les compétences financières des commissaires aux comptes peuvent rassurer les entreprises et certaines parties prenantes[6], l'absence d'expertise spécifique des cabinets d'audit financier dans la vérification des données environnementales et sociales est ainsi régulièrement critiquée, au motif que « *les*

---

[1] La Global Reporting Initiative exige des vérificateurs qu'ils détiennent « *une maîtrise avérée du sujet abordé et des pratiques de vérification* » (GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *GRI 102 : Éléments généraux d'information*, 2016, n°102-56, p. 42).

[2] J. IGALENS, « Comment évaluer les rapports de développement durable ? », *Revue française de gestion*, vol. 152, n°5, 2004, p. 158.

[3] *Ibid.*

[4] Notamment les « *Big Four* » : Deloitte, Ernst & Young, KPMG et PricewaterhouseCoopers.

[5] « *Si le commissariat aux comptes n'est pas formellement devenu le commissariat aux informations, c'est bien lui qui fournit le moule où se dessine la figure hybride de "l'organisme tiers indépendant"* » (A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut Universitaire Varenne, 2015, n°333, p. 304). Pour une critique de cet état de fait, v. C. GILLET, « Les comptes rendus d'assurance contenus dans les rapports de développement durable : Une analyse des pratiques des entreprises françaises », *Management & Avenir*, vol. 36, 2010, p. 47.

[6] « *Faire appel aux hommes du chiffre serait en revanche gage de sagesse* » puisque ces derniers jouissent d'une « *présomption de fiabilité qui s'attache à leur signature* » et une « *longueur d'avance acquise par la profession comptable dans la normalisation de l'audit extra-financier* » (A.-S. EPSTEIN, *op. cit.,* n°333, p. 303). F.-G. Trébulle notait également : « *le sérieux des informations et leur fiabilité ne pourrait que gagner à l'intervention systématique des commissaires* » (F.-G. TREBULLE, « Le développement de la prise en compte des préoccupations environnementales sociales et de gouvernance », *Dr. Sociétés*, 2009, p. 7).

professionnels de l'audit, dont la certification est le core business, *n'ont pas toujours la compétence ou l'expérience nécessaire pour apprécier certaines données techniques en matière d'environnement par exemple ou dans le domaine des droits de l'homme* »[1].

361. **Le mouvement de spécialisation des vérificateurs. –** Les vérificateurs ont tenté de remédier à cette difficulté en arguant de « *leur réseau international, la qualité et la notoriété de leur signature, leur compétence et leur expérience dans les démarches d'audit ainsi que l'existence d'une responsabilité professionnelle susceptible d'être mobilisée* »[2] et surtout en créant des services spécialistes de l'information environnementale et sociale en leur sein. De fait, ce ne sont donc pas les mêmes personnes qui évaluent les données financières et extra-financières, bien que leur formation initiale et leur secteur professionnel convergent[3]. La pratique de la vérification des informations sociales et environnementales, d'abord volontaire puis encadrée par le législateur, constitue aujourd'hui un nouveau champ d'expertise[4], dans lequel un nouveau corps de métier (les consultants développement durable[5]) a été créé, de sorte que la question de la compétence des vérificateurs est moins discutée. Cette spécialisation ne signifie pas l'emploi de méthodes propres à la matière extra-financière : « *dans le cas de l'audit environnemental* […] *l'interdisciplinarité est la norme* »[6]. En effet, les déclarations de performance extra-financière combinent des données quantitatives et

---

[1] B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », *in* T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN [et al.] (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007, p. 29. V. également J. IGALENS, « Analyse des premiers avis des commissaires aux comptes concernant la responsabilité sociale de l'entreprise », *in* F. BOURNOIS et P. LECLAIR (dir.), *Regards croisés en l'honneur de Bernard Galambaud*, Economica, 2004.

[2] J. IGALENS, « Comment évaluer les rapports de développement durable ? », *Revue française de gestion*, vol. 152, n°5, 2004, p. 162.

[3] Dans un entretien conduit par C. Gillet-Monjarret, la convergence factuelle entre les auditeurs financiers et extra-financiers est justifiée par un auditeur extra-financier par la similarité des compétences requises par les deux types d'audit : « *…on a plusieurs atouts de notre côté. On a la connaissance de la société…pour toute analyse, on commence par comprendre la société. C'est très utile aussi pour comprendre ses enjeux environnementaux, sociaux et de gouvernance… l'audit ça ne s'improvise pas, c'est un métier et c'est un sujet technique avec une méthodologie partagée. Il y a le fait aussi qu'on reste sur la gestion de la confidentialité des informations… Tout ce que je peux avancer finalement c'est l'expertise qu'on peut avoir, de l'historique qu'on a en matière de vérification, c'est de considérer que les informations ESG sont d'un même intérêt que des informations financières* » (C. GILLET-MONJARRET, « L'étude de la pratique de vérification sociétale dans le contexte français de la loi Grenelle 2 », *Revue de l'organisation responsable*, vol. 9, n°1, 2014, p. 33).

[4] « *Ainsi se crée une expertise nouvelle dans un domaine nouveau, la vérification du rapport de développement durable* » (J. IGALENS, « Comment évaluer les rapports de développement durable ? », *Revue française de gestion*, vol. 152, n°5, 2004, p. 159).

[5] Les consultants développement durable peuvent tout à la fois conseiller certaines entreprises dans leur stratégie RSE tout en vérifiant les déclarations de performance extra-financière d'autres entreprises.

[6] M. POWER, *La société de l'audit. L'obsession du contrôle*, La Découverte, 1997, éd. 2005.

qualitatives, si bien que si le vérificateur doit disposer de « *qualités techniques* […] *pour porter un jugement sur celles dont le caractère scientifique est prononcé,* […] *les nombreuses informations narratives qui fourmillent dans les rapports dédiés à la Responsabilité Sociale d'Entreprise étendent la palette des candidats* »[1]. En pratique, les cabinets d'audit extra-financier sont constitués de personnes disposant de compétences dans des domaines variés : comptabilité, connaissances techniques dans le domaine environnemental, connaissances juridiques, analyse de gestion, etc.

362. **Le rejet d'un contrôle des parties prenantes. –** Sans permettre l'accès de certaines parties prenantes (comme des comités de salariés ou d'ONG formés à l'audit environnemental et social) à la fonction de vérificateur des données environnementales et sociales, le législateur avait pourtant consacré la possibilité pour certaines d'entre elles de donner leur avis sur les déclarations des entreprises. La loi Grenelle II du 12 juillet 2010 avait en effet amendé l'article L. 225-102-1 du Code de commerce en ajoutant la modalité suivante :

> « *Les institutions représentatives du personnel et les parties prenantes participant à des dialogues avec les entreprises peuvent présenter leur avis sur les démarches de responsabilité sociale, environnementale et sociétale des entreprises en complément des indicateurs présentés* »[2].

La loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 a néanmoins abrogé cet alinéa[3]. Un rapport sénatorial pointait en effet, outre le caractère flou de la notion de « *parties prenantes participant à des dialogues avec les entreprises* », le fait que cette disposition « *condui*[se] *à ce que l'entreprise "endosse", dans son rapport annuel, des appréciations non vérifiées ou susceptibles de lui porter un préjudice de réputation - et donc économique - disproportionné au regard de l'intention initiale de transparence* »[4]. Le sénateur P. Marini

---

[1] A.-S. EPSTEIN, *op. cit.*, n°333, p. 303.
[2] *L. n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement*, art. 225. Cette disposition faisait écho au fonctionnement du Grenelle de l'environnement, fondé sur un système participatif : « *le Grenelle de l'Environnement s'est appuyé sur un processus consultatif rassemblant sur une base égalitaire tous les acteurs concernés par la protection de l'environnement, regroupés en cinq collèges : l'État, les collectivités territoriales, les entreprises, les syndicats de salariés, les associations de protection de la nature* » (A. GRIMFELD, J. JOUZEL, J.-F. LE GRAND, N. NOTAT et ERNST & YOUNG, *Rapport d'évaluation du Grenelle de l'Environnement*, oct. 2010, p. 101).
[3] *L. n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière*, art. 32.
[4] *Rapport n° 703 de M. Philippe MARINI, fait au nom de la commission des finances*, 14 sept. 2010.

craignait que « *le rapport de gestion devien*[ne] *ainsi une sorte de "cahier de doléances" public* »[1].

363. **La proposition d'un contrôle des parties prenantes. –** Il est vrai que sans être encadrée, cette disposition contenait des potentialités de contestation de la gestion des entreprises par les ONG et salariés, dont les conséquences n'ont pas été anticipées[2]. Toutefois, l'objet de la RSE, et la *Stakeholder theory*[3] en particulier, dont le devoir de transparence est une émanation, n'est-il pas justement d'intégrer dans la prise de décision, outre l'intérêt des actionnaires (*shareholders*), l'avis de ces « porteurs d'intérêt » (*stakeholders*) que sont les salariés, ONG, clients, investisseurs, etc.[4] ? L'abrogation de la disposition semble liée à la crainte que des ONG et salariés pointent les insuffisances de la politique RSE de l'entreprise[5] – critiques qui ne pourraient être formulées par l'OTI dans la mesure où son contrôle, comme nous le verrons, s'inscrit dans une logique de conformité[6].

364. Il nous semble que l'inclusion des parties prenantes dans le processus de vérification des données environnementales et sociales présente des avantages notables. Du point de vue de l'entreprise, « *les bénéfices attendus du dialogue avec les parties prenantes sont tous liés à*

---

[1] *Ibid.*

[2] V. V. MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises : une remise en cause de la loi Grenelle II par la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière », *BJS*, 2011, n°2, p. 103 : « *L'objet du rapport de gestion est de présenter aux associés lors de l'assemblée générale annuelle un bilan de l'activité de la société et non pas de faire un inventaire des critiques apportées à la gestion de l'entreprise, d'autant plus par des tiers à celle-ci. Il n'est en effet pas concevable que des tiers à l'entreprise aient un pouvoir d'ingérence dans la politique de la société* »

[3] « *Le concept de partie prenante rend possible une théorie car il élabore une représentation du pouvoir à l'intérieur d'un gouvernement, celui de l'entreprise ; la théorie des parties prenantes ouvre les problématiques de gouvernement à des instances différentes de décision de l'entreprise au niveau stratégique* » (M. BONNAFOUS-BOUCHER et J. DAHL RENDTORFF. *La théorie des parties prenantes*. La Découverte, 2014, p. 9 et s.) V. également S. ROUSSEAU, « La Stakeholder Theory : émergence et réception dans la gouvernance d'entreprise en Amérique du Nord », *in* C. Champaud (dir.), *L'entreprise dans la société du 21ème siècle*, Editions Larcier, 2013, p. 111.

[4] Pour une critique de cette suppression, v. également G. J. MARTIN, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Rev. Sociétés*, 2011, n°38, p. 75 : « *malgré la formulation baroque qui avait été retenue, on peut regretter le signal négatif envoyé par la loi du 22 octobre 2010 qui a supprimé la disposition prévoyant que les institutions représentatives du personnel et les parties prenantes pouvaient donner leur avis. Il faut espérer que, malgré cette suppression, elles le donneront !* »

[5] Nous ne souscrivons pas à l'idée selon laquelle cette suppression entraîne des conséquences modestes dans la mesure où les institutions représentatives du personnel disposent par ailleurs d'une possibilité de s'exprimer (*Rapport n° 703 de M. Philippe MARINI, fait au nom de la commission des finances*, 14 sept. 2010). En effet, si l'avis éventuellement donné par les institutions représentatives du personnel peut influer sur l'action environnementale et sociale des entreprises (v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1), il est peu vraisemblable qu'il soit l'occasion de vérifier la déclaration de performance extra-financière.

[6] V. *infra* Section 2.

l'effet d'apprentissage que celui-ci permet : le dialogue réduit la mauvaise compréhension entre l'entreprise et ses parties prenantes, l'incertitude, le risque, etc., tout en accroissant l'acceptation des activités de l'entreprise par la société civile et en rendant le cadre réglementaire plus prévisible pour la compagnie »[1]. Du point de vue de ses parties prenantes, une telle inclusion permettrait de renforcer la fiabilité des informations communiquées. Au « *contrôle technique* » du vérificateur pourrait être adjoint un « *contrôle politique* » émanant des parties prenantes[2].

365. **Les modalités du contrôle des parties prenantes : le recours à un panel. –** Le contrôle de la déclaration de performance extra-financière exercé par les parties prenantes pourrait être confié au « panel », « collège » ou « comité » de parties prenantes[3] dont les entreprises se dotent de plus en plus[4]. Le Groupe Peugeot avait développé cette pratique de contrôle de son rapport RSE il y a une quinzaine d'années en fournissant au sein de son rapport un pourcentage de satisfaction du comité et en publiant les commentaires de certaines parties prenantes[5] – pratique qui semble avoir été abandonnée à mesure pourtant que la loi a été durcie. Une autre entreprise, qui ne fait pas partie du CAC 40, allait plus loin en produisant les avis de certaines parties prenantes appartenant au comité indépendant d'évaluation des rapports de développement durable. Les avis publiés étaient globalement très positifs, soulignant parfois quelques points d'amélioration :

> « *Dans l'ensemble Lafarge progresse de manière très satisfaisante au cours de cette troisième phase de travail et de partenariat avec le Panel des parties prenantes*. [...] *A l'avenir nous aimerions que Lafarge continue de prendre des engagements et de les porter au premier plan*

---

[1] C. GENDRON et C. ANDRE DE LA PORTE, « La participation des parties prenantes dans la réalisation des rapports de développement durable », *Les cahiers de la CRSDD*, n°3, 2009, p. 16.
[2] N. CUZACQ, « L'audit des informations extra-financières, la promesse de l'aube », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. de QUENAUDON (dir.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?* Pedone, 2016, p. 197.
[3] « *Les panelistes peuvent, dans ce cas, fournir un travail plus en phase avec les utilisateurs supposés des rapports développement durable, en vérifiant que leur contenu couvre ce qui a vraiment du sens, ce qui importe pour le lecteur. De plus, ils peuvent exprimer des opinions et avis concernant le reporting ou bien le rapport en lui-même, avis qui seront ou non publiés dans le rapport développement durable* » (ORSE, *La prise en compte des parties prenantes dans les processus de reporting développement durable des entreprises*, 2010, p. 25).
[4] Par exemple, Carrefour s'est doté de plusieurs panels thématiques de parties prenantes et Véolia fait appel à un comité de *Critical friends* (A. FREROT (propos recueillis par A. REBERIOUX), « Revoir les droits et les devoirs des parties prenantes », *Revue d'économie financière*, 2018, vol. 130, n°2, p. 21).
[5] V. ORSE, rapport préc., p. 26.

des préoccupations du secteur, afin de donner naissance à une nouvelle ère de leadership pour le groupe »[1].

De la même manière que le groupe Peugeot, le groupe Lafarge semble avoir abandonné cette pratique – en tout cas, il n'en est pas fait mention dans leur dernière déclaration de performance extra-financière. Une hypothèse possible de l'abandon de cette pratique réside peut-être dans la création en 2010 du mécanisme de vérification de la déclaration par un OTI ainsi que par le développement de pratiques volontaires d'assurance raisonnable[2] et de la labellisation RSE[3]. S'il est louable que le contrôle de la déclaration se soit institutionnalisé et professionnalisé, il n'en demeure pas moins qu'il ne peut remplacer un contrôle en bonne et due forme par des parties prenantes qui auront potentiellement un regard plus critique sur la gestion de l'entreprise.

366. **La proposition d'une réforme progressive. –** Il nous semble alors qu'une telle modalité de contrôle du document pourrait être adoptée de manière progressive[4]. Dans un premier temps, les entreprises pourraient être incitées à constituer de tels panels et à solliciter leur avis sur les déclarations de performance extra-financière produites. Ce palier est déjà franchi par un certain nombre de référentiels normatifs privés[5], comme l'AA1000[6]. En revanche, les référentiels publics sont peu loquaces sur la question[7]. Les Lignes directrices de la Commission européenne se contentent de faire vaguement référence au dialogue avec les

---

[1] LAFARGE, *Rapport de développement durable*, 2009, p. 11.
[2] V. *infra* Section 2.
[3] V. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.
[4] En 2012, G. J. Martin notait déjà : « *Malgré les réserves qui précèdent et tout en déplorant que le législateur n'ait pas choisi de forcer la cadence, il est possible d'espérer qu'au fil des ans, des rapports et des avis, la pratique de la vérification se fera progressivement plus exigeante, notamment si les parties prenantes usent de tous les moyens à leur disposition pour exercer leur droit de critique* » (G. J. MARTIN, art. préc., n°38, p. 75).
[5] Plusieurs organismes louent les avantages de la constitution d'un tel panel. V. par exemple ORSE et BL EVOLUTION, *Le dialogue parties prenantes : livret méthodologique n°2. Un comité de parties prenantes repensé et influencé par l'arrivée du comité de mission pour un dialogue renouvelé*, 2021.
[6] ACCOUNTABILITY, *AA1000 Stakeholder Engagement Standard*, 2015. Le Comité 21, association qui regroupe des collectivités territoriales, entreprises, associations, universités et citoyens autour du développement durable, propose également de « *faire contribuer les parties prenantes, internes et externes, au suivi et au reporting sur le processus de dialogue* », par exemple en « *donn*[ant] *directement la voix aux parties prenantes dans son rapport RSE* » (COMITE 21, *Guide méthodologie pour un dialogue constructif avec les parties prenantes*, 2015, pt. 46).
[7] Le rapport Notat-Sénard, qui a été rendu dans l'optique de l'adoption de la loi Pacte (sur laquelle, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1), recommandait pourtant déjà en 2018 d'« *inciter les grandes entreprises à se doter à l'initiative des dirigeants d'un comité de parties prenantes, indépendant du conseil d'administration* » (N. NOTAT et J.-D. SENARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif. Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des Finances du Travail*, 2018, recomm. n°4, p. 9).

parties prenantes sans recommander de pratiques plus concrètes[1]. En définitive, les Lignes directrices promeuvent une relation entre l'entreprise et ses parties prenantes qui est à sens unique : si l'information doit être « *tournée vers les parties prenantes* » en ce qu'elles disposent de « *besoins en information* », leur inclusion dans la stratégie RSE de l'entreprise n'est pas encouragée[2]. Il serait dès lors souhaitable d'inciter les entreprises à faire participer leurs parties prenantes lors de l'élaboration de leur stratégie RSE et notamment dans le cadre de la vérification des informations environnementales et sociales. Dans un second temps, après que la pratique se sera propagée, la loi pourrait institutionnaliser la vérification des données par un panel de parties prenantes[3]. Il ne semble pas que cette mesure serait excessivement coûteuse : en 2018, 28% des entreprises du CAC 40 disposaient déjà d'un comité de parties prenantes externes[4]. Il conviendrait juste d'inciter les entreprises à créer un tel panel le cas échéant, puis de lui attribuer progressivement une mission supplémentaire de vérification du rapport[5].

367. La compétence du vérificateur reste pour l'instant alignée au modèle de l'auditeur financier, ce qui ne favorise pas l'inclusion des intérêts des parties prenantes de l'entreprise. La coloration « financière » de sa compétence se reflète sur l'objet de la vérification de la

---

[1] « […] *les sociétés devraient interagir avec les parties prenantes concernées pour tenter de comprendre au mieux leurs intérêts et leurs inquiétudes* » (COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2017) 4234 final*, 5 juillet 2017, « Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières) », pt. 3.1) ; « *Les sociétés devraient définir les aspects thématiques spécifiques et les informations significatives à inclure dans leurs publications de fidèle, équilibrée et complète, y compris en interagissant avec les parties prenantes concernées* » (*ibid*., pt. 4).

[2] La Commission européenne semble d'ailleurs détenir une vision assez péjorative et conflictuelle de la relation avec les parties prenantes : « [les entreprises] *devraient se concentrer sur les besoins en information des parties prenantes en tant que groupe collectif, plutôt que sur les besoins ou préférences de parties prenantes individuelles, atypiques ou ayant des exigences déraisonnables en matière d'information* » (*ibid.*, pt. 3.5).

[3] Il pourrait être envisagé d'étendre la fonction du comité de mission qui doit être institué en cas d'entreprise à mission. V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

[4] ORSE et DES ENJEUX ET DES HOMMES, *Panorama des acteurs de la transformation*, 2018, p. 57.

[5] Une étude portant sur dix entreprises a en effet mis au jour que si celles-ci disposaient d'un tel comité, elles ne le mobilisaient pas pour vérifier le rapport : « *Parmi les entreprises de notre échantillon (qui rappelons-le, ont été sélectionnées en fonction de critères garantissant un certain niveau d'engagement dans un processus de responsabilité sociale), on trouve une relative homogénéité concernant les pratiques d'implication des parties prenantes dans le processus de reporting. Si la pratique préalable d'identification des parties prenantes (indépendamment du rapport) est bien le fait de toutes les entreprises étudiées ici, plusieurs entreprises consultent déjà leurs parties prenantes quant à la structure du rapport et aux sujets abordés, ainsi qu'aux résultats de l'entreprise* […]. *La pratique identifiée la moins répandue consiste à consulter ses parties prenantes au sujet du rapport publié* » (C. GENDRON et C. ANDRE DE LA PORTE, « La participation des parties prenantes dans la réalisation des rapports de développement durable », *Les cahiers de la CRSDD*, n°3, 2009, p. 26).

déclaration de performance extra-financière, cette dernière empruntant les méthodes de l'audit financier.

Section 2. L'objet restrictif de la vérification des informations

368. L'objet de la vérification des informations environnementales et sociales est restrictif. En effet, cette vérification consiste à contrôler de manière superficielle la conformité de la déclaration à la structure légale du *reporting*. Ce type d'audit, de pure conformité, s'avère insuffisant pour garantir l'objectif de fiabilité des informations environnementales et sociales.

369. Le constat d'un audit de pure conformité (§1) fait apparaître son insuffisance pour garantir la fiabilité de la déclaration de performance extra-financière (§2).

§1. La nature de la vérification : un audit de pure conformité

370. La vérification de la déclaration de performance extra-financière se résume à un audit de pure conformité. Ce constat n'est pas contredit par l'étendue de la mission du commissaire aux comptes qui doit, parallèlement à la vérification de l'OTI et à l'occasion de son contrôle des comptes financiers, effectuer un contrôle superficiel de la déclaration présente dans le rapport de gestion. Si la vérification de l'OTI est plus étendue que cette mission du commissaire aux comptes, elle demeure limitée.

371. Le constat d'un audit de pure conformité doit être effectué tant au regard de l'étendue du contrôle du commissaire aux comptes (A) que de celle de la vérification par l'organisme tiers indépendant (B).

A. L'étendue du contrôle du commissaire aux comptes

372. L'organisme tiers indépendant n'est pas le seul vérificateur à se pencher sur la déclaration de performance extra-financière. La loi prévoit que le commissaire aux comptes, en tant que contrôleur des comptes financiers, joue un certain rôle dans le processus de vérification de la déclaration. Le contrôle du commissaire aux comptes dispose d'un champ strict : celui-ci doit seulement établir une attestation de la présence de la déclaration de performance extra-financière (1) et effectuer une simple revue des autres informations extra-financières (2).

1. L'attestation relative à la déclaration de performance extra-financière

373. **L'attestation du commissaire aux comptes. –** En vertu de l'article L. 823-10, al. 4 du Code de commerce, les commissaires aux comptes des sociétés doivent attester la présence de la déclaration dans le rapport de gestion[1]. La formule est standardisée :

> « *Nous attestons que la déclaration de performance extra-financière prévue par l'article L. 225-102-1 du code de commerce figure dans le rapport de gestion, étant précisé que, conformément aux dispositions de l'article L. 823-10 de ce code, les informations contenues dans cette déclaration n'ont pas fait l'objet de notre part de vérifications de sincérité ou de concordance avec les comptes annuels et doivent faire l'objet d'un rapport par un organisme tiers indépendant* »[2].

A l'instar de l'injonction judiciaire, cette attestation contenue dans le rapport des commissaires aux comptes sur les comptes annuels[3] ne porte que sur l'existence de la déclaration, non sur son contenu[4]. Le législateur prend soin de le préciser en affirmant que « *les informations contenues dans ces déclarations ne font pas l'objet des vérifications prévues aux deux alinéas précédents* »[5], c'est-à-dire les diligences de vérification de l'information financière que doivent mener les commissaires aux comptes lors de la certification des comptes. L'établissement de cette attestation n'est pas l'occasion pour les commissaires aux comptes de vérifier, comme ils le feraient pour l'information financière, ni

---

[1] C'est une exigence de la *Non Financial Reporting Directive*. V. *Dir. 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes*, art. 1er, 1), 5.

[2] CNCC, *Avis technique : intervention du commissaire aux comptes – intervention de l'OTI. Déclaration de performance extra-financière*, 2022, pt. 3.22.1.

[3] Elle est logée plus précisément dans la partie relative aux « vérifications spécifiques » dudit rapport (*id.*, pt. 3.14).

[4] Une norme d'exercice professionnel, homologuée par arrêté, confirme que le commissaire aux comptes doit simplement vérifier « *la présence* » de la déclaration (*NEP-9510*, « Diligences du commissaire aux comptes relatives au rapport de gestion, aux autres documents sur la situation financière et les comptes et aux informations relevant du rapport sur le gouvernement d'entreprise adressés aux membres de l'organe appelé à statuer sur les comptes », pt. 09, homologuée par arrêté, v. C. Com., art. A. 823-29). Au titre de cette attestation de présence, le commissaire aux comptes vérifie la validité de l'exemption de déclaration de performance extra-financière de sociétés contrôlées par une société assujettie au dispositif. Néanmoins, « *il n'a à vérifier ni la publication effective de la Déclaration consolidée au niveau de l'entité contrôlante ni la bonne prise en compte par celle-ci des informations relatives à l'entité exemptée* » (CNCC, *Avis technique* préc., pt. 3.1).

[5] C. Com., art. L. 823-10, al. 4.

« *la conformité* […] *aux règles en vigueur* », ni « *la sincérité et la concordance* », ni encore « *l'exactitude* » des éléments composant la déclaration de performance extra-financière.

374. En revanche, les commissaires aux comptes doivent vérifier la sincérité et la concordance avec les comptes annuels des éventuelles informations à caractère financier (notamment les informations directement extraites des comptes financiers) contenues dans la déclaration de performance extra-financière, dans le cadre de leur revue d'ensemble du rapport de gestion[1]. Ainsi, « *la présentation de l'information environnementale joue donc un rôle considérable* » puisque « *ce n'est qu'à la condition qu'elle soit exprimée en unités monétaires, ou rapprochée des données comptables, que sa sincérité et sa concordance avec les comptes seront vérifiées* »[2].

375. **Une extension de l'attestation de présence fondée sur des normes infra-légales. –** Un avis technique de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes (CNCC) semble aller plus loin que la lettre du texte en invitant les commissaires aux comptes à ne pas se contenter d'attester la présence pure et simple de la déclaration. Selon l'avis technique, la vérification de la présence de la déclaration implique de s'assurer non seulement que la déclaration est présente au sein du rapport de gestion, mais également qu'elle contienne « *les principaux éléments constitutifs* » prévus par le Code de commerce que sont le modèle d'affaires de la société ainsi que la description des principaux risques liés à l'activité de la société, des politiques associées et de leurs résultats[3]. Les commissaires devraient s'assurer ensuite que le socle minimal d'informations environnementales et sociales énumérées à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce soit présent[4]. Devrait également être vérifié le respect des dispositions de l'article R. 225-105-1 du même code, qui concernent la comparaison des données avec celles de l'exercice précédent ainsi que la mention du référentiel normatif éventuellement choisi. L'avis technique retient donc une conception

[1] C. Com., art. L. 823-10 et R. 823-7. V. également *infra*.
[2] A.-S. Epstein poursuit : « *Si les informations sont exprimées sous forme narrative ou à l'aide d'indicateurs physiques, sans être rapprochées des données comptables, elles échappent donc au contrôle des commissaires aux comptes* » (A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut Universitaire Varenne, 2015, n°323, p. 294).
[3] CNCC, *Avis technique* préc., pt. 3.11. Il est également prévu que le commissaire aux comptes vérifie la présence des informations relatives à la taxonomie verte européenne, qui est un système de classification des activités et des produits selon un critère de durabilité. Sur cette taxonomie, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.
[4] Sur ce socle minimal, v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1. En revanche, l'avis technique spécifie bien que les commissaires aux comptes n'ont pas à vérifier la présence des items, dans la mesure où ces derniers ne doivent être renseignés que lorsqu'ils sont pertinents (CNCC, *Avis technique* préc., pt. 3.11).

plutôt extensive de l'attestation de la présence de la déclaration de performance extra-financière. L'élargissement de l'objet de l'attestation aux éléments essentiels de la déclaration et au pointage des informations manifestement incohérentes est plutôt opportun puisque la seule présence d'un document intitulé « déclaration de performance extra-financière » ne prémunit pas contre le risque d'informations fausses ou mensongères.

376. Néanmoins, cette extension par l'avis technique paraît discutable sur le plan juridique, dans la mesure où le législateur a expressément prévu, à l'article L. 823-10, al. 4, l'exclusion de la vérification de la conformité et de la sincérité de la déclaration de performance extra-financière. De même, la NEP-9510, homologuée par arrêté et retranscrite à l'article A. 823-29 du Code de commerce, se contente d'indiquer, qu'« *afin d'attester de l'existence de la déclaration* », le commissaire aux comptes « *vérifie , en application de l'article L. 823-10 alinéa 4 du code de commerce, la présence :*

> *- de la déclaration de performance extra-financière dans le rapport de gestion, ou ;*
>
> *- de la déclaration consolidée de performance extra-financière au sein des informations relatives au groupe données dans le rapport de gestion* ».

Il n'est pas fait état de vérifications supplémentaires des éléments de la déclaration. Au surplus, l'exercice de telles diligences par le commissaire aux comptes serait susceptible de se superposer avec les missions de l'organisme tiers indépendant[1], ce qui justifie selon un auteur la suppression de cette attestation[2]. Dans le cadre de notre terrain de recherche, nous n'avons noté aucun rapport d'un commissaire aux comptes qui relèverait l'absence d'un élément de la déclaration.

377. **Une extension des diligences du commissaire aux comptes fondée sur des normes infra-légales. –** L'avis technique de la CNCC contient une autre précision mais dont la substance provient cette fois directement de la NEP-9510. En effet, cette dernière prévoit, à propos des « *autres informations* » (c'est-à-dire « *celles qui ne sont pas extraites des comptes*

[1] Cette extension n'est-elle pas l'aveu d'une insuffisance quant à l'intensité de la vérification par l'organisme tiers indépendant ? Ou doit-elle être considérée comme une simple mesure préventive ?

[2] « *Il nous semble que ce contrôle de complétude effectué par le commissaire aux comptes en matière de RSE peut disparaître car il existe désormais l'attestation du tiers indépendant. Cette solution permettrait d'alléger le travail des commissaires qui est substantiel* » (N. CUZACQ, « L'audit des informations extra-financières, la promesse de l'aube », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?,* Pedone, 2016, p. 184).

ou qui ne peuvent pas être rapprochées des données ayant servi à l'établissement de ces comptes », autrement dit les données extra-financières) :

> « *Le commissaire aux comptes procède à la lecture des autres informations afin de relever, le cas échéant, celles qui lui apparaîtraient manifestement incohérentes. Il n'a pas à vérifier ces autres informations.*
>
> *Lorsqu'il procède à cette lecture, le commissaire aux comptes exerce son esprit critique en s'appuyant sur sa connaissance de l'entité, de son environnement et des éléments collectés au cours de l'audit et sur les conclusions auxquelles l'ont conduit les contrôles qu'il a menés* »[1].

Ainsi, cette norme oblige le commissaire aux comptes à lire la déclaration de performance extra-financière et à relever toute information manifestement incohérente[2] au regard de l'audit financier qu'il a réalisé et des informations en sa possession. Cette norme pose, autrement dit, une sorte de garde-fou : une personne assermentée – le commissaire aux comptes – est tenue de signaler une information qui lui paraîtrait incohérente.

378. Cette diligence est néanmoins doublement limitée. D'une part, il lui appartient de relever uniquement les informations qui seraient « *manifestement* » incohérentes. D'autre part, comme le relève l'avis technique, « *il n'a pas à vérifier les informations de la Déclaration* »[3] mais a seulement le devoir de signaler les informations qui lui sembleraient peu correspondre avec les données financières qu'il a auditées dans le cadre de sa mission. Par exemple, des mensonges ou omissions concernant « *la politique de lutte contre les discriminations* » de l'article R. 225-105 du Code de commerce ne sont *a priori* pas concernés par cette diligence dans la mesure où une telle catégorie d'information est peu transcriptible en termes financiers. En revanche, l'avis technique donne l'exemple d'un « *plan de licenciement non mentionné dans la Déclaration alors qu'il a été annoncé aux salariés et correctement traité dans les comptes de l'entité* »[4]. Si la NEP-9510 est muette quant à la

---

[1] *NEP-9510*, « Diligences du commissaire aux comptes relatives au rapport de gestion, aux autres documents sur la situation financière et les comptes et aux informations relevant du rapport sur le gouvernement d'entreprise adressés aux membres de l'organe appelé à statuer sur les comptes », pt. 8.
[2] Sur cette notion, v. CNCC, *Note d'information XVIII : Vérifications spécifiques - le commissaire aux comptes et les diligences relatives au rapport de gestion, aux autres documents sur la situation financière et les comptes et aux informations relevant du rapport sur le gouvernement d'entreprise adressés aux membres de l'organe appelé à statuer sur les comptes*, pt. 4.33.3.
[3] CNCC, *Avis technique : intervention du commissaire aux comptes – intervention de l'OTI. Déclaration de performance extra-financière*, 2022, pt. 3.12.
[4] *Id.*, pt. 3.22.3.

procédure à suivre en cas d'information manifestement incohérente, l'avis technique prévoit une procédure en trois temps, qui vont du dialogue avec la direction jusqu'au signalement dans le rapport du commissaire aux comptes[1].

379. Le contrôleur légal des comptes ne doit pas seulement attester de la présence de la déclaration de performance extra-financière. Dans le cadre de sa revue des informations du rapport de gestion, il peut potentiellement contrôler d'autres informations de nature extra-financière.

2. La revue des autres informations extra-financières

380. **L'article L. 22-10-71 du Code de commerce : la revue de certaines informations du rapport sur le gouvernement d'entreprise. –** Outre la déclaration de performance extra-financière, d'autres informations doivent faire l'objet des diligences du commissaire aux comptes. C'est le cas spécialement de certaines informations du rapport sur le gouvernement d'entreprise – celles qui concernent les rémunérations des dirigeants[2] et l'offre publique d'achat ou d'échange[3] notamment, mais non celles qui concernent la politique de diversité – pour lesquelles le commissaire aux comptes présente ses observations dans un rapport[4]. Le contrôleur légal devra vérifier la conformité de ces informations avec les comptes financiers qu'il a contrôlés[5].

381. **L'article L. 823-10 du Code de commerce : la revue de toutes les informations du rapport de gestion. –** Plus généralement, dans le cadre de ses diligences, le commissaire aux comptes doit faire une revue d'ensemble des autres informations contenues dans le rapport de gestion[6]. Or, certaines informations sont liées aux impacts environnementaux ou sociaux de l'entreprise sans être incluses dans la déclaration de performance extra-financière. Les diligences à mettre en œuvre dépendent de la nature des informations. Si les informations intéressent la situation financière et les comptes, le contrôleur légal devra faire état de ses

---

[1] *Id.*, pt. 3.13.
[2] Sur ce point, v. C. Com., art. L. 823-10, al. 2.
[3] C. Com., art. L. 22-10-11.
[4] C. Com., art. L. 22-10-71. Les commissaires aux comptes doivent néanmoins attester de la présence des autres informations.
[5] V. *NEP-9510* préc., pt. 11 et s.
[6] C. Com., art. L. 823-10.

observations sur leur sincérité et leur concordance avec les comptes annuels[1]. Si les informations n'intéressent pas directement la situation financière ou les comptes (il s'agit des « autres informations »), le commissaire aux comptes doit uniquement relever les incohérences manifestes[2].

382. La première catégorie d'informations qui est hors du champ de la déclaration de performance extra-financière mais qui fait l'objet de la revue d'ensemble du commissaire aux comptes concerne le risque climatique. L'article L. 22-10-35, 1° du Code de commerce prévoit que les sociétés cotées doivent formuler dans leur rapport de gestion les « *indications sur les risques financiers liés aux effets du changement climatique et la présentation des mesures que prend l'entreprise pour les réduire en mettant en œuvre une stratégie bas-carbone dans toutes les composantes de son activité* ». S'agissant d'une information sur la situation financière de l'entreprise, le commissaire aux comptes devra vérifier sa sincérité et sa concordance avec les comptes financiers[3].

383. La seconde catégorie d'informations concerne les informations relatives aux installations classées « Seveso » éventuellement exploitées par l'entreprise[4].

384. La troisième catégorie d'information intéresse le plan de vigilance, qui doit être inséré dans le rapport de gestion[5]. Il peut être curieux au premier abord que le législateur n'ait pas prévu, à l'instar de la déclaration de performance extra-financière, une vérification par un tiers indépendant du plan de vigilance. Cela est dû à la philosophie qui sous-tend la vérification de l'information non financière : si l'OTI doit vérifier la conformité de l'intégralité de la déclaration à la loi, il ne doit pas contrôler la sincérité de la description faite par l'entreprise des « *principaux risques* » et des « *politiques appliquées par la société ou*

---

[1] C. Com., art. R. 823-7. V. K. BOUAOUDA et A. ROBERT, « Information environnementale dans le rapport de gestion et les comptes des entreprises », *JCl Environnement et Développement durable*, Fasc. Unique, 13 juil. 2021, n°86.

[2] *NEP-9510* préc., pt. 7 et s.

[3] Les diligences effectuées sont donc bien plus intenses que pour la déclaration de performance extra-financière, qui est un audit de pure conformité. V. *infra* B.

[4] Dans son rapport de gestion, l'entreprise exploitante « - *informe de la politique de prévention du risque d'accident technologique menée par la société ; - rend compte de la capacité de la société à couvrir sa responsabilité civile vis-à-vis des biens et des personnes du fait de l'exploitation de telles installations ; -précise les moyens prévus par la société pour assurer la gestion de l'indemnisation des victimes en cas d'accident technologique engageant sa responsabilité* » (C. Com., art. L. 225-102-2).

[5] C. Com., art. L. 225-102-4.

l'ensemble de sociétés incluant, le cas échéant, les procédures de diligence raisonnable » mais uniquement celle des résultats de ces politiques[1]. Or, le plan de vigilance contient des informations davantage opérationnelles et tournées vers le futur : il n'a pas pour vocation première de contenir des résultats, mais plutôt de prévoir une cartographie des risques et les diligences mises en œuvre par l'entreprise. Ainsi, « *si cette "diligence raisonnable" n'est pas adaptée à un contrôle de sincérité, il est logique que la vigilance raisonnable de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 n'ait pas non plus prévu de mesure de vérification par un tiers indépendant* »[2]. Néanmoins, rien n'empêchait le législateur de prévoir une telle vérification, non pas du plan de vigilance, mais du « *compte-rendu de sa mise en œuvre effective* » dont la rédaction est exigée par l'article L. 225-102-4 du Code de commerce.

385. La dernière catégorie est relative aux autres informations contenues dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise, qui n'intéresse ni les offres au public d'achat ou d'échange ni la rémunération des dirigeants. Toutes ces informations seront examinées par le commissaire aux comptes afin d'en relever, le cas échéant, les incohérences manifestes, voire d'en contrôler la sincérité et la concordance avec les comptes annuels si elles intéressent directement la situation financière ou les comptes de l'entreprise contrôlée.

386. Si le commissaire aux comptes doit effectuer certaines diligences pour contrôler les données extra-financières, qui s'avèrent restreintes, la vérification des subtilités de la déclaration de performance extra-financière est renvoyée au contrôle de l'organisme tiers indépendant, dont l'étendue est également limitée.

B. L'étendue de la vérification par l'organisme tiers indépendant

387. La vérification de la déclaration de performance extra-financière par l'organisme tiers indépendant dispose d'un objet plus élargi, dont l'encadrement est fourni par le Code de commerce (1). Malgré son objet élargi par rapport à la mission du commissaire aux comptes, cette vérification poursuit une simple logique de conformité assortie d'un niveau d'assurance modéré (2).

---

[1] C. Com., art. R. 225-105-2, II, a.

[2] E. MURE, H. PASCAL et P.-L. PERRIN, « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Loi n° 399 du 27 mars 2017 (C. com., art. L. 225-102-4 et L. 225-102-5) », *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 2450, janv. 2022, n°50.

1. L'encadrement de la mission de l'organisme tiers indépendant

388. **La publicité de l'avis de l'organisme tiers indépendant. –** L'article L. 225-102-1 du Code de commerce prévoit que la vérification de la déclaration de performance extra-financière[1] « *donne lieu à un avis qui est transmis aux actionnaires en même temps que le rapport* [de gestion] »[2]. Le législateur n'a pas prévu la transmission de l'avis aux autres parties prenantes par sa publication en ligne, à l'instar de la déclaration de performance extra-financière elle-même[3] ; en pratique néanmoins, les sociétés publient ledit rapport à la suite de la déclaration de performance extra-financière.

389. **L'examen de la conformité de la déclaration.** – L'article L. 225-102-1 du Code de commerce ne contient aucune précision quant à l'objet de la vérification, renvoyant aux articles R. 225-105-2 et A. 225-1 et s. du même code. D'après ces textes, le vérificateur doit établir un rapport contenant un avis dont l'objet est double. Tout d'abord, il doit rendre « *un avis motivé sur la conformité de la déclaration aux dispositions* […] *de l'article R. 225-105* » qui font référence à la structure de la déclaration (le modèle d'affaires et, pour chaque grand thème, l'existence du triptyque risques, politiques, résultats), la matérialité du *reporting* et la liste des items[4]. Dans son avis technique, la CNCC a eu l'occasion de préciser ce qu'impliquait la vérification de la conformité de la déclaration :

---

[1] Les autres informations à caractère environnemental ou social contenues dans d'autres documents, notamment celles relatives à la taxonomie verte, sont exclues du champ de la mission de l'organisme tiers indépendant (CNCC, *Avis technique : intervention du commissaire aux comptes – intervention de l'OTI. Déclaration de performance extra-financière*, 2022, pt. 4.12).

[2] A cet égard, v. D. BARLOW, « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *D.*, 2012, n°22, p. 1502 : « *La formule laisse pour le moins dubitatif dès lors que ce dernier n'est pas, à proprement parler, "transmis à l'assemblée". En application des articles R. 225-83 et R. 225-89 du code de commerce, il est adressé ou mis à la disposition des actionnaires ou associés avant la tenue de l'assemblée générale, afin que ceux-ci puissent en prendre connaissance ; pendant l'assemblée, il fait l'objet d'un exposé de la part du conseil d'administration ou du directoire. Ce point aurait donc mérité quelques précisions. A défaut, la solution la plus logique consiste à annexer le rapport de l'OTI à celui de l'organe d'administration* ».

[3] N. Cuzacq déplore l'absence d'obligation de publication du rapport : « *il est regrettable que le décret du 9 août 2017 n'impose pas la publication en ligne du rapport de l'OTI car il est le complément de la déclaration* » (N. CUZACQ, « Le nouveau visage du reporting extra-financier français », *Rev. Sociétés*, 2018, n°41, p. 347). Cette omission est d'autant plus regrettable que le législateur a prévu la mise à disposition en ligne de l'avis de l'organisme tiers indépendant concernant la vérification des objectifs sociaux et environnementaux des entreprises à mission pendant au moins cinq ans (C. Com., art. R. 210-21, IV).

[4] C. Com., art. R. 225-105-2, II, a).

« *la conformité d'une information avec une règle, un principe, un texte légal ou réglementaire est la correcte application ou reproduction de cette règle, de ce principe ou de ce texte légal ou règlementaire. La conformité suppose une référence à laquelle est mesurée une information, selon le cas, dans tous ses aspects significatifs. Elle ne peut pas être appréciée isolément. La conformité de la Déclaration aux dispositions réglementaires (article R. 225-105 du code de commerce) s'apprécie sur la base des définitions et attentes précisées par le présent avis technique* »[1].

Autrement dit, la conformité de la déclaration devra d'abord être évaluée à l'aune de la loi, des dispositions réglementaires et de la norme technique que constitue cet avis, de tout autre référentiel suivi par l'entreprise ou par le vérificateur lui-même[2]. En pratique, il est observé une conformité totale à l'égard de la doctrine professionnelle de la CNCC, notamment son avis technique, dont les formules standardisées sont reprises au mot près par les organismes tiers indépendants.

390. **La vérification concrète de la conformité de la déclaration. –** Au titre de la conformité de la déclaration, les vérificateurs devront signaler tout élément manquant de la déclaration, notamment toute absence d'information relative aux grands thèmes listés par l'article L. 225-102-1 du Code (engagements sociétaux en faveur du développement durable, lutte contre le gaspillage alimentaire, lutte contre les discriminations, etc.) qui ne serait pas accompagnée de l'explication exigée en vertu de la règle *report or explain*[3]. Pour vérifier la conformité de la déclaration, l'organisme doit « *s'assurer* […] *de la mise en place par la société de processus de collecte visant à l'exhaustivité et à la cohérence des informations*

---

[1] CNCC, *Avis technique* préc., p. 7.

[2] Au titre des référentiels volontaires guidant les vérificateurs, on peut citer AFNOR, *FD X30-024,* « Guide pour la conduite des missions de vérification telles que prévues à l'art. L. 225-102-1 du Code de commerce » ; IAASB, *International Standard on Assurance Engagements (ISAE) 3000 revised, Assurance engagements other than audits or reviews of historical financial information*, 2013, trad. IRE, CNCC et CSOEC, ISAE 3000 (Révisée), *Missions d'assurance autres que les audits et examens limités de l'information financière historique* ; ACCOUNTABILITY, *AA1000 Assurance Standard*, 2008, trad. Deloitte France, *Norme sur les principes d'AccountAbility AA 1000*).

[3] C. Com., art. A. 225-2. Il est également prévu que « *pour donner son avis sur les explications relatives à l'absence de certaines informations* […]*, l'organisme tiers indépendant prend en considération, le cas échéant, les bonnes pratiques professionnelles pouvant être formalisées dans un référentiel sectoriel* » (C. Com., art. A. 225-3, II). Selon N. Cuzacq, « *cette référence à un standard est intéressante car elle peut éviter, à la condition que le référentiel ne soit pas un* flatus vocis*, qu'une entreprise invoque sans raison légitime une spécificité sectorielle* » (N. CUZACQ, « Précisions sur les missions de l'auditeur chargé de la vérification des informations sociales, environnementales et sociétales », *Rev. trav.*, 2013, p. 633).

devant être mentionnées dans la déclaration »[1]. Il s'agit d'une démarche classique de conformité : cette dernière est présumée en présence d'un certain niveau de diligences, en l'occurrence la solidité du processus de traitement des informations environnementales et sociales mis en place par la société.

391. L'article A. 225-3, I du Code de commerce énumère les vérifications à effectuer pour éprouver la stabilité du processus de collecte : elles concernent l'identification des personnes responsables de la collecte des données extra-financières au sein de l'entreprise, l'identification d'éventuelles procédures de contrôle interne et de gestion des risques, l'examen par échantillonnage et vérifications sur site des procédés de collecte, traitement et contrôle des informations mis en place par la société. Cette disposition décline les procédés d'examen par échantillonnage selon la nature des données : « *pour les données chiffrées, les tests incluent, notamment, la réalisation de calculs qui lui permettent de s'assurer de l'efficacité des processus de collecte des informations* » tandis que « *pour les informations qualitatives, telles que des études, des diagnostics ou des exemples de bonnes pratiques, ces tests comprennent, notamment, la consultation des sources documentaires et, si possible, de leurs auteurs* ».

392. **L'examen de la sincérité de la déclaration.** – Cet avis motivé doit également porter sur « *la sincérité des informations fournies en application du 3° du I et du II de l'article R. 225-105* », c'est-à-dire des résultats des politiques mises en œuvre par l'entreprise, incluant éventuellement des indicateurs clés de performance, ainsi que des items[2]. Autrement dit, la véracité – ou plus exactement la sincérité – des informations extra-financières ne concerne que les catégories précises d'informations, souvent chiffrées, que sont les résultats des politiques et les items éventuellement mobilisés, lorsqu'ils sont pertinents, au soutien de cette

---

[1] C. Com., art. A. 225-3, I. Les notions de cohérence et d'exhaustivité « *laissent une marge d'appréciation à l'auditeur* » en ce qu'elles sont « *générales* ». En substance, ce sont « *des indices de la bonne foi de l'entreprise* ». L'exhaustivité renvoie à la complétude des informations en « *interdi*[sant] *la délivrance d'infos partielles. Par exemple, une entreprise ne peut pas présenter le résultat d'un indicateur uniquement concernant les mois qui la valorisent* ». De son côté, la cohérence permettrait d'évaluer la pertinence des indicateurs mobilisés par l'entreprise mais également la cohérence dans le temps des indicateurs choisis, autrement dit la permanence des méthodes utilisées (N. CUZACQ, « L'audit des informations extra-financières, la promesse de l'aube », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. de QUENAUDON (dir.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?*, Pedone, 2016, p. 185 et s.

[2] C. Com., art. R. 225-105-2, II, a).

présentation. L'organisme tiers indépendant n'a pas à évaluer la sincérité des risques décrits par l'entreprise ni celle des politiques présentées.

393. **L'obligation de transparence de l'organisme tiers indépendant. –** L'organisme tiers indépendant « *est lui-même assujetti à une obligation de transparence* » quant au déroulé de sa mission[1]. Le vérificateur doit faire apparaître dans le rapport « *les diligences qu'il a mises en œuvre pour conduire sa mission de vérification* »[2]. Doivent alors être présentés « *la preuve de son accréditation* », « *les travaux accomplis, le périmètre couvert et, pour les données chiffrées, les taux de couverture des informations testées* », « *les moyens mobilisés et le calendrier et la durée de sa mission* », « *le nombre d'entretiens qui ont été conduits* » ainsi que « *le périmètre de ses travaux lorsque la société établit des comptes consolidés* »[3].

394. **La conclusion de l'avis motivé. –** La conclusion de l'avis motivé est modulée en fonction de trois hypothèses : le vérificateur conclut soit en indiquant « *qu'il n'a pas relevé d'anomalie significative de nature à remettre en cause la conformité de la déclaration aux dispositions de l'article R. 225-105 et la sincérité des informations fournies* », soit « *que la conformité de la déclaration ou la sincérité des informations fournies appellent de sa part des réserves, décrites dans son rapport* » ou soit « *qu'il lui est impossible d'exprimer une conclusion sur la déclaration* »[4]. Le législateur prévoit en outre que « *s'il l'estime utile, l'organisme tiers indépendant peut par ailleurs attirer, par des observations, l'attention sur des éléments relatifs aux procédures utilisées ou au contenu de certaines informations, aux fins d'en améliorer la fiabilité* »[5].

395. Un avis technique de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes (CNCC) précise bien que ces observations, ou « *commentaires* », ne présentent pas le caractère de réserves, et ne doivent donc en aucun cas « *constituer de réserves déguisées* »[6]. La CNCC tente d'encadrer la pratique d'un avis motivé positif (absence d'anomalie significative) accompagné de nombreux commentaires. D'abord, la CNCC insiste sur la

---

[1] N. CUZACQ, « Précisions sur les missions de l'auditeur chargé de la vérification des informations sociales, environnementales et sociétales », *Rev. trav.,* 2013, p. 633.
[2] C. Com., art. R. 225-105-2, II, b).
[3] C. Com., art. A. 225-4.
[4] C. Com., art. A. 225-3, II.
[5] C. Com., art. A. 225-3, III.
[6] CNCC, *Avis technique* préc., pt. 4.52.

nécessité de formuler des réserves en cas de nombre important d'observations[1]. Ensuite, la CNCC donne des exemples de commentaires : ces observations portent en particulier sur les limites « *significatives* » de comparabilité et de périmètre retenus par l'entreprise, les limites des processus de collecte et la fiabilité des résultats présentés par l'entreprise, incluant les indicateurs clés de performance[2]. La conclusion de l'avis et les éventuels commentaires sont extrêmement standardisés, la CNCC allant jusqu'à formuler des exemples de commentaires très précis[3]. Les rapports des organismes tiers indépendants ne sont personnalisés qu'à la marge, pour indiquer notamment les taux de couverture retenus pour vérifier les données communiquées par l'entreprise ou pour indiquer les données quantitatives fournies par l'entreprise qui font l'objet de réserves ou observations. Ainsi, les rapports des organismes tiers indépendants sont en tous points similaires, alors même qu'ils sont issus de cabinets d'audit différents, de sorte que « *la standardisation des techniques de contrôle apparaît alors poussée à son paroxysme* »[4].

396. En ce qu'elle permet de vérifier la conformité de l'information à des normes données ainsi que la comparaison des résultats de l'audit entre plusieurs entreprises, la normalisation constitue le prolongement naturel de la nature de la vérification de la déclaration de performance extra-financière, qui consiste davantage en un audit de pure conformité qu'en un contrôle approfondi.

2. Une logique de conformité assortie d'un niveau d'assurance modéré

397. **L'alternative entre les différentes natures d'audit. –** Lorsqu'il a instauré la vérification des informations extra-financières, le législateur disposait d'une alternative. En effet, la vérification des informations extra-financières peut poursuivre deux objectifs différents : « *soit la vérification de la robustesse du système de remontée et de consolidation des informations et de leur exactitude par rapport à des faits précis, soit la pertinence et l'exhaustivité des informations, en fonction des objectifs de l'entreprise ou des parties*

---

[1] *Ibid.*
[2] *Ibid.*
[3] Par exemple, l'organisme pourra relever que « *la présentation des principaux risques ne prend pas en compte les risques spécifiques aux filiales XX, représentant X%* [*du CA / effectifs*] » ou « *aucun indicateur clé de performance n'est présenté pour les politiques relatives (à préciser)* » (*ibid.*).
[4] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°316, p. 416.

prenantes »[1]. Selon la première logique, le contrôle des données environnementales et sociales s'oriente vers une certification de leur conformité pure et simple aux normes qui régissent la déclaration et aux procédures de collecte et de traitement de l'information mises en œuvre par l'entreprise. La seconde logique, promue notamment par la norme AA 1000 Assurance Standard[2], implique une analyse approfondie des informations transmises et de leur pertinence au regard de l'activité de l'entreprise et des attentes de ses parties prenantes, permettant de vérifier la retranscription fidèle de ses enjeux RSE dans son rapport[3]. Dans ce dernier cas, l'équilibre est difficile à trouver car lorsque le vérificateur évalue la pertinence du choix des informations au regard de l'activité de l'entreprise, il ne doit pas pour autant mener un « *audit stratégique* »[4]. Les deux logiques ne sont pas exclusives l'une de l'autre puisque l'objet de la vérification pourrait tout à fait être double.

398. **Une logique de conformité en référence à l'audit financier. –** A la lecture du Code de commerce, il semblerait d'ailleurs au premier abord que les deux logiques soient utilisées, dans la mesure où le vérificateur est tenu de rendre un avis tant sur la conformité de la déclaration que sur la sincérité de certaines informations[5]. Néanmoins, la logique qui sous-

---

[1] M. CAPRON et F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, La Découverte, 2016, p. 111.

[2] Cette norme « *confère une grande importance aux attentes et aux besoins des parties intéressées* […] *; fournit une dimension prospective (alors qu'ISAE 100* [ancienne ISAE 3000] *n'était que rétrospective) sur la capacité de l'entreprise à se fixer des objectifs et mettre en œuvre des politiques, à anticiper sur des contraintes futures dans le domaine de la responsabilité sociale ;* […] *s'appuie essentiellement sur trois principes : matérialité, complétude et réactivité* » (J. IGALENS, « Comment évaluer les rapports de développement durable ? », *Revue française de gestion*, vol. 152, n°5, 2004, p. 159). L'auteur souligne ainsi « *la différence entre une norme d'origine comptable, ISAE 100* [ancienne ISAE 3000], *dont la prétention universelle limite la portée dans le domaine du développement durable et une norme, AA 1000 Assurance Standard, à l'évidence mieux adaptée mais dont l'esprit général est très orienté (comme la norme AA 1000 elle-même) sur la gestion des parties intéressées* » (*id.*, p. 161).

[3] La norme AA 1000 Assurance Standard promeut à cet effet le respect de trois principes : le principe « *fondateur* » d'inclusion, qui implique de collaborer avec les parties prenantes, le principe de matérialité et le principe de réactivité, qui suppose une réaction de l'entreprise face aux attentes et revendications des parties prenantes (ACCOUNTABILITY, *AA1000 Assurance Standard,* 2008, trad. Deloitte France, *Norme sur les principes d'AccountAbility AA 1000*, pt. 2, p. 9 et s.).

[4] « *L'auditeur devra valider les informations sociétales et non pas évaluer la pertinence de la politique de développement durable de l'entreprise. Autrement dit, l'audit légal doit être un audit de conformité et non pas un audit stratégique. Bien entendu, une entreprise pourra décider de réaliser un audit stratégique dans le domaine sociétal par la voie contractuelle mais, dans ce cas, l'auditeur légal devra être distinct de l'auditeur contractuel afin de préserver l'indépendance du premier. Néanmoins, la mission légale ne peut exclure certaines observations d'opportunité. On rappelle que les articles 148-2 et 148-3 du décret du 23 mars 1967* [qui sont les anciennes dispositions du rapport RSE] […], *laissent une latitude substantielle aux entreprises pour choisir les indicateurs. Par conséquent, l'auditeur doit pouvoir critiquer le choix d'un indicateur s'il ne donne pas une image fidèle à la vérité et par conséquent à la réalité de la situation sociétale de l'entreprise* » (N. CUZACQ, « Plaidoyer en faveur d'un audit sociétal légal », *RIDE*, 2008/1, t. XXII, n°13, p. 42).

[5] C. Com., art. R. 225-105-2, II, a).

tend la vérification prévue à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce relève davantage d'une logique de pure conformité. En effet, le dispositif s'est construit en référence à l'audit financier, tant du point de vue institutionnel que méthodologique. Les vérificateurs sont majoritairement des commissaires aux comptes et les diligences employées (tests par échantillonnage notamment) sont empruntées à celles du contrôle financier. On observe ainsi une « *transposition de l'audit financier à la vérification des informations sociétales* » [1].

399. Les vérificateurs des informations extra-financières se fondent alors très souvent sur la norme technique ISAE 3000[2] qui retient une approche de la vérification des données extra-financières proche de celle de l'audit financier[3]. Cette logique de conformité met davantage l'accent sur la vérification de la façon dont sont produites les données que sur les données elles-mêmes. L'audit s'inscrit dans une logique de vérification de la conformité du rapport à des exigences standardisées plutôt que dans un contrôle de la légalité et de la sincérité des informations publiées par les entreprises. Dès lors, les entreprises cherchent davantage à rendre les informations financières ou non financières « auditables » plutôt qu'à diffuser les informations pertinentes pour les lecteurs des rapports[4]. De ce fait, l'entreprise n'est pas évaluée à l'aune de sa performance environnementale et sociale mais à celle de sa capacité à produire une déclaration conforme aux normes d'audit[5]. Ainsi, la loi permet aux entreprises d'exercer « *un art de montrer tout en cachant* »[1].

---

[1] C. GILLET, « Les comptes rendus d'assurance contenus dans les rapports de développement durable : Une analyse des pratiques des entreprises françaises », *Management & Avenir*, vol. 36, 2010, p. 36 et s. Les deux processus comportent les mêmes étapes : planification de la mission avec la direction, processus de vérification issues des pratiques de l'audit financier (tests par sondage et entretiens avec les personnes en charge de la production des informations). Sur ce constat, v. également J. IGALENS, art. préc., p. 158.

[2] IAASB, *International Standard on Assurance Engagements (ISAE) 3000 revised, Assurance engagements other than audits or reviews of historical financial information*, 2013, trad. IRE, CNCC et CSOEC, *ISAE 3000 (Révisée), Missions d'assurance autres que les audits et examens limités de l'information financière historique*.

[3] Sur ce constat, v. M. CAPRON et F. QUAIREL-LANOIZELEE, *op. cit.,* p. 112. Ainsi, l'avis technique de la CNCC se réfère à cette norme privée (v. notamment CNCC, *Avis technique* préc., pt. 4 et p. 8). Cette approche fondée sur l'audit financier s'explique par l'origine de la norme ISAE 3000 qui est issue de l'IAASB, entité créée par l'IFAC (Fédération Internationale des Comptables).

[4] « *The hunch behind The Audit Society is that the design of accounting reports, and of the performance measures by which organizations can be judged, is greatly influenced by the imperative of "making them auditable", and that this has much to do with agendas for control of these organizations. It follows that many audit processes are not neutral acts of verification but actively shape the design and interprÉtation of "auditable performance"* » (M. POWER, « The Audit Society – Second thoughts », *International Journal of Auditing*, vol. 4, issue 1, 2003, p. 114).

[5] « […] *l'appel à la multidisciplinarité tend à considérer chacune des disciplines comme discrète et réductible à une échelle de mesure construite selon des critères (ou des metacritères) communs. L'expertise technique passe*

400. **Une logique de conformité confortée par l'étude empirique des rapports. –** L'étude des rapports des organismes tiers indépendants des sociétés du CAC 40 confirme l'inscription de la vérification de la déclaration dans une logique financière. En 2019, sur les trente-six sociétés cotées au CAC 40 de notre terrain[2], l'intégralité a obtenu un avis favorable de la part de l'organisme tiers indépendant, aucune anomalie significative n'ayant été relevée. Un tiers d'entre elles a fait l'objet de commentaires formulés par le vérificateur après sa conclusion favorable. Les commentaires, qui ne présentent donc pas le caractère de réserves, portent majoritairement sur les indicateurs clés de performance, donc sur des chiffres : le cas typique est le constat d'un périmètre restreint retenu par l'entreprise pour calculer un indicateur clé de performance[3] ou d'une différence de calculs selon les établissements et filiales nuisant à la comparabilité des informations[4]. Il peut également s'agir de relever le manque d'exhaustivité des données prises en compte dans le calcul d'un indicateur clé de performance[5]. D'autres commentaires portent plus exceptionnellement sur la conformité de la déclaration aux dispositions légales : le vérificateur peut relever l'absence de « *politique formalisée* » concernant un risque[6] ou l'absence d'indicateur clé de performance en relation

---

alors au second plan par rapport à l'expertise sur le choix de critères, la construction d'échelles (cf. SustainAbility*), la construction de plans d'échantillonnage, la rédaction de "papiers intermédiaires"* (working papers) *et bien sûr la rédaction de l'avis conclusif. Ainsi se crée une expertise nouvelle dans un domaine nouveau, la vérification du rapport de développement durable* » (J. IGALENS, « Comment évaluer les rapports de développement durable ? », *Revue française de gestion*, vol. 152, n°5, 2004, p. 159).

[1] M. CAPRON, « Les normes comptables internationales, instrument du capitalisme financier », *Management et Sciences* sociales, 2006, n°2, p. 120. Sur la transposition de cette formule à la vérification des données extra-financières, v. A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut Universitaire Varenne, 2015, n°346, p. 313.

[2] Sur la délimitation de ce terrain, v. *supra* introduction.

[3] V. par exemple RENAULT, *Document de référence*, déposé le 15 avril 2019, p. 244 : l'organisme souligne l'absence de prise en compte de certaines filiales par la société ; CARREFOUR, *Document de référence*, déposé le 29 avril 2019, p. 113 : « *le périmètre de publication des indicateurs "nombre d'heures de formation", "taux de fréquence et taux de gravité des accidents du travail" et "taux d'absentéisme" n'inclut pas les données de Carrefour Chine Hypermarchés et représente 9% de l'effectif* ».

[4] V. par exemple SCHNEIDER ELECTRIC, *Document de référence*, déposé le 15 mars 2019, p. 183 : « *Les sites ont des compréhensions différentes de la méthode de calcul de l'indicateur environnement "Effectifs globaux", ce qui affecte significativement l'homogénéité des données reportées, mais n'affecte pas la lecture des évolutions d'année en année. Les indicateurs suivants sont impactés : "Déchets totaux produits / effectif", "Consommation d'eau /* effectif", "*COV / effectif", "Consommations d'énergie / effectif" et "CO2 liés aux consommations d'énergie / effectif"* ».

[5] « *Pour le calcul des indicateurs relatifs aux déchets, malgré la poursuite de la démarche d'identification et de collecte des informations sur certaines filières locales encore peu matures, les données relatives à OMEA et la Belgique peuvent encore gagner en exhaustivité* » (ORANGE, *Document de référence*, déposé le 21 mars 2019, p. 317).

[6] « *En matière d'économie circulaire, les actions de Bouygues Construction ne sont pas structurées par une politique formalisée* » (BOUYGUES, *Document de référence*, déposé le 20 mars 2019).

avec un risque identifié[1]. Dans ces derniers cas, il est possible de se demander si les commentaires n'auraient pu faire l'objet de véritables réserves. Globalement, il faut constater que les vérificateurs ne se risquent pas à formuler des réserves ou observations sur les informations qualitatives, qui sont pourtant davantage sujettes à des exagérations ou mensonges, et se concentrent principalement sur la vérification des données chiffrées.

401. **Un niveau d'assurance modéré. –** Si la vérification des informations extra-financières emprunte à l'audit financier sa logique de conformité, il est une différence entre les deux audits qui influe sur l'intensité du contrôle. Cette intensité dépend du niveau d'assurance adopté par le vérificateur, c'est-à-dire « *la part de confiance ou de certitude qu'un professionnel indépendant fournit aux parties intéressées par ce dire* »[2]. La certification des comptes financiers dispose d'un niveau d'assurance dit « raisonnable », c'est-à-dire une « *assurance élevée, mais non absolue* […] *que les comptes, pris dans leur ensemble, ne comportent pas d'anomalies significatives* »[3].

402. Au contraire, l'avis technique de la CNCC affirme que « *bien que les textes ne définissent pas le niveau d'assurance de l'avis motivé de l'OTI, la formulation négative utilisée au II de l'article A. 225-3 du code de commerce pour exprimer la conclusion de l'OTI correspond à une conclusion d'assurance modérée, telle que définie dans l'ISAE 3000* »[4]. Or, le niveau d'assurance « modéré » ou « limité » est par définition moins étendu que le niveau d'assurance raisonnable[5], le taux de couverture de l'audit étant par exemple moins élevé[6]. A cet égard, la conclusion d'un audit financier qui aboutit à une certification sans réserve est formulée de manière positive (« *nous certifions que les comptes annuels sont* […] *réguliers et*

---

[1] « *Aucun indicateur clé de performance n'a été présenté sur le risque en lien avec l'Ethique des affaires* » (ESSILORLUXOTTICA, *Document de référence*, déposé le 9 avril 2019, p. 306).
[2] J. IGALENS, art. préc., p. 153.
[3] *NEP-200*, « Principes applicables à l'audit des comptes mis en œuvre dans le cadre de la certification des comptes », pt. 7, homologuée par arrêté, v. C. Com., art. A. 823-2.
[4] CNCC, *Avis technique* préc., pt. 4.13.
[5] « *Comme le niveau d'assurance obtenu d'une mission d'assurance limitée est moins élevé que celui qui découle d'une mission d'assurance raisonnable, les procédures que le professionnel met en œuvre lorsqu'il réalise une mission d'assurance limitée sont de nature différente et d'étendue moindre que celles mises en œuvre lors d'une mission d'assurance raisonnable* » (IAASB, *International Standard on Assurance Engagements (ISAE) 3000 revised* préc., pt. A3, p. 27).
[6] « *Le taux de couverture généralement attendu pour exprimer une conclusion d'assurance modérée est de l'ordre de 20% sur les informations considérées importantes. Ce taux est à moduler en fonction de l'activité, l'organisation et le profil de risque de l'entité et du jugement professionnel* » (CNCC, *Avis technique* préc., pt. 4.13).

sincères […] »[1]) tandis que la vérification des informations extra-financières, si elle est sans réserve, est libellée de manière négative : « *il n'a pas* [été] *relevé d'anomalie significative de nature à remettre en cause la conformité de la déclaration aux dispositions de l'article R. 225-105 et la sincérité des informations fournies* »[2]. Ainsi, l'intensité de la vérification des données extra-financières est entravée par la superficialité du contrôle de l'organisme tiers indépendant qui doit seulement relever les erreurs grossières.

403. De plus, ce niveau d'assurance implique que le vérificateur sélectionne les informations qu'il doit contrôler : l'ISAE 3000 prévoit que pour une assurance limitée, le contrôleur doit, avant d'appliquer ses procédures de vérification, « *identifier les domaines dans lesquels une anomalie significative de l'information, objet de la mission, est probable* » contrairement à l'assurance raisonnable pour laquelle le contrôleur doit évaluer lui-même les risques d'anomalies significatives[3]. L'avis technique de la CNCC prévoit ainsi que l'organisme tiers doit mettre en œuvre ses procédures de vérification uniquement concernant les indicateurs clés de performance et autres résultats qu'il « *a considérés les plus importants* »[4]. En définitive, si la vérification de l'information extra-financière se rapproche du contrôle légal des comptes en ce qu'elle relève d'une logique de conformité, elle s'en éloigne quant au niveau d'assurance mis en œuvre par le vérificateur[5].

404. **L'approche progressive de la CSRD. –** La *Corporate Sustainability Reporting Directive* adopte une démarche progressive quant au niveau d'assurance de la vérification de l'information en matière de durabilité. En effet, elle prévoit pour l'instant un niveau d'assurance modéré. Ainsi, l'avis du vérificateur doit seulement porter :

---

[1] *NEP-700*, « Rapports du commissaire aux comptes sur les comptes annuels et consolidés », pt. 6, homologuée par arrêté, v. C. Com., art. A. 823-26.

[2] C. Com., art. A. 225-3, II. D'ailleurs, l'examen des comptes intermédiaires par le commissaire aux comptes, qui relève d'un niveau d'assurance limité, doit être conclu de la même manière : le contrôleur affirme, le cas échéant, qu'il « *n'a pas relevé d'anomalies significatives* » (*NEP-2410*, « Examen limité de comptes intermédiaires en application de dispositions légales ou réglementaires », pt. 10, homologuée par arrêté, v. C. Com., art. A. 823-28).

[3] IAASB, *International Standard on Assurance Engagements (ISAE) 3000 revised* préc., pt. 48, p. 17.

[4] CNCC, *Avis technique* préc., pt. 1.3. La CNCC précise que les informations importantes sont celles « *jugées importantes par l'organisme tiers indépendant en fonction de l'activité, l'organisation et le profil de risque de l'entité* » (*id*., p. 8). En pratique, les organismes tiers indépendants annexent en fin de rapport la liste des informations considérées comme étant les plus importantes sur la base desquelles ils ont réalisé leurs diligences.

[5] Cette différence s'explique sans doute par la différence qui entoure l'essor de ces deux types d'audit. L'audit financier est né en réaction aux divers scandales financiers qui ont fait apparaître la nécessité de contrôler les comptes établis par les dirigeants d'entreprises. V. M. POWER, *La société de l'audit. L'obsession du contrôle*, La Découverte, 1997, éd. 2005, p. 75 et s.

> « *sur la conformité de l'information en matière de durabilité avec les normes d'information en matière de durabilité de l'Union, sur le processus mis en œuvre par l'entreprise pour déterminer les informations publiées conformément aux normes d'information en matière de durabilité et sur le respect de l'obligation de baliser l'information en matière de durabilité* »[1].

Toutefois, l'Union européenne prévoit le passage à un niveau d'assurance raisonnable en 2028. Dans l'intervalle, les institutions européennes ont prévu d'établir des normes qui permettront de fournir des précisions quant à la mise en œuvre de ce niveau d'assurance en matière de *reporting* durable. Ce système en deux temps est justifié par la nécessité d'un « *développement progressif du marché de l'assurance* », de « *l'amélioration des pratiques des entreprises* » ainsi que d'une « *augmentation progressive des coûts pour les entreprises déclarantes* »[2]. Cette approche progressive est néanmoins conditionnée au résultat d'« *une évaluation visant à déterminer si l'assurance raisonnable est possible pour les contrôleurs des comptes et les entreprises* »[3]. Autrement dit, la directive fixe seulement un horizon – l'année 2028 – à l'issue duquel l'augmentation du niveau d'assurance pourra être envisagé, à la condition que les entreprises et les contrôleurs des comptes soient préparés à une telle réforme[4].

405. Le fait que la vérification de la déclaration de performance extra-financière consiste essentiellement en un audit de pure conformité donne matière à critique au regard de ses insuffisances pour garantir la fiabilité des informations communiquées.

---

[1] *Dir. 2022/2464* préc., cons. 60. L'obligation de balisage renvoie à l'exigence de fournir la déclaration au format électronique unique européen (*European Single Electronic Format* ou ESEF).
[2] *Ibid.*
[3] *Ibid.*
[4] Cette décision de l'Union a été critiquée comme étant peu ambitieuse (v. D. MONCIARDINI et J. MÄHÖNEN, « Goodbye, non-financial reporting ! A first look at the UE proposal for corporate sustainibility reporting », *University of Oslo, The faculty of Law*, 26 avr. 2021, [https://www.jus.uio.no/english/research/areas/sustainabilitylaw/blog/companies-markets-and-sustainability/2021/goodbye-non-financial-reporting--monciardini-mahonen.html]).

§2. Les défaillances de la vérification : les insuffisances d'un audit de pure conformité

406. En raison de la logique de conformité qu'elle porte, la vérification des informations environnementales et sociales dispose d'une efficacité restreinte (A). Des solutions sont envisageables pour renforcer la vérification (B).

A. L'efficacité restreinte de la vérification des informations

407. **L'importance de l'efficacité de la vérification. –** La mise en place d'une vérification trouve sa raison d'être dans une volonté de contrôle des informations environnementales et sociales apportées par l'entreprise, dont la frontière avec la communication et les techniques de *marketing* est par nature assez poreuse :

> « *Cette information non financière se révèle* […] *particulièrement difficile à gérer* […] *en raison de la variété des modes de publication et de communication et du style de ces rapports qui s'étendent souvent longuement et complaisamment sur des informations vagues, disparates, présentées selon des logiques variables et changeantes. Cette masse énorme de données confuses et sujettes à caution crée naturellement un espace pour l'intervention d'intermédiaires, dont la fonction consistera à rendre ces informations utilisables pour leurs destinataires* »[1].

L'efficacité de la vérification s'évalue à l'aune de l'objectif qui lui est assigné[2], en l'occurrence celui de garantir la confiance des parties prenantes dans le *reporting* environnemental et social, d'autant plus au regard de l'asymétrie informationnelle qu'elles

---

[1] B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », *in* T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN [et al.] (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation,* Bruylant, 2007, p. 28. V. également N. CUZACQ, « Plaidoyer en faveur d'un audit sociétal légal », *RIDE*, 2008/1, t. XXII, n°5, p. 34 : « *La nervure rhapsodique de ce document illustre son insuffisante neutralité. Au surplus, la précision de l'information n'est pas satisfaisante car le rapport contient quelquefois des impressions et non pas des informations. Cette carence de neutralité et de précision de l'information justifie à elle seule l'impérieuse nécessité d'un audit sociétal légal source d'objectivité* ».

[2] L'efficacité « *conduit à s'interroger sur la pertinence du moyen choisi par le législateur en vue d'atteindre l'objectif visé* » (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit,* Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 331).

subissent par rapport aux entreprises productrices du rapport[1]. La revendication d'un contrôle externe provient de l'idée selon laquelle un contrôle simplement interne ne suffirait pas à garantir la fiabilité de l'information, car « *l'assimilation du contrôleur et du contrôlé soulève un problème de crédibilité difficilement remédiable en soi* »[2]. La vérification des informations environnementales et sociales intervient donc pour garantir – au moins en théorie – une information crédible[3]. Il a effectivement été démontré que l'attestation d'une assurance dans les rapports RSE influence positivement la confiance accordée par les parties prenantes dans le rapport[4]. En ce qu'elle permet d'encadrer la manifestation d'une défaillance du marché que représenterait une asymétrie d'information, la vérification permet de juridiciser la RSE, initialement conçue comme une intégration volontaire des enjeux sociaux et environnementaux : « *nous sommes typiquement dans l'une de ces hypothèses où l'effectivité du droit* (*ici du droit à l'information de l'investisseur*) *implique un "soutien" de la loi et/ou du règlement* »[5].

---

[1] « *L'économie (classique) a longtemps considéré que le marché était un point de rencontre naturel entre une offre et une demande de produits homogènes. Idéalement, le modèle postule que les offreurs et les demandeurs sont parfaitement informés des caractéristiques des produits qu'ils échangent. Mais on sait depuis longtemps que de nombreux offreurs misent sur une différenciation de leurs produits, que tous les produits ne se vendent pas dans les bourses mondiales et que sur la plupart des marchés, offreurs et demandeurs ne disposent pas du même niveau d'information. Puisque les marchés ne peuvent assurer une bonne coordination entre offreurs et demandeurs, la mise en œuvre de dispositifs permettant d'améliorer l'information sur la qualité des produits est nécessaire* » (P. MUNDLER et S. BELLON, « Les Systèmes participatifs de garantie : une alternative à la certification par organismes tiers ? », *Pour*, vol. 212, n°5, 2011, p. 57). Sur la nécessité de corriger l'asymétrie d'information, v. notamment G. AKERLOF, « The market for "lemons" : quality uncertainty and the market mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, vol. LXXXIV, n° 3, 1970, p. 488 ; P. GILLES, « Incertitude, risque et asymétrie d'information sur les marchés financiers », *Revue française d'économie*, vol. 7, n°2, 1992. p. 53.

[2] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°254, p. 346.

[3] La qualité d'un audit est définie à l'aune de « *la probabilité que l'auditeur découvre une infraction dans le système comptable du client et qu'il la signale* » (L. E. DEANGELO, « Auditor size and audit quality », *Journal of Accounting and Economics*, vol. 3, n°3, 1981, p. 186).

[4] Une étude conclut : « *The results of this study provide strong support that the provision of an assurance statement with a sustainability report engenders greater credibility in the report than when no such assurance is provided. In particular, the perceived credibility of the quantitative (figures) and non-quantitative information (statements) and the overall reliability of environmental and social information provided is perceived to be higher when assurance is provided* » (K. HODGE, N. SUBRAMANIAM et J. STEWART, « Assurance of Sustainability Reports : Impact on Report Users' Confidence and Perceptions of Information Credibility », *Australian Accounting Review*, 2009, vol. 19, issue 3, p. 188).

[5] G. J. MARTIN, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Rev. Sociétés*, 2011, n°33, p. 75. G. J. Martin ajoute, à propos des opposants à la vérification par un tiers indépendant : « *L'objection consistant à soutenir que le marché saurait faire le tri n'était évidemment pas sérieuse même si l'on croit - ce qui n'est pas notre cas - au caractère rationnel et quasi mécanique des réactions des parties prenantes, ces réactions ne peuvent être espérées dans une situation d'asymétrie d'information aussi marquée ; dans la plupart des hypothèses, l'investisseur (par exemple) est tenu de faire confiance à l'émetteur car il n'est pas en mesure de vérifier la pertinence des informations qui*

408. En outre, la vérification remplit son objectif si, redoutant une conclusion désavantageuse, les entreprises apportent un soin particulier à l'établissement de la déclaration de performance extra-financière, soucieuses de l'impact du rapport du vérificateur sur leur réputation. Au contraire, si la vérification est superficielle, l'efficacité des dispositions législatives en sera amoindrie, puisque la menace d'un rapport défavorable de l'organisme tiers indépendant ne pèsera pas sur les entreprises.

409. **Un outil de légitimation. –** En ce sens, l'avis de l'organisme tiers indépendant semble appartenir à la catégorie d'« *avis-légitimation* » dégagée par J. Raynard, qui a observé la prolifération de ce type d'avis « *dans les secteurs où le politique est en faillite : c'est ainsi de la morale, aussi de l'éthique* », et notamment de l'éthique des affaires[1]. Pour gérer « *certaines questions de société jugées sensibles* », « *le décideur en mal de légitimité va recourir à une procédure d'avis auprès d'une autorité jugée, par tous, irréprochable, mais constituée à cette fin* »[2]. Ainsi, la vérification des informations non financières participe de la légitimité du devoir de transparence environnementale et sociale des entreprises, de la même manière que les mécanismes de contrôle des gouvernants dans un État de droit renforcent leur légitimité[3].

410. **La confrontation de la théorie à la pratique. –** Pour autant, l'étude des rapports des organismes tiers indépendants des sociétés du CAC 40 fait apparaître une efficacité toute relative du dispositif. Certes, l'instauration de cette vérification externe, en élevant la

---

lui sont transmises ». La vérification des informations n'est contestée que par une branche du libéralisme : « *La doctrine libérale admet la légitimité des mesures étatiques lorsqu'elles visent à permettre le bon fonctionnement du marché. C'est le cas en l'espèce car l'audit sociétal favorise le respect du principe de transparence qui est l'une des conditions de la loi de l'offre et de la demande* » (N. CUZACQ, « Plaidoyer en faveur d'un audit sociétal légal », *RIDE*, 2008/1, t. XXII, n°2, p. 29).

[1] J. RAYNARD, « Domaines et thèmes des avis », *in* T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 31 et s.

[2] *Ibid.* J. Raynard précise néanmoins : « *Ici, l'avis est vraiment celui d'un juge* ». Il nous semble que l'observation vaut également pour cet organe non judiciaire qu'est l'organisme tiers indépendant.

[3] « […] *L'État de droit classique, pyramidal et légaliste, a* […] *multiplié les contrôles de conformité portant sur le respect de l'ordonnancement normatif hiérarchisé par l'ensemble des autorités juridiques. Contrôles de constitutionnalité, de légalité et de conventionnalité ont longtemps représenté les seuls tests officiels de validité des règles, confirmant l'impression que la validité se ramenait à la seule légalité formelle* » (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.,* p. 327). La vérification de l'information environnementale et sociale, qui est une forme de contrôle de la déclaration de performance extra-financière par rapport à la loi, permet d'accroître la légitimité formelle de la déclaration.

« *garantie normative* »[1] de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, a contribué à renforcer le respect des dispositions du Code de commerce. En 2004 – à une époque où le *reporting* non financier était prévu mais sans dispositif de contrôle – le bilan d'application de la loi NRE notait que seules « *dix-huit des quarante entreprises* [du CAC 40] *communiquent clairement sur les moyens mis en œuvre, c'est-à-dire de manière détaillée, précise et synthétique* »[2]. Aujourd'hui, l'absence de précision sur les politiques mises en œuvre par les entreprises du CAC 40 est rare. Néanmoins, l'étude des déclarations de performance extra-financière publiées par les entreprises montre les limites de la vérification déployée comme un audit de pure conformité. En effet, la vérification semble se résumer à une simple approche de *box-ticking* (« cocher une case »).

411. L'absence de commentaires de l'organisme tiers indépendant est parfois surprenante au regard des déclarations de performance extra-financière de certaines entreprises, qui peuvent apparaître comme non conformes au Code de commerce. Par exemple, en 2019, la déclaration d'une entreprise cotée au CAC 40 du secteur de l'aéronautique, dont le rapport du vérificateur ne contient aucun commentaire, paraît pourtant lacunaire sur certains points. Les informations relatives à la lutte contre le changement climatique communiquées par cette entreprise du secteur aéronautique, qui ne dépassent pas l'équivalent d'une page, ne semblent pas à la hauteur de l'impact en termes d'émissions de gaz à effet de serre du secteur. Pourtant, l'article R. 225-105 du Code de commerce précise que doivent être renseignés, lorsqu'ils sont pertinents, « *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* ». Or, cette société fournit des équipements nécessaires à la conception de matériels aéronautiques, qui, lors de leur utilisation par ses clients, rejetteront une quantité considérable de gaz à effet de serre. L'information lacunaire produite par l'entreprise ne paraît donc pas conforme aux

[1] La « *garantie normative* » est l'un des trois pôles de la force normative, concept élaboré par C. Thibierge, et renvoie à la « *garantie du respect et de la validité de la norme (offerte) par le système juridique* » (C. THIBIERGE, « Conclusion : Le concept de "force normative" », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 823).

[2] EPE, OREE et ORSE, *Rapport de mission remis au gouvernement, Bilan critique de l'application par les entreprises de l'article 116 de la loi NRE*, 2004, p. 25. Sur ce constat, v. également AMF, recomm. n°2010-13 : *Rapport sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale et environnementale*, 2010, pt. 3.2.3, p. 25.

dispositions réglementaires[1] ; pour autant, l'organisme tiers indépendant ne relève pas d'anomalie significative et ne formule pas de commentaire[2].

412. Par ailleurs, la même année, une autre société ne justifie pas l'exclusion de certains thèmes de sa déclaration (respect du bien-être animal, lutte contre la précarité alimentaire et engagements en faveur d'une alimentation responsable, équitable et durable), comme elle devrait le faire en vertu de la règle *report or explain*[3]. L'organisme tiers indépendant est muet quant à cette non-conformité dans son rapport : il conclut à l'absence d'anomalie significative et ne formule ni réserve, ni commentaire[4]. Des rapports des organismes tiers indépendants, c'est une « *impression de neutralité, de tiédeur* » qui ressort, « *ce qui semble paradoxal puisqu'il est précisément question de transparence* »[5]. Pour ces raisons, le contrôle des informations extra-financières a pu être qualifié de « *vérification "molle"* »[6].

413. **La logique de conformité comme cause de l'inefficacité. –** La logique de pure conformité ne garantit pas la pleine efficacité de la vérification des informations environnementales et sociales[7]. Le risque inhérent à la rationalisation de la vérification de ce type d'informations sur le modèle de l'audit financier est d'extraire la déclaration de performance extra-financière de sa nature discursive. Ainsi, « *le parallèle tissé* [par le Code de commerce entre l'audit financier et extra-financier] *est trompeur* »[8]. Le fait qu'il s'agisse d'un niveau d'assurance limité n'est pas sans aggraver la critique : si des dissimulations importantes peuvent être relevées, de légères omissions ou des discours enjolivant les résultats de l'entreprise ne paraissent pas répondre à la qualification d'anomalie significative et ne pourraient donc être mis en exergue dans l'avis du vérificateur[9]. Il est vrai qu'en tout

---

[1] En comparaison, deux sociétés cotées au CAC 40 du secteur automobile traitent suffisamment de l'impact climatique des voitures fabriquées une fois qu'elles seront utilisées par leurs clients. V. RENAULT, *Document de référence*, déposé le 15 avril 2019 et PSA, *Document de référence,* déposé le 26 mars 2019.
[2] SAFRAN, *Document de référence*, déposé le 29 mars 2019, p. 246.
[3] Sur cette règle, v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.
[4] SAINT-GOBAIN, *Document de référence*, déposé le 15 mars 2019, p. 332.
[5] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°317, p. 418.
[6] G. J. MARTIN, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Rev. Sociétés*, 2011, n°36, p. 75.
[7] Sur cette critique, v. également M. LAROUER, *op. cit.,* n°317, p. 417.
[8] A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut Universitaire Varenne, 2015, n°337, p. 306.
[9] La CNCC définit l'anomalie significative comme une « *anomalie en raison d'erreurs, de fraude ou de défaillance dans le processus de reporting de l'entité, d'une importance telle que, seule ou cumulée avec d'autres, elle peut influencer la compréhension par l'utilisateur de la manière dont l'entité prend en compte les*

état de cause, la vérification des informations qualitatives semble délicate puisque contrairement aux données chiffrées qui peuvent être recalculées et comparées, elles laissent une place plus importante à la subjectivité[1]. Cependant, même pour les données quantitatives, la sélection des informations considérées comme « les plus importantes » par le vérificateur ainsi que la technique de tests par sondages amoindrissent l'efficacité de la vérification en ce qu'elles compromettent son exhaustivité, ce qui accentue le risque de ne pas découvrir d'éventuelles dissimulations[2]. L'inefficacité de la vérification est exacerbée par le fait qu'elle est « *autoréférentielle* »[3] : la vérification de l'information produite par l'entreprise est effectuée à l'aune d'un référentiel également produit par l'entreprise. Or, l'entreprise n'a pas l'obligation de diffuser le contenu de son référentiel : « *la loi laisse ainsi aux entreprises la liberté de verrouiller, par d'habiles alliages entre transparence et opacité, l'accès aux conditions de fabrication, et donc de mise à l'épreuve, de l'information* »[4].

414. Le rapport « de Cambourg » a alors conclu qu'« *à ce jour, la "donnée extra financière" ne bénéficie pas d'un bon niveau d'assurance* »[5]. L'objet réel de la vérification ne devrait donc pas être dévoyé au profit d'une vision idéalisée de ses objectifs : en l'état actuel,

---

conséquences sociales et environnementales de son activité, ainsi que, le cas échéant [pour les sociétés cotées], *les effets de cette activité quant au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption et l'évasion fiscale. L'anomalie significative correspond à la notion d'importance relative dans la norme ISO 17029* » (CNCC, *Avis technique : intervention du commissaire aux comptes – intervention de l'OTI. Déclaration de performance extra-financière*, 2022, p. 6).

[1] « […] *les rapports de développement durable contiennent souvent les témoignages de certaines parties prenantes. Or un témoignage est par nature personnel et donc au moins partiellement subjectif. Dans ce cas, le contrôle de l'auditeur est limité car il peut seulement traquer les erreurs significatives* [l'auteur précise en note de bas de page : Par exemple, si le témoin cite un chiffre erroné]. *Par contre, l'auditeur pourra mentionner dans son rapport l'absence de diversité des témoignages choisis par l'entreprise. Par exemple, les avis des représentants des salariés sont trop souvent absents dans les rapports de développement durable* » (N. CUZACQ, « Plaidoyer en faveur d'un audit sociétal légal », *RIDE*, 2008/1, t. XXII, n°13, p. 43). Sur le constat d'une difficulté d'auditer les informations qualitatives, v. également P. DE CAMBOURG, *Garantir la pertinence et la qualité de l'information extra-financière des entreprises : une ambition et un atout pour une Europe durable. Rapport présenté au Ministre de l'Économie et des Finances*, 2019, p. 170. Ce constat constitue un argument en faveur de la modification de la nature de l'organisme tiers indépendant, qui pourrait être un panel de parties prenantes davantage légitime à se prononcer sur la sincérité des informations qualitatives par rapport aux politiques et résultats de l'entreprise. V. *supra* Section 1, §2, B.

[2] De plus, les informations quantitatives ne présentent pas le même degré d'« auditabilité ». Les informations « *quasi-comptables* » qui ont une expression monétaire et les « *informations de gestion* », qui n'ont pas d'expression monétaire mais qui sont facilement vérifiables (telles que des effectifs, des heures, des mètres cubes, etc.) sont plus facilement auditables que les « *informations estimatives* […] *fondées sur des benchmarks, des extrapolations ou des approches statistiques* ». De même, les « informations rétrospectives » sont par nature plus faciles à contrôler que des « *informations prospectives* » (P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 171).

[3] A.-S. EPSTEIN, *op. cit.*, n°346, p. 313.

[4] *Ibid*.

[5] P. DE CAMBOURG, rapport préc., p. 12.

l'avis de l'organisme tiers indépendant ne peut constituer une vérification complète de la fiabilité des informations communiquées dans la déclaration de performance extra-financière. C'est la raison pour laquelle certains auteurs refusent de qualifier cette vérification d'« audit »[1]. Pour A.-S. Epstein, l'inefficacité de la vérification pose une interrogation substantielle relative à la nature de l'information sur la RSE :

> « *Se cristallise ici l'une des indéterminations profondes de l'information sur la RSE. S'inscrit-elle dans une perspective de gestion interne, ouverte à la créativité et centrée sur l'amélioration des procédures, ou dans une perspective tournée vers la satisfaction d'utilisateurs externes, visant donc la conformité des informations à des standards ? L'arrêté* [de 2013 régissant la vérification] *se prête à une interprétation comme à l'autre* »[2].

415. **La démarche d'audit, cause de l'inefficacité ? –** Pour autant, il ne faudrait pas considérer que la comptabilité et l'audit financier sont des sciences exactes[3] et qu'un audit de conformité soit pleinement efficace dès lors qu'il vise des données chiffrées. Déjà, l'audit financier implique également de sélectionner les informations à auditer, même si la sélection doit être plus rigoureuse car encadrée par des principes directeurs[4]. Ensuite, l'audit et la certification n'atteignent pas le niveau d'exigence d'une réelle inspection : il s'agit seulement « *de vérifier que le management se conforme à un référentiel établi* »[5]. Cette observation rejoint une critique formulée à l'encontre de l'importance de l'audit dans notre société, qui pourrait être qualifiée de « *société de l'audit* »[6]. Né d'une dégradation de la confiance des

---

[1] Un audit « *sous-entend que les informations publiées doivent être contrôlées, dans leur ensemble, par la mise en œuvre d'une procédure normée et par référence à des principes professionnels clairement établis. Pour l'heure, il semble donc que cette nouvelle forme de contrôle de l'information ne puisse prétendre au grade* d'"*audit*" *et qu'il soit préférable de parler de vérification des informations sociétales* » (G. RIVIERE-GIORDANO, « Comment crédibiliser le reporting sociétal ? », *Comptabilité Contrôle Audit*, t. 13, 2007, p. 127, n°2.2).

[2] A.-S. EPSTEIN, *op. cit.*, n°340, p. 309.

[3] « *L'auditeur ne sera presque jamais d'accord avec le commissaire aux comptes, ni évidemment le commissaire aux comptes avec l'auditeur, et ni l'un ni l'autre avec l'expert-comptable de la société… La comptabilité est loin d'être une science exacte. Les options de comptabilité sont nombreuses et très ouvertes. Et un très grand nombre d'appréciations sont essentiellement subjectives* » (J. PAILLUSSEAU, « Garanties de l'acquéreur du contrôle », *RJC*, nov. 1998, p. 43).

[4] Notamment, il est indiqué que les informations provenant de sources internes à l'entreprise doivent être vérifiées avec plus d'attention que les sources externes (*NEP-500*, « Caractère probant des éléments collectés », homologuée par arrêté, v. C. Com., art. A. 823-9).

[5] S. SCHILLER, « Synthèse introductive », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 5.

[6] M. POWER, *La société de l'audit. L'obsession du contrôle*, La Découverte, 1997, éd. 2005. V. également M. POWER, *The Audit Explosion*, Demos, 1994 ; M. POWER, « The Audit Society – Second thoughts », *International Journal of Auditing,* vol. 4, issue 1, 2003, p. 111. L'arrivée de l'audit dans le champ de la RSE met en lumière l'expansion de l'audit dans nos sociétés contemporaines (v. N. BERLAND et A. PEZET, « Quand la comptabilité colonise l'économie et la société. Perspectives critiques dans les recherches en comptabilité,

individus dans les organisations, le développement de procédures d'audit entend accorder à des tiers le contrôle des informations produites par les entreprises[1]. Néanmoins, du fait de l'encadrement du degré d'assurance accordé par les auditeurs et de la standardisation de leurs rapports, l'objectif de l'audit semble moins ambitieux qu'escompté[2]. Les techniques d'audit actuelles sont alors critiquées comme apportant « *réconfort plutôt que critique* »[3]. L'audit provoque un effet pervers : en créant une présomption de fiabilité auprès de ses destinataires, il contribue à fermer la voie à une éventuelle remise en question des informations diffusées par l'entreprise, de sorte qu'il n'est plus nécessairement garant de transparence et de responsabilité de l'entreprise[4]. Cette critique fait écho à certaines théories sociologiques analysant la comptabilité comme une discipline « *contribuant à former notre perception de la réalité économique* »[5] – l'audit étant le prolongement de la comptabilité du point de vue de son objet (la vérification de la comptabilité des entreprises) et d'un point de vue institutionnel (les auditeurs suivent une formation en comptabilité).

416. Afin de renforcer l'efficacité de la vérification des informations extra-financières, quelques solutions sont envisageables.

---

contrôle, audit », *in* D. GOLSORKHI, I. HUAULT et B. LECA (dir.), *Les études critiques en management : une perspective française*, PUL, 2009, p. 131).

[1] « *The audit explosion signifies a displacement of trust from one part of the economic system to another, from operatives to auditors* » (M. POWER, *The Audit Explosion*, Demos, 1994, p. 6). V. également M. POWER, « The Audit Society – Second thoughts », *International Journal of Auditing*, vol. 4, issue 1, 2003, p. 118 : « *Finally, the "audit society" can be understood as a label for a loss of confidence in the central steering institutions of society, particularly politics. So it may be that a loss of faith in intellectual, political and economic leadership has led to the creation of industries of checking which satisfy a demand for signals of order* ».

[2] « […] *the audit explosion, driven by programmatic commitments to greater accountability is far from contributing to transparency and democracy. Many audit reports communicate little more than the fact that an audit has been done and the reader is left to decode specialized and cautious expressions of opinion* » (M. POWER, *The Audit Society : Rituals of verification*, Oxford University Press, 1997, p. 13).

[3] « […] *institutionalised pressures exist for audit and inspection systems to produce comfort and reassurance, rather than critique* » (M. POWER, « The Audit Society – Second thoughts », International Journal of Auditing, vol. 4, issue 1, 2003, p. 115).

[4] « *Although the audit explosion has occurred in the name of improved accountability, this is largely in a form of "downward" accountability which is invoked in order to resist upward accountability : giving an account is seen to be a way of avoiding an account... In short more accounting and auditing does not necessarily mean more and better accountability* » (M. POWER, *The Audit Explosion*, Demos, 1994, p. 127).

[5] N. BERLAND et A. PEZET, « Quand la comptabilité colonise l'économie et la société. Perspectives critiques dans les recherches en comptabilité, contrôle, audit », *in* D. GOLSORKHI, I. HUAULT et B. LECA (dir.), *op. cit.*, p. 131.

B. La possibilité de renforcer la vérification des informations

417. Deux types de solutions existent afin de renforcer l'efficacité de la vérification des informations extra-financières : elles peuvent être internes (1) ou externes aux entreprises (2).

1. Les solutions internes aux entreprises

418. **L'essor de la vérification volontaire. –** Afin de renforcer la crédibilité de leurs déclarations de performance extra-financière, certaines entreprises recourent à une vérification supplémentaire. Cette initiative volontaire préexistait à la vérification prévue par le Code de commerce : des entreprises empruntaient cette voie bien avant le Grenelle de l'environnement, soumettant leur rapport RSE au contrôle de cabinets d'audit ou d'entreprises spécialisées dans la vérification des informations environnementales et sociales [1]. Aujourd'hui, la vérification volontaire recouvre deux cas de figure : soit elle est demandée par une société qui est assujettie à l'établissement de la déclaration mais qui n'entre pas dans le champ d'application de la vérification, soit elle est demandée par une société dont la déclaration est soumise à vérification mais qui souhaiterait obtenir un niveau supplémentaire d'assurance[2]. Ces entreprises demandent à l'organisme tiers indépendant une vérification approfondie visant à accorder un niveau d'assurance dit « raisonnable ». En pratique, cette attestation d'assurance est dissociée de l'avis prévu par le législateur, les deux documents étant présentés l'un à la suite de l'autre. Les diligences du vérificateur sont intensifiées : les tests sont plus précis et complets[3].

419. **Les limites de la vérification volontaire. –** Cependant, le recours volontaire à l'assurance raisonnable ne tient pas lieu de panacée. Les informations qui font l'objet du rapport d'assurance raisonnable sont sélectionnées en amont par l'entreprise : le risque de choisir les informations les plus favorables pour l'entreprise est patent. Par conséquent, dans les faits, les rapports d'assurance raisonnable concluent très rarement à la non-conformité de

---

[1] V. C. GILLET, *L'étude des déterminants de la vérification des informations sociétales dans le contexte français*, Université Toulouse I Capitole, 2010, tel-00551017, p. 91.
[2] Pour un exemple, v. L'OREAL, *Document d'enregistrement universel 2021*, déposé le 17 mars 2022, p. 280.
[3] V. les exigences de l'assurance raisonnable selon l'ISAE 3000 (IAASB, *International Standard on Assurance Engagements (ISAE) 3000 revised, Assurance engagements other than audits or reviews of historical financial information, 2013, trad. IRE, CNCC et CSOEC, ISAE 3000 (Révisée), Missions d'assurance autres que les audits et examens limités de l'information financière historique*, pt. A3, p. 27).

la déclaration et ne formulent pas de commentaires particuliers. Sur les trente-six déclarations de l'année 2019 étudiées, dix-sept d'entre elles contiennent un rapport d'assurance raisonnable ; tous ces rapports accordent le niveau d'assurance demandé et aucun ne contient un quelconque commentaire[1]. Il est possible que la performance environnementale et sociale de ces entreprises permette effectivement de conclure à un niveau d'assurance raisonnable. Néanmoins, il est curieux que ce niveau d'assurance, censé être plus élevé que celui qui est imposé légalement, ne donne lieu à aucun commentaire, alors même que le niveau d'assurance limitée soit souvent l'occasion d'en formuler. Deux explications sont envisageables et probablement imbriquées : soit les informations sélectionnées par les sociétés sont celles qui sont le plus susceptibles d'obtenir un tel niveau d'assurance ; soit cette vérification supplémentaire est conçue par le vérificateur comme une démarche devant être encouragée, d'où une relative souplesse dans son contrôle.

420. Les solutions externes aux entreprises présentent l'avantage de fournir, par nature, un plus grand degré de fiabilité.

2. Les solutions externes aux entreprises

421. **Le renforcement possible des diligences de l'organisme tiers indépendant. –** Certains auteurs proposent la voie d'un renforcement du dispositif existant par le biais d'un approfondissement des diligences effectuées par l'organisme tiers indépendant. Il pourrait par exemple être question d'un « *droit d'investigation au sein de la société* » dont l'entrave par les dirigeants serait sanctionnée, à l'instar de ce qui est prévu pour protéger les fonctions des commissaires aux comptes dans le cadre du contrôle légal des comptes[2]. L'accès aux informations détenues par l'État pourrait également être institutionnalisé au profit des organismes tiers indépendants, ce qui leur permettrait de « *vérifier, en procédant par recoupements, la cohérence des diverses données disponibles* »[3].

---

[1] Notons cependant qu'une société ne publie pas le rapport d'assurance raisonnable, le rendant seulement accessible sur demande au siège de la société (HERMES, *Document de référence*, déposé le 10 avril 2019, p. 130).
[2] N. CUZACQ, « Plaidoyer en faveur d'un audit sociétal légal », *RIDE*, 2008/1, t. XXII, n°15, p. 44. V. C. Com., art. L. 820-4, 2°.
[3] F.-G. TREBULLE, « L'information environnementale : quelle place en droit des sociétés ? », *Dr. sociétés*, 2006, n°23, p. 5. L'auteur mentionne à cet égard « *la possibilité de mettre en place un Registre environnemental tenu à jour et faisant apparaître l'ensemble des éléments pertinents* ».

422. Enfin, il a été proposé d'atténuer la logique de conformité de la vérification en renonçant au système de conclusion unique. La pertinence de l'avis de l'organisme tiers indépendant est en effet parfois remise en cause dans la mesure où il s'agit d'un avis global censé porter sur une trentaine de catégories d'information. La généralité de l'avis – certes source de simplicité pour les parties prenantes – peut nuire à l'efficacité de la vérification en ce que cela n'encourage pas le vérificateur à formuler de réserves. Un auteur préconise donc de « *renoncer à un jugement global et* [d']*opter pour une série de jugements partiels, négociés éventuellement avec les parties prenantes* »[1].

423. **L'alignement possible avec les diligences relevant de l'audit financier. –** Afin de renforcer l'efficacité de la vérification des données environnementales et sociales, il pourrait être envisagé de s'inspirer de l'audit financier. Le pont entre les deux types d'audit est en pratique souvent franchi par les commissaires aux comptes dans le cadre du contrôle légal des comptes, lorsque les données financières auditées intéressent les enjeux environnementaux et sociaux de l'activité de la société. Par exemple, dans le document d'enregistrement unique 2021 de TotalEnergies, le commissaire aux comptes a identifié l'incidence du changement climatique et de la transition énergétique sur les états financiers du groupe comme étant un risque d'anomalie significative ou « point clé de l'audit »[2]. Cette qualification emporte le devoir, pour le commissaire aux comptes, de décrire ledit risque dans son rapport. Cette description permet de mesurer l'intensité de l'audit effectué sur l'information en cause, qui est bien plus importante que la seule attestation de présence des informations de la déclaration de performance extra-financière. Dans le cas de TotalEnergies, après avoir décrit le risque lié à l'incidence du changement climatique et de la transition énergétique, le commissaire aux comptes expose les diligences effectuées. Ainsi, le contrôleur légal a :

- demandé des informations supplémentaires à la direction sur la manière dont elle comptait déployer sa politique de « Neutralité Carbone à horizon 2030 » qui a fait l'objet d'une résolution de l'assemblée générale en 2021 ;

---

[1] J. IGALENS, « Comment évaluer les rapports de développement durable ? », *Revue française de gestion*, vol. 152, n°5, 2004, p. 163.

[2] S'agissant des entités d'intérêt public – dont les sociétés cotées font partie – le commissaire aux comptes doit décrire les risques d'anomalies significatives qu'il juge les plus importants, autrement dénommés « points clés de l'audit » (C. Com., art. R. 823-7 et *NEP 701*, « Justification des appréciations dans les rapports du commissaire aux comptes sur les comptes annuels et consolidés des entités d'intérêt public », homologuée par arrêté, v. C. Com., art. A. 823-27).

- contrôlé la conformité des décisions d'investissement prises par le groupe avec les principes d'investissement approuvés dans ladite résolution ;
- vérifié que les principaux effets liés au changement climatique et à la transition énergétique ont été intégrés dans les jugements et estimations comptables ;
- comparé les *scenarii* de prix des hydrocarbures retenus par le groupe dans le cadre de sa politique avec des informations publiques ;
- vérifié le montant des provisions opérées au titres des contentieux climatiques en s'entretenant avec la direction juridique et les avocats de la société[1].

Ces diligences sont sans commune mesure avec celles qui sont menées à propos de la déclaration de performance extra-financière. Elles permettent d'effectuer une vérification effective des données liées au risque financier du changement climatique et de la transition énergétique. Quand le commissaire aux comptes contrôle la cohérence des décisions d'investissement avec les engagements de l'entreprise annoncés dans le cadre de sa politique, il ne vérifie pas seulement les données financières mais éprouve la fiabilité du discours de l'entreprise en matière climatique, contenu par ailleurs dans la déclaration de performance extra-financière.

424. A l'avenir, il pourrait être fait obligation aux contrôleurs légaux des comptes ou aux organismes tiers indépendants d'effectuer ce même type de diligences pour les risques les plus saillants, en exigeant une réelle certification des informations afférentes. Ces risques pourraient être soit ceux que le vérificateur retient au terme d'une analyse de matérialité[2], soit définis en amont par le législateur. Particulièrement, pour les plus grandes sociétés, les informations liées à la lutte contre le changement climatique pourraient faire l'objet d'un audit renforcé sur le modèle de l'audit financier[3]. Cette mesure ne serait pas si coûteuse au

[1] TOTALENERGIES, *Document d'enregistrement universel 2021*, déposé le 25 mars 2022, p. 396.
[2] Sur laquelle v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.
[3] G. J. Martin soulignait déjà en 2011 qu'une différence de degré de vérification aurait pu être prévue pour les informations chiffrées qui pourraient être certifiées en raison de la possibilité de contrôler les calculs, contrairement aux informations qualitatives (G. J. MARTIN, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Rev. Sociétés*, 2011, n°36, p. 75).

regard de l'intrication, en pratique, des données financières et extra-financières[1] : les sujets environnementaux et sociaux intéressent la situation financière et les comptes de l'entreprise[2].

425. **La mise en place possible d'une sanction de l'avis de l'organisme tiers indépendant. –** En plus de renforcer les diligences du vérificateur, il peut également être question d'attacher au rendu de l'avis de l'organisme tiers indépendant certaines conséquences. Cet avis pourrait revêtir la nature d'un avis conforme[3]. Ainsi, l'assemblée générale ne pourrait approuver les comptes qu'à la condition que l'avis soit favorable. Il ne nous semble pas qu'en l'état cette piste soit appropriée, dans la mesure où elle ne contribuerait qu'à renforcer la logique de conformité : les vérificateurs pourraient être enclins à rendre un avis favorable pour éviter cette conséquence fâcheuse. La maîtrise d'une éventuelle sanction devrait davantage provenir de l'État plutôt que des cabinets d'audit, et devrait être envisagée dans le cadre d'un durcissement global du *reporting* environnemental et social.

[1] Sur cette intrication, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.
[2] Ce débordement de l'audit financier sur les données environnementales et sociales est « naturel » : « *A mesure que progressera l'appréhension de l'environnement par l'information comptable et financière, les diligences des commissaires aux comptes seront appelées à s'approfondir. L'extension de la définition de l'information comptable et financière contribue d'ores et déjà à transformer leur rôle, conformément au vœu de la Commission européenne consistant à les voir auditer les risques, dans l'intérêt de tous les intervenants du marché* » (A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut Universitaire Varenne, 2015, n°324, p. 296). V. COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert (2010) 561 final*, 13 oct. 2010, « Politique en matière d'audit : les leçons de la crise », pt. 2 et M.-A. FRISON-ROCHE, « The auditor, a crucial player on financial markets », *Journal of regulation*, janv. 2011, n°6, p. 470.
[3] V. A.-S. EPSTEIN, *op. cit.*, n°334, p. 305.

Conclusion du chapitre 1

426. Le souhait de développer un contrôle adapté aux entreprises a conduit le législateur à instaurer un mécanisme de vérification de la déclaration de performance extra-financière, dont le caractère formel est constaté.

427. Pour encadrer ce mécanisme, le législateur a défini un champ d'application, dont les conditions ne recoupent pas toujours celles de l'obligation de publier une déclaration de performance extra-financière. Le législateur a également exigé du vérificateur – un organisme tiers indépendant – qu'il satisfasse certaines qualités. Son indépendance apparaît indispensable, puisqu'il a pour rôle de contrôler la fiabilité des informations communiquées par l'entreprise. Les garanties d'indépendance pourraient à cet effet être renforcées. L'étude de la compétence du vérificateur nous a amené à formuler la proposition d'une intégration des parties prenantes au processus de vérification.

428. Le cadre étant posé, restait à analyser l'objet du mécanisme de vérification. Son caractère restrictif tient à la nature de cette vérification, qui s'avère être un audit de pure conformité. En effet, l'étendue de la vérification de l'organisme tiers indépendant est limitée, de même que celle, plus accessoire, du commissaire aux comptes. Ces constats permettent de pointer les défaillances du système de vérification des informations environnementales et sociales. En effet, en dépit du souhait que cette forme de contrôle devienne la « *pierre angulaire* » de la fiabilité du *reporting* environnemental et social[1], l'efficacité très restreinte de la vérification doit être observée, s'agissant en définitive d'un contrôle très formel. Quelques solutions pourraient permettre de renforcer le rôle de cette vérification.

429. L'arsenal judiciaire et administratif pourrait être mobilisé au service de la fiabilité des informations. Bien que celui-ci offre quelques perspectives fructueuses, il demeure bien souvent inopérant, de sorte qu'il demeure assez inégal.

[1] En 2012, C. Malecki affirmait : « "*l'avis motivé*" *de l'organisme tiers indépendant* […] *sera essentiel, pierre angulaire de cette* compliance *sociétale en devenir* » (C. MALECKI, « Le décret du 24 avril 2012 relatif "aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale" », *BJS*, 2012, p. 590).

Chapitre 2 : Un arsenal administratif et judiciaire inégal

431. **La polarisation de la sanction autour de l'injonction. –** Bien qu'imprégné d'une certaine souplesse, le devoir de transparence environnementale et sociale des grandes entreprises n'est pas imperméable à toute sanction juridique. Le législateur a ainsi prévu un mécanisme d'injonction visant l'établissement de la déclaration de performance extra-financière comme le devoir de vigilance. Une partie prenante a donc la possibilité de demander à une autorité – le juge, et dans une moindre mesure l'Autorité des marchés Financiers – d'enjoindre l'entreprise à respecter les obligations qui lui sont faites. C'est toutefois la seule sanction qui soit prévue pour la déclaration de performance extra-financière, si bien que le devoir de transparence reste polarisé autour de celle-ci.

432. **La recherche d'autres sanctions juridiques. –** L'effet de l'injonction sur le devoir de transparence est sans commune mesure avec les répercussions attachées à d'autres sanctions, impliquant notamment des conséquences financières pour l'entreprise. C'est pourquoi la doctrine a cherché à appliquer au devoir de transparence des qualifications extérieures, relevant du droit des obligations ou du droit pénal, afin de sanctionner le caractère erroné ou trompeur du discours de l'entreprise. En ce qu'elle n'est pas expressément prévue par le législateur, l'applicabilité de ces qualifications est assez hasardeuse.

433. Ainsi, l'arsenal administratif et judiciaire reste assez inégal car si l'applicabilité de la sanction de l'injonction est certaine (section 1), l'applicabilité de sanctions issues d'autres branches du droit reste aléatoire (section 2).

Section 1. L'applicabilité certaine de la sanction de l'injonction

435. Le contrôle de la fiabilité des informations environnementales et sociales passe en premier lieu par le mécanisme de l'injonction. Cet ordre prononcé par une autorité à destination d'entreprises récalcitrantes constitue l'unique sanction contraignante de la déclaration de performance extra-financière. La possibilité d'une injonction judiciaire est expressément prévue pour sanctionner les sociétés qui ne respecteraient pas leurs obligations d'information. Par ailleurs, l'Autorité des Marchés financiers peut prononcer une injonction administrative, qui n'est pas expressément prévue à titre de sanction des devoirs de transparence, mais demeure potentiellement mobilisable.

436. Le devoir de transparence environnementale et sociale est assorti d'un mécanisme d'injonction judiciaire, qui en constitue la sanction principale (§1), et peut potentiellement, de façon secondaire, être sanctionné par un mécanisme d'injonction administrative (§2).

§1. Une sanction principale : l'injonction judiciaire

437. L'injonction judiciaire a été instaurée par le législateur tant pour la déclaration de performance extra-financière que pour le plan de vigilance. Ses modalités diffèrent néanmoins selon l'obligation concernée : le domaine de l'injonction en matière de plan de vigilance est élargi par rapport à celui de la déclaration de performance extra-financière. Toutefois, même s'il s'agit d'une véritable sanction juridique, l'injonction reste une sanction peu énergique, surtout s'agissant de la déclaration de performance extra-financière.

438. Ainsi, l'injonction judiciaire, dont le domaine est variable (A) témoigne de l'approche souple du législateur en matière de transparence (B).

A. Le domaine variable de l'injonction judiciaire

439. Le domaine de l'injonction associée à la déclaration de performance extra-financière est limité (1), tandis que celui du plan de vigilance est étendu (2).

1. Un champ limité en matière de déclaration de performance extra-financière

440. **Le mécanisme de l'injonction judiciaire. –** La procédure d'injonction judiciaire, prévue à l'article L. 225-102-1, VI du Code de commerce, permet à toute personne qui justifierait d'un intérêt à agir[1] d'obtenir en référé l'exécution en nature de l'obligation de publication de la déclaration de performance extra-financière par les organes de direction de la société[2]. Il convient de noter qu'une telle sanction est prévue en droit français depuis 2005[3] et n'est pas prévue à l'échelon européen.

441. **Le domaine réduit de l'injonction judicaire. –** La seule sanction contraignante du dispositif de déclaration de performance extra-financière se caractérise par la limitation de son domaine d'application. L'article L. 225-102-1, VI du Code de commerce prévoit que « *lorsque le rapport* […] [de gestion] *ne comporte pas la déclaration prévue au* […] *présent article, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de communiquer les informations mentionnées* […] »[4]. L'injonction est dès lors

---

[1] La question de l'intérêt à agir des parties prenantes sera particulièrement étudiée s'agissant des contentieux engagés contre les entreprises. V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2. Il est en tout cas certain que le législateur n'a pas voulu restreindre cette procédure aux seuls actionnaires, qui sont expressément et uniquement visés dans d'autres types de référés-injonctions (v. par exemple C. Com., art. L. 225-115). L'analogie avec la procédure d'injonction relative aux comptes financiers permet de surcroît de soutenir une appréciation large de cet intérêt à agir. L'article L. 123-5-1 du Code de commerce ouvre cette procédure à « *tout intéressé* », c'est-à-dire à toute personne « *qui manifeste le désir d'accéder aux comptes sociaux sans qu'il lui soit demandé de s'expliquer sur les motifs de cet intérêt et sans que le juge ne puisse faire la part des choses entre l'intérêt légitime et la simple curiosité* » (CA Poitiers, 2e ch., 18 janv. 2011, n°09/01143 : *RPC* 2011, n°154, obs. Delattre). La Cour de cassation a par la suite réaffirmé que cette procédure était « *sauf abus, ouverte à toute personne, sans condition tenant à l'existence d'un intérêt particulier* » (Cass. com., 3 avril 2012, n°11-17.130, Bull. 2012, IV, n°75 : *Rev. Sociétés* 2012. 571, note REYGROBELLET ; *JCP E* 2012, n°263 ; *LPA* 29 oct. 2012, note STEFANIA ; *RJDA* 2012, n°683 ; *Dr. sociétés* 2012, n°100, obs. GALLOIS-COCHET. V. également Cass. Com., 3 mars 2021, n°19-10.086, *BJS* 2021, p. 16, note A. REYGROBELLET).

[2] En raison de l'absence de personnalité juridique des organes de direction, notamment du conseil d'administration et du conseil de surveillance, l'assignation devrait plus exactement être adressée au représentant légal de la société, c'est-à-dire en principe au directeur général du conseil d'administration (C. Com., art. L. 225-56) ou au président du conseil de surveillance (C. Com., art. L. 225-66) et éventuellement à chaque membre de l'organe directeur (sur ce point, v. J.-C. PAGNUCCO, « Sociétés Anonymes. Administration, rémunération des administrateurs », *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 130-40, 7 juin 2017, n°69).

[3] *L. n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie*, art. 9.

[4] La suite de l'article prévoit que le paiement de l'astreinte et des frais de procédure peut être solidaire entre les dirigeants en cas de faute commune, qui s'avère facilement retenue par la Cour de cassation dans d'autres contentieux (v. G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires : T. II, Les sociétés commerciales*, 21e éd., LGDJ, 2014, n°2318, p. 569 et s.). S'agissant des sociétés cotées, le président de l'Autorité des Marchés Financiers peut être à l'initiative de la demande d'injonction judiciaire, en vertu de l'article L. 621-14, III du Code monétaire et financier.

applicable au seul cas d'absence totale de la déclaration de performance extra-financière dans le rapport de gestion annuel de la société.

442. **La faible effectivité de l'injonction judiciaire. –** Or, l'hypothèse d'une entreprise qui ne publierait aucune déclaration de performance extra-financière alors qu'elle remplit les conditions d'application est assez improbable. À notre connaissance, aucune procédure d'injonction judiciaire n'a été initiée à l'encontre d'une société pour absence de déclaration. La probabilité d'une telle absence est d'autant plus faible que les sociétés assujetties au dispositif sont des grandes entreprises qui disposent de fait de services juridiques et « services RSE » pour identifier les obligations juridiques auxquelles elles sont assujetties, sans compter l'intérêt pour les entreprises de publier un rapport RSE en termes d'avantage concurrentiel et d'attentes de leurs clients[1]. La mise en œuvre de cette sanction reste donc hypothétique.

443. D'un point de vue plus théorique, cette sanction limitée garantit uniquement le principe de la déclaration, c'est-à-dire sa présence dans le rapport de gestion, sans permettre d'assurer le respect par l'entreprise de toutes les dispositions de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce. Elle ne joue pas le rôle d'une sanction opérante s'agissant de la structure du *reporting*, de son contenu et de ses principes d'élaboration. Ainsi, la limitation du champ de l'injonction exclut la possibilité de contrôler la fiabilité des informations communiquées, puisque qu'en cas d'incomplétude de la déclaration, d'erreur ou de mensonge, le mécanisme de l'injonction ne peut être utilisé par les parties prenantes. Aucune autre sanction n'a été prévue par le législateur dans une telle hypothèse. Les éventuelles pratiques de *greenwashing*, permises par une application biaisée du principe de matérialité[2], ne sont donc assorties d'aucune sanction juridique. Le *greenwashing* reste alors incidemment autorisé par le Code de commerce, ce qui a amené un auteur à qualifier le dispositif de « *lex imperfecta* »[3].

444. Une telle limitation du champ de l'injonction n'existe pas en matière de plan de vigilance.

---

[1] Sur cet avantage concurrentiel, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.
[2] V. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.
[3] N. CUZACQ, « Le cadre normatif de la RSE, entre *soft law* et *hard law* », <hal-00881860>, 2012, p. 13.

2. Un champ étendu en matière de plan de vigilance

445. **Une injonction visant tout manquement au devoir de vigilance. –** S'agissant du plan de vigilance, l'article L. 225-102-4, II du Code de commerce prévoit que « *lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter* ». Cette injonction judiciaire couvre un champ plus large que celle prévue pour la déclaration de performance extra-financière, qui intéresse uniquement le cas d'absence totale du document d'information. L'injonction prévue s'agissant du plan de vigilance concerne tout manquement aux obligations prévues par le texte. Il pourrait ainsi être enjoint à l'entreprise de pallier sa carence dans la description des « *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* », dans la description de sa « *cartographie des risques* », « *des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves* », ou encore du « *dispositif de suivi des mesures mises en œuvre* ». S'il est indubitable que l'injonction intéresse la présence de ces catégories d'information dans le plan de vigilance, la qualité des informations communiquées est également sanctionnable. En effet, le respect de l'obligation implique une application concrète de la vigilance, et non un respect apparent et formel des dispositions légales[1]. Selon les termes de la loi, il est bien question de « *respecter les obligations prévues* [en matière de devoir de vigilance] »[2] et non de s'assurer uniquement que « *le rapport* [de gestion] *comporte* […] *la déclaration* [de performance extra-financière] »[3].

446. **La question débattue de la compétence juridictionnelle. –** Dans le silence de la loi relative au devoir de vigilance[4], des difficultés se sont posées relativement au juge compétent pour statuer sur une demande d'injonction judiciaire fondée sur le devoir de vigilance. Au-delà de son intérêt pratique évident, la résolution de la compétence matérielle du juge est

---

[1] Le contentieux relatif au devoir de vigilance sera plus spécifiquement étudié *infra* (v. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2).
[2] C. Com., art. L. 225-102-4, II.
[3] C. Com., art. L. 225-102-1, VI.
[4] *L. n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

intéressante en ce qu'elle retentit sur la question de la nature du plan de vigilance. Des juges ont eu l'occasion de se prononcer sur cette question dans quelques affaires, avant que n'interviennent une loi et un arrêt de la Cour de cassation pour trancher la question de la compétence juridictionnelle[1].

447. Deux conceptions différentes de la nature du plan de vigilance ont été retenues par les juges du fond. Dans une première affaire relative à une demande d'injonction judiciaire formée par plusieurs associations à l'encontre du groupe Total, devenu TotalEnergies, les juges ont désigné le Tribunal de commerce comme étant le juge compétent pour statuer sur cette demande[2]. Selon eux, le plan de vigilance serait un acte de gestion, de sorte qu'il n'entrerait pas dans le champ de l'option de compétence entre le tribunal judiciaire et le tribunal de commerce offerte à la partie non-commerçante en cas d'acte civil ou mixte. Pour retenir la qualification d'acte de gestion, les juges du fond relèvent une série d'arguments, dont l'insertion de l'article L. 225-102-4 dans une section du Code de commerce intitulée « *des assemblées d'actionnaires* » et l'inclusion obligatoire du plan de vigilance dans le rapport de gestion qui est présenté aux actionnaires[3]. Les juges en déduisent que « *c'est bien à l'organe décisionnel de la société* […] *que la direction de l'entreprise doit d'abord rendre compte du devoir de vigilance imposé par le législateur* », de sorte que la nature d'acte de gestion s'impose[4]. De plus, les mesures devant être décrites dans le plan de vigilance, telles que la cartographie des risques ou les procédures d'évaluation des partenaires commerciaux, sont des mesures de contrôle qui intéressent à ce titre le fonctionnement et donc la gestion de l'entreprise. Les juges concluent alors qu'« *est caractérisée l'existence d'un lien direct entre le plan de vigilance* […] *et la gestion de la société commerciale dans son fonctionnement,*

[1] Les enjeux liés à la compétence juridictionnelle tiennent à la composition des juridictions. Pour schématiser, les ONG qui assignent une entreprise pour manquement au devoir de vigilance souhaitent qu'un contentieux relatif à l'environnement et aux droits de l'homme relève du juge civil, tandis que les entreprises considèrent qu'un tel contentieux relève de leur gestion interne et donc du tribunal commercial. Les entreprises préfèrent être jugées par leurs pairs, les juges des tribunaux de commerce étant des commerçants ou dirigeants de sociétés commerciales élus, contrairement aux juges des tribunaux judiciaires qui sont des magistrats professionnels.
[2] TJ Nanterre, ord. réf., 30 janv. 2020, n°19/02833, confirmé par CA Versailles, 10 déc. 2020, n°20/01693. Sur cette décision, v. notamment N. CUZACQ, « Premier contentieux relatif à la loi "vigilance" du 27 mars 2017, une illustration de l'importance du droit judiciaire privé », *D.*, 2020, 970.
[3] CA Versailles, 10 déc. 2020, n°20/01693.
[4] CA Versailles, 10 déc. 2020, n°20/01693.

critère nécessaire et suffisant pour que la compétence du juge consulaire puisse être retenue »[1].

448. Au contraire, dans une seconde affaire opposant la même société à des associations et collectivités territoriales, la compétence du Tribunal judiciaire a été retenue pour connaître des demandes d'injonction. Le juge de la mise en état a considéré que les parties non-commerçantes bénéficiaient d'une option de compétence entre le Tribunal de commerce et le Tribunal judiciaire. Pour fonder cette décision, le juge considère que le plan de vigilance est un acte de nature civile qui, bien qu'intéressant le fonctionnement de l'entreprise, « *excède très largement, par sa raison d'être et les risques dont il est destiné à prévenir la réalisation, le strict cadre de la gestion de la société commerciale* »[2]. En effet, « *le plan de vigilance d'une telle entreprise touche directement la Société en son ensemble, impact qui constitue sa raison d'être, et relève de la responsabilité sociale de la* [société défenderesse] »[3]. Cette ordonnance a été confirmée en seconde instance, mais sans que soit reprise l'argumentation relative à la nature du plan et à l'option de compétence qui en découle. Les juges ont plutôt considéré que, puisqu'en l'espèce était également intentée une action en responsabilité fondée sur un manquement au devoir de vigilance de ladite société, la demande « *complémentaire* » relative à l'injonction devait être examinée par la même juridiction, soit le Tribunal judiciaire[4]. La Cour d'appel affirme, en effet, qu'« *il n'y a pas* […] *lieu de prononcer une disjonction qui ferait naître un risque de contrariété de décisions* »[5].

449. La Cour de cassation a rendu un arrêt permettant de trancher la question de la compétence juridictionnelle dans le cadre de la première affaire. La chambre commerciale a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles en considérant que le plan de vigilance n'était pas un acte de commerce, de sorte que la compétence du tribunal consulaire ne pouvait être retenue[6]. Toute demande d'injonction judiciaire en matière de plan de vigilance ne relèverait donc pas de la catégorie des « *contestations* […] *relatives aux actes de commerce entre toutes personnes* » au sens de l'article L. 721-3, 3° du Code de commerce, mais « *de celles relatives*

---

[1] CA Versailles, 10 déc. 2020, n°20/01693.
[2] TJ Nanterre, ord. JME, 11 février 2021, n°20/00915.
[3] TJ Nanterre, ord. JME, 11 février 2021, n°20/00915.
[4] CA Versailles, 14e ch., 18 nov. 2021, n°21/01661.
[5] CA Versailles, 14e ch., 18 nov. 2021, n°21/01661.
[6] Cass. Com., 15 déc. 2021, n°21-11.882 et 21-11. 957 : Bull. 2021.

aux sociétés commerciales » au sens du 2° de ce même article. Or, cette deuxième catégorie est soumise à l'option de compétence entre tribunal civil et consulaire dès lors qu'une partie est non-commerçante[1]. Ainsi, la cour d'appel viole la loi en retenant la compétence du Tribunal de commerce alors que l'option de compétence était applicable. La Cour de cassation se contente d'exclure la qualification d'acte de commerce, ce qui marque une « *occasion manquée* » de se positionner quant à la nature du plan de vigilance[2].

450. **La désignation d'un tribunal judiciaire spécialisé. –** Quelques jours après cet arrêt, le législateur est intervenu pour attribuer la compétence des actions relatives au devoir de vigilance à un tribunal judiciaire spécialisé. Dans un souci d'efficacité et de spécialisation de la justice[3], le législateur a désigné le Tribunal judiciaire de Paris comme compétent en matière d'injonction judiciaire mais également pour les actions en responsabilité relatives à un plan de vigilance[4]. Le projet de loi a directement écarté la possibilité de désigner un tribunal de commerce, dans la mesure où « *l'objet des actions engagées sur le fondement des articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du code de commerce excède largement le seul contentieux du droit des sociétés* » et où le tribunal judiciaire est davantage habitué aux contentieux en responsabilité[5]. En dépit de l'opposition passagère des sénateurs lors des discussions parlementaires[6], le législateur a ainsi fait le choix de « *privilégie*[r] *la compétence matérielle du tribunal judiciaire sur la compétence organique du tribunal de commerce* »[7]. La nature des

---

[1] Cass. Com., 18 nov. 2020, n° 19-19.463 : Bull. 2020.

[2] B. PARANCE, « Le débat sur la juridiction compétente pour apprécier un plan de vigilance définitivement tranché », *JCP G*, 2022, n°86, p. 148.

[3] *Étude d'impact. Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire,* NOR : JUSX2107763L/Bleue-1, 13 avril 2021, p. 348.

[4] C. O. J., art. L. 211-21, modifié par *L. n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire*, art. 57. La spécialisation d'un tribunal judiciaire en matière de devoir de vigilance est conforme à l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, au regard du faible volume des affaires fondées sur le devoir de vigilance et de leur technicité. V. C. C., 21 mars 2019, déc. n°2019-778 DC, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, n°374.

[5] *Etude d'impact. Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire,* NOR : JUSX2107763L/Bleue-1, 13 avril 2021, p. 353.

[6] Les sénateurs avaient adopté un amendement attribuant la compétence des contentieux relatifs au plan de vigilance au Tribunal de commerce de Paris en raison de ses compétences en matière économique (*amendement n° 7 rect. bis, examiné lors de la lecture au Sénat du projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire adopté le 27 sept. 2021*), avant de se rallier à la position initiale lors de l'examen du texte en commission mixte paritaire.

[7] *Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets par M. Stéphane LE RUDULIER*, 26 mai 2021.

actions relatives au devoir de vigilance, qui concernent potentiellement des actions en responsabilité concernant des atteintes à l'environnement ou aux droits humains, l'emporte sur la qualité commerciale des rédacteurs du plan de vigilance.

451. **La nature hybride du plan de vigilance. –** Sur le plan théorique, ces débats mettent en évidence le rayonnement du devoir de vigilance au-delà du strict cadre du droit commercial : l'attribution de la compétence des actions en injonction à un Tribunal judiciaire spécialisé témoigne de la nature hybride du plan de vigilance, qui ne peut être résumé à un acte de pure gestion commerciale[1]. Le champ élargi de l'injonction est donc une manifestation de cette nature mixte, dans la mesure où il permet de juridiciser les engagements contenus dans le plan de vigilance, sans se contenter de s'assurer de sa seule présence dans le rapport de gestion.

452. L'injonction judiciaire, privilégiée par le législateur tant pour le plan de vigilance que pour la déclaration de performance extra-financière, apparaît alors comme la sanction « naturelle » des obligations d'information environnementale et sociale. Ce choix révèle l'approche souple adoptée par les autorités en la matière.

B. Une sanction révélatrice de l'approche souple du législateur

453. **L'injonction, une sanction douce. –** Le prononcé d'une injonction emporte des conséquences modestes pour l'entreprise qui en est destinataire, contrairement à une amende ou à l'obligation de diffusion de la décision de justice condamnant l'entreprise[2]. Son caractère contraignant demeure donc assez doux : « *il s'agit du* minimum minimorum, *car le débiteur est simplement contraint d'exécuter l'obligation d'information* »[3]. La contrainte produite par

---

[1] P. Abadie notait, à propos de la discussion autour de la compétence juridictionnelle : « *en enfermant le litige dans la commercialité, n'y a-t-il pas un risque de voir dénaturé l'esprit de la loi du 27 mars 2017, dès lors qu'en incluant les droits humains et la protection de l'environnement dans le périmètre du plan de vigilance, le législateur a précisément voulu obliger l'entreprise à sortir de sa forteresse marchande pour habiter la Cité et faire Société ?* » (P. ABADIE, « Les enseignements de la procédure sur la nature du devoir de vigilance : entre contestation relative aux sociétés commerciales et contestation relative à la responsabilité sociale », *D.*, 2021, p. 614).

[2] Sur ce constat, v. par exemple M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 33e éd., LexisNexis, 2020, n°987, p. 396. Sur la sanction de diffusion de la décision de justice, qui peut emporter des conséquences réputationnelles, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

[3] N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, 2017, p. 473.

l'injonction judiciaire est sans commune mesure avec celle qui découle des sanctions applicables en matière d'information financière en cas d'absence de dépôt des comptes annuels[1], d'absence du rapport de gestion[2] ou de défaut de certaines informations au sein du rapport de gestion[3].

454. **Une philosophie de droit souple. –** Cette polarisation de la sanction de la transparence environnementale et sociale autour de l'injonction judiciaire est conforme à la philosophie de droit souple qui irrigue le dispositif[4]. Toutefois, le caractère doux de la sanction ne signifie pas nécessairement que la portée de la règle est insignifiante, la faiblesse de la sanction n'étant pas synonyme de faiblesse de la norme. Autrement dit, une norme dépourvue d'un fort caractère contraignant peut tout de même disposer d'une certaine « *force normative* »[5]. La force normative d'une règle serait constituée de trois pôles : la « *valeur normative* », c'est-à-dire « *la force conférée à la norme par son émetteur* »[6], la « *portée normative* », qui est « *la force de la norme perçue, ressentie, vécue et conférée par ses destinataires* »[7] ainsi que la « *garantie normative* » étant la « *garantie du respect et de la validité de la norme (offerte) par le système juridique* »[8]. Ainsi, le concept de force normative

---

[1] En cas d'absence de dépôt par les dirigeants des comptes annuels au greffe du Tribunal de commerce, une procédure de référé-injonction est ouverte à toute personne intéressée ou au ministère public (C. Com., art. L. 123-5-1 et L. 232-23). L'article L. 123-5-1 du Code de commerce prévoit également que le juge peut désigner un mandataire *ad hoc* pour procéder à la publication des comptes. Sur le plan pénal, une amende de cinquième classe est également encourue par la société (C. Com., art. R. 247-3). Pour les sociétés cotées, l'absence de publication au bulletin des annonces légales des comptes annuels approuvés par l'assemblée générale et revêtus de l'attestation d'un commissaire aux comptes fait encourir aux dirigeants une amende de 1 500 € (C. Com., art. R. 247-1).

[2] En plus de la nullité de l'assemblée générale ordinaire (C. Com., art. L. 225-121), le défaut de rapport de gestion fait encourir aux dirigeants une peine de six mois de prison et/ou 9 000 € d'amende (C. Com., art. L. 242-8, L. 242-10 et L. 242-30).

[3] Deux ans d'emprisonnement et 9 000 € d'amende sont encourus par les dirigeants qui ne publieraient pas, au sein du rapport de gestion, des informations relatives à leurs prises de participation et à leurs filiales (v. C. Com., art. L. 247-1, I). En revanche, l'absence de l'information relative à l'état de la participation des salariés dans le capital dispose de la même sanction que le cas d'absence de la déclaration de performance extra-financière, c'est-à-dire la possibilité pour toute personne intéressée de demander en référé la communication des informations (C. Com., art. L. 225-102, al. 3).

[4] Sur l'essor du droit souple, v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

[5] C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept,* LGDJ, 2009. Pour une analyse de la force normative des instruments de la RSE, v. E. MAZUYER, « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », *in* C. THIBIERGE (dir.), *op. cit.*, p. 577.

[6] C. THIBIERGE, « Conclusion : Le concept de "force normative" », *in* C. THIBIERGE (dir.), *op. cit.*, p. 822.

[7] *Ibid.*, p. 822.

[8] *Id.*, p. 823.

permet de relativiser l'importance du caractère contraignant, la sanction étant seulement vue comme un potentiel attribut de la norme[1].

455. **La force normative du devoir de transparence. –** La transposition du modèle théorique de force normative à la déclaration de performance extra-financière fait apparaître qu'elle dispose d'une valeur normative assez importante, étant de source légale, mais d'une garantie normative faible en raison de la limitation de son unique sanction. En effet, le champ d'application de l'injonction judiciaire est tellement étroit qu'il ne permet pas de s'assurer du respect par l'entreprise de l'esprit du *reporting*, permettant de contrôler uniquement la présence de la déclaration dans le rapport de gestion. La portée normative de la déclaration est d'intensité moyenne : d'un côté, les entreprises savent qu'elles n'encourent aucune sanction juridique en cas de mensonge ou d'omission ; de l'autre côté, elles peuvent craindre les effets d'une sanction réputationnelle dans une telle hypothèse[2]. En cela, la déclaration de performance extra-financière, ni pleinement contraignante et obligatoire ni tout à fait souple, participe d'un phénomène d'assouplissement de la loi. Pour le devoir de vigilance, le constat est légèrement différent : disposant d'une valeur normative importante, elle revêt une garantie normative moyenne, qui reste plus élevée que celle de la déclaration. En effet, l'injonction judiciaire offre plus de possibilités, disposant d'un domaine d'application étendu. La portée normative du plan de vigilance semble nettement plus importante que celle de la déclaration : le rappel exprès par la loi de la possibilité d'engager la responsabilité civile de la société en cas de manquement, la sanction réputationnelle et les affaires judiciaires en cours relativement au devoir de vigilance[3] sont autant de facteurs augmentant la force de la norme telle qu'elle est ressentie par les entreprises assujetties au devoir de vigilance. Sur l'échelle de la normativité[4], le plan de vigilance se situerait donc entre la déclaration de performance extra-financière et l'obligation d'information financière, tout en étant bien plus proche de la

---

[1] C. Thibierge poursuit : « […] *aucun des trois pôles ne concentre toute la force à lui seul. Aucune dimension ne l'épuise. La contrainte et la sanction y ont leur place, mais une place relativisée, au sein du pôle de la garantie normative.* […] *la hiérarchie des normes, et la place qu'y occupe ou non la norme selon le modèle kelsénien, même revisité, est un indice de valeur, donc de force normative important certes, mais un indice parmi d'autres* » (*id.,* p. 837).

[2] V. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1. Rappelons la formule de N. Cuzacq qui exprime bien le statut normatif en demi-teinte de la déclaration en affirmant que « *le droit de la transparence extra-financière relève de la* "soft hard law" » (N. CUZACQ, « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. Sociétés,* 2018, n°3, p. 347).

[3] V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

[4] Sur la vision graduelle du droit, v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

première que de la seconde. En dépit de sa portée normative élevée, il convient de rappeler que le devoir de vigilance, contrairement à l'obligation d'information financière, n'est assorti d'aucune sanction pénale, et l'amende civile initialement instaurée a été censurée par le Conseil constitutionnel[1].

456. **La conciliation complexe d'une sanction dure avec le principe de matérialité. –** Une sanction contraignante qui viserait à garantir la qualité du *reporting* aurait peu d'intérêt en raison de l'existence de la règle *report or explain,* qui offre précisément à l'entreprise la possibilité de déroger aux normes légales régissant le contenu de la déclaration[2]. L'idée d'une sanction forte est donc en l'état peu compatible avec ce mécanisme qui vise à octroyer une souplesse à l'entreprise dans le contenu de la déclaration. En d'autres termes, le durcissement du caractère contraignant suppose une définition ferme et stable des obligations entachées de sanction, ce que le principe de matérialité vise précisément à éviter.

457. **La possibilité d'une injonction visant la qualité de l'information. –** Néanmoins, à défaut de garantir la présence de chaque information, l'injonction pourrait au moins viser la délivrance d'informations erronées ou trompeuses, en offrant la possibilité au juge d'enjoindre la société à supprimer de telles informations. Des amendements parlementaires avaient été déposés en ce sens s'agissant de la déclaration de performance extra-financière[3]. Si cette proposition paraît *a priori* séduisante pour renforcer la fiabilité des informations communiquées, la mise en œuvre d'une injonction élargie créerait néanmoins une situation incohérente entre une entreprise qui apporterait une information erronée et une entreprise qui n'apporterait pas d'information en utilisant la règle *report or explain*. Par exemple, une entreprise pourrait tout à fait décider de ne pas apporter d'information relative au bien-être

---

[1] C. C., 23 mars 2017, déc. n°2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*. Sur la censure de l'amende civile, v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

[2] Sur cette règle, v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

[3] Lors de l'adoption du Grenelle II, un amendement visait à étendre l'injonction judiciaire au cas d'informations « *inexactes, trompeuses ou de nature à induire en erreur* » (*Amendement n°1493*). L'objectif était de donner la possibilité au juge d'enjoindre la société à supprimer l'information. Un autre amendement prévoyait la possibilité pour des parties prenantes désignées (les associations minoritaires d'actionnaires, le comité d'entreprise, les syndicats professionnels et les associations agréées de protection de l'environnement) de demander la prononciation d'une injonction (*Amendement n°1505*). Ces amendements n'ont pas été retenus. Quoi qu'il en soit, la mise en œuvre d'une telle sanction aurait impliqué que le juge apprécie le caractère inexact et trompeur de l'information, ce qui n'est pas sans poser quelques difficultés en matière extra-financière selon une partie de la doctrine (sur ce constat, v. B. ROLLAND, « Toutes les sociétés doivent rendre des comptes environnementaux ! », *Dr. Sociétés*, 2003, étude 11, n°21).

animal en indiquant sommairement qu'elle n'est pas concernée par cet enjeu en raison de son activité, tandis qu'une autre entreprise pourrait décider d'apporter des informations mensongères sur des politiques – inexistantes – visant à garantir le bien-être animal. Dans une optique de choix rationnel[1], certaines entreprises pourraient considérer qu'elles tirent un meilleur avantage à ne pas renseigner une information en fournissant une explication sommaire – ce que le droit permet – plutôt que de fournir une information exagérée au risque d'être enjointes par le juge de supprimer ladite information. Le risque d'un recours massif à la règle *report or explain* pour limiter la menace d'une sanction n'est donc pas à exclure en cas d'extension du champ de l'injonction. En définitive, la philosophie souple sous-tendant la déclaration de performance extra-financière, matérialisée par la règle *report or explain* qui autorise une dérogation à la loi, écarte toute possibilité de sanction autre qu'une injonction judiciaire applicable au cas d'absence totale de déclaration[2].

458. **Un durcissement esquissé par la proposition de directive. –** Une évolution du *reporting* environnemental et social a un temps été envisagée, dans le sens d'un durcissement de ses sanctions. La proposition de directive sur le *reporting* durable émanant de la Commission européenne prévoyait une gamme de sanctions étoffée en cas non-respect de ses dispositions telles que transposées par les différents droits nationaux. La proposition énumérait trois mesures et sanctions administratives :

> « *a) une déclaration publique qui précise l'identité de la personne physique ou morale responsable et la nature de l'infraction ;*
>
> *b) une injonction ordonnant à la personne physique ou morale responsable de mettre un terme au comportement constitutif de l'infraction et lui interdisant de le réitérer ;*
>
> *c) des sanctions pécuniaires administratives* »[3].

---

[1] Sur cette notion, v. E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et A. PARENT, *Analyse économique du droit*, 3e éd., Dalloz, 2021, n°114 et s., p. 36 et s.

[2] C'est pourquoi les amendements précités n'ont pas été adoptés : ils auraient « *modifi*[é] *fondamentalement l'esprit du rapportage environnemental et social* » (G. J. MARTIN, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Rev. Sociétés*, 2011, n°41, p. 75).

[3] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2021) 189 final*, 21 avr. 2021, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) nº 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises », art. 1er, 12).

La possibilité d'injonction laissait une marge de manœuvre importante aux États : les termes de la proposition ne limitent pas l'injonction au cas d'absence complète du document, de sorte qu'elle aurait pu être prévue pour sanctionner l'absence d'une information précise voire son caractère erroné. Cette deuxième possibilité aurait été facilitée par l'abandon de la règle *report or explain*[1]. En outre, l'admission de sanctions de nature pécuniaire aurait bouleversé l'esprit du *reporting*. La fiabilité des informations aurait certainement été renforcée au regard de l'effet dissuasif des sanctions financières[2]. L'existence de telles sanctions suppose que soient définies avec précision les obligations de l'entreprise en termes de contenu de la déclaration[3], ce que l'adoption des normes de l'EFRAG aurait facilité.

459. Néanmoins, la proposition prévoyait que lesdites sanctions soient « *effectives, proportionnées et dissuasives* »[4]. Pour déterminer le « *type* » et le « *niveau* » des mesures et sanctions, les États membres auraient dû « *tenir compte de toutes les circonstances pertinentes, et notamment :*

a) de la gravité et de la durée de l'infraction ;

b) du degré de responsabilité de la personne physique ou morale responsable ;

c) de la solidité financière de la personne physique ou morale responsable ;

---

[1] Sur cet abandon, v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2. Toutefois, l'extension du domaine de l'injonction aurait supposé la clarification d'une autre disposition. La proposition (comme la CSRD définitivement adoptée) prévoyait que l'entreprise décrive les « *principaux risques liés, pour l'entreprise, aux questions de durabilité, notamment de ses principaux liens de dépendance à l'égard de ces questions, et de la manière dont elle gère ces risques* ». La référence aux « *principaux* » risques aurait peut-être été de nature à dissiper la mise en œuvre de toute sanction, en permettant à l'entreprise de ne pas renseigner une information dès lors qu'elle ne fait pas partie de ses principaux risques identifiés. Cette approche souple du caractère obligatoire de la norme, induisant la possibilité d'exclure les risques mineurs sur la base d'un critère de matérialité peu exigeant, aurait compromis le durcissement de son caractère contraignant, qui suppose pour sa mise en œuvre une définition ferme et stable des obligations entachées de sanction.

[2] Il est néanmoins tout à fait envisageable que les entreprises préfèrent payer une amende plutôt que de respecter leurs obligations. Cette hypothèse, qualifiée de « faute lucrative », souvent retrouvée en matière de responsabilité civile, est une faute « *qui laisse à son auteur une marge suffisante, une fois le paiement des dommages et intérêts, pour qu'il n'ait aucune raison économique de ne pas la commettre, même s'il aurait des raisons morales* » (Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 12e éd., Dalloz, 2020, n°0113.33, p. 79).

[3] La mise en œuvre de sanctions implique le respect du principe de légalité des délits et des peines, qui n'est pas propre à la matière pénale (C. C., 23 mars 2017, déc. n°2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre,* cons. n°6). Sur le fondement de ce principe, le Conseil constitutionnel a ainsi censuré l'amende civile initialement prévue en cas de manquement au devoir de vigilance, en raison de « *la généralité des termes employés* » qui sont « *insuffisamment clairs et précis* » (cons. n°13).

[4] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2021) 189 final*, préc., art. 1er, 12).

d) de l'importance des gains obtenus ou des pertes évitées par la personne physique ou morale responsable, dans la mesure où ils peuvent être déterminés ;

e) des pertes subies par des tiers du fait de l'infraction, dans la mesure où elles peuvent être déterminées ;

f) du degré de coopération avec les autorités compétentes dont a fait preuve la personne physique ou morale responsable ;

g) des infractions commises antérieurement par la personne physique ou morale responsable »[1].

Cette disposition permettait, grâce à l'interprétation judiciaire, d'atténuer la rigidité des sanctions ou au contraire de l'aggraver en cas de manquement particulièrement grave ou réitéré d'une entreprise.

460. **Des sanctions abandonnées par la CSRD. –** Toutefois, les institutions de l'Union européenne ont fait marche arrière en supprimant cet arsenal de sanctions de la CSRD[2]. En effet, la majorité des délégations nationales était en défaveur de l'existence de telles sanctions[3]. Certes, l'abandon de la règle *report or explain* laisse toutefois la possibilité à l'État français de durcir la sanction de l'injonction en étendant son domaine à toute information manquante, erronée ou trompeuse. Toutefois, cela semble assez improbable dans la mesure où la CSRD vise précisément à harmoniser les différentes législations nationales[4]. L'encadrement européen du *reporting* s'oriente davantage vers un renforcement de la pertinence des documents d'information – *via* la définition du contenu de l'information opérée par les normes de l'EFRAG – que vers un renforcement de leur fiabilité[5].

461. La sanction du devoir de transparence environnementale et sociale reste polarisée autour de l'injonction judiciaire, dont le domaine limité, qui n'est pas amené à évoluer,

---

[1] *Ibid.*
[2] *Dir. 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*,
[3] CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, *Orientation générale. Directive modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, 18 fév. 2022, 6292/22, p. 6.
[4] *Dir. 2022/2464* préc., cons. 37. V. également J.-M. MOULIN, « L'irrésistible ascension de la RSE (premières vues sur la direction CSRD) », *RD bancaire et fin.*, 2023, n°1.
[5] En tout cas, pour les États qui prévoyaient déjà un système de vérification des informations, à l'instar du droit français. Pour les autres, la directive permet d'instituer un tel mécanisme de vérification. V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

témoigne de l'approche souple adoptée par le législateur. À côté de cette injonction judiciaire, le pouvoir d'injonction de l'Autorité des Marchés Financiers reste potentiellement mobilisable en cas de manquement d'une société à son obligation de publier lesdites informations.

§2. Une sanction secondaire : l'injonction administrative

462. **Le pouvoir d'injonction administrative de l'Autorité des Marchés Financiers. –** L'Autorité des Marchés Financiers (AMF) dispose d'un pouvoir d'injonction général qu'elle pourrait potentiellement mobiliser en cas de manquement aux obligations d'information des entreprises[1]. L'article L. 621-14, II du Code monétaire et financier dispose :

> « *Le collège* [de l'AMF] *peut, après avoir mis la personne concernée en mesure de présenter ses explications, ordonner qu'il soit mis fin, en France et à l'étranger, aux manquements aux obligations résultant des règlements européens, des dispositions législatives ou réglementaires ou des règles professionnelles visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de marché et la divulgation illicite d'informations privilégiées* […] *ou à tout autre manquement de nature à porter atteinte à la protection des investisseurs, au bon fonctionnement des marchés* ».

Cette décision est rendue publique « *dans un format proportionné à la faute commise et à la sanction infligée* »[2], en général par le biais d'un communiqué diffusé sur le site internet de l'AMF.

463. **L'incertitude relative au champ de l'injonction administrative. –** En vertu de cette disposition, l'AMF pourrait donc ordonner à une société cotée[3] de respecter les articles L. 225-102-1 et R. 225-105 du Code de commerce relatifs à la déclaration de performance extra-financière, de même que l'article L. 225-102-4 du même code traitant du devoir de vigilance.

---

[1] En revanche, les sanctions figurant à l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier (avertissement, blâme, interdiction d'exercice, sanction pécuniaire, etc.) ne sont pas applicables à la non-publication de la déclaration de performance extra-financière puisque cet article vise les opérations d'initiés, les manipulations de marché ou tout manquement portant atteinte à la protection des investisseurs et au bon fonctionnement du marché dès lors que l'acte concerne un instrument financier.

[2] C. mon. fi., art. L. 621-15, V, sur renvoi de C. mon. fi., art. L. 621-14, II.

[3] Au regard du champ de compétence de l'AMF, les sociétés non cotées ne sont naturellement pas visées par ce pouvoir d'injonction.

Si cette possibilité d'injonction ne fait pas de doute en cas d'absence de la déclaration ou du plan de vigilance, la question de son application aux cas d'omissions, de pratiques de *greenwashing* ou *socialwashing* et de fausses informations peut être posée. Contrairement à l'injonction judiciaire prévue pour la déclaration de performance extra-financière, ce pouvoir d'injonction administrative ne contient pas de limitation particulière à l'absence totale de document d'information, visant de manière générale tous « *manquements aux obligations résultant des règlements européens, des dispositions législatives ou réglementaires* » et surtout « *tout autre manquement de nature à porter atteinte à la protection des investisseurs, au bon fonctionnement des marchés* »[1].

464. Si les pratiques d'omissions et de mensonges ne correspondent pas strictement à des « *manquements aux obligations résultant des règlements européens, des dispositions législatives ou réglementaires* », l'AMF pourrait ainsi considérer qu'une déclaration erronée ou mensongère soit « *de nature à porter atteinte à la protection des investisseurs, au bon fonctionnement des marchés* ». Les décisions des investisseurs, surtout les investisseurs intégrant les critères environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG)[2], peuvent en effet être influencées par des informations fausses ou embellies. Cette interprétation paraît plausible au regard du caractère large de la formule employée puisqu'« *un effet potentiel* » sur le fonctionnement des marchés suffit[3]. En pratique, ce pouvoir d'injonction n'a pas encore été utilisé par l'AMF. Il pourrait néanmoins être mobilisé par les parties prenantes dans une optique de durcissement de la sanction de la déclaration face aux pratiques de *greenwashing* ou *socialwashing*. En cela, cette sanction de droit commun aux mains de l'AMF pourrait constituer un moyen de renforcer la fiabilité des informations environnementales et sociales, d'autant qu'elle est assortie de modalités de publicité pertinentes – la décision étant rendue publique – permettant d'associer la sanction juridique à la sanction réputationnelle[4].

---

[1] C. mon. fi., art. L. 621-14, II.
[2] Sur l'investissement socialement responsable, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.
[3] Les manquements visés « *doivent* […] *être de nature à porter atteinte aux droits des épargnants, à la protection des investisseurs ou au bon fonctionnement des marchés ; un effet potentiel suffit. La violation des règlements précités – le manquement – peut bien souvent avoir potentiellement l'un ou l'autre de ces effets. C'est dire si le domaine de l'injonction directe est large* » (R. VABRES, A. THIL et S. MAOUCHE, « Autorité des Marchés Financiers, Attributions, Moyens d'action, Contrôle juridictionnel », *JCl. Banque-Crédit-Bourse*, Fasc. 1512, 2 février 2020, n°78).
[4] Sur cette sanction, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

465. **Un développement auguré du rôle de l'AMF. –** Si la mise en œuvre d'une telle injonction supposerait néanmoins que soit clarifié le degré d'obligatoriété des dispositifs de transparence[1], elle est conforme aux orientations futures de la transparence environnementale et sociale, qui tend à être assimilée au *reporting* financier. Le rapport « de Cambourg » préconise en effet qu'à terme, « *les autorités de marchés évolue*[nt] *d'un rôle d'accompagnement et d'incitation à un rôle de surveillance, associé à un pouvoir de sanction qu'il convient de bien définir* »[2]. Les auteurs du rapport augurent ainsi « *une montée en puissance de la supervision de l'information extra-financière* »[3] dont le pouvoir d'injonction administrative pourrait être l'une des manifestations.

466. Cette possibilité d'injonction administrative de l'AMF offre des perspectives de durcissement de la sanction de la déclaration de performance extra-financière qui n'ont pour l'instant pas été saisies par les parties prenantes. Ces dernières font parfois le choix de demander l'application de sanctions issues d'autres branches du droit.

---

[1] L'adoption de normes européennes contribue à cet objectif de précision et clarification du contenu de l'information.

[2] P. DE CAMBOURG, *Garantir la pertinence et la qualité de l'information extra-financière des entreprises : une ambition et un atout pour une Europe durable. Rapport présenté au Ministre de l'Économie et des Finances*, 2019, p. 218.

[3] *Ibid.*

Section 2. L'applicabilité aléatoire de sanctions issues d'autres branches du droit

468. En raison de la limitation du champ d'application de l'injonction judiciaire et de son faible caractère contraignant, les parties prenantes et la doctrine ont cherché à qualifier les instruments de la Responsabilité Sociale d'Entreprise, et plus particulièrement les devoirs de transparence, à l'aide de mécanismes juridiques issus d'autres branches du droit[1]. En effet, « *l'absorption des normes RSE par les qualifications juridiques est apparue comme un remède possible à leur absence de valeur juridique intrinsèque* »[2]. Cette opération de qualification suppose de « *dépasser les nombreuses ambiguïtés terminologiques afin de saisir la possibilité d'une qualification juridique des actes de la RSE* »[3]. Toutefois, il faut constater qu'en matière de transparence, l'application des catégories civiles n'est pas vraiment fertile. Les qualifications pénales, notamment du droit pénal de la consommation, offrent néanmoins des potentialités plus intéressantes bien que dépendantes de l'appréciation du juge.

469. Ainsi, l'applicabilité des sanctions issues d'autres branches du droit demeure assez aléatoire, car si la voie des qualifications civiles est infructueuse (§1), celle des qualifications pénales semble plus prometteuse (§2).

§1. La voie infructueuse des qualifications civiles

470. Les qualifications civiles peuvent *a priori* être mobilisées dans l'optique de sanctionner l'insuffisante fiabilité des informations environnementales et sociales. Ces qualifications peuvent être délictuelles ou contractuelles. Toutefois, l'assimilation du devoir de transparence à ces catégories civiles se heurte à de nombreux obstacles théoriques et pratiques, ce qui rend cette voie infructueuse.

---

[1] Sur cette démarche de qualification des instruments de la RSE, v. notamment, parmi de multiples travaux, E. MAZUYER, « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 577 ; I. DESBARATS et G. JAZOTTES, « La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ? », *JCP S*, 2012, 1293 ; M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018.

[2] P. ABADIE, « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.*, 2018, 302, n°22.

[3] E. MAZUYER, « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », *in* C. THIBIERGE (dir.), *op. cit.,* p. 580.

471. La mise en œuvre des qualifications civiles délictuelles reste hypothétique (A) tandis que l'application des qualifications contractuelles s'avère inadaptée (B).

A. La mise en œuvre hypothétique des qualifications délictuelles

472. **L'engagement limité de la responsabilité des dirigeants. –** La question de l'engagement de la responsabilité civile des dirigeants de sociétés anonymes sur le fondement de l'article L. 225-251 du Code de commerce a pu être envisagée, en ce qu'ils sont responsables de l'édiction du rapport de gestion dans lequel est insérée la déclaration de performance extra-financière[1]. Ainsi, il pourrait leur être reproché le caractère incomplet ou mensonger d'une déclaration de performance extra-financière ou d'un plan de vigilance[2]. Cette sanction, expressément prévue par la directive de 2014 et reprise dans la CSRD[3], est accompagnée de l'obligation pour les dirigeants de sociétés cotées d'insérer dans le document d'enregistrement universel – qui contient les états financiers mais également la déclaration de performance extra-financière et le plan de vigilance – « *une déclaration des personnes physiques qui assument la responsabilité de ces documents* »[4]. Cette déclaration des personnes physiques, qui a initialement été conçue afin de responsabiliser les dirigeants quant aux données financières communiquées[5], renforcerait les possibilités d'engagement de responsabilité des dirigeants en matière de transparence extra-financière.

---

[1] C. Com., art. L. 225-100, I.

[2] Il est bien question de la responsabilité des dirigeants, et non de la société, puisque ce sont les premiers qui sont responsables de l'édiction du rapport de gestion (C. Com., art. L. 225-100, I) dans lequel est insérée la déclaration de performance extra-financière.

[3] « *Les États membres s'assurent que les membres des organes d'administration, de direction et de surveillance d'une entreprise, agissant dans le cadre des compétences qui leur sont dévolues par le droit national, aient la responsabilité collective de veiller à ce que les documents* […] *soient établis et publiés conformément aux exigences de la présente directive et, s'il y a lieu, conformément aux normes comptables internationales adoptées en vertu du règlement (CE) no 1606/2002, au règlement délégué (UE) 2019/815, aux normes d'information en matière de durabilité visées à l'article 29 ter ou 29 quater de la présente directive* » (*Dir. 2022/2464* préc., art. 1er, 11).

[4] C. mon. fi., art. L. 451-1-2 et *Régl. Gén. AMF*, art. 222-3 et art. 222-4.

[5] Cette disposition, issue d'une directive européenne (*Dir. 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013*), est inspirée de la loi Sarbanes-Oxley de 2002 qui, à la suite de scandales financiers aux États-Unis à la fin du XXe siècle, avait pour ambition d'améliorer le contrôle de la gouvernance des grandes sociétés. V. P.-H. CONAC, « L'influence de la loi Sarbanes-Oxley en France » *Rev. sociétés*, 2003, p. 835. Cette exigence illustre « *le particularisme du droit boursier, dont l'objectif essentiel est distinct de celui du droit des sociétés, protéger les investisseurs et non seulement les actionnaires, plus largement le marché, conçu implicitement comme une entité ayant une mission d'intérêt général* » (J.-J. DAIGRE, « Qui devra assumer la responsabilité des rapports financiers annuels, semestriels et trimestriels dans les sociétés cotées à compter du 20 janvier 2007 ? », *RD bancaire et fin.*, 2006, alerte 6).

473. La responsabilité des dirigeants pourrait donc être engagée sur le fondement de l'infraction aux dispositions des articles L. 225-102-1 et R. 225-105 du Code de commerce qui régissent le contenu de la déclaration[1]. Néanmoins, la mise en œuvre de la règle *report or explain*, et plus généralement l'approche par la matérialité promue par les pouvoirs publics, limitent les possibilités d'engagement de la responsabilité civile, induisant une sorte d'immunité au profit des dirigeants. En effet, des dirigeants qui ne déclarent pas – volontairement ou non – les risques créés par l'entreprise quant à l'une des thématiques environnementales et sociales ont la possibilité de compenser cette absence par une explication. Il est peu probable que des dirigeants prennent le risque de ne pas apporter une explication en cas d'absence de l'information[2]. En d'autres termes, « *l'explication exclut la responsabilité* »[3]. La responsabilité des dirigeants est donc limitée par l'approche souple qui caractérise le devoir de transparence environnementale et sociale.

474. **La mise en œuvre peu probable d'une action contre les dirigeants. –** La limitation des possibilités théoriques de mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants sur ce fondement est accompagnée d'une probabilité faible, en pratique, d'engagement de cette responsabilité. La probabilité d'une action de la société contre ses dirigeants (action *ut universi*) demeure hypothétique puisqu'elle implique que la première soit représentée par les seconds[4]. L'action *ut singuli*, action de la société par le biais d'un actionnaire contre les dirigeants, reste peu probable en raison du risque financier qu'elle représente pour l'associé[5].

---

[1] I. DESBARATS et G. JAZOTTES, art. préc., n°20.

[2] Par ailleurs, même en cas d'explication vague et insuffisante, cette responsabilité pourrait de toutes façons être difficile à mettre en œuvre : « *la faute pourrait être difficile à caractériser dans l'hypothèse d'une justification seulement imprécise ou superficielle. En effet, cette appréciation est pour une large part subjective* » (*id.,* n°19).

[3] A propos de la règle *comply or explain* prévue concernant la référence à un code de gouvernement d'entreprise dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise (v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2), un auteur décrit les fondements fragiles d'une éventuelle responsabilité des dirigeants en l'absence de référence à un tel code : « *Mais encore faudra-t-il, dans ce cas, établir sur quel fondement la responsabilité du président peut être recherchée car, dès lors que ce dernier joue le jeu du principe "se conformer ou expliquer" et explique les raisons pour lesquelles une disposition du code a été écartée, on voit mal où pourrait résider de sa part une quelconque faute. L'explication exclut la responsabilité. Il en va du système choisi par le législateur* » (B. FAGES, « Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise », *BJS*, 2009, 84, p. 428).

[4] N. Cuzacq relève néanmoins l'hypothèse d'un changement de direction. V. N. CUZACQ, « Le cadre normatif de la RSE, entre *soft law* et *hard law* », <hal-00881860>, 2012, p. 14.

[5] « […] *dans la pratique elle est rarement exercée car les actionnaires, qui suppléent la carence des dirigeants, doivent avancer les frais de procédure. Ils ne les récupéreront pas s'ils perdent le procès. Dans ce cas, ils pourront au surplus devoir payer les dépens ou d'autres frais sur le fondement des articles 696 et 700 du code de procédure civile. S'ils gagnent le procès, les dommages-intérêts ne leur seront pas versés mais ils bénéficieront à la société* » (*ibid.*).

475. L'éventuelle action d'un actionnaire en réparation de son préjudice personnel rencontre une probabilité plus importante[1]. En effet, le défaut d'information environnementale ou sociale pourrait causer un préjudice à l'actionnaire puisque cette carence ne lui permettrait pas d'effectuer un choix éclairé[2]. En matière d'information financière erronée[3], cette action est admise par la Cour de cassation, fondée sur la perte de chance « *d'investir ses capitaux dans un autre placement ou de renoncer à celui déjà réalisé* »[4]. Cependant, la Cour de cassation a précisé que la seule diminution de la valeur du titre ne peut constituer un préjudice individuel de l'actionnaire distinct du préjudice de la société, une telle diminution constituant en premier lieu une conséquence dommageable pour la société[5]. L'application de cette jurisprudence à la déclaration de performance extra-financière supposerait l'existence d'un préjudice d'un actionnaire qui ne se résume pas à une simple diminution de la valeur de son action. La faute des dirigeants devrait avoir pour effet de fausser l'arbitrage effectué par l'actionnaire qui, à l'aune des informations sociales et environnementales mensongères ou lacunaires, a continué de placer sa confiance dans son investissement. Au contraire, en connaissance des réelles données extra-financières, il aurait investi dans une autre société ou aurait retiré son investissement. En bref, l'utilisation de l'action individuelle d'un associé contre les dirigeants n'est possible que dans les circonstances précises d'une perte de chance, dont l'établissement de la preuve peut être redoutable. Ces obstacles pratiques justifient sans doute qu'à notre connaissance cette action n'ait jamais été utilisée en matière d'information environnementale et sociale.

---

[1] S'agissant des informations à caractère environnemental contenues dans les comptes sociaux, « *des dirigeants ont pu volontairement cacher aux actionnaires, ou sous-estimer l'ampleur de la situation de l'entreprise confrontée à un risque de pollution ou de catastrophe industrielle. Alors les actionnaires seraient en droit de leur reprocher ce manque d'information qui a pu conduire à négliger temporairement un problème crucial pour l'entreprise, et à ne pas prendre les mesures qui s'imposaient d'ores et déjà* » (B. ROLLAND, « Toutes les sociétés doivent rendre des comptes environnementaux ! », *Dr. Sociétés*, 2003, étude 11, n°21).

[2] Cette problématique révèle le phénomène plus général de l'investissement socialement responsable (v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2).

[3] L'information financière erronée est également sanctionnée pénalement, par le délit de présentation ou publication de comptes annuels inexacts (C. Com., art. L. 242-6, 2°).

[4] Cass. com., 9 mars 2010, n°08-21.547, Bull. 2010, IV, n°48 : *BJS* 2010, n°109, p. 537 ; *Dr. Sociétés* 2010, n°109, note M.-L. COQUELET ; *JCP E* 2010, 1483, note S. SCHILLER ; *Rev. Sociétés* 2010, p. 230, note H. LE NABASQUE. V. également Cass. com., 6 mai 2014, n°13-17.632, Bull. 2014, IV, n°81 : *Rev. Sociétés* 2014, p. 579, note E. DEZEUZE et J. TREVES.

[5] Seule l'action sociale *ut singuli* peut être engagée dans ce cas, l'action individuelle étant exclue car « *lesdites fautes avaient contribué à la dépréciation de la société, ce qui aurait entraîné, dans les comptes de la société* […], *une provision pour dépréciation de 18 000 000 francs ; ce dont il résultait que le préjudice subi par les sociétés* […] *n'étant que le corollaire du dommage causé à la société* […], *n'avait aucun caractère personnel* » (Cass. com., 1er avr. 1997, n°94-18.912 : BJS 1998, p. 650, note J.-F. BARBIERI).

476. Enfin, demeure la possibilité d'une action des tiers, c'est-à-dire d'autres parties prenantes. Cependant, la restriction des conditions d'une telle action rend son application pratique encore plus difficile : l'action des tiers suppose que soit caractérisée une faute détachable des fonctions des dirigeants. Cette faute, dont les contours ont été dégagés par la jurisprudence, est constatée « *lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »[1]. Il semble difficile de caractériser une telle faute en matière de transparence environnementale et sociale. C'est pourquoi l'action des tiers, tout comme celle de la société ou d'un actionnaire, paraissent difficilement mobilisables en pratique[2].

477. En somme, l'engagement de la responsabilité pour défaut d'information demeure hypothétique. Si les qualifications civiles délictuelles sont difficilement assimilables au manquement à l'obligation « de dire », elles se prêtent davantage à l'incitation « à faire » qui est contenue dans le devoir de transparence et que nous étudierons dans la deuxième partie de cette recherche. C'est pourquoi la nature hybride du devoir de vigilance, qui mêle obligation « de dire » et « de faire » a permis de raviver la question de l'application de la responsabilité civile aux actes de la RSE[3]. Pour l'heure, en ce qui concerne la seule obligation d'information environnementale et sociale, il faut encore constater l'inadaptation des qualifications civiles contractuelles.

B. L'application inadaptée des qualifications contractuelles

478. Si les qualifications contractuelles laissent en théorie entrevoir des possibilités de sanction du devoir de transparence (1), elles s'avèrent inadaptées à l'information environnementale et sociale (2).

---

[1] Cass. com., 20 mai 2003, n°99-17092, Bull. 2003, IV, n°84, p. 94 : *BJS* 2003, 786, note H. LE NABASQUE ; *JCP E* 2003, 1203, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *D.* 2003, p. 2623, note B. DONDERO.

[2] « […] *ce seuil de gravité* [de la faute détachable] *et la permanence d'une référence à des fonctions* "*normales*" *seront des obstacles difficiles à franchir pour le tiers ayant subi un préjudice du fait d'une information ESG fausse ou trompeuse* » (P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement : recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, 2013, n°538, p. 530). V. également I. DESBARATS et G. JAZOTTES, art. préc., n°21 ; M. LAROUER, *op. cit.,* n°311, p. 410.

[3] V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

1. L'existence des qualifications contractuelles

479. Deux qualifications contractuelles doivent être envisagées. Au stade de la formation du contrat, c'est la qualification des vices du consentement qui doit être considérée (a), tandis qu'au stade de l'exécution du contrat, c'est la théorie doctrinale de l'effet obligatoire de l'information qui doit être étudiée (b).

a. Au stade de la formation du contrat : les vices du consentement

480. **Le préalable de la valeur contractuelle. –** La première sanction possible intéresse les conditions de formation du contrat, et suppose donc qu'un contrat soit conclu entre l'entreprise et un consommateur ou partenaire commercial. En théorie, le cocontractant de l'entreprise pourrait revendiquer un dol ou une erreur, deux vices du consentement susceptibles d'entraîner la nullité du contrat[1]. Ces qualifications supposent au préalable de vérifier que le document d'information participe du contrat, autrement dit qu'il revête une valeur contractuelle.

481. **La valeur contractuelle des documents publicitaires. –** L'accès à la valeur contractuelle de certains documents publicitaires est une découverte jurisprudentielle[2]. La Cour de cassation a en effet affirmé que « *les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant* »[3]. Il est possible de soutenir qu'une information environnementale ou sociale contenue dans une déclaration de performance extra-financière, qui est publiée sur le site internet de la société, influence la personne dans sa volonté de

---

[1] C. Civ., art. 1131. Le vice de violence, qui suppose qu'une partie s'engage « *sous la pression d'une contrainte* » ne correspond pas au manquement étudié (C. Civ., art. 1140).

[2] V. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994 ; F. LABARTHE, « Valeur contractuelle des documents publicitaires », *JCP E*, 2010, 1834 ; B. PETIT et S. ROUXEL, « Art. 1113 à 1122. Contrat, Formation du contrat, Offre et acceptation », *JCl Civil Code*, 2021.

[3] Cass. 1re civ., 6 mai 2010, n° 08-14.461 : *JCP G* 2010, 922, note F. Labarthe ; *D.* 2011, p. 475, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *Gaz. Pal*. 2010, n° 216, p. 19, note D. HOUTCIEFF ; *RDC* 2010, p. 1197, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ*. 2010, p. 580, obs. P.-Y. GAUTIER. V. également Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-11.164, Bull. civ. IV, n° 195 : *JCP G* 1997, I, 4056, obs. F. LABARTHE ; *CCC*. 1997, comm. 1777, note L. LEVENEUR ; *D*. 1998, jurispr. p. 248, note G. PIGNARRE et G. PAISANT ; *RTD civ*. 1998, p. 363, obs. J. MESTRE ; Cass. 3e civ., 17 juill. 1997, n° 95-19.166, Bull. civ. III, n° 174 : *RTD civ*. 1998, p. 363, obs. J. MESTRE ; Cass. 3e civ., 8 juin 2004, n° 02-19.739 ; Cass. 3e civ., 31 mars 2005, n° 03-15.766, Bull. civ. III, n° 77. L'arrêt du 6 mai 2010 permet incidemment de confirmer que la nature du document publicitaire importe peu : les documents publiés sur internet peuvent autant prétendre à revêtir valeur contractuelle que les documents « papier ».

contracter avec l'entreprise, à l'instar de documents publicitaires traditionnels[1]. Or, les performances environnementales et sociales de l'entreprise peuvent s'avérer, au détriment du contractant, moins bonnes qu'indiqué. Par exemple, un consommateur pourrait acheter un produit en considération de l'engagement éthique annoncé par une entreprise dans sa déclaration de performance extra-financière :

> « *Au Mexique,* [une marque du groupe] *travaille avec des producteurs de café dans de nombreuses communautés, et avec l'ONG locale Fondo Para La Paz, pour soutenir les pratiques agricoles, telles que la plantation et le développement de variétés résistantes au changement climatique, ainsi que la rémunération équitable, avec un accent particulier sur l'autonomisation des femmes* »[2].

Cette information, qui paraît suffisamment précise et détaillée, faisant référence à une marque précise et une collaboration avec une ONG nommée, pourrait potentiellement entrer dans le champ contractuel, ce qui impliquerait que l'entreprise réponde des conséquences d'une éventuelle sanction contractuelle : annulation du contrat en cas de vice du consentement, caducité, exécution en nature ou par équivalent.

482. **La difficile caractérisation de la valeur contractuelle. –** Toutefois, il est douteux que la déclaration de performance extra-financière puisse être considérée comme un document publicitaire par le juge dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation. Il convient d'abord de souligner qu'il est peu probable qu'un consommateur lise la déclaration de performance extra-financière en prévision d'un achat. Ensuite, si la jurisprudence a pu insérer dans le champ du contrat des informations annexes, c'est en raison de leur degré de précision, qui est de nature à emporter la confiance du cocontractant. Les informations annexes peuvent être classifiées en deux catégories, permettant de distinguer celles qui relèvent du champ contractuel de celles qui n'en relèvent pas : les « *mentions informatives* » et les « *mentions indicatives* »[3]. La mention informative revêt une « *charge normative* […]

---

[1] Une partie de la doctrine a soutenu cette position à propos des codes de conduite adoptés par les entreprises : « […] *la dimension publicitaire d'un message ou d'un code éthique ne saurait constituer un obstacle à l'admission de leur caractère contraignant dès lors qu'il existe une tendance forte, en jurisprudence, à conférer valeur contractuelle aux documents publicitaires émis par les professionnels : catalogue, brochure, tracts... et pourquoi pas une charte éthique ?* » (I. DESBARATS et G. JAZOTTES, art. préc., n°11).

[2] PERNOD RICARD, *Document d'enregistrement universel 2020-2021,* déposé le 22 sept. 2021, p. 107.

[3] H. BARBIER, « Mentions indicatives, déclaratives, informatives, contractualisées, légales : de(s) force(s) obligatoire(s) du contrat », *RTD civ.*, 2020, p. 85.

nécessairement plus importante dans la mesure où, contrairement à la mention indicative, la mention informative se présente comme porteuse d'une information exacte et source d'attente légitime pour le contractant »[1]. Ainsi, l'insertion d'une disposition d'une déclaration de performance extra-financière dans le champ contractuel supposerait que celle-ci constitue une information très précise. Il devrait s'agir d'une information environnementale ou sociale suffisamment détaillée au point d'influencer le consentement d'un contractant qui lirait la déclaration. Si le titre du support – « déclaration de performance extra-financière » – ne peut être un critère permettant d'exclure la qualification de document publicitaire[2], la vocation de ce document reste pour autant déclarative et rétrospective. Or, la jurisprudence exclut classiquement les dispositions déclaratives[3] ou à titre informatif[4] du champ contractuel[5]. Dès lors, la majorité des informations contenues dans la déclaration, tournées vers le passé et assez vagues, ne pourraient pas prétendre à cette qualification dans la mesure où il s'agit de simples mentions indicatives. Prenons l'exemple d'un opérateur de télécommunications qui affirme, dans sa déclaration :

> « *Bouygues adopte une position proactive pour garantir la protection des enfants et adolescents envers certains contenus de l'Internet jugés inadaptés. En 2021, Bouygues poursuit ses actions pour accompagner les parents et protéger les mineurs dans leur vie numérique en proposant des nouveaux contenus utiles aux parents* »[6].

Les formules telles que « *position proactive* » et « *Bouygues poursuit ses actions* » ne donnent prise à aucun engagement : elles ne sont qu'indicatives. Un consommateur qui souscrirait un

---

[1] *Ibid.*
[2] « *Pour cerner la nature réelle d'un document éthique, il est nécessaire de dépasser son intitulé et sa forme : seule doit primer l'analyse du contenu* » (P. DEUMIER, « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD civ*., 2009, p. 77).
[3] La jurisprudence exclut classiquement les dispositions déclaratives du champ contractuel. Par exemple, hors de la problématique du document publicitaire, la Cour de cassation a affirmé, à propos d'une garantie d'actif et de passif, que les juges du fond ont souverainement retenu qu'une information (en l'occurrence, la désignation du représentant d'une des parties à l'accord) « *était une disposition déclarative ne nécessitant pas l'accord du garant* » (Cass. com., 18 oct. 2017, n° 16-10.162 : *Dr. sociétés* 2018, comm. 42 ; *JCP E* 2018, 1215, n° 4, obs. M. BUCHBERGER ; *RTD civ.* 2018, p. 101, obs. H. BARBIER).
[4] Par exemple, hors de la problématique du document publicitaire, s'agissant de la clause fixant le lieu de travail dans le contrat de travail, la Cour de cassation a affirmé : « *la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu* » (Cass. soc. 3 juin 2003, n° 01-43.573, Bull. 2003, V, n°185 : *Dr. soc*. 2003. 884, obs. J. SAVATIER).
[5] Le « champ contractuel », distinct du document contractuel, est une notion qui a été développée par Henri Capitant (H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 1re éd., Dalloz, 1923, n° 4, p. 23).
[6] BOUYGUES, *Document d'enregistrement universel 2021,* déposé le 23 mars 2022, p. 186.

abonnement ne pourrait reprocher – à supposer qu'il ait lu la déclaration – un quelconque manquement lié à ces déclarations[1].

483. **L'erreur et le dol. –** Si malgré ces obstacles un juge insérait une déclaration de performance extra-financière dans le champ contractuel, un vice du consentement pourrait être soulevé par le cocontractant.

484. D'une part, le consommateur ou le partenaire commercial qui aurait conclu un contrat avec l'entreprise communicante pourrait arguer d'une erreur due à de fausses allégations contenues dans les documents d'information ou à une absence d'information sociale ou environnementale[2]. Classiquement, l'erreur doit porter sur une qualité essentielle de la prestation[3]. Il faut alors prouver que la démarche de RSE de l'entreprise soit partie intégrante de la prestation offerte, de façon expresse ou tacite[4]. Il est alors possible d'imaginer l'hypothèse d'un produit singularisé par ses excellentes performances environnementales ou sociales, décrites dans la déclaration de performance extra-financière, et dont l'acheteur se rend compte, après la conclusion de la vente, que lesdites performances n'étaient en réalité pas celles qui étaient annoncées. Dans ce cas, l'erreur, qui porte bien sur une qualité essentielle du bien vendu, serait constituée sous réserve de remplir d'autres conditions. En plus de son caractère dit « excusable »[5], l'erreur doit revêtir, pour emporter annulation du contrat, un caractère « déterminant »[6]. L'invocation de l'erreur suppose que le consommateur ou le partenaire commercial de l'entreprise prouve qu'elle ait été déterminante de son consentement, c'est-à-dire qu'il ait conclu le contrat en considération d'une information qui s'est avérée fausse ou d'un engagement finalement non tenu. Dans le cas d'une omission d'information environnementale ou sociale, le caractère déterminant suppose que le cocontractant n'aurait pas contracté s'il était en connaissance de ladite information ou l'aurait fait « *à des conditions substantiellement différentes* »[7].

---

[1] Bien sûr, les conditions générales de vente pourraient asseoir plus facilement une éventuelle sanction contractuelle.
[2] I. DESBARATS et G. JAZOTTES, art. préc., n°11.
[3] C. Civ., art. 1132. L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant, prévue à l'article 1134 du Code civil, n'est pas envisagée ici, étant peu probable puisque réservée au cas des contrats conclus *intuitu personae*.
[4] C. Civ., art. 1133.
[5] C. Civ., art. 1132.
[6] C. Civ., art. 1130.
[7] C. Civ., art. 1130.

485. D'autre part, le dol pourrait être mobilisé par un cocontractant qui prouverait une manœuvre, un mensonge ou un silence[1] ayant déterminé son consentement[2]. Des allégations mensongères contenues dans les documents d'information pourraient constituer une telle tromperie. Une réticence dolosive, manifestée par l'absence d'une information essentielle, est également envisageable en théorie.

486. Il est une autre qualification contractuelle qu'il convient d'exposer, qui n'est pas de source jurisprudentielle ou légale mais doctrinale.

b. Au stade de l'exécution du contrat : la théorie de l'effet obligatoire de l'information

487. **La théorie de l'effet obligatoire de l'information.** – La théorie de l'effet obligatoire de l'information, développée par M. Fabre-Magnan, pourrait être mobilisée afin d'assortir certaines informations de la déclaration de performance extra-financière ou du plan de vigilance d'un effet juridique. La théorie consiste à doter d'un effet obligatoire toute information ayant contribué à la décision du cocontractant[3]. Une information erronée, incomplète[4] voire absente[5] pourrait se voir attribuer une force obligatoire, ce qui à première vue semblerait convenir aux discours de *greenwashing* ou *socialwashing* des entreprises, qui sont parfois caractérisés par des mensonges, mais le plus souvent par des prétéritions ou dissimulations.

488. Cette théorie est assortie de deux conditions. D'une part, le créancier doit « *légitimement croire en la force obligatoire de l'information* »[6], autrement dit, le destinataire de l'information environnementale ou sociale contestée doit être de bonne foi en affirmant

---

[1] C. Civ., art. 1137.
[2] C. Civ., art. 1130.
[3] « *Lorsqu'une information erronée a été transmise à un cocontractant et qu'elle l'a incité à émettre un consentement, la sanction qui nous semble, dans la plupart des hypothèses, la plus efficace, consiste à faire comme si l'information donnée entrait dans le champ contractuel en tant qu'obligation devant être exécutée par le débiteur de l'obligation d'information* » (M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n°643, p. 509). Pour une application de cette théorie aux dispositions des codes de conduite, v. M. LAROUER, *op. cit.,* n°122, p. 180.
[4] « *La théorie de l'effet obligatoire de l'information est ainsi efficace, aussi bien lorsqu'une information erronée a été transmise, que lorsque l'information communiquée était incomplète : dans ce dernier cas, si le destinataire de l'information a pu légitimement en déduire une autre information, celle-ci peut également acquérir force obligatoire* » (M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.,* n°653, p. 516).
[5] *Id.*, n°654, p. 516.
[6] *Id.,* n°658, p. 517.

avoir cru en la valeur contractuelle de cette information. D'autre part, le débiteur doit disposer d'un pouvoir sur l'obligation qui est contenue : le cocontractant (ici, l'entreprise) doit avoir la possibilité « *d'assurer la véracité ou, tout au moins, la réalisation, de l'information promise* »[1]. L'intérêt de cette théorie réside dans sa sanction, qui n'est pas celle de l'annulation du contrat mais celle de l'engagement de la responsabilité contractuelle du débiteur, puisqu'il est question de l'exécution du contrat et non de sa formation. Le créancier pourrait donc demander l'exécution en nature ou par équivalent de l'obligation qui était sous-tendue par l'information donnée.

489. **L'inapplicabilité de l'effet obligatoire de l'information. –** Là encore, cette théorie se heurte au caractère assez vague des informations contenues dans les documents d'information ; néanmoins, dans la mesure où un cocontractant aurait légitimement cru à une information erronée ou incomplète de la déclaration de performance extra-financière ou du plan de vigilance, celui-ci pourrait demander d'insérer cette information dans le champ contractuel, exigeant de l'entreprise qu'elle en respecte les implications[2]. Cette théorie doctrinale n'a de toutes façons pas encore fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle[3], ce qui rend assez inopérante sa transposition aux discours environnementaux et sociaux des entreprises.

490. Si les qualifications contractuelles rencontrent des obstacles techniques, elles s'avèrent plus généralement inadaptées à l'impératif de fiabilité des informations environnementales et sociales.

2. L'inadaptation des qualifications contractuelles

491. **Des destinataires différents. –** Il existe une inadéquation entre le champ très large des destinataires de l'information environnementale et sociale et celui, bien plus restreint, des protagonistes relatifs aux qualifications contractuelles. En d'autres termes, le droit des

---

[1] *Id.,* n°664, p. 522. En effet, dans la mesure où la sanction associée est l'exécution en nature de l'obligation, le débiteur doit être en capacité de pouvoir exécuter l'information promise.
[2] De plus, cette théorie suppose l'existence d'un contrat auquel est adossé le document d'information, ce qui limite ses potentialités d'application.
[3] Certaines solutions jurisprudentielles ponctuelles sont toutefois rattachées à cette théorie (v. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°644 et s., p. 509 et s.).

obligations implique des relations bilatérales tandis que la déclaration de performance extra-financière et le plan de vigilance s'adressent à une multitude de parties prenantes. Ces qualifications impliquent donc une action en justice de la part d'une partie prenante en particulier sur le fondement d'une relation contractuelle[1]. Cette limitation du périmètre des destinataires circonscrit les potentialités de contrôle de fiabilité de l'information environnementale et sociale. En plus d'être peu adaptée au devoir de transparence, cette limitation des destinataires n'est pas souhaitable : il est plus opportun de garantir la sincérité des informations pour toutes les parties prenantes de l'entreprise, et pas uniquement pour l'une d'entre elles.

492. **Des qualifications ponctuelles empêchant une systématisation du contrôle des informations. –** La limitation des parties pouvant invoquer ces qualifications révèle une difficulté encore plus insoluble. En effet, il s'agit de solutions ponctuelles, proposées par la doctrine en tant que palliatifs de l'absence de sanction contraignante[2]. Cet état de fait empêche toute systématisation du contrôle de ces documents d'information. Ces qualifications sont précaires, dépendant de la situation des parties prenantes qui les invoquent et de l'intervention du juge. Le contrôle de la fiabilité de l'information exercé par le biais de ces qualifications de droit commun est ainsi soumis aux aléas de l'action des parties prenantes et à ceux du pouvoir discrétionnaire du juge[3]. Cette absence de systématisation semble être, plus généralement, inhérente au droit souple : « *recouvr*[ant] *des manifestations très différentes, son effet devant le juge ne peut être déterminé en bloc* »[4].

493. Cette absence de systématisation implique une autre conséquence regrettable. Ces sanctions conduisent en effet à une fragmentation des documents de *reporting* puisque

---

[1] « *En arrière-plan, ce sont les aspects consuméristes du droit subjectif à l'environnement qui transparaissent. Ce droit fondamental comprend après tout une dimension procédurale éminente et liée à l'information du sujet de droit relativement aux données environnementales qui peuvent affecter sa santé et, par-là, sa vie privée et familiale. À cet endroit précis, le droit à l'environnement et le droit de la consommation se rejoignent puisque, dans le cadre du second, l'information est un élément résolument essentiel* » (L. FERIEL, *Les obligations environnementales en droit des contrats*, Université d'Aix-Marseille, 2020, n°995, p. 573)

[2] Les instruments de la RSE ne sont saisis juridiquement que par « *leur assimilation à une catégorie juridique* » (E. MAZUYER, « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 582).

[3] « […] *la juridicité de ces catégories est conditionnelle, la production d'effets juridiques relevant du pouvoir décisionnaire du juge* » (M. LAROUER, *op. cit.,* n°98, p. 135). V. également P. ABADIE, « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.*, 2018, 302.

[4] P. DEUMIER, « La *soft law* devant le juge : une figure à géométrie variable », *Le juriste dans la cité. Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 373.

l'application d'une sanction contractuelle intéresserait une disposition isolée du document. Le document ne serait pas appréhendé en tant que tel, dans son ensemble ; seule une disposition, qui remplirait les critères d'une sanction contractuelle extrinsèque, le serait. Ce type de sanction ne peut donc pas remplir le rôle d'un contrôle systématique et global de la fiabilité de l'information environnementale et sociale produite par les entreprises.

494. **Un effet de glaciation. –** La mobilisation de ces qualifications civiles emporterait en outre un effet pervers. Puisque ces sanctions prennent pour point de départ les informations contenues dans les divers documents, leur usage aboutirait à sanctionner les entreprises les plus ambitieuses en termes de transparence. En effet, les entreprises qui joueraient le jeu de la RSE en formulant des engagements forts pourraient risquer une condamnation judiciaire aboutissant par exemple à l'annulation d'un contrat. C'est l'expression d'un « *effet de glaciation* » ou « *chilling effect* »[1]. Il est donc louable que ces sanctions ne soient pas appliquées dans les faits : ponctuelles, elles ne participeraient pas d'un contrôle efficace de l'information environnementale et sociale ; sévères, elles aboutiraient à une frilosité des entreprises à développer leur politique RSE. En définitive, la qualité des données publiées n'en serait qu'amoindrie.

495. Cette dynamique semble déjà être à l'œuvre au sein de certaines sociétés, qui paraissent plutôt frileuses pour communiquer des informations précises. Par exemple, un groupe de l'industrie cosmétique cite nommément dans sa déclaration certains produits en exposant leurs bonnes performances environnementales et sociales mais reste évasif concernant les aspects délicats, tels que la sécurité des produits[2]. L'entreprise ne semble pas se risquer à fournir des informations plus précises sur les produits. Bien qu'il soit impossible de déterminer la motivation derrière le caractère assez vague de ces informations, c'est sans

---

[1] F.-G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression. Considérations à partir de l'arrêt Nike v/ Kasky », *Rev. soc.*, 2004, p. 261, n°7.

[2] « *La sécurité des consommateurs étant pour L'Oréal une priorité absolue, l'évaluation de la sécurité de ces formules et de leurs ingrédients est au cœur du développement des nouveaux produits et est un prérequis à leur mise sur le marché* […] *100 % des produits du Groupe sont soumis à une évaluation rigoureuse de leur sécurité et font l'objet d'un rapport de sécurité. La Direction Internationale d'Évaluation de la Sécurité évalue spécifiquement la sécurité des matières premières et des produits finis. Elle établit le profil toxicologique des ingrédients utilisés et des formules préalablement à leur mise sur le marché. Ces mêmes exigences de sécurité sont appliquées partout dans le monde afin de protéger la santé des consommateurs du monde entier* » (L'OREAL, *Document d'enregistrement universel 2021*, déposé le 17 mars 2022, p. 216).

doute la menace d'une sanction qui invite cette entreprise à la prudence lorsqu'elle communique sur la sécurité d'un produit désigné.

496. En définitive, la matière civile n'offre pas de perspective stable et efficace de sanction de l'information environnementale et sociale, soit en raison de l'inadaptation des qualifications, soit en raison de l'improbabilité de leur mise en œuvre. Sur ce terrain, le « *risque informationnel* » semble donc restreint[1]. Le contrôle de la fiabilité de l'information environnementale et sociale pourrait toutefois connaître une nouvelle vigueur grâce à l'utilisation de la matière pénale.

§2. La voie prometteuse des qualifications pénales

497. La matière pénale semble procurer des perspectives de sanction de la fiabilité des informations environnementales et sociales communiquées plus opérantes. Le renforcement de la sincérité de ces informations extra-financières n'emprunte toutefois pas le chemin de l'assimilation à l'information financière. Les sanctions pénales propres à l'information financière ne sont en effet pas transposées à l'information environnementale et sociale. C'est par le droit pénal de la consommation que la sanction du devoir de transparence environnementale et sociale semble trouver une nouvelle vigueur.

498. Ainsi, si les dispositions pénales applicables aux documents financiers sont inexploitées par les parties prenantes (A), le droit pénal de la consommation fournit des qualifications propices à la garantie de la fiabilité des informations environnementales et sociales (B).

A. L'inexploitation des qualifications issues du droit pénal de l'information financière

499. **Le délit de diffusion d'informations fausses ou trompeuses. –** Une déclaration mensongère pourrait possiblement correspondre aux éléments constitutifs d'une infraction prévue à l'article L. 465-3-2 du Code Monétaire et Financier. Cette disposition sanctionne « *le*

[1] M. TELLER, « L'information des sociétés cotées et non cotées : une évolution certaine, de nouveaux risques probables », *RTD Com.,* 2007, p. 17.

fait, par toute personne, de diffuser, par tout moyen, des informations qui donnent des indications fausses ou trompeuses sur la situation ou les perspectives d'un émetteur ou sur l'offre, la demande ou le cours d'un instrument financier ou qui fixent ou sont susceptibles de fixer le cours d'un instrument financier à un niveau anormal ou artificiel »[1]. Les peines encourues sont un d'emprisonnement de cinq ans et 100 millions d'euros d'amende[2].

500. La caractérisation de l'élément matériel[3] de ce délit est en théorie possible, ses critères étant plutôt larges. En effet, le texte précise que la diffusion d'informations fausses ou trompeuses peut être effectuée « *par tout moyen* ». Ce délit pourrait tout à fait être constitué au regard d'informations contenues dans une déclaration de performance extra-financière ou un plan de vigilance, la jurisprudence étant peu exigeante sur le moyen de diffusion de l'information. Elle a par exemple retenu la commission d'une telle infraction pour des informations diffusées dans la presse[4] ou lors d'une conférence de presse[5].

501. Quant à l'effet de la diffusion de l'information, le délit a été réformé en 2016[6] : « *là où l'ancien texte exigeait que le renseignement agisse sur les cours, le nouveau requiert des indications fausses ou trompeuses sur la situation ou les perspectives d'un émetteur* […] »[7]. Cette nouvelle rédaction semble favoriser la sanction d'une déclaration de performance extra-financière ou d'un plan de vigilance mensongers puisqu'il n'est plus exigé de vérifier que les données fausses ou trompeuses diffusées par une société cotée altèrent son cours en bourse.

---

[1] La diffusion d'une information fausse peut également faire l'objet de sanctions administratives prononcées par la commission des sanctions de l'Autorité des Marchés Financiers (C. Mon. Fin., art. L. 621-15, II, e). Les conditions sont plus restrictives que l'infraction pénale car seule est visée l'information « *fausse* » diffusée lors d'une offre au public de divers instruments financiers. Face au recoupement des champs d'application de l'infraction pénale et du manquement boursier, le législateur a prévu une articulation des poursuites visant à éviter leur cumul, reposant sur un système d'information mutuelle entre le procureur de la République et l'Autorité (C. Mon. Fin., art. L. 465-3-6. V. P. CONTE, « Les voies boursières répressives : le grand carrefour. Brève présentation des dispositions procédurales de la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016, réformant le système de répression des abus de marché », *Dr. Pén.,* 2016, étude 19).

[2] « […] *ce montant pouvant être porté jusqu'au décuple du montant de l'avantage retiré du délit, sans que l'amende puisse être inférieure à cet avantage* » (C. Mon. Fi., art. L. 465-1, I, A, sur renvoi de C. Mon. Fin., art. L. 465-3-2, I).

[3] Quant à l'élément moral, l'intention doit être démontrée (s'agissant d'un délit, conformément à l'article 121-3, al. 1 du Code pénal). La diffusion d'une information fausse ou trompeuse doit donc avoir été opérée en vue de tromper les tiers.

[4] T. corr. Paris, 20 déc. 1990 : *Gaz. Pal*. 1991, 1, jurispr. p. 157, note J.-P. MARCHI.

[5] CA Paris, ch. corr. 9, sect. A, 16 déc. 1998, n° 98/00828.

[6] *L. n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché*, art. 1. V. A. BELLEZZA, « La réforme inachevée du système de répression des abus de marché », *RD bancaire et fin.,* 2016, étude 23.

[7] C. CLAVERIE-ROUSSET, « Synthèse », *JCl. Finance et Banque*, 3 juin 2019, n°53.

502. De plus, cette infraction semble applicable aux cas dans lesquels les émetteurs enjolivent la réalité. En effet, le texte vise autant les fausses informations que celles qui sont « *trompeuses* ». En d'autres termes, il n'est pas exigé que l'information soit en elle-même erronée : il suffit que l'information provoque une erreur chez son destinataire, c'est-à-dire qu'elle ait un caractère trompeur[1]. Ainsi, puisqu'« *une succession de vérités partielles peut susciter des conclusions erronées* »[2], « *la diffusion d'informations partielles, tendancieuses* »[3] est de nature à constituer le délit de diffusion d'une information trompeuse.

503. **Une sanction inexploitée. –** Un futur actionnaire pourrait tout à fait se porter acquéreur d'actions de la société sur la foi des informations environnementales et sociales diffusées par l'entreprise qui se seraient avérées mensongères[4]. Toutefois, bien que les éléments constitutifs de cette infraction soient plus ouverts que les conditions des qualifications civiles, elle n'est pas pour autant plus utilisée que ces dernières[5]. À notre connaissance, elle n'a jamais été utilisée pour sanctionner une entreprise qui diffuserait une information environnementale fausse ou trompeuse *via* sa déclaration de performance extra-financière ou son plan de vigilance.

504. Les parties prenantes mobilisent plutôt une autre infraction pénale, relevant du droit pénal de la consommation.

B. L'exploitation des qualifications issues du droit pénal de la consommation

505. Le droit pénal de la consommation est parfois mobilisé par les parties prenantes dans une tentative de juridicisation des discours de la RSE. Ainsi, le droit de la consommation permet un « *glissement de la nature communicationnelle vers la nature juridique d'un*

---

[1] Les juges doivent ainsi « *rechercher si les informations diffusées n'étaient pas de nature à induire en erreur ceux qui les recevaient* » (Cass. Crim., 4 nov. 2004, n°03-82.777 : *BJB* 2005, p. 257, note N. RONTCHEVSKY).
[2] P. CONTE, « Marchés d'instruments financiers, Activité des marchés d'instruments financiers », *JCl. Pénal des Affaires,* Fasc. 30, 12 août 2019, n°51.
[3] N. RONTCHEVSKY, « Délit de fausse information : l'affaire Pallas Stern-Comipar », *BJB* 2005, n°11, p. 257.
[4] D'autant plus à l'aune du développement de l'investissement socialement responsable. V. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.
[5] V. B. FRANÇOIS, « Reporting RSE : commentaire du décret n°2012-557 du 24 avril 2012 », *Rev. sociétés*, 2012, n°46, p. 618.

engagement de RSE »[1]. Plus spécifiquement, c'est le délit de pratiques commerciales déloyales qui paraît le plus propice. Cette qualification semble en effet plutôt accueillante (1), d'autant plus au regard des orientations favorables du droit de la consommation (2).

1. La qualification accueillante des pratiques commerciales déloyales

506. **Les catégories de pratiques commerciales déloyales. –** Contrairement aux qualifications contractuelles, le droit pénal de la consommation permet de sanctionner des pratiques en tant que telles, dans toute la diversité qui les caractérise, sans avoir besoin de rechercher un support contractuel : son champ est donc plus large. En plus de poser une interdiction générale des pratiques commerciales déloyales[2], le législateur énumère des pratiques commerciales trompeuses et agressives. Au total, trois types de pratiques commerciales sont donc interdites : les pratiques déloyales en général, celles qui sont trompeuses et celles qui sont agressives. Puisque les pratiques trompeuses et agressives sont expressément énumérées, il convient en principe de confronter d'abord la pratique commerciale à ces deux catégories avant de vérifier, le cas échéant, si elle correspond à la définition générale de la pratique déloyale[3]. Pour le cas des documents d'information environnementale et sociale, seules les pratiques commerciales trompeuses seront étudiées, étant celles qui concordent le plus avec les pratiques de *greenwashing* et *socialwashing*.

507. **Une panoplie de sanctions. –** Le droit pénal de la consommation ne consiste pas à encourager le consommateur à acheter des biens et services respectueux de l'environnement[4], mais à protéger le consommateur qui, ayant fait ce choix, a été manipulé par une pratique commerciale déloyale[5]. Les sanctions associées aux pratiques commerciales trompeuses sont

---

[1] E. MAZUYER, « La *soft law* : outil juridique ou outil communicationnel ? L'exemple de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) » *in* S. CHASSAGNARD-PINET et S. DAUCHY, *Droit, justice et politiques communicationnelles. Permanence et ruptures,* Mare & Martin, 2015, p. 215.

[2] « *Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.* U*ne pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service* » (C. Consom., art. L. 121-1).

[3] V. CJUE, 16 avr. 2015, *Nemzeti Fogyasztovédelmi Hatosag*, aff. C-388/13. Ainsi, « *si une pratique commerciale répond aux critères de la pratique trompeuse ou de la pratique agressive, il n'y a pas lieu de vérifier que les critères de la pratique déloyale sont réunis* » (D. FENOUILLET (dir.), *Droit de la consommation. Droit interne et européen*, Dalloz, 2020, n°121-12, p. 239).

[4] Sur le mouvement de la consommation socialement responsable, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

[5] Sur l'appréhension de la RSE par le droit pénal de la consommation, v. M. LOBE LOBAS, « L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale », *Environnement*, n°3, 2014, étude 4 ; O. CLAUDE et S. AMATI,

intéressantes car variées, usant des mécanismes pénaux classiques et des mécanismes réputationnels[1]. Tout d'abord, l'entreprise peut classiquement être enjointe de cesser ladite pratique[2]. Cette injonction peut être demandée par une association de défense des intérêts des consommateurs[3], ce qui est un atout en faveur de la juridicisation des documents d'information par les parties prenantes. Les entreprises qui s'adonneraient à des pratiques commerciales trompeuses risquent une condamnation de deux ans de prison ainsi qu'une amende de 300 000€, éventuellement majorée à 80 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique quand il s'agit d'une pratique trompeuse qui « *repose* […] *sur des allégations en matière environnementale* »[4]. Cette amende proportionnelle ou « *à taux mobile* »[5] permet de « *mettre le plafond de l'amende en relation avec l'importance économique des entreprises commettant l'infraction* »[6]. Une peine complémentaire d'interdiction d'exercice professionnel est également encourue[7]. Le juge a la possibilité d'ordonner la diffusion de la décision de condamnation au public ou d'un communiqué visant à en informer le public[8]. Enfin, des sanctions administratives peuvent être prononcées par la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF)[9].

« *Business & Human Rights* : le risque de la responsabilité pénale. A propos des engagements éthiques et des pratiques commerciales trompeuses », *Rev. int. compliance*, n°2, 2021, étude 83. Sur l'appréhension de la RSE par le droit pénal de manière générale, v. E. DAOUD et J. FERRARI, « RSE et droit pénal », *RLDA*, n°100, 2015.

[1] Sur la sanction réputationnelle en général, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

[2] C. Consom., art. L. 521-1 et L. 524-2.

[3] C. Consom., art. L. 621-7.

[4] C. Consom., art. L. 132-2 et L. 132-11, modifié par *L. n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*. V. L. PEYEN, « La publicité, l'argument environnemental et la loi Climat et Résilience : halte au greenwashing ? », *JCP A*, n°38-39, 2021, 2277, n°3) : « *Ce durcissement des sanctions, même léger, montre une attention tout à fait satisfaisante à la question environnementale, même s'il est permis de douter d'une efficacité particulièrement accrue par rapport au cadre général* ».

[5] V. A. BAVITOT, « L'amende à taux mobile », *AJ Pénal*, 2019, p. 18. Ici, cette amende proportionnelle est définie *« en fonction de l'instrument de l'infraction (50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant ce délit* [80% depuis la loi Climat et résilience pour les allégations à caractère environnemental]*) ou du chiffre d'affaires de la personne mise en cause (10 %)* » (C. INGRAIN, R. LORRAIN et M. VOSS, « L'amende proportionnelle : état des lieux », *AJ Pénal*, 2021, p. 75).

[6] J.-M. BRIGANT, « Lutte contre le *greenwashing* : le droit (pénal) de la consommation au secours de la loi Climat & Résilience », *RLDA*, n°177, 2022.

[7] C. Consom., art. L. 132-3.

[8] C. Consom., art. L. 132-4. Sur les implications réputationnelles de la sanction de diffusion d'une décision de justice, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

[9] C. Consom., art. L. 532-1.

508. **L'objet des pratiques commerciales trompeuses. –** Parmi les pratiques trompeuses interdites, figure toute pratique « *repos*[ant] *sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur* » et qui porte sur « *les caractéristiques essentielles du bien ou du service* » ou encore sur « *la portée des engagements de l'annonceur, notamment en matière environnementale* […] »[1].

509. Le premier cas, qui intéresse les caractéristiques essentielles du bien ou service, renvoie à « *ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine,* […] *sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, notamment son impact environnemental, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service* »[2]. Une déclaration de performance extra-financière erronée ou mensongère pourrait être sanctionnée sur ce fondement, notamment si elle est trompeuse quant aux qualités du bien ou service et de son impact environnemental[3]. Par exemple, un consommateur peut être trompé par une déclaration mettant en avant des conditions de fabrication respectueuses de l'environnement qui s'avéreraient illusoires, ou par une déclaration qui vanterait, à tort, un faible impact environnemental[4].

510. Le deuxième cas est relatif à la portée des engagements de l'annonceur, « *notamment en matière environnementale* » – cette précision ayant été ajoutée par la loi dite « Climat et résilience » d'août 2021[5]. L'objectif, initialement porté par la Convention Citoyenne pour le

---

[1] C. Consom., art. L. 121-2, 2°.
[2] C. Consom., art. L. 121-2, 2°.
[3] « *Dans une communication récente, la Commission européenne a d'ailleurs pris le soin de préciser ce point : Conformément aux articles 6 et 7 de la DPCD relatifs aux actions et omissions trompeuses, les allégations écologiques doivent être véridiques, ne pas contenir d'informations fausses et être présentées de manière claire, spécifique, exacte et dénuée d'ambiguïté, afin de ne pas induire en erreur les consommateurs. Sur la base de l'article 12 de la DPCD, les professionnels doivent disposer de preuves à l'appui de leurs allégations et être prêts, si l'allégation est contestée, à les fournir aux autorités de contrôle compétentes sous une forme compréhensible* » (COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. 2021/C 526/01*, 29 déc. 2021, « Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur », pt. 4.1.1.2).
[4] Par exemple, une entreprise a été condamnée pour pratique commerciale trompeuse pour avoir affirmé, à tort, l'absence d'incidence nocive d'un désherbant sur l'environnement – l'information n'était néanmoins pas donnée dans un document RSE (CA Lyon, 7e ch. corr., 29 oct. 2008).
[5] *L. n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, art. 4 et 10. Initialement, cette disposition n'avait pas été prévue dans le projet de loi. Elle a émergé grâce aux débats parlementaires.

Climat, sous une mouture néanmoins plus ambitieuse[1], est de « *lutte*[r] *contre le blanchiment écologique* »[2] par la régulation de la publicité verte. Cet ajout concrétise alors l'ambition de l'État et de l'Union européenne d'agir contre le *greenwashing*, qui avait été exprimée dans de nombreux rapports et avis non contraignants[3]. Cette possibilité est encore plus favorable à la qualification de certaines allégations de déclarations de performance extra-financière, dans la mesure où « *la formulation est assez large et imprécise pour concerner bon nombre de situations* »[4]. En effet, la référence à « *la portée des engagements de l'annonceur* » est large. Traditionnellement, elle renvoie à des allégations de gains d'argent annoncés comme étant certains alors pourtant que soumis à un aléa[5] ou encore à une publicité promettant que le produit serait « *satisfait ou échangé* » (*sic*) alors qu'une participation financière d'un tiers du prix du produit est exigée du consommateur lors de l'échange[6]. La précision relative à la matière environnementale sera de nature à renouveler le domaine des allégations portant sur « *la portée des engagements de l'annonceur* », classiquement entendus comme des engagements commerciaux.

---

[1] Il était par exemple proposé d'« *interdire de manière efficace et opérante la publicité des produits les plus émetteurs de GES, sur tous les supports publicitaires* », de « *réguler la publicité pour limiter fortement les incitations quotidiennes et non-choisies à la consommation* » et de « *mettre en place des mentions pour inciter à moins consommer* », appelant à un « *durcissement* » des mesures face à la « *surexposition publicitaire* » (CONVENTION CITOYENNE POUR LE CLIMAT, *Les propositions de la Convention Citoyenne pour le Climat*, 29 janv. 2021, p. 23).

[2] ASSEMBLEE NATIONALE, *2e séance du jeudi 1er avril 2021. Compte-rendu intégral*, p. 3481.

[3] V. par exemple MINISTERE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMERIQUE, *Guide pratique des allégations environnementales à l'usage des professionnels et des consommateurs*, 2014 : « *L'argument environnemental n'est pas un argument de vente comme les autres : il rapproche l'engagement d'une entreprise et l'implication d'un consommateur en faveur du développement durable, et ne peut se permettre de jouer sur des ambiguïtés. Une communication loyale et explicite, base d'une confiance solide, est donc fondamentale* » (p. 1) ; COMMISSION EUROPEENNE, *Comm*. (2020) *98 final*, 11 mars 2020, « Un nouveau plan d'action pour une économie circulaire. Pour une Europe plus propre et plus compétitive », pt. 2.2 ; PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution UE 2013/2116 (INI)*, 4 fév. 2014, « Application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyale *»* : dans cette résolution, le Parlement européen « *souligne que l'utilisation de fausses allégations environnementales est une pratique déloyale qui tend à se développer ; encourage la Commission à approfondir la section du document d'orientation qui y est consacrée afin d'apporter des précisions aux opérateurs économiques sur l'application de la directive ; invite parallèlement la Commission à explorer les initiatives qu'elle pourrait prendre pour mieux protéger les consommateurs contre ces pratiques* » (pt. 24).

[4] L. PEYEN, « La publicité, l'argument environnemental et la loi Climat et Résilience : halte au greenwashing ? », *JCP A*, n°38-39, 2021, 2277, n°4. Cependant, selon L. Peyen, « a priori*, et compte tenu de l'interprétation retenue par les juges auparavant, il s'agit là d'un simple toilettage formel. Néanmoins, ces modifications sont les bienvenues : premièrement, parce qu'elles dissipent les éventuels doutes qui pourraient encore subsister sur la qualification du greenwashing en droit interne ; deuxièmement, parce qu'elles ont le mérite d'attirer l'attention des annonceurs sur la dimension environnementale des arguments qu'ils pourraient mobiliser* » (*ibid.*).

[5] Cass. crim., 28 mai 1997, n° 96-84342 : Bull. crim. 1997, n° 211 ; *JCP G* 1997, IV, 1912.

[6] Cass. com., 28 nov. 2006, n° 05-15.482 : *D*. 2007, p. 1996, obs. Ch. LE STANC.

511. **La forme des pratiques commerciales trompeuses. –** Quant à sa forme, la pratique commerciale trompeuse n'est pas forcément l'expression d'un pur mensonge : la formule légale est large, faisant référence à « *des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur* »[1]. La directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales de 2005 précise bien qu'une pratique est trompeuse si « *par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes* »[2]. La jurisprudence n'hésite donc pas à sanctionner les « *tromperies par suggestion* »[3]. Par exemple, sous l'empire de l'ancien texte sanctionnant la publicité trompeuse, la Cour de cassation a accueilli une telle qualification pour une publicité de boisson accompagnée d'une image de fruits frais alors qu'elle était à base d'ingrédients chimiques[4] ou pour une publicité relative à des œufs suggérant des conditions d'élevage traditionnelles, grâce à des expressions et des dessins, alors qu'il n'en était rien[5]. Or, « *aucune de ces publicités n'est explicitement mensongère, mais elles sont construites de manière à laisser le consommateur croire à une situation fausse* »[6].

512. Toutes les suggestions ne sont toutefois pas trompeuses. La directive européenne a pris le soin de préciser que l'encadrement des pratiques commerciales déloyales ne vise pas « *la pratique publicitaire courante et légitime consistant à formuler des déclarations exagérées ou des déclarations qui ne sont pas destinées à être comprises au sens littéral* »[7].

---

[1] C. Consom., art. L. 121-2, 2°.

[2] *Dir. 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil* (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), art. 6-1.

[3] J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE et M. DEPINCE, *Droit de la consommation*, 10e éd., Dalloz, 2020, n°97, p. 108.

[4] Cass. crim., 13 mars 1979, n°78-92.341, Bull. crim., n°104, p. 92 : *JCP CI* 1979, I., chron. S. GUINCHARD.

[5] « […] *les œufs commercialisés par le Gie Appro sous la marque "Mère Poulard - le Mont-Saint-Michel" dans un emballage représentant le Mont-Saint-Michel avec la mention d'une adresse dans cette localité, le dessin d'épis de blé et de maïs, l'emploi des expressions "tradition", "comme autrefois", "selon un rite immuable" constituent une publicité trompeuse en ce qu'ils apparaissent liés à une personne et à un site prestigieux alors que les lieux de production n'ont aucun rapport avec le Mont-Saint-Michel et que les poules pondeuses ne sont pas nourries au grain mais au moyen d'aliments élaborés industriellement* » (Cass. crim., 3 sept. 2002, n°01-86.760).

[6] J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE et M. DEPINCE, *op. cit.*, n°97, p. 108.

[7] *Dir. 2005/29/CE* préc., art. 5-3. La jurisprudence antérieure à la directive avait déjà œuvré en ce sens, affirmant qu'elle ne sanctionnait pas « *la publicité hyperbolique qui se traduit par "la parodie" ou "l'emphase", dès lors qu'il est établi, par référence à "l'optique du consommateur moyen" et en tenant compte "du degré de discernement et du sens critique de la moyenne des consommateurs", que l'outrance ou l'exagération de l'image*

Ainsi, la ligne de partage entre la pratique commerciale trompeuse et la pratique commerciale tolérée est représentée par le discernement du « *consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* »[1]. En effet, pour être qualifiée de trompeuse, la pratique commerciale doit altérer ou être susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du « *consommateur moyen* » selon les termes de la directive[2]. L'influence de la pratique commerciale trompeuse doit donc être appréciée *in abstracto*, confrontée à ce consommateur standard[3]. Une déclaration de performance extra-financière mensongère pourrait être sanctionnée sur ce fondement seulement si, portant sur les caractéristiques essentielles du bien ou service dont elle fait la promotion ou sur la portée des engagements de l'annonceur, elle est de nature à tromper un consommateur raisonnablement avisé. L'insinuation portée par le discours environnemental de l'entreprise doit donc être suffisamment vraisemblable pour être sanctionnée.

513. **L'exclusion initiale de l'information environnementale et sociale du champ de la directive européenne. –** La directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales définit la pratique commerciale comme étant « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* »[4]. En d'autres termes, « *une pratique commerciale est un procédé par lequel un professionnel cherche à attirer les consommateurs, mais également et plus largement à maîtriser son image auprès des consommateurs* »[5]. Les plans de vigilance

---

publicitaire ne peut finalement tromper personne » (Cass. crim., 21 mai 1984, n°83-92.070, Bull. crim. 1984, n°185 : *D.* 1985, 105, note S. MARGUERY).

[1] En effet, cette condition, qui est l'un des critères de la pratique déloyale (C. Consom., art. L. 121-1), doit également être appliquée aux pratiques trompeuses et agressives. En effet, la directive a expressément prévu l'application de cette condition (*Dir. 2005/29/CE* préc., art. 6-1 et 7-1), qui n'a malheureusement pas été rappelée par le législateur français au titre des pratiques trompeuses et agressives. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler la nécessité de cette condition pour caractériser une pratique trompeuse (Cass. Com., 1er mars 2017, n°15-15.448, Bull. civ. IV, n°33 : *D.* 2017. 501 ; *D.* 2017. 1075, chron. S. TREARD, F. JOLLEC, T. GAUTHIER, S. BARBOT et A.-C. LE BRAS ; *D.* 2017. 2444, obs. Y. SERRA ; *D.* 2018. 583, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *AJ contrat* 2017. 181, obs. V. LEGRAND ; *CCC* 2017. comm. 112, S. BERNHEIM-DESVAUX).

[2] *Dir. 2005/29/CE* préc., art. 6-2.

[3] Sur ce standard, v. D. FENOUILLET (dir.), *Droit de la consommation. Droit interne et européen*, Dalloz, 2020, n°123-41 et s., p. 255 et s.

[4] *Dir. 2005/29/CE* préc., art. 2, d). Cette définition n'a pas été transposée en droit français mais les dispositions du Code de la consommation sont interprétées à la lumière de la directive (v. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE et M. DEPINCE, *op. cit.*, n°87, p. 99).

[5] J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE et M. DEPINCE, *op. cit.*, n°87, p. 99.

peuvent difficilement être assimilés à une pratique commerciale dans la mesure où ils s'inscrivent dans une logique de *compliance*[1] davantage qu'une logique de promotion : il s'agit de présenter un plan opérationnel de vigilance et non de communiquer sur les performances environnementales et sociales de l'entreprise. Pour les déclarations de performance extra-financière, la question n'est pas si simple. Elles seraient exclues du champ de la règlementation des pratiques commerciales déloyales selon un considérant de la directive de 2005 :

> « *La présente directive porte sur les pratiques commerciales qui visent directement à influencer les décisions commerciales des consommateurs à l'égard de produits. Elle ne s'applique pas aux pratiques commerciales mises en œuvre principalement à d'autres fins, parmi lesquelles figurent par exemple les communications commerciales destinées aux investisseurs, telles que les rapports annuels et la documentation promotionnelle des entreprises* »[2].

514. **Une exclusion à reconsidérer. –** À suivre ce raisonnement, la publication d'une déclaration de performance extra-financière serait bien une pratique commerciale mais ne serait pas soumise au droit des pratiques commerciales déloyales, en ce qu'elle n'a aucune influence sur les décisions de consommation. Il convient néanmoins de rappeler qu'un considérant d'une directive n'a pas de valeur normative, au sens strict du terme[3], et peut seulement être utilisé à titre de référence par les juges. De plus, il nous semble qu'il convient de reconsidérer cette exclusion au regard de la date de la directive, des récentes affaires sur la question[4] et des orientations sur l'application de la directive publiées depuis par l'Union européenne[5]. Cette exclusion devrait également être de nouveau évaluée à l'aune de l'expansion des publicités en ligne, auxquelles sont souvent associées les pages de sites web dédiées à la RSE. Par le biais des renvois *via* les liens hypertextes, les communications

---

[1] La compliance renvoie à « *l'ensemble des processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables* » (citation issue du *Cercle de la Compliance* rapportée par A. GAUDEMET, « Introduction », *in* A. GAUDEMET, (dir.), *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, Editions Panthéon-Assas, 2016, p. 9). Sur ce mouvement, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

[2] *Dir. 2005/29/CE* préc., cons. n°7.

[3] COMMISSION EUROPEENNE, PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, *Guide pratique commun à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne*, 2015, pt. 10, p. 31.

[4] V. *infra* §2.

[5] V. *infra* §2.

numériques « *obèrent l'identification de l'expression publicitaire, et* […] *mettent à l'épreuve le tracé des frontières entre communication institutionnelle et discours promotionnel* »[1]. Ce type de support des discours de la RSE « *nourri*[t] *l'indistinction entre la politique environnementale de l'entreprise, les incidences écologiques de ses activités et celles de ses produits, entre l'information et l'éducation des consommateurs, entre la valorisation de l'image de l'entreprise et la promotion de ses produits* »[2]. En d'autres termes, l'affirmation issue du considérant de la directive, selon laquelle une communication institutionnelle n'influerait pas sur le comportement du consommateur, est contestable au regard de l'évolution des stratégies de communication des entreprises.

515. **Le caractère commercial de la déclaration de performance extra-financière. –** Au-delà de la question du support des déclarations de performance extra-financière, il nous semble que l'exclusion est encore moins justifiée au regard de la promotion des qualités environnementales et sociales des biens et services produits contenue dans les déclarations. La déclaration de performance extra-financière s'inscrit dans le registre commercial et même, sous certains aspects, publicitaire[3]. Outre la promotion directe d'un produit au sein de la déclaration[4], le *reporting* environnemental et social participe en effet d'un système de légitimation de l'entreprise à destination notamment du consommateur socialement responsable[5]. Or, la publicité est bien « *toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les*

[1] A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut Universitaire Varenne, 2015, n°223, p. 203. A.-S. Epstein précise bien que « *ce n'est pas le support électronique qui nourrit les doutes sur la qualification publicitaire : un site Internet peut constituer un support publicitaire. C'est surtout la proximité d'allégations et d'informations disparates qui est problématique* » (*Ibid*, note n°111).
[2] *Ibid*.
[3] « *Il est évident que les informations environnementales insérées dans les rapports annuels des entreprises se rapprochent souvent plutôt de la publicité que d'une information factuelle* ». (L. KRÄMER, « La responsabilité sociale des entreprises et le droit européen de l'environnement », *Revue des affaires européennes*, 2003-2004, n°4, p. 549).
[4] Par exemple, la déclaration d'un groupe promeut les performances environnementales de certains de ses produits au sein de la déclaration : « *Parmi les nouveaux produits lancés en 2021, les produits figurant ci-après présentent des formules ayant des niveaux de biodégradabilité supérieurs à 98 %* […] » (L'OREAL, *Document d'enregistrement universel 2021*, déposé le 17 mars 2022, p. 207) ; « *tous les shampoing 250 ml* [de telle marque] *contiennent désormais du PET 100 % PCR, soit une consommation de 251 tonnes de PET recyclé pour cette gamme. Les mêmes efforts sont faits sur les contenants en PE : à la fois les tubes, avec par exemple 30 % de PE PCR sur la gamme* […], *ou les flacons avec la gamme shampoing et après-shampoing 1L de* [telle marque] *qui contiennent désormais 100 % de PE PCR, pour les salons de coiffure en Europe* » (*id.,* p. 215).
[5] Sur le mouvement de la consommation socialement responsable, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

obligations »[1]. Il n'est de toutes façons pas besoin de qualifier la déclaration de performance extra-financière de publicité[2] pour lui voir appliquer la réglementation relative aux pratiques commerciales, dans la mesure où ces dernières sont plus larges, englobant la publicité mais ne s'y résumant pas.

516. **Proposition d'une qualification explicite de l'information extra-financière comme étant une pratique commerciale. –** Dans un souci de clarification, il aurait été opportun que le *reporting* environnemental et social soit expressément assimilé à une pratique commerciale. Cette précision scellerait la faculté d'influence du comportement de consommation de la RSE. En définitive, s'agissant de la règlementation des pratiques commerciales, le seul critère demeurerait celui, figurant déjà dans la directive de 2005, de « relation directe » avec le produit ou service : une déclaration de performance extra-financière pourrait de façon certaine être qualifiée de pratique commerciale soumise audit régime[3] dès lors qu'elle est « *en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* »[4]. Le fait que la déclaration dispose d'une portée générale, ne décrivant pas forcément un produit ou service en particulier mais les conditions de conception de l'ensemble des biens ou services vendus ne fait pas, selon nous, obstacle à l'application de ce critère de relation directe avec la promotion d'un produit ou d'un service. En effet, la « relation directe » n'est pas synonyme de référence expresse au produit ou service. En d'autres termes, « *ce qui est*

---

[1] *Dir. 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative*, art. 2. Un règlement européen relatif à l'étiquetage des produits biologiques retient une conception encore plus large de la publicité, définie comme « *toute présentation de produits à l'intention du public, par tout moyen autre que l'étiquetage, qui vise ou est de nature à influencer et façonner les attitudes, les opinions et les comportements afin de promouvoir directement ou indirectement la vente de produits* » (*Règl. (UE) n°2018/848 du 30 mai 2018 relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques, et abrogeant le règlement (CE) no 834/2007 du Conseil*, art. 3).

[2] A.-S. Epstein propose alors d'appréhender les documents d'information environnementale, « *à défaut d'être qualifiées de publicité* », de « *communications commerciales au vu de leur propension à promouvoir directement ou indirectement l'image de l'entreprise* » (A.-S. EPSTEIN, *op. cit.,* n°224, p. 204).

[3] La soumission au régime des pratiques commerciales a d'ailleurs été expressément mentionnée par le rapporteur d'une Commission permanente du Sénat qui, pour rejeter deux amendements permettant au juge d'enjoindre les dirigeants de compléter la déclaration en cas de carence d'une information ou de rectifier des informations « *inexactes, trompeuses ou de nature à induire en erreur* », affirme : « *sur le fond, ces amendements sont totalement satisfaits, notre législation offrant déjà la possibilité de se prémunir contre le risque de diffusion d'informations trompeuses. En effet,* […] *le code de la consommation prévoit* […] *que toute communication trompeuse d'une société peut faire l'objet de poursuites, y compris celles qui figurent dans le rapport annuel* » (SENAT, séance du 7 oct. 2009).

[4] *Dir. 2005/29/CE* préc., art. 2, d). Ce critère est à rapprocher de celui qui est applicable en matière médicale : « *Lorsqu'une publicité en faveur d'une entreprise ou d'un établissement pharmaceutique mentionne un médicament, elle est régie par les dispositions* [encadrant la publicité des médicaments] » (C. S. P., art. R. 5124-67).

décrit au travers du reporting *extra-financier est un état d'esprit général décrivant l'activité de l'entreprise, que l'on peut néanmoins rattacher à chaque produit ou service qui en est issu* »[1].

517. **La nature mixte de la déclaration de performance extra-financière. –** Cette précision permettrait d'entériner la duplicité de l'information environnementale et sociale. En effet, l'hésitation liée à sa qualification éventuelle de pratique commerciale influençant le comportement du consommateur est liée à la nature de ce discours, dont l'analyse doit être complexifiée. Si un auteur énonce qu'« *il est absolument incontestable que* […] *toute démarche de communication sociale et environnementale est un discours commercial car il s'agit précisément toujours de déclarations qui ont, ou peuvent avoir, un effet sur le marché et l'opinion des consommateurs* », il relève néanmoins que « *le propre de la RSE est précisément de placer l'entreprise dans une logique qui n'est pas exclusivement commerciale mais aussi citoyenne* »[2]. Le discours social et environnemental des entreprises revêtirait donc un « *caractère mixte* », entre démarche citoyenne de l'entreprise et outil commercial de promotion de son activité[3]. Le discours environnemental et social des entreprises est parfois analysé comme la manifestation de leur liberté d'expression[4] – ce qui est contestable, la société étant avant tout une fiction juridique au service de la création d'un profit à destination de personnes physiques[5]. La difficulté réside précisément dans cette ambivalence : les

---

[1] L'auteur poursuit : « *Nous sommes certes, ici, dans la sphère de leurs caractéristiques indirectes (bien que les informations extra-financières peuvent aussi porter, le cas échéant, sur les modes de fabrication et de production de certains produits identifiés), et rien n'empêche* a priori *la jurisprudence d'intégrer celles-ci dans le périmètre de la définition qu'elle propose de la publicité. Le rapport de gestion façonne une image attractive de la société et de l'ensemble de ses produits et services, image qui joue comme une publicité* » (B. PETIT, « "Reporting" RSE : un nouveau coup d'épée dans l'eau... », *Environnement*, n°7, 2014, étude 12, n°25).

[2] F.-G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression. Considérations à partir de l'arrêt Nike v/ Kasky », *Rev. soc.*, 2004, p. 261. Sur la distinction entre information et publicité en droit des marques, v. M. MALAURIE-VIGNAL, « De la difficulté à distinguer information et publicité », *CCC*, juil. 2011, n°7, comm. 157.

[3] F.-G. TREBULLE, art. préc., p. 261. V. également P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement : recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, 2013, n°553 et s., p. 489 et s.

[4] Selon L. Marino, la liberté d'expression est « *un droit supra-légal qui profite à toute personne. Ainsi, bien sûr, la liberté d'expression profite à l'entreprise. La logique des droits fondamentaux n'est pas purement anthropomorphique comme celle des droits de l'homme* ». Elle ajoute que « *dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), l'entreprise, qui a des devoirs liés à ses relations avec la société civile et le pouvoir politique, devrait aussi avoir des droits, notamment la liberté d'expression* » (L. MARINO, « Plaidoyer pour la liberté d'expression, droit fondamental de l'entreprise », *RTD com.*, 2011, p. 1).

[5] Un auteur va même plus loin : « *Posons-nous la question : pourquoi le marché aurait-il besoin d'aspirer la liberté d'expression, si ce n'est pour donner aux entreprises une échappatoire au cadre très contraignant de la publicité loyale ; si ce n'est pour leur permettre de délivrer des informations indirectement commerciales (mais néanmoins influentes sur leur position dans le marché) et dont elles auraient la totale maîtrise ? La liberté*

déclarations de performance extra-financière mêlent données générales à pur caractère informatif et discours promotionnel visant à façonner une bonne réputation pour l'entreprise[1]. Il pourrait être argué que la reconnaissance de cette sanction de droit dur pourrait fragiliser la légitimité et le sérieux attachés à la déclaration de performance extra-financière. En effet, qualifier une déclaration de performance extra-financière de pratique commerciale, voire de document publicitaire, contribue à assumer incidemment les potentialités d'éco-blanchiment qu'offre la transparence environnementale et sociale. D'un autre côté, cette qualification permettrait de sanctionner les entreprises qui détourneraient les devoirs d'information qui leur incombent pour tromper leurs consommateurs et ainsi augmenter leur chiffre d'affaires.

518. Ainsi, la qualification des pratiques commerciales déloyales semble plus accueillante que les qualifications du droit des obligations pour sanctionner les discours environnementaux et sociaux, ce que confirment globalement les orientations présentes et futures du droit de la consommation.

2. Les orientations favorables du droit de la consommation

519. **Une volonté judiciaire de sanctionner les discours trompeurs. –** La qualification de pratiques commerciales déloyales porte en elle des potentialités intéressantes de durcissement des discours environnementaux contenus dans les documents d'information, qui existaient avant les modifications apportées par la loi « Climat et Résilience », dont la doctrine s'accorde à dire qu'elles n'ont consisté qu'en un « *toilettage rédactionnel* »[2]. Une certaine

---

d'expression de l'entreprise n'est qu'une formule en apparence anodine pour désigner le droit de produire des informations non-sincères, dès lors qu'elles ne rentrent pas dans le cadre strict de la publicité » (B. PETIT « "Reporting" RSE : un nouveau coup d'épée dans l'eau... », *Environnement*, n°7, 2014, étude 12, n°28). F.-G. Trébulle propose alors de reconnaître à l'entreprise une « *citoyenneté secondaire* » (à l'instar d'une autre proposition : v. T.H. MARSHALL et T. BOTTMORE, *Citizenship and social class*, Pluto, 1992) afin de « *poser nettement la dissociation fondamentale, indépassable, entre les hommes et les organisations* » (F.-G. TREBULLE, « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur "l'entreprise citoyenne" », *Rev. soc.,* 2006, n°21, p. 41).

[1] Sur l'enjeu de la réputation, v. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

[2] J.-M. BRIGANT, « Lutte contre le *greenwashing* : le droit (pénal) de la consommation au secours de la loi Climat & Résilience », *RLDA*, n°177, 2022. La portée de la loi Climat et résilience en matière de pratiques commerciales déloyales est donc davantage symbolique qu'opérationnelle. Le législateur en fait d'ailleurs l'aveu : « *En employant l'adverbe "notamment", le législateur ne fait donc que confirmer que l'impact environnemental constitue un élément parmi un ensemble de critères déjà cités par l'article L. 121-2* » (*ibid.*). V. également L. PEYEN, « La publicité, l'argument environnemental et la loi Climat et Résilience : halte au greenwashing ? », *JCP A*, n°38-39, 2021, 2277. Ainsi, avant cette loi, certains rares arrêts avaient pu rattacher à la qualification de pratiques commerciales trompeuses certaines pratiques d'éco-blanchiment (v. notamment Cass. crim., 6 oct. 2009, n° 08-87.757 : *Dr. pén*. 2009, comm. 153, n° 12, note J.-H. ROBERT ; Cass. crim., 21 oct. 2014, n°13-86.881).

volonté judiciaire de sanctionner les discours environnementaux ambigus est en effet observée.

520. Dans un arrêt, la Cour de cassation a validé l'argumentation de juges du fond qui ont sanctionné une entreprise pour une campagne publicitaire portant sur un véhicule présenté comme « *plus écologique et plus économique* » en raison de son fonctionnement au bioéthanol[1]. La Cour d'appel de Paris avait ainsi relevé que l'entreprise ne précisait pas que le véhicule fonctionnait sous un système dit « Flex fuel », lui permettant d'utiliser indifféremment tout type de carburant (de l'essence, du bioéthanol, ou les deux)[2]. Or, le caractère plus écologique du véhicule dépendait de l'utilisation exclusive de bioéthanol, ce qui n'est pas nécessairement le cas en présence d'un système Flex fuel. De plus, l'entreprise avait qualifié le bioéthanol de « *carburant naturel* » alors pourtant qu'il passe par un processus industriel. Les juges se fondent également sur l'absence de consensus scientifique quant au soi-disant meilleur impact environnemental du bioéthanol pour affirmer que la publicité était trompeuse. En d'autres termes, les juges du fond, validés par la chambre criminelle, ont expressément reconnu le caractère ambigu de la campagne publicitaire : « *cette situation conduit à une ambiguïté qui amène le lecteur/consommateur à retenir le véhicule présenté* […] *comme plus écologique et également plus économique* ».

521. Ce courant jurisprudentiel représente un élément en faveur de la juridicisation de certains documents d'information, qui utilisent le vocabulaire de la durabilité et qui mettent en avant de façon exagérée certaines caractéristiques du bien, en jouant sur le critère commercial de l'impact environnemental. Rien n'interdit de penser que de tels discours pourraient être qualifiés de pratiques commerciales trompeuses en raison de leur ambiguïté.

522. **Les récentes solutions jurisprudentielles. –** La Cour de cassation s'est récemment prononcée sur le cas de la politique RSE de Samsung, que des ONG ont accusée de non-respect des droits de ses travailleurs en Chine, Corée du Sud et Vietnam. En effet, les produits toxiques utilisés dans le processus de fabrication des produits emporteraient des effets néfastes sur la santé des salariés. Deux ONG avaient donc porté plainte, avec constitution de partie civile, contre l'entreprise pour pratique commerciale trompeuse, dénonçant « *la*

[1] Cass. crim., 21 oct. 2014, n°13-86.881.
[2] CA Paris, 2e ch., 23 fév. 2012, n°159.

déconnection criante entre ses engagements éthiques et la réalité des conditions de travail des ouvrier·ère·s »[1]. Les juges du fond, confirmés par la Cour de cassation, ont néanmoins déclaré irrecevables les associations, en ce qu'elles ne disposent pas de l'agrément nécessaire en matière de droit de la consommation[2]. Le débat s'est donc déplacé sur le terrain de la qualité à agir des associations.

523. Deux autres affaires en cours permettront de déterminer le rôle du juge pénal dans la qualification de pratiques commerciales trompeuses des engagements RSE. En effet, en septembre 2020, l'association UFC-Que Choisir a déposé plainte contre la même entreprise pour pratiques commerciales trompeuses, à la suite du constat d'atteintes aux droits des travailleurs[3]. Il ne pourra être argué de l'absence d'agrément de l'association, de sorte que si l'affaire est jugée, les juges devront vraisemblablement se prononcer sur le fond.

524. La seconde affaire intéresse TotalEnergies, qui a été assignée devant le Tribunal judiciaire par trois ONG pour pratique commerciale trompeuse portant sur sa campagne de publicité promouvant l'engagement climatique du groupe[4]. Les pratiques commerciales visées intéressent plusieurs supports, tels que les affichages urbains et les publications sur les réseaux sociaux, mais également la déclaration de performance extra-financière[5]. Ainsi, si le Tribunal judiciaire venait à caractériser la campagne publicitaire de pratique commerciale

---

[1] SHERPA et ACTIONAID FRANCE, « Affaire Samsung et pratiques commerciales trompeuses : l'irrecevabilité de l'action des ONG confirmée », 30 mars 2022, [https://www.asso-sherpa.org/affaire-samsung-et-pratiques-commerciales-trompeuses-lirrecevabilite-de-laction-des-ong-confirmee].

[2] O. CLAUDE et S. AMATI, « *Business & Human Rights* : le risque de la responsabilité pénale. A propos des engagements éthiques et des pratiques commerciales trompeuses », *Rev. int. compliance*, n°2, 2021, étude 83, n°3.

[3] UFC-QUE CHOISIR, « Ethique en toc. L'UFC-Que Choisir dépose plainte contre Samsung », 10 sept. 2020, [https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-ethique-en-toc-l-ufc-que-choisir-depose-plainte-contre-samsung-n82539/].

[4] GREENPEACE, « Neutralité carbone et greenwashing : recours contre TotalEnergies pour publicité mensongère », 3 mars 2022, [https://www.greenpeace.fr/espace-presse/neutralite-carbone-et-greenwashing-recours-contre-totalenergies-pour-publicite-mensongere/]. L'assignation, consultable sur le site internet des ONG, fait apparaître que le montant de l'indemnisation demandé pour le préjudice moral subi par les associations est faible (10 000€). Il est surtout demandé au juge d'ordonner la suppression de certaines allégations environnementales et d'ordonner la diffusion du jugement. Cette assignation est topique de la mobilisation des fondements juridiques de droit commun pour tenter de sanctionner les comportements considérés comme non éthiques des entreprises. (Assignation devant le Tribunal judiciaire de Paris à la requête de Greenpeace France, Les Amis de la Terre France et Notre affaire à tous, 2 mars 2022, [https://cdn.greenpeace.fr/site/uploads/2022/03/Assignation_Greenpeace_AT_NAAT_c.-TOTAL_02032022.pdf]).

[5] Sont notamment visés un rapport climat ainsi que le document d'enregistrement universel du groupe. (v. assignation préc.).

trompeuse, une telle décision serait un pas supplémentaire vers la juridicisation des engagements éthiques *via* le droit pénal de la consommation. La décision est particulièrement attendue puisque la pratique commerciale visée concerne notamment un engagement long terme de l'entreprise (son « ambition neutralité carbone » d'ici 2050[1]) qui serait, selon les associations, irréalisable si le groupe conserve la même stratégie de développement[2]. Par ailleurs, une décision sanctionnant cet engagement du Groupe bouleverserait les politiques RSE des entreprises, qui jusqu'à présent n'hésitaient pas à fixer des objectifs ambitieux, encouragées par le législateur[3].

525. **L'affaire *Kasky v. Nike*. –** En droit états-unien, la prise en compte d'affirmations mensongères à caractère environnemental et social d'une multinationale comme constitutives d'un discours commercial mensonger a été initiée – mais sans qu'elle n'ait été suivie par d'autres affaires – par l'affaire *Kasky v. Nike* qui s'est tenue devant la Cour Suprême de Californie en 2002[4]. L'entreprise avait adopté un code de conduite dans lequel elle s'engageait à respecter les droits fondamentaux des travailleurs de ses sous-traitants. Or, lesdits droits ont fait l'objet d'atteintes répétées[5]. Elle a réitéré ces engagements dans des lettres envoyées à la presse, à des clients et à des présidents d'université. L'entreprise avait invoqué le Premier amendement, en ce qu'il garantirait sa liberté d'expression[6]. La Cour Suprême de Californie a toutefois considéré que ces lettres rentraient dans le champ commercial et devaient à ce titre être soumises au droit de la consommation californien

---

[1] Il convient de préciser que désormais, une telle publicité serait régie par l'article L. 229-68 du Code de l'environnement, qui, depuis la loi Climat et résilience, interdit les affirmations publicitaires de neutralité carbone sauf si l'annonceur rend aisément disponible au public certains éléments d'information. V. *supra.*

[2] Selon Greenpeace, « *Non seulement TotalEnergies omet au moins 85% de ses émissions de gaz à effet de serre* [en écartant les émissions de scope 3] *dans son objectif affiché aux consommateurs, mais l'analyse de ses plans de production entre en conflit avec les exigences minimales requises pour atteindre la neutralité carbone en 2050* [telles que formulées par l'Agence internationale de l'énergie] » (GREENPEACE, art. préc.).

[3] L'un des items de la déclaration de performance extra-financière intéresse « *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* » (C. Com., art. R. 225-105, II, A, 2°, d).

[4] « […] *we conclude that when a corporation, to maintain and increase its sales and profits, makes public statements defending labor practices and working conditions at factories where its products are made, those public statements are commercial speech that may be regulated to prevent consumer deception* » (Supreme Court of California, *Kasky v. Nike, Inc.*, 27 Cal. 4th 939, 2 mars 2002).

[5] V. N. GASMI et G. GROLLEAU. « Nike face à la controverse éthique relative à ses sous-traitants », *Revue française de gestion*, vol. n°157, 2005, p. 115.

[6] Sur ce point, v. F.-G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression. Considérations à partir de l'arrêt Nike v/ Kasky », *Rev. soc.*, 2004, p. 261.

sanctionnant la publicité mensongère ou induisant en erreur[1]. Il ne fait pas de doute que si la Cour se prononçait plutôt sur les lettres envoyées par l'entreprise, son code de conduite comme son rapport RSE « *répondent aux* […] *critères définis par la Cour et présentent donc également un caractère commercial* »[2]. Cette reconnaissance jurisprudentielle des instruments de RSE comme participant de discours commerciaux trompeurs est plutôt encourageante pour le droit français et européen, ces derniers définissant de surcroît les pratiques commerciales de manière plus large que le droit états-unien[3].

526. **La reconnaissance du caractère commercial des codes de conduite. –** Surtout, l'application des dispositions pénales du Code de la consommation au *reporting* environnemental et social paraît d'autant plus propice que d'autres instruments de RSE – les codes de conduite et labels – sont expressément visés par le législateur au titre des pratiques commerciales réputées trompeuses[4]. L'article L. 121-4 du Code de la consommation répute trompeuses toutes pratiques commerciales ayant pour objet, « *pour un professionnel, de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas* », « *d'afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire* » ou « *d'affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas* ».

527. Le législateur européen est allé encore plus loin dans la prise en compte du code de conduite en sanctionnant la pratique commerciale visant, pour un professionnel, à ne pas respecter les « *engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié, dès lors que ces engagements ne sont pas de simples aspirations, mais sont fermes et vérifiables* »[5]. Le législateur français n'a pas transposé cette disposition, visant seulement l'adhésion à un code de conduite par le professionnel et non les éventuelles mentions

---

[1] *Cal. Bus. & Prof. Code*, §17500.
[2] A. SOBCZAK, « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis », *Dr. soc.*, 2002, p. 806.
[3] « *Du point de vue de la technique juridique, il semble que rien ne s'oppose à une transposition de l'arrêt de la Cour suprême de Californie dans le droit des États de l'Union européenne. Le droit européen de la consommation, et plus particulièrement la réglementation sur la publicité mensongère, reposent en effet sensiblement sur les mêmes principes de base qu'aux États-Unis* » (*ibid.*). V. également N. CUZACQ, « Plaidoyer en faveur d'un audit sociétal légal », *RIDE*, 2008/1, t. XXII, n°8, p. 37.
[4] V. M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, n°136 et s., p. 206 et s.
[5] *Dir. 2005/29/CE* préc., art. 6-2. Cette pratique est sanctionnée à la condition qu'elle soit « *susceptible d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* ».

trompeuses qu'il peut contenir[1] ; néanmoins, les textes français doivent être interprétés au prisme du droit européen[2].

528. La voie lancée par ces textes n'a pas vraiment été explorée en droit interne : les quelques tentatives de reconnaissance de dispositions des codes de conduite comme révélatrices d'une pratique commerciale trompeuse se sont avérées infructueuses[3]. Quoi qu'il en soit, en intégrant dans le champ des pratiques commerciales déloyales les codes de conduite, à des degrés différents selon qu'il s'agisse de l'échelon interne ou européen, le législateur reconnaît le poids des instruments de la RSE dans la décision du consommateur[4]. Ainsi, *« le droit pénal de la consommation reconnaît formellement le code de conduite pour ce qu'il est : un puissant outil d'attraction du consommateur, un gage apparent d'adhésion à des valeurs socialement fédératrices, une source de profit pour les entreprises* »[5]. Cette reconnaissance pourrait renforcer la prise en compte de la déclaration de performance extra-financière au titre d'une pratique commerciale trompeuse, puisqu'elle dispose d'une force normative similaire aux codes de conduite, bien que moindre dans la mesure où elle est davantage informative que déclamative.

529. **Une volonté du droit de l'Union européenne de sanctionner les allégations environnementales trompeuses. –** Enfin, le fondement des pratiques déloyales est prometteur à l'aune des orientations futures du droit européen de la consommation. D'abord, s'agissant de la forme des pratiques commerciales trompeuses, l'Union européenne élargit progressivement leur champ d'application en matière d'allégations environnementales : dans une communication non contraignante sur les orientations de la directive de 2005, la Commission Européenne affirmait que « *les allégations environnementales sont susceptibles*

---

[1] « *La directive donne plein effet au non-respect des engagements édictés dans les codes de conduite alors que la loi interne ne vise que le support du code de conduite. Seul le stade de son adhésion est envisagé, non son exécution. Ainsi, le non-respect des dispositions d'un code est une hypothèse qui n'est pas expressément visée par le législateur, qui doit alors répondre aux conditions fixées par l'article L. 121-1 du Code de la consommation pour que la pratique soit qualifiée de trompeuse* » (M. LAROUER, *op. cit.,* n°138, p. 209).

[2] M.-P. BLIN-FRANCHOMME « Entreprises et responsabilité : aperçu de quelques avancées récentes du développement durable dans la vie des affaires », *RLDA*, 2008, n°32, p. 61.

[3] Est en effet constaté un « *contentieux interne limité* », puisque les rares plaintes émanant de plusieurs associations contre des multinationales se targuant de respecter les conditions de travail des employés de leurs sous-traitants ont été classées sans suite. V. M. LAROUER, *op. cit.,* n°141, p. 215 et s.

[4] L'article L. 121-4, 1° et 3° du Code de la consommation est « *révélateur de la discrète ascension normative des codes de conduite* » (C. PERES, « Les pratiques commerciales trompeuses sur les sources du droit des contrats », *RDC*, 2008, p. 1083).

[5] *Ibid.*

d'être trompeuses lorsqu'elles consistent en affirmations vagues et générales relatives à des avantages environnementaux, sans que les avantages en question soient dûment étayés »[1]. Ensuite, après avoir constaté, grâce à une enquête de terrain, que plus de la moitié des allégations environnementales publiées sur les sites internet de sociétés n'étaient pas étayées par des preuves et que plus de 40% de ces allégations semblaient fausses ou fallacieuses[2], la Commission Européenne a décidé d'agir contre l'éco-blanchiment en élaborant en 2022 une proposition de directive « *pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition écologique grâce à une meilleure protection contre les pratiques déloyales et à de meilleures informations* »[3]. Si cette proposition aboutit en l'état, elle constituerait une avancée importante dans la mesure où elle prévoit de sanctionner les pratiques susceptibles d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement et qui implique « *une allégation environnementale relative aux performances environnementales futures sans engagements ni objectifs clairs, objectifs et vérifiables et sans système de contrôle indépendant* »[4]. Cette initiative s'accompagne d'une autre proposition de directive dite « *Green Claims* » du 22 mars 2023, qui vise à encadrer voire interdire les allégations environnementales des entreprises[5].

530. **Vers une exclusion du *reporting* du champ du droit pénal de la consommation ? –** Les toutes récentes orientations de l'Union européenne sèment le trouble quant à

---

[1] La Commission poursuit : « *Parmi d'autres exemples de telles allégations, citons "respectueux de l'environnement", "bon pour l'environnement", "éco", "vert", "ami de la nature", "écologique", "écologiquement correct", "ménage le climat", "préserve l'environnement", "sans polluants", "biodégradable", "zéro émission", "à faible bilan carbone", "émissions de CO2 réduites", "neutre en carbone", "neutre pour l'environnement", et même les allégations plus larges de "conscient" et "responsable"* » (COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. 2021/C 526/01*, 29 déc. 2021, « Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur », pt. 4.1.1.3). L'application de la directive aux allégations environnementales était déjà encouragée il y a plus de dix ans, de façon beaucoup moins détaillée néanmoins (COMMISSION EUROPEENNE, *SEC. (2009) 1666*, 3 déc. 2009, « Orientations pour la mise en œuvre et l'application de la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales »).

[2] COMMISSION EUROPEENNE, « Passage au crible de sites web pour lutter contre l'"écoblanchiment": la moitié des allégations environnementales ne sont pas étayées par des preuves », 28 janv. 2021, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_269].

[3] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2022) 143 final*, 30 mars 2022, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2005/29/CE et 2011/83/UE pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition écologique grâce à une meilleure protection contre les pratiques déloyales et à de meilleures informations ».

[4] *Id.,* art 1er, b).

[5] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2023) 166 final*, 22 mars 2023, « Proposal for a directive of the European parliament and of the Council on substantiation and communication of explicit environmental claims (Green Claims Directive) ».

l'appréhension des documents du *reporting* par le prisme du droit de la consommation. La proposition de directive « *Green Claims* » du 22 mars 2023, qui vise à encadrer les allégations environnementales des entreprises, considère en effet : « *this Directive should not apply to environmental information reported by undertakings that apply European sustainability reporting standards on a mandatory or voluntary basis* […] »[1]. Toutefois, cette directive ne régit pas les pratiques commerciales mais vise à apporter un cadre exigeant quant aux allégations environnementales contenues dans les publicités, de sorte que l'appréhension judiciaire de la déclaration de performance extra-financière en tant que pratique commerciale demeure possible.

531. En définitive, les orientations du droit de la consommation restent plutôt favorables quant à l'assimilation de la déclaration de performance extra-financière dans la catégorie de pratique commerciale, notamment s'agissant des discours en matière environnementale. Il reste donc possible d'envisager que dès lors qu'une déclaration de performance extra-financière promeut des biens ou des services sous un angle favorable, permettant de tromper le consommateur raisonnablement avisé, elle pourrait être sanctionnée à ce titre.

[1] *Id.,* cons. 11.

Conclusion du chapitre 2

532. L'arsenal administratif et judiciaire au service de la fiabilité de l'information environnementale et sociale des grandes entreprises fait l'objet d'applications inégales. La souplesse qui caractérise le devoir de transparence rend l'utilisation des qualifications contraignantes assez vaine.

533. La seule sanction traditionnelle qui semble pleinement lui convenir est celle de l'injonction, dont l'applicabilité ne fait pas de doute. Ainsi, une personne a la possibilité de demander à un juge d'enjoindre l'entreprise à respecter ses obligations de transparence. De manière secondaire, l'Autorité des Marchés Financiers dispose d'un pouvoir d'injonction qu'elle pourrait mobiliser au service du contrôle des documents d'information environnementale et sociale. Il faut toutefois constater que le mécanisme de l'injonction n'est dans les faits pas utilisé par les parties prenantes s'agissant de la déclaration de performance extra-financière[1], sans doute au regard de son domaine limité. Plus que la simple présence de la déclaration dans le rapport de gestion, c'est en effet la qualité de l'information qui importe ; or, l'injonction judiciaire visant à s'assurer de la présence de la déclaration n'est pas un moyen suffisant pour parvenir à cette fin.

534. L'applicabilité de sanctions issues d'autres branches du droit a donc été étudiée afin de déceler leur aptitude à sanctionner la crédibilité des informations. Le recours à des qualifications extérieures reste aléatoire. La voie des sanctions civiles est infructueuse, soit en raison de l'inadaptation des qualifications contractuelles, soit en raison du caractère hypothétique de la mise en œuvre des qualifications délictuelles. Demeure la voie pénale, qui s'avère plus prometteuse. Les qualifications du droit pénal de la consommation semblent être plutôt adaptées à la dimension promotionnelle que peuvent receler les documents d'information environnementale et sociale. C'est le juge qui semble détenir les clefs du contrôle de la fiabilité des instruments de RSE par le biais des pratiques commerciales trompeuses. Toutefois, cette voie reste aléatoire : contrairement au mécanisme de l'injonction qui est légalement prévu, le droit pénal de la consommation n'a pas été conçu pour

[1] Pour le devoir de vigilance, comme nous l'avons évoqué, son utilisation se développe, et sera étudiée dans la deuxième partie de cette thèse, puisque visant le comportement de l'entreprise en matière de vigilance et non son seul discours. V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

sanctionner le discours institutionnel des entreprises. L'insuffisance d'exemples jurisprudentiels invite à la prudence.

Conclusion du Titre 2

535. Les deux voies envisagées afin de garantir la fiabilité des informations environnementales et sociales apparaissent insuffisantes.

536. La voie de la vérification des informations environnementales et sociales n'est pas satisfaisante au regard du caractère formel du contrôle effectué. En effet, son objet restrictif l'inscrit dans une logique de pure conformité. Or, cette logique s'avère insuffisante pour garantir l'efficacité du contrôle. Les défaillances de la vérification pourraient être corrigées par le renforcement des diligences effectuées.

537. La voie des sanctions issues de l'arsenal judiciaire et administratif demeure aléatoire. Si l'applicabilité de la sanction de l'injonction est certaine, c'est son application pratique qui est restreinte[1]. En effet, l'approche souple adoptée par le législateur aboutit à lui conférer un domaine limité, de sorte qu'elle ne peut être mobilisée par les parties prenantes pour enjoindre l'entreprise à communiquer une information manquante dans sa déclaration de performance extra-financière ou à corriger une information erronée. L'applicabilité de sanctions issues d'autres branches du droit est aléatoire. En effet, les qualifications civiles n'offrent pas de perspectives de sanction fructueuses. Les qualifications pénales sont plus accueillantes, notamment en raison de l'ouverture du droit pénal de la consommation aux pratiques de *greenwashing*. C'est par le prisme des pratiques commerciales déloyales que la juridicisation du discours de l'entreprise semble trouver un terrain prometteur, qui reste toutefois incertain car dépendant de l'appréciation judiciaire. En définitive, les qualifications juridiques traditionnelles ne peuvent tenir lieu d'assise stable à la nécessité de garantir la fiabilité des informations environnementales et sociales.

[1] Pour rappel, l'injonction ici envisagée est celle qui vise à garantir la fiabilité des informations. Quant à l'injonction qui vise à sanctionner le comportement d'une entreprise, notamment un défaut de vigilance, elle sera envisagée dans notre deuxième partie. V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

Conclusion de la Partie 1

538. La fonction élémentaire du devoir de transparence environnementale et sociale, qui s'inscrit dans la nécessité d'apporter une information aux parties prenantes, nécessite des améliorations. En effet, cette fonction informative est tributaire de la qualité des informations communiquées par les entreprises, qui est éprouvée à deux titres : celui de leur pertinence, qui s'avère perfectible, et celui de leur fiabilité, qui reste insuffisante.

539. Quant à l'impératif de pertinence des informations, c'est-à-dire l'aptitude de celles-ci à répondre au besoin informationnel des parties prenantes, le constat est celui d'une perfectibilité. D'une part, le socle général, qui est composé du dispositif de la déclaration de performance extra-financière et de deux dispositifs ciblés, que sont le plan de vigilance et le rapport sur le gouvernement d'entreprise, apparaît insuffisamment étendu. Si le dispositif de la déclaration de performance extra-financière est transversal en ce que son contenu porte sur la majorité des dimensions environnementales et sociales liées à l'activité de la société, son périmètre gagnerait à être amplifié. La transposition prochaine de la *Corporate Sustainability Reporting Directive* constituera une occasion de combler les lacunes de son champ d'application. Le champ d'application du plan de vigilance est encore plus restreint, étant applicable aux très grandes sociétés. D'autre part, la mise en œuvre des dispositifs de transparence est insuffisamment harmonisée. Le caractère pertinent des informations communiquées est censé être garanti par un processus de spécification des documents d'information émanant d'acteurs privés. Le principe de matérialité, en impliquant une sélection des informations par les entreprises, offre une trop grande flexibilité à celles-ci, qui sont tentées d'en faire une utilisation détournée de son but initial. Si le processus de normalisation privée permet d'offrir aux entreprises un cadre de référence commun, la prolifération constatée des référentiels normatifs crée une certaine confusion, à rebours de leur objectif de standardisation. Ainsi, il est à espérer que l'adoption de la *Corporate Sustainability Reporting Directive* contribuera à encadrer le principe de matérialité tout en opérant une convergence normative par l'élaboration de normes communes à l'échelon européen.

540. Une information, même pertinente, ne saurait être utile si elle est dépourvue de crédibilité. C'est pourquoi la fiabilité des informations environnementales et sociales est

essentielle. Les deux voies empruntées pour garantir cette exigence restent insuffisantes. D'une part, le contrôle opéré par le vérificateur des informations est formel. En effet, l'objet de cette vérification est restreint, puisqu'il s'agit d'un audit de pure conformité. Des solutions pourraient être mises en œuvre pour renforcer le contrôle de la sincérité des informations. D'autre part, l'arsenal administratif et judiciaire est inégal et ne peut donc pleinement garantir la fiabilité des informations. Si l'applicabilité de l'injonction judiciaire ne fait pas de doute, son application échouerait à sanctionner l'absence de sincérité des informations puisque son domaine est cantonné à l'absence totale de la déclaration de performance extra-financière. L'applicabilité de sanctions issues d'autres branches du droit est aléatoire : les qualifications civiles sont infructueuses, tandis que la voie pénale est prometteuse, bien qu'encore assez anecdotique et dépendante de l'appréciation que les juges opèrent des pratiques commerciales trompeuses.

541. Il ressort de ces constats que la fonction élémentaire de la transparence environnementale et sociale, qui réside dans sa vocation à informer les parties prenantes de l'entreprise, doit être améliorée. Les défaillances que nous avons pointées semblent, en définitive, cristalliser le difficile équilibre auxquels les pouvoirs publics se prêtent en la matière. En tentant de « *garantir aux investisseurs, à la société civile et, plus largement, aux parties prenantes des sociétés concernées par cette obligation de* reporting*, d'obtenir l'information dont elles ont besoin* » tout en poursuivant la volonté « *de ne pas imposer d'obligations informationnelles trop lourdes à ces mêmes sociétés* », le législateur serait confronté à une sorte de « *quadrature du cercle* »[1].

542. Si la fonction informative du *reporting* environnemental et social est perfectible, c'est que l'intérêt d'instaurer un tel devoir de transparence aux entreprises ne lui est pas réductible. Ce devoir s'épanouit sans doute davantage à travers sa fonction régulatrice. Cette fonction complémentaire n'intéresse pas seulement le discours de l'entreprise, mais les actes concrets qu'elle déploie en matière environnementale et sociale.

[1] J.-M. MOULIN, « Révision de la directive relative à la diffusion d'informations non financières par les grandes sociétés », *RD bancaire et fin.*, 2020, comm. 72.

SECONDE PARTIE

La fonction complémentaire de régulation de la transparence en matière environnementale et sociale : une ambition en construction

544. **La concrétisation du discours en actes : un mécanisme régulateur. –** Limiter le devoir de transparence en matière environnementale et sociale à sa fonction informative serait une démarche réductrice de son objectif. En effet, le devoir de transparence revêt une fonction complémentaire de régulation qui porte l'ambition que l'entreprise concrétise son discours en actes. Derrière l'obligation de « dire », c'est une incitation à « faire » qui est déployée par les pouvoirs publics. Le devoir de transparence a ainsi vocation à guider les entreprises vers la prise en compte effective des enjeux environnementaux et sociaux rattachés à leur activité et qui font l'objet des informations qu'elles publient : « *les firmes pourraient bien se trouver piégées à terme par leur propre discours qui, en les contraignant à mettre leur pratique en adéquation avec leur "com", deviendrait ainsi autoréalisateur* »[1].

545. C'est bien un mécanisme de régulation qui caractérise cette propension du discours des entreprises à l'« autoréalisation ». Si la régulation désigne au sens étroit une « *forme assouplie de réglementation couvrant des secteurs économiques qui relevaient d'anciens monopoles publics et furent ouverts à la libre concurrence* »[2], elle renvoie plus généralement à « *tous les mécanismes par lesquels l'administration n'agit pas sur la contrainte, mais préfère la recommandation, l'incitation ou le conseil* »[3]. Sans utiliser l'arme de la contrainte juridique, les devoirs de transparence vont pourtant endosser une fonction régulatrice en utilisant des relais qui peuvent relever de mécanismes juridiques durs ou souples et de mécanismes extra-juridiques[4]. L'importance de ces relais nous permet de formuler l'absence

---

[1] Propos de J. Allouche rapportés *in* A. REVERCHON, « Des pratiques responsables économiquement pertinentes », *Le Monde*, 22 janv. 2008, [https://www.lemonde.fr/economie/article/2008/01/21/des-pratiques-responsables-economiquement-pertinentes_1001647_3234.html].

[2] Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit,* 6e éd., LGDJ, 2016, n°49, p. 69.

[3] S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit, A propos des sources étatiques non contraignantes,* Economica, 2012, n°277, p. 237.

[4] La régulation n'est donc pas nécessairement l'apanage des pouvoirs publics : une acception large de cette notion l'assimile à « *l'ensemble des mécanismes qui permettent à une organisation de maintenir la constance d'une fonction qu'elle aurait à assurer* » (G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *Revue Française de d'Administration Publique*, vol. 109, n°1, 2004, p. 5).

d'autonomie de la fonction régulatrice de la transparence : elle ne s'épanouit que par l'intermédiaire de *mediums* externes à l'entreprise, qui représentent les pressions qui lui sont faites pour adopter un comportement plus éthique[1].

546. **Le recours à d'autres sciences sociales. –** L'étude de ces *mediums* externes suppose ainsi le recours à d'autres sciences sociales que le droit. En effet, la régulation des impacts de l'activité des entreprises s'appuie sur des mécanismes économiques, des déterminants sociologiques et des enjeux organisationnels. Les dispositifs des sciences économiques, sociales et de gestion vont dès lors compléter l'encadrement juridique de l'activité des entreprises en matière environnementale et sociale. Tous ces dispositifs « *constituent un édifice d'ensemble, dont les obligations légales d'information ne constituent qu'une composante, à ne pas envisager isolément* »[2]. Il ne serait pas pertinent, ni même possible, de distinguer les différentes composantes de la régulation des impacts environnementaux et sociaux pour en extraire la seule substance juridique. Ces mécanismes, issus de diverses sciences sociales, se nourrissent mutuellement, si bien qu'une analyse proprement juridique échouerait à rendre compte de la diversité des fondements de la régulation des impacts environnementaux et sociaux des entreprises.

547. **Les deux principaux fondements de la régulation. –** Plutôt qu'une distinction disciplinaire, nous optons donc pour un classement des fondements de cette régulation qui soit transversal. Deux fondements paraissent soutenir la régulation de l'activité des entreprises en matière environnementale et sociale. D'une part, ce sont les rétributions de marché qui vont pousser l'entreprise à agir en matière environnementale et sociale. Les devoirs de transparence sont en effet les supports de rétributions économiques qui s'exprimeront positivement – octroyant une récompense à l'entreprise, qui bénéficiera d'un avantage sur ses concurrents – et négativement – sanctionnant l'entreprise qui adopterait un comportement non éthique. D'autre part, les devoirs de transparence sont également le miroir des mutations du rôle de l'entreprise dans la société civile, qui a vocation à s'amplifier en matière

---

[1] V. *supra* Introduction et *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

[2] A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut Universitaire Varenne, 2015, n°502, p. 466. A.-S. Epstein poursuit : « *La bâtisse étant irréductible à la somme de ses pierres, l'appréhender dans sa globalité suppose donc de jeter un pont vers d'autres sciences sociales. Et ce, sans qu'il soit indispensable, ni sans doute possible, de distinguer la part qui revient proprement au droit dans sa construction* ».

environnementale et sociale, à l'aune des revendications des parties prenantes. En effet, forte d'un pouvoir nouveau qui lui permettra d'agir pour diminuer les impacts environnementaux et sociaux liés à son activité, l'entreprise est depuis récemment appelée à ses responsabilités. La responsabilité sociale de l'entreprise, jusqu'alors extra-juridique, est peu à peu transformée en une véritable responsabilité juridique.

548. Ainsi, la fonction complémentaire de régulation du devoir de transparence environnementale et sociale est à la fois soutenue par les rétributions de marché (titre 1) et par les mutations du rôle de l'entreprise dans la société (titre 2).

TITRE 1 : LES RÉTRIBUTIONS DE MARCHÉ AU SOUTIEN DE LA RÉGULATION

550. **Des logiques économiques et sociologiques. –** La fonction régulatrice du devoir de transparence environnementale et sociale est d'abord soutenue par les rétributions de marché. La régulation du comportement des entreprises en matière d'impacts environnementaux et sociaux repose en effet sur des logiques propres aux marchés économiques sur lesquels elles exercent leurs activités. L'analyse juridique ne peut se départir de l'étude de ces mécanismes économiques qui font partie intégrante de la vie des entreprises. Sur les marchés, des mécanismes sociologiques influencent le comportement des entreprises. En effet, le marché est un lieu d'interaction de l'entreprise avec son environnement. Ainsi, les revendications des parties prenantes de l'entreprise peuvent être analysées comme autant de tensions qui vont amener l'entreprise à agir pour réduire les impacts environnementaux et sociaux de ses activités.

551. **Des rétributions extra-juridiques. –** Ces « logiques » sont en réalité des sanctions entendues au sens large du terme. En sociologie, les sanctions constituent « *tout autant les récompenses accordées pour conformité aux normes que les châtiments subis par celui qui les a transgressées* »[1]. Les rétributions sont donc soit positives, offrant une récompense, soit négatives, infligeant une peine. Toute rétribution n'est pas nécessairement juridique : le comportement des individus, comme celui des entreprises, peut être sanctionné par une réprobation morale, qui n'a pas de prise juridiquement. Malgré leur absence de contrainte juridique, ces rétributions peuvent entraîner des conséquences redoutables. La perte de parts de marché, qui est sans doute la crainte partagée par toutes les entreprises, n'est-elle pas simplement l'expression d'une sanction extra-juridique de nature économique ?

552. **Les rétributions, outils de régulation des impacts environnementaux et sociaux des entreprises. –** Bien qu'elles soient de nature extra-juridique, le droit n'ignore pas ce type

[1] F. CHAZEL, « Normes et valeurs sociales » *in Dictionnaire de Sociologie*, Albin Michel, 1998, p. 582. Ainsi, « *en y incluant la récompense, la notion de sanction est donc décentrée par rapport au Droit : son archétype n'est plus ni la peine en général, ni la coercition juridique en particulier* » (S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Institut Universitaire Varenne, 2014, n°79, p. 87).

de rétributions. En matière environnementale et sociale, il les utilise à l'appui d'une régulation du comportement des entreprises. Le devoir de transparence environnementale et sociale constitue donc un support d'expression de ces rétributions, dont les deux facettes – positive et négative – sont exploitées. D'un côté, les entreprises qui ne prendraient pas en compte les enjeux environnementaux et sociaux prennent le risque de subir une détérioration de leur image. Cette sanction réputationnelle est d'autant plus redoutée par les entreprises qu'elle peut être synonyme d'une diminution des parts de marché de celles-ci. De l'autre, celles qui feraient l'effort d'intégrer ces enjeux à leur gestion pourraient être récompensées par l'obtention d'un avantage concurrentiel.

553. Ainsi, la fonction régulatrice du devoir de transparence environnementale est à la fois soutenue par une peine, la sanction réputationnelle (chapitre 1) et une récompense, l'avantage concurrentiel (chapitre 2).

Chapitre 1 : Une peine : la sanction réputationnelle

555. **L'importance de la sanction réputationnelle. –** La régulation des impacts environnementaux et sociaux des entreprises repose en partie sur la menace d'une sanction réputationnelle qui s'abattrait sur une entreprise jugée peu responsable. En effet, les entreprises s'exposent à ce que leur réputation soit ternie sur les marchés en cas d'atteinte à l'environnement, aux droits humains et à toutes les problématiques couvertes par la RSE. Or, leur image est une composante essentielle de leur rentabilité. La sanction réputationnelle constitue donc un moteur très puissant de développement d'une politique RSE dans l'entreprise, qui ne soit pas seulement apparente mais effective.

556. **L'expression de la sanction réputationnelle. –** Pour les parties prenantes et les autorités publiques qui la brandissent, les modalités d'expression de cette sanction réputationnelle sont plurielles. Elles peuvent la mobiliser de façon informelle sur les marchés ou s'appuyer sur des supports juridiques – la sanction réputationnelle faisant l'objet d'une institutionnalisation croissante.

557. **La gestion de la sanction réputationnelle. –** Tout l'enjeu pour les entreprises réside dans la gestion de cette sanction réputationnelle, assimilée par ces dernières comme un risque dont il faut anticiper la survenance et, le cas échéant, les conséquences. C'est la gestion de ce risque qui emporte un effet régulateur : les entreprises menacées de subir une telle sanction vont tenter de gérer ce risque en diminuant leurs impacts environnementaux et sociaux.

558. Ainsi, le constat de l'existence d'un risque réputationnel (section 1), va amener les entreprises à engager une politique de maîtrise de ce risque (section 2).

Section 1. L'existence d'un risque réputationnel

560. Les manifestations plurielles de la sanction réputationnelle illustrent l'imprégnation des mécanismes juridiques, économiques et sociologiques. En effet, issue du mécanisme sociologique de réprobation morale, la sanction réputationnelle s'exprime avant tout dans l'ordre économique[1], de manière diffuse. Le droit appréhende peu à peu cette sanction, si bien qu'elle fait l'objet d'une juridicisation progressive. La sanction réputationnelle marque ainsi une « *porosité des normativités juridique et économique* »[2].

561. Si le risque d'une sanction réputationnelle est surtout diffus (§1), il est de plus en plus institutionnalisé (§2).

§1. Un risque de sanction réputationnelle diffus

562. Le risque d'une sanction réputationnelle attachée aux impacts environnementaux et sociaux des entreprises est diffus. La menace d'une mauvaise image invite ces dernières à une meilleure prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux de leur activité. La sanction réputationnelle agit à la façon du Panoptique, une architecture de prison conçue par les frères Bentham qui permet au gardien d'effectuer une surveillance constante des détenus. Cette architecture a été utilisée à titre de métaphore par Foucault pour développer sa théorie du panoptisme, renvoyant à une société du contrôle : « *celui qui est soumis à un champ de visibilité, et qui le sait, reprend à son compte les contraintes du pouvoir ; il les fait jouer spontanément sur lui-même ; il inscrit en soi le rapport de pouvoir dans lequel il joue spontanément les deux rôles ; il devient le principe de son propre assujettissement* »[3]. Ainsi, l'on pourrait dire que la sanction réputationnelle, tout comme le Panoptique, induit chez son

[1] C. GRANIER, *Les sources du droit financier*, Université Jean Moulin Lyon 3, 2018, n°88, p. 93 : Le marché est « *doté d'une capacité à édicter ses propres règles du jeu* » fondées sur l'offre et la demande. V. également M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°345, p. 453, développant l'idée d'un ordre du marché.
[2] C. GRANIER, *op. cit.*, n°720, p. 605.
[3] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1998, p. 234.

destinataire « *un état conscient et permanent de visibilité qui assure le fonctionnement automatique du pouvoir* »[1].

563. La sanction réputationnelle dispose donc d'un effet normatif (A) qui se révèle particulièrement efficace (B).

A. L'effet normatif de la sanction réputationnelle

564. **L'essor des mécanismes réputationnels. –** Initialement, l'utilisation de la réputation à titre de sanction a prospéré sur la scène diplomatique, à l'encontre des États récalcitrants dans l'application des normes internationales notamment en matière de droits humains[2]. La mobilisation de cette sanction non juridique était liée au principe de souveraineté étatique qui entrave l'application de sanctions contraignantes. La sanction réputationnelle reste donc souvent le seul moyen de contrôler les actes de ces États. L'accroissement du rôle des acteurs économiques au sein de la société civile a corrélativement contribué à augmenter les prises de parole de leurs parties prenantes, qui demandent des comptes aux entreprises en brandissant la menace de ternir leur image. L'essor de la sanction réputationnelle à l'encontre des entreprises a été consolidé par un mouvement d'« *extension du domaine de la notation, de l'évaluation chiffrée et publique* » et par le « *développement des usages d'internet, plus particulièrement la multiplication des prises de paroles des internautes depuis les années 2000, facilitées par les sites et fonctionnalités du web social* »[3]. Ainsi, l'entreprise est « *prise dans un réseau de surveillance qui scrute chaque jour davantage ses moindres faits et gestes* »[4]. Si les entreprises considèrent leur réputation comme une qualité individuelle qu'elles cherchent à cultiver pour la plupart, du point de vue des parties prenantes, la réputation des entreprises serait davantage un « *bien commun* », reflétant les valeurs partagées

---

[1] *Id*., p. 233.
[2] En matière de respect des droits de l'Homme par les États, la sanction publicitaire paraît être la « *véritable sanction* » car « *elle porte atteinte à la réputation de l'État visé et lui impose ainsi un désagrément* » (M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe : Contribution à la théorie du contrôle international*, Pedone, 2012, p. 332).
[3] J.-S. BEUSCART, P.-M. CHAUVIN, A. JOURDAIN et S. NAULIN, « La réputation et ses dispositifs. Introduction », *Terrains & travaux*, vol. 26, n°1, 2015, p. 5.
[4] P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement : recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, 2013, n°409, p. 407.

par la société civile[1]. Dès lors, la réputation serait « *un repère collectivement partagé, à une certaine échelle (spatiale, temporelle et sociale), résultant d'une activité collective d'évaluation qui participe à hiérarchiser les entités du monde social* »[2].

565. **Un levier essentiellement incitatif. –** La sanction réputationnelle repose sur la menace inspirée à l'entreprise d'une mauvaise réputation sur les marchés. En cela, la sanction réputationnelle permettra de parvenir au respect de la règle à chaque fois qu'elle ne sera pas appliquée : c'est parce que l'entreprise craindra une mauvaise image qu'elle adaptera son comportement – en l'occurrence, qu'elle prendra en compte les enjeux environnementaux et sociaux dans le cadre de sa gestion. Cette sanction est donc de nature essentiellement incitative, reposant sur un levier comminatoire[3]. Par la menace qu'il représente, le risque réputationnel incitera les entreprises à respecter le comportement visé : « *les effets normatifs les plus redoutables du* reporting *sont alors préventifs et puisent dans la simple crainte d'une action en justice, aux conséquences réputationnelles désastreuses* »[4]. Au-delà de la crainte de sanctions économiques, c'est parfois la crainte d'un jugement négatif des parties prenantes, en lui-même, qui motive l'action en matière environnementale et sociale. Autrement dit, la honte constitue un ressort puissant, d'ordre émotionnel, d'application du droit souple[5]. Dans ce cas, la honte ne sera évidemment pas celle de l'entreprise en tant que fiction juridique mais celle de ses dirigeants.

---

[1] « *Bien que nous pensions d'une personne qu'elle "a" une réputation, la réputation n'est pas une propriété des individus – il s'agit d'une relation entre des personnes* » (R. N. BELLAH, « The Meaning of Reputation in American Society », *California Law Review*, vol. 74, n°3, 1986, p. 743).

[2] J.-S. BEUSCART, P.-M. CHAUVIN, A. JOURDAIN et S. NAULIN, art. préc., p. 5.

[3] L'incitation liée à la crainte d'une mauvaise réputation semble plus forte pour les grandes entreprises que pour les petites et moyennes entreprises (sur ce constat duquel découle un choix méthodologique de restriction du champ d'étude aux seules sociétés cotées au CAC 40, v. M. LAROUER, *op. cit.*, n°6, p. 7).

[4] I. PARACHKEVOVA, « D'un *reporting* à l'autre : où va l'entreprise ? », *BJS*, 2017, p. 585.

[5] « *L'observation des règles non obligatoires ne saurait s'expliquer uniquement d'après la théorie des choix rationnels mais reposerait essentiellement sur des mécanismes de nature émotionnelle, en particulier l'anticipation de la honte, de la culpabilité ou l'embarras en cas de violation ainsi que la fierté en cas de respect* » (A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la *soft law* ? Le rôle des émotions et des techniques de manipulation », *Revue européenne des sciences sociales*, 2009, XLVII-144, p. 73). L'auteur poursuit : « *L'atteinte à la réputation d'une entreprise peut en effet coûter très cher à celle-ci ; d'où la nécessité de maintenir l'image, de préserver une réputation irréprochable afin de prévenir la honte, l'embarras ou l'humiliation* » (*ibid.*).

566. Ainsi, « la réputation est une forme de contrôle social : elle dirigerait le comportement quotidien de l'acteur qui s'en soucie »[1]. Le contrôle social qui sous-tend la sanction réputationnelle, en ce qu'il est un « processus de régulation qui se produit à l'intérieur d'un groupe pour rendre les comportements conformes à un ensemble de normes »[2], permet alors d'orienter le comportement des entreprises vers une plus grande prise en compte des enjeux environnementaux et sociaux. Concrètement, c'est l'application du mode d'action « voice » ou « prise de parole », théorisé par l'économiste Hirschman, qui est à l'œuvre. Ce dernier défini :t ce mode d'action comme étant « toute tentative visant à modifier un état de fait jugé insatisfaisant, que ce soit en adressant des pétitions individuelles ou collectives à la direction en place, en faisant appel à une instance supérieure ayant barre sur la direction ou en ayant recours à divers types d'action, notamment ceux qui ont pour but de mobiliser l'opinion publique »[3]. Les pouvoirs publics ont tiré parti de cette sanction, qui ne nécessite a priori aucune intervention juridique mais qui joue le rôle d'une incitation normative. Dès 2001, le Livre vert sur la RSE publié par la Commission européenne identifiait la réputation comme un ressort du développement des normes de la Responsabilité Sociale d'Entreprise :

> « *Sous la pression croissante des ONG et groupes de consommateurs, les entreprises et les secteurs d'activité se dotent de plus en plus de codes de conduite traitant des conditions de travail, des droits de l'homme et de la protection de l'environnement, notamment à l'intention de leurs sous-traitants ou fournisseurs. Elles obéissent en cela à diverses raisons, notamment la volonté d'améliorer leur image et de limiter les risques d'une réaction négative des consommateurs* »[4].

---

[1] M. LAROUER, *op. cit*., n°209, p. 292. Sur ce point, v. CENTRE EUROPEEN DU CIVISME, *L'entreprise surveillée. L'éthique, la responsabilité sociale, le marché, la concurrence, les nouveaux acteurs*, Bruylant, 2003.

[2] C. DOLLO, J.-R. LAMBERT et S. PARAYRE, « Contrôle social », *in Lexique de sociologie*, 6e éd., Dalloz, 2020, p. 80. Ce contrôle social est dit informel en ce qu'il n'est pas exercé par les institutions mais par les acteurs sociaux.

[3] A. O. HIRSCHMAN, *Défection et prise de parole*, Fayard, 1970, p. 54. P. Barraud de Lagerie fait un parallèle entre ce mode d'action et le mode d'action analysé par P. Rosanvallon au sein de la sphère politique : ce dernier a en effet théorisé l'existence d'une « *contre-démocratie* » dont le fonctionnement s'appuierait sur le triptyque veiller-dénoncer-noter. Ce mode d'action s'inscrit davantage dans le registre de la défiance plutôt que la confiance. Selon P. Barraud de Lagerie, « *l'organisation d'un contre-pouvoir orienté vers les entreprises plutôt que vers les dirigeants politiques est adossée aux mêmes registres d'action* » (P. BARRAUD DE LAGERIE, *Les patrons de la vertu : De la responsabilité sociale des entreprises au devoir de vigilance,* Presses Universitaires de Rennes, 2019, p. 43. V. P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie : La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006).

[4] COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert (2001) 366 final*, 18 juil. 2001, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », pt. 54.

567. **Un levier punitif. –** La sanction réputationnelle n'est pas cantonnée au registre incitatif : les parties prenantes peuvent mettre à exécution la menace de compromettre l'image de l'entreprise[1]. Si l'entreprise n'adopte pas le comportement attendu, elle s'expose à une mise au pilori dont les conséquences économiques peuvent être importantes[2]. En cela, la sanction réputationnelle n'est pas seulement comminatoire mais joue également un rôle normatif après son application. En effet, l'entreprise dont la réputation est entachée a tout intérêt à se racheter en modifiant le comportement critiqué[3]. A défaut, elle pourrait subir une sanction économique, qui se traduirait par une baisse de ses parts de marché, suite à un *boycott* ou une désaffection de ses clients ou financeurs. Par exemple, lorsqu'il a été révélé que Volkswagen trafiquait ses moteurs afin de sous-estimer leur production d'émissions, l'entreprise a vu la valeur de ses actions chuter[4]. Cette sanction économique constitue la clef de voûte de la sanction réputationnelle : sans elle, cette dernière disposerait d'un caractère punitif moindre – de même qu'un moindre caractère incitatif[5].

568. **Le *reporting*, support de la sanction réputationnelle. –** Dans ce contexte, le *reporting* est l'un des fondements sur lesquels la sanction réputationnelle peut prospérer. En effet, cette dernière ne pourra être mise en œuvre que « *si les tiers concernés, investisseurs par exemple, sont suffisamment informés pour être en mesure d'exercer la sanction*

---

[1] Un des exemples les plus emblématiques du versant punitif de la sanction réputationnelle est sans doute l'attribution du Prix Pinocchio par des ONG françaises, qui vise à décerner le prix du *greenwahsing* à des entreprises. Le projet a fait l'objet d'un financement de la Commission européenne. V. [https://www.prix-pinocchio.org/].

[2] Le versant punitif de la sanction réputationnelle constitue la contrepartie de la *licence to operate*, autrement dit l'accord tacite conclu entre l'entreprise et ses parties prenantes permettant à la première d'exercer son activité. V. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

[3] En sciences de gestion, un auteur a par exemple identifié trois types de réaction complémentaires face à une perte de légitimité d'une organisation auprès de ses parties prenantes : rendre des comptes sur l'évènement en question (en le niant, en l'excusant, en le justifiant ou en l'expliquant – les deux dernières étant conseillées dans le cas d'une perte de légitimité *morale*, c'est-à-dire en lien avec l'éthique) ; restructurer l'organisation (par exemple en mettant en places des dispositifs de contrôle ou en limogeant les dirigeants) ; éviter l'affolement (en se retirant de la sphère médiatique par exemple) (M. C. SUCHMAN, « Managing legitimacy : strategic and institutional approaches », *The Academy of Management Review*, 1995, vol. 20, n°3, p. 597).

[4] LE MONDE, « Volkswagen, ébranlé par un scandale, s'effondre en bourse », 21 sept. 2015, [https://www.lemonde.fr/automobile/article/2015/09/21/tricherie-aux-États-unis-les-regrets-de-vw_4765196_1654940.html].

[5] « *La sanction médiatique doit, au moins ponctuellement, engendrer une sanction économique. À défaut, la notion de capital réputationnel risque d'être un* flatus vocis. *La sanction économique est non seulement une peine pour l'entreprise qui l'a subie, mais aussi un instrument de prévention à l'égard des autres entreprises* » (N. CUZACQ, « Le mécanisme du Name and Shame ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, 2017, p. 473).

économique dont ils disposent »[1]. Les divers documents d'information extra-financière produits par les entreprises constituent donc l'un des moyens nécessaires d'exercice de la sanction réputationnelle, d'autant plus qu'ils sont accessibles aux médias. C'est en ce sens que le devoir de transparence environnementale et sociale dispose d'une fonction régulatrice. M. Larouer analysait ainsi le *reporting* comme étant un outil de suivi des effets des codes de conduite adoptés par les entreprises, les engagements contenus dans ces codes pouvant être confrontés aux résultats contenus dans les documents d'information extra-financière[2]. La vision de l'information environnementale et sociale comme support de la sanction réputationnelle était partagée par le législateur dès la création du *reporting* extra-financier : un rapport souligne que « *pour le législateur, il revient avant tout aux parties prenantes de veiller à la présence des informations dans le rapport de gestion et à leur qualité* »[3]. Le législateur ne laisse cependant pas les entreprises sans moyens : la règle *report or explain* notamment, en octroyant à l'entreprise la possibilité de justifier l'absence d'information sur telle ou telle catégorie, lui permet d'atténuer la sanction réputationnelle en expliquant les raisons de son absence de politique sur une problématique relevant de la RSE. De plus, l'obligation faite aux entreprises de rapporter des informations concernant leur activité et de justifier leurs défaillances constitue un ressort important de passage à l'action en matière de RSE : « *la réflexion sur ses propres pratiques, comme la nécessité de les justifier, aurait ainsi la vertu d'entraîner des modifications de pratiques* »[4].

---

[1] P. DURAND-BARTHEZ, « Le principe appliquer ou expliquer. Réflexions sur ses fondements et sa mise en œuvre dans le domaine du gouvernement d'entreprise », *CDE*, 2016, p. 25. En ce sens, les obligations d'information qui sont faites aux entreprises permettent aux parties prenantes d'exercer un certain pouvoir sur elles : le *reporting* « *permet aux tiers à l'entreprise, notamment les consommateurs, les banquiers et les investisseurs, de disposer d'un véritable pouvoir. En effet, mieux informés sur la politique sociale et environnementale d'une entreprise, ils pourront en toute connaissance de cause décider ou non d'investir dans une entreprise ou d'en devenir client. Finalement, n'est-ce pas leur jugement qui* in fine *incitera l'entreprise à adopter une démarche sociétale ?* » (V. MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés, entre contrainte et démarche volontaire », *Dr. Sociétés,* 2011, n°21, p. 7).

[2] M. LAROUER, *op. cit.*, n°285 et s., p. 381 et s. Sur le suivi du respect des droits de l'homme dans le cadre du Conseil de l'Europe, v. M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe : Contribution à la théorie du contrôle international*, Pedone, 2012.

[3] F. BARATIN, A. HELIAS, M. LE QUENTREC [et al.], *Rapport de mission sur l'application de l'article 116 de la loi sur les nouvelles régulations économiques*, 2007, p. 11.

[4] P. DEUMIER, « Appliquer, expliquer ou sanctionner ? », *CDE*, 2014, n°4. V. également V. MERCIER, art. préc., n°32, p. 7 : la règle *comply or explain* « *conduit les dirigeants de sociétés ou gestionnaires de fonds à justifier leur attitude vis-à-vis de règles reconnues (code de gouvernement d'entreprise ou critères ESG) et devrait, à terme, les inciter à passer du simple affichage de ces règles à leur intégration effective* ».

569. L'effet normatif de la sanction réputationnelle doit être éprouvé à l'aune de son efficacité.

B. L'efficacité de la sanction réputationnelle

570. **Une sanction efficace en dépit de son absence de juridicité. –** Si la sanction réputationnelle est si redoutée par les entreprises, c'est parce que le mode de fonctionnement de ces dernières, ainsi que celui des investisseurs dont elles sont dépendantes, repose pour une grande partie sur l'analyse des risques encourus[1]. Or, le risque réputationnel est parfois davantage redouté que le risque juridique, comme l'a noté le Conseil d'État dans son rapport sur le droit souple : « *l'absence d'obligation n'empêche pas l'existence d'une pression sociale, morale ou politique pour se conformer à l'instrument de droit souple. Cette pression peut d'ailleurs être plus efficace que celle qui fait appel aux mécanismes juridiques tels que la saisine d'un juge* »[2]. Pour illustrer la force de la réputation, un auteur cite le cas d'amendes à répétition pour mauvais stationnement du véhicule de société utilisé par un dirigeant, payées par la société elle-même. La sanction juridique – l'amende – ne remplit pas ici son rôle dissuasif, notamment s'il s'agit d'une société avec des fonds importants : une telle dépense ne pèse pas beaucoup dans les charges de la société[3]. Son coût immédiat est moindre comparé aux répercussions de ce comportement si la société civile et les parties prenantes de l'entreprise, tels que les actionnaires et les salariés, venaient à l'apprendre[4]. Ainsi, « *la réputation ou l'image a en fait inversé la matérialité des choses : des évènements quasi*

---

[1] V. P. DURAND-BARTHEZ, art. préc., p. 25.

[2] CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, 2013, p. 62. V. également J. MOUCHETTE, *La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 2019, p. 274 : « *l'action sur la réputation est parfois plus efficace que l'action par le droit pour lutter contre certains phénomènes difficiles à appréhender au travers d'actes juridiques précis* ».

[3] Cette infraction pourrait ainsi être assimilée à une faute lucrative.

[4] V. également F. CHAZEL, « Normes et valeurs sociales », *in Dictionnaire de Sociologie*, Albin Michel, 1998, p. 582 : « *Et si nous tendons à prendre davantage conscience des sanctions formelles, qui sont les plus manifestes, les sanctions auxquelles nous sommes le plus souvent confrontés, au cours de notre vie quotidienne, sont de caractère informel, ce qui ne veut pas dire pour autant qu'elles ne sont pas plus sévères : à coup sûr, maintes personnes, si elles avaient le choix, préféreraient payer une lourde amende plutôt que de braver le ridicule* » et H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. C. EISENMANN, Dalloz, 1962, p. 36 : « *l'approbation des autres membres du groupe est, elle aussi, ressentie comme une récompense ; leur désapprobation, comme une peine, et elles peuvent être interprétées comme des sanctions. Elles sont même parfois des sanctions plus efficaces que d'autres formes de récompense ou de peine, car elles satisfont ou au contraire elles portent atteinte à cet instinct qui porte l'homme à être apprécié par autrui* (Geltungstrieb), *et qui est une des composantes les plus importantes de l'instinct de conservation* ».

immatériels peuvent aujourd'hui avoir des conséquences énormes pour une société »[1]. En d'autres termes, la sanction réputationnelle crée « *un autre tribunal que celui auquel le droit nous habitue, à savoir le tribunal de la réputation ou de l'opinion commune* »[2]. En effet, tenir compte des seules contraintes juridiques serait négliger la puissance des normes non juridiques, qui n'en restent pas moins des normes – ce qui est l'objet d'étude de la sociologie[3]. La sanction réputationnelle n'est pas seulement efficace, elle est également efficiente, présentant l'avantage de pouvoir être appliquée très rapidement tout en ne représentant aucun coût pour les pouvoirs publics, contrairement aux sanctions juridiques classiques.

571. Ainsi, l'absence de juridicité attachée à la norme – essentiellement sociale et morale – qui invite les entreprises à une meilleure intégration des enjeux environnementaux et sociaux n'exclut pas qu'elle dispose d'une certaine force. Le concept de « *force normative* » dégagé par C. Thibierge permet d'appréhender la normativité de la RSE d'une manière plus complète que ne l'impliquerait le seul critère de juridicité[4]. La sanction réputationnelle, même si elle n'est pas juridique, renforce « *la force de la norme perçue, ressentie, vécue et conférée par ses destinataires* »[5]. Le Conseil d'État notait ainsi que certaines normes non sanctionnées peuvent « *entraîner des conséquences défavorables sur un plan extra-juridique (dégradation de l'image, désaffection des investisseurs, réprobation des pairs, etc.)* », renforçant leur effectivité « *par un effet qu'on pourrait qualifier "d'ombre portée" de la sanction* »[6]. En

---

[1] M. POWER, « Un nom, c'est quoi ? Le risque image et la transformation de la notion de responsabilité sociale », *Sécurité et stratégie*, vol. 6, n°2, 2011, p. 6.

[2] T. BERNS, « Si les entreprises ont une âme », *in* T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN [et al.] (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007, p. 71.

[3] « *Si j'essaye de violer les règles de droit, elles réagissent contre moi de manière à empêcher mon acte s'il en est temps, ou à l'annuler et à le rétablir sous sa forme normale s'il est accompli et réparable, ou à me le faire expier s'il ne peut être réparé autrement* […]. *Dans d'autres cas, la contrainte est moins violente ; elle ne laisse pas d'exister. Si je ne me soumets pas aux conventions du monde, si, m'habillant, je ne tiens aucun compte des usages suivis dans mon pays et dans ma classe, le rire que je provoque, l'éloignement où l'on me tient, produisent, quoique d'une manière plus atténuée, les mêmes effets qu'une peine proprement dite. Ailleurs, la contrainte, pour n'être qu'indirecte, n'en est pas moins efficace* » (E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 13e éd., PUF, 2007, p. 4 et s.).

[4] C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept,* LGDJ, 2009.

[5] C. THIBIERGE, « Conclusion : Le concept de "force normative" », *in* C. THIBIERGE (dir.), *op. cit.*, p. 822. Pour rappel, les trois pôles de la force normative, concept développé par C. Thibierge sont la valeur normative, la portée normative et la garantie normative, sur lesquels v. *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

[6] CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, 2013, p. 11. V. également Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle*, Dalloz, 2000, p. 212 : « *Ces actes sont considérés comme obligatoires dans le milieu considéré, le petit monde homogène de telle ou telle activité, de telle ou telle "place" commerciale ; en son sein ils comportent des sanctions, comme la mise au ban de celui qui l'enfreint, son boycott, ou tout simplement une atteinte à son "image de marque" et à celle de son entreprise, qui a une*

d'autres termes, l'effectivité d'une norme peut être constatée en dépit de sa juridicité[1]. Au surplus, selon la conception théorique adoptée, la sanction réputationnelle peut être qualifiée de sanction juridique dans la mesure où la juridicité ne se résume pas à la contrainte[2]. En définitive et au regard de ses possibles répercussions, la sanction réputationnelle « *se teinte tout de même assez franchement d'obligation* »[3]. La contrainte réputationnelle renforce donc l'effectivité des devoirs de transparence extra-financière ; normes sociale et norme juridique coexistent pour remplir un objectif commun, celui d'une meilleure intégration des enjeux sociaux et environnementaux par les entreprises[4].

572. **Une efficacité à relativiser. –** L'efficacité de la sanction économique censée découler de la sanction réputationnelle ne doit pas pour autant être surestimée : en plus d'être difficilement évaluable, elle n'est pas nécessairement si élevée qu'escompté[5] et, surtout, sa réalité est morcelée. En effet, il convient de distinguer la sanction économique qui provient des investisseurs de celle qui émane des consommateurs. Les études empiriques tendent à diminuer la portée dissuasive associée en théorie à la sanction économique des investisseurs[6]. Même si, nous le verrons plus tard, l'investissement socialement responsable peut constituer un levier de l'intégration des enjeux environnementaux et sociaux par les entreprises[7], cela ne veut pas pour autant signifier que tous les investisseurs – y compris étiquetés « socialement responsables » – sanctionnent financièrement les entreprises qu'ils financent. L'exemple le plus criant de cet état de fait est sans doute la réaction des marchés financiers envers les

---

valeur financière. C'est dire que le manquement à la loi de l'honneur peut se traduire économiquement, par des pertes de marchés ».

[1] V. N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, 2017, p. 473.

[2] « […] *le* Name and Shame *acquiert une indiscutable nature juridique lorsqu'il est mis en œuvre par les pouvoirs publics. Dans les autres cas, le débat est ouvert. À l'inverse des positivistes, les partisans du pluralisme juridique assimileront le* Name and Shame *au droit même s'il s'agit d'une sanction spontanée qui émane de la société civile. Ils définissent la contrainte à l'aune d'un critère matériel et non pas organique* » (*ibid.*).

[3] P. DEUMIER, « La question de la sanction dans le Pacte mondial », *in* L. BOISSON DE CHAZOURNES et E. MAZUYER (dir.), *Le Pacte mondial des Nations Unies, 10 ans après*, Bruylant, 2011, p. 164.

[4] « […] *il n'y a plus seulement un face-à-face entre l'État et l'entreprise récalcitrante, mais aussi un rapport de force entre cette dernière et la société civile. La norme sociale vient en renfort de la norme juridique. Si la norme juridique et la norme sociale regardent le même horizon, l'effectivité de la règle en sort renforcée* » (N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com*., 2017, p. 473).

[5] V. notamment A. PIETRANCOSTA et J.-B. POULLE, « Le principe appliquer ou expliquer », *RTDF*, n°4, 2009, p. 19 s., n° 7 ; P. DEUMIER, « Le principe appliquer ou expliquer, appliquer la norme autrement ? », *RTD civ.*, 2013, p. 79.

[6] V. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

[7] V. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

entreprises qui sous-traitaient la fabrication de textile dans les usines du Rana Plaza. Bien que l'effondrement de cet immeuble en 2013 ait été un drame humain – plus d'un millier de personnes décédées – les entreprises dont les étiquettes ont été retrouvées dans les décombres ne semblent pas avoir été sanctionnées par les investisseurs. Si les actions en bourses desdites entreprises ont chuté le jour de l'annonce de la catastrophe, elles ont retrouvé leur niveau habituel dès le lendemain[1]. Outre un éventuel désintérêt de certains investisseurs pour les questions extra-financières dans la mesure où ils les perçoivent comme étant contradictoires avec la réalisation d'un profit, cette réaction peut également s'expliquer par le fait que « *l'innovation et la combativité* [sont] *parfois mieux récompensées sur les marchés* »[2]. La logique de rentabilité propre aux investisseurs freine donc l'application de la sanction économique[3]. Ainsi, les suites politiques françaises de la catastrophe du Rana Plaza, aboutissant à la création légale du devoir de vigilance, ne constituent-elles pas l'aveu que l'action du marché ne peut seule réguler les activités des multinationales ?

573. La conclusion est parfois plus nuancée s'agissant de la sanction économique appliquée par les consommateurs. Les entreprises françaises qui ont été nommément visées dans les campagnes médiatiques des ONG comme étant impliquées dans la catastrophe du Rana Plaza

---

[1] « *Although stock market reaction to retailers on the day of the Rana Plaza disaster is negative and significant, its magnitude and significance dissipates when considering the following day's stock market reaction. There is no evidence of significant stock market reaction over 11 trading days (approximately two weeks in calendar time) after the Rana Plaza disaster. Further, for the 60 trading days (approximately 3 months in calendar time) after the Rana Plaza disaster, the stock market reaction adjusted for other contemporaneous announcements unrelated to the Rana Plaza disaster is statistically insignificant. Basically, retailers who source from Bangladesh did not experience any significant negative economic impact from the Rana Plaza disaster* » (B. W. JACOBS et V. R. SINGHAL, « The effect of the Rana Plaza disaster on shareholder wealth of retailers : Implications for sourcing strategies and supply chain governance », *Journal of Operations Management*, vol. 49-51, 2017, p. 52).

[2] C. COUPET, « Les normes d'origine privée », *RTD com.*, 2015, n°19, p. 437.

[3] Les deux auteurs qui ont conduit l'étude précitée sur les consequences en bourse de la catastrophe du Rana Plaza concluent ainsi : « *These results bring into question the common assumption that market forces alone might prompt firms to shift sourcing from low-cost countries to higher-cost countries* » (B. W. JACOBS et V. R. SINGHAL, art. préc., p. 52). V. également, à propos de la réaction des investisseurs quant à l'application des codes de gouvernance par les sociétés anglaises : « *La doctrine anglaise relève également que les investisseurs n'exercent de pression sur le management que lorsque les résultats de la société ne sont plus au rendez-vous. Autrement dit, les investisseurs jouent bien leur rôle lorsqu'une société se départit du Code, toutefois, non comme ils le devraient, puisqu'ils ne semblent réagir que lorsque la société connaît de mauvais résultats financiers. De sorte que les écarts des sociétés semblent toujours justifiés aux yeux des actionnaires tant que les profits sont au rendez-vous* » (J.-B. POULLE, « La mise à l'épreuve du principe "se conformer ou expliquer" au Royaume-Uni », *JCP E*, n°5, 2009, 1123, n°43).

ont fait face à une diminution de la demande[1]. Néanmoins, la sanction économique ne semble pas être durable. Par exemple, dans l'affaire impliquant l'entreprise Volkswagen en 2015 (cette dernière avait frauduleusement sous-estimé les émissions de gaz produites par les voitures vendues), il semblerait que le volume des ventes n'ait pas été ébranlé, voire ait connu une augmentation et ce, en dépit d'une campagne médiatique importante[2]. Ainsi, sanction économique et réputationnelle ne semblent pas nécessairement corrélées, dans la mesure où les investisseurs réfléchissent davantage en termes de rentabilité[3]. En dépit de cette efficacité relative, la sanction réputationnelle continue de jouer son rôle incitatif en encourageant les entreprises à prendre en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité. En effet, il ne faut pas sous-estimer l'importance de la perception du risque réputationnel par les entreprises qui est détachée de sa concrétisation effective : « *les représentations sociales que les* managers *peuvent avoir d'une loi (sur-évaluation ou sous-évaluation du risque juridique) sont décisives dans l'effectivité de l'application de cette loi* »[4].

574. Prenant acte de la force normative de la sanction réputationnelle, les autorités publiques ont entrepris de lui donner une consistance juridique, de sorte que le risque de cette sanction fait l'objet d'une institutionnalisation croissante.

---

[1] Plus exactement, il a été observé une diminution des importations effectuées par ces entreprises provenant du Bangladesh. De ce constat, il a pu être interprété « *a targeted contraction of demand created by the tumult and criticism against companies directly involved in the event* » (P. KOENIG et S. PONCET, « Reputation and (un)fair trade : Effects on French importers from the Rana Plaza collapse », 2019, [https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02418274/document]).

[2] « *Malgré ce scandale, les ventes du groupe Volkswagen n'ont pas été réellement impactées. Le choix du terme de* "dieselgate" *et non de* "Volkswagengate" *semble avoir focalisé l'attention sur les moteurs diesel, mais sans avoir non plus d'effet significatif sur leur utilisation. Selon T&E, 43 millions de "diesels sales" (aux quantités d'émissions au moins trois fois supérieures aux normes européennes) seraient toujours en circulation, contre 29 millions au moment du scandale Volkswagen* » (NOVETHIC, « Dieselgate », [https://www.novethic.fr/lexique/detail/dieselgate.html]). V. TRANSPORT & ENVIRONMENT, « Dieselgate, three years on: 43 million dirty diesels on our roads – and still growing », 18 sept. 2018, [https://www.transportenvironment.org/discover/dieselgate-three-years-43-million-dirty-diesels-our-roads-and-still-growing/].

[3] V. *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

[4] « *Les récentes arrestations retentissantes des dirigeants français de haut rang aux États-Unis combinées aux amendes importantes infligées à des entreprises françaises ont très largement contribué à changer les représentations sociales des* managers *en matière de risque sur la* compliance. » (G. DELALIEUX, « Quelques considérations prospectives sur l'effectivité présumée de la loi "Devoir de vigilance des firmes multinationales" », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 37).

§2. Un risque de sanction réputationnelle institutionnalisé

576. Constatant l'efficacité attachée à la sanction réputationnelle, le législateur et certaines institutions ont entrepris de juridiciser cette sanction initialement extra-juridique. Parallèlement à la sanction réputationnelle diffuse, il existe ainsi quelques sanctions réputationnelles institutionnalisées (A). Ces sanctions s'inscrivent dans une logique de suivi du comportement des entreprises en matière de RSE (B).

A. Les manifestations de l'institutionnalisation de la sanction réputationnelle

577. L'institutionnalisation des sanctions réputationnelles est perceptible tant dans l'ordre interne (1) que dans l'ordre international (2).

1. Les sanctions réputationnelles dans l'ordre interne

578. **La diffusion des décisions de justice. –** La prise en compte de la réputation par le droit n'est pas un phénomène nouveau : c'est bien cette volonté qui est recherchée quand le législateur prévoit l'éventuelle publication d'une décision de justice[1]. Ainsi, quand le législateur français dispose que le juge qui statue sur un manquement au devoir de vigilance « *peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci* »[2], il vise, derrière cette sanction juridique, l'éventuelle mise en œuvre d'une sanction économique liée à l'altération de l'image de l'entreprise du fait de cette diffusion[3]. Là encore, l'objectif est préventif et incitatif : « *l'opprobre que constituera en théorie le fait pour une entreprise d'être publiquement condamnée par un juge* »[4] inciterait l'entreprise à être

[1] Sur les sanctions juridiques impliquant une mesure de publicité, v. en matière administrative J.-F. KERLEO, « La publicité-exemplarité. Le nouveau droit de la publication des sanctions administratives et juridictionnelles », *RFDA*, 2015, p. 751.
[2] C. Com., art. L. 225-102-5.
[3] La mesure de publicité de la décision de justice « *présente une nature ambivalente* » puisqu'elle « *représente, en tant que peine, un archétype de la sanction. Mais, nuance par rapport aux autres peines, elle se signale comme une sanction réputationnelle* » (A. LEPAGE, « L'essor d'une sanction réputationnelle : l'affichage ou la diffusion de la décision » *in* D. FENOUILLET et T. GENICON (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. De la théorie à la pratique : illustration à partir du droit de la consommation*, Dalloz, 2023, p. 162 et s.)
[4] G. DELALIEUX, « Quelques considérations prospectives sur l'effectivité présumée de la loi "Devoir de vigilance des firmes multinationales" », *in* S. SCHILLER (dir.), *op. cit.*, p. 37.

vigilante sur les activités de ses partenaires économiques[1]. Il a néanmoins été regretté que cette diffusion soit seulement une possibilité pour le juge[2].

579. **Le dispositif d'interpellation des consommateurs sur les conditions sociales de fabrication des produits. –** Un autre dispositif juridique, instauré en 2014 à la suite du drame du Rana Plaza[3], favorise l'expression de la sanction réputationnelle. En effet, l'article L. 113-1 du Code de la consommation prévoit un mécanisme à destination des consommateurs d'interpellation des entreprises sur les conditions sociales de fabrication des produits. Le consommateur[4] qui « *a connaissance d'éléments sérieux mettant en doute le fait qu'*[un bien commercialisé en France] *a été fabriqué dans des conditions respectueuses des conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux* »[5] peut demander au fabricant, producteur ou distributeur de lui transmettre « *toute information dont il dispose portant sur un des éléments ci-après : origine géographique des matériaux et composants utilisés dans la fabrication, contrôles de qualité et audits, organisation de la chaîne de production et identité, implantation géographique et qualités du fabricant, de ses sous-traitants et fournisseurs* ».

580. Rien n'empêchait auparavant un consommateur de s'adresser à une entreprise afin de lui demander des comptes ; mais rien n'empêchait non plus l'entreprise d'ignorer cette

---

[1] De la même manière, en matière de travail dissimulé, le législateur a prévu la possibilité pour le juge de faire diffuser sur un site internet dédié la décision de justice condamnant l'entreprise (C. Trav., art. L. 8224-3, 4°). L'objectif de cette peine complémentaire est d'initier « *un effet dissuasif et préventif* » à l'attention des entreprises (*Circulaire du 22 octobre 2014 de présentation des dispositions de droit pénal et de procédure pénale de la loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale*, NOR : JUSD1425137C, p. 4).

[2] « *En portant à la connaissance d'un large public la condamnation prononcée par le juge et en mettant à la charge de l'entreprise condamnée le coût de la publication, cette mesure sanctionne donc doublement le contrevenant au devoir de vigilance. Cette sanction est ainsi potentiellement celle qui est la plus redoutée par les entreprises. On peut donc regretter que la publication de la décision soit laissée à l'appréciation du juge, comme l'indique l'utilisation du verbe "pouvoir" dans le texte. Une publication systématique aurait, en effet, été envisageable* » (A. DANIS-FATOME et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.*, 2017, p. 1610).

[3] *L. n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire*, art. 93.

[4] « *On s'étonnera cependant que ces nouvelles dispositions, qui visent à vérifier le respect des droits humains fondamentaux par certains professionnels de la chaîne de distribution des produits, restent cantonnées aux rapports professionnels/consommateurs. En effet, le respect des conventions internationales en la matière devrait tout autant concerner les professionnels intégrés à des ensembles contractuels procurant les produits destinés aux consommateurs. Ils auraient sans doute été intéressés à bénéficier d'une disposition légale leur octroyant les mêmes droits que leurs clients consommateurs* » (I. BUFFLIER, « De l'information sur les conditions sociales de fabrication des produits : Mythe ou réalité pour le consommateur ? », *Rev. int. Compliance*, 2016, n° 2, étude 64).

[5] L'article D. 113-1 du Code de la consommation énumère les treize conventions internationales sur la base desquelles doivent être appréciées les conditions de fabrication.

interpellation. Tout l'intérêt d'un encadrement juridique réside dans les sanctions proposées pour éviter que l'entreprise n'élude la question posée. Force est de constater que l'encadrement juridique proposé demeure très doux. Déjà, si l'entreprise « *ne possède pas l'information demandée* », elle est simplement « *tenu*[e] *d'en informer le consommateur à l'origine de la demande* »[1]. Ensuite, l'article L. 113-2 du même Code ne prévoit pas de sanction au sens classique du terme : si la transmission de l'information « *est de nature à compromettre gravement les intérêts stratégiques ou industriels du fabricant, du producteur ou du distributeur* »[2], ce dernier « *peut décider de ne pas la transmettre à condition d'en motiver les raisons* ». On retrouve le mécanisme *report or explain* qui permet ici à une entreprise d'échapper à la demande qui lui est faite d'apporter des informations quant aux suspicions d'atteintes aux droits des travailleurs, à la condition qu'elle explique les raisons de cette absence d'information. Le caractère non contraignant de ces mécanismes est sans doute dû aux craintes exprimées par les entreprises face à ce mécanisme d'interpellation du consommateur. Ces dernières déplorent en effet l'insécurité juridique qui entoure ces dispositions : il peut par exemple être délicat de connaître l'origine géographique de tous les composants de produits techniques[3].

581. S'il n'existe aucune sanction juridique en cas d'absence de réponse ou de réponse insuffisamment motivée voire mensongère, la sanction réputationnelle pourrait néanmoins prendre le relai : la société civile sanctionnera les mensonges ou l'opacité. C'est en cela que ce dispositif d'interpellation favorise l'épanouissement de la sanction réputationnelle. Pour autant, ce dispositif n'est pas utilisé en pratique. Outre le fait que ses sanctions soient peu énergiques, ce dispositif souffre sans doute également du caractère profane de son destinataire : il est peu probable que des consommateurs interpellent l'entreprise sur de potentielles défaillances dans les conditions sociales de fabrication d'un produit au regard de conventions internationales[4]. N'est-il pas paradoxal d'attendre du consommateur qu'il soit suffisamment informé (il doit être en possession d'« *éléments sérieux mettant en doute le fait qu'*[un bien commercialisé en France] *a été fabriqué dans des conditions respectueuses des*

[1] C. Conso., art. L. 113-1, al. 2.
[2] « *On peut penser notamment à la communication de documents stratégiques comme les contrôles de qualité et d'audits, à l'organisation de la chaîne de production et toutes les coordonnées des professionnels travaillant avec le professionnel concerné* » (I. BUFFLIER, art. préc.).
[3] *Ibid.*
[4] *Ibid*.

conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux »[1]) pour pouvoir lui-même demander une information à l'entreprise ?

582. **L'institutionnalisation de la sanction réputationnelle par l'Autorité des Marchés Financiers. –** Les sanctions réputationnelles qui ont fait l'objet d'une intervention législative sont en définitive assez rares. La juridicisation de la sanction réputationnelle est davantage le fruit de certaines institutions que du législateur. C'est le cas de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) qui utilise la pratique du *name and shame* depuis 2012, dans le cadre de ses rapports annuels sur le gouvernement d'entreprise. En effet, ces rapports sont l'occasion pour l'AMF de vérifier l'application de la règle *comply or explain* prévue s'agissant des règles de gouvernance[2]. Pour rappel, le législateur prévoit qu'au sein du rapport sur le gouvernement d'entreprise, la société assujettie doit mentionner « *lorsqu'*[elle] *se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été* » ou « *à défaut d'une telle référence à un code, les raisons pour lesquelles la société a décidé de ne pas s'y référer ainsi que, le cas échéant, les règles retenues en complément des exigences requises par la loi* »[3].

583. L'AMF va alors non seulement vérifier le respect de la règle *comply or explain* en s'assurant de la présence de l'explication mais également de sa pertinence[4]. A l'inverse, l'AMF souligne dans son rapport les bonnes pratiques de certaines entreprises en les nommant ; la sanction réputationnelle n'est donc pas seulement punitive[5]. Si le rapport de l'AMF intéresse spécifiquement la gouvernance de l'entreprise (la question de la dissociation ou du cumul des fonctions du Président-Directeur Général ou celle des comités spécialisés par

---

[1] C. Conso., art. L. 113-1.

[2] C. Mon. Fi., art. L. 621-18-3. Les règles de gouvernance dont il est question émanent de sources diverses : l'AMF précise que « *s'agissant des pratiques jugées perfectibles, sont nommées les sociétés qui n'appliquent pas la loi, une recommandation du code AFEP-MEDEF, une recommandation du HCGE ou une recommandation de l'AMF, sans justifier cet écart ou fournir d'explications suffisamment circonstanciées et adaptées, conformément au principe "appliquer ou expliquer"* » (AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2021, p. 45).

[3] C. Com., art. L. 22-10-10, 4°. V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

[4] En pratique, toutes les sociétés qui font l'objet de cette vérification se réfèrent à un code de gouvernance. Il s'agit donc pour l'AMF de vérifier le respect des dispositions dudit code et les éventuelles explications apportées.

[5] L'AMF distingue ainsi les bonnes pratiques, associées à l'image d'un pouce relevé vert, des mauvaises pratiques, illustrées par un pouce rouge qui pointe vers le bas.

exemple), certaines problématiques sont en prise directe avec la RSE, comme le *say on climate* ou l'augmentation des rémunérations des dirigeants. A cette occasion, des noms de société peuvent être cités, ce qui peut nuire à leur image. Par exemple, l'AMF cite nommément deux sociétés pour indiquer que ce sont les seules de l'échantillon à avoir augmenté la part fixe de rémunération de leurs dirigeants pendant la crise sanitaire[1]. Si rien ne leur est reproché par l'AMF, qui constate que ces deux groupes de sociétés justifient cette augmentation par un développement de leur taille, il n'empêche que leurs noms sont cités, ce qui peut potentiellement entraîner une réaction de la part de la société civile. Ainsi, ce « *pouvoir de stigmatiser* » confère à l'AMF, comme aux autres Autorités Administratives Indépendantes, une « *magistrature d'influence* » selon les termes de J. Mouchette[2].

584. **L'institutionnalisation de la sanction réputationnelle par le Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise. –** Le Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise (HCGE) a été créé en 2013 à l'occasion de la révision du code de gouvernance AFEP-MEDEF[3]. Ce Haut Comité est « *chargé du suivi de l'application du code de gouvernement d'entreprise pour les sociétés cotées qui s'y réfèrent et s'assure de l'application effective de la règle fondamentale de gouvernement d'entreprise qu'est le principe* "*appliquer ou expliquer*" »[4]. A l'instar de l'AMF, le HCGE vérifie l'application de la règle *comply or explain* et en rend compte lors de son rapport annuel[5]. Une certaine réappropriation de la sanction réputationnelle par les grandes entreprises est constatée, *via* les deux organisations patronales que sont l'AFEP et le MEDEF[6]. Si, en 2017, une dizaine de sociétés ont été nommées dans le rapport[1], en 2021, une

---

[1] AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, rapport préc., p. 91.

[2] J. MOUCHETTE, *La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 2019. V. également A. SEE, « La régulation économique et financière face aux défis de l'information » *in* G. ECKERT et J.-P. KOVAR (dir.), *La régulation économique et financière face aux défis de l'information. De la régulation par l'information à la régulation de l'information*, L'Harmattan, 2018, p. 45.x

[3] Le HCGE est « *constitué de cinq personnalités compétentes, exerçant ou ayant exercé des mandats sociaux dans des entreprises qui se réfèrent au présent code, et de quatre personnalités qualifiées représentant les investisseurs et/ou choisies pour leurs compétences en matière juridique ou de déontologie. Le président est nommé parmi les cinq personnalités exerçant ou ayant exercé des mandats sociaux* » (Code AFEP-MEDEF, art. 27.2).

[4] Code AFEP-MEDEF, art. 27.2.

[5] L'articulation de ces deux sanctions réputationnelles a fait l'objet d'un dialogue entre l'AMF et le HCGE : « *Depuis 2014, l'AMF a retenu une approche moins exhaustive, en procédant à une sélection de thèmes plus problématiques. Depuis 2015, elle procède à une concertation en amont avec le HCGE, ce qui a abouti en 2016 à une forte réduction de la taille du rapport* » (E. MAZUYER (dir.), *Quel cadre juridique pour une mise en œuvre effective des codes de gouvernance d'entreprise ?*, Mission de recherche Droit & Justice, 2017, p. 252).

[6] Ainsi, la pratique du *name and shame* du HCGE constitue une « *manifestation particulièrement éloquente du pluralisme sous ses formes diverses. Pluralisme normatif, d'abord, puisqu'un même comportement est soumis à*

seule société est nommément désignée pour n'avoir pas apporté d'explication suffisante à l'absence de conformité à une disposition du Code[2]. La crainte inspirée par cette sanction réputationnelle – et sans doute, plus globalement, le risque de sanction médiatique attaché à certaines pratiques de gouvernance d'entreprise, comme des rémunérations élevées ou un cumul de mandats – semble avoir fonctionné.

585. **L'encadrement méthodologique du *name and shame*. –** Un des enjeux du *name and shame* réside dans l'encadrement de cette sanction non juridique. Au regard des conséquences potentiellement négatives sur l'image d'une entreprise de l'exposition publique de son nom, il est apparu nécessaire d'encadrer sa mise en œuvre. En effet, contrairement aux autres sanctions juridiques – dont la diffusion d'une décision de justice – le *name and shame* n'est pas le résultat d'une procédure contradictoire aussi poussée qu'en matière judiciaire[3]. C'est la raison pour laquelle l'AMF a adossé ce pouvoir au respect d'une certaine méthodologie[4] et semble, en pratique, entamer un dialogue avec l'entreprise concernée en amont de la publication du rapport[5]. C'est un processus similaire qui est adopté par le PCN français[6], et

---

plusieurs normativités, en l'espèce une normativité juridique et une normativité économique faisant naître des situations d'internormativités, selon l'expression du doyen Carbonnier. Pluralisme juridique, ensuite, puisque l'on voit se constituer par-delà le seul ordre étatique d'autres ordres juridiques ayant leur propre rationalité et leurs propres sanctions qui ne sont pas nécessairement les sanctions employées habituellement par l'ordre juridique étatique » (S. GERRY-VERNIERES, « *Comply or explain* et *Name and shame*. Variations autour de la garantie normative du code AFEP-MEDEF », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La garantie normative. Exploration d'une notion-fonction*, Mare & Martin, 2021, p. 492).

[1] HAUT COMITE DE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE, *Rapport du Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise*, 2017.

[2] HAUT COMITE DE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE, *Rapport du Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise*, 2021, p. 15.

[3] V. « Le *name and shame*, Entretien avec François-Régis Benois », *La revue des juristes de Sciences Po*, 2021, n°20.

[4] F.-R. Benois, ancien Directeur de la division de la régulation des sociétés cotées à l'AMF, rapporte ainsi : « *Quand je dis que le recours à ces procédés de droit souple était relativement procéduralisé, il ne s'agissait pas, pour l'AMF, de rentrer dans une approche quasi-juridictionnelle ou "scientifique", mais surtout de rendre le processus autant que possible objectif pour ne pas donner prise aux contestations médiatiques de la part des émetteurs concernés. Tout cela était exposé dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise, à la fois sur l'approche mais également la méthodologie employée, étant precisé – et cela est déterminant – que les pratiques relevées se fondent sur une information publique des sociétés* » (« Le *name and shame*, Entretien avec François-Régis Benois », *La revue des juristes de Sciences Po*, 2021, n°20).

[5] F.-R. Benois rapporte : « *Il est important de noter que les sociétés étaient toujours prévenues en amont par courrier sur le fait qu'elles pouvaient être citées, ou pour les inciter à améliorer des pratiques qui ne semblaient pas vraiment conformes mais sans pour autant donner lieu à citation. Si, avant la publication du rapport, les sociétés publiaient une information qui était de nature à lever l'objection émise, on ne les citait pas. Le* name and shame *faisait nécessairement l'objet de décisions collégiales des directions impliquées dans la rédaction du rapport, et était in fine examiné, comme l'ensemble du rapport, par le Collège* » (« Le *name and shame*, Entretien avec François-Régis Benois », *La revue des juristes de Sciences Po*, 2021, n°20).

[6] *Règlement intérieur du PCN français*, pt. 27 et s.

par le HCGE[1] – qui tend à être juge et partie s'agissant de la sanction, ce qui facilite le dialogue autant qu'il en diminue l'importance.

586. **L'encadrement juridictionnel du *name and shame*. –** S'agissant spécifiquement du *name and shame* de l'AMF, la question de l'encadrement de cette pratique a été renouvelée à l'occasion des arrêts du Conseil d'État *Fairvesta* et *Numericable* du 21 mars 2016. En effet, depuis ces arrêts, le juge administratif accepte de contrôler les actes de droit souple émanant des autorités administratives indépendantes « *lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent* »[2]. N. Cuzacq propose, plus largement, d'encadrer les dérives de la sanction économique du boycott en lui associant la qualification de « *droit fonction* » théorisée par Josserand[3]. En subordonnant l'exercice du droit de boycott à la recherche d'un intérêt général, cette qualification éviterait ainsi que la sanction économique provienne d'un concurrent ou qu'elle soit fondée sur de simples rumeurs[4]. Au demeurant, reste la limite juridique de la diffamation qui est parfois reconnue par les juges[5]. Il n'empêche que ce contrôle juridictionnel, en ce qu'il intervient

---

[1] Le HCGE peut « *s'autosaisir s'il constate qu'une société n'applique pas l'une des recommandations du code sans explication suffisante aux fins de saisine du conseil de cette société. En cas d'autosaisine, la société répond dans un délai maximum de deux mois à la lettre du Haut Comité. A défaut de réponse dans ce délai, elle s'expose à ce que la saisine soit rendue publique* » (Code AFEP-MEDEF, art. 27.2).

[2] CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres* (n°368082) et *Société NC Numericable* (n°390023). Par ailleurs, il paraît possible de transposer à l'AMF une décision du Conseil d'État rendue à propos de la CNIL visant à encadrer dans le temps la diffusion d'une décision de sanction, en vertu du principe de proportionnalité (v. CE, 28 sept. 2016, n°389448, *Théâtre national de Bretagne*, Lebon : *AJDA* 2016, 1840 ; *ibid*. 2150, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *AJCT* 2017, 23, étude S. DYENS et J. ROTIVEL ; *Rev. sociétés* 2017, 50, obs. P.-H. CONAC).

[3] L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1939, rééd. 2006. V. également E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

[4] N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, 2017, p. 473. V. également : « *La sanction médiatique, comme la sanction économique, est une composante d'un ordre juridique partiel, mais ce dernier reste subordonné hiérarchiquement à l'ordre juridique étatique. Il est d'ailleurs possible que des multinationales demandent le renforcement de la rigueur des législations nationales à l'égard des excès de la sanction médiatique. Elles contrediront alors le "laissez faire, laissez passer" qu'elles psalmodient parfois* » (*ibid.*).

[5] V. par exemple TGI Paris, 17e ch., 7 mai 2014, n° 13/16669, retenant la diffamation émanant de l'ARPP et ses dirigeants à propos d'une décision rendue retenant l'existence de stéréotypes sexistes et racistes dans une publicité. Citons également l'affaire « Yuka » qui a abouti à la condamnation pour pratique commerciale déloyale et dénigrement de cette entreprise exploitant une application de notation des produits alimentaires. En effet, elle mentionnait le caractère cancérigène de nitrates de certains produits sans considération du seuil de nocivité et de la règlementation européenne en la matière (T. com. Paris, 25 mai 2021, n° n°2021001119 ; T. com. Aix-en-Provence, 13 sept. 2021, n°2021004507 ; T. com. Brive-la-Gaillarde, 24 sept. 2021, n°2021F00036). Sur cette affaire, v. S. GERRY-VERNIERES, « Les sanctions venues de la société civile » *in*

après le *name and shame*, ne permet pas vraiment de compenser les conséquences d'une mauvaise réputation[1]. Cet obstacle illustre toute la difficulté pour le droit de saisir les spécificités des marchés économiques, et notamment de la diffusion très rapide de l'information qui s'opère en leur sein.

587. Les sanctions réputationnelles sont également déployées dans l'ordre international.

2. Les sanctions réputationnelles dans l'ordre international

588. **L'institutionnalisation de la sanction réputationnelle dans le cadre du Pacte Mondial. –** Le Pacte Mondial des Nations Unies est un instrument non contraignant par lequel des entreprises peuvent s'engager à respecter dix principes universels relatifs aux droits de l'homme, au travail, à l'environnement et à la lutte contre la corruption. Annuellement, les entreprises adhérentes du Pacte doivent publier une « communication sur le progrès » (*Communication on Progress* ou *CoP*) décrivant le respect par l'entreprise de ces principes. Si l'entreprise ne publie pas sa communication, elle sera considérée comme « non-communicante » et signalée comme telle sur le site internet du Pacte Mondial. Si l'absence persiste un an plus tard, l'entreprise sera exclue du Pacte. De plus, un processus de plainte à destination des parties prenantes est prévu en cas de non-respect d'un principe par l'entreprise. Si l'entreprise n'apporte aucune explication quant à cette allégation, elle sera mentionnée comme « inactive » sur le site internet puis éventuellement exclue. Ce *name and shame* est souvent critiqué comme étant léger et de ce fait peu incitatif, dans la mesure où la pression ne porte pas sur le respect des dix principes mais sur la manière dont l'entreprise s'investit dans le cadre du Pacte Mondial[2]. En effet, l'entreprise ne sera mentionnée

---

D. FENOUILLET et T. GENICON (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. De la théorie à la pratique : illustration à partir du droit de la consommation*, Dalloz, 2023, n°3, p. 181.

[1] A propos du contrôle du juge des actes de droit souple, supports du *name and shame*, un auteur observe : « *le juge de l'annulation intervient trop tard, à un moment ou les effets de l'information se sont déjà produits. La publication de l'information peut porter une atteinte à la réputation de l'opérateur. Et, si la publication est immédiate, le recours juridictionnel n'intervient que plus tard. Le temps du juge n'est pas celui de la communication, de l'information* » (A. SEE, « La régulation économique et financière face aux défis de l'information » *in* G. ECKERT et J.-P. KOVAR (dir.), *La régulation économique et financière face aux défis de l'information. De la régulation par l'information à la régulation de l'information*, L'Harmattan, 2018, p. 45).

[2] « *Pour certains, il s'agit pour les entreprises d'obtenir un label onusien à peu de frais puisqu'elles peuvent utiliser le logo du Pacte sans vraiment s'engager effectivement à autre chose qu'à transmettre un seul exemple de bonne pratique par an, et ce, sans contrôle substantiel sur le niveau ou le contenu de cette pratique* » (E.

négativement sur le site internet que si elle est inactive dans sa démarche d'engagement, soit en ne publiant pas sa *CoP* soit en ne dialoguant pas avec le bureau du Pacte Mondial. N. Cuzacq propose ainsi, pour le bureau du Pacte Mondial, « *de durcir la sanction médiatique des entreprises en publiant une liste noire correspondant aux manquements les plus graves* »[1]. Cela permettrait d'équilibrer les effets du Pacte Mondial, qui sont très avantageux pour l'entreprise sans être suffisamment comminatoires pour encourager l'entreprise à respecter effectivement les dix principes :

> « *Il y a une asymétrie dans la logique peine/récompense. En résumé, le dispositif est favorable à l'entreprise, car du côté face elle est récompensée et du côté pile elle n'est pas suffisamment sanctionnée en raison du caractère frustre de la sanction médiatique actuelle. La peine doit être à la mesure de la récompense* »[2].

589. **L'institutionnalisation de la sanction réputationnelle dans le cadre des Principes directeurs de l'OCDE. –** La sanction réputationnelle paraît plus vive s'agissant des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales[3]. Ces derniers sont déployés dans les États par le biais des Points de Contact Nationaux (PCN) dont l'organisation est dévolue à chacun d'entre eux. En France, le PCN est rattaché à la Direction Générale du Trésor et a notamment pour mission de statuer sur des éventuelles non-conformités aux Principes directeurs. L'objectif premier est d'amener les parties à trouver un accord. Si tel est le cas, le PCN publiera un rapport informatif sur la procédure, mais le contenu de l'accord pourra être gardé secret, à la discrétion des parties[4]. En revanche, si aucun accord n'émerge ou si une partie ne souhaite pas prendre part à la procédure, le PCN diffusera un communiqué retraçant la procédure et contenant des recommandations[5] qui, par leur caractère public, peuvent porter atteinte à l'image des entreprises. Cette modalité paraît plus efficace que celle du Pacte Mondial car il est question pour le PCN de contrôler le respect

---

MAZUYER, « Pacte mondial des Nations Unies », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 339).

[1] N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, 2017, p. 473.

[2] *Ibid*.

[3] HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/4, 2011. Sur ce constat, v. V. N. CUZACQ, art. préc., p. 473.

[4] *Règlement intérieur du PCN français*, pt. 35.

[5] *Règlement intérieur du PCN français*, pt. 35.

substantiel des Principes directeurs par l'entreprise, et non de vérifier la démarche qu'elle met en œuvre pour respecter lesdits principes.

590. L'institutionnalisation de la sanction réputationnelle, même si elle est inégale selon les instances qui la mettent en œuvre, a contribué à dynamiser la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux par les entreprises. Cette réussite tient sans doute à la logique de suivi qui l'accompagne et qui est inhérente à la manipulation de cette sanction par des acteurs publics.

B. L'inscription de la sanction réputationnelle dans une logique de suivi

591. **Le suivi de l'application de la norme. –** Le succès des principes de « *name and shame* » et de « *comply or explain* » n'est pas seulement dû à la contrainte réputationnelle qu'ils impliquent, mais également à la logique de suivi dans laquelle ils s'inscrivent, qui renvoie à « *un contrôle étalé dans le temps qui inclut une surveillance de la mise en œuvre effective des conclusions et recommandations formulées par les organes de suivi* »[1]. En impliquant les destinataires de la norme – les sociétés – dans son application, cette logique de suivi contribue à la pérennité du respect de la norme, comme le montre P. Deumier :

> « *Le principe "appliquer ou expliquer" ne s'appuie pas sur une logique de sanction de l'inapplication de la norme mais sur une logique de suivi de son application. Ce suivi ne repose pas seulement sur une évaluation extérieure des pratiques réelles, comme le fait la sanction traditionnelle, mais sur les pratiques déclarées par les destinataires eux-mêmes, comme l'induit une logique d'adhésion et de responsabilisation* »[2].

L'effectivité de la norme en serait renforcée : « *le suivi cherche à améliorer l'exécution de la règle plutôt qu'à punir sa mauvaise application* »[3]. Le suivi vise ainsi davantage à garantir une application continue de la norme qu'à appliquer une sanction à un instant donné en cas de non-conformité à la norme. Dans cette logique de suivi, la sanction réputationnelle tient ultimement lieu de contrainte : la menace d'une sanction juridique est remplacée par la menace d'une mauvaise réputation sur les marchés. La sanction réputationnelle, bien qu'elle

---

[1] M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe : Contribution à la théorie du contrôle international*, Pedone, 2012, p. 50.
[2] P. DEUMIER, « Le principe appliquer ou expliquer, appliquer la norme autrement ? », *RTD civ.,* 2013, p. 79.
[3] *Ibid.*

soit le dispositif le plus visible de cette logique de suivi, n'est utilisée qu'en ultime recours, en cas de défaillance de l'application volontaire de la norme par l'entreprise. Concrètement, l'entreprise est sujette au respect de diverses normes relatives aux enjeux environnementaux et sociaux ou à sa gouvernance. Ces normes sont soit totalement souples (le Code AFEP-MEDEF par exemple) soit légiférées mais non assorties de contrainte (les articles du Code de commerce régissant le *reporting* par exemple). Pour autant, elles ne sont pas dépourvues d'effets juridiques[1] en raison de la logique de suivi qui les traverse[2]. Diverses entités sont en effet chargées de leur suivi, qu'il s'agisse des organismes tiers indépendants vérificateurs de la déclaration de performance extra-financière, de l'AMF, du HCGE, du PCN ou de la société civile dans son ensemble[3]. Le suivi sera notamment effectué à l'aune des explications fournies dans le cadre de la règle *report or explain*[4]. Par la pression faible mais constante qu'il diffuse, le suivi peut s'avérer particulièrement efficace pour réguler les impacts des entreprises. En ultime recours, si l'entreprise ne se conforme pas aux normes visées, elle subira une sanction réputationnelle, matérialisée sous la forme d'un *name and shame* ou plus diffuse, entraînant par exemple une désaffection des consommateurs.

592. **L'adaptation de la logique de suivi au fonctionnement des entreprises. –** La logique de suivi constitue un mode normatif intermédiaire, alternative tant à la logique contraignante qu'à l'absence de tout mécanisme. Cette logique de suivi s'inscrit dans un mouvement, déjà bien entamé, de renouvellement de la normativité et de la technique juridique – ce que P. Amselek théorise comme étant le développement de la « *direction*

---

[1] Cette conception renvoie à celle qui a été initiée par S. Gerry-Vernières, analysant les « petites » sources du droit, pourtant dépourvues de force contraignante, comme productrices d'effets juridiques (S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit, A propos des sources étatiques non contraignantes,* Economica, 2012, n°114 et s., p. 105 et s.).

[2] Le rapport de mission sur l'application de l'article 116 de la loi sur les Nouvelles Régulations Economiques (qui a créé l'obligation d'établir un rapport de développement durable) constate ainsi : « *Si le dispositif comporte des souplesses et n'est pas soumis à un contrôle étatique, il n'est pas pour autant dépourvu d'effets juridiques* » (F. BARATIN, A. HELIAS, M. LE QUENTREC [et al.], *Rapport de mission sur l'application de l'article 116 de la loi sur les nouvelles régulations économiques*, 2007, p. 10).

[3] L'organisme chargé du suivi des codes de gouvernance varie selon les pays : « *Ce suivi est assuré, suivant les pays, soit par l'organisme rédacteur du code (par exemple le* FRC *en Grande-Bretagne, le* Corporate Governance Code Monitoring Committee *aux Pays-Bas) soit par le régulateur de marché lui-même (*CNMV *en Espagne,* Consob *en Italie), soit par l'entreprise de bourse (Finlande, Luxembourg, Suède), soit par des associations d'émetteurs (*FEB *en Belgique,* Assonime *en Italie), soit enfin par des instituts universitaires (*Berlin Center of Corporate Governance *en Allemagne)* » (P. DURAND-BARTHEZ, « Le principe appliquer ou expliquer. Réflexions sur ses fondements et sa mise en œuvre dans le domaine du gouvernement d'entreprise », *CDE*, 2016, p. 25).

[4] V. P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement : recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, 2013, n°479, p. 473.

souple de la conduite humaine », en remplacement ou complément de la technique de direction autoritaire des conduites[1]. Le choix de cette modalité d'application de la norme, qui repose sur une logique de suivi plutôt que de sanction, est dû au mode de fonctionnement de l'entreprise[2]. On l'a vu, la contrainte réputationnelle est un moteur important de respect de la norme par les entreprises. Mais ce n'est pas le seul atout de la logique de suivi. Le suivi est particulièrement adapté dès lors que l'entreprise est vue comme un acteur juridique susceptible de se responsabiliser, voire de s'autoréguler[3]. Plus encore, certains considèrent que la logique de suivi est plus appropriée que la logique de sanction puisqu'en témoignant une confiance des pouvoirs publics envers les entreprises, elle induirait un assentiment à la norme propre à créer un respect volontaire de celle-ci[4].

593. **La proposition d'un suivi renforcé. –** A l'instar de la proposition de N. Cuzacq, il nous semblerait que l'instauration d'un mécanisme de suivi dédié au contrôle de la prise en compte des enjeux environnementaux et sociaux par l'entreprise soit de nature à renforcer l'effectivité de cette prise en compte. Ainsi, complétant une proposition de l'association Sherpa et du Forum pour une nouvelle gouvernance mondiale[5], N. Cuzacq propose la création d'un « *observatoire de la RSE* » à l'échelon européen chargé de « *recenser les informations extra-financières relatives aux entreprises* » et d'« *établir des listes (noires, grises, blanches) selon la qualité du reporting extra-financier de l'entreprise* » et selon « *le respect de leurs engagements éthiques par les entreprises* »[6].

---

[1] Le premier type de direction est caractérisé par les recommandations, qui sont des « *normes éthiques dont l'observance est conçue comme souhaitable mais non pas obligatoire et est donc laissée à l'appréciation discrétionnaire des intéressés* » tandis que le deuxième type de direction implique la mise en œuvre de commandements, « *normes éthiques dont la vocation instrumentale spécifique est d'être à suivre, à observer obligatoirement par leurs destinataires* » (P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RD publ.*, 1982, p. 275).

[2] Cette logique est également particulièrement adaptée en matière de respect des droits de l'homme par les États. V. M. AILINCAI, *op. cit.*, Pedone, 2012.

[3] « *Pour tenter de parvenir à une règle mieux suivie, le droit contemporain s'est orienté vers une quête d'adaptation de la norme aux situations et d'adhésion de son destinataire au contenu. Adaptation et adhésion se retrouvent à divers endroits de l'élaboration de la règle : étude d'impact, évaluation des lois, consultations, négociations, régulation et autres auto-régulation. Elles se retrouvent désormais également au stade de l'application de la norme, comme l'illustre le principe "appliquer ou expliquer"* » (P. DEUMIER, art. préc., p. 79).

[4] Sur le processus d'intériorisation des normes de la RSE par les entreprises, v. *infra* Section 2.

[5] Ces organismes proposent de créer des observatoires nationaux des performances extra-financières ainsi qu'un observatoire international (W. BOURDON, Y. QUEINNEC, FNGM et SHERPA, *Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions*, 2010, n°14 et 36).

[6] N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, 2017, p. 473.

594. Actuellement, en l'absence d'un tel observatoire, ce sont les associations qui effectuent ce rôle de suivi du *reporting* des entreprises et de leurs actions concrètes[1]. Deux initiatives sont particulièrement médiatisées. Il s'agit d'une part du « Radar du devoir de vigilance » élaboré par Sherpa, CCFD-Terre solidaire et Business & Human Rights Resource Centre. Ce radar permet de recenser, sur un site web, la liste des entreprises assujetties au devoir de vigilance français puisqu'il n'existe aucune base de données publiques en la matière[2]. Les plans de vigilance publiés par lesdites entreprises sont accessibles depuis le site internet. Si l'entreprise n'en publie pas, cette absence est indiquée. Les associations offrent un véritable suivi de la loi puisqu'elles contactent par courrier les entreprises défaillantes afin de leur demander des explications. Chaque année, un rapport est publié qui pointe les entreprises qui ne publient pas de plan de vigilance. Le site web recense également les affaires judiciaires en cours sur le fondement de la loi sur le devoir de vigilance.

595. D'autre part, l'« Observatoire des multinationales » est un média en ligne qui vise à apporter une information critique sur les grandes sociétés françaises, particulièrement celles qui sont cotées au CAC 40. Il a notamment publié, jusqu'en 2020, des rapports s'intitulant « CAC 40 : le véritable bilan annuel » qui révèle des pratiques de lobbying, de rémunération des dirigeants, de pollutions, de discriminations, etc.[3]. Sur le site web, des pages sont dédiées à chaque entreprise du CAC 40, recensant pour chacune : le niveau des profits et dividendes, les effectifs, le niveau des émissions de gaz à effet de serre, le montant de la rémunération du dirigeant et l'écart de cette rémunération avec le salaire moyen, la part des femmes cadres, les

---

[1] « *La solution proposée, qui relève d'une corégulation (régulation des pouvoirs publics en symbiose avec celle du marché), est conforme à la démarche de progrès. Selon cette approche, il faut évaluer l'entreprise selon les progrès continus et réguliers qu'elle réalise en matière de RSE. Cette démarche globale est régulièrement défendue par certains chefs d'entreprises lors des colloques. Ils reprochent aux juristes d'avoir une vision binaire (légal/illégal) et étatiste. Ils opposent à cette vision binaire une démarche de progrès et une sanction du marché. En l'absence d'un observatoire européen de la RSE, leur solution consiste trop souvent à demander aux juristes de lâcher la proie pour l'ombre* » (*ibid.*).

[2] Les associations présentent leur radar comme la réponse à une carence des pouvoirs publics : « […] *en raison de l'absence de suivi de cette loi et de l'opacité dont profitent pleinement certaines entreprises, il est impossible pour les citoyen.nes d'identifier de manière exhaustive les entreprises soumises à cette obligation. Compte tenu des enjeux, le CCFD-Terre Solidaire et Sherpa ont créé un outil accessible en ligne, plan-vigilance.org, afin de servir de vigie citoyenne pour garantir l'accès à l'information à propos de la mise en œuvre de cette loi* » (SHERPA, CCFD-TERRE SOLIDAIRE, BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, « 3e édition du Radar du devoir de vigilance : McDonald's, Lactalis, Bigard, Adrexo, Leroy Merlin, Generali, Altrad, Euro Disney… 44 entreprises toujours hors la loi ? », 7 juil. 2021, [https://plan-vigilance.org/3e-edition-du-radar-du-devoir-de-vigilance-mcdonalds-lactalis-bigard-adrexo-leroy-merlin-generali-altrad-euro-disney-44-entreprises-toujours-hors-la-loi/]).

[3] V. par exemple OBSERVATOIRE DES MULTINATIONALES, *CAC40 : le véritable bilan annuel*, 2020.

dépenses déclarées de lobbying, la proportion de filiales dans des paradis fiscaux et la part des salaires en proportion du chiffre d'affaires. Des liens hypertextes renvoient à des enquêtes effectuées par l'Observatoire qui intéresseraient l'entreprise en question. En offrant un aperçu de l'impact de l'activité de l'entreprise sur l'environnement et la société, cette présentation permet une information intelligible et comparable.

596. La création d'un observatoire de la RSE à l'échelon national voire européen pourrait être envisagée. Le statut et le financement publics de cet organisme permettraient d'extraire le suivi du seul giron des ONG. Il pourrait être composé de représentants d'entreprises, des pouvoirs publics et de parties prenantes. En premier lieu, il pourrait être chargé de recenser les déclarations de performance extra-financière et plans de vigilance publiés, créant ainsi une base de données publique en la matière[1]. En second lieu, cet organisme pourrait être un lieu de médiation entre des parties prenantes et les entreprises. En effet, l'on pourrait imaginer la saisine de l'organisme par des parties prenantes qui reprocheraient à une entreprise des actions non alignées sur ses dires. L'organisme pourrait également s'autosaisir, alimentant un véritable suivi de la prise en compte des impacts environnementaux et sociaux des entreprises. La publication d'un rapport annuel pourrait être l'occasion d'identifier les entreprises les plus responsables ainsi que celles qui sont défaillantes dans leurs obligations mais également dans leur démarche de responsabilité sociale.

597. La régulation des impacts environnementaux et sociaux des entreprises repose en premier lieu sur la sanction réputationnelle, qui est le versant punitif des rétributions de marché. Cette sanction se manifeste de manière diffuse mais fait également l'objet d'une certaine institutionnalisation. La sanction réputationnelle ne déploie pas seulement ses effets à l'aide de son caractère punitif. Elle recèle un important levier incitatif, comme toute sanction : la crainte d'une mauvaise image par les entreprises les incite à intégrer les problématiques environnementales et sociales à leur gestion. Cette intégration passe par un processus de régulation du risque lié à la sanction réputationnelle.

---

[1] Si la mission de récolte de ces données semble tout à fait envisageable, l'éventuelle extension de cette mission à des tâches plus analytiques et interprétatives reste plus délicate au regard du statut public de l'observatoire dont la création est proposée. En effet, si l'observatoire venait à se prononcer sur la conformité des informations publiées, c'est-à-dire sur l'adéquation entre le « déclaré » et le « réel », quelle serait la valeur de cette prise de position ? Quel statut devrait accorder un juge saisi *a posteriori*, dans le cadre d'une affaire impliquant une entreprise dont les informations ont été jugées non conformes par l'observatoire, à cette prise de position ?

Section 2. La maîtrise du risque réputationnel

599. C'est par la régulation du risque lié à la sanction réputationnelle que l'on observe une prise en compte des impacts environnementaux et sociaux des entreprises. Ces dernières analysent en effet la sanction réputationnelle comme un risque susceptible d'affecter la pérennité et la rentabilité de leur activité. Afin d'en enrayer la survenance, elles régulent ce risque par la mise en œuvre d'un processus de gestion des risques. C'est ce processus qui est à l'origine d'une prise en compte effective des impacts de l'entreprise.

600. L'identification du risque réputationnel lié aux impacts environnementaux et sociaux (§1) précède ainsi sa gestion, qui est source de régulation de ces impacts (§2).

§1. Le processus d'identification du risque réputationnel

601. L'identification par les entreprises du risque réputationnel lié aux impacts environnementaux et sociaux est en prise avec l'essor de la *compliance* (A). C'est en effet par le prisme de la *compliance* que les entreprises vont parvenir à appréhender le risque réputationnel (B).

A. L'essor de la compliance

602. **De la régulation à la *compliance*. –** La régulation, née à la fin du XX^e^ siècle concomitamment au mouvement de libéralisation des marchés, a posé les jalons du phénomène de la *compliance* qui a émergé au début du siècle suivant[1]. La régulation, qui repose sur l'idée d'un contrôle par une autorité étatique des dysfonctionnements des marchés, est définie à l'aune de sa finalité, qui est celle d'un « bon » fonctionnement des marchés économiques, c'est-à-dire « *ouvert à la concurrence mais non abandonné à elle* »[2]. En

[1] M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017, p. 7.

[2] V° « Régulation » *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e^ éd., 2018, p. 887. La régulation est donc « *une forme juridique d'une conception économique* » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *op. cit.*, p. 3). V. également P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RD publ*. 1982, p. 279 : la régulation marque un élargissement de la finalité du droit qui, depuis le XX^ème^ siècle, est devenue « *une technique opérationnelle*

d'autres termes, la régulation est apparue comme l'un des moyens de gérer les risques, notamment financiers, produits par le jeu de la libre concurrence[1]. En raison de l'amplification de la globalisation et de l'accroissement du pouvoir des acteurs économiques, le phénomène de la *compliance* a prospéré, constituant « *le prolongement direct du droit de la régulation* »[2]. La *compliance*, parfois traduite par « conformité réglementaire »[3], élargit le champ du droit de la régulation à deux titres. D'une part, si la régulation poursuit une finalité principalement économique, la *compliance* s'enrichit d'une finalité éthique. La *compliance* s'est en effet initialement déployée dans le but de lutter contre la corruption, avant de s'étendre aux enjeux environnementaux et sociaux[4]. D'autre part, les sources de la *compliance* sont plus larges que celles de la régulation : si cette dernière provient essentiellement de l'État, *via* les Autorités Administratives Indépendantes (AAI)[5], la *compliance* implique que les acteurs économiques deviennent leurs propres régulateurs, de sorte que « *l'assujetti devien*[ne] *l'agent de légalité* »[6].

---

ou encore une technique de gestion qui vise, non plus seulement à maintenir le bon ordre dans la Cité, mais aussi à promouvoir le développement économique et social optimum de la Cité et par-là à diriger pratiquement l'ensemble des activités de ses membres ».

[1] Le droit de la régulation renvoie à « *l'ensemble des règles qui ont pour objet des secteurs nécessitant une régulation parce qu'ils sont gouvernés par la concurrence et par autre chose que la concurrence* » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation : chronique », *D.*, 2001, p. 611).

[2] M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *op. cit.*, p. 7. M.-A. Frison-Roche poursuit : « *L'on a peu rapproché le droit de la régulation et le droit de la compliance. C'est sans doute un des effets malheureux de la distinction, à laquelle on accorde trop d'importance, entre le droit public et le droit privé : le fait que l'on rapporte encore souvent le droit de la régulation au droit public, tandis que l'on a tendance à rapprocher le mécanisme de compliance au droit privé, entrave ce rapprochement* ».

[3] Néanmoins, nous conserverons l'acception anglaise dans la mesure où elle retranscrit de façon plus complète le phénomène de la *compliance* : « *La* compliance*, qu'est-ce que c'est exactement ? Si l'on entend "conformité", la notion est alors trop statique, car elle ne s'applique qu'à un instant donné, lorsqu'il s'agit de savoir si on est conforme ou non à une règle. Or la* compliance *est une notion plus dynamique : il s'agit de respecter un esprit, d'avancer en fonction de ce qu'un environnement nous suggère* » (J. BEDIER, « La *compliance*, un outil actif de développement de l'entreprise », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *op. cit.,* p. 113).

[4] « *L'enjeu de la* compliance *dépasse largement la sphère juridique ou réglementaire, et concerne à la fois également la gouvernance, la culture d'entreprise et l'image des acteurs de marché* » (B. DE JUVIGNY, « La compliance, bras armé de la régulation », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *op. cit.*, p. 18).

[5] La régulation est en effet principalement assurée, en France, par ces Autorités (v. S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit, A propos des sources étatiques non contraignantes,* Economica, 2012, n°278, p. 238). Sur le pouvoir de régulation de l'Autorité des Marchés Financiers, v. N. DECOOPMAN, « Principe de légalité et pouvoir de sanction des autorités de régulation. L'exemple de l'Autorité des marchés financiers », *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2009, p. 147.

[6] M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *op. cit.,* p. 8. Pour M.-A. Frison-Roche, les opérateurs économiques se sont vus conférer ce pouvoir normatif « *en raison de l'importance du but, car les comportements visés sont graves et l'ambition est forte* » (*ibid.*). Il

603. **La nature procédurale de la *compliance*. –** Si les entreprises sont au cœur du processus de *compliance*, c'est en raison de sa nature procédurale. En effet, elle renvoie à « *l'ensemble des processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables* »[1]. La *compliance* désigne à la fois un objectif – la conformité – et un processus – la mise en place de moyens afin de se placer en situation de conformité[2]. La *compliance* repose donc avant tout sur des normes procédurales que les agents économiques appliquent afin de se conformer à des normes substantielles de nature juridique ou extra-juridique. Concrètement, les entreprises mettent en place une panoplie de moyens, comme des mécanismes de suivi, des audits, des vérifications, des cartographies des risques ou des dispositifs de formation, au service du respect de normes juridiques mais également éthiques, dont les normes de la RSE[3]. Par exemple, les mesures devant être menées dans le cadre du plan de vigilance, la procédure de collecte de données utiles à l'établissement de la déclaration de performance extra-financière ou encore l'organisation d'un audit par l'organisme tiers indépendant participent des processus de conformité. Ainsi, la *compliance* apparaît comme un processus de « *managérialisation de la prévention des risques* »[4].

604. Dans ce cadre, la *compliance* induit une évolution du rôle des pouvoirs publics, qui se contentent de vérifier que le processus de *compliance* est mené sans intervenir directement

---

nous semble que cette délégation doit plutôt être reliée au caractère non obligatoire de l'éthique, dont l'application est laissée à l'appréciation des acteurs privés.

[1] Citation issue du *Cercle de la Compliance* rapportée par A. GAUDEMET, « Introduction », *in* A. GAUDEMET, (dir.), *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, Editions Panthéon-Assas, 2016, p. 9. V. également B. DE JUVIGNY, « La compliance, bras armé de la régulation », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *op. cit.*, p. 17 : la *compliance* représente « *un ensemble de principes et de procédures mis en œuvre – de manière proactive – par les opérateurs économiques, dans le but d'assurer le respect, au-delà des règles de droit applicables, d'un système de valeurs souhaitable pour leur organisation, intégrant une certaine éthique des affaires* ».

[2] « *La conformité, terme désormais bien ancré dans la pratique (également sous son nom anglais de "compliance") désigne à la fois un processus et un objectif. L'objectif de la conformité consiste, pour une entreprise, à défendre des valeurs et encourager des comportements vertueux pour pleinement respecter les règles, notamment de concurrence. C'est une démarche éthique qui favorise un fonctionnement concurrentiel libre et non faussé de l'économie et permet pour les entreprises une gestion optimisée des risques, qu'ils soient financiers ou réputationnels. Le terme conformité renvoie, également, à un processus interne mis en place de façon permanente au sein même des entreprises, qui s'appuie notamment sur les "programmes de conformité"* » (AUTORITE DE LA CONCURRENCE, *Document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence*, 2022, p. 1).

[3] V. M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, 2021.

[4] P. LEQUET, « La vigilance par le management des risques : illustration de la rationalité de la compliance », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, n°3, p. 140.

pour imposer la conformité effective de l'opérateur aux règles promues : le régulateur « *ne fait plus, il regarde faire, il contrôle que cela est fait, il reçoit les preuves que cela a été fait, que cela est fait, que cela sera fait, en permanence* »[1]. Corrélativement, un transfert de pouvoir est observé à l'endroit des opérateurs privés, qui se voient confier la charge de réguler eux-mêmes leurs activités[2]. Les régulateurs publics[3] ne sont pas pour autant dénués de tout pouvoir, mais interviennent simplement en ultime recours, afin de sanctionner les non-conformités majeures[4].

605. **Le processus d'internalisation des risques de non-conformité. –** La mise en place d'un processus de *compliance* dénote une vision des normes comme étant à l'origine de risques pour l'entreprise. La non-conformité aux normes est ainsi conçue par les entreprises comme étant un risque légal ou réglementaire. A titre d'illustration, le Groupe L'Oréal – comme de nombreuses autres sociétés – identifie, parmi les facteurs de risques mentionnés dans son document d'enregistrement universel, le risque de « *non-conformité* » : « *La diversité et le renforcement constant de l'environnement règlementaire exposent le Groupe à des risques de non-conformité ou d'augmentation de ses coûts de mise en conformité* »[5]. Les entreprises mettent alors en place différentes procédures, souvent appelées « programmes de conformité », afin d'internaliser ces risques, c'est-à-dire mettre en place des mesures au sein de l'entreprise pour prévenir leur survenance. Par exemple, le Groupe Orange a créé une « direction de la Compliance du Groupe » dirigée par un « directeur de la conformité Groupe » (*Chief Compliance Officer*)[6]. Il s'agit d'une direction à part entière, détachée des

---

[1] M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017, p. 7. L'autrice poursuit : « *C'est une révolution totale du droit* » (*ibid.*).

[2] « *Les États se sachant dans l'incapacité de contrôler les activités d'entreprises multilocalisées, les chargent désormais d'assurer elles-mêmes la politique de régulation sous la menace de leur pouvoir souverain de sanction civile et pénale pour le cas où les programmes de conformité n'auraient pas été instaurés et les standards respectés* ». Il s'agit d'« *un transfert de pouvoir* [qui constitue] *à la fois une marque de confiance envers les acteurs privés et une source de responsabilité* » (X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.,* 2017, 1619).

[3] Qui peuvent être des AAI, telles que l'Autorité des Marchés Financiers, ou plus généralement le législateur qui impose une démarche de *compliance* dans l'entreprise. Sur le pouvoir de régulateur de l'AMF en matière de *compliance*, v. B. DE JUVIGNY, « La compliance, bras armé de la régulation », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017, p. 17.

[4] « *Ainsi, le droit de la régulation vient à son tour conforter et prolonger le droit de la* compliance » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *op. cit.*, p. 13).

[5] L'OREAL, *Document d'enregistrement universel 2022*, déposé le 16 mars 2023, p. 148.

[6] V. ORANGE, *Document d'enregistrement universel 2021*, déposé le 31 mars 2022, p. 72.

directions juridiques et de contrôle des risques, bien qu'étant en lien avec ces dernières. Le programme de conformité d'Orange a notamment consisté en l'adoption d'une Charte de déontologie et au déploiement d'une procédure de *due diligence* visant à prévenir les risques de fraude au sein du groupe et auprès de ses partenaires, incluant la prévision d'une « clause compliance » dans les contrats conclus, d'un dispositif d'alerte destiné au recueil des signalements, d'actions de formation à l'éthique et d'audits internes.

606. **La juridicisation du processus d'internalisation des risques. –** Le législateur a pris acte du développement de la *compliance* et a cherché à encadrer et institutionnaliser ce processus. La Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite « Sapin II » a certes renforcé l'arsenal pénal existant en matière de corruption, mais a également été adoptée dans le but d'inciter les entreprises à prévenir de tels actes[1]. Cette loi a institué l'exigence, pour les dirigeants[2] de grandes sociétés[3], de mettre en œuvre des mesures et procédures de prévention d'actes de corruption, qui peuvent être assimilés à un véritable programme de conformité. Les dirigeants doivent en effet s'assurer de la mise en place d'un code de conduite contenant des dispositions visant à prévenir la corruption, d'un dispositif d'alerte, d'une cartographie des risques, de procédures d'évaluation, de dispositifs de contrôle comptable, d'actions de formation et d'un régime disciplinaire à l'encontre des salariés auteurs de faits de corruption[4]. Ce volet de la loi Sapin II pose donc des normes procédurales, exigeant des organes de direction qu'ils dotent leurs sociétés de programmes anti-corruption. La loi sur le devoir de vigilance s'inscrit également dans ce mouvement de juridicisation de la *compliance*, en

---

[1] *L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.* Cette loi a également créé l'Agence Française Anticorruption, « *service à compétence nationale, placé auprès du ministre de la justice et du ministre chargé du budget, ayant pour mission d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme* » (art. 1er) et institué un régime protecteur du lanceur d'alerte (art. 6 à 16). Elle contient enfin de nombreuses autres dispositions qui n'intéressent pas spécifiquement la lutte contre la corruption.

[2] Cette obligation incombe aux dirigeants sociaux, en tant que personnes physiques. Néanmoins, en cas de manquement, la société engage également sa responsabilité (*L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, art. 17, II).

[3] Sont visées les sociétés françaises, ou groupes de sociétés dont la société mère est française, employant plus de 500 salariés et faisant état d'un chiffre d'affaires de plus de 100 millions d'euros (*L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, art. 17). Sont également visés les établissements publics à caractère industriel et commercial (art. 17, I, 1°).

[4] *L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, art. 17.

imposant l'établissement dans les grandes entreprises d'un plan de vigilance s'agissant des atteintes graves envers l'environnement ou les droits humains[1]. Ces deux dispositifs illustrent bien la « *dynamique du droit contemporain d'user de programmes de* compliance *comme outil de régulation* »[2].

607. **Le rôle de l'information. –** Qu'ils soient d'initiative interne ou légale, les programmes de conformité placent l'information au cœur du processus de *compliance*. En effet, l'évaluation du niveau de conformité d'une entreprise sera effectuée à l'aide des informations qu'elle recueille. Le *reporting* environnemental et social, en tant que procédure de collecte d'informations, peut ainsi être vu comme un outil de la *compliance*. La fonction régulatrice du devoir de transparence s'exprime notamment à cet endroit. De la même manière, le lanceur d'alerte « *qui peut être analysé* […] *comme une exploitation par un individu d'un pouvoir pour se venger ou gagner de l'argent dans un litige personnel* » peut également être vu « *comme un mécanisme au profit de l'entreprise qui reçoit ainsi une information sur un dysfonctionnement interne qu'elle ignorait* »[3]. Ces procédés de collecte de l'information seront des outils au service de l'entreprise afin d'ajuster sa conformité aux normes réglementaires et éthiques. L'information n'intervient pas seulement au stade de l'identification du risque. L'information joue également un rôle lors de la phase de gestion du risque, puisqu'elle va être utilisée à des fins communicationnelles, comme stratégie de restauration de l'image de l'entreprise. Si l'entreprise peut se voir attribuer une mauvaise réputation, elle peut au contraire utiliser la communication afin de se forger une image vertueuse auprès de ses parties prenantes[4]. La fonction communicationnelle du *reporting* est d'ailleurs reconnue par les institutions européennes, qui affirment, dans le préambule de la

[1] C. Com., art. L. 225-102-4, créé par *L. n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*. V. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.
[2] P. LEQUET, « La vigilance par le management des risques : illustration de la rationalité de la compliance », *in* S. SCHILLER (dir.), *op. cit.*, n°3, p. 139.
[3] M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017, p. 12.
[4] J.-S. BEUSCART, P.-M. CHAUVIN, A. JOURDAIN et S. NAULIN, « La réputation et ses dispositifs. Introduction », *Terrains & travaux*, vol. 26, n°1, 2015, p. 5.

Corporate Sustainability Reporting Directive, que « *la publication d'informations en matière de durabilité* […] *peut* […] *aider les entreprises à améliorer leur réputation* »[1].

608. Les processus de *compliance* invitent à concevoir la réputation de l'entreprise comme un risque potentiel.

B. Le risque réputationnel par le prisme de la compliance

609. **Le risque réputationnel, conséquence du risque de non-conformité. –** Le risque de non-conformité, que la *compliance* vise à encadrer, n'expose pas seulement les entreprises à des effets juridiques mais également à des conséquences réputationnelles. La *compliance* vise autant à endiguer les risques juridiques qu'à prévenir le risque réputationnel résultant d'une non-conformité de l'entreprise à des règles juridiques ou éthiques[2]. Le lien qui existe entre le risque de non-conformité et le risque réputationnel est retranscrit à travers le principe de double matérialité[3] : les risques environnementaux et sociaux causés par l'entreprise ne sont pas seulement subis par les parties prenantes mais peuvent lui revenir, par « effet boomerang », par application d'une sanction réputationnelle. Ainsi, le risque de non-conformité nourrit le risque réputationnel, puisqu'un faible niveau de conformité peut atteindre la réputation d'une entreprise. Par exemple, la Société Générale identifie, dans son document d'enregistrement universel, un risque réputationnel qu'elle décrit comme un risque de réaction à ses impacts environnementaux ou sociaux :

> « *Des financements accordés par la Banque non conformes à la réglementation ou à ses engagements, notamment en matière de responsabilité environnementale et sociale, pourraient impacter la réputation du Groupe.* […] *Une stratégie en matière de responsabilité*

---

[1] *Dir. 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, cons. 12.

[2] Le Groupe TotalEnergies, par exemple, fait le lien entre risque réglementaire et risque réputationnel : « *Le non-respect des lois et règlements, ainsi que les conduites contraires à l'éthique ou aux droits de l'homme de la part de TotalEnergies, de ses collaborateurs ou de tiers agissant en son nom et/ou pour son compte, sont susceptibles d'exposer TotalEnergies et/ou ses collaborateurs à des enquêtes, des procédures administratives ou judiciaires, des sanctions pénales ou civiles et des peines complémentaires (comme l'exclusion des marchés publics).* […] *Chacun de ces éléments pourrait porter atteinte à la situation financière, la valeur actionnariale ou la réputation de TotalEnergies* » (TOTALENERGIES, *Document d'enregistrement universel 2021*, déposé le 25 mars 2022, p. 127).

[3] Sur ce principe de double matérialité, v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

sociale de l'entreprise (et en particulier concernant les enjeux environnementaux) jugée insuffisamment ambitieuse par rapport aux attentes des parties prenantes externes ou des difficultés à mettre en œuvre cette stratégie pourraient avoir un impact sur la réputation du Groupe. Ainsi, des commentaires négatifs concernant le Groupe, qu'ils soient fondés ou non, pour des faits qui lui sont imputables ou non, pourraient détériorer la réputation du Groupe et affecter sa position concurrentielle »[1].

Le groupe bancaire fait un lien direct entre la « *la réputation du Groupe* » et l'« *affect*[ation] [de] *sa position concurrentielle* ». Ce lien indique la réductibilité du risque réputationnel au risque économique : si les entreprises redoutent tant le risque réputationnel, c'est en raison de sa corrélation potentielle avec des conséquences néfastes sur leurs résultats[2]. Ainsi, derrière le risque réputationnel, c'est la figure d'un risque économique – au sens large – qui est identifiée par les entreprises.

610. **La gravité du risque réputationnel. –** Les entreprises sont d'autant plus enclines à identifier le risque réputationnel que ses conséquences sont redoutables ; en d'autres termes, il peut être identifié comme un risque grave, potentiellement plus grave qu'un risque juridique. En effet, la gravité de ce risque est exacerbée par le caractère aléatoire de ses conséquences – contrairement aux règles de droit dont les sanctions sont prévisibles :

« *Les entreprises craignent la sanction médiatique en raison du caractère aléatoire de ses effets. Le marché peut réagir, sur-réagir ou sous-réagir suite à une campagne* Name and Shame. *Elles redoutent également un phénomène d'hystérésis autrement dit la persistance de la défiance des consommateurs et des investisseurs à l'égard d'une entreprise qui a certes bafoué l'éthique à un moment donné, mais qui a ensuite modifié son comportement. En cas de sur-réaction ou d'hystérésis, il y a une disproportion entre la faute de l'entreprise et la sanction économique qu'elle subit* »[3].

Les parties prenantes de l'entreprise se saisissent de cette vision gestionnaire de la RSE et vont ainsi chercher à aggraver l'importance de ce risque afin d'amener les entreprises à agir en matière environnementale et sociale. Les ONG ciblent désormais davantage les grands groupes, « *souvent bien plus sensibles et donc réactifs que les États aux enjeux d'image et de*

---

[1] SOCIETE GENERALE, *Document d'enregistrement universel 2021*, déposé le 9 mars 2022, p. 158.
[2] V. *supra* Section 1, §1.
[3] N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD Com.*, 2017, p. 473.

réputation »[1]. Ce risque est d'autant plus redouté par les entreprises que, contrairement au risque juridique, il n'est pas borné par l'existence de frontières : « *la contrainte médiatique s'affranchit des frontières et elle acquiert rapidement une nature internationale via Internet* »[2].

611. **Les limites de l'appréhension de la RSE par le risque. –** Pour autant, la prise en compte du risque réputationnel par les entreprises ne signifie pas qu'elles s'affranchissent d'une logique de *greenwashing* ou *socialwashing*. En effet, la prise en considération du risque par les organes internes à l'entreprise n'est pas nécessairement synonyme d'une appréhension poussée des enjeux environnementaux et sociaux. D'un point de vue théorique, la *compliance* sous-tend une vision gestionnaire de la RSE, qui apparaît davantage comme une politique stratégique de gestion des risques que comme « *un authentique changement* » de l'entreprise[3]. En effet, l'identification d'un risque réputationnel peut simplement avoir pour finalité l'amélioration de l'image de l'entreprise sans traiter les causes d'une mauvaise réputation. En d'autres termes, la gestion du risque réputationnel peut se résumer à l'adoption de stratégies communicationnelles sans volonté de diminution des impacts environnementaux et sociaux – de sorte que le soin apporté à l'élaboration des documents d'information par l'entreprise ne présume pas de son comportement réel en matière environnementale et sociale :

> « *Il y a en effet quelque chose de profondément antinomique entre d'une part, afficher que l'on gère son image et sa réputation, et d'autre part s'astreindre réellement à des changements de nature. Plus vous vous consacrez à la gestion de votre image, moins vous devez la changer en profondeur !* »[4].

---

[1] B. MADELINE, « Les grands groupes cibles des ONG », *Le Monde,* 7 mai 2019, [https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/05/06/les-grands-groupes-cibles-des-ong_5458611_3234.html].
[2] N. CUZACQ, art. préc.
[3] M. POWER, « Un nom, c'est quoi ? Le risque image et la transformation de la notion de responsabilité sociale », *Sécurité et stratégie*, vol. 6, n°2, 2011, p. 6. L'auteur poursuit : « *Ainsi, en flagrante opposition avec l'espoir que l'on aurait pu fonder de voir naître une nouvelle éthique de l'entreprise faite de dialogue et de communication authentiques avec les* stakeholders*, les pratiques actuelles de la gestion du risque semblent indiquer qu'on perçoit plutôt dans les parties prenantes de l'entreprise non des partenaires mais un risque externe supplémentaire qu'il convient d'analyser pour mieux le maîtriser* ». *Contra*, considérant que l'internalisation des normes de la RSE par les entreprises, notamment à travers l'adoption de codes de conduite, constitue une « *intériorisation* » par les entreprises des valeurs en question, v. M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°213., p. 298. Sur les différentes conceptions de la RSE, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.
[4] M. POWER, art. préc., p. 6.

612. Identifiant un risque de nature réputationnel, les entreprises cherchent à prévenir sa survenance par l'adoption d'une politique de gestion de ce risque. C'est cette gestion qui sera source de régulation des impacts environnementaux et sociaux.

§2. Le processus de gestion du risque réputationnel

613. La gestion du risque réputationnel par les entreprises est à l'origine d'une régulation de leurs impacts environnementaux et sociaux. C'est en effet par la mise en œuvre d'un processus de gestion du risque que l'entreprise est poussée à prendre en compte les enjeux environnementaux et sociaux de son activité.

614. Ainsi, le processus de gestion du risque emporte un effet régulateur (A) qui est concrétisé par la mise en œuvre d'un tel processus (B).

A. L'effet régulateur de la gestion du risque

615. **Le registre de la régulation. –** L'hypothèse selon laquelle le devoir de transparence environnementale et sociale provoquerait une régulation du comportement des entreprises a notamment été développée par A.-S. Epstein, qui a identifié dans sa thèse l'existence d'une « *régulation informationnelle* »[1]. L'obligation d'information faite aux entreprises en matière environnementale et sociale disposerait d'un effet régulateur direct sur les conduites des entreprises.

616. La régulation, en ce qu'elle désigne un mode de direction des conduites humaines souple, s'appuie sur le registre de la persuasion plutôt que la contrainte[2]. P. Amselek a en effet analysé l'essor, au cours du XX^{ème} siècle, des normes de « *recommandations* » en

[1] V. A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut Universitaire Varenne, 2015, n°471, p. 441 : « *l'obligation d'information environnementale pourrait contribuer à réguler les relations entre un système – le système économique* […] *– et son environnement* ».

[2] G. Timsit a distingué, au sein du droit, différents registres de discours : le discours de réglementation, qui utilise l'outil de la contrainte juridique et le discours de la régulation, qui s'ancre dans le registre persuasif. Ces discours juridiques, qui constituent les « *deux corps du droit* », sont complétés d'un discours d'interprétation, qui vise à éclairer le sens des règles juridiques (G. TIMSIT, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *Revue Française d'Administration Publique,* n°78, 1996, p. 377).

complément des « *commandements* » qui caractérisent la technique juridique traditionnelle. Les dispositifs de transparence s'apparentent ainsi à ce premier type de normes, qui sont des « *normes éthiques dont l'observance est conçue comme souhaitable mais non pas obligatoire et est donc laissée à l'appréciation discrétionnaire des intéressés* »[1]. Les devoirs de transparence contiennent deux niveaux de normativité. D'une part, ils obligeraient les entreprises à publier des informations. D'autre part, ils constitueraient des recommandations émanant des autorités publiques à l'endroit des entreprises, les invitant à agir en matière environnementale et sociale.

617. Le devoir de transparence permettrait de réguler l'activité des entreprises vers un comportement souhaitable sans pour autant la contraindre à adopter ce comportement sous peine de sanction. Sous cet angle, les devoirs de transparence disposeraient donc moins d'une vocation informative que d'une fonction régulatrice : cette régulation informationnelle « *éclaire* […] *la relative indifférence du législateur et des émetteurs à l'endroit des destinataires du rapportage environnemental* »[2]. Ainsi, « *le premier "destinataire" de l'information serait l'émetteur lui-même !* »[3].

618. **L'objet de la régulation informationnelle. –** L'objet de la régulation informationnelle réside dans la promotion d'un comportement éthique de l'entreprise, caractérisé par une intégration des enjeux sociaux et environnementaux liés à son activité. En ce qu'il est simplement souhaitable et non exigé, ce comportement n'est adossé à aucune norme juridique – l'hypothèse d'une faute civile ou pénale commise étant mise de côté[4]. La prise en compte des impacts environnementaux et sociaux par les entreprises constitue davantage une norme sociale dont le respect est promu par les pouvoirs publics. Le double niveau de normativité du devoir de transparence retranscrit donc l'existence d'une double norme : une norme d'information et une norme de comportement. La première est juridique : inscrite dans un *instrumentum* légal et sanctionnée, elle impose aux sociétés de publier des informations en matière environnementale et sociale. La seconde est sociale : non contraignante, elle requiert de l'entreprise un comportement éthique, et plus précisément une

[1] P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RD publ*. 1982, p. 286.
[2] A.-S. EPSTEIN, *op. cit.*, n°491, p. 455.
[3] *Ibid.*
[4] Sur les fautes commises par les entreprises, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

intégration des enjeux environnementaux et sociaux dans sa gestion[1]. Bien que ne disposant pas de la force juridique, les normes sociales disposent tout de même « *d'une certaine force, au sens d'une capacité à fournir référence, c'est-à-dire à modeler les comportements, à réguler l'action* […] »[2]. Les devoirs de transparence environnementale et sociale comporteraient ainsi une part de non-droit à l'instar des « *hypothèses de non-droit* » théorisées par Carbonnier[3]. Le non-droit correspondrait à « *l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent* »[4]. Néanmoins, le non-droit ne peut être réduit au « *vide absolu de droit* » mais renvoie davantage aux situations dans lesquelles est observée « *une baisse plus au moins considérable de la pression juridique* »[5]. La régulation informationnelle reposerait donc sur une norme juridique d'information et une norme sociale de comportement. La première norme guiderait les entreprises vers le respect de la seconde norme, soit vers une prise en compte des thématiques environnementales et sociales sur lesquelles elles doivent publier des informations.

619. **La source de la régulation : l'hypothèse d'une régulation informationnelle directe. –** Pour A.-S. Epstein et d'autres auteurs, ce sont bien les diverses obligations d'information qui sont à l'origine directe de la régulation[6]. L'obligation de dire faite à l'entreprise se transformerait en un devoir – non sanctionné juridiquement – de faire : « *en requérant des entreprises qu'elles rapportent sur certaines informations, en amont, cela les inciterait à créer les mécanismes qui en constituent la source* »[7]. En d'autres termes, par l'instauration de devoirs de transparence, le législateur espère que les entreprises réguleront

---

[1] Elle peut être rapprochée de la catégorie des normes sociales de conduite que respectent les individus, comme les règles de politesse : la norme sociale de conduite est une « *norme personnelle partagée par certains individus, formant un groupe restreint* » (S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Institut Universitaire Varenne, 2014, n°127, p. 137).

[2] C. THIBIERGE, « Conclusion : Le concept de "force normative" », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 817.

[3] J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., LGDJ, 2001, p. 25.

[4] *Ibid.*

[5] *Id.*, p. 26.

[6] Sur la fonction régulatrice de l'information financière, v. J.-B. POULLE, « La régulation par l'information en droit des marchés financiers », *LPA*, 2009, n°15, p. 6, qui observe « *la fonction disciplinaire de l'information* » en matière de formation des prix sur les marchés financiers et de conduite des opérateurs financiers (*id.* n°24. L'auteur fait notamment référence à la déclaration des liens d'intérêts existant entre l'opérateur et le titre financier).

[7] V. également M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°302, p. 401 : « *En requérant des entreprises qu'elles rapportent sur certaines informations, en amont, cela les inciterait à créer les mécanismes qui en constituent la source* ».

elles-mêmes leurs propres activités, et plus précisément leurs impacts en matière environnementale et sociale[1]. Dans ce cadre, l'élaboration d'une déclaration de performance extra-financière amènerait les entreprises à réduire les impacts environnementaux et sociaux identifiés. De la même manière, le devoir de vigilance peut être conçu comme un outil qui « *conduira les entreprises non seulement à identifier leur risque, mais aussi à le minimiser* »[2].

620. Selon A.-S. Epstein, la régulation informationnelle s'appuie principalement sur un dispositif interne – déployé au sein de l'entreprise – et est relayé à titre secondaire par des dispositifs externes – déployés par des entités extérieures à l'entreprise[3]. La régulation informationnelle reposerait sur une intériorisation de la norme sociale par l'entreprise[4]. Cette régulation impliquerait donc une certaine réflexivité de l'entreprise sur son activité : les obligations d'information « *entendent promouvoir les capacités réflexives des organisations du système économique* »[5]. Cette réflexivité serait la source déterminante de la régulation informationnelle selon A.-S. Epstein, qui précise que « *c'est le souci de réflexivité des entreprises qui prime sur leur assujettissement à la surveillance d'autrui* »[6] :

> « *Alors que les auteurs ont tendance à mettre l'accent sur la surveillance extérieure, qui peut s'exercer sur les entreprises grâce aux informations qu'elles communiquent, la régulation*

---

[1] Sur cet « espoir » que peut porter, en toutes matières, le législateur, v. F. TERRE, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 19 : « *Le droit a fondamentalement besoin d'espérer pour entreprendre et de réussir pour persévérer* ».

[2] A. DANIS-FATOME et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.*, 2017, p. 1610. V. également E. DAOUD et C. JOSSERAN, « Devoir de vigilance : un outil de prévention du risque judiciaire pour les entreprises ? », *Journ. Sociétés*, 2016, 18.

[3] A.-S. EPSTEIN, *op. cit.*, n°493, p. 458.

[4] « *Pétrie de cette injonction à la responsabilisation*, […] *la régulation informationnelle de l'environnement incite l'entreprise à définir son environnement, à inventer les liens qu'elle entretient avec ses composantes et, dans ce même mouvement, à interroger son identité, sa place et son rôle* » (*id.*, n°492, p. 457). V. également A. PIETRANCOSTA et J.-B. POULLE, « Le principe appliquer ou expliquer » *in* E. LE DOLLEY, *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 384 : la transparence favorise une « *forme intériorisée de la contrainte* ».

[5] A.-S. EPSTEIN, *op. cit.*, n°491, p. 453. V. également P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement : recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, 2013, n°209, p. 202 : « *les obligations de* reporting *environnemental ou encore les systèmes de management agissent sur les processus internes de décision des entreprises, et génère une conscience réflexive* ». M. Larouer retient une analyse similaire en qualifiant cette intériorisation (« *l'assentiment des destinataires aux normes émises* ») de « *levier d'effectivité des codes de conduite* » (M. LAROUER, *op. cit.*, n°302, p. 400).

[6] A.-S. EPSTEIN, *op. cit.*, n°503, p. 466.

informationnelle de l'environnement nous semble d'abord reposer sur des dispositifs internes, issus de la production des informations elles-mêmes »[1].

621. **Les fondements politiques de la régulation informationnelle. –** L'établissement d'un processus de régulation informationnelle par les autorités publiques repose sur une conception libérale de leur mode de gouvernement, qui « *ne consiste pas ici à instaurer un rapport d'obéissance,* […] *ni de dépendance* […] *comme dans l'État providence ; il demande au contraire aux individus de s'autonomiser et de se* "*responsabiliser*" »[2]. En effet, en l'absence de contrainte juridique, l'intériorisation de la norme sociale par les entreprises n'est possible qu'à l'issue d'un processus de responsabilisation mené au sein de ces dernières. A.-S. Epstein retient ainsi que « *cette régulation se fait l'écho de l'injonction au gouvernement de soi qui semble caractéristique* […] *de la gouvernementalité néolibérale* »[3]. Cette conception dénote une vision libérale de la RSE, qui viserait « *la (re)découverte d'un libre arbitre* » des entreprises[4].

622. **L'hypothèse d'une régulation informationnelle indirecte. –** Il nous semble que la régulation informationnelle qui est à l'œuvre repose davantage sur des sources externes à l'entreprise. Nous souscrivons en effet à l'idée d'une régulation informationnelle qui soit indirecte : c'est par le prisme du risque que les entreprises sont amenées à respecter la norme sociale de comportement, c'est-à-dire à agir concrètement pour diminuer leurs impacts. En d'autres termes, la seule production d'un document d'information n'est pas en soi constitutive d'un effet régulateur. La fonction régulatrice du devoir de transparence environnementale et sociale est tributaire de l'application de *mediums* externes à l'entreprise, qui sont les rétributions de nature extra-juridique mais également juridique[5]. Le risque réputationnel en est un. C'est donc par le processus de gestion de ce risque que l'entreprise est incitée à prendre en compte les enjeux environnementaux et sociaux, puisque la maîtrise de ce risque implique que l'entreprise diminue ces impacts. L'information ne provoque la régulation que parce que

---

[1] *Ibid.* Ainsi, « *la discipline externe apparaît comme l'accessoire de la responsabilisation réflexive portée par les dispositifs internes* » (*ibid.*)
[2] E. HACHE, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *Raisons politiques*, vol. 28, n°4, 2007, p. 49.
[3] A.-S. EPSTEIN, *op. cit.*, n°489, p. 451.
[4] *Id.,* n°492, p. 457. Sur les différentes conceptions de la RSE, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.
[5] Sur les rétributions juridiques, v. Partie 2, Titre 2.

l'entreprise cherche à endiguer une pression externe, qui réside dans la survenance du risque réputationnel.

623. Il pourrait être objecté que l'obligation d'information constitue précisément une pression externe. A notre sens, elle ne constitue pas une pression en soi : cette norme juridique est le support d'autres pressions externes, dont la sanction réputationnelle. En effet, le devoir de transparence environnementale et sociale n'aurait pas d'intérêt s'il disposait seulement d'une portée interne à l'entreprise. C'est bien parce qu'il est publié à destination des parties prenantes qu'il dispose d'un effet régulateur. En définitive, le devoir de transparence environnementale et sociale est une norme juridique qui emporte le respect d'une norme sociale de comportement à la condition que des *mediums* interviennent dans ce processus.

624. Dès le départ, le *reporting* environnemental et social a été conçu comme étant un outil de régulation du comportement des entreprises soutenu par l'application de différents *mediums*. Les experts désignés pour établir un rapport de mission sur l'application de la loi NRE de 2001[1] le décrivaient de cette manière :

> « *Cette obligation d'information du public fait référence à une régulation d'un type nouveau en France. Dans un monde très sensibilisé à certains problèmes, la transparence peut se révéler, si elle est correctement appliquée, une arme redoutable : une défection de ses financiers, un détournement de clientèle, voire une démotivation de son personnel, représentent toujours pour une entreprise, même parmi les plus grandes, des risques qu'il convient de ne pas négliger* […] »[2].

Ainsi, la régulation des impacts environnementaux et sociaux repose, selon nous, sur leur assimilation par les entreprises à des risques réputationnels, qui reposent eux-mêmes sur les pressions externes qui leur sont faites.

625. **La relativisation du phénomène de l'autorégulation. –** L'absence d'autonomie de la régulation informationnelle – son caractère indirect – signifie que la RSE est, contrairement à sa conception la plus répandue, moins soutenue par une autorégulation que par un phénomène

---

[1] Sur laquelle v. *supra* Introduction.
[2] F. BARATIN, A. HELIAS, M. LE QUENTREC [et al.], *Rapport de mission sur l'application de l'article 116 de la loi sur les nouvelles régulations économiques*, 2007, p. 14.

de régulation influencé par des rétributions externes. A cet égard, l'adoption de normes de la RSE, telles que des codes de conduite, provient moins d'une considération intrinsèque à l'entreprise que d'un choix effectué en connaissance des pressions extérieures telles que la sanction réputationnelle. En matière de RSE, le phénomène de l'autorégulation vise donc davantage à désigner le producteur de la norme – l'entreprise – que l'initiative de celles-ci, qui semble plutôt provenir de ses parties prenantes[1]. L'identification d'une régulation informationnelle indirecte invite à relativiser la conception volontariste de la RSE[2].

626. **L'expression d'une régulation souple. –** Les devoirs de transparence constituent donc un exemple topique d'une régulation souple. Peu sanctionnés juridiquement, ces dispositifs visent à modeler le comportement des entreprises par l'intermédiaire de rétributions extra-juridiques. Malgré leur insertion dans le Code de commerce, à côté des dispositions contraignantes du droit des sociétés, ils puisent dans le registre de la *soft law*, qui est « *une variété de droit qui remplit une fonction différente de celle du droit limite ; non pas le droit du justicier ou du gendarme, mais celui, plus discret et malléable, de l'architecte social* »[3]. Cette fonction d'« *architecte social* » est bien celle qui est remplie par les autorités publiques quand elles créent de telles obligations de transparence afin d'orienter la conduite des entreprises vers une intégration des enjeux environnementaux et sociaux de leur activité. Ainsi, les dispositifs de transparence sont ancrés dans le registre du droit souple car, bien que ne présentant pas tous les caractères de la règle de droit, ils produisent des effets juridiques en ce qu'ils ont « *vocation à influencer* [les] *acteurs* »[4] que sont les entreprises en l'occurrence.

---

[1] Ainsi, comme nous l'avons précisé (v. *supra* Introduction, §3), nous ne pensons pas qu'un processus d'intériorisation de la norme sociale sous-tendue par la RSE soit retrouvé au sein des grandes entreprises. Cette intériorisation est sans doute davantage retrouvée à mesure que la taille de l'entreprise décroît. Ainsi, dans les petites entreprises, est observée « *une confusion entre l'entreprise et le dirigeant. Son capital et ses biens sont ceux de l'entreprise, son histoire se confond et surtout sa personnalité se projette sur la structure avec laquelle il est si proche. Il sera alors difficile de faire la différence entre la responsabilité sociale de la petite entreprise et la responsabilité sociale de l'entrepreneur. Enfin, le dirigeant est souvent le propriétaire et donc à la fois celui qui fait fonctionner l'entreprise et l'apporteur de capital. Cela modifie les logiques de gouvernance et les relations aux parties prenantes et renforce le pouvoir d'action du dirigeant sur son système de gestion. Dans ce cadre, il est important d'attribuer une place à une proximité représentative, déclinée davantage en termes de croyances et de représentations qui influencent les comportements* » (A. PARADAS, « Développement durable en petites entreprises. De la sensibilisation à l'engagement », *La Revue des Sciences de Gestion*, vol. 247-248, n°1-2, 2011, p. 129).

[2] Sur laquelle v. *supra* Introduction et *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

[3] G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCDAI*, t. 207, 1987, p. 213.

[4] S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit, A propos des sources étatiques non contraignantes,* Economica, 2012, n°164, p. 139. S. Gerry-Vernières précise : « […] *l'effet juridique se distingue de l'effectivité.*

Le devoir de transparence constitue une obligation hybride, utilisant à la fois un registre de droit dur – en posant une obligation d'information sanctionnée – et de droit souple – en posant une norme sociale d'intégration des enjeux environnementaux et sociaux non sanctionnée juridiquement[1] :

> « *Entre les obligations qui sont assorties d'une sanction organisée dans le cadre du droit, et celles qui sont assorties d'une sanction diffuse dans un cadre moral, il existe des obligations qui* […] *sont inscrites dans des dispositifs "conventionnels" et assorties de sanctions à la fois organisées (parce que les principes de jugement sont explicités dans les dispositifs) et diffuses (parce que leur application n'est pas strictement assurée par un corps constitué)* »[2].

En ce que le devoir de transparence mêle des incitations juridiques et extra-juridiques, il invite à adopter une acception large de la régulation, entendue comme « *l'ensemble des mécanismes qui permettent à une organisation de maintenir la constance d'une fonction qu'elle aurait à assurer* »[3].

L'effet régulateur de la gestion du risque réputationnel repose donc sur la mise en œuvre d'une politique de gestion de ce risque.

B. La mise en œuvre de la gestion du risque

627. **L'internalisation de la gestion des risques. –** Si la régulation des impacts environnementaux et sociaux est de source externe, elle doit tout de même être menée par l'entreprise. En d'autres termes, si l'entreprise n'est pas à l'origine de cette régulation, c'est bien elle qui en définitive agit pour prendre en compte ses impacts environnementaux et sociaux. Cette prise en compte, propulsée par des rétributions externes, sera effectuée par le prisme du risque. En effet, ces rétributions constituent autant de risques que l'entreprise va chercher à endiguer. Le processus de gestion des risques consiste donc en une internalisation

---

En effet, dire qu'un énoncé produit des effets juridiques ne signifie pas qu'il sera à coup sûr et systématiquement suivi par les acteurs juridiques » (*id*, n°185, p. 157).

[1] L'imbrication des normes sociales et juridiques peut également être analysée comme l'expression d'une certaine « *internormativité* », caractérisée par les « *interactions entretenues entre les différents ordres normatifs* » (A. POMADE, « Penser l'interdisciplinarité par l'internormativité. Illustration en droit de l'environnement », *RIEJ*, vol. 68, n°1, 2012, p. 85).

[2] P. BARRAUD DE LAGERIE, *Les patrons de la vertu : De la responsabilité sociale des entreprises au devoir de vigilance*, Presses Universitaires de Rennes, 2019, p. 197.

[3] G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », *Revue Française de d'Administration Publique*, vol. 109, n°1, 2004, p. 5.

de ces risques qui sont pourtant issus de pressions externes : les entreprises vont chercher à contrôler ces risques provenant d'une source externe à leur organisation en les faisant entrer dans leur procédure interne de gestion des risques. C'est grâce à cette internalisation des risques que la *compliance* dispose d'un effet régulateur, « *qui a pour fin de normaliser, de régulariser le cours d'activités ou d'opérations* »[1].

628. Par exemple, l'identification d'un risque réputationnel par l'entreprise, lié aux contestations de ses parties prenantes quant à l'impact environnemental de sa production, peut la pousser à agir concrètement en diminuant cet impact, afin de réduire les probabilités de survenance de ce risque[2]. Ainsi, la dimension directe ou interne de la régulation informationnelle défendue par certains auteurs nous semble devoir être déplacée : ce n'est pas tant la source de la régulation qui serait interne (reposant sur l'intériorisation de la norme éthique par l'entreprise) mais davantage sa mise en œuvre : la régulation informationnelle est externe du point de vue de sa source (reposant sur les pressions externes qui sont faites à l'entreprise) et interne dans sa mise en œuvre (reposant sur un processus de gestion des risques internes).

629. **La dimension préventive de la gestion du risque réputationnel. –** Le processus de gestion des risques réputationnels est imprégné d'une dimension préventive : il s'agit avant tout d'anticiper leur survenance[3]. La gestion des conséquences du risque – en l'occurrence, la restauration de l'image de l'entreprise – n'intervient qu'en ultime recours. Cette perspective préventive n'est pas seulement adoptée par les entreprises mais également par les autorités publiques qui, en qualité de régulateurs, ont vocation à intervenir *ex ante*, en amont de la commission du risque[4]. Par exemple, en matière de devoir de vigilance, les sanctions prévues

---

[1] V° « Régulateur/trice » *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, p. 886.
[2] Il peut également, de façon moins ambitieuse, l'inciter à déployer des stratégies communicationnelles de *greenwashing* ou *socialwashing* pour relativiser ce risque. V. *supra.*
[3] C'est la notion de risque qui implique cette visée anticipatrice puisque par la gestion du risque, « *le prévisible est, en quelque sorte, inclus dans l'actuel* » (F. TERRE, « Une synthèse », *in* J. AUSTRUY (dir.)*, Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 6).
[4] « *Le droit de la* compliance*, en ce qu'il consiste à punir par avance les opérateurs qui n'ont pourtant encore rien fait, ce qui heurte à première vue le droit pénal, inverse le temps et place l'*ex post *de la répression dans l'*ex ante*. Ce qu'il convient de désigner comme une "méthode régressive", pouvant par ailleurs être critiquée si elle n'est pas tenue et limitée par une stricte considération des buts, marque déjà du droit de la régulation qui la transmet logiquement au droit de la compliance, son prolongement* » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017, p. 9).

par le législateur pourront intervenir en l'absence de commission d'un dommage (donc en amont de la réalisation du risque) : une entreprise qui n'aurait pas adopté de plan de vigilance conforme aux exigences du Code de commerce pourrait être sanctionnée alors même que le risque d'atteinte grave à l'environnement ou à la santé et sécurité des personnes ne s'est pas réalisé[1]. Cette dimension préventive est la clef de l'efficacité de la fonction régulatrice opérée par la *compliance* : en analysant leurs impacts environnementaux et sociaux comme des sources potentielles de risque réputationnel, les entreprises vont chercher à enrayer leur survenance.

[1] V. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

Conclusion du chapitre 1

631. La régulation des impacts environnementaux et sociaux des entreprises repose en partie sur une rétribution de marché négative, une peine de nature extra-juridique : la sanction réputationnelle. Cette sanction est concrétisée par le prisme d'un risque réputationnel que les entreprises cherchent à maîtriser.

632. L'existence de ce risque réputationnel est constatée à deux endroits. Ce risque est en premier lieu diffus, se déployant spontanément sur les marchés économiques. Son effet normatif lui confère une certaine efficacité. Le droit n'est pas resté indifférent à cette sanction, notamment en raison de ses effets redoutés par les entreprises. Ainsi, une certaine institutionnalisation de la sanction réputationnelle est observée. L'institutionnalisation du risque réputationnel, manifestée dans l'ordre interne et l'ordre international, est imprégnée d'une logique de suivi du comportement des entreprises.

633. Constatant l'existence d'un tel risque, les entreprises ont cherché à maîtriser sa survenance et ses conséquences. Dans le cadre du déploiement des processus de *compliance*, les entreprises identifient un risque réputationnel qu'elles tentent de contrôler. C'est par la mise en œuvre d'un processus de gestion du risque réputationnel, qu'une régulation informationnelle que nous avons qualifiée d'« indirecte » est à l'œuvre. Le devoir de transparence environnementale et sociale est le support de pressions externes – dont la sanction réputationnelle – qui poussent l'entreprise à agir, par l'assimilation de ces pressions à des risques. En définitive, c'est par la matrice du risque réputationnel que la régulation des impacts environnementaux et sociaux se manifeste.

634. Ce n'est pour autant pas la seule voie d'épanouissement de la fonction régulatrice du devoir de transparence environnementale et sociale. Les rétributions de marché comportent un versant positif, qui est celui de l'avantage concurrentiel.

Chapitre 2 : Une récompense : l'avantage concurrentiel

636. **Une rétribution positive. –** La régulation des impacts environnementaux et sociaux des entreprises n'est pas seulement propulsée par la perspective de l'application d'une peine mais passe également par une rétribution positive : l'avantage concurrentiel. Ce dernier, qui est le versant positif de la sanction réputationnelle, vient récompenser les entreprises les plus responsables en leur accordant des parts de marché au détriment de leurs concurrents.

637. **Les acteurs de l'avantage concurrentiel. –** L'avantage concurrentiel inhérent à l'adoption d'une politique de RSE par l'entreprise dépend du comportement de deux types d'agents économiques, qui sont des parties prenantes de celle-ci : les consommateurs, sur les marchés économiques, et les investisseurs, sur les marchés financiers. Il convient de préciser que ces deux types d'agents économiques ne sont toutefois pas les seules parties prenantes à accorder un éventuel avantage à l'entreprise : de manière plus anecdotique, dans les marchés de l'emploi où l'offre d'emploi est supérieure à la demande, les futurs salariés peuvent préférer les entreprises les plus responsables[1].

638. **Le rôle de l'information. –** La stratégie communicationnelle de l'entreprise en matière de RSE est décisive si elle veut bénéficier d'un avantage concurrentiel. En effet, informés grâce aux déclarations de performance extra-financière, plans de vigilance, rapports sur le gouvernement d'entreprise, mais également grâce aux codes de conduite et autres instruments de RSE, les consommateurs et investisseurs vont ainsi pouvoir comparer les différentes entreprises concurrentes.

639. L'avantage concurrentiel est ainsi activé par le levier de la consommation socialement responsable (section 1) et par celui de l'investissement socialement responsable (section 2).

---

[1] Cet avantage concurrentiel spécifique joue surtout s'agissant de la qualité de vie au travail. Par exemple, le label *Great Place To Work* permet de classer les entreprises en matière de qualité de vie au travail, sur la base de questionnaires remplis par les salariés eux-mêmes. *Glassdoor* est une plateforme sur laquelle les salariés peuvent noter les entreprises dans lesquelles ils ont travaillé. V. également D. B. TURBAN et D. W. GREENING, « Corporate social performance and organizational, attractiveness to prospective employees », *Academy of Management Journal*, vol. 40, n°3, p. 658.

Section 1. Le levier de la consommation socialement responsable

641. Le levier de la consommation socialement responsable constitue un puissant levier d'activation d'un avantage concurrentiel pour l'entreprise. En effet, ce mouvement fait l'objet d'un essor considérable depuis quelques années (§1). Dans ce contexte, les dispositifs d'information du consommateur s'avèrent essentiels pour encourager ce type de consommation (§2). Enfin, la consommation socialement responsable fait l'objet d'une manifestation particulière sur les marchés publics, à l'aune du développement de la commande publique responsable (§3).

§1. L'essor de la consommation socialement responsable

642. L'essor de la consommation socialement responsable est en prise avec l'existence d'un facteur de compétitivité lié à la performance sociale des entreprises (A), conduisant à l'émergence de la figure du consommateur socialement responsable (B).

A. L'existence d'un facteur de compétitivité lié à la performance sociale des entreprises

643. **La RSE comme facteur de performance. –** Les entreprises qui prennent en compte les enjeux sociaux et environnementaux disposeront d'un avantage sur les marchés par rapport à leurs concurrents. En effet, l'adoption d'une démarche de RSE est un facteur de développement de la compétitivité des entreprises[1]. La Commission européenne avait souligné l'importance de ce facteur de compétitivité dès 2002 dans une communication :

> « *les entreprises sont aujourd'hui de plus en plus conscientes qu'à terme le succès commercial et les bénéfices pour les actionnaires ne découlent pas uniquement d'une*

[1] V. notamment V. MERCIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés, entre contrainte et démarche volontaire », *Dr. Sociétés,* 2011, n°2, p. 7 ; M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°209, p. 293.

maximisation des profits à court terme, mais exigent au contraire un comportement qui, pour être axé sur le marché, n'en est pas moins responsable »[1].

L'appréhension de la RSE comme étant un facteur de compétitivité s'inscrit dans une conception utilitariste de la RSE : détaché de sa coloration éthique, le choix d'une telle démarche par l'entreprise s'inscrirait plutôt dans une finalité économique[2]. Cette conception est perceptible à travers la terminologie employée : par exemple, la prise en compte des impacts environnementaux et sociaux liés à l'activité de l'entreprise est décrite à travers la *corporate social performance* ou « performance sociale d'entreprise »[3]. Le législateur français a entériné cette conception en nommant la publication d'informations en matière environnementale et sociale la « déclaration de performance extra-financière ». Selon cette conception, la performance sociale alimenterait la performance financière de l'entreprise ; autrement dit, il serait « *économiquement rationnel de se montrer socialement responsable* »[4].

644. **La performance sociale de l'entreprise comme facteur de compétitivité. –** Les entreprises qui déploient de bonnes performances environnementales et sociales disposeront d'un avantage sur les marchés par rapport à leurs concurrents[5]. En effet, l'adoption d'une démarche de RSE constituera un signal positif à destination des consommateurs de l'entreprise, qui pourront la préférer à ses concurrents. La Commission européenne avait souligné l'importance de ce facteur de compétitivité dès 2002 dans une communication :

« *les entreprises sont aujourd'hui de plus en plus conscientes qu'à terme le succès commercial et les bénéfices pour les actionnaires ne découlent pas uniquement d'une maximisation des profits à court terme, mais exigent au contraire un comportement qui, pour être axé sur le marché, n'en est pas moins responsable* »[6].

---

[1] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2002) 347 final*, 2 juill. 2002, « Communication de la Commission concernant la responsabilité sociale des entreprises : Une contribution des entreprises au développement durable », p. 5.

[2] Sur les différentes conceptions de la RSE, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1. V. également M. CAPRON, « Conceptions de la RSE », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 67.

[3] V. J.-P. GOND et J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 2018, p. 78 et s. ; M. B. E. CLARKSON, « A stakeholder framework for analysing and evaluating corporate social performance », *Academy of Management Review*, 1995, vol. 20, n°1, p. 92.

[4] B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », *in* T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN [et al.] (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation,* Bruylant, 2007, p. 18.

[5] V. notamment V. MERCIER, art. préc., n°2, p. 7 ; M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°209, p. 293.

[6] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2002) 347 final* préc., p. 5.

Sur le marché, l'entreprise la plus réactive face à la demande des consommateurs d'une meilleure prise en compte des enjeux environnementaux et sociaux pourra même bénéficier de la « prime du premier entrant » ou « *first-mover advantage* » : « *être le premier à lancer un produit, cela permet de définir la norme ou le standard que les autres devront suivre. En outre, la marque du premier arrivé devient la plus connue, l'entreprise peut alors avoir un budget publicitaire moins important que les nouveaux entrants* »[1]. A l'inverse, une entreprise qui négligerait ses impacts environnementaux et sociaux pourrait potentiellement perdre des parts de marché : c'est la conséquence logique de la sanction réputationnelle qui, nous l'avons vu, peut emporter d'importants effets économiques[2].

645. **Le devoir de transparence environnementale et sociale au service de la compétitivité. –** Dans ce cadre, les diverses règlementations en matière de RSE, dont le devoir de transparence, peuvent être analysées comme des outils au service de la compétitivité des entreprises. Selon la « Porter *hypothesis* », du nom de son auteur, les règlementations environnementales peuvent en effet pousser les entreprises à l'innovation, de sorte que leur compétitivité en serait améliorée[3]. Cette hypothèse bat donc en brèche l'idée selon laquelle la règlementation serait vue comme une contrainte par les entreprises et « *affecterait négativement la position concurrentielle des entreprises sur les marchés internationaux, dans un monde globalisé, par rapport aux autres, non soumises à cette législation* »[4]. En effet, le *reporting* permettrait « *d'identifier les problèmes environnementaux à la source et ainsi améliorer les processus de production et la productivité* »[5]. La contrainte réglementaire, à laquelle le devoir de transparence participe, apparaît ainsi comme « *déclencheur d'un processus innovant* » :

> « *Plus le cadre normatif est exigeant, plus les entreprises innovent et accèdent à de nouveaux marchés, voire créent un nouveau segment, ayant ainsi la possibilité de renforcer leur*

---

[1] V° « *First-mover advantage* » *in* J.-M. ALBERTINI, A. GENTIER et A. SILEM (dir.), *Lexique d'économie*, Dalloz, 15e éd., 2018, p. 413.
[2] V. *supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.
[3] M. E. PORTER, « Towards a dynamic theory of strategy », *Strategic Management Journal*, 1991, vol.12, n°2, p. 95 ; M. E. PORTER et C. VAN DER LINDE, « Green and competitive : ending the slatemate », *Harvard Business Review*, 1995, vol. 73, n°5, p. 120.
[4] J. GUINCHARD, *Evaluation et valorisation de la communication environnementale et diffusion d'informations dans le document de référence : le cas des entreprises cotées du CAC 40, de 2007 à 2013,* Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014, p. 34.
[5] *Ibid.*

réputation par rapport à leurs concurrents, puisqu'en développant des processus ou des produits, elles différencient leur offre »[1].

Plus que la contrainte réglementaire en matière d'information, il nous semble que c'est davantage l'augmentation de la demande de produits et services aux faibles impacts environnementaux et sociaux qui poussent l'entreprise à innover[2].

646. **La transcription comptable de la performance sociale de l'entreprise. –** Quoi qu'il en soit, un courant promeut une transcription comptable du rapprochement entre la performance financière et sociale des entreprises, allant dans le sens d'une vision instrumentale de la RSE. Le concept de « *triple bottom line* » développé par J. Elkington permettrait de rendre compte d'un triple résultat de l'entreprise, intégrant non seulement le résultat économique mais également les résultats environnemental et social[3]. Cette approche a été reprise par l'Union européenne qui, dans le Livre vert sur la RSE de 2001, promouvait la « *triple approche* », « *conception selon laquelle les performances globales d'une entreprise doivent être mesurées en fonction de sa contribution combinée à la prospérité économique, à la qualité de l'environnement et au capital social* »[4]. Cette approche a donné naissance à la proposition de l'élaboration d'un *reporting* dit « intégré », en ce qu'il agrégerait les données financières et extra-financières. Si l'*International Integrated Reporting Council* (IIRC) est le principal acteur au niveau mondial qui promeut cette approche[5], en France un groupe de travail avait été formé dans le cadre de la préparation de la loi dite « Climat et Résilience » de 2021 afin de réfléchir à la mise en place d'une comptabilité intégrée[6]. Cette initiative s'appuie sur des travaux axés autour de la comptabilisation des enjeux environnementaux[7]. Tout l'enjeu d'un *reporting* intégré consiste à éviter l'écueil d'une juxtaposition des différents aspects économiques, environnementaux et sociaux au profit d'une intégration de ces aspects

---

[1] *Ibid.*
[2] V. *supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.
[3] J. ELKINGTON, *Cannibals with forks : The triple bottom line of 21st century business*, Capstone, 1997.
[4] COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert (2001) 366 final*, 18 juil. 2001, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », annexe.
[5] L'*International Integrated Reporting Council* (IIRC) a pour ambition d'établir un référentiel de *reporting* intégré. V. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.
[6] Le groupe de travail était piloté par trois associations de promotion de la RSE (l'Orée, l'ORSE et le C3D) et a publié un rapport final : C3D, OREE et ORSE, *La comptabilité intégrée : Un outil de transformation de l'entreprise à la portée de tous*, 2021.
[7] Sur les aspects juridiques, v. J. BARDY, *Le passif environnemental de l'entreprise : contribution à l'avènement d'un droit comptable de l'environnement*, LGDJ, 2020.

dans « *un cadre unifié mais élargi et enrichi* »[1]. Par exemple, il a été recommandé que l'entreprise tienne compte de tous les coûts à caractère environnemental de son activité, tels que les dépenses environnementales qui vise à prévenir ou réparer les dommages causés ou les dépenses pour la transition écologiques qui ont pour objectif de faire évoluer le modèle d'affaires vers une meilleure prise en compte de l'environnement[2]. Ces travaux doctrinaux n'ont toutefois pas trouvé d'écho auprès des pouvoirs publics : ni la loi « Climat et Résilience » de 2021, ni la *Corporate Sustainability Reporting Directive* n'ont été l'occasion de consacrer une comptabilité intégrée[3]. Pour autant, cette dernière va dans le sens d'une imprégnation des données financières et environnementales en exigeant par exemple la description de la compatibilité du modèle d'affaires avec la trajectoire de l'*Accord de Paris*[4] et en rapprochant le contrôle des informations en matière de durabilité de l'audit des informations financières[5].

647. En définitive, la performance sociale de l'entreprise apparaît comme un facteur de sa compétitivité, engendrant une augmentation de ses parts de marché face à ses concurrents. Cette compétitivité est nourrie par l'émergence du consommateur socialement responsable.

B. L'émergence du consommateur socialement responsable

648. **Le mouvement d'expansion de la consommation socialement responsable. –** Si l'offre des entreprises est orientée vers une meilleure performance sociale, c'est en raison d'une demande grandissante, désignée sous le courant de « consommation socialement responsable ». En effet, la performance environnementale et sociale des produits ou services

---

[1] PLATEFORME RSE, *RSE*, *Performance globale et compétitivité*, 2016, p. 9.
[2] A. RAMBAUD et H. CHENET, « How to re-conceptualise and re-integrate climate finance into society through ecological accounting ? », *Chaire Comptabilité Ecologique*, 2020, [https://www.chaire-comptabilite-ecologique.fr/IMG/pdf/wp_rambaud_chenet_2020_how_to_re-conceptualise_and_re-integrate_climate_finance_into_society_through_ecological_accounting.pdf].
[3] La CSRD « *still represents silo thinking, separating sustainability disclosure from the need to review and reform financial accounting rules (that remain untouched)* » (D. MONCIARDINI et J. MÄHÖNEN, « Goodbye, non-financial reporting ! A first look at the UE proposal for corporate sustainibility reporting », University of Oslo, The faculty of Law, 26 avr. 2021, [https://www.jus.uio.no/english/research/areas/sustainabilitylaw/blog/companies-markets-and-sustainability/2021/goodbye-non-financial-reporting--monciardini-mahonen.html]).
[4] V. *Dir. (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, art. 1er, 4) et *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.
[5] V. *id.,* art. 1er, 13) et *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

de l'entreprise est progressivement devenue un argument de vente incontournable. La figure du consommateur socialement responsable est apparue, étant l'agent économique qui « *prend en compte les conséquences publiques de sa consommation privée ou qui essaie d'utiliser son pouvoir d'achat pour induire des changements dans la société* »[1]. Les choix d'achat permettent au consommateur d'exprimer une opinion politique, en favorisant certaines entreprises, de manière moins coûteuse qu'une prise de parole expresse contre les entreprises les plus polluantes ou celles qui bafouent les droits des travailleurs[2]. Cette préoccupation du consommateur est en pleine expansion : selon une étude, en 2021, 76% de la population française se mobilise en faveur d'une consommation responsable[3], proportion qui est en constante progression[4]. Ainsi, faisant la synthèse de diverses études portant sur le comportement des consommateurs, le Conseil d'Orientation pour l'Emploi note « *des inflexions sensibles des comportements de consommation des ménages, alimentées par des nouvelles formes d'information sur l'origine et la nature des produits* »[5]. De nouvelles pratiques de consommation se développent, orientées vers « *la perspective d'un développement de l'emploi local ou national* » et tenant compte de « *l'usage et le cycle de vie du produit* »[6]. De plus, « *de nouveaux produits occupent une place croissante dans les dépenses de consommation* », comme les produits dits « verts », biologiques, éthiques et issus du commerce équitable[7].

649. **L'écart entre les perceptions et les chiffres de la consommation socialement responsable. –** Néanmoins, la consommation socialement responsable est un phénomène dont les conséquences doivent être relativisées. Pour commencer, tous les consommateurs ne s'engagent pas dans une démarche de consommation plus durable. Les produits et services à fort impact environnemental ou social seront toujours achetés par une partie des consommateurs, pour lesquels le prix ou la qualité constitueront les facteurs déterminants de

---

[1] F. E. WEBSTER, « Determining the Characteristics of the Socially Conscious Consumer », *Journal of Consumer Research*, vol. 2, n°3, 1975, p. 188 (Notre traduction).
[2] A. O. Hirschman souligne ainsi que, parfois, la défection (*exit*) est préférée par l'individu à la prise de parole (*voice*) en ce qu'elle implique des coûts moindres. V. A. O. HIRSCHMAN, *Défection et prise de parole*, Fayard, 1970, p. 237 et *supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.
[3] GREENFLEX et ADEME, *Baromètre GreenFlex-ADEME de la consommation responsable 2022*, 2022, p. 3.
[4] V. comp. ETHICITY, *Révolution durable : 10 ans de transition vers de nouveaux modes de vie*, 2014.
[5] CONSEIL D'ORIENTATION POUR L'EMPLOI, *Consommation responsable : une opportunité pour l'emploi ?*, 2008, p. 23.
[6] *Ibid.*
[7] *Ibid.*

leurs choix[1]. De plus, il ne faudrait pas évaluer l'importance de la consommation socialement responsable au seul prisme de l'opinion exprimée par les consommateurs. Il existe en effet un décalage entre le discours des consommateurs et leurs pratiques effectives. Dans un rapport, il a ainsi été noté que « *deux phénomènes sont* […] *à intégrer pour apprécier le poids réel de ces nouveaux modes de consommation : le comportement effectif d'achat du consommateur peut différer de ses aspirations ; les tendances peuvent être fortes, mais ne peser qu'un poids mineur dans la consommation totale des ménages français* »[2]. Par exemple, si sept européens sur dix se disent prêts à payer plus cher un produit présentant un indice de réparabilité ou durabilité[3], le feraient-ils vraiment ? Enfin, la recherche d'un mode de vie plus sobre peut amener certains consommateurs à se détourner non pas d'une entreprise dont les performances environnementales et sociales sont faibles, mais de toutes les entreprises, ou presque, dans une démarche de déconsommation, composante de la décroissance[4].

650. **Les chiffres de la consommation socialement responsable. –** C'est la raison pour laquelle il conviendrait de s'intéresser davantage aux chiffres de la consommation socialement responsable qu'aux seules perceptions des consommateurs[5]. Il semblerait que les ventes de certains segments de produits se portent relativement bien, comme les produits

---

[1] Une étude a en effet montré que parmi les consommateurs lecteurs d'étiquettes (étiquette-énergie sur les appareils électro-ménagers et le logo Nutri-score), certaines catégories socio-professionnelles (professions intermédiaires et cadres supérieurs) sont surreprésentées, de même que les femmes et plus généralement les personnes qui sont déjà mobilisés pour certaines causes par ailleurs (CREDOC, *Influence de l'étiquetage (alimentaire et énergétique) sur le comportement des consommateurs français. Focus sur les personnes défavorisées*, 2018, p. 16 et s).

[2] CONSEIL D'ORIENTATION POUR L'EMPLOI, rapport préc., p. 19. Sur ce constat, v. également PLATEFORME RSE, *Affichage social sur les biens et services : avis*, 2022, p. 30. Pour une proposition d'échelle de mesure des comportements de consommation éthique, v. J.-F. TOTI et J.-L. MOULINS, « Comment mesurer les comportements de consommation éthique », *RIMHE*, 2015, n°18, vol. 4, p. 21.

[3] OBSERVATOIRE CETELEM, *Observatoire de la consommation 2022. Economie circulaire : place au consommateur-entrepreneur*, 2022, p. 76. L'étude a été menée auprès de 15 800 personnes issues de 17 pays européens, interrogées en ligne.

[4] Les initiatives de déconsommation promeuvent le don, la revente, le troc, la location, la réutilisation, la réparation, ce qui implique une diminution de la consommation. Sur le phénomène de déconsommation, v. G. SERE DE LANAUZE et B. SIADOU-MARTIN, « Pratiques et motivations de déconsommation. Une approche par la théorie de la valeur », *Revue française de gestion*, vol. 230, n°1, 2013, p. 55 et C. DESAUNAY, « Vers la déconsommation ? », *Constructif*, vol. 59, n°2, 2021, p. 30.

[5] Lors d'enquêtes d'opinion, les réponses des personnes interrogées peuvent être entachées d'un biais de « désirabilité sociale », qui renvoie à « *la tendance des personnes interviewées à vouloir donner une bonne image d'eux-mêmes ou à répondre de la façon la plus proche possible de ce qu'ils considèrent être la norme sociale* » (CREDOC, *Enquêtes en ligne : peut-on extrapoler les comportements et les opinions des internautes à la population générale ?*, 2010, p. 39).

biologiques ou ceux issus du commerce équitable[1]. Bien qu'en progression, la part de ce type de produits dans la consommation des ménages reste moindre en comparaison avec celles des produits « standards ». Le cas des produits du commerce équitable permet de s'en convaincre : si, en 2004, les Français accordaient en moyenne 1,60€ de leur budget par an à ces produits, cette part a été multipliée par 13,3 en 15 ans, soit une part de 21,40€ par an et par habitant en 2020[2]. La progression est honorable ; il n'en demeure pas moins que cette part est faible par rapport aux dépenses globales d'alimentation – 3 600€ par an et par habitant en 2014. Ces segments, bien qu'en expansion, restent fragiles face à la conjoncture : par exemple, la consommation de produits biologiques connaît une baisse au profit de produits non biologiques – après plus de 10 ans d'augmentation – en raison du contexte inflationniste de l'année 2022[3]. De plus, ces phénomènes ne doivent pas occulter le fait que les marchés de produits non durables se portent bien : c'est le cas des produits textiles issus de la *fast fashion*, dont les conséquences sociales et environnementales sont désastreuses[4] ou du secteur bancaire français, dont les émissions de gaz à effet de serre, causées par l'investissement dans des projets polluants, représenteraient quatre fois les émissions de la France[5].

651. **La prépondérance du critère du prix. –** En définitive, si les critères sociaux et environnementaux font l'objet d'une intégration croissante dans les comportements d'achat des consommateurs, ils sont loin d'être les déterminants prépondérants, le critère du prix étant encore largement favorisé. Il apparaît ainsi risqué d'espérer une modification du comportement des entreprises par le seul prisme d'un ajustement de l'offre à la demande, dans la mesure où cette demande de produits et services plus durables n'est pas si importante. Par conséquent, l'incitation des entreprises, liée au développement de la consommation socialement responsable, ne doit pas être surestimée au regard de comportements de

[1] Les ventes de ces produits progressent de manière importante et régulière depuis les années 2010, de l'ordre de 10% à 20% par an. Par exemple, de 2020 à 2021, les ventes de produits du commerce équitable ont augmenté de 11% (COMMERCE EQUITABLE FRANCE, *Observatoire du commerce équitable 2021*, 2022, p. 6).
[2] DGCCRF, *L'essor des produits équitables*, 2021, p. 1.
[3] C. PRUDHOMME, « Avec l'inflation, les ventes de produits bio connaissent un ralentissement inédit », *Le Monde*, 20 oct. 2022.
[4] Le secteur textile et de la mode représente 2% des émissions mondiales de gaz à effet de serre. Les multinationales de la *fast fashion* représentent 20% du secteur de la mode. V. S. FAGNART, « Les chiffres de la *fast fashion* », *Causette*, 8 sept. 2021. V. également R. BICK, E. HALSEY et C. C. EKENGA, « The global environmental injustice of fast fashion », *Environmental Health*, 2018, vol. 17, n°92.
[5] LES AMIS DE LA TERRE et OXFAM FRANCE, *La colossale empreinte carbone des banques : une affaire d'État*, 2019, p. 11.

consommation qui restent moindres que les pratiques de consommation de biens et services non durables. La consommation socialement responsable ne constitue qu'un outil, parmi d'autres, afin d'inciter les entreprises à prendre en compte les enjeux environnementaux et sociaux de leur activité.

652. **L'information, condition de déploiement de la consommation responsable. –** Même moindre, la consommation socialement responsable reste un levier pour propulser la prise en compte de ces enjeux par les entreprises. Ce levier serait vain en l'absence d'information fournie aux consommateurs. En effet, ces derniers ne peuvent modifier leurs pratiques d'achat qu'à la condition qu'ils soient informés sur les impacts environnementaux et sociaux des produits ou services qu'ils achètent. Autrement dit, l'information est nécessaire au déploiement de la consommation socialement responsable. C'est dans ce cadre que le droit intervient, garantissant la bonne information des consommateurs. Les dispositifs juridiques mis en place participent de manière diverse au niveau d'information des consommateurs. Les obligations d'information faites aux entreprises que sont la déclaration de performance extra-financière, le plan de vigilance ou le rapport sur le gouvernement d'entreprise ne constituent pas le *medium* direct d'information entre le consommateur et l'entreprise, ces documents étant peu consultés par le grand public. Néanmoins, grâce au relais de ces informations par les associations et médias, ces documents contribuent à forger la connaissance des consommateurs sur les entreprises dont ils sont clients. Il semblerait néanmoins que les associations utilisent plutôt ces documents pour relayer les mauvais élèves, de sorte que ce type d'information alimente davantage la défection des consommateurs envers certaines entreprises que leur préférence envers telles autres. Par exemple, les campagnes de communication organisées par des associations en matière de devoir de vigilance, prolongées parfois par des actions en justice[1], pourront peut-être inciter des consommateurs à délaisser les biens ou services de l'entreprise au profit d'une autre.

653. Il existe des moyens d'information du consommateur plus directs et accessibles que les seuls documents issus du *reporting* extra-financier. En effet, des dispositifs spécifiquement adressés aux consommateurs nourrissent la consommation socialement responsable.

[1] Sur ces affaires, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

§2. Les dispositifs d'information du consommateur socialement responsable

654. La consommation socialement responsable est essentiellement soutenue par des dispositifs de type informationnel[1]. Deux mouvements caractérisent l'information du consommateur socialement responsable. Déjà, la démarche de labellisation ou de certification, engagée de manière volontaire par les entreprises, leur permet de faire valoir leurs performances environnementales et sociales (A). Très récemment, le dispositif obligatoire d'affichage environnemental et social des produits et services est venu parachever la démarche du législateur en matière d'information du consommateur socialement responsable (B).

A. Un dispositif volontaire : la labellisation et certification

655. La labellisation ou certification des produits et services est une démarche initiée par les entreprises qui le souhaitent afin d'obtenir un avantage concurrentiel sur les marchés. Ce phénomène est en plein essor (1). La profusion des différents labels et certifications a fait apparaître l'enjeu de leur fiabilité (2).

1. L'essor des labels et certifications

656. **Labellisation ou certification. –** Afin de se démarquer de leurs concurrents, les entreprises peuvent recourir à la labellisation ou à la certification des biens ou services vendus. Ces deux notions ne font pas l'objet d'une définition légale générale, bien que le

[1] Mentionnons néanmoins la promotion de certains modes de consommation plus durables par le législateur, en dehors de toute obligation d'information, comme la promotion de la vente en vrac. La *L. n°2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire* a ainsi inséré un chapitre dans le Code de la consommation, avant ceux relatifs aux pratiques commerciales interdites et réglementées, intitulé « *pratiques commerciales encouragées* ». Le chapitre est constitué d'une section unique relative à la « *vente de produits sans emballage* ». Les articles L. 120-1 et L. 120-2 encadrent cette pratique. La seconde disposition prévoit notamment que « *tout consommateur final peut demander à être servi dans un contenant apporté par ses soins, dans la mesure où ce dernier est visiblement propre et adapté à la nature du produit acheté* ». V. S. BERNHEIM-DESVAUX, « Pratiques commerciales encouragées. L'incitation législative », *Contrats, conc. consom.*, 2020, repère 3 et J.-D. PELLIER, « L'art de légiférer en vrac : les pratiques commerciales encouragées. À propos de la loi n°2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire », *Contrats, conc. consom.*, 2020, alerte 16.

législateur les ait définies au sujet des produits alimentaires et agricoles. L'article L. 115-22 du Code de la consommation dispose ainsi que « *les labels agricoles sont des marques collectives attestant qu'une denrée alimentaire ou qu'un produit agricole non alimentaire et non transformé possède un ensemble distinct de qualités et caractéristiques spécifiques préalablement fixées et établissant un niveau de qualité* ». D'après l'article L. 115-23 du même code, « *la certification atteste qu'une denrée alimentaire ou qu'un produit agricole non alimentaire et non transformé est conforme à des caractéristiques spécifiques ou à des règles préalablement fixées portant, selon le cas, sur la fabrication, la transformation ou le conditionnement* ». Si la labellisation peut être attribuée par toute personne morale de droit public ou privé à la seule condition qu'elle ne soit « *ni producteur, ni fabricant, ni importateur, ni vendeur de produits de même nature* »[1], la certification doit être délivrée par un organisme agréé et indépendant répondant à des garanties d'impartialité et dont l'efficacité du contrôle est assurée[2]. Autrement dit, c'est une différence de degré qui distingue ces deux types d'attestations, la certification reposant sur un processus plus exigeant que celui de la labellisation.

657. **Les fonctions de la labellisation et de la certification. –** Les labels et certifications permettent d'envoyer un signal clair et lisible aux consommateurs : il s'agit de lui indiquer que tel produit ou service respecte un certain nombre d'exigences agrégées autour d'une étiquette unique. En attestant de certaines caractéristiques données, les labels et certifications permettent en premier lieu de différencier les entreprises concurrentes aux yeux des consommateurs. Face à plusieurs biens ou services d'un même type, ces derniers pourront ainsi, s'ils le souhaitent, se tourner vers le bien ou service labellisé ou certifié – étant entendu que d'autres facteurs, comme le prix, pèsent également sur leurs décisions d'achat. Toute l'utilité des labels et certifications réside dans cette faculté de classement des produits et services concurrents : « *les palmarès, construits sur la base d'indicateurs statistiques codifiés, vis*[ent] *à traduire toutes les différences qualitatives en différences quantitatives pouvant à ce*

[1] C. Conso., art. L. 115-22.
[2] C. Conso., art. L. 115-23, al. 3. Le contrôle lié à une certification est, contrairement à la labellisation, encadré réglementairement. V. par exemple, pour l'écolabel européen, *D. n°2022-410 du 23 mars 2022 relatif aux modalités de certification et de contrôle de l'écolabel européen*.

titre donner lieu à des comparaisons »[1]. En second lieu, ces palmarès contribuent à encourager la prise en compte par toutes les entreprises des enjeux environnementaux et sociaux : « *l'objectif explicite et revendiqué est d'inciter les acteurs à changer leur comportement de façon à accroître leur rang hiérarchique dans les palmarès, selon une logique qui est celle de la maximisation de l'indicateur* »[2]. En ce qu'elle offre un avantage comparatif, la démarche de labellisation ou certification d'un bien ou service par une entreprise encourage la réalisation d'une telle démarche par ses concurrents. Sous cet aspect, les labels et certifications sont des outils de « *normalisation des comportements* »[3]. En définitive, les labels et certifications revêtent deux fonctions : celle d'« *identifier le positionnement relatif des unes et des autres* » et celle de « *modifier le comportement des entités évaluées* »[4].

658. **La profusion des labels et certifications. –** Le phénomène de labellisation et de certification s'est développé de manière exponentielle. En matière environnementale, sont dénombrés pas moins de 456 écolabels à travers le monde et tous secteurs confondus[5]. Les nouvelles technologies ont amplifié ce phénomène tant par la compilation des données qu'elles permettent que par leur facilité d'utilisation auprès des consommateurs[6]. Ainsi, de nombreuses initiatives en matière de RSE ont vu le jour qui, sans être de réels labels ou certifications, contribuent à différencier les entreprises entre elles :

---

[1] L. BOLTANSKI, *La souffrance à distance : Morale humanitaire, médias et politique*, Métailié, 1993, p. 207. L'auteur ne traite pas des palmarès spécifiquement à propos des labels et certifications mais plutôt à propos d'autres types de classements tels que ceux des universités et commerces. Il nous semble néanmoins que ces divers palmarès répondent tous à une volonté de classement.

[2] *Ibid*.

[3] P. BARRAUD DE LAGERIE, *Les patrons de la vertu : De la responsabilité sociale des entreprises au devoir de vigilance,* Presses Universitaires de Rennes, 2019, p. 82. P. Barraud de Lagerie rapproche cette fonction de celle qui a été dégagée par Foucault à propos du dispositif disciplinaire : ce dernier « *consiste à ordonner des classes d'individus pour engendrer, par le double levier de la gratification-sanction, une normalisation des comportements* » (*id.*, p. 99. V. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1998, p. 213 et s.).

[4] *Ibid*.

[5] V. https://www.ecolabelindex.com/ecolabels/

[6] « *Le développement d'applications pour smartphones qui permettent de scanner les codes-barres des produits et d'identifier immédiatement les ingrédients matériels (pesticides, adjuvants, nanoparticules, etc.) comme Yuka ou Quelcosmétic par exemple, voire des éléments immatériels (politique de l'entreprise productrice à l'égard de l'environnement, du recours à des pratiques contraires au droit social...) comme i-buycott, a donné des outils très efficaces aux consommateurs* » (J.-P. LOISEL, « Comment les attentes des consommateurs ont-elles changé en matière de qualité et de responsabilité », *Cahiers français*, 2020, p. 65).

> « *En matière de RSE, on constate ces dernières années une multiplication d'initiatives de toutes sortes – des évaluations, des indices de classement, des notations extrafinancières, des trophées, mais aussi des marques professionnelles, des logos…–, pour certaines auto-qualifiées "label" voire "certification", mais qui n'ont pas toutes la même robustesse* »[1].

La qualité de ces labels et certifications n'est pas homogène. Certains sont reconnus et pilotés par des organismes publics – c'est le cas du label AB ou de l'écolabel européen – tandis que d'autres sont gérés par des organismes privés dont les principes de contrôle et d'indépendance ne sont pas garantis.

659. **La labellisation d'entreprise. –** L'objet des différents labels et certifications peut différer : il peut s'agir de labelliser les produits ou services vendus ou de labelliser l'entreprise dans son ensemble. Afin de répondre aux demandes des consommateurs d'un plus grand engagement de l'entreprise en matière environnementale et sociale, ont émergé des processus de certification de la démarche de l'entreprise, appelés « certifications de système ». Il ne s'agit pas de garantir la conformité des produits ou services à certaines caractéristiques, mais d'attester la démarche de l'entreprise dans son ensemble. Deux certifications de système se démarquent en ce qu'elles sont adoptées par un très grand nombre d'entreprises : la certification ISO 9 001[2], qui est détenue par un million d'organisations, et la certification ISO 14 001, attribuée à environ 300 000 organisations[3]. Ces deux certifications, respectivement mises en place en 1987 et 1996, ne sont néanmoins pas spécifiquement dédiées à la RSE, bien qu'elles soient dans les faits liées à la performance environnementale et sociale des entreprises. La première intéresse le management de qualité, permettant de certifier que l'entreprise offre un système assurant la qualité des biens et services vendus[4], tandis que la seconde est focalisée sur les aspects environnementaux du management de

[1] PLATEFORME RSE, *Affichage social sur les biens et services : avis*, 2022. p. 42.
[2] ISO, « ISO 9000, Management de la qualité », [https://www.iso.org/fr/iso-9001-quality-management.html].
[3] ISO, « ISO 14000, Management environnemental », [https://www.iso.org/fr/iso-14001-environmental-management.html].
[4] ISO 9001:2015, *Systèmes de management de la qualité – exigences*.

l'entreprise[1]. Ces deux initiatives offrent une certification robuste et reconnue par les partenaires commerciaux de l'entreprise[2].

660. Plus récemment, en 2006, B Lab, une ONG états-unienne, a créé la certification B Corp, visant à certifier les modèles d'affaires durables d'entreprises du monde entier. Il s'agit d'une véritable labellisation de la performance environnementale et sociale de l'entreprise, puisque l'organisation évalue la performance des entreprises – et pas seulement la mise en place de procédures – autour de cinq piliers que sont la gouvernance, les collaborateurs, la collectivité, l'environnement et les clients. Le dispositif se trouve à la frontière entre la certification et la notation puisqu'une note est également attribuée à l'entreprise. A ce jour, plus de 5 000 entreprises, dont 200 en France, ont obtenu la certification. Le cahier des charges s'inspire de certains standards existants, tels que la *Global Reporting Initiative* ou l'ISO 26000. Cette labellisation est *a priori* utile pour le consommateur puisqu'elle lui offre une vue d'ensemble sur l'entreprise, agrégeant les critères environnementaux, sociaux et de gouvernance et lui évitant de vérifier celle-ci pour chaque produit ou service. Toutefois, cette labellisation d'entreprise est principalement rencontrée chez les petites et moyennes entreprises, les grandes entreprises préférant les certifications de systèmes de management ISO[3].

661. **La labellisation d'entreprise, un succès modeste auprès des consommateurs. –** La labellisation d'entreprise souffre d'un autre problème de taille, qui est celui de son accessibilité pour le consommateur. Les normes ISO 9 001 et 14 001 sont sans doute obscures pour l'immense majorité des consommateurs : si leur objet paraît particulièrement technique, c'est d'autant plus le cas de leur dénomination, – certification d'un « système de

---

[1] ISO 14001:2015, *Systèmes de management environnemental – exigences et lignes directrices pour son utilisation.*

[2] Sur ce constat, faisant la synthèse de plusieurs études, v. L. FONSECA, V. SILVA, J. C. SA, [et al.], « B Corp versus ISO 9001 and 14001 certifications : Aligned, or alternative paths, towards sustainable development? », *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 2022, 29, p. 496.

[3] « *B Corps companies differ from the mainstream ISO 9001 and ISO 14001 certified ones, being of smaller size, mostly from the service sector* » (L. FONSECA, V. SILVA, J. C. SÁ, [et al.], art. préc.). En France, certaines filiales de groupes du CAC 40 sont certifiées B Corp, comme les Caisses d'Epargne Hauts de France et Normandie, Danone Produits Frais ou Naturalia, filiale du groupe Casino. Un rapport observe en effet une plus grande attractivité des labels RSE pour les toutes petites entreprises, petites et moyennes entreprises et entreprises de taille intermédiaire que pour les grandes entreprises (J.-P. CHAPRON, C. DUBOST et F. IMALHAYENE, *Labels RSE : Accompagner les entreprises et donner confiance à leurs parties prenantes. Rapport remis au Gouvernement*, 2020, p. 15).

management » – qui renvoie à un processus technique connu uniquement des personnes averties. La lisibilité de la certification B Corp ne semble pas non plus acquise. En effet, si les labels plus précis, tels que ceux applicables aux produits biologiques ou issus du commerce équitable, renvoient à des réalités connues du consommateur, la terminologie qui entoure la Responsabilité Sociale de l'Entreprise ne rencontre pas la même renommée. Une étude effectuée en 2021 auprès de consommateurs français a ainsi relevé que « *seulement 17 % des personnes ayant participé à l'enquête affirment savoir ce que signifie le sigle RSE* » et qu'« *après leur avoir demandé d'expliciter ce sigle, cette proportion tombe à 9 %, 48 % ayant donné une réponse partiellement ou totalement erronée* »[1]. La labellisation RSE est pour l'instant davantage déployée à destination des salariés et des clients professionnels de l'entreprise que de ses consommateurs[2]. Le succès d'une certification RSE telle que B Corp nécessite donc des efforts de sensibilisation importants, qui devraient être facilités par la prise de conscience grandissante des citoyens face aux impacts des entreprises en matière environnementale et sociale. Cette inaccessibilité explique le succès modéré de ce type de certification auprès des consommateurs[3].

662. Le relatif désintérêt des consommateurs face à certains labels et certifications n'est pas leur seul inconvénient : un manque de fiabilité est déploré à l'égard de l'ensemble des labels et certifications.

2. L'enjeu de la fiabilité des labels et certifications

663. **L'insuffisante fiabilité des labels et certifications. –** Les labels et certifications permettent d'octroyer un avantage concurrentiel aux entreprises qui les arborent. Il existe

---

[1] « *Les Français semblent plus à l'aise avec les labels généralement accolés aux produits de consommation. La notoriété de 16 labels a été testée. Les répondants en connaissent en moyenne 4. C'est le label AB (agriculture biologique) qui bénéficie de la plus forte notoriété : 56 % des répondants affirment connaître "tout à fait" sa signification, auxquels s'ajoutent 35 % que la connaissent "à peu près". Avec un cumul à 66 % l'écolabel de l'Union européenne est le seul autre label à être compris par une majorité de répondants. Entre 38 % et 42 % reconnaissent Fairtrade, Ecocert, MSC, et FSC. 6 labels ont une notoriété inférieure à 10 %* » (L'OBSOCO, *Le baromètre de la perception de l'engagement des entreprises*, 2021, p. 8). L'étude a été réalisée en ligne, auprès d'un échantillon représentatif de la population française de 2 000 personnes.

[2] Sur ce constat, v. J.-P. CHAPRON, C. DUBOST et F. IMALHAYENE, rapport préc., p. 13 et 39.

[3] Les études offrent des conclusions divergentes : certaines études montrent un regain de croissance économique après la labellisation B Corp, tandis que d'autres montrent une baisse de l'activité économique (v. V. PAELMAN, P. VAN CAUWENBERGE et H. VANDER BAUWHEDE, « Effect of B Corp Certification on Short-Term Growth : European Evidence », *Sustainability*, 2020, 12, 8459).

alors un risque que ces dernières les utilisent à titre de légitimation : c'est pourquoi la question de leur fiabilité se pose, d'autant plus dans un contexte de multiplication des labels et certifications.

664. Les consommateurs peuvent tout d'abord déplorer le manque de crédibilité de l'organisme délivrant le label ou la certification, particulièrement quand celui-ci est privé[1]. La présence d'un évaluateur tiers indépendant est de nature à rassurer les consommateurs, de sorte que l'institutionnalisation de la certification ou labellisation renforce sa crédibilité[2].

665. C'est l'objet même de la labellisation ou certification qui est parfois mis en doute. Il existe à ce titre une différence selon le type de critère évalué. Le Collectif Ethique sur l'Etiquette, qui a souhaité mettre en œuvre un label social relatif aux conditions de travail des salariés, notamment à l'étranger, a rencontré certaines difficultés dans l'application de son audit : les conditions de travail évaluées peuvent se dégrader dès le lendemain de l'audit, si bien qu'afin de certifier le respect des droits des travailleurs, seul un contrôle en continu serait adapté[3]. Au contraire, un label relatif à la composition d'un produit présente une fiabilité accrue dans la mesure où celle-ci est arrêtée par l'entreprise. Le Collectif a un temps envisagé « *une certification de système, qui atteste que les procédures de l'entreprise, dans son régime normal de fonctionnement évalué à l'occasion d'un audit, assurent le respect d'un certain nombre d'exigences* », pour au final revenir à un processus plus classique d'évaluation des critères donnés[4]. En effet, la certification de système ne permet pas d'évaluer le respect effectif des critères mais seulement d'assurer que les procédures mises en place par l'entreprise sont conformes aux exigences. Il peut donc exister un *hiatus* entre le système de protection prévu par l'entreprise et la protection effective des droits sociaux ou de l'environnement, ce que la certification de système ne peut retracer. La fiabilité de ce type de certification est donc toute relative.

---

[1] Une étude a montré que les consommateurs faisaient confiance en priorité aux associations environnementales, puis aux organismes étatiques et enfin aux certificateurs privés (L. K. OZANNE et R. P. VLOSKY, « Certification from the US consumer perspective : A comparison of 1995 and 2000 », *Forest products journal*, vol. 53/3, 2003, p. 13).

[2] V. S. DEKHILI et M. A. ACHABOU, « L'efficacité des labels environnementaux auprès des consommateurs : l'enjeu de la crédibilité », *Revue française de marketing*, n°244/245, 2013, p. 51 et s.

[3] P. BARRAUD DE LAGERIE, *Les patrons de la vertu : De la responsabilité sociale des entreprises au devoir de vigilance*, Presses Universitaires de Rennes, 2019, p. 78.

[4] *Ibid*.

666. Enfin, la robustesse de l'évaluation est variable selon les labels ou certifications, ce qui contribue à nourrir la défiance exprimée à l'encontre de certaines étiquettes. En effet, l'uniformité de l'étiquette apposée recouvre des situations différentes : par exemple, une étude a mis au jour des différences d'interprétation significatives entre les auditeurs d'une même certification[1], si bien qu'il est possible que plusieurs produits ou services d'un même label ou certification ne soient pas évalués avec la même exigence. De plus, « *sur le terrain, les auditeurs acceptent des non-conformités dites mineures* […] [ce qui] *aboutit à certifier des entreprises qui, en réalité, ne sont pas toujours en pleine conformité avec tous les indicateurs du standard* »[2]. L'enjeu de la fiabilité n'intéresse pas seulement les consommateurs : par ricochet, les entreprises ont tout intérêt à ce que le processus d'attestation soit robuste, puisque si les consommateurs découvrent que le label ou la certification n'est pas fiable, il n'offrira plus à l'entreprise l'avantage comparatif escompté.

667. **Des propositions inopportunes de renforcement de la fiabilité des labels et certifications. –** Des voix se sont élevées afin de renforcer la fiabilité des labels et certifications. Une solution a été proposée à l'occasion d'un rapport de mission commandé par le gouvernement sur la labellisation RSE. Ce rapport a recommandé la création d'une charte publique relative aux labels RSE qui inclurait des principes d'indépendance de l'organisme évaluateur et de transparence de gouvernance et de financement de la labellisation[3]. Le respect de cette charte serait la condition de la reconnaissance institutionnelle du label par la Plateforme RSE, organisme adossé à France Stratégie, qui est une institution d'analyse et de recommandation de politiques publiques placée auprès du Premier ministre. L'idée serait de confier à la Plateforme RSE une mission d'évaluation des labels RSE[4]. Les labels RSE qui respecteraient la charte seraient publiés sur son site internet.

---

[1] Ces différences sont causées par l'existence de critères de certification sujets à interprétation dans une proportion pouvant aller jusqu'à 30% des critères dans le cas de la certification de gestion des forêts FSC (M.-G. PIKETTY et I. GARCIA-DRIGO, « Shaping the implementation of the FSC standard: the case of auditors in Brazil », *Forest Policy and Economics*, vol. 90, 2018, p. 160).

[2] M.-G. PIKETTY, I. GARCIA-DRIGO, C. ROMERO et P. TABI ECKEBIL, « Rendre les standards internationaux plus fiables : le cas du label FSC de gestion des forêts », *Perspective*, n°50, 2019, p. 2.

[3] J.-P. CHAPRON, C. DUBOST et F. IMALHAYENE, rapport préc., p. 56 et 59. Cette mission confiée par le gouvernement s'inscrivait dans le cadre de l'article 174 de la loi Pacte (*L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*) qui évoquait la possibilité de créer « *une structure de revue et d'évaluation des labels de responsabilité sociale des entreprises permettant de valoriser des produits, des comportements ou des stratégies* ».

[4] J.-P. CHAPRON, C. DUBOST et F. IMALHAYENE, rapport préc., p. 50.

Cette proposition paraît *a priori* pertinente car le fait d'inviter l'État, à travers la Plateforme RSE, à se positionner sur la fiabilité des labels et certifications, permettrait d'opérer une sélection parmi les labels. Le succès d'une telle initiative dépendrait néanmoins des dispositifs de communication qui l'accompagneraient. En effet, si cette initiative ne rencontrait pas d'écho médiatique, elle ne ferait qu'aggraver la profusion de labels et certifications en matière de RSE, par un effet de superposition des étiquettes. C'est la raison pour laquelle, bien qu'en théorie séduisante, cette proposition nous semble compromise si elle venait à être appliquée : en l'absence de renommée, ce dispositif ne constituerait qu'une labellisation par-dessus la labellisation. Seule une grande audience associée à cette sélection de labels, permettant de l'élever au rang de référence, serait de nature à justifier la création d'une telle mission pour la Plateforme RSE. Au regard d'une mise en pratique plus qu'incertaine et du risque d'aggravation de la profusion des labels et certifications, cette proposition ne nous semble pas devoir être prioritairement mise en œuvre.

668. Plus ambitieuse, la possibilité d'instaurer une labellisation étatique en matière de RSE a été soulevée, bien qu'abandonnée en raison de ses inconvénients[1]. Tout d'abord, cette solution impliquerait d'effectuer des choix politiques, ce qui peut être considéré comme étant inapproprié. En effet, la création d'un tel label supposerait la définition de critères d'évaluation en matière environnementale et sociale. Comment l'État déterminerait-il le bon niveau de performance extra-financière ? La définition des critères d'une labellisation RSE par l'État paraît en tout état de cause peu compatible avec la nature même de la RSE, qui vise à aller au-delà des seules exigences légales. Cette proposition devrait également être écartée dans la mesure où elle paraît difficilement compatible avec les autres fonctions étatiques. Prenons pour exemple le cas d'une société qui aurait fait l'objet d'une telle labellisation étatique et qui serait, plus tard, assignée en justice pour manquement à son devoir de vigilance. Dans quelle mesure la décision de labellisation opérée par un organisme étatique lierait-elle le juge saisi ? Comment justifier, sur le plan de la cohérence des fonctions étatiques, que l'État français évalue d'un côté certaines entreprises et les juge par ailleurs ? En outre, l'échelon national d'une telle labellisation n'apparaît pas vraiment cohérent dans la mesure où de nombreuses entreprises opèrent à l'international et où l'action publique en

[1] *Id.*, p. 43 et s.

matière de RSE se déplace progressivement vers une uniformisation entre les États membres de l'Union européenne.

669. Si la labellisation étatique en matière de RSE ne nous semble pas appropriée, cela n'empêche pas toute action étatique en matière d'étiquetage. En effet, à côté des démarches volontaires que sont la labellisation et la certification, le législateur a eu l'initiative de créer une obligation d'étiquetage environnemental des produits et services, qui est en cours d'instauration.

B. Un dispositif obligatoire : l'affichage social et environnemental des produits et services

670. **La nécessité d'un affichage unique. –** Outre l'enjeu de leur fiabilité, les labels et certifications à destination du consommateur soulèvent la problématique de la profusion d'informations qui lui sont destinées. Comme l'a souligné un rapport de Plateforme RSE, « *le consommateur vit* […] *dans un contexte de "bruit", c'est-à-dire une situation où les informations exactes, pertinentes pour lui, sont noyées, déformées par une surabondance d'allégations invérifiables ou brouillant le vocabulaire* »[1]. La conséquence de cette surabondance est l'inutilisation de ces informations par la grande majorité des consommateurs : « *illisibles, incompréhensibles par la plupart des acheteurs, ces informations ne sont réellement utilisées dans leur globalité que par une petite partie de consommateurs, très impliqués et souvent de niveau culturel élevé* »[2]. C'est la raison pour laquelle des voix se sont élevées en faveur d'un affichage social et environnemental des produits et services qui soit unique et qui se différencie des labels et certifications en ce qu'il est appliqué obligatoirement pour tous les produits ou services de la catégorie soumise à affichage. Cette unicité et ce caractère obligatoire impliquent l'intervention des pouvoirs publics, seul échelon pouvant répondre à cette prétention en toute légitimité. L'idée était donc de créer un affichage unique et lisible, qui soit visible au moment de l'acte d'achat[3].

---

[1] PLATEFORME RSE, *Affichage social sur les biens et services : avis*, 2022, p. 43.
[2] J.-P. LOISEL, « Comment les attentes des consommateurs ont-elles changé en matière de qualité et de responsabilité », *Cahiers français*, 2020, p. 65.
[3] C'est la même idée qui a présidé à la création de l'affichage nutritionnel Nutri-Score : l'association de consommateurs UFC-Que Choisir appelait de ses vœux la création d'un « *étiquetage simplifié* » permettant

671. **D'un dispositif volontaire à un dispositif obligatoire. –** L'affichage social et environnemental des produits a été conçu par le Grenelle de l'environnement comme un dispositif d'application volontaire[1] – s'apparentant donc à un label – avant d'être rendu obligatoire par la loi dite « Climat et résilience » d'août 2021[2]. Pour l'heure, l'affichage obligatoire est expérimental, pour une durée maximale de cinq ans[3], mais les pouvoirs publics et les entreprises pourront s'appuyer sur l'expérience acquise en matière d'affichage volontaire. L'affichage obligatoire s'inscrira en effet très certainement dans la continuité de l'affichage environnemental volontaire dont le déploiement a été piloté par l'ADEME. Cet affichage, exploité sous la marque « Impact environnemental » et identifié par un logo, contient une note allant de A à E. À l'issue de l'expérimentation et de son évaluation, seules certaines catégories de biens et services, fixées par décret, seront concernées par cette obligation[4]. C'est également au niveau réglementaire que sera fixé le contenu de l'affichage[5]. Une attention particulière est portée à la qualité et l'intelligibilité de l'information : l'article L. 541-9-11 du Code de l'environnement prévoit que l'affichage « *visible ou accessible* […] *fait ressortir, de façon fiable et facilement compréhensible pour le consommateur, l'impact environnemental des biens et services considérés sur l'ensemble de leur cycle de vie* ». Afin de garantir la lisibilité de l'affichage, la Plateforme RSE recommande à cet égard aux pouvoirs publics d'arbitrer entre les différents critères sociaux et environnementaux en assortissant le calcul du score de pondérations, en coopération avec les parties prenantes[6].

« *d'harmoniser l'information sur tous les produits alimentaires ; de proposer un repère rapide et efficace permettant aux consommateurs de mieux choisir ; et de donner aux consommateurs la possibilité de ne pas se laisser berner par les stratégies marketing et les allégations fantaisistes* » (UFC-QUE CHOISIR, « Étiquetage nutritionnel. Le Nutri-Score soutenu par l'UFC-Que Choisir », 2 juil. 2019, [https://www.quechoisir.org/nos-combats-etiquetage-nutritionnel-le-nutri-score-soutenu-par-l-ufc-que-choisir-n68539/]).

[1] *L. n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement*, art. 54, *L. n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte*, art. 90 et *L. n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire*, art. 15.

[2] *L. n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, art. 2, I.

[3] *L. n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, art. 2, II.

[4] C. env., art. L. 541-9-12.

[5] L'article L. 541-9-11 du Code de l'environnement guide le pouvoir réglementaire : l'affichage devra faire apparaître « *les impacts environnementaux des biens et services considérés, pris en compte selon leur pertinence* ». Ces impacts sont entendus « *notamment en termes d'émissions de gaz à effet de serre, d'atteintes à la biodiversité et de consommation d'eau et d'autres ressources naturelles* » en « [tenant] *également compte des externalités environnementales des systèmes de production des biens et services considérés, évaluées scientifiquement, en particulier pour les produits agricoles, sylvicoles et alimentaires* ».

[6] « *La pondération des thèmes et des indicateurs et le degré de synthétisation devront être testés avec les parties prenantes pour que l'affichage social soit jugé pertinent et crédible. Cela comprend l'application de critères*

S'agissant d'une obligation, des sanctions ont été prévues par le législateur. Les entreprises encourront ainsi une amende administrative, dont le montant peut paraître assez faible – 3 000€ pour les personnes physiques et 15 000€ pour les personnes morales, en cas d'absence totale d'affichage ou de non-respect des prescriptions d'affichage fixées par décret[1]. Si l'encadrement légal de l'affichage social et environnemental n'en est donc qu'à ses débuts, il laisse entrevoir la possibilité d'une amplification du phénomène de consommation socialement responsable, ce qui pourrait conséquemment accélérer la prise en compte des impacts extra-financiers de l'activité des entreprises.

672. **Le potentiel normatif de l'affichage environnemental et social. –** En effet, ce type de mesure soutient la consommation socialement responsable puisque les consommateurs informés *via* l'étiquetage pourront se détourner des produits et services aux faibles performances environnementales et sociales et préférer des biens ou services dont les performances seraient meilleures. L'affichage environnemental et social favorise l'épanouissement de la consommation socialement responsable puisqu'il permet d'informer les consommateurs, dont la majorité déplore le manque d'information sur les performances extra-financières des produits qu'ils achètent[2]. L'affichage agit comme un *nudge* à l'égard des consommateurs[3]. Le *nudge*, qui peut être traduit par « coup de coude » ou « coup de pouce », renvoie, selon ses théoriciens, à « *tout aspect de l'architecture du choix qui contribue à modifier le comportement d'un individu de manière prévisible, sans lui interdire la faculté de*

---

excluants ou planchers (par exemple, en cas de violations graves des droits référencés) et leur répercussion sur une présentation synthétique de type "échelle de maturité") » (PLATEFORME RSE, *Affichage social sur les biens et services : avis*, 2022, p. 113).

[1] C. env., art. L. 541-9-14 et L. 541-9-15.

[2] Une étude souligne ainsi que la moitié de la population française estime manquer d'information pour être en mesure d'adopter des comportements et modes de vie responsables sur le plan environnemental, social et sociétal (L'OBSOCO et CITEO, *Observatoire de la consommation responsable*, 2021, p. 195) ; une autre étude observe que 84% des Français « *ont besoin de preuves pour croire aux engagements des marques* » (GREENFLEX et ADEME, *Baromètre GreenFlex-ADEME de la consommation responsable 2022,* 2022, p. 5). Sur le constat d'un manque d'information, v. également A. FRANÇOIS-LECOMPTE, « La consommation socialement responsable : oui mais… », *Reflets et perspectives de la vie économique*, vol. XLVIII, n°4, 2009, p. 89.

[3] « […] *on constate que l'étiquetage des produits aujourd'hui (qu'il soit sur des produits alimentaires ou sur de l'électroménager) créé une émulation positive dans le sens où il pousse les clients à mieux consommer et les industriels à mieux produire* » (CREDOC, *Influence de l'étiquetage (alimentaire et énergétique) sur le comportement des consommateurs français. Focus sur les personnes défavorisées*, 2018, p. 5). Pour autant, un auteur considère que l'étiquetage ne peut être considéré comme un *nudge*, dans la mesure où il est, contrairement au *nudge*, organisé par une règle de droit. Le *nudge* serait ainsi un véritable « *substitut au droit* ». Tout au plus, le *nudge* « *peut constituer l'instrument d'exécution d'une norme juridique, mais il n'est pas en lui-même une norme, pas plus qu'un panneau d'interdiction de stationner n'en est une* » (J.-P. MARKUS, « Le *nudge* administratif », *RFDA*, 2022, p. 85).

prendre d'autres décisions ou même modifier de manière significative ses propres incitations économiques »[1]. En bref, le *nudge*, qui relève de l'économie comportementale, recouvre une « *dimension normative* » tout en « *préserv*[ant] *la liberté de choix* » de son destinataire[2]. L'étiquetage environnemental et social vise ainsi à orienter le consommateur dans ses choix d'achat, sans que ne lui soit adressée une quelconque contrainte. L'orientation du comportement du consommateur va orienter par ricochet le comportement des entreprises[3]. Les entreprises vont s'adapter à cette demande nouvelle, facilitée par l'affichage environnemental et social obligatoire de leurs produits ou services. Les entreprises seront ainsi invitées à diminuer leurs impacts extra-financiers afin de bénéficier d'un avantage concurrentiel. Une étude a par exemple démontré que les entreprises commercialisant des produits alimentaires obtenant le score de A ou B d'après l'étiquetage « NutriScore » ont gagné des parts de marché par rapport aux entreprises commercialisant des produits estampillés C ou D[4].

673. **La persistance d'obligations d'information ponctuelles. –** Cet affichage unique est entouré de quelques dispositifs d'information ponctuels issus notamment du droit de la consommation. Par exemple, la loi dite « Climat et Résilience » d'août 2021 a ainsi créé une obligation d'information sur la saisonnalité des fruits et légumes :

> « *Les magasins de vente au détail de plus de 400 mètres carrés qui commercialisent des denrées alimentaires mettent à la disposition des consommateurs, tout au long de l'année, une*

---

[1] C. R. SUNSTEIN et R. H. THALER, *Nudge : la méthode douce pour inspirer la bonne décision*, trad. M.-F. PAVILLET, Vuibert, 2012.

[2] C. LECLERE, « Les *nudges* : un outil pour les politiques publiques ? », *Idées économiques et sociales*, vol. 188, n°2, 2017, p. 41.

[3] L'ADEME, qui pilote les expérimentations d'affichage environnemental, expose clairement cette incitation par ricochet : il est « *un outil volontaire et encadré qui permet d'améliorer la performance environnementale des produits/services avec un double objectif : 1. Un dispositif pour informer les consommateurs lors de leurs achats : un repère simple pour sensibiliser à la consommation responsable ; 2. Un dispositif pour inciter les fabricants/distributeurs à initier et valoriser leurs démarches d'éco-conception : un outil de management pour encourager la production durable* » (ADEME, « Affichage environnemental », 22 sept. 2022, [https://expertises.ademe.fr/economie-circulaire/consommer-autrement/passer-a-laction/reconnaitre-produit-plus-respectueux-lenvironnement/dossier/laffichage-environnemental/affichage-environnemental-contexte-objectifs]).

[4] NIELSEN, « Les produits A et B gagnent des parts d'estomac », 2019, [https://www.nielsen.com/fr/fr/insights/article/2019/les-produits-a-et-b-gagnent-des-parts-destomac/]. Il est intéressant de constater que « *si les produits les mieux notés sont plus nombreux à être achetés, c'est également le cas des produits étiquetés E qui enregistrent eux aussi une croissance de 1%. Ce constat signale une moindre influence de cet étiquetage dans le cas d'achats compulsifs ou de plaisir* » (PLATEFORME RSE, *Affichage social sur les biens et services : avis*, 2022, p. 41).

information claire et lisible relative à la saisonnalité des fruits et légumes frais qu'ils proposent à la vente »[1].

674. Ces divers dispositifs d'information permettent ainsi de promouvoir la consommation socialement responsable. Mais le législateur a également porté son action sur les acteurs publics en leur qualité d'acheteurs, par le développement d'un droit de la commande publique plus responsable.

§3. Le développement de la commande publique responsable

675. **Le mouvement vers une commande publique responsable. –** Depuis quelques années, le législateur encourage la responsabilisation de la commande publique, notamment à travers les critères de choix des entreprises lors de la procédure de passation d'un marché public. Le « verdissement » de la commande publique constitue un levier puissant de prise en compte des enjeux environnementaux, mais également sociaux, par les entreprises : ces dernières, désireuses d'obtenir des marchés publics, seront poussées à respecter les critères sociaux et environnementaux posés[2]. Ce levier n'est pas négligeable dans la mesure où la commande publique représente environ 8% du Produit Intérieur Brut français[3].

676. **Le schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables. –** Afin de promouvoir des achats plus responsables, la *loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire* a instauré l'obligation pour les acheteurs publics d'établir un schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables (SPASER)[4] dès lors que le montant de leurs ventes excède un certain seuil[5]. Ce schéma, qui

---

[1] C. Conso., art. L. 113-3, créé par *L. n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, art. 277.
[2] V. CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Commande publique responsable : un levier insuffisamment exploité*, 2018.
[3] MINISTERE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, *Les marchés publics au service de la relance économique des entreprises*, 2021, p. 3. L'utilisation de ce levier par les pouvoirs publics français et européen a été qualifiée d'« *instrumentalisation du droit de la commande publique* » au profit des enjeux environnementaux et sociaux (F. LLORENS et W. ZIMMER, « L'instrumentalisation du droit de la commande publique », *Contrats-Marchés publ.*, 2014, n°6).
[4] *L. n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire*, art. 13. Depuis 2018, cette disposition est codifiée à l'article L. 2111-3 du Code de la commande publique.
[5] Ce seuil a été abaissé à 50 millions d'euros hors taxe depuis le 1er janvier 2023 (CCP, art. D. 2111-3, modifié par *D. n° 2022-767 du 2 mai 2022 portant diverses modifications du code de la commande publique*).

doit être publié sur le site internet de l'acheteur public[1], doit comprendre « *les objectifs de politique d'achat comportant des éléments à caractère social visant à concourir à l'intégration sociale et professionnelle de travailleurs handicapés ou défavorisés et des éléments à caractère écologique ainsi que les modalités de mise en œuvre et de suivi annuel de ces objectifs* »[2]. Le schéma doit être accompagné d'indicateurs et d'objectifs chiffrés[3]. Toutefois, cette obligation, qui ne dispose d'aucune sanction, est en pratique peu respectée par les personnes publiques : moins de 30% des collectivités territoriales et établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) concernés avaient publié un SPASER en 2020[4]. En parallèle de cette promotion de la commande publique responsable qui est pour l'instant peu effective, de véritables mesures opérationnelles ont été mises en œuvre par le législateur, se répercutant notamment sur le choix du cocontractant et sur l'exécution du marché public[5].

677. **Le choix du cocontractant. –** Après de nombreuses hésitations, la jurisprudence, succédée par les textes internes européens, consacre désormais la possibilité d'intégrer les critères sociaux et environnementaux dans le choix du cocontractant[6]. Quelques dispositions législatives éparses offrent à l'acheteur public la possibilité de choisir le bénéficiaire du marché public en fonction de critères environnementaux ou sociaux spécifiques. La loi « Climat et Résilience » permet aux personnes publiques d'exclure de la procédure de passation d'un marché une entreprise qui ne publierait pas de plan de vigilance alors qu'elle serait assujettie à cette obligation[7]. Citons également l'article L. 2171-2 du Code de la commande publique qui permet de déroger au principe d'allotissement, en associant

---

[1] L'on remarque que l'acheteur public est ainsi lui aussi soumis à une obligation de transparence en matière extra-financière, de la même manière que l'entreprise dont il achète le bien ou service.
[2] CCP, art. L. 2111-3, al. 2.
[3] CCP, art. L. 2111-3, al. 3.
[4] S. BEAUDOUIN-HUBIERE et N. HAVET, *Pour une commande publique sociale et environnementale : état des lieux et préconisations*, 2021, p. 29.
[5] Pour une présentation de toutes les mesures, v. G. CANTILLON, « Marchés publics et développement durable », *JCl. Contrats et marchés publics*, Fasc. 57, 2022.
[6] V. CE, 25 mars 2013, n°364950, *Département de l'Isère*, pour une première ouverture jurisprudentielle, puis *Dir. 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE* (notamment l'article 67, qui permet d'intégrer les critères environnementaux et sociaux au stade de l'attribution du marché). Sur ces évolutions, v. P. IDOUX, « La commande publique au service du développement durable », *in* E. MULLER (dir.), *Commande publique, levier pour l'action publique*, Dalloz, 2018, p. 107.
[7] CCP, art. L. 2141-7-1, créé par *L. n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, art. 35. La disposition prévoit néanmoins qu'« *une telle prise en compte ne peut être de nature à restreindre la concurrence ou à rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation* ».

l'entreprise ayant conçu l'ouvrage à sa réalisation, si l'amélioration de l'efficacité énergétique le justifie. De plus, l'acheteur pourra exiger la détention par l'entreprise d'un label[1].

678. **Les conditions d'exécution du marché public. –** Les conditions d'exécution du marché sont également traversées par ce mouvement de responsabilisation de la commande publique. Si, jusqu'alors, les conditions d'exécution du marché « *peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations* », à partir du 22 août 2026, elles « *prennent en compte des considérations relatives à l'environnement* »[2] ainsi que celles « *relatives au domaine social ou à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées* »[3] tout en continuant de simplement « *pouvoir* » prendre en compte les autres considérations. La modification législative du verbe (de « pouvoir prendre en compte » à « prendre en compte ») marque une différence dans le degré d'obligatoriété de la prise en compte des critères environnementaux et sociaux. Pour les considérations sociales et relatives à l'emploi des personnes défavorisées, le législateur a néanmoins prévu des cas dans lesquels l'acheteur public peut ne pas en tenir compte, à condition qu'il « *en indique les motifs* »[4]. De telles exceptions ne sont pas prévues pour le critère environnemental. La loi dite « Climat et Résilience » du 22 août 2021 a donc opéré une nette inflexion vers une intégration par les acheteurs publics du critère environnemental et, de manière moindre, du critère social, qui est passée d'un caractère facultatif à un caractère obligatoire. Le législateur a instauré de véritables mesures opérationnelles, ne se contentant pas d'une simple incitation envers les acheteurs publics, mais établissant les conditions du déploiement effectif d'une commande publique plus responsable.

679. **La consécration de la commande publique responsable. –** Cette évolution a été parachevée sur le plan symbolique par la loi « Climat et Résilience », qui a initié un changement paradigmatique. Initialement, les règles gouvernant la commande publique visaient uniquement « *l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers*

---

[1] CCP, art. R. 2111-13.
[2] CCP, art. L. 2112-2, modifié par *L. n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, art. 35.
[3] CCP., art. L. 2112-2-1, I, créé par *L. n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, art. 35.
[4] CCP, art. L. 2112-2, II et III.

publics »[1]. A la suite de cette disposition, la loi dite « Climat et Résilience » du 22 août 2021 a pondéré cet objectif en ajoutant que « *la commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* »[2]. La Plateforme RSE propose à cet effet de « *systématiser les clauses sociales et environnementales dans les achats publics de l'État, des collectivités locales et des établissements publics* »[3]. Cette proposition, qui paraît plutôt réalisable et peu coûteuse, aurait la vertu d'inciter fortement les entreprises à intégrer ces critères.

680. L'avantage concurrentiel des entreprises n'est pas seulement soutenu par le mouvement de la consommation socialement responsable. En effet, il est également activé par le levier de l'investissement socialement responsable.

[1] CCP, art. L. 3.
[2] CCP, art. L. 3-1, créé par *L. n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, art. 35. Sur les avancées de cette loi en matière de commande publique responsable, v. F. ALLAIRE, « L'avènement de la commande publique responsable », *JCP A*, 2021, act. 501.
[3] PLATEFORME RSE, *Responsabilité sociétale des entreprises : une ambition partagée. Propositions des parties prenantes pour les rendez-vous de 2022*, 2021, p. 11.

Section 2. Le levier de l'investissement socialement responsable

681. L'avantage concurrentiel obtenu par les entreprises responsables peut également s'exercer sur les marchés financiers. Les financeurs qui s'adonnent à l'investissement socialement responsable vont en effet préférer les entreprises qui prennent en compte les impacts de leur activité. L'investissement socialement responsable constitue donc un levier important en tant qu'il constitue un avantage concurrentiel en plein essor (§1). De la même manière que la consommation socialement responsable, divers dispositifs d'information de l'investisseur socialement responsable visent à orienter ses décisions (§2).

§1. L'essor de l'investissement socialement responsable

Le développement très rapide de l'ISR permet d'expliquer l'insaisissabilité de ce concept (A), qui se manifeste ainsi sous des formes diverses (B).

A. L'insaisissabilité conceptuelle de l'investissement socialement responsable

682. **Le développement récent de l'investissement socialement responsable. –** Le monde de la finance n'a pas échappé aux revendications de la société civile d'une intégration des enjeux extra-financiers dans les décisions d'investissement. L'investissement socialement responsable (ISR), en ce qu'il est « *une forme d'investissement intégrant le respect des valeurs éthiques, de protection de l'environnement, d'amélioration des conditions sociales ou de* "*bonne*" *gouvernance* »[1], constitue une réponse à ces revendications nouvelles. En effet, la demande émanant de la société civile d'une meilleure prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux a créé un nouveau risque pour les investisseurs qui redoutaient une mauvaise performance financière des entreprises dans lesquelles ils ont investi, face à la possible application d'une sanction réputationnelle[2]. En d'autres termes, l'ISR témoigne d'une intégration des enjeux environnementaux et sociaux en chaîne : la société civile

[1] C. REVELLI, « L'investissement socialement responsable. Origines, débats et perspectives », *Revue française de gestion*, vol. 236, n°7, 2013, p. 79.
[2] C'est la raison pour laquelle les investisseurs ont très tôt demandé aux entreprises la publication d'informations à caractère environnemental. V. A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut Universitaire Varenne, 2015, n°54 et s., p. 61 et s.

souhaite une meilleure prise en compte de ces enjeux ; les investisseurs recherchent donc une meilleure performance extra-financière de leurs investissements ; les entreprises répondent aux attentes de leurs investisseurs en intégrant ces problématiques dans leur gestion. L'ISR constitue donc un puissant levier incitatif pour les entreprises qui se financent en grande partie sur les marchés de capitaux et par endettement auprès des institutions financières. Les sociétés se retrouvent sous un « *contrôle actif du marché* » qui leur presse d'intégrer les enjeux environnementaux et sociaux dans leur gestion sous la menace – plus ou moins exprimée comme telle – de ne plus les financer[1]. Si l'on peut dater la naissance de l'ISR aux années 1980, qui ont vu l'apparition des premières agences de notation extra-financière[2], ce marché monte en puissance depuis les années 2000 sans discontinuité[3]. L'essor de l'ISR a été particulièrement soutenu par des initiatives internationales, dont les Principes d'Équateur, adoptés en 2003 et composés de dix principes d'application volontaire à destination des investisseurs[4] et les Principes pour l'Investissement Responsable, adoptés en 2006 et élaborés par un groupe international d'investisseurs institutionnels sous l'égide des Nations unies[5]. Les deux initiatives fonctionnent sur un système volontaire et ne sont assortis d'aucune sanction.

683. Aujourd'hui, sur les marchés financiers français, « *plus d'un tiers des actifs sous gestion, soit près de 1 000 milliards d'euros d'actifs, intègrerait plus ou moins fortement des critères ESG et plus d'un dixième correspondrait à une gestion ISR stricte* »[6]. Pour autant, le dynamisme de l'investissement socialement responsable ne doit pas occulter sa jeunesse : l'essor de ce mouvement, aussi rapide soit-il, ne signifie pas qu'il est majoritaire dans les pratiques d'investissement. Une récente étude commandée par la Commission européenne a ainsi conclu que l'intégration des risques ESG par les banques « *n'en est qu'à ses débuts* »[7].

---

[1] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°320, p. 420.
[2] C. REVELLI, art. préc., p. 79.
[3] G. CAPELLE-BLANCARD, A. DESROZIERS, A. GAREL et A. PETIT-ROMEC, « L'investissement socialement responsable. Changement structurel et faux semblant », *Revue française de gestion*, vol. 300, n°7, 2021, p. 61.
[4] EQUATOR PRINCIPLES, *Les principes de l'Équateur*, 2020. Une centaine d'institutions financières, provenant de 38 pays, a fait le choix d'adhérer à ces principes.
[5] PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR L'ENVIRONNEMENT et PACTE MONDIAL DES NATIONS UNIES, Principes pour l'investissement responsable. Les Principes pour l'Investissement Responsable réunissent 4 000 signataires issus d'une soixantaine de pays.
[6] P. CRIFO, N. MOTTIS et B. MZALI, « L'investissement socialement responsable. Succès ou dilution ? », *Revue française de gestion*, vol. 300, n°7, 2021, p. 51.
[7] COMMISSION EUROPEENNE, *Développement d'outils et de mécanismes pour l'intégration des facteurs ESG dans le cadre prudentiel bancaire de l'UE et dans les stratégies commerciales et les politiques d'investissement des*

684. **La persistance de la logique financière. –** L'ISR peut être concrétisé par les investisseurs sous deux méthodologies différentes. Il peut d'abord être traduit par un filtrage négatif ou exclusif, visant à exclure des décisions d'investissement certains secteurs comme les secteurs polluants, ayant recours au travail d'enfants, etc. Cette approche a par la suite été complétée par un filtrage positif, visant à sélectionner les entreprises ou produits d'investissement aux meilleures performances extra-financières. A ce titre, les critères environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) sont pris en compte. Force est de constater que l'ISR ne se départit absolument pas de la logique financière qui imprègne l'investissement. Les critères financiers, comme le rapport rendement-risque, demeurent pris en compte par les investisseurs. La démarche n'est en réalité pas tant d'ajouter aux critères financiers des critères extra-financiers : il s'agit plutôt de considérer les enjeux environnementaux et sociaux comme des risques financiers. Cette logique transparaît des instruments internationaux qui promeuvent l'ISR. Avant même de présenter le contenu des six *Principes pour l'Investissement Responsable*, le document qui les contient affirme que « *l'investissement responsable peut et doit être visé par l'investisseur qui recherche uniquement la performance financière ainsi que par ceux qui cherchent à établir un lien entre risques/opportunités et résultats dans le monde réel* »[1]. Cette préconisation est illustrée par trois « *exemples notoires d'incidents environnementaux, sociaux ou de gouvernance ayant eu des retombées financières importantes* » : une marée noire qui a engendré des charges considérables pour BP, l'affaire du trucage des moteurs par Volkswagen qui lui a coûté de lourdes sanctions financières et amendes et la chute de la valeur boursière de Facebook due à la fuite de données personnelles de ses utilisateurs[2]. Du point de vue des investisseurs, les problématiques environnementales et sociales se trouvent donc absorbées par le risque financier. Cette dilution résume l'ambivalence entretenue par l'ISR :

---

banques : résumé, 2021, p. 5. L'étude précise : « *Si la plupart des banques interrogées ont mentionné avoir affiné leur structure de gouvernance afin de définir les responsabilités en matière de risques ESG au niveau de la direction générale et du conseil d'administration, peu d'entre elles semblent avoir mis en place une stratégie précise et exhaustive en matière de risques ESG* » (p. 5) ; « *Si la plupart des banques déclarent qu'elles prévoient d'intégrer les facteurs ESG dans leurs activités de prêt et d'investissement dans le cadre d'une stratégie ESG plus large, le suivi et le pilotage des objectifs (e.g. comme ceux de l'Accord de Paris) font encore souvent défaut* » (p. 7).

[1] PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR L'ENVIRONNEMENT et PACTE MONDIAL DES NATIONS UNIES, *Principes pour l'investissement responsable*, p. 4.

[2] *Id*., p. 5.

« *L'ISR consiste à investir en prenant en compte des critères extra-financiers : un plus grand respect de l'environnement naturel, une meilleure prise en compte du bien être des salariés, une meilleure gouvernance, etc. Toutefois le message se brouille dès lors que ces critères extra-financiers se traduisent par de meilleures performances financières. Les investisseurs qui sélectionnent des entreprises responsables simplement motivés par l'idée qu'elles sur-performent pratiquent une forme d'ISR que l'on peut qualifier d'ISR "stratégique" ou "opportuniste", par opposition à l'ISR motivée par des valeurs ou ISR de "conviction". Et cette confusion introduit un risque important que le public perçoive uniquement les fonds ISR comme une nouvelle forme de* greenwashing »[1].

685. **L'insaisissabilité de l'ISR. –** La confusion entre les logiques financières et extra-financières entretient une certaine insaisissabilité conceptuelle de l'ISR. De plus, les enjeux ESG ne sont pas pris en compte dans une même mesure par les investisseurs : une étude commandée par la Commission européenne relève que le critère environnemental est davantage intégré que les critères sociaux et de gouvernance[2]. L'ISR renvoie donc davantage à une promotion de certains critères dans les décisions d'investissement, plus ou moins poussée, qu'à un concept clair qui permettrait de classer les investisseurs selon qu'ils sont « socialement responsables » ou non. Le Parlement européen a ainsi noté dans une résolution qu'« *il n'existe pas de définition universelle du concept d'ISR* »[3].

686. Cette insaisissabilité conceptuelle de l'ISR explique qu'il puisse davantage être défini par ses manifestations que par une définition intangible.

---

[1] G. CAPELLE-BLANCARD, A. DESROZIERS, A. GAREL et A. PETIT-ROMEC, art. préc., p. 61.

[2] « *Alors que la plupart des banques s'efforcent de faire correspondre les risques ESG aux risques financiers et non financiers traditionnels, leurs avancées diffèrent selon les trois piliers E, S et G. Les progrès les plus significatifs ont été réalisés sur les risques liés au climat, qui sont souvent associés à des risques financiers. Les autres risques ESG sont souvent considérés sous l'angle du risque de réputation ou du risque stratégique* » (COMMISSION EUROPEENNE, *Développement d'outils et de mécanismes pour l'intégration des facteurs ESG dans le cadre prudentiel bancaire de l'UE et dans les stratégies commerciales et les politiques d'investissement des banques : résumé*, 2021, p. 4).

[3] PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution UE 2012/2098 (INI)*, 6 fév. 2013, « Responsabilité sociale des entreprises : comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable », pt. 20.

B. La diversité des manifestations de l'investissement socialement responsable

687. **Un levier surtout actionné par les investisseurs institutionnels. –** Le développement de l'ISR est pour une large part dû à l'action des investisseurs institutionnels[1] qui n'ont pas hésité à privilégier les critères ESG dans leurs décisions d'investissement. Le déploiement de l'ISR par les investisseurs institutionnels incite ainsi les entreprises à prendre en compte les enjeux extra-financiers, afin d'être préférés à leurs concurrents sur les marchés financiers[2]. Ces investisseurs institutionnels représenteraient 70% du marché français de l'ISR et 90% des encours d'ISR au plan européen[3]. La prégnance des investisseurs institutionnels en matière d'ISR contribue sans doute à la persistance de la logique financière : il semblerait que ceux-ci s'adonnent davantage à un filtrage négatif, en excluant de leurs choix d'investissement des entreprises aux faibles performances extra-financières, qu'à un filtrage positif, ne privilégiant pas forcément les entreprises aux bonnes performances extra-financières. Autrement dit, « *les investisseurs institutionnels semblent se soucier principalement des attributs négatifs de la RSE, car ils ont des implications économiques et de gestion des risques, et se montrent ambivalents face aux signaux des attributs positifs de la RSE* »[4]. C'est encore une fois le prisme du risque réputationnel et celui du risque financier qui guident l'action de ces investisseurs[5].

688. **Le rôle des investisseurs institutionnels publics. –** Parmi les investisseurs institutionnels, les banques publiques jouent un rôle particulier : puisque les considérations environnementales et sociales rejoignent l'intérêt général, ces dernières apportent une contribution particulière au déploiement de l'ISR. Ainsi, Bpifrance, banque publique

---

[1] Les investisseurs institutionnels sont ici entendus au sens large, comme comprenant les collecteurs d'épargne non bancaires (fonds de placement, compagnies d'assurance, etc.) mais également les banques commerciales (les banques sont parfois exclues de la catégorie des investisseurs institutionnels).

[2] Une étude (parmi de nombreuses autres) menée dans 41 pays a mis en évidence le poids des investisseurs institutionnels dans le déploiement des politiques RSE des entreprises (A. DYCK, K. V. LINS, L. ROTH et H. F. WAGNER, « Do institutional investors drive corporate social responsibility ? International evidence », *Journal of Financial Economics*, vol. 131, issue 3, 2019, p. 693).

[3] MINISTERE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE LA SOUVERAINETE INDUSTRIELLE ET NUMERIQUE, « L'investissement socialement responsable », [https://www.economie.gouv.fr/facileco/linvestissement-socialement-responsable#].

[4] J. R. NOFSINGER, J. SULAEMAN et A. VARMA, « Institutional investors and corporate social responsibility », *Journal of Corporate Finance*, vol. 58, 2019, p. 700. (Notre traduction).

[5] Sur la sanction réputationnelle, v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

d'investissement née en 2012, revendique placer la RSE au cœur de son activité[1]. Elle s'adonne ainsi à une analyse ESG de chaque projet étudié qui « *ne pèse pas obligatoirement dans la décision de financement ou d'investissement, mais est intégrée à chaque dossier et fait partie de l'appréciation portée sur l'entreprise* »[2]. Elle a également lancé en 2020, en coopération avec la Banque des Territoires, un Plan Climat qui consiste en une allocation de 40 milliards d'euros entre 2020 et 2024 pour soutenir les « *greentechs* » et solutions « vertes », contribuer au développement des énergies renouvelables et accompagner les entreprises en transition écologique[3]. L'intégration des impacts sociaux et environnementaux de l'activité des entreprises constitue donc un avantage concurrentiel sur les marchés financiers, en raison du développement de l'ISR sous l'action des investisseurs institutionnels, et particulièrement celle des banques publiques.

689. **La désaffection des investisseurs particuliers. –** En revanche, les investisseurs particuliers s'engagent moins dans une démarche d'ISR que leurs homologues institutionnels. L'on retrouve à leur sujet des dynamiques similaires à celles rencontrées en matière de consommation socialement responsable[4]. Déjà, l'engouement faible de l'ISR chez les « petits » épargnants est lié à un manque d'information[5]. L'ISR est un sigle peu connu, dans des proportions encore plus grandes que la consommation socialement responsable ou la

---

[1] La *L. n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la création de la Banque publique d'investissement* dispose : « [Bpifrance] *apporte son soutien à la mise en œuvre de la transition écologique et énergétique* » (art. 1) ; « *la Banque publique d'investissement prend en compte les enjeux environnementaux, sociaux, d'égalité professionnelle, d'équilibre dans l'aménagement économique des territoires, notamment des zones urbaines défavorisées, des zones rurales et des outre-mer, et de gouvernance dans ses pratiques ainsi que dans la constitution et la gestion de son portefeuille d'engagements* » (art. 4).

[2] « *Bpifrance soutient néanmoins des entreprises qui présentent des scores moyens dans le domaine de la RSE, mais qui sont dans une dynamique de croissance. L'engagement de progrès de l'entreprise est concrétisé par une "lettre de progrès", ou par une clause de RSE intégrée au pacte d'actionnaires* » (PLATEFORME RSE, *RSE et performance globale : mesures et évaluations. État des lieux des pratiques*, 2019, p. 21).

[3] L'adjectif « vert » n'est évidemment pas nécessairement gage d'un faible impact environnemental. La croissance verte et les concepts qui en dérivent ne sont pas synonymes d'une absence d'impact sur l'environnement : il s'agit en définitive toujours d'une activité profitable qui puise dans les ressources naturelles ou qui est source de pollution. La croissance verte qui « *ne remet pas en cause le principe d'accumulation continue et indéfinie du capital* » est ainsi souvent dénoncée comme étant un oxymore (A. SLIM, « Les objets encombrants de la croissance verte et inclusive », *L'Homme & la Société*, vol. 216, n°1, 2022, p. 89. V. également A. GRANDJEAN, « Les conditions de la "croissance verte" », *Annales des Mines - Responsabilité et environnement*, vol. 61, n°1, 2011, p. 122).

[4] V. *supra* Section 1, §1.

[5] Sur ce constat, v. G. GUTSCHE et B. ZWERGEL, « Investment Barriers and Labeling Schemes for Socially Responsible Investments », *Schmalenbach Bus. Rev.*, 2020, n°72, p. 145 : « *too high information costs for SRI are a severe barrier for potential future investors, although they seem to be well informed about financial products in general. Hence, we find clear support for our first hypothesis. Especially banks could help these investors to overcome the entry hurdle. However, banks appear not to fulfill their role as intermediaries* ».

RSE : un sondage suggère que 65% des Français n'ont jamais entendu parler de l'ISR[1]. Seuls 8% d'entre eux auraient reçu la proposition d'un placement ISR[2]. Ensuite, cette désaffectation est liée à une absence de concrétisation des opinions des particuliers. Un décalage est observé entre les dires des investisseurs particuliers et leurs pratiques : si 60% disent accorder de l'importance aux impacts environnementaux et sociaux dans leurs décisions de placement, seuls 7% d'entre eux ont déjà investi dans un fonds ISR[3]. Enfin, une partie des particuliers demeurent méfiants quant à l'ISR, déplorant un manque de fiabilité des informations dont ils disposent[4] et doutant de l'impact réel de la finance responsable sur l'environnement et la société[5].

690. **L'activisme actionnarial. –** Une pratique nouvelle des investisseurs, notamment institutionnels, contribue à accroître la prise en compte par les entreprises des impacts de leur activité : il s'agit de l'activisme actionnarial, un mouvement à l'origine anglo-saxon, défini comme « *le comportement d'un investisseur usant des prérogatives accordées aux minoritaires afin d'influencer la stratégie, la situation financière ou la gouvernance de l'émetteur, par le moyen initial d'une prise de position publique* »[6]. L'activisme actionnarial peut être le support de revendications radicalement opposées voire contradictoires : si nous l'entendons ici comme l'engagement des actionnaires en faveur d'une meilleure intégration des enjeux sociaux et environnementaux, certains actionnaires peuvent s'adonner à un

---

[1] IFOP et FORUM POUR L'INVESTISSEMENT RESPONSABLE, *Les Français et la finance responsable*, 2022, p. 7. Le sondage a été effectué en ligne sur un échantillon de 1 000 personnes représentatif de la population française.
[2] *Id*., p. 11.
[3] *Id*., p. 9 et s.
[4] Une autre enquête en ligne portant sur un échantillon représentatif de la population française de 1 028 personnes fait apparaître que 7% d'entre elles font « totalement » confiance aux labels ISR, 42% leur font « *moyennement confiance* », le reste ne leur faisant pas confiance (AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS et AUDIREP, *Finance durable, placements responsables. État des lieux des perceptions des Français*, 2019, p. 25). Cette méfiance est liée à la défiance plus globale des citoyens envers le monde financier : « *La défiance du public vis-à-vis de la finance atteint des niveaux record, et l'ISR ne semble pas y échapper. Comment convaincre les particuliers d'opter pour des placements dits responsables, quand les institutions financières qui en font la promotion et la commercialisation sont elles-mêmes régulièrement sanctionnées pour leurs comportements irresponsables ?* » (G. CAPELLE-BLANCARD, A. DESROZIERS, A. GAREL et A. PETIT-ROMEC, « L'investissement socialement responsable. Changement structurel et faux semblant », *Revue française de gestion*, vol. 300, n°7, 2021, p. 61).
[5] 70% des enquêtés considèrent que l'ISR est « *un argument de communication plus qu'une réalité* » - mais ils pensent à la fois, dans la même proportion, que de tels placements sont une façon d'agir pour l'environnement et d'intégrer des aspects sociaux à l'épargne, ce qui invite à la prudence quant à l'interprétation de ces résultats (AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS et AUDIREP, rapport préc., p. 14).
[6] LE CLUB DES JURISTES, *Activisme actionnarial*, 2019, p. 8.

activisme actionnarial en défaveur de ces enjeux, cherchant à maximiser leur profit à court terme[1].

691. Cet activisme actionnarial, qui n'est pas sans rappeler la pratique du « *voice* » de Hirschmann[2], peut également prendre plusieurs formes. Il est pour une large part déployé de façon informelle, prenant la forme de « *lettres, courriels, conversations téléphoniques, y compris avec les instances dirigeantes* »[3]. Il peut être aussi plus formel – et donc plus médiatisé – s'exprimant à travers des propositions de résolutions votées en assemblée générale. Dans ce dernier cas, l'effet combiné de l'activisme actionnarial et du risque réputationnel participe de façon conséquente à l'intégration des enjeux extra-financiers dans la gestion de l'entreprise. Par exemple, en 2017, des actionnaires d'Exxon, plus grande société pétrolière des États-Unis, ont réussi à faire adopter une résolution exigeant de l'entreprise qu'elle respecte les objectifs de l'*Accord de Paris*, soit un réchauffement climatique en dessous de 2°C, à plus de 60% des voix et contre l'avis de la direction[4].

692. **Le *say on climate.* –** Parmi ces résolutions, une pratique s'est développée ces dernières années, dont la diffusion grandissante a été remarquée par l'AMF à l'occasion de ses deux derniers rapports sur le gouvernement d'entreprise[5]. Le *say on climate* renvoie à « *un*

---

[1] Sur cette forme d'activisme, v. AFEP, *L'activisme actionnarial*, 2019, p. 3 : « *le fonds activiste a, la plupart du temps, une vision court terme et des méthodes agressives, son objectif étant essentiellement de réaliser des profits aux dépens de la création de valeur sur le long terme. D'une manière générale, il s'intéresse peu aux conséquences de ses actions sur la société et sur les autres acteurs de la vie de l'entreprise au-delà de son horizon de détention* ». V. également les travaux de la mission d'information parlementaire sur le sujet : ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information n°2287 par la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire en conclusion des travaux d'une mission d'information relative à l'activisme actionnarial*, 2 oct. 2019.

[2] V. *supra* Section 1, §1.

[3] E. DIMSON, O. KARAKAŞ et X. LI, « Active Ownership », *The Review of Financial Studies*, vol. 28, issue 12, 2015, p. 3225.

[4] La résolution était proposée par le fonds de pension de l'État de New-York et le fonds d'investissement de l'Église d'Angleterre. La société de gestion d'actifs BlackRock a voté en faveur de la résolution.

[5] AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2021, p. 80 et AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Rapport 2020 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2020, p. 26. La multiplication des résolutions climatiques suscitent des interrogations quant à l'articulation des pouvoirs entre les organes directeurs et les actionnaires, dans la mesure où certaines résolutions adoptées par les seconds visent à contraindre les premiers, ce qui, selon l'Association Nationale des Sociétés Anonymes, « *méconnait nécessairement le principe de hiérarchie et d'indépendance des organes sociaux en ce qu'elle empiète sur les pouvoirs et attributions qui leur sont légalement dévolus* » (ANSA, *Rappel des règles applicables pour l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution*, n° 21-003, 3 mars 2021). Au contraire, l'on peut considérer que « *permettre à l'assemblée générale de donner un avis consultatif sur la stratégie climatique de l'entreprise laisse au conseil d'administration toute liberté pour définir cette stratégie et la mettre en œuvre* »

vote des actionnaires sur une résolution mise à l'ordre du jour d'une assemblée générale, à l'initiative du conseil d'administration ou d'un ou plusieurs actionnaires, portant sur la stratégie ou la politique de cette société en matière environnementale, et notamment sur son impact climatique »[1]. L'objet de ces résolutions est large, comme l'a observé le *think tank Reclaim Finance* :

> « *Contrairement aux résolutions dites climat souvent déposées par des actionnaires pour demander quelque chose de précis à l'entreprise, les* "Say on Climate" *ont un caractère non-prescriptif et consultatif : il ne s'agit pas d'exiger des entreprises qu'elles s'alignent a priori sur les objectifs de l'Accord de Paris mais simplement qu'elles fournissent des informations et cibles climatiques exhaustives qui permettent aux investisseurs de juger de leur degré d'alignement* »[2].

Le message envoyé par les actionnaires à travers ce type de résolution est donc moins pressant que les résolutions portées par un plus petit nombre d'actionnaires qui ont fait grand bruit, notamment aux États-Unis. En effet, les *say on climate* ne revêtent pas de portée prescriptive mais ont seulement pour objet d'inviter les sociétés à rendre des comptes sur leur impact climatique. Il n'en demeure pas moins qu'elles participent d'un contexte plus général de développement de l'investissement socialement responsable[3].

693. **L'enjeu de l'encadrement de l'activisme actionnarial. –** Néanmoins, selon de nombreux investisseurs, le droit français entraverait l'engagement des actionnaires des sociétés françaises. Cette critique est principalement due à l'existence d'un seuil de détention capitalistique pour pouvoir déposer un projet de résolution, contrairement à d'autres États, dont les États-Unis. La réalité nous paraît cependant plus équilibrée. Le droit français est

---

(C. BALDON, « Les résolutions climatiques au prisme du principe de séparation des pouvoirs au sein de la société anonyme », *JCP E*, n°36, 9 sept. 2021, 1403, p. 28).

[1] AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, Rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées, 2021, p. 80.

[2] RECLAIM FINANCE, « AG 2022 : Un test décisif pour les "Say on Climate" », 10 fév. 2022, [https://reclaimfinance.org/site/2022/02/10/ag-2022-test-decisif-pour-les-say-on-climate/].

[3] L'on observe une pratique récente de réappropriation des *say on climate* par les organes directeurs des sociétés. Le Conseil d'Administration de TotalEnergies a fait adopter une résolution à l'assemblée générale qui nous semble être davantage une couverture qu'un réel engagement : « *L'Assemblée générale, statuant aux conditions de quorum et de majorité requises pour les assemblées générales ordinaires, après avoir pris connaissance du rapport du Conseil d'administration sur l'ambition de la Société en matière de développement durable et de transition énergétique vers la neutralité carbone et ses objectifs en la matière à horizon 2030, inclus dans la brochure de convocation, émet un avis favorable sur l'ambition de la Société et ses objectifs* » (v. AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2021, p. 82).

plutôt favorable au droit d'expression des actionnaires minoritaires en ce qu'il prévoit de porter systématiquement à l'ordre du jour leurs projets de résolution : aucun organe social ne peut filtrer ces demandes. Il est vrai que l'article L. 225-105 du Code de commerce pose un seuil de détention minimal de 5% du capital pour pouvoir requérir l'inscription à l'ordre du jour de certains points ou d'un projet de résolution. Néanmoins, l'article R. 225-71 du même Code prévoit un seuil dégressif en fonction du montant du capital social. Bien que certains regrettent des seuils qui restent élevés[1], le choix français nous paraît judicieux : la réglementation de l'engagement actionnarial est délicate car cette pratique peut être, comme on l'a vu, instrumentalisée à des fins opposées. En effet, ouvrir les conditions d'expression des actionnaires pourrait permettre l'expansion de l'activisme actionnarial court-termiste, qui est le fait d'actionnaires uniquement préoccupés par le rendement financier de leur investissement. Afin d'offrir un traitement différencié à ces deux types d'activisme actionnarial, l'Autorité européenne des marchés financiers a ainsi proposé d'amender sa « liste blanche » des actions pour lesquelles les actionnaires qui coopèrent ne sont pas présumés agir de concert, afin d'y inclure toutes les actions concernant les enjeux ESG[2]. Le Club des Juristes soutient cette proposition et recommande également d'élaborer une obligation de transparence à destination de chaque activiste, qui devrait, durant une campagne publique, « *explique*[r] *dans quelle mesure son approche intègre, pour la société, son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* »[3].

694. **Le développement des fonds ISR. –** Parallèlement au mouvement de fond des investisseurs institutionnels de prise en compte des critères ESG dans le cadre de leurs activités habituelles, des fonds de placement spécialisés dans l'ISR ont vu le jour. Cette spécialisation est rendue possible grâce à la labellisation ISR, qui garantit la mise en place

---

[1] « *En France, la part de capital à détenir pour pouvoir déposer une résolution reste trop souvent rédhibitoire pour permettre à des actionnaires, qu'ils soient importants, institutionnels, minoritaires ou individuels, de partager une information ou encore de donner l'alerte concernant un enjeu. Rendre cette "démocratisation" de l'engagement actionnarial accessible à de petits investisseurs, pourrait changer son importance et sa portée en France* » (P. CRIFO, N. MOTTIS et B. MZALI, « L'investissement socialement responsable. Succès ou dilution ? », *Revue française de gestion*, vol. 300, n°7, 2021, p. 51).

[2] ESMA, *Report. Undue short-term pressure on corporations*, ESMA30-22-762, 2019, n°202, p. 70. L'AMF semble également s'engager dans cette voie : « *l'AMF initiera une démarche auprès de l'ESMA afin de demander que soient définis, sur le modèle de la liste blanche publiée en matière d'action de concert, les comportements activistes qui ne sont pas en eux-mêmes susceptibles d'être présumés comme caractérisant une action de concert* » (AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Communication sur l'activisme actionnarial*, 2020, p. 12).

[3] LE CLUB DES JURISTES, *Activisme actionnarial*, 2019, p. 38.

d'une méthodologie incluant les critères extra-financiers dans les choix de placement collectif. Néanmoins, il semblerait que l'intégration de ces critères soit plus modeste que ces fonds ne le prétendent. En effet, plusieurs études ont montré que « *dans de nombreux de cas, la mise en avant de critères ESG ne semble être qu'une façade utilisée à des fins commerciales* »[1]. Une étude est particulièrement significative de l'hypocrisie qui caractérise le modèle de certains fonds ISR, et de la RSE en général : en comparant des fonds états-uniens ISR et des fonds états-uniens conventionnels, elle suggère que les premiers favorisent les sociétés qui déclarent volontairement leurs émissions de CO_2[2], sans considération de leur niveau réel d'émissions. En d'autres termes, les fonds ISR étudiés privilégient l'investissement dans des entreprises qui font la démarche de déclarer publiquement leurs émissions de gaz à effet de serre au détriment de sociétés qui, sans faire une telle démarche, présentent une intensité carbone pourtant moindre[3], particulièrement en ce qui concerne les *scopes* 2 et 3[4]. Dans cette configuration, les fonds ISR privilégieraient davantage les entreprises qui jouent le jeu de la RSE et de la transparence, plutôt que celles dont l'impact environnemental est moindre[5]. Il apparaît que pour un certain nombre de fonds l'usage de l'étiquette « ISR » ne soit qu'une tentative d'attirer des clients sans garantie que les entreprises financées soient plus éthiques. Cela est par exemple le cas des investisseurs états-uniens signataires des *Principes pour l'Investissement Responsable* des Nations Unies : en dépit de l'avantage concurrentiel qu'elle procure, l'adhésion à ces principes n'est en pratique pas corrélée à une meilleure performance extra-financière du portefeuille d'investissement[6]. Il

---

[1] G. CAPELLE-BLANCARD, A. DESROZIERS, A. GAREL et A. PETIT-ROMEC, art. préc., p. 61.

[2] Les sociétés états-uniennes ne sont pas assujetties à la divulgation obligatoire de leurs émissions de gaz à effet de serre.

[3] L'étude est fondée sur l'intensité carbone, qui représente le rapport entre le total des émissions de CO_2 et le montant total des recettes.

[4] « *We find in* […] *that ESG funds are more likely to hold firms that voluntarily disclose emissions. However, we also observe that ESG funds do no better in selecting portfolio firms based on their actual emissions performance: we observe no difference in scope 1 emissions (whether based on raw emissions or emissions intensity) between ESG funds' and non-ESG funds' portfolio firms, and find that ESG funds select portfolio firms with higher levels of scope 2 and 3 emissions, i.e., firms with a greater indirect carbon footprint. Collectively, the results* […] *seem inconsistent with the stated goals of ESG funds* » (A. RAGHUNANDAN et S. RAJGOPAL « Do ESG funds make stakeholder-friendly investments ? », *Review of Accounting Studies*, 2022, n°27, p. 822).

[5] L'étude conclut, toujours au sujet des fonds ISR états-uniens, sur la période 2010-2018 : « *We find no evidence that ESG funds actually pick stocks with better "E" and "S" relative to non ESG funds by the same issuers. In fact, on average, ESG funds pick firms with worse employee treatment and environmental practices than non-ESG funds. Despite this track record, we find that ESG funds charge higher management fees and obtain lower stock returns relative to non-ESG funds run by the same asset managers in the same years* » (*ibid.*).

[6] S. KIM et A. YOON, « Analyzing Active Fund Managers' Commitment to ESG : Evidence from the United Nations Principles for Responsible Investment », *Management Science*, 2022.

convient néanmoins d'être prudent quant à la portée de ces études : les investisseurs états-uniens intègreraient moins bien les critères ESG que les investisseurs hors États-Unis, dans la mesure où les marchés financiers états-uniens seraient davantage perméables au *greenwashing* et où l'ISR est moins développé dans cet État[1].

695. **L'exemple du fonds souverain norvégien[2], une synthèse des manifestations de l'ISR. –** Il n'est pas besoin qu'un fonds soit étiqueté « ISR » pour qu'il contribue effectivement au renforcement de la prise en compte des enjeux ESG par les entreprises. Le fonds souverain norvégien, détenu par la Norvège et premier fonds souverain au monde en termes de capitalisation[3], utilise toute la palette des mesures décrites, faisant de lui un acteur phare de l'ISR au niveau mondial.

696. D'abord, le fonds met en œuvre un filtrage négatif strict, refusant systématiquement d'investir dans les industries d'armement et du tabac[4]. D'autres activités économiques ou comportements des dirigeants définis en amont par le fonds entraînent un placement de la société sous surveillance d'un Conseil d'éthique et de la Banque de Norvège, qui peuvent ultimement décider de l'exclusion de la société du portefeuille du fonds. C'est le cas notamment des groupes de sociétés dont plus de 30% des revenus proviennent de l'exploitation du charbon, des sociétés responsables d'atteintes aux droits humains ou ayant causé des dégâts environnementaux[5]. Le système est minutieusement appliqué par les deux institutions, qui utilisent la sanction réputationnelle en publiant en ligne la liste des entreprises exclues de leur portefeuille ou sous observation, ainsi que les raisons de cette décision[6]. Par exemple, le groupe Safran, société française cotée au CAC 40, est exclu depuis 2006 du

---

[1] R. GIBSON, S. GLOSSNER, P. KRUEGER [et al.], « Do Responsible Investors Invest Responsibly? », *Swiss Finance Institute Research Paper*, 2021, n°20-13, p. 1.
[2] Initialement *Statens petroleumsfond* (*Government Petroleum Fund* soit Fonds gouvernemental pour le pétrole), le fonds a été renommé *Statens pensjonsfond Utland* (*Government Pension Fund-Global* soit Fonds de pension d'État-étranger).
[3] Fin 2016, il contrôlait 1,3% de la capitalisation mondiale, investissant dans 9 000 sociétés (LE MONDE et AFP, « Le fonds souverain de la Norvège, plus gros du monde, a gagné 50 milliards d'euros en 2016 », 28 fév. 2017, [https://www.lemonde.fr/economie-mondiale/article/2017/02/28/norvege-le-plus-gros-fonds-souverain-du-monde-a-gagne-50-milliards-d-euros-en-2016_5086910_1656941.html]).
[4] GOVERNMENT PENSION FUND GLOBAL, *Guidelines for Observation and Exclusion of companies*, 2022, §3, 1).
[5] *Id.*, §3, 2) et §4.
[6] NORGES BANK, « Observation and exclusion of companies », 7 sept. 2022, [https://www.nbim.no/en/the-fund/responsible-investment/exclusion-of-companies/].

portefeuille du fonds souverain en raison de son implication dans la fabrication d'armes nucléaires.

697. Ensuite, le fonds opère en parallèle un filtrage positif en promouvant les critères ESG dans ses choix d'investissement et en inscrivant ses décisions dans une logique de long terme[1].

698. Enfin, le fonds tente de peser sur les choix de gestion des sociétés investies en exerçant ses droits d'actionnaire, inscrivant son action dans une dynamique d'engagement actionnarial[2]. La politique ISR de ce fonds souverain est encouragée par les pouvoirs norvégiens : le Parlement ayant fixé un objectif de zéro émission nette à horizon 2050, le fonds a annoncé aux 9 000 entreprises de son portefeuille qu'il exigerait d'elles un plan de transition climatique pour parvenir à cet objectif[3].

699. En somme, l'ISR n'est pas associé à des manifestations claires et intangibles : c'est un « *patchwork* » qui renvoie autant aux fonds ISR spécialisés qu'à la promotion par les investisseurs traditionnels des critères ESG[4]. En plein essor, l'ISR a été encouragé par les pouvoirs publics par le biais de l'instauration de dispositifs d'information à l'égard de l'investisseur socialement responsable.

---

[1] « *As a long-term global investor, it is in the interest of the GPFG that the goals under the Paris Agreement are attained and that the transition to a zero-emission economy takes place in an orderly manner. An effective and predictable climate policy and a gradual decarbonisation of the economic system would reduce the risk of financial instability and abrupt changes in the value of the Fund's investments. As owner, the GPFG has a financial interest in companies managing the transition to a zero-emissions economy and adequately reporting thereon. Improved climate-related corporate reporting would strengthen the ability of financial markets to price climate risk. This may contribute to an orderly transition to global net zero emissions and thereby to a gradual reduction in financial market risk associated with that transition* » (GOVERNMENT PENSION FUND GLOBAL, *Meld. St. 9. Report to the Storting (2021-2022)*, 2022, p. 7).

[2] POLITIQUE INTERNATIONALE, « Norvège : exemple d'un fonds souverain éthique. Entretien avec Siv Jensen, Ministre norvégienne des Finances », 2019, [https://politiqueinternationale.com/revue/n162-investissement-responsable-lessor/dossier-special/norvege-exemple-dun-fonds-souverain-ethique].

[3] V. I. GACEMI, « Norvège : la neutralité carbone d'ici à 2050 pour le plus gros fonds souverain du monde », *Libération*, 20 sept. 2022.

[4] C. MALECKI, « L'ISR : une définition à géométrie variable », *BJB*, 2014, n°9, p. 420.

§2. Les dispositifs d'information de l'investisseur socialement responsable

700. Afin de s'engager dans une démarche d'investissement plus responsable, l'investisseur doit disposer d'informations sur les performances environnementales et sociales des entreprises qu'il souhaite financer. De même, afin d'encourager le déploiement de l'investissement socialement responsable, les investisseurs sont eux-mêmes soumis à un devoir de transparence. Ces obligations d'information extra-financière (A) sont complétées par un système de notation extra-financière qui vise à garantir la fiabilité de l'information recueillie (B).

A. Les obligations d'information extra-financière

701. **Le rôle de l'information dans le déploiement de l'ISR : des obligations d'information à double sens. –** Les devoirs de transparence extra-financière apparaissent essentiels afin d'apporter aux investisseurs l'information qui leur permettra d'orienter leurs investissements. Un auteur soulignait ainsi :

> « […] *même si l'on croit - ce qui n'est pas notre cas - au caractère rationnel et quasi mécanique des réactions des parties prenantes, ces réactions ne peuvent être espérées dans une situation d'asymétrie d'information aussi marquée ; dans la plupart des hypothèses, l'investisseur (par exemple) est tenu de faire confiance à l'émetteur car il n'est pas en mesure de vérifier la pertinence des informations qui lui sont transmises. Nous sommes typiquement dans l'une de ces hypothèses où l'effectivité du droit (ici du droit à l'information de l'investisseur) implique un "soutien" de la loi et/ou du règlement* »[1].

L'ISR revêt donc un potentiel de régulation du comportement des entreprises : les investisseurs, informés des performances environnementales et sociales des entreprises grâce aux obligations d'information qui leur sont faites, pourront orienter leurs décisions d'investissements, encourageant par là-même les entreprises à intégrer ces problématiques

[1] G. J. MARTIN, « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Rev. Sociétés*, 2011, p. 75.

dans leur gestion[1]. Toutefois, les investisseurs restent des entreprises dont l'activité est motivée par des considérations financières. L'investissement socialement responsable nécessite lui aussi d'être encouragé par le déploiement d'obligations d'information à destination des investisseurs eux-mêmes[2]. Les dispositifs d'information environnementale et sociale mis en place par les pouvoirs publics s'adressent donc soit aux entreprises en général, parmi lesquelles figurent les investisseurs, soit à ces derniers en particulier.

702. **L'obligation d'information de l'investisseur sur sa politique d'investissement. –** Au niveau national, la loi dite « Grenelle I » de 2009 prévoit que « *l'investissement socialement et écologiquement responsable sera encouragé par des mécanismes incitatifs et des campagnes d'information* »[3]. L'année suivante, la loi « Grenelle II » a alors créé pour les sociétés d'investissement une obligation d'information quant à la « *prise en compte dans leur politique d'investissement des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance* »[4]. Figurant aujourd'hui à l'article L. 533-22-1 du Code Monétaire et Financier[5], le contenu de cette obligation a été précisé. Plusieurs informations doivent être fournies par les sociétés d'investissement : « *une information sur les risques associés au changement climatique ainsi que sur les risques liés à la biodiversité* » ainsi qu'un « *document retraçant leur politique sur la prise en compte dans leur stratégie d'investissement des critères environnementaux, sociaux et de qualité de gouvernance et des moyens mis en œuvre pour contribuer à la transition énergétique et écologique ainsi qu'une stratégie de mise en œuvre de cette politique* ». Si l'entité est par

---

[1] « […] *agir sur les acteurs de la finance pour promouvoir la protection de l'environnement implique de recourir à des instruments qui soient raisonnablement adaptés aux coutumes et à la structure des marchés financiers. Or, l'information et les systèmes comptables permettent une communication entre les marchés et l'entreprise* » (P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement : recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, 2013, n°444, p. 437)

[2] Il pourrait être envisagé d'aller plus loin en faisant évoluer cette simple incitation reposant sur le *reporting* vers une obligation : « *il conviendrait d'étendre aux actionnaires l'obligation de respecter l'intérêt social en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de l'activité sociale* » (I. PARACHKEVOVA-RACINE, « La société face aux réalités de l'entreprise responsable : quel avenir pour la transition écologique ? », *in* A.-S. EPSTEIN et M. NIOCHE, *Le droit économique, levier de la transition écologique ?*, Bruylant, 2022, n°23, p. 106). Sur la prise en considération de ces enjeux incombant aux dirigeants, v. *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

[3] *L. n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement*, art. 53.

[4] C. Mon. Fi., anc. art. L. 214-12, modifié par *L. n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement*, art. 224.

[5] Cet article intéresse les sociétés de gestion de portefeuille. La disposition est applicable à toutes les « *entreprises d'investissement* », *via* un renvoi opéré à l'article L. 533-22-4 du Code Monétaire et Financier ainsi qu'aux établissements de crédit, *via* un renvoi opéré à l'article L. 511-4-3 du même Code.

ailleurs soumise à la déclaration de performance extra-financière, lesdites informations devront être contenues dans celle-ci[1].

703. Un décret précise le contenu de ces informations. Si les informations exigées ont une portée moins générale que celles de la déclaration de performance extra-financière, puisqu'elles intéressent uniquement les enjeux environnementaux, elles sont bien plus précises et complètes que celle-ci. Parmi de nombreuses informations, l'article D. 533-16-1 du Code Monétaire et Financier indique par exemple que les sociétés doivent décrire leur stratégie d'alignement avec les objectifs fixés par l'Accord de Paris, leur politique de vote en particulier s'agissant d'éventuelles résolutions sur les enjeux ESG, la part des encours détenus dans des entreprises exploitant des combustibles fossiles selon la taxonomie verte européenne[2], etc.

704. Enfin, les sociétés de gestion de portefeuille doivent présenter les résultats annuels de l'« *objectif de représentation équilibrée des femmes et des hommes parmi les équipes, organes et responsables chargés de prendre des décisions d'investissement* » qu'elle a défini[3]. La logique de matérialité propre à l'information extra-financière subsiste : l'article L. 533-22-1 du Code Monétaire et Financier précise que « *si les entités choisissent de ne pas publier certaines informations, elles en justifient les raisons* ». En obligeant les entreprises d'investissement à délivrer ce type d'information, l'objectif du législateur est d'« *encourager l'investissement socialement responsable et le développement de critères complémentaires aux critères financiers qu'il ne s'agit pas de répudier ou de concurrencer mais, bien davantage, de mettre en perspective* »[4].

705. **Les réformes européennes en matière d'ISR. –** Désormais, ce sont les institutions de l'Union européenne qui prennent le relai de la promotion de l'ISR[5]. En 2018, la

---

[1] C. Mon. Fi., art. L. 533-22-1, III.
[2] Sur cette taxonomie, v. *infra.*
[3] C. Mon. Fi., art. L. 533-22-2-4.
[4] F.-G. TREBULLE, « Le développement de la prise en compte des préoccupations environnementales sociales et de gouvernance », *Dr. Sociétés,* 2009, n°18, p. 7.
[5] Le Conseil de l'Europe n'est pas non plus resté étranger à ces questions : l'engagement actionnarial a été protégé par la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui veille à ce que les États n'entravent pas la liberté d'expression des actionnaires qui critiqueraient publiquement la gestion de la société. V. par exemple CEDH, 30 juin 2020, *Petro Carbo Chem S.E. c. Roumanie*, n°21768/12 : *Rev. sociétés* 2021, 39, note G. PARLEANI ; *Légipresse*, 2020, 406 et les obs. ; *Ibid*., 515, étude C. BIGOT ; *RTD com*., 2020, 867, obs. A. LECOURT ; *JCP E*,

Commission européenne présente son *Plan d'action pour la finance durable*[1]. La Commission européenne poursuit dans cette lancée en faisant de la finance durable l'un des axes de son *Pacte Vert* : afin d'atteindre la neutralité carbone en 2050, l'Union européenne s'engage notamment à « *promouvoir la finance et l'investissement verts et assurer une transition juste* »[2]. Cette politique a été fructueuse, donnant lieu à l'adoption de plusieurs textes modifiant de façon structurelle les conditions d'investissement dans l'Union européenne[3].

706. **Le règlement « Disclosure ». –** D'abord, le règlement sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers (SFDR), dit règlement « Disclosure », a été adopté en 2019, prévoyant une obligation de transparence des acteurs des marchés financiers et conseillers financiers notamment quant à « *l'intégration des risques en matière de durabilité dans leur processus de prise de décision en matière d'investissement* »[4] et aux « *principales incidences négatives des décisions d'investissement sur les facteurs de durabilité* »[5]. En astreignant les investisseurs institutionnels à publier ce type d'information, cette règlementation tente de les inciter à prendre effectivement en compte les « *facteurs de durabilité* » que sont « *les questions environnementales, sociales et de personnel, le respect des droits de l'homme et la lutte contre la corruption et les actes de corruption* »[6]. Le règlement prévoit également de favoriser l'ISR des investisseurs particuliers : pour reprendre les termes du règlement, la transparence n'est pas seulement de mise « *au niveau des entités* », elle l'est également « *au niveau des produits financiers* »[7]. Lorsqu'elles agissent à titre de mandataires, les entreprises financières devront en effet fournir

---

2021, 1014, n°4, obs. L. ATHLAN, condamnant l'État roumain pour avoir condamné un actionnaire à réparation à la suite de ses propos publics critiquant la gestion du dirigeant de la société. Dans cet arrêt, la Cour note que « *les grandes entreprises s'exposent inévitablement et sciemment à un examen attentif de leurs actes et, de même que pour les hommes et les femmes d'affaires qui les dirigent, les limites de la critique admissible sont plus larges à leur égard qu'à l'égard d'un simple particulier* » (cons. n°41).

[1] COMMISSION EUROPEENNE, « Finance durable : plan d'action de la Commission pour une économie plus verte et plus propre », 8 mars 2018, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_1404].

[2] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2019) 640 final*, 11 déc. 2019, « Le pacte vert pour l'Europe », pt. 2.2.1.

[3] La prolifération des récents textes en matière d'ISR, signe de « *l'envol de la finance durable* », crée « *une impression de désordre* » à laquelle il serait opportun que les pouvoirs publics remédient (M. ROUSSILLE, « Le cadre juridique de la finance durable se dessine », *BJB*, 2021, n°2, p. 40).

[4] *Règl. (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers*, art. 3. Sur ce règlement, v. V. MERCIER, « La transparence renforcée des acteurs des marchés financiers en matière de durabilité », *BJB*, 2021, n°2, p. 53.

[5] *Id*., art. 4.

[6] *Id*., art. 2, 24).

[7] V. *Id*, art. 4 et 7.

à leurs clients des informations relatives aux facteurs de durabilité. Le règlement met en place une obligation d'information précontractuelle notamment sur « *la manière dont les risques en matière de durabilité sont intégrés dans leurs décisions d'investissement* »[1]. Le règlement définit également deux catégories de produits financiers pour lesquels les informations à fournir seront plus ou moins renforcées : les produits qui promeuvent des caractéristiques environnementales et/ou sociales[2] et ceux qui poursuivent un objectif d'investissement durable matérialisé par un indice[3].

707. **Le règlement « Taxonomie ». –** Ensuite, le règlement dit « Taxonomie » de 2020[4], en ce qu'il institue un système de classification des activités et des produits, permettra d'offrir une information uniformisée aux différents investisseurs européens[5]. L'objectif est ainsi d'orienter les investissements vers les produits et activités les plus durables. Les acteurs financiers devront notamment publier un ratio d'actifs verts (*Green Asset Ration* ou GAR) qui retranscrit « *la part des expositions liées à des activités alignées sur la taxinomie dans le total des actifs de ces établissements de crédit* »[6].

708. **Les règlements « Benchmark ». –** Enfin, la même année, un règlement délégué au règlement dit « Benchmark » encadre les deux indices de référence bas carbone européens que sont l'« *EU Climate Transition Benchmark* » (indice « transition climatique ») et l'« *EU*

---

[1] *Id*., art. 6. Les informations précontractuelles doivent également comprendre, et de façon non exhaustive, « *une explication claire et motivée indiquant si un produit financier prend en compte les principales incidences négatives sur les facteurs de durabilité* » ou, le cas échéant, « *une déclaration indiquant que l'acteur des marchés financiers ne prend pas en compte les incidences négatives des décisions d'investissement sur les facteurs de durabilité ainsi qu'une explication des raisons pour lesquelles il ne le fait pas* » (art. 7).

[2] *Id.*, art. 8. Dans ce cas, la société doit fournir des informations sur la manière dont les caractéristiques environnementales ou sociales promues par un produit financier sont respectées.

[3] *Id.*, art. 9. Dans ce cas, la société doit fournir des informations sur l'éventuel indice d'investissement durable accolé au produit financier.

[4] *Règl. (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088*.

[5] L'objectif est de créer « *un langage commun pour la finance durable* […] *afin de définir ce qui est durable et d'identifier les domaines dans lesquels les investissements durables peuvent avoir la plus forte incidence* » (COMMISSION EUROPEENNE, « Finance durable : plan d'action de la Commission pour une économie plus verte et plus propre », 8 mars 2018, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_1404]).

[6] *Règl. délégué (UE) 2021/2178 de la Commission du 6 juillet 2021 complétant le règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil par des précisions concernant le contenu et la présentation des informations que doivent publier les entreprises soumises à l'article 19 bis ou à l'article 29 bis de la directive 2013/34/UE sur leurs activités économiques durables sur le plan environnemental, ainsi que la méthode à suivre pour se conformer à cette obligation d'information*, pt. 5. Pour le détail du calcul, v. art. 7.

Paris-aligned Benchmark » (indice « *Accord de Paris* »)[1]. Ces deux indices visent à orienter les décisions des investisseurs vers des investissements bas carbone.

709. **L'affaiblissement des ambitions européennes. –** Les textes ne sont parfois pas toujours à la hauteur des ambitions affichées. Les suites du règlement sur la taxonomie européenne cristallisent ce décalage. En effet, les deux années qui ont suivi son adoption ont été l'occasion de discussions mouvementées quant aux activités et produits classifiés. Le groupe d'expert chargé par la Commission de la classification (le *Technical Experts Group*) a dévoilé ses recommandations en 2020, qui excluaient le gaz fossile et le nucléaire de la taxonomie verte. Finalement, en 2022, un acte délégué complémentaire sur la taxonomie européenne inclut ces deux sources d'énergie dans la taxonomie verte, en ce qu'elles faciliteraient la transition énergétique[2], en dépit pourtant des recommandations du GIEC s'agissant du gaz fossile[3]. Plusieurs recours contre cet acte délégué, portés par les gouvernements luxembourgeois et autrichien ainsi que par des ONG de défense de l'environnement, ont été formés pour violation du règlement « Taxonomie » et de l'*Accord de Paris*. Plus largement, les textes européens accentuent la dimension environnementale de l'ISR, au détriment des aspects sociaux et relatifs aux droits humains qui devraient pourtant faire l'objet d'une attention accrue.

---

[1] *Règl. délégué (UE) 2020/1818 de la Commission du 17 juillet 2020 complétant le règlement (UE) 2016/1011 du Parlement européen et du Conseil par des normes minimales pour les indices de référence « transition climatique » de l'Union et les indices de référence « accord de Paris » de l'Union.*

[2] *Règl. délégué (UE) 2022/1214 de la Commission du 9 mars 2022 modifiant le règlement délégué (UE) 2021/2139 en ce qui concerne les activités économiques exercées dans certains secteurs de l'énergie et le règlement délégué (UE) 2021/2178 en ce qui concerne les informations à publier spécifiquement pour ces activités économiques.* Le règlement prévoit des garanties : pour être considérées comme « durables », les centrales fonctionnant au gaz devront émettre moins de 100g de CO2/kWh ou moins de 270 g de CO2/kWh pour celles construites avant 2030. Les nouvelles centrales nucléaires devront être assorties de garanties relatives à la sécurité et à la gestion des déchets.

[3] Dans son dernier rapport, le GIEC rappelle : « *Pathways likely limiting warming to 2°C or 1.5°C involve substantial reductions in fossil fuel consumption* » (IPCC, *Technical Summary. Working group III contribution to the IPCC sixth assessment report (AR6)*, 2021, p. 46) ; « *If investments in coal and other fossil infrastructure continue, energy systems will be locked-in to higher emissions, making it harder to limit warming to 2°C or 1.5°C. Many aspects of the energy system – physical infrastructure; institutions, laws, and regulations; and behaviour are resistant to change or take many years to change* » (id., p. 53). L'impact climatique de l'énergie nucléaire est bien moindre, comme le rappelle le GIEC, qui promeut son déploiement au même titre que d'autres énergies renouvelables (*id.*, p. 46 et p. 56). L'inclusion du nucléaire dans la taxonomie reste contestée par certaines ONG en raison du risque d'accident nucléaire, de la question de la gestion des déchets radioactifs et de sa potentielle utilisation en tant qu'arme géopolitique (v. RECLAIM FINANCE, « 92 civil society organizations call on financial institutions to avoid taxonomy-aligned greenwashing », 10 mars 2022, [https://reclaimfinance.org/site/en/2022/03/10/92-civil-society-organizations-call-financial-institutions-avoid-taxonomy-greenwashing/]).

710. Les diverses obligations d'information sont complétées par la pratique de la notation extra-financière.

B. La notation extra-financière

711. **L'enjeu de la fiabilité des informations. –** En dépit des bonnes volontés des pouvoirs publics, l'information, en ce qu'elle émane des entreprises elles-mêmes, souffre d'un déficit de légitimité auprès des investisseurs. En effet, diverses études ont montré que les investisseurs s'appuyaient davantage sur les informations fournies par les tiers que par les entreprises[1]. De plus, une étude a montré que les investisseurs prennent davantage en compte les informations négatives, diffusées dans la presse, plutôt que celles qui sont positives, contenues dans les documents RSE – soit parce qu'ils ne les lisent pas, soit parce qu'ils redoutent qu'il ne s'agisse que de *greenwashing* ou *socialwashing*[2]. Certes, l'étude en question est vieille (plus de 20 ans) et même si la fiabilité de l'information environnementale et sociale publiée par les sociétés demeure insuffisante, des efforts ont depuis été faits pour la renforcer[3]. Il n'en demeure pas moins que cette étude exprime le besoin des investisseurs d'une information fiable pour pouvoir effectuer leurs arbitrages. Le phénomène de la notation extra-financière a tenté d'apporter une réponse à ce besoin de crédibilité de l'information publiée par les sociétés.

712. **Le rôle de la notation extra-financière. –** Construite sur le modèle de la notation financière[4], la notation extra-financière est née du besoin des investisseurs d'obtenir des

---

[1] V. N. CUZACQ, « L'audit des informations extra-financières, la promesse de l'aube », K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?*, Pedone, 2016, p. 180 et s. ; J. IGALENS, « La reddition de comptes en mat de RSE », *Journal des sociétés*, 2009, n°69, p. 37.

[2] « *In the case of the negative environmental information,* […] *the dominant behaviour was one of avoidance on the grounds of increased exposure to environmental liabilities and future expenditures. In the case of the positive environmental disclosures, however, the dominant behaviour is not to react to the disclosures of leading environmental management initiatives. Two main explanations seem possible for the absence of a positive reaction: either most of the respondents simply didn't read the narrative disclosures, or they did and discounted the information as unimportant* » (C. CHAN et M. MILNE, « Investor reactions to corporate environmental saints and sinners : an experimental analysis », *Accounting and business research*, 1999, vol. 29, n°4, p. 275).

[3] V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

[4] Le phénomène d'évaluation extra-financière imprègne les mécanismes de notation financière. Par exemple, la cotation de la Banque de France visant à évaluer la capacité d'une société à honorer ses engagements financiers à un horizon d'un à trois ans intègre depuis quelques années des critères RSE « *Cette dimension qualitative prend en compte des critères de Responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE), qui influencent ses performances dans la durée. Les trois dimensions de la RSE sont appréhendées : - la dimension sociale : organisation et conditions*

informations fiables quant à la performance extra-financière des entreprises qu'ils envisagent de financer. A l'aide d'une évaluation de leur performance, la notation permet donc d'effectuer des comparaisons entre les entreprises afin de composer son portefeuille en connaissance de cause. Les tenants de la notation extra-financière partent du principe que la RSE est mesurable – position qui nous semble contestable. En effet, la RSE intéresse des domaines très éloignés, allant de la quantité d'émissions de gaz à effet de serre à la qualité du dialogue avec les parties prenantes. Ainsi, la notation extra-financière consiste à synthétiser les actions accomplies par l'entreprise dans ces domaines, au risque de cacher ses mauvais résultats dans certains domaines. Par exemple, une entreprise peut avoir un impact modéré sur l'environnement tout en contribuant au mal-être au travail de ses salariés[1]. De plus, certains aspects de la RSE se prêtent davantage à la mesure que d'autres : s'il peut être facile de quantifier la consommation énergétique d'une usine, il est plus difficile de mesurer la qualité du dialogue avec les parties prenantes ou celle du climat créé par l'entreprise à l'égard de ses employés. Les agences de notation extra-financière font le pari de mesurer la RSE en établissant une grille pondérée des critères ESG, sur le modèle de la notation financière. Or, cette dernière se prête davantage à la mesure et à la comparaison : si elles peuvent prendre en compte des critères différents, toutes les agences de notation financière prennent majoritairement en considération le risque de défaut de l'émetteur, c'est-à-dire le risque qu'il soit insolvable.

713. **Le déficit de légitimité de la notation extra-financière. –** Une récente affaire a fait ressurgir dans le débat public la problématique de la légitimité de la notation extra-financière qui est attribuée aux sociétés. Au début de l'année 2022, un journaliste révèle les maltraitances ayant lieu au sein des établissements d'hébergement pour personnes âgées

---

de travail, formation, participation des salariés ; - la dimension environnementale : réduction des nuisances, gestion économe des ressources, réduction et recyclage des déchets ; - la dimension sociétale : engagement pour le bien-être commun à travers les relations commerciales (choix des clients et des fournisseurs, respect des délais de paiement) et l'implication au sein de la société (collaboration avec des associations) » (BANQUE DE FRANCE, *La cotation : guide de référence*, 2022, p. 5). La cotation est calculée pour chaque société française dont le chiffre d'affaires est supérieur à 750 000€, soit 270 000 entreprises. Néanmoins, les critères relatifs à la RSE sont évalués à l'aide d'un questionnaire qui n'est pas soumis à toutes ces entreprises mais seulement à quelques milliers d'entre elles (v. PLATEFORME RSE, *RSE et performance globale : mesures et évaluations. État des lieux des pratiques*, 2019, p. 19).

[1] Une étude suggère ainsi que de bonnes performances dans un domaine sont souvent corrélées à de mauvaises performances dans un autre domaine (M. KOTCHEN et J. J. MOON, « Corporate Social Responsibility for Irresponsibility », *The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy*, vol. 12, n°1, 2012).

dépendantes (EHPAD) du groupe ORPEA[1]. Or, les agences de notation extra-financière avaient jusqu'alors accordé une très bonne note à la société[2]. Une partie du capital du groupe était détenue par des fonds ISR. Par effet miroir, cette affaire a donc mis au jour les limites – voire l'impuissance – des agences de notation extra-financière, dont les évaluations sont fondées sur les informations contenues dans la déclaration de performance extra-financière et sur des questionnaires auxquels les entreprises répondent[3]. La difficulté tient en ce que les entreprises contrôlent les informations sur le fondement desquelles une note leur est attribuée. Bien sûr, les agences de notation extra-financière ont, à la suite du scandale, noté négativement le groupe, mais cela « *montre une fois de plus que la dégradation des notes intervient* a posteriori *alors que l'analyse extra-financière est censée détecter les problèmes éventuels en amont* »[4]. Quelques mois plus tard, l'Autorité Européenne des Marchés Financiers et la Commission européenne ont lancé des consultations sur les agences de notation extra-financière afin de recueillir l'avis des parties prenantes concernées, qui souhaitent très majoritairement une réglementation de ces agences et du système de notation. Les revendications de réforme s'articulent autour de trois axes.

714. **Une normalisation souhaitable de la notation extra-financière. –** D'une part, il apparaît nécessaire de normaliser la notation extra-financière[5]. Contrairement à l'information environnementale et sociale, la notation extra-financière n'est pas standardisée. Chaque agence dispose donc de sa propre méthodologie pour calculer la note éventuellement en s'appuyant sur des référentiels RSE comme la *Global Reporting Initiative* ou l'ISO 26000. Pour autant, l'on observe en pratique une grande disparité entre les notes attribuées par des

---

[1] V. CASTANET, *Les fossoyeurs : Révélations sur le système qui maltraite nos aînés*, Fayard, 2022.
[2] V. ORPEA, *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 12 mai 2021, p. 153.
[3] V. L. BOISSEAU, « Après l'affaire Orpea, quelle crédibilité pour les notations extra-financières ? », *Les Echos*, 2 fév. 2022. Certaines agences prennent contact avec les entreprises afin de demander des renseignements complémentaires.
[4] *Ibid*.
[5] Dans sa réponse à la consultation de la Commission européenne, l'AMF modère cette revendication : « *à ce stade de développement du marché où l'analyse de la performance extra-financière reste protéiforme et évolutive, cet encadrement règlementaire ne doit pas conduire à une standardisation des méthodologies, mais doit garantir une transparence suffisante des acteurs vis-à-vis du marché* » (AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, « L'AMF renouvelle son appel à la mise en place d'une règlementation des fournisseurs de données, notations et services ESG », 2 juin 2022, [https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/lamf-renouvelle-son-appel-la-mise-en-place-dune-reglementation-des-fournisseurs-de-donnees-notations]).

agences différentes à une même entreprise[1]. Ainsi, il serait opportun de normaliser la notation extra-financière, de la même manière que l'information extra-financière elle-même, qui est désormais standardisée. Il n'est pas certain que les agences soient favorables à cette normalisation de leur activité dans la mesure où elles pourraient moins se démarquer de leurs concurrents et pourraient ainsi perdre leur avantage comparatif. Néanmoins, une telle réforme se traduirait peut-être par un regain d'intérêt pour la notation extra-financière, qui gagnerait en pertinence et en légitimité. Sans pour autant constituer une normalisation de la notation extra-financière, le règlement européen « Taxonomie » pourrait contribuer à aligner l'évaluation des entreprises en permettant d'adopter une mesure commune de certaines activités[2]. Cette normalisation passera certainement par une pondération des critères ESG, ce qui induira des choix politiques[3].

715. **Le renforcement des diligences effectuées. –** D'autre part, afin de renforcer la crédibilité de la note attribuée, certains plaident pour un renforcement des diligences effectuées par les agences de notation. A cet effet, l'attribution de moyens plus importants apparaît nécessaire : actuellement, « *avec une vingtaine d'analystes, l'une de ces agences indique noter près de 3.000 sociétés, là où un analyste financier chez un* broker *n'émet en général qu'une quinzaine de recommandations* »[4]. La mise en œuvre d'audits permettrait de vérifier sur le terrain les informations diffusées par les entreprises – au risque de concurrencer néanmoins la vérification par l'organisme tiers indépendant[5].

716. **Le renforcement nécessaire des garanties apportées par les agences de notation extra-financière. –** Au regard de l'influence dont disposent les agences de notation sur les choix des investisseurs, les entreprises évaluées réclament régulièrement un renforcement des

---

[1] V. G. CAPELLE-BLANCARD, A. DESROZIERS, A. GAREL et A. PETIT-ROMEC, « L'investissement socialement responsable. Changement structurel et faux semblant », *Revue française de gestion*, vol. 300, n°7, 2021, p. 61. Par exemple, une étude menée sur les agences de notation par le MIT a montré un indice de corrélation entre les cinq principales agences de notation extra-financière de seulement 0,61, alors que l'indice de corrélation entre les agences de notation financière est de 0,99 (F. BERG, J. KÖLBEL et R. RIGOBON, « Aggregate Confusion: The Divergence of ESG Ratings », *Review of Finance*, 2022, vol. 26, issue 6, p. 1315).

[2] *Règl. (UE) 2020/852* préc.

[3] Le Président de l'Autorité des Marchés Financiers préconise même de prioriser certains enjeux ESG : « *J'ai aussi le sentiment que l'ESG englobe sans doute trop de sujets. A un moment, il faudra en mettre un en avant, et je pense que le climat doit être l'objectif prioritaire* » (R. LE BAILLY, « Néo-brokers, notation extra-financière, affaire Orpea… le président de l'AMF fait le point sur ces sujets d'actualité : Interview de Robert Ophèle », *Investir – Le Journal des finances*, n°2510, 12 fév. 2022).

[4] L. BOISSEAU, art. préc.

[5] Sur laquelle v. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

garanties entourant le processus de notation[1]. L'indépendance de l'agence est la garantie la plus fondamentale puisque l'existence d'un conflit d'intérêts compromettrait la véracité et la pertinence de la note apportée[2]. De plus, un besoin de transparence est exprimé par les entreprises quant à la méthodologie apportée, auquel certaines agences refusent de répondre « *afin de préserver la spécificité de leur modèle* »[3]. Afin de renforcer la fiabilité et la pertinence de la notation, la Plateforme RSE a recommandé la constitution au sein de chaque agence d'un comité de parties prenantes afin qu'il contribue à l'évaluation de l'entreprise ainsi que l'adoption d'un code de conduite[4].

[1] V. MEDEF et AFEP, *Initiative sur les relations entre entreprises et organismes de notation extra-financière. Synthèse des résultats et recommandations*, 2019.
[2] *Id*., p. 10.
[3] *Ibid*.
[4] PLATEFORME RSE, *RSE et performance globale : mesures et évaluations. État des lieux des pratiques*, 2019, p. 86.

Conclusion du chapitre 2

717. La régulation des impacts environnementaux et sociaux des entreprises passe en partie par une récompense, qui est celle d'un avantage concurrentiel. En effet, la perspective d'une préférence sur les marchés sur lesquels les entreprises opèrent ou sur lesquels elles se financent peut les pousser à adopter un comportement plus responsable. Cet avantage concurrentiel est activé à l'égard de deux types d'acteurs.

718. D'une part, les consommateurs, désireux d'obtenir des produits ou services plus durables, vont inciter les entreprises à prendre en compte les impacts environnementaux et sociaux de leur activité. C'est l'expression d'un mouvement de consommation socialement responsable qui, en plein essor, est soutenu par les pouvoirs publics de deux manières. En élaborant des dispositifs d'information du consommateur, le législateur pose les conditions nécessaires au déploiement d'une consommation socialement responsable. Les pouvoirs publics peuvent en outre remplir un rôle plus direct par le biais de la commande publique responsable, un dérivé de la consommation socialement responsable.

719. D'autre part, les financeurs de l'entreprise – eux-mêmes poussés à intégrer les enjeux ESG – vont, par leurs décisions d'investissement, inciter les entreprises à prendre en compte ces enjeux. Ces pratiques sont regroupées sous la bannière de l'investissement socialement responsable, qui présente la même trajectoire de développement que la consommation socialement responsable. En plein essor, l'investissement socialement responsable est lui aussi soutenu par des dispositifs d'information édictés au niveau de l'Union européenne et complétés par la pratique de la notation extra-financière.

Conclusion du Titre 1

720. En matière de RSE, le passage du discours aux actes, que porte la fonction de régulation du devoir de transparence, est largement soutenu par les rétributions de marché.

721. Les entreprises sont poussées à prendre en compte les enjeux environnementaux et sociaux de leur activité par l'effet d'une peine, matérialisée par l'application d'une sanction réputationnelle. Les entreprises cherchent à maîtriser le risque réputationnel, qui s'exprime de manière diffuse mais est de plus en plus institutionnalisé. C'est par le processus de gestion de ce risque qu'un effet régulateur est constaté. La maîtrise du risque réputationnel implique en effet des entreprises qu'elles diminuent leurs impacts environnementaux et sociaux.

722. Néanmoins, la RSE ne représente pas seulement une contrainte pour l'entreprise. Si celle-ci peut subir une telle sanction en cas de non-respect de la norme sociale de comportement adossée à la RSE, elle peut toutefois revêtir un rôle plus actif. L'entreprise peut retirer de l'adoption d'un comportement socialement responsable un avantage concurrentiel. Ainsi, la régulation des impacts environnementaux et sociaux est également soutenue par l'application d'une récompense, matérialisée par une préférence sur les marchés par rapport à ses concurrents. Les mouvements de la consommation et de l'investissement socialement responsables, qui, en plein essor, sont de plus en plus promus par le droit, interviennent au soutien de cette rétribution positive et invitent les entreprises à prendre effectivement en compte les impacts de leur activité.

723. Les rétributions de marché ne sont pas les seuls facteurs de régulation du comportement des entreprises en matière environnementale et sociale. Les mutations qui traversent leur rôle dans la société civile les invitent à prendre à compte les impacts de leur activité.

TITRE 2 : LES MUTATIONS DU RÔLE DE L'ENTREPRISE AU SOUTIEN DE LA RÉGULATION

725. **Le rôle de l'entreprise en matière environnementale et sociale. –** La régulation du comportement des entreprises en matière environnementale et sociale est soutenue par les mutations qui tiennent à leur rôle dans la société civile[1]. En effet, l'émergence de la RSE contribue au déplacement du rôle de l'entreprise, qui tend à ne plus représenter un simple agent économique[2] mais un « *acteur économique et social* » qui « *s'engage* […] *dans la santé publique, l'éducation, la sécurité sociale et la protection des droits de l'homme* […] *dans la lutte contre le réchauffement climatique et l'aide aux populations touchées par des catastrophes ou par des pandémies* »[3]. La place de l'entreprise dans la société est ainsi renouvelée par l'engagement auquel elle prend part en matière environnementale et sociale. Le constat d'un tel engagement, combiné à la finalité lucrative que poursuivent les entreprises, a alors amené des auteurs à les qualifier d'« *agents économiques socialement responsables* »[4].

726. **Le pouvoir de l'entreprise. –** Ce rôle important confère à l'entreprise un certain pouvoir. Dans un contexte de mondialisation, le pouvoir étatique est concurrencé par une diversité d'acteurs nouveaux, dont les entreprises. L'émergence de ces « *pouvoirs privés économiques* » implique une concurrence de l'État, puisqu'ils détiennent « *un pouvoir de décision unilatérale, analogue sur le plan "matériel" à celui de la puissance publique* »[5].

---

[1] La société civile est entendue comme « *l'ensemble des sphères sociales (groupes, institutions, mécanismes) qui se situent hors du champ d'action de l'État* » (V° « Société civile » *in* O. NAY, J. MICHEL et A. ROGER, *Dictionnaire de la pensée politique : idées, doctrines et philosophes,* Armand Colin, 2005, p. 195).

[2] L'agent économique désigne « *tout acteur appréhendé sous ses actes économiques (produire, consommer, épargner, investir, etc.). Il peut être aussi une personne physique qu'une entreprise ou une administration* » (V° « Agent économique », *in* A. SILEM, A. GENTIER et J.-M. ALBERTINI (dir.), *Lexique d'économie*, Dalloz, 15e éd., 2018, p. 19).

[3] I. DHAOUADI, « La conception politique de la responsabilité sociale de l'entreprise : Vers un nouveau rôle de l'entreprise dans une société globalisée », *Revue de l'organisation responsable*, vol. 3, n°2, 2008, p. 19.

[4] T. DONALDSON et T. W. DUNFEE, « Toward a unified conception of business ethics: Integrative social contracts theory », *Academy of management review*, 1994, vol. 19, n°2, p. 252.

[5] G. FARJAT, « Les pouvoirs privés économiques », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 613.

727. **La recherche d'une responsabilité. –** Du fait de la possession de ce nouveau pouvoir, l'entreprise est de plus en plus amenée à endosser une certaine responsabilité. L'entreprise va être sommée de répondre des impacts qu'elle crée. La RSE, initialement conçue hors du droit est donc progressivement transformée en une véritable responsabilité juridique. Le phénomène de juridicisation de la RSE prend de l'ampleur, sous l'action d'ONG de protection des droits humains et de l'environnement qui attendent du juge ce qu'elles ne parviennent à obtenir des pouvoirs publics. Le contentieux apparaît alors comme une modalité de régulation du comportement des entreprises en matière environnementale et sociale : « *dans les nouvelles luttes sociétales* […], *il y a sans doute beaucoup plus à attendre de l'action internationale des avocats et des juges que de longues et difficiles négociations interétatiques* »[1].

728. Ainsi, l'entreprise est mise à l'épreuve d'un pouvoir nouveau (chapitre 1) qui appelle une responsabilité nouvelle (chapitre 2).

[1] L. CADIET, « Conférence de synthèse », *in* B. MOORE [et al.], *L'avocat dans la cité : éthique et professionnalisme*, PUF, 2012, p. 248.

Chapitre 1 : L'entreprise à l'épreuve d'un pouvoir nouveau

729. **Le renforcement du pouvoir de l'entreprise. –** La RSE alimente l'émergence du pouvoir de l'entreprise dans la société, qui nourrit en retour le phénomène de la RSE[1]. En effet, depuis la fin du XXe siècle, les entreprises sont amenées à remplir « *un rôle historique à mesure que les rôles traditionnellement assurés par l'État sont menacés* »[2]. L'existence de ce pouvoir emporte un effet régulateur en ce qu'il favorise la prise en compte par les entreprises des enjeux sociaux et environnementaux.

730. **Le renouvellement des finalités de l'entreprise. –** Le renforcement de ce pouvoir est fondé sur un renouvellement des finalités de l'entreprise. La mise en œuvre de démarches RSE par l'entreprise ajouterait une visée éthique à leur finalité lucrative. Le droit a accompagné ces transformations notamment, dans le contexte français, par l'adoption de la loi dite « Pacte » en 2019, qui promeut un meilleur engagement des entreprises en matière sociale et environnementale. Le chapitre III de cette loi, intitulé « *Des entreprises plus justes* », contient une section 2 nommée « *Repenser la place des entreprises dans la société* » qui acte l'existence d'un rôle de l'entreprise projeté sur la société civile[3].

731. **La sphère d'influence de l'entreprise. –** Le pouvoir de l'entreprise se manifeste à l'égard de ses parties prenantes. En effet, ce nouveau rôle a non seulement favorisé une meilleure prise en compte des impacts environnementaux et sociaux au sein de l'entreprise, mais a également permis d'insuffler l'intégration de ces enjeux au-delà de l'entreprise, auprès de ses parties prenantes. En d'autres termes, le renforcement du pouvoir de l'entreprise lui confère la légitimité de déployer la RSE au sein de sa sphère d'influence, qui correspond à la « *portée/ampleur des relations politiques, contractuelles, économiques ou autres à travers*

---

[1] « *Devenue participant politique dans l'espace public, l'entreprise responsable concourt avec la puissance publique à la protection de l'environnement* » (P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement : recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, 2013, n°39, p. 52).
[2] S. ZADEK, « Stalking sustainability », *Greener Management International,* 1999, p. 21.
[3] *L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*, art. 169 à 192. Ces dispositions ont fait suite au rendu du rapport Notat-Sénard qui a recommandé plusieurs dispositions en ce sens. V. N. NOTAT et J.-D. SENARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif. Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des Finances, du Travail*, 9 mars 2018. Sur cette réforme, v. notamment v. R. MORTIER, S. DE VENDEUIL et B. ZABALA, « Loi PACTE et droit des sociétés », *JCP E,* 2019, act. 281.

lesquelles une organisation a la capacité d'influer sur les décisions ou les activités de personnes ou d'autres organisations »[1].

732. Ainsi, après avoir exposé les fondements du nouveau pouvoir de l'entreprise (section 1) nous en analyserons les manifestations (section 2).

[1] ISO 26000:2010, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*.

Section 1. Les fondements du nouveau pouvoir de l'entreprise

734. La deuxième moitié du XX^{ème} siècle a été l'occasion d'une redéfinition des finalités de l'entreprise en tant qu'acteur de la société civile. L'entreprise n'est plus seulement conçue comme le lieu d'une création de profit à destination de ses actionnaires, mais également comme productrice d'externalités environnementales et sociales affectant ses diverses parties prenantes. Les finalités de l'entreprise se sont alors métamorphosées au profit d'une intégration des enjeux environnementaux et sociaux. L'origine de cette transformation est double : si elle provient initialement de l'entreprise, qui déploie à cet effet une démarche de RSE, elle a peu à peu été appréhendée par le législateur, qui a alors accompagné les mutations des finalités de l'entreprise.

735. Cette transformation, mise en l'œuvre par l'entreprise elle-même (§1), est en outre soutenue par le droit (§2).

§1. Une transformation mise en œuvre par l'entreprise

736. Le renouvellement des finalités de l'entreprise a d'abord été initié par les entreprises elles-mêmes. Les raisons de cette transformation ne font pas consensus : rentable pour les uns, purement éthique pour les autres, la RSE fait l'objet de différentes conceptions. Si les motivations sont débattues, le moyen l'est moins : c'est par une modification de la gouvernance d'entreprise que les finalités de l'entreprise se métamorphoseraient.

737. Ainsi, après avoir exposé les motivations de la transformation des finalités de l'entreprise (A), nous identifierons le moyen de sa mise en œuvre, qui repose sur la gouvernance d'entreprise (B).

A. Les motivations de la transformation des finalités de l'entreprise

738. La transformation du rôle de l'entreprise dans la société sous-tend un débat qui intéresse la motivation de la RSE. Deux conceptions sont en effet retrouvées en littérature, visant à expliquer les fondements des démarches RSE : d'un côté, la vision normative de la RSE (1), de l'autre, la vision utilitariste ou instrumentale (2).

1. La conception normative de la RSE

739. **La vision normative de la RSE : une finalité éthique. –** La vision dite « *normative* » de la RSE soutient qu'une démarche RSE est mise en place dans l'objectif essentiel d'intégrer des considérations éthiques dans la gestion de l'entreprise[1]. La RSE ne serait qu'une transposition au monde de l'entreprise de la poursuite de l'intérêt général par l'administration publique[2]. Des auteurs ont, dans cette ligne, théorisé l'existence d'un contrat social entre l'entreprise et la société civile, selon lequel la première aurait le devoir moral d'améliorer la seconde[3].

740. **L'intégration des intérêts des parties prenantes. –** C'est dans cette perspective que l'entreprise a progressivement été amenée à prendre en compte les intérêts des parties prenantes qui sont impliquées d'une manière ou d'une autre par son activité[4]. Son rôle externe s'est donc renforcé à mesure de l'élargissement de ses frontières. L'entreprise n'est pas seulement considérée comme un agent économique agissant dans le seul intérêt de ses actionnaires, mais comme une entité centralisant les intérêts de ses employés, de ses clients, de ses fournisseurs, de ses sous-traitants, d'ONG ou de communautés locales[5]. L'intégration

---

[1] V. M. CAPRON et F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, 3e éd, La Découverte, 2016, p. 35.

[2] « *Dans l'approche normative de la théorie des parties prenantes, l'intérêt des parties prenantes possède une valeur intrinsèque. Elles portent une représentation de l'intérêt général. L'entreprise est redevable envers la société. Dès que ses dirigeants reconnaissent l'existence et la légitimité de plusieurs groupes de parties prenantes, ils doivent faire entrer les attentes de ces groupes dans les objectifs de l'entreprise* » (*ibid.*).

[3] T. DONALDSON et T. W. DUNFEE, « Toward a Unified Conception of Business Ethics: Integrative Social Contracts Theory », *The Academy of Management Review*, vol. 19, n°2, 1994, p. 252.

[4] « *A stakeholder is any group or individual who can affect, or is affected by, the achievement of a corporation's purpose* » (R. E. Freeman, *Strategic management : A Stakeholder Approach*, Pitman, 1984, p. VI). Pour une présentation de la *Stakeholder theory*, v. S. ROUSSEAU, « La *Stakeholder Theory* : émergence et réception dans la gouvernance d'entreprise en Amérique du Nord », *in* C. CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21ème siècle*, Editions Larcier, 2013, p. 111. V. également T. DONALDSON et L. E. PRESTON, « The Stakeholder Theory of the Corporation : Concepts, Evidence and Implications », *Academy of Management Review*, 1995, vol. 20, n°1, p. 65 et R. K. MITCHELL, B. R. AGLE et D. J. WOOD, « Toward a theory of stakeholder identification and salience : defining the principle of who and what really counts », *Academy of Management Review,* 1997, vol. 22, n°4, p. 858. Il convient de noter que la prise en compte par les organes de gestion des intérêts d'autres personnes que seuls ceux des actionnaires était développée par certains auteurs avant même que la *Stakeholder theory* ne soit formalisée et nommée comme telle (v. A. ACQUIER, « Une approche critique de la théorie des parties prenantes », *in* C. GENDRON et B. GIRARD (dir.), *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise. L'école de Montréal*, Armand Colin, 2013, p. 109).

[5] Cette conception renvoie directement à celle qui a été développée par l'École de Rennes dans le cadre de la doctrine de l'entreprise, définissant l'entreprise comme la communauté d'intérêts qu'elle représente (v. J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXème siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires) », *JCP G*, 1988, I, 3330 ; G. FARJAT, « Entre les personnes et les choses, les centres

des intérêts des parties prenantes permet un alignement des frontières de l'entreprise à celles des personnes subissant les répercussions de son activité.

741. **L'entreprise citoyenne. –** Le développement du courant normatif de la RSE a donné lieu à l'élaboration du modèle théorique de l'entreprise citoyenne[1]. Il ne s'agirait pas d'octroyer une citoyenneté en tous points similaire à celle qui est dévolue aux personnes physiques : il serait davantage question de reconnaître aux entreprises « *une citoyenneté limitée, relative, différenciée* »[2]. Une telle consécration permettrait tout d'abord d'octroyer à l'entreprise des droits de nature politique. Concrètement, cela reviendrait à institutionnaliser la pratique du *lobbying*, en prévoyant une représentation des intérêts des entreprises au sein des institutions[3]. C'est la potentialité d'assigner des devoirs aux entreprises qui est intéressante dans le cadre de la RSE. En effet, les devoirs en question seraient des devoirs supplémentaires aux simples contraintes légales. Ainsi, « *on peut trouver dans la notion un élément de poids pour contester les délocalisations ou l'évasion fiscale, juridiquement envisageables* »[4]. Une sanction potentielle serait celle d'une privation des droits politiques de l'entreprise[5].

742. La reconnaissance d'une entreprise citoyenne, en octroyant à celle-ci un rôle dans la société, viendrait donc au soutien d'une responsabilisation sociale de l'entreprise. Dans une résolution, le Parlement européen a ainsi « *invit*[é] *les entrepreneurs et les hommes d'affaires à participer aux initiatives de RSE existantes dans les États membres et au niveau de l'UE afin de promouvoir et d'élaborer le concept d'"entreprise citoyenne*" »[6]. Cette notion n'a pas

---

d'intérêts », *RTD Civ.*, 2002, p. 221 ; C. CHAMPAUD, « Les fondements sociétaux de la doctrine de l'entreprise », *in Aspects organisationnels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de J. Paillusseau*, 2003, Dalloz, p. 117 ; C. CHAMPAUD, « Fondements, permanence et avenir de la Doctrine de l'entreprise », C. CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21ème siècle*, Éditions Larcier, 2013, p. 183).

[1] Sur cette notion, v. notamment C. LUCAS DE LEYSSAC, « Vers une citoyenneté économique de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 1997, p. 265 ; F.-G. TREBULLE, « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur l'"entreprise citoyenne" », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 41 ; F.-G. TREBULLE, « L'entreprise citoyenne ? », *in* E. Desmons (dir.), *Figures de la citoyenneté*, L'Harmattan, 2006, p. 195.

[2] F.-G. TREBULLE, « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur l'"entreprise citoyenne" », *Rev. Sociétés*, 2006, n°20, p. 41. L'auteur poursuit : « *sans rien retirer aux humains il s'agit de consacrer l'existence d'une autre citoyenneté, semblable mais non identique à celle dont ils bénéficient* » (*id.*, n°22).

[3] V. *ibid.,* n°24, p. 41.

[4] *Ibid.,* n°31, p. 41.

[5] F.-G. TREBULLE, « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur l'"entreprise citoyenne" », *Rev. Sociétés*, 2006, n°31, p. 41.

[6] PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution UE 2012/2097 (INI)*, 6 fév. 2013, « Responsabilité sociale des entreprises : promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive », pt. 63.

fait l'objet d'une consécration légale en tant que telle[1], mais a sans doute posé les jalons du statut récemment créé de l'entreprise à mission[2].

743. Il est vrai que la création d'une entreprise citoyenne paraît difficile à mettre en œuvre au regard de ses implications politiques – ce serait reconnaître une légitimité politique aux entreprises – mais également au regard du flou qui entoure la force normative attachée au devoir citoyen. En effet, si ce devoir ne correspond pas à une obligation juridique au sens classique du terme, sa transgression impliquerait seulement une déchéance des droits politiques accordés à l'entreprise. Ainsi, la reconnaissance d'une citoyenneté n'aurait d'intérêt que si les entreprises disposent de droits auxquels elles tiennent suffisamment pour ne pas risquer de les perdre en transgressant leurs devoirs. Pour l'heure, il nous semble que la société civile ne serait pas prête à accorder de tels droits aux entreprises. Dès lors, la reconnaissance de l'entreprise citoyenne ne ferait qu'alimenter la profusion de normes en matière de RSE.

744. A côté de la conception normative de la RSE, qui lui associe une finalité essentiellement éthique, est retrouvée une conception utilitariste ou instrumentale.

2. La conception utilitariste ou instrumentale de la RSE

745. **La vision utilitariste ou instrumentale de la RSE : une finalité économique. –** Selon la conception « *instrumentale* » ou utilitariste de la RSE, la prise en compte des intérêts des parties prenantes serait moins motivée par une finalité purement éthique que par des considérations économiques, c'est-à-dire par la perspective de l'application des rétributions de marché. Nous adhérons à cette vision : il nous semble que la prise en compte des intérêts des *stakeholders* est également conduite dans une perspective stratégique[3]. En effet, l'intégration des enjeux liés aux parties prenantes semble surtout être le fruit d'un rapport de

---

[1] Une telle consécration serait envisageable sur le plan technique : elle pourrait emprunter un chemin similaire à celui de l'octroi de la personnalité morale aux groupements, dont les entreprises. Comme l'a souligné un auteur, « *le parallèle entre la reconnaissance de la personnalité aux groupements et la question de leur citoyenneté est d'autant plus intéressant que si, au XIXe siècle, la plupart des juristes partageaient la conviction que seul l'homme était un sujet de droit, aujourd'hui, tous considèrent que seul l'homme peut être citoyen* » (F.-G. TREBULLE, art. préc., n°9, p. 41).

[2] V. *infra* §2, B, 3.

[3] J. Pasquero résume ces deux courants : la vision normative promeut « *la RSE comme idéal* » tandis que la vision utilitariste promeut « *la RSE comme outil* » (J. PASQUERO, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme objet des sciences de gestion : un regard historique », *in* M.-F. B. TURCOTTE et A. SALMON (dir.), *Responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise*, Presses de l'Université du Québec, 2005, p. 101).

forces politique : les parties prenantes tireraient avantage de leur poids dans l'entreprise afin de l'amener à modifier ses pratiques. Sous cet angle, « *la théorie des parties prenantes se constitue avant tout comme système défensif de la grande entreprise* », lui permettant de « *préserver ses marges de manœuvre dans un contexte devenu plus hostile* »[1] qui est alimenté par l'accroissement de la participation politique des citoyens dans la société civile. La prise en compte des intérêts des parties prenantes permet ainsi à l'entreprise de pacifier ses relations ou, dans des termes plus managériaux, d'internaliser ses externalités[2]. En toile de fond, c'est l'enjeu de la réputation de l'entreprise qui est sous-tendu, et donc celui de sa rentabilité[3].

746. **La distinction des parties prenantes primaires et secondaires. –** Une distinction entre les parties prenantes, parfois retrouvée en littérature, nous paraît retranscrire cette conception utilitariste. Les parties prenantes seraient divisées en deux catégories : les *stakeholders* primaires, qui présentent un intérêt patrimonial à l'égard de l'entreprise (principalement en vertu d'un contrat), et les *stakeholders* secondaires, qui sont intéressées par l'activité de l'entreprise dans son ensemble sans existence d'une relation économique[4]. La distinction implique une différence de degré, puisque les parties prenantes primaires, qui sont les actionnaires de l'entreprise, ainsi que ses partenaires économiques et clients, sont essentielles à la survie économique de l'entreprise[5] au contraire des parties prenantes

---

[1] A. ACQUIER, « Une approche critique de la théorie des parties prenantes », *in* C. GENDRON et B. GIRARD (dir.), *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise. L'école de Montréal*, Armand Colin, 2013, p. 110.

[2] La *Stakeholder thoery* a été conceptualisée à cet effet, de l'aveu même de son théoricien : « *Managers in today's corporation are under fire. Throughout the world, their ability to manage the affairs of the corporation is being called into question. The emergence of a multitude of government regulations, corporate critics, media attacks, and most importantly, substantial competition from Far Eastern and European firms have put the modern manager in a pressure cooker. He or she finds an increase in the external demands placed on the corporation and a decrease in the internal flexibility of the corporation to respond.* […] *I believe that the underlying issue is that managers must have new concepts that enable them to see their jobs realistically* » (R. E. FREEMAN, *Strategic management : A Stakeholder Approach*, Pitman, 1984, p. V).

[3] « […] *la théorie instrumentale* […] *repose sur l'hypothèse que l'intérêt de l'entreprise et de ses actionnaires passe par la mise en œuvre de réponses adaptées aux attentes des parties prenantes ; l'approche instrumentale s'inscrit dans la perspective de la théorie de la dépendance à l'égard des ressources et affirme que les contrats de coopération, en instaurant la confiance entre la firme et ses parties prenantes, lui procurent un avantage compétitif* » (M. CAPRON et F. QUAIREL-LANOIZELEE, *La responsabilité sociale d'entreprise*, 3e éd., La Découverte, 2016, p. 35).

[4] M. B. E. CLARKSON, « A stakeholder framework for analysing and evaluating corporate social performance », *Academy of Management Review*, 1995, vol. 20, n°1, p. 92.

[5] « *A primary stakeholder group is one without whose continuing participation the corporation cannot survive as a going concern.* […] *There is a high level of interdependence between the corporation and its primary stakeholder groups* » (*id.,* p. 106).

secondaires[1]. L'entreprise devrait en priorité prendre en compte les intérêts de ses parties prenantes primaires, avec lesquelles elle entretient une relation de dépendance économique. L'intégration des intérêts des parties prenantes secondaires n'interviendrait qu'en second lieu. De plus, cette prise en compte semblerait être effectuée dans le but de pérenniser les intérêts des parties prenantes primaires, et plus spécifiquement dans l'intérêt de rentabilité de l'investissement des actionnaires. En effet, si la survie économique de l'entreprise ne dépend pas à court terme de la satisfaction des intérêts des parties prenantes secondaires[2], il serait toutefois dangereux pour une entreprise de mécontenter leurs intérêts, au regard de la force des rétributions du marché. La prise en compte des intérêts des *stakeholders* secondaires assure donc la pérennité des activités de l'entreprise plus que sa survie économique à court terme.

747. Quoi qu'il en soit, la vision adoptée de la RSE n'est qu'une question de moyens, et non de résultat ; autrement dit, que la RSE soit motivée par de pures considérations éthiques ou des considérations stratégiques, elle aboutit dans les deux cas à redéfinir l'entreprise par un élargissement de ses frontières. Le moyen utilisé pour transformer les finalités de l'entreprise sera le même : une modification des pratiques de gouvernance d'entreprise.

B. Le moyen de la transformation des finalités de l'entreprise : la gouvernance d'entreprise

748. **La gouvernance d'entreprise. –** Les transformations touchant les finalités de l'entreprise impliquent des répercussions sur la gouvernance (ou le gouvernement[3])

---

[1] « *Secondary stakeholder groups are defined as those who influence or affect, or are influenced or affected by, the corporation, but they are not engaged in transactions with the corporation and are not essential for its survival* » (*id.,* p. 107). V. également G. VAN DER LAAN, H. VAN EES et A. VAN WITTELOOSTUIJN, « Corporate social and financial performance : An extended stakeholder theory, and empirical test with accounting measures », *Journal of Business Ethics*, 2008, 79/3, p. 299 : « *secondary stakeholders depend on the firm for the realization of their goals, but the firm is – by definition – not crucially dependent upon these stakeholder groups* ».

[2] Le théoricien de cette distinction reconnaît lui-même, à propos de cette distinction, que « *such groups, however, can cause significant damage to a corporation* » (M. B. E. CLARKSON, art. préc., p. 107).

[3] « *En anglais,* corporate governance *désigne le système de gouvernement (*governance*) de l'entreprise dans son ensemble (*corporate-corporation*). On a cru bon d'inventer, dans les années 1995, le néologisme français "gouvernance". Rien ne le nécessite pourtant. L'entreprise est une communauté qui n'échappe pas aux règles communes du gouvernement des humains. Au contraire, plus on rapproche les questions soulevées par son gouvernement de celles que pose n'importe quel espace politique (une cité, un État), plus on éclaire les réponses par des comparaisons utiles* » (P.-Y. GOMEZ, *La gouvernance d'entreprise*, PUF, 2021, p. 9).

d'entreprise, c'est-à-dire sur la répartition du pouvoir dans l'entreprise. Le mode de gouvernance choisi par l'entreprise détermine les « *mécanismes organisationnels qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit, qui "gouvernent" leur conduite et définissent leur espace discrétionnaire* »[1]. Les sources des règles de gouvernance sont tant légales – le droit des sociétés – que fixées par l'entreprise elle-même (par le biais des statuts, des pactes d'actionnaires, du règlement intérieur des organes de direction, codes de gouvernance, etc.). C'est dans l'intervalle de cette liberté normative que les entreprises ont eu l'occasion de développer différents modes de gouvernance, dont deux principaux sont classiquement opposés[2].

749. **La *corporate* gouvernance. –** L'émergence de la *corporate* gouvernance est consécutive du développement, au cours du XXème siècle, des grandes sociétés anonymes. En effet, le fonctionnement de ces grandes sociétés impliquait une dissociation du capital et du pouvoir dans l'entreprise, les détenteurs des titres sociaux étant distincts des dirigeants chargés de la gestion de l'entreprise[3]. Face à l'amoindrissement de leur pouvoir, les actionnaires ont développé la « théorie de l'agence » selon laquelle l'agent ou le mandataire (les dirigeants) doit rendre des comptes à son mandant (les actionnaires)[4]. Les actionnaires ont

---

[1] G. CHARREAUX, *Le gouvernement des entreprises : Théories et faits*, Economica, 1997, p. 1. V. également : « *le gouvernement (ou gouvernance) de l'entreprise est un ensemble de dispositions légales, réglementaires ou pratiques qui délimite l'étendue du pouvoir et des responsabilités de ceux qui sont chargés d'orienter durablement l'entreprise. Orienter l'entreprise signifie prendre et contrôler les décisions (stratégiques) qui ont un effet déterminant sur sa pérennité et donc sa performance durable* » (P.-Y. GOMEZ et IFGE, *Référentiel pour une gouvernance raisonnable*, 2015, p. 16).

[2] En théorie, il existe plusieurs autres modèles de gouvernance. Un auteur distingue sept régimes de gouvernance (v. P.-Y. GOMEZ, *La gouvernance d'entreprise*, PUF, 2021, p. 52 et s.). Mais le débat s'est cristallisé autour de deux grands modèles. Pour une « *généalogie* » de ce débat, v. V. MAGNIER, « La généalogie des débats sur la gouvernance d'entreprise : données et perspectives d'un changement de paradigme en faveur d'une gouvernance soutenable », *RIDE*, 2021, p. 147.

[3] « *The functioning of modern company law has destroyed the unity that we commonly call property. This occurred for a number of reasons, foremost being the dispersal of shareholding ownership in big corporations : the typical shareholder is uninterested in the day-to-day affairs of the company, yet thousands of people like him or her make up the majority of owners throughout the economy. The result is that those who are directly interested in day-to-day affairs, the management and the directors, have the ability to manage the resources of companies to their own advantage without effective shareholder scrutiny…* » (A. A. BERLE et G. MEANS, *The modern corporation and The private property,* 1932, Macmillan).

[4] « *Nous définissons une relation d'agence comme un contrat par lequel une (ou plusieurs) personne (le principal) engage une autre personne (l'agent) pour exécuter en son nom une tâche quelconque qui implique une délégation d'un certain pouvoir de décision à l'agent* » (M. C. JENSEN et W. H. MECKLING, « Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Capital Structure », *Journal of Financial Economics*, 1976, vol. 3, p. 305). Plus précisément, le modèle de la *corporate governance* a inspiré la théorie de l'agence, qui dépasse la simple distinction entre actionnaires et dirigeants au profit d'un encadrement des relations entre les actionnaires minoritaires, d'une part, et les majoritaires et dirigeants d'autre part (*ibid.*). Il s'agit alors de

défendu un contrôle de la gestion de l'entreprise en ce qu'ils sont les détenteurs de son capital. Ce modèle, qui privilégie donc l'intérêt des associés, prône la maximisation des profits comme objectif prioritaire de la gestion de l'entreprise.

750. **Un modèle contesté. –** Ce type de gouvernance a été contesté en raison de l'insuffisante prise en compte des intérêts des parties prenantes et en ce qu'il octroie aux actionnaires un rôle qui outrepasse les pouvoirs que leur confère la loi[1]. En effet, la théorie de l'agence trouve sa légitimité dans le droit de propriété des actionnaires sur les actions de la société et minore l'existence de la société en tant que personne morale. Or, la société n'est pas la somme des titres sociaux qui la composent : sur le plan juridique, elle existe en tant que personne morale dotée d'un intérêt propre ; sur le plan extra-juridique, elle n'est au surplus que la structure juridique du creuset d'intérêts multiples qu'est l'entreprise[2]. La justification de la *corporate* gouvernance se trouve donc fragilisée. Le droit de propriété des actionnaires étant relativisé[3], la maximisation des profits de la société peut difficilement être érigée en objectif prioritaire de la gouvernance d'entreprise[4].

---

protéger les actionnaires, en particulier minoritaires, des éventuels abus de la part des dirigeants voire des actionnaires largement majoritaires (A. SHLEIFER et R. W. VISHNY, « A survey of corporate governance », *Journal of Finance,*1997, vol. 52, n°2, p. 737 ; R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER et R. W. VISHNY, « Investor protection and corporate governance », *Journal of Financial Economics,* 2000, vol. 58, n°1-2, p. 3).

[1] Parmi une littérature critique abondante, v. C. CHAMPAUD et D. DANET, « Code de gouvernement d'entreprise. Adaptation du droit des sociétés à la directive 2006/46/CE. Obligation de se soumettre à un "code de gouvernement d'entreprise" », *RTD. Com*., 2008, p. 563 ; J.-P. ROBE, « Responsabilité limitée des actionnaires et responsabilité sociale de l'entreprise », *Entreprises et histoire,* 2009, p. 165 ; J.-P. ROBE, « A qui appartiennent les entreprises ? », *Le débat*, 2009, p. 32 ; J.-P. ROBE, « Les États, les entreprises et le droit », *Le débat,* 2010, p. 74 ; J.-P. ROBE, « Comment s'assurer que les entreprises respectent l'intérêt général », *L'Économie politique,* 2014, p. 22.

[2] C'est ce que s'est attachée à défendre l'École de Rennes, par l'élaboration de la « doctrine de l'entreprise », qui tend à considérer l'entreprise davantage comme un creuset d'intérêts multiples plutôt que de la réduire à la personne morale qui n'est que son support. V. J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXème siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires) », *JCP G*, 1988, I, 3330 ; C. CHAMPAUD, « Les fondements sociétaux de la doctrine de l'entreprise », *in Aspects organisationnels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de J. Paillusseau*, 2003, Dalloz, p. 117 ; C. CHAMPAUD, « Fondements, permanence et avenir de la Doctrine de l'entreprise », C. CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21ème siècle*, Éditions Larcier, 2013, p. 183.

[3] La loi ne participe-t-elle pas elle-même à fragiliser la justification de la *corporate* gouvernance en limitant, pour la plupart des sociétés, la responsabilité des associés au montant de leur apport ?

[4] Il s'agit ainsi de rejeter « *l'idéologie actionnariale* », caractérisée comme étant « *le pouvoir sans la responsabilité, l'appropriation des gains découlant de risques que l'on fait peser à d'autres, le droit de créer des dommages sans l'obligation de dédommager* » (J.-P. ROBE, « A qui appartiennent les entreprises ? », *Le débat*, 2009, n°7, p. 32). En effet, « *un défaut central de l'arsenal actuel du droit des sociétés est qu'il n'impose d'obligations sociétales qu'à la charge des dirigeants sociaux.* […] *En revanche, l'associé, acteur majeur de l'entreprise s'il en est, est resté globalement à l'écart des obligations imaginées* [relatives au devoir de vigilance

751. **Un modèle de gouvernance ouvert aux intérêts des parties prenantes. –** Ces critiques ont favorisé l'émergence d'un autre modèle de gouvernement d'entreprise articulé autour des intérêts des parties prenantes. Dans cette gouvernance polyarchique, les dirigeants ne devraient plus seulement être contrôlés par les actionnaires mais par les autres parties prenantes qui gravitent autour de son activité[1] et la maximisation des profits ne peut être la seule finalité de l'entreprise, qui prendrait en compte les critères ESG. L'on parle parfois de démocratie d'entreprise, renvoyant au partage du pouvoir de l'entreprise avec ses salariés et, dans une moindre mesure, ses autres parties prenantes[2].

752. L'opposition des deux modèles de gouvernance est surtout théorique : en réalité, les entreprises mêlent ces modèles pour définir les modalités de leur gouvernance[3]. La démocratie d'entreprise est en effet plus un idéal qu'un mode effectif de gouvernance, surtout pour les sociétés du CAC 40 (certaines entreprises du secteur de l'économie sociale et solidaire apparaissent véritablement démocratiques, étant mutualisées et/ou autogérées)[4]. Des efforts restent à effectuer quant au degré d'implication des parties prenantes : « *la RSE reste*

---

européen]. […] *Si le but est d'appréhender, par des règles appropriées, les conséquences négatives des comportements des acteurs de la société sur l'entreprise et sur ses parties prenantes, l'encadrement du comportement des associés devrait être une étape indispensable* » (I. PARACHKEVOVA-RACINE, « La société face aux réalités de l'entreprise responsable : quel avenir pour la transition écologique ? », *in* A.-S. EPSTEIN et M. NIOCHE, *Le droit économique, levier de la transition écologique ?*, Bruylant, 2022, n°20, p. 103).

[1] Ce modèle de gouvernance implique une transposition de la théorie de l'agence aux parties prenantes : « *Like agency theory, this paradigm suggests that the firm can be seen as a nexus of contracts between resource holders. Unlike agency theory, the paradigm encompasses the implicit and explicit contractual relationships between* all *stakeholders. Stated simply, the resultant model is a generalized theory of agency: one of* stakeholder-agency » (C. W. HILL et T. M. JONES, « Stakeholder agency theory », *Journal of Management Studies*, 1992, vol. 29, p. 132).

[2] La démocratie d'entreprise se décline en de multiples modalités, allant de la participation des salariés aux bénéfices ou à la prise de décision jusqu'à l'autogestion de l'entreprise. V. R. JARDAT, « De la démocratie en entreprise. Quelques résultats empiriques et propositions théoriques », *Revue française de gestion*, vol. 228-229, n°9-10, 2012, p. 167.

[3] De nombreux rapports pointent les défaillances ou progrès à effectuer en matière de gouvernance durable : par exemple, un rapport conjoint de l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution et l'Autorité des Marchés Financiers relève que l'indexation de la rémunération des dirigeants à des critères extra-financiers s'appuie souvent sur des indicateurs imprécis ou dont la pondération est trop faible (AUTORITE DE CONTROLE PRUDENTIEL ET DE RESOLUTION et AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Suivi et évaluation des engagements climatiques des acteurs de la Place*, 2022, p. 6).

[4] « *Pour les entreprises capitalistes, la démocratie entrepreneuriale n'est qu'un régime de référence, par rapport auquel s'évaluent, en creux, les régimes réels de gouvernance, soit pour souligner les avantages de ces derniers, soit pour les réformer au nom d'une aspiration générale à "plus de démocratie", c'est-à-dire à un partage et à un exercice plus large des pouvoirs de gouverner* » (P.-Y. GOMEZ, *La gouvernance d'entreprise*, PUF, 2021, p. 39).

encore souvent une approche externe d'experts »[1]. La Plateforme RSE recommande alors de faire de la RSE « *une composante* [du] *dialogue social* [de l'entreprise] » et propose que la RSE constitue un critère d'évaluation des salariés et que la participation des salariés aux sujets RSE soit prise en compte dans le cadre d'accords d'intéressement[2]. Les entreprises sont ainsi poussées à ouvrir leur mode de gouvernance, ce qui est révélateur de la transformation du rôle qu'elles remplissent au sein de la société civile : « *en délaissant l'objectif unique de maximisation de la rentabilité actionnariale au profit de la prise en compte d'un intérêt élargi des parties prenantes, l'entreprise accepte d'être une institution politique* »[3].

753. **Les modalités de ce mode de gouvernance plus ouvert. –** Ce mode de gouvernance, qui ne dispose pas d'intitulé précis – gouvernance partagée, durable, soutenable, démocratie d'entreprise, etc. – renvoie à une multiplicité de modalités. Même si les entreprises restent imprégnées du modèle de la *corporate* gouvernance, elles mettent de plus en plus en place des dispositifs de contrôle des dirigeants qui intègrent les parties prenantes. De nombreuses entreprises ont pris l'initiative – soufflée par de nombreux référentiels normatifs – de créer des comités de parties prenantes ou comités RSE[4], « *organe de consultation* […] *chargé d'accompagner les dirigeants de l'entreprise,* […] *de leur apporter des éléments complémentaires, voire une véritable expertise, et ainsi les guider dans la prise de décisions* »[5]. En 2022, les sociétés cotées au CAC 40 étaient alors 83% à disposer d'un comité

---

[1] PLATEFORME RSE, *Responsabilité sociétale des entreprises : une ambition partagée. Propositions des parties prenantes pour les rendez-vous de 2022*, 2021, p. 11.
[2] *Ibid.*
[3] R. LEBLANC, « La question de la gouvernance à l'heure du capitalisme responsable », *Rev. int. Compliance*, 2021, dossier 265.
[4] La création de tels comités s'est faite en dehors de toute contrainte réglementaire : « *The analysis of 22,916 boards of European companies from 2000 to 2016, shows a gradual increase in the number of companies with CSR committees, from 2.46% to 6.70%. The presence of such committees appears still to be a novel approach, also considering their detachment from the audit, nomination or remuneration committee and the differences in their functions highlighted by their name (even if sustainability is the most recurrent word, there are also names as welfare, health, environment, anti-corruption, integrity and so on). The number of CSR committees' members is between three and four with a limited incidence of the executive directors. Hence, the composition of such CSR committees reflects the corporate governance best practices suggesting the majority of members are non-executive and independent. Furthermore, together with, or in alternative to, CSR committees within the board, organisational committees devoted to CSR exist with specific tasks and roles about the culture of sustainability and the integration between top decisions and organisational behaviours* » (D. SALVIONI et F. GENNARI, « Stakeholder Perspective of Corporate Governance and CSR Committees », *Symphonya : Emerging Issues in Management*, p. 33).
[5] V. MERCIER, « Le rôle des parties prenantes dans l'évolution du droit des sociétés », *BJS*, 2019, n°11, p. 44.

RSE[1]. La mise en œuvre d'une gouvernance plus durable peut passer par l'indexation de la rémunération des dirigeants voire celle des cadres de l'entreprise à des critères extra-financiers[2]. Enfin, le phénomène de l'internalisation des résolutions climatiques par de nombreux dirigeants d'entreprises est significatif des mutations qui touchent la gouvernance d'entreprise. Si l'on a vu que le mouvement de l'ISR poussait les actionnaires à déposer des résolutions climatiques[3], les dirigeants d'entreprise n'ont pas tardé à s'approprier ce mode d'expression, plaçant les enjeux climatiques au cœur de la gouvernance d'entreprise. L'Autorité des Marchés Financiers notait ainsi dans son rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise : « *ce mouvement prend de l'ampleur, au point que de plus en plus de sociétés cotées l'anticipent désormais, en proposant elles-mêmes de telles résolutions climatiques, sans attendre que des actionnaires actifs ou activistes ne les leur imposent* »[4]. En définitive, « *sous la pression de l'idéologie ambiante, de l'action européenne et du marché global, la*

---

[1] AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Rapport 2022 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2022, p. 36. L'AMF note : « *Une importante diversité de pratiques peut être observée à cet égard, s'agissant de ses missions, de sa composition, de l'assiduité et de la fréquence de ses réunions. Il est généralement en charge de la revue de la stratégie (ou de la stratégie en matière extra-financière) et, fréquemment, de la revue des* reportings *extra-financiers* […] *et de la détermination des critères de la rémunération des dirigeants. D'après l'information fournie dans les documents d'enregistrement universels, 73 % des comités RSE traitent spécifiquement les questions et problématiques climatiques* » (*id.*, p. 4).

[2] Par exemple, une entreprise du secteur de la gestion de l'eau, de l'énergie et des déchets prévoit qu'une partie de la rémunération des cadres supérieurs dépende de critères extra-financiers. Le président-directeur général perçoit une part fixe de rémunération ainsi qu'une part variable. Cette part variable est composée pour 50% de critères financiers quantifiables, 20% de critères d'ordre qualitatif (performance managériale et dimension stratégique) et 30% de critères quantifiables extra-financiers (par exemple, le « taux d'avancement des investissements planifiés pour réduire les émissions de gaz à effet de serre » et l'« amélioration et évolution à la baisse du taux de fréquence des accidents du travail »). V. VEOLIA, *Document d'enregistrement universel 2021*, 2022, p. 151.

[3] V. *supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

[4] AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2021, p. 81. L'Autorité des Marchés Financiers prend ainsi pour exemple les pratiques de quelques sociétés cotées au CAC 40 : « *En 2020, des actionnaires de deux sociétés du CAC 40 - TOTAL et VINCI - avaient demandé l'inscription de projets de résolution "climatiques" à l'ordre du jour des assemblées de ces émetteurs. Ces deux émetteurs, en dépit des différences entre les projets de résolutions qu'ils ont reçus, avaient chacun dénoncé une atteinte aux prérogatives du conseil d'administration et une immixtion de l'assemblée générale dans la sphère de compétence du conseil d'administration. Si TOTAL avait accepté d'inscrire à l'ordre du jour le projet de résolution contesté, VINCI avait refusé, en revanche, de soumettre les deux projets de résolutions litigieux à l'assemblée. La résolution soumise aux actionnaires de TOTAL avait été rejetée. En 2021, les assemblées générales de trois émetteurs français - TOTAL (désormais TOTALENERGIES), VINCI et ATOS - ont donné lieu à des résolutions climatiques. De manière remarquable, ces résolutions émanent, cette année, non plus de coalitions d'actionnaires, mais des conseils d'administration eux-mêmes* » (*ibid.*).

gouvernance soutenable est, en dépit de tous les freins et de toutes les résistances, en train de s'installer »[1].

754. **Le Code AFEP-MEDEF, miroir des mutations de la gouvernance d'entreprise. –** L'étude des diverses révisions du Code AFEP-MEDEF, fruit d'une démarche autorégulatrice des grandes entreprises en matière gouvernance, permet de retracer ces mutations. Ainsi, en 2016, un premier pas a été franchi par la révision d'une des dispositions du code, qui prévoit depuis que le conseil d'administration informe les actionnaires et les investisseurs quant à « *la prise en compte des enjeux extra-financiers significatifs pour la société ainsi que sur ses perspectives à long terme* »[2]. Récemment, la révision de 2022 du Code a été l'occasion de placer la RSE au centre des dispositions du Code. Le chapitre 5 est désormais intitulé « *Le conseil d'administration et la responsabilité sociale et environnementale* » et contient des recommandations de mise en œuvre en trois temps d'une gouvernance durable. Le conseil d'administration doit déterminer les « *orientations stratégiques pluriannuelles en matière de responsabilité sociale et environnementale* », sur proposition de la direction générale[3]. Cette dernière devra présenter au conseil « *les modalités de mise en œuvre de cette stratégie avec un plan d'action et les horizons de temps dans lesquels ces actions seront menées* »[4]. Chaque année, la direction générale devra informer le conseil des résultats obtenus[5]. Le Code renforce cette politique en matière climatique : dans ce cas, les objectifs doivent être plus précis et le conseil d'administration doit examiner annuellement les résultats afin d'ajuster le cas échéant le plan d'action ou les objectifs à atteindre[6]. Enfin, la stratégie climatique et le plan d'action doivent être présentés à l'assemblée générale ordinaire au moins tous les trois ou à chaque « *modification significative de la stratégie* »[7]. Le Code a assorti ces recommandations de quelques dispositions qui visent à favoriser la mise en œuvre de cette stratégie climatique : les administrateurs peuvent demander à bénéficier d'une formation sur les enjeux en matière de responsabilité sociale et environnementale, « *en particulier sur les sujets climatiques* »[8] et la

---

[1] G. J. MARTIN, « Écologisation de la gouvernance d'entreprise : vers un renouvellement de la problématique ? », *RIDE*, 2021, p. 257.
[2] AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2022, art. 4.3.
[3] *Id.,* art. 5.1.
[4] *Id.,* art. 5.2.
[5] *Id.,* art. 5.2.
[6] *Id.,* art. 5.3.
[7] *Id.,* art. 5.4.
[8] *Id.,* art. 14.1.

rémunération du dirigeant doit intégrer « *plusieurs critères liés à la responsabilité sociale et environnementale, dont au moins un critère en lien avec les objectifs climatiques de l'entreprise* »[1].

755. Cette révision du Code paraît « *davantage accompagner que précéder une évolution générale* », les nouvelles recommandations n'étant « *pas très novatrices* »[2]. En effet, la mise en œuvre d'une stratégie climatique, l'indexation de la rémunération des dirigeants sur des critères extra-financiers, la formation des administrateurs et la création de comités spécialisés RSE sont des pratiques de gouvernance des sociétés du CAC 40 mises en place depuis quelques années[3]. Les dispositions du Code sont donc davantage le miroir des évolutions de la gouvernance que les propulseurs de celles-ci. Pour autant, si ces pratiques progressent en dehors du Code et en amont de ses révisions, elles ne sont pas généralisées, si bien que ces nouvelles dispositions permettront peut-être de convaincre les quelques grandes entreprises réfractaires.

756. Si cette mutation est un mouvement originellement endogène, provenant de l'entreprise elle-même, le droit n'est pas resté muet face à cette transformation, nourrissant à son tour le renouvellement des finalités de l'entreprise.

§2. Une transformation soutenue par le droit

757. Le législateur a soutenu la transformation des finalités de l'entreprise. Les divers devoirs de transparence environnementale et sociale en constituent un bon exemple : en obligeant les entreprises à communiquer sur leurs impacts environnementaux et sociaux, ces

---

[1] *Id*., art. 26.1.1. D'autres dispositions nouvelles visent à accompagner la mise en place d'une stratégie climatique dans la gouvernance de la société : le Code recommande qu'un comité spécialisé soit chargé des travaux préparatoires des sujets relatifs à la responsabilité sociale et environnementale (art. 16) ; la direction devrait présenter au comité d'audit l'exposition de la société aux risques environnementaux et sociaux (art. 17.2).

[2] B. MARPEAU et T. DAMOUR, « Mise à jour du Code Afep-Medef. Poursuite du renforcement de la RSE dans la gouvernance des sociétés cotées », *JCP E*, 2023, n°3, act. 71.

[3] V. AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Rapport 2022 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2022, p. 27 et s. De plus, le code Middlenext, qui s'adresse à des entreprises moins importantes, avait déjà été révisé dans le sens d'une gouvernance plus durable en 2021, prévoyant l'existence de comités spécialisés en matière de RSE (MIDDLENEXT, *Code de gouvernement d'entreprise*, 2021, R. 8).

dispositifs contribuent à créer une prise de conscience chez les entreprises, qui va précéder l'action. Mais l'intervention du législateur ne s'est pas limitée à mettre en œuvre des obligations de transparence : il a également insufflé l'action des entreprises.

758. Le législateur a en effet promu une ouverture de la gouvernance des entreprises (A) ainsi qu'un meilleur engagement de celle-ci en matière environnementale et sociale (B).

A. La promotion d'une ouverture de la gouvernance des entreprises

759. Le législateur promeut une ouverture de la gouvernance des entreprises aux intérêts de leurs parties prenantes (1) et plus spécifiquement aux intérêts de leurs salariés (2).

1. Une gouvernance ouverte aux parties prenantes

760. **La promotion institutionnelle d'une gouvernance ouverte. –** Sans contraindre les entreprises à ouvrir pleinement leur gouvernance aux parties prenantes, les autorités publiques en font pour autant l'incitation par le biais de divers actes. Déjà, des actes non contraignants définissent la gouvernance comme étant le contrôle de l'action de l'entreprise par toutes les parties prenantes. C'est le cas par exemple de la Commission européenne qui se réfère aux travaux de l'OCDE en retenant que « *la gouvernance d'entreprise définit les relations entre la direction d'une société, son conseil d'administration, ses actionnaires et les autres parties prenantes* »[1]. De la même manière, les travaux de l'EFRAG définissent la gouvernance comme étant le « *système par lequel l'entreprise est dirigée et contrôlée dans l'intérêt de ses actionnaires et autres parties prenantes* »[2].

761. **La promotion de la gouvernance ouverte *via* le *reporting*. –** Cette vision de la gouvernance est promue au sein des dispositions qui intéressent le *reporting* environnemental et social. Ainsi, le Code de commerce prévoit que la déclaration de performance extra-

[1] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2012) 740 final*, 12 déc. 2012, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Plan d'action : droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise - un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises », n°1, p. 3. V. OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*, 2022, p. 5.
[2] EFRAG, *Draft European Sustainability Reporting Standards. ESRS 2 : General Disclosures*, 2022, app. A, p. 20.

financière contienne, lorsque cela est pertinent pour l'entreprise, « *les relations entretenues avec les parties prenantes de la société et les modalités du dialogue avec celles-ci* »[1]. Plus généralement, en ce qu'il sert de support au contrôle des parties prenantes, le devoir de transparence marque un « *infléchissement du modèle de la* corporate governance », impliquant un « *élargissement de la finalité de la gouvernance qui, sans se détourner de l'objectif de création de valeur actionnariale, semble s'ouvrir à des considérations d'intérêt général* »[2].

762. L'adoption de la *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) a été l'occasion de renforcer l'incitation à une gouvernance plus ouverte aux parties prenantes. Les entreprises devront notamment indiquer « *en quoi le modèle commercial et la stratégie de l'entreprise tiennent compte des intérêts des parties prenantes de l'entreprise* »[3]. Les normes d'information établies par l'EFRAG, dont l'objectif est de préciser la CSRD et qui n'ont pas encore été définitivement adoptées, précisent la référence aux parties prenantes. Pour l'instant, l'ébauche de ces normes propose une définition des parties prenantes qui est assez classique – indiquant simplement qu'une partie prenante est une personne affectée par les activités de l'entreprise – mais a le mérite de définir juridiquement la notion[4]. Si cette définition est connue, c'est la liste des parties prenantes proposée par l'EFRAG qui est plus inédite : le projet de norme prévoit que « *la Nature peut être considérée comme une partie prenante silencieuse* »[5]. Néanmoins, il paraît difficile d'analyser cette proposition audacieuse

---

[1] C. Com., art. R. 225-105, II, A, 3°. Il est intéressant de noter qu'avant 2017, la référence aux parties prenantes était inexistante, le législateur énumérant plutôt les parties prenantes concernées : le rapport devait mentionner les « *relations entretenues avec les personnes ou les organisations intéressées par l'activité de la société, notamment les associations d'insertion, les établissements d'enseignement, les associations de défense de l'environnement, les associations de consommateurs et les populations riveraines* » (C. Com., anc. art. R. 225-105-1, I, 3°, b)).

[2] I. PARACHKEVOVA, « D'un reporting à l'autre : où va l'entreprise ? », *BJS*, 2017, p. 585.

[3] *Dir. (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, art. 1er, 4), 2, a, iv.

[4] « *Stakeholders are those who can affect or be affected by the undertaking* ». La norme distingue ensuite deux groups de parties prenantes : les « *affected stakeholders* », qui sont celles affectées par les activités de l'entreprise et de sa chaîne de valeur et les « *users of sustainability statements* » (EFRAG, *Draft European Sustainability Reporting Standards. ESRS 1 : General Requirements*, 2022, pt. 3.1, §26).

[5] « *Nature may be considered as a silent stakeholder. In this case, ecological data and data on the conservation of species may support the undertaking's materiality assessment* » (EFRAG, *Draft European Sustainability Reporting Standards. ESRS 1 : General Requirements. Appendix B : Application Requirements*, 2022, pt. 3.3, AR 2). Il est bien précisé que l'annexe B dispose de la même autorité que le corps des ESRS 1.

autrement que par le prisme d'une visée uniquement symbolique[1]. Au-delà d'une définition des parties prenantes, le projet de norme établi par l'EFRAG intègre les intérêts des parties prenantes au cœur du rapport sur la durabilité[2], puisqu'ils doivent être pris au compte au titre de l'analyse de matérialité effectuée par chaque entreprise, analyse qui déterminera le contenu du rapport[3]. L'entreprise devra également décrire précisément le dialogue qu'elle entretient avec ses parties prenantes et son résultat[4]. Bien sûr, aucune obligation directe ne lui est faite d'organiser ce dialogue – la rédaction est sans ambiguïté sur ce point, puisque de telles informations sont requises uniquement « *si* » un dialogue est entamé[5]. Néanmoins, « *quelle entreprise prendra le risque de ne pas le faire et de devoir le révéler et s'en expliquer ?* »[6]. En définitive, l'appréhension des relations avec les parties prenantes dans le cadre du *reporting* constitue un bon exemple du passage de la transparence aux actes : en incitant les entreprises à intégrer les parties prenantes dans leur gouvernance, le législateur favorise l'émergence d'un mode de gouvernement d'entreprise durable.

763. **Le double intérêt de la promotion d'un mode de gouvernance ouverte. –** Mais la promotion d'un modèle de gouvernement d'entreprise plus ouvert n'est pas effectuée par le législateur dans le seul but d'intégrer les parties prenantes aux décisions de gestion. Bien sûr, il s'agit de l'un de ses objectifs : la gouvernance durable répond avant tout à un impératif démocratique, qui est celui d'inclure les personnes concernées par l'activité de la société dans les décisions les plus importantes. L'idée est également de porter au sommet de l'entreprise les sujets environnementaux et sociaux puisque ces autres parties prenantes, ne poursuivant pas un objectif de rentabilité et subissant des externalités sociales et environnementales négatives, sont les plus à même d'inclure dans la gestion de l'entreprise les enjeux extra-

---

[1] L'élévation de la Nature au rang de partie prenante n'est pas sans poser, de surcroît, des questions techniques, notamment celle de savoir « *qui parlera en son nom (associations de défense de l'environnement ?)* » (J.-J. DAIGRE, « Vers un "conseil des parties prenantes" dans les grandes sociétés ? », *JCP E*, n° 51-52, 2022, 1411, n°8).

[2] « […] *les normes EFRAG en matière d'information adoptent une approche très orientée vers les parties prenantes* (stakeholders' approach) » (P.-H. CONAC, « Les projets de normes de durabilité ESRS de l'EFRAG et leur conception de la gouvernance d'entreprise », *Rev. sociétés*, 2022, p. 576).

[3] EFRAG, *Draft European Sustainability Reporting Standards. ESRS 1 : General Requirements*, 2022, pt. 3.1, §28.

[4] EFRAG, *Draft European Sustainability Reporting Standards. ESRS 2 : General Disclosures*, 2022, SBM-2, §43.

[5] « *The undertaking shall disclose a summarised description of : the undertaking's stakeholders, whether engagement with them occurs and for which categories of stakeholders, how it is organized, its purpose and how its outcome is taken into account by the undertaking* […] » (*ibid.*).

[6] J.-J. DAIGRE, art. préc., n°13.

financiers[1]. Autrement dit, les pouvoirs publics espèrent que l'instauration d'une certaine démocratie au sein de l'entreprise sera corrélée au développement des critères ESG.

764. L'évolution de la gouvernance d'entreprise permet alors d'accompagner la marge de manœuvre octroyée aux entreprises dans l'élaboration de leurs documents d'information et plus largement dans la détermination de leurs politiques RSE. En effet, les législations en matière de RSE ont progressivement changé de nature : de devoirs imposés par le haut – les pouvoirs publics – en raison des impacts néfastes des entreprises sur l'environnement et la société, les dispositifs d'information environnementale et sociale sont devenus des outils à la disposition des entreprises pour définir leur politique RSE[2]. Les modes de gouvernance plus ouverts permettent donc d'encadrer ces prérogatives, en insérant au sein des instances de décisions des parties prenantes confrontées aux problématiques environnementales et sociales.

765. L'exemple du devoir de vigilance est significatif. Le devoir de vigilance implique des entreprises qu'elles exercent un certain pouvoir auprès de leurs partenaires économiques, puisqu'il leur est demandé d'être vigilantes quant aux conséquences de leurs activités sur l'environnement, la santé et la sécurité des personnes ainsi que les droits humains. Ainsi, « *ces nouvelles missions confiées aux entreprises traduisent une évolution très forte de leur rôle* » puisque « *traditionnellement, ces missions étaient dévolues aux États* »[3]. Dès lors, l'adoption d'un mode de gouvernance ouvert permettrait de soumettre ces questions stratégiques à l'avis de plusieurs parties prenantes[4]. En définitive, les mutations de la

---

[1] Ainsi, la prise en compte des intérêts des parties prenantes n'est pas seulement guidée par « *un impératif de justice, mais aussi d'efficacité : il est illusoire, par exemple, de prétendre résoudre les questions de protection de l'environnement* […] *sans impliquer les populations indigènes, communautés locales, organisations villageoises* » (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit,* Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 175. Les auteurs se réfèrent aux travaux de R. W. Cox. V. R. COX, *Approaches to world over*, Cambridge University Press, 1996).

[2] Lors de la réforme de 2017, le gouvernement présente ainsi la déclaration de performance extra-financière : « *au terme de cette transposition* [de la directive]*, la déclaration de performance extra-financière, qui remplace le rapport de responsabilité sociale des entreprises* (*RSE*), *devient un outil de pilotage stratégique de l'entreprise* » (CONSEIL DES MINISTRES, *Compte-rendu. Publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises*, 19 juil. 2017, [https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-07-19/publication-d-informations-non-financieres-par-certaines-gra]).

[3] S. SCHILLER, « Synthèse introductive », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 2.

[4] En pratique, cet objectif n'est pas toujours atteint. En effet, l'élaboration du plan de vigilance est déjà rarement portée au plus haut niveau de pouvoir de l'entreprise, en dépit des recommandations en ce sens (pour la recommandation, v. par exemple CONSEIL GENERAL DE L'ECONOMIE, *Evaluation de la mise en œuvre de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances*, 2020, p. 30). Des chercheurs ont ainsi observé : « *si l'appui sur des directions ou services divers est avéré, il ressort de notre enquête, on l'a dit, que*

gouvernance d'entreprise permettent d'accompagner la transformation de leur rôle : les entreprises sont plus à même d'intégrer les problématiques sociales et environnementales dans leur gestion dans la mesure où les parties prenantes impliquées participeraient aux prises de décisions.

766. Promouvant une gouvernance ouverte aux parties prenantes, le législateur a spécifiquement agi en faveur de l'intégration des salariés de l'entreprise au sein des instances de pouvoir.

2. Une gouvernance spécifiquement ouverte aux salariés

767. **Les attributions générales du Comité Social et Économique. –** Le législateur n'a pas attendu l'essor de la RSE pour favoriser l'intégration des salariés dans la gouvernance d'entreprise. L'organisation légale du dialogue social participe de l'ouverture de la gouvernance des entreprises aux intérêts des parties prenantes particulières que sont les salariés[1]. Le Comité Social et Économique (CSE), l'une des institutions représentatives du personnel, est en effet doté de certaines attributions qui lui permettent de porter la voix des salariés auprès de la direction de l'entreprise[2]. L'article L. 2312-8 du Code du travail prévoit que le CSE est consulté sur les questions intéressant « *la marche générale de l'entreprise* », comme « *la modification de son organisation économique ou juridique* » ou encore « *l'introduction de nouvelles technologies* ».

768. La loi dite « Climat et Résilience » du 22 août 2021 a renforcé les liens entre dialogue social et RSE en ajoutant que le CSE devait être consulté quant aux conséquences environnementales de toutes ces mesures[3]. Le CSE a également un pouvoir d'initiative en matière d'égalité professionnelle puisqu'il « *procède à l'analyse des risques professionnels*

---

l'élaboration concrète et le management effectif du plan de vigilance restent le plus souvent entre les mains d'un nombre restreint de personnes, fortement mobilisées sur le projet ». Ainsi, « *un enjeu est alors de parvenir véritablement à "monter" le sujet "devoir de vigilance" au niveau de la gouvernance, jusqu'au Comex si possible* » (P. BARRAUD DE LAGERIE, E. BETHOUX, R. BOURGUIGNON, A. MIAS et E. PENALVA-ICHER, *Mise en œuvre de la Loi sur le devoir de vigilance : Rapport sur les premiers plans adoptés par les entreprises remis au Bureau International du Travail*, 2019, p. 18).

[1] Aussi, est à mentionner le droit d'alerte de tout salarié en cas de risque grave sur la santé publique ou l'environnement (C. trav., art. L. 4133-1).

[2] Les attributions présentées sont celles des CSE d'entreprises d'au moins 50 salariés.

[3] *L. n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, art. 41.

auxquels peuvent être exposés les travailleurs, notamment les femmes enceintes […] », « *contribue notamment à faciliter l'accès des femmes à tous les emplois, à la résolution des problèmes liés à la maternité, l'adaptation et à l'aménagement des postes de travail afin de faciliter l'accès et le maintien des personnes handicapées à tous les emplois au cours de leur vie professionnelle* » et « *peut susciter toute initiative qu'il estime utile et proposer notamment des actions de prévention du harcèlement moral, du harcèlement sexuel et des agissements sexistes* […] »[1]. Le CSE dispose d'une faculté de proposition plus générale s'agissant des conditions de travail des salariés[2].

769. **Les attributions récurrentes du CSE. –** Le CSE dispose également d'attributions récurrentes dans le cadre de grandes consultations que doit organiser l'employeur, au moins tous les 3 ans[3]. Le CSE doit ainsi être consulté sur les orientations stratégiques de l'entreprise, sa situation économique et financière ainsi que sur sa politique sociale et ses conditions de travail et d'emploi[4]. La loi « Climat et Résilience » du 22 août 2021 a ajouté que lors de ces consultations, « *le comité est informé des conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise* »[5]. L'utilisation du verbe « informer » traduirait une volonté du législateur de permettre uniquement au CSE d'être informé sur les conséquences environnementales liés à ces trois thèmes, sans obligation d'être consulté par l'entreprise avant toute prise de décision. Autrement dit, les avis rendus dans le cadre des consultations récurrentes du CSE ne porteraient pas directement sur les conséquences environnementales de ces thèmes. L'on peut raisonnablement imaginer néanmoins qu'en étant informé, le CSE porte des arguments liés à l'environnement au cours de la consultation[6]. A côté de ces trois thèmes de consultation récurrente, qui sont d'ordre public, d'autres thèmes de consultation peuvent être ajoutés par

---

[1] C. trav., art. L. 2312-9.
[2] C. trav., art. L. 2312-12.
[3] C. trav., art. L. 2312-19.
[4] C. trav., art. L. 2312-17.
[5] C. trav., art. L. 2312-17, modifié par *L. n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, art. 40.
[6] « *Il ressort de cette rédaction issue du projet de loi que le comité est exclusivement informé des conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise, sans être consulté sur cette question. Un amendement parlementaire a toutefois étendu la mission de l'expert-comptable du comité aux éléments d'ordre environnemental nécessaires à la compréhension des trois matières qui font l'objet des consultations récurrentes* […] *Il existe donc un lien entre l'information sur les conséquences environnementales de l'activité de l'entreprise et les consultations récurrentes même si le comité ne doit pas, formellement, rendre un avis sur cette question* » (J.-Y. KERBOUC'H, « Les prérogatives d'ordre environnemental du comité social et économique », *JCP S*, n°50, 2021, 1316).

un accord d'entreprise majoritaire[1]. Un tel accord peut également amender les modalités de ces consultations récurrentes, notamment leur périodicité[2].

770. **Les attributions ponctuelles du CSE. –** Le CSE dispose aussi d'attributions ponctuelles : il est consulté à l'occasion de certaines circonstances, comme une restructuration, un licenciement collectif pour motif économique ou une offre publique d'acquisition[3]. Contrairement aux deux premiers cas de consultation, la loi « Climat et Résilience » n'a pas intégré le critère environnemental dans l'objet de ces consultations ponctuelles. Un accord d'entreprise majoritaire peut toutefois ajouter d'autres circonstances et modifier les modalités de la consultation[4], de sorte que les conséquences environnementales puissent être intégrées dans l'objet des consultations ponctuelles.

771. **La participation aux conseils d'administration ou de surveillance. –** Le législateur a prévu une incursion encore plus directe du CSE au sein de la gouvernance d'entreprise puisque certains membres de la délégation du personnel du CSE « *assistent avec voix consultative à toutes les séances du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas* »[5]. De même, des membres de la délégation du personnel du CSE peuvent participer aux assemblées générales des actionnaires et requérir à cette occasion l'inscription à l'ordre du jour de projets de résolution[6]. Aussi, les conseils d'administration des sociétés employant plus de 1000 salariés en France ou plus de 5000 salariés en France et à l'étranger doivent comprendre des administrateurs représentant les salariés[7]. La loi française intègre ainsi cette institution représentative du personnel au sein des instances de pouvoir de l'entreprise.

772. **L'information du CSE. –** Le législateur a tâché de définir les modalités d'information du CSE afin qu'il puisse convenablement exercer ses attributions. L'employeur

---

[1] C. trav., art. L. 2312-19.
[2] C. trav., art. L. 2312-19.
[3] C. trav., art. L. 2312-37.
[4] C. trav., art. L. 2312-55.
[5] C. trav., art. L. 2312-72.
[6] C. trav., art. L. 2312-77.
[7] C. Com., art. L. 225-27-1 et L. 225-79-2 pour les sociétés à conseil de surveillance. Pour les sociétés plus petites, il s'agit d'une simple possibilité (C. Com., art. L. 225-27 et L. 225-79 pour les sociétés à conseil de surveillance). Les salariés actionnaires doivent également être représentés dès lors qu'ils détiennent plus de 3% du capital (C. Com., art. L. 225-23 pour les sociétés à conseil d'administration et L. 225-71 pour les sociétés à conseil de surveillance).

doit alimenter une base de données économiques, sociales et environnementales (BDESE) régulièrement mise à jour. L'article L. 2312-36 du Code du travail régit le contenu minimal de cette base de données, en incluant notamment le thème de l'« *égalité professionnelle entre les femmes et les hommes au sein de l'entreprise* »[1] et en renvoyant, pour le volet environnemental, aux grands thèmes devant être renseignés dans la déclaration de performance extra-financière. Un accord d'entreprise peut enrichir le contenu de la base et ses modalités de fonctionnement[2]. Dans les entreprises d'au moins 300 salariés, la base doit contenir des informations supplémentaires assez détaillées[3] : par exemple, les mesures prises en faveur de l'égalité professionnelle, leur bilan et les objectifs de progression associés[4], les éléments de rémunération des dirigeants[5] ainsi qu'un nombre important d'indicateurs environnementaux[6].

773. Par sa nature protectrice, le droit du travail offre moins de souplesse à la société que ne le fait le droit des sociétés : contrairement à la déclaration de performance extra-financière, chaque indicateur mentionné dans le Code du travail doit être contenu dans la BDESE, même s'il n'est pas « *pertinent*[...] *au regard des principaux risques ou des politiques* » de

---

[1] La base de données doit fournir des indicateurs précis sur ce point : « *diagnostic et analyse de la situation comparée des femmes et des hommes pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail, de sécurité et de santé au travail, de rémunération effective et d'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle et familiale, analyse des écarts de salaires et de déroulement de carrière en fonction de l'âge, de la qualification et de l'ancienneté, évolution des taux de promotion respectifs des femmes et des hommes par métiers dans l'entreprise, part des femmes et des hommes dans le conseil d'administration* » (C. trav., art. L. 2312-36).

[2] C. trav., art. L. 2312-21.

[3] C. trav., art. L. 2312-69 et R. 2312-9. Pour les entreprises de moins de 300 salariés, v. C. trav., art. R. 2312-8.

[4] C. trav., art. R. 2312-9, 2°, III.

[5] C. trav., art. R. 2312-9, 4°, D.

[6] Le Code du travail renvoie à la quinzaine d'items environnementaux de l'article R. 225-105 du Code de commerce quand l'entreprise est soumise à la déclaration de performance extra-financière (C. trav., art. R. 2312-9, 10°, I). L'articulation entre la BDESE et la déclaration de performance extra-financière est perfectible : « *Tout d'abord, sont regroupées dans la rubrique dénommée "Politique générale en matière environnementale" des informations qui, selon la lettre de l'article R. 225-105 du Code de commerce, ne se limitent pas à cette seule thématique. Ainsi les rubriques "Économie circulaire" et "Changement climatique" sont déjà incluses dans les dispositions du 2° du A du II de l'article R. 225-105 du Code de commerce. Cette identité de vocable est de nature à entraîner des confusions pour les services en charge d'alimenter les BDESE. Ensuite, on peut se demander pourquoi les informations sociétales en faveur du développement durable et de la responsabilité sociale et environnementale prévues au 3° du A du II de l'article R. 225-105 ne sont pas intégrées à la BDESE au titre des informations de politique générale en matière environnementale* » (A. CASADO, « Les indicateurs environnementaux devant figurer dans la BDESE. D. n°2022-678 du 26 avril 2022 », *JCP S*, n°18, 2022, act. 179).

l'entreprise[1]. Autrement dit, la BDESE n'est pas régie par le principe de matérialité propre aux obligations de *reporting* des sociétés.

774. **Vers un renforcement du rôle du CSE au sein de la gouvernance d'entreprise. –** Ces attributions, qui incorporent les enjeux environnementaux depuis peu, seront probablement de nature à renforcer le rôle du CSE dans la gouvernance des entreprises[2]. Se saisissant des informations environnementales et sociales communiquées par leur employeur, les salariés, par le biais de leurs représentants, pourront en effet l'interpeller sur ses impacts, que ce soit à l'occasion des consultations du CSE comme de sa participation aux conseils d'administration ou de surveillance et aux assemblées générales d'actionnaires. Ce « *ruissellement de la sensibilité environnementale dans les processus d'information, de consultation et de négociation* »[3] témoigne d'une ouverture du dialogue social aux thématiques de RSE. Ce mouvement est bienvenu en ce qu'il raffermit la place des représentants des salariés dans la gouvernance d'entreprise ; l'absorption de la RSE dans le dialogue social permet de lutter contre la dilution du dialogue social dans la RSE[4].

775. Quant aux moyens dont disposent les institutions représentatives du personnel pour remplir ce rôle, outre la BDESE, certains employeurs permettent la création de commissions « environnement » au sein des CSE afin que certains représentants des salariés investissent pleinement ces questions[5]. Ce type d'initiative devrait être soutenu par le droit : sans la rendre

---

[1] C. Com., art. R. 225-105, II.

[2] Cette incursion récente du CSE dans la gouvernance d'entreprise reste débattue, comme en témoigne l'abrogation en 2010 de la disposition qui prévoyait que les institutions représentatives donnent leur avis sur les démarches de RSE de l'entreprise. V. supra Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

[3] A. BUGADA, « Le verdissement du dialogue social », *JCP E*, n°15, 2021, 1191, n°16.

[4] Selon certains auteurs, la RSE aurait tendance à absorber le dialogue social entre les travailleurs et leur employeur : « *La RSE tend à déplacer la tension fondamentale de l'entreprise (le rapport conflictuel capital-travail) en dehors de son cadre historique. On peut ainsi voir dans la RSE un déplacement du champ de conflit, et une nouvelle perte de pouvoir des salariés. En effet, la RSE, si elle traite des questions sociales (ainsi les conditions de travail – notamment dans les pays du sud – et les conditions de licenciement sont prises en compte), tend à le faire en dehors du lien avec les partenaires sociaux traditionnels et particulièrement les syndicats. La RSE est l'occasion d'une redéfinition des parties prenantes ; tout en élargissant dans la plupart des cas le spectre de ces parties prenantes on trouve une volonté managériale de les piloter. Derrière le mot responsabilité sociale, il y a une transformation vraisemblablement majeure : d'aucuns observent un affaiblissement du dialogue social et même du rôle des lois sociales qui sont détournées, déplacées vers ce qu'on appelle les parties prenantes* » (P. DE LA BROISE et T. LAMARCHE, *Responsabilité sociale : vers une nouvelle communication des entreprises ?*, Presses universitaires du Septentrion, 2006, p. 16).

[5] A côté des commissions obligatoires, comme la commission SSCT (santé, sécurité et conditions de travail) ou la commission de l'égalité professionnelle, un accord d'entreprise peut instaurer des commissions supplémentaires, dont potentiellement une commission « environnement » (C. trav., art. L. 2315-45).

obligatoire, les autorités publiques pourraient recommander l'instauration d'une commission dédiée aux sujets environnementaux et sociétaux liés à l'activité de l'entreprise. De plus, une obligation de formation des représentants du personnel aux enjeux environnementaux et sociétaux semble nécessaire au regard des attributions qui leur ont récemment été conférées. Certes, la loi « Climat et Résilience » a modifié l'article L. 2315-63 du Code du travail en ajoutant à la formation économique des membres du CSE la possibilité de les former « *sur les conséquences environnementales de l'activité des entreprises* ». Mais il s'agit d'une simple possibilité pour l'employeur. Il serait sans doute judicieux de rendre obligatoire la formation en matière environnementale, en y ajoutant les enjeux sociétaux, et en augmentant la durée de formation économique déjà prévue.

776. Le législateur n'a pas seulement promu l'ouverture de la gouvernance d'entreprise aux parties prenantes et plus spécifiquement aux salariés. Il a également fait la promotion d'un meilleur engagement des entreprises en matière environnementale et sociale.

B. La promotion d'un meilleur engagement des entreprises

777. La loi dite « Pacte », adoptée en mai 2019, promeut un meilleur engagement des entreprises en matière sociale et environnementale [1], ce qui contribue à une « *substantialisation du droit des sociétés* » [2]. Ce rôle est décliné en trois niveaux d'engagement, dont le champ d'application et la force normative décroissent à mesure de l'augmentation de leur degré d'engagement.

---

[1] *L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*, art. 169 à 192. Ces dispositions ont fait suite au rendu du rapport Notat-Sénard qui a recommandé plusieurs dispositions en ce sens. V. N. NOTAT et J.-D. SENARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif. Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des Finances, du Travail*, 9 mars 2018.
Sur cette réforme, v. notamment v. R. MORTIER, S. DE VENDEUIL et B. ZABALA, « Loi PACTE et droit des sociétés », *JCP E,* 2019, act. 281.

[2] I. PARACHKEVOVA-RACINE, « La société face aux réalités de l'entreprise responsable : quel avenir pour la transition écologique ? », *in* A.-S. EPSTEIN et M. NIOCHE, *Le droit économique, levier de la transition écologique ?*, Bruylant, 2022, n°5, p. 93. Ainsi, cette loi participe d'un « droit économique de l'environnement » qui entend mettre en perspective la finalité lucrative de l'entreprise et la nécessaire préservation de l'environnement (v. G. J. MARTIN, « Qu'est-ce que le droit de l'environnement ? », *in* A.-S. EPSTEIN et M. NIOCHE, *op. cit.*, p. 61).

778. Le premier niveau d'engagement est applicable à toutes les sociétés (1), le deuxième niveau l'est uniquement à destination des entreprises volontaires (2) et le troisième niveau, le plus engageant, l'est également à destination des entreprises volontaires (3).

1. Le premier niveau d'engagement : la redéfinition de l'intérêt social

779. **La redéfinition de l'intérêt social. –** La loi Pacte a tout d'abord redéfini l'intérêt social, qui est le standard juridique à l'aune duquel doivent être appréciées les décisions prises par les organes sociaux. Il s'agit du premier niveau d'engagement dans la mesure où il concerne toutes les sociétés. Un alinéa a en effet été ajouté à l'article 1833 du Code civil, disposition du droit commun des sociétés, prévoyant que « *la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». La nouveauté induite par la rédaction de cet alinéa est double : elle permet d'inscrire la notion d'intérêt social, de source jurisprudentielle, dans le Code civil tout en faisant référence aux enjeux environnementaux et sociaux de l'entreprise. Les articles du Code de commerce régissant le rôle du conseil d'administration et du directoire ont également été modifiés, invitant ces instances à gérer la société « *conformément à son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* »[1], curieusement agrémentés en 2022 des enjeux « *culturels et sportifs* »[2].

780. **Des conséquences essentiellement symboliques. –** Si cette redéfinition juridique de l'intérêt social dispose d'une importante portée symbolique[3], les conséquences pratiques de

---

[1] C. Com., art. L. 225-35 et L. 225-64, modifiés par la *L. n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*, art. 169. Le Code AFEP-MEDEF avait déjà, lors de sa révision en 2018, été modifié en ce sens puisque son premier article dispose désormais que le Conseil d'administration « *s'attache à promouvoir la création de valeur par l'entreprise à long terme en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de ses activités* » (AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2018, art. 1.1, p. 3 ; v. A. COURET, « La révision du Code AFEP-MEDEF et le droit des sociétés », *BJS*, 2018, p. 489).

[2] C. Com., art. L. 225-35 et L. 225-64, modifiés par la *L. n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*, art. 6. « *Voilà une mesure problématique qui non seulement s'écarte de la lettre, moins large et moins contraignante de l'article 1833, alinéa 2 du Code civil* […], *mais qui risque en outre d'engendrer des difficultés d'articulation, voire des conflits, le directeur général étant, quant à lui, tenu de se conformer au seul article 1833 du Code civil* » (I. PARACHKEVOVA-RACINE, « La société face aux réalités de l'entreprise responsable : quel avenir pour la transition écologique ? », *in* A.-S. EPSTEIN et M. NIOCHE, *op. cit.*, n°28, p. 111).

[3] L'intention du gouvernement, qui à l'occasion de la présentation de ce projet de loi a déclaré que « *réécrire le Code civil est un acte politique majeur* », était d'inscrire dans la loi le principe selon lequel « *l'entreprise ne se*

cette réforme restent pour l'instant incertaines, tant pour son premier volet – la codification de l'intérêt social – que pour son second – l'intégration des enjeux environnementaux et sociaux.

781. La référence à la notion d'intérêt social au sein du Code civil n'est en effet qu'une codification d'une notion largement utilisée en jurisprudence, notamment en matière pénale, au titre de l'infraction d'abus de biens sociaux, et en droit des sociétés, dans le cadre des abus de majorité ou de minorité[1]. Le législateur n'a pas profité de cette réforme pour déterminer le contenu de cette notion, qui reste alors un standard à la disposition des juges[2]. Ainsi, « *il s'agit plutôt d'un constat qu'une révolution, en tout cas dans l'esprit du législateur* »[3]. Il ne faudrait pas en effet considérer que les enjeux sociaux et environnementaux soient désormais intégrés à la notion d'intérêt social. Comme l'a souligné le Conseil d'État, la rédaction initiée par la loi Pacte « *dissocie clairement l'obligation de "gestion" conformément à "l'intérêt social", d'une part, de la considération des "enjeux sociaux et environnementaux" de l'activité de la société, d'autre part* »[4]. Ainsi, « *ces derniers ne constituent pas une nouvelle composante extra patrimoniale de l'intérêt social* »[5]. L'examen de l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi Pacte permet de s'en convaincre : en considérant que « *la mention des enjeux sociaux et environnementaux permet de préciser que tout dirigeant devrait s'interroger sur ces enjeux et les considérer avec attention, dans l'intérêt de la*

---

limite pas à la recherche du profit mais […] *a aussi un rôle social et environnemental* » (B. LE MAIRE, « L'entreprise a aussi un rôle social et environnemental », *Les Echos*, 2018).

[1] Le projet de loi soulignait cela expressément, indiquant que cette disposition visait à « *consacrer la notion jurisprudentielle d'intérêt social* » (*Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, présenté par B. Le Maire*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 19 juin 2018, p. 58). Ce constat est également relevé par le Conseil d'État : « *l'inscription dans le code civil de la notion "d'intérêt social" a uniquement pour objet de consacrer par la loi la jurisprudence de la Cour de cassation* » (CONSEIL D'ÉTAT, ass. gén., 14 juin 2018, n°394599 et 395021, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises,* n°98, p. 38).

[2] Le standard est « *une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé* […] *qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce,* […] *occasion d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société* […] » (V° « Standard » *in* G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, p. 988). Le maintien du statut de standard social de l'intérêt social est souhaité par le législateur : « *Cette absence* [de définition de l'intérêt social] *s'explique essentiellement par le fait que la pertinence de son application pratique repose sur sa grande souplesse, ce qui la rend rétive à tout enfermement dans des critères préétablis* » (*Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, présenté par B. Le Maire, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 19 juin 2018*, p. 58).

[3] J. HEINICH, « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. Sociétés*, 2018, n°11, p. 568.

[4] CONSEIL D'ÉTAT, ass. gén., 14 juin 2018, n°394599 et 395021, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, n°98, p. 38.

[5] *Ibid.*

société, à l'occasion de ses décisions de gestion »[1], ses rédacteurs font davantage appel au registre de l'incitation qu'à celui de la contrainte. Les enjeux environnementaux et sociaux devraient donc seulement faire l'objet, selon les termes de l'article 1833 du Code civil, d'une « *considération* » par les dirigeants lors des prises de décision qui intéressent la société.

782. Cette rédaction invite donc à relativiser les conséquences de la loi Pacte sur ce point, la disjonction des enjeux sociaux et environnementaux de l'intérêt social, freinant la caractérisation d'un abus de majorité, de minorité ou de manière générale de toute faute accomplie par les dirigeants ou actionnaires majoritaires dès lors qu'une de leurs actions méconnaîtrait les enjeux sociaux et environnementaux[2]. L'exposé des motifs adossé au projet de loi permet de confirmer la faiblesse normative de la réforme sur ce point :

> « *Si l'intérêt social correspond ainsi à l'horizon de gestion d'un dirigeant, la considération de ces enjeux apparait comme des moyens lui permettant d'estimer les conséquences sociales et environnementales de ses décisions. Par conséquent, un éventuel dommage social ou environnemental ne pourra pas prouver à lui seul l'inobservation de cette obligation* »[3].

783. En conséquence, l'article 1844-10 du Code civil, en son troisième alinéa, a expressément exclu la possibilité de demander la nullité des actes et délibérations des organes sociaux sur le fondement d'une mauvaise prise en considération des enjeux environnementaux et sociaux. Cette disposition a été adoptée par le législateur en raison des craintes exprimées par les entreprises et certains auteurs quant aux éventuelles conséquences d'une intégration dans la notion d'intérêt social des enjeux environnementaux et sociaux[4]. En

---

[1] *Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, présenté par B. Le Maire, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 19 juin 2018*, p. 58.

[2] « *L'obligation légale du dirigeant se limite en effet à la "prise en considération" des enjeux sociaux et environnementaux et traduit donc uniquement une obligation de moyen. Il en résulte, d'une part, que la prise en considération desdits enjeux sociaux et environnementaux ne saurait primer sur l'intérêt social, qui demeure un impératif. Il en résulte, d'autre part, que le non-respect de cette nouvelle disposition n'est pas sanctionné par la nullité des actes ou délibérations des organes de la société, l'article 1844-10 du Code civil sur la nullité des actes excluant expressément de son champ d'application l'article 1833* » (C. BLONDEL et M. LANCRI, « Intérêt social élargi, raison d'être et société à mission dans la loi Pacte : la grande illusion ? », *Rev. int. Compliance*, 2019, comm. 142). V. également E. MAZUYER, « L'instrumentalisation de la responsabilité sociale de l'entreprise en droit français », *Les Cahiers de droit*, 2021, vol. 62, n°3, p. 653.

[3] *Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, présenté par B. Le Maire, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 19 juin 2018*, p. 58 et s.

[4] Des auteurs se sont en effet exprimés pour contester le projet de loi Pacte en ce qu'il opère une « *navrante confusion entre l'entreprise et la société* » : « *pourquoi faudrait-il imposer aux seuls associés de défendre un intérêt qui n'est pas le leur et des valeurs qu'il revient à la loi de garantir ?* » (F.-X. LUCAS, « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *BJS*, 2018, p. 477). De plus, le projet a été décrié en ce qu'il

définitive, la redéfinition de l'intérêt social et la référence aux enjeux environnementaux et sociaux constitue une mesure essentiellement symbolique qui ne semble pas produire de conséquence particulière, sauf à imaginer une interprétation audacieuse de la disposition par les juges.

784. A côté de cette disposition obligatoire de droit commun, la loi pacte a proposé un deuxième niveau d'engagement, relatif à l'adoption d'une raison d'être pour les entreprises volontaires.

2. Le deuxième niveau d'engagement : la raison d'être

785. **Un dispositif facultatif. –** La loi Pacte a été l'occasion de créer un dispositif à caractère facultatif, plus engageant que la simple « *considération* [des] *enjeux environnementaux et sociaux* » de l'article 1833 du Code civil. L'article 1835 du Code civil permet d'intégrer au sein des statuts de la société « *une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité* »[1]. Ce concept permettrait de donner corps à l'entreprise, en tant qu'entité dotée d'une raison d'*être* – le vocabulaire utilisé n'est pas anodin – dépassant le cadre de sa structure juridique qu'est la société[2]. La raison d'être vise à « *redéfinir la finalité de l'entreprise par d'autres éléments que la seule recherche de performance économique et*

---

soumettrait les entreprises françaises à des contraintes auxquelles ne sont pas soumis leurs concurrents étrangers (P.-H. CONAC, « La société et l'intérêt collectif : La France seule au monde ? », *Rev. Sociétés*, 2018, n°21, p. 558).

[1] La loi Pacte a également amendé le Code de commerce qui précise désormais que le Conseil d'administration, ou le Directoire le cas échéant, « [prennent] *également en considération, s'il y a lieu, la raison d'être de la société* » (C. Com., art. L. 225-35 et L. 225-64).

[2] Le rapport Notat-Sénard, qui a recommandé l'adoption de la raison d'être dans le Code civil, va en ce sens : « *La raison d'être exprime ce qui est indispensable pour remplir l'objet de la société. Cet "objet social" étant devenu un inventaire technique, il est nécessaire de ramasser en une formule ce qui donne du sens, à l'objet collectif qu'est l'entreprise. C'est un guide pour déterminer les orientations stratégiques de l'entreprise et les actions qui en découlent. Une stratégie vise une performance financière mais ne peut s'y limiter. La notion de raison d'être constitue en fait un retour de l'objet social au sens premier du terme, celui des débuts de la société anonyme, quand cet objet était d'intérêt public. De même qu'elle est dotée d'une volonté propre et d'un intérêt propre distinct de celui de ses associés, l'entreprise a une raison d'être* » (N. NOTAT et J.-D. SENARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif. Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des Finances du Travail*, 2018, p. 6).

financière et d'ancrer ainsi la stratégie de l'entreprise notamment dans les enjeux sociétaux et environnementaux »[1].

786. **Un contenu flou. –** Mais le contenu de cette raison d'être reste assez flou[2] : il appartient donc aux entreprises de s'approprier cette notion dès lors qu'elles font le choix de se munir d'une raison d'être. Les seules indications émanant des travaux préparatoires ne permettent pas d'éclairer la consistance de la notion : l'exposé des motifs du projet de loi définit la raison d'être comme étant une « *forme de doute existentiel fécond permettant* […] *d'orienter* [l'entreprise] *vers une recherche du long terme* »[3]. Cette formule est révélatrice du caractère peu juridique de cette notion : la loi Pacte entend inciter les entreprises à se doter d'une raison d'être, tout en les laissant libres d'en définir les contours. Il semblerait que l'incitation ait fonctionné : « *seules 12 % des entreprises du CAC 40 avaient formulé une Raison d'être en 2019, et elles sont près de 80% trois ans plus tard (et près de 60% pour le SBF 120)* »[4].

787. **L'enjeu de la précision de la raison d'être. –** Si de nombreuses entreprises se sont dotées d'une raison d'être, demeure la question de sa consistance et de ses conséquences ; autrement dit, la question de sa force normative. La lecture des raisons d'être des entreprises du CAC 40 fait apparaître en effet des formules vagues :

- « *Créer la beauté qui fait avancer le monde* » (groupe de l'industrie cosmétique) ;
- « *Agir chaque jour dans l'intérêt de nos clients et de la société* » (établissement bancaire) ;
- « *Agir pour le progrès humain en protégeant ce qui compte* » (groupe d'assurance) ;
- « *Créateurs de convivialité* » (groupe de fabrication et distribution de vins et spiritueux) ;

---

[1] C. BLONDEL et M. LANCRI, « Intérêt social élargi, raison d'être et société à mission dans la loi Pacte : la grande illusion ? », *Rev. int. Compliance*, 2019, comm. 142.
[2] Le Conseil d'État, dans son avis relatif au projet de loi, invitait ainsi le Gouvernement à « *apporter des précisions sur le contenu et la portée de la notion de "raison d'être"* » (CONSEIL D'ÉTAT, ass. gén., 14 juin 2018, n°394599 et 395021, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises,* n°95, p. 37).
[3] *Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, présenté par B. Le Maire, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 19 juin 2018*, p. 59.
[4] BCG BRIGHTHOUSE, *Raison d'être des entreprises : de l'intention à l'action ? Trois ans après la loi PACTE, l'état des lieux*, 2022, p. 6.

- « *Ressourcer le monde* » (groupe de gestion de l'eau, des déchets et de l'énergie)[1].

788. S'il est vrai que la raison d'être doit demeurer, à l'instar de ce que recommande un guide pratique de la Bpifrance, « *une formule généralement brève décrivant l'ambition de l'entreprise qui dépasse sa dimension strictement économique* »[2], elle devrait pour autant, selon nous, recouvrir un but précis. En effet, une enquête menée auprès d'administrateurs de sociétés françaises suggère que dans 45% des cas, « *la raison d'être n'est qu'occasionnellement voire jamais considérée comme facteur de prise de décision du conseil* »[3]. Une meilleure précision de la formule favoriserait ainsi une prise en compte de cette raison d'être lors des décisions stratégiques. D'autres entreprises ont adopté des formules qui nous paraissent plus pertinentes, car plus précises et opérationnelles :

- « *Rendre durablement le plaisir et les bienfaits de la pratique du sport accessibles au plus grand nombre* » (groupe de distribution d'articles de sport, non coté au CAC 40) ;
- « *Construire un avenir énergétique neutre en CO_2, conciliant préservation de la planète, bien-être et développement, grâce à l'électricité et à des solutions et services innovants* » (entreprise publique de production et distribution d'électricité).

Ces deux raisons d'être fournissent un objectif clair – l'accessibilité des produits pour l'une et la neutralité carbone pour l'autre – qui pourra guider concrètement la stratégie de l'entreprise et permettra de dépasser le seul discours *marketing*[4]. La précision de la raison d'être nous paraît déterminante de son utilité.

789. **Proposition de renforcement du suivi de la raison d'être. –** Mais la précision de la formule utilisée pour ancrer la raison d'être dans les statuts n'est pas une garantie suffisante

---

[1] Pour la liste complète des raisons d'être des entreprises du CAC 40, v. *id.,* p. 56.

[2] BPIFRANCE et MOTS-CLES, *Se doter d'une raison d'être, devenir une société à mission. Guide pratique à destination des dirigeantes et des dirigeants des PME-ETI*, 2021, p. 1.

[3] IFA, ORSE et PWC, *La Responsabilité Sociétale des Entreprises, nouvelle priorité stratégique des administratrices et administrateurs ?*, 2022, p. 15. L'enquête, menée en ligne, a été conduite auprès de 200 personnes, majoritairement administrateurs de sociétés (et dans une moindre mesure, dirigeants mandataires sociaux, censeurs et secrétaires de conseil).

[4] La raison d'être permet parfois de transformer le modèle économique de l'entreprise. Un groupe de distribution de tabac, non coté au CAC 40, a adopté la raison d'être suivante : « *Se mobiliser et innover pour permettre aux fumeurs adultes d'arrêter la cigarette en faisant de meilleurs choix* ». L'entreprise justifie l'adoption de cette raison d'être au regard du développement des produits sans fumée qui devraient à terme remplacer la vente de cigarettes : elle entend « *initi*[er] *une transformation visant à créer un avenir sans fumée et, à terme, à remplacer les cigarettes par des produits sans fumée* » (PHILIP MORRIS FRANCE, « Philip Morris France se dote d'une Raison d'être », 1er juil. 2021, [https://www.pmi.com/markets/france/fr/medias/details/philip-morris-france-se-dote-d-une-raison-d-etre]).

de sa capacité à guider la stratégie de l'entreprise, c'est-à-dire à tenir lieu de norme. En effet, sans des actions concrètes, une raison d'être, même précise et ambitieuse, peut demeurer lettre morte[1]. Il nous semble ainsi qu'en l'état, la possibilité d'adopter une raison d'être statutaire, créée par la loi Pacte, est davantage une mesure symbolique qu'opérationnelle et effective. Pour relier les intentions aux actes, des mesures de suivi de la conformité des actions de l'entreprise à sa raison d'être doivent être engagées. C'est un impératif dans la mesure où une enquête récente suggère que seule la moitié des entreprises dotées d'une raison d'être met en place des dispositifs et dédie des moyens consacrés au suivi de la raison d'être[2]. La loi devrait être renforcée dans ce sens ; ce renforcement serait d'autant plus accepté que le dispositif de la raison d'être est facultatif. Si les entreprises peuvent retirer un avantage concurrentiel lié à leur raison d'être, il paraît équitable d'attendre d'elles qu'elles mettent en place des mesures pour garantir la conformité de leur stratégie à cette raison d'être. Le Conseil d'État tire d'ailleurs de ce dispositif une obligation en considérant que, bien que facultative, « *cette disposition n'est toutefois pas dépourvue de portée normative dans la mesure où, pour les entreprises qui auront fait ce choix, l'inscription dans les statuts obligera à s'y conformer* »[3]. Mais la loi n'apporte aucun élément permettant de concrétiser cette portée normative. Il pourrait être prévu que toute société se dotant d'une raison d'être soit tenue d'établir un compte-rendu de son suivi, le cas échéant vérifié et débattu par un comité de parties prenantes.

790. **La judiciarisation possible de la raison d'être. –** Enfin, il n'est pas exclu que les juges judiciarisent la raison d'être en appréciant certaines actions soumises à leur contrôle. La raison d'être est en effet tant imposée aux actionnaires, pour lesquels les statuts de la société tiennent lieu de loi[4], qu'aux dirigeants, qui doivent la prendre en considération dans leurs

---

[1] « *Inscrire dans les statuts raison d'être et objectifs n'en modifie pas la substance et n'en accroît que fort peu la portée dès lors qu'ils sont formulés en des termes si généraux qu'ils ne sont guère que déclarations d'intention, porteuses de peu de contraintes, du moins d'ordre juridique* » (B. TEYSSIE, « Les sociétés à mission », *JCP G*, n°17, 2021, doctr. 477, n°34).

[2] IFA, ORSE et PwC, rapport préc., p. 8. L'enquête, menée en ligne, a été conduite auprès de 200 administrateurs de sociétés, dirigeants mandataires sociaux, censeurs et secrétaires de conseil.

[3] « […] *l'inscription d'une "raison d'être" dans les statuts constitue une simple faculté. Le Conseil d'État considère que cette disposition n'est toutefois pas dépourvue de portée normative dans la mesure où, pour les entreprises qui auront fait ce choix, l'inscription dans les statuts obligera à s'y conformer* » (CONSEIL D'ÉTAT, ass. gén., 14 juin 2018, n°394599 et 395021, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, n°105, p. 39).

[4] C. Civ., art. 1103.

décisions de gestion[1]. Ainsi, les décisions de ces deux organes pourraient être contrôlées par le juge à l'aune de la raison d'être de la société. L'hypothèse a par exemple été émise à l'encontre des offres publiques d'achat : « *une raison d'être, telle que la préservation de l'environnement ou la protection de la santé, pourrait-elle permettre à ses dirigeants de l'opposer ensuite à l'initiateur d'une offre publique hostile, en arguant d'une incompatibilité* "*existentielle*" *entre cet initiateur et la raison d'être de la société cible ?* »[2]. Ainsi, le conseil d'administration, ou le directoire le cas échéant, pourrait trouver dans la raison d'être « *une assise, une source de légitimation à sa stratégie* »[3]. Il nous semble qu'une telle décision prise sur le fondement du non-respect de la raison d'être pourrait tout à fait être validée par les juges.

791. Contrairement à la raison d'être, le statut de la société à mission, le troisième niveau d'engagement créé par la loi Pacte, offre un panel de mesures qui permettent de garantir son effectivité.

3. Le troisième niveau d'engagement : la société à mission

792. **Un dispositif facultatif assorti de conditions. –** Enfin, un autre dispositif facultatif a été créé à l'occasion de la loi Pacte : la société à mission. Bien que facultatif, ce dispositif est assorti d'un véritable régime juridique soumis au respect de certaines conditions. Pour revêtir ce statut, plusieurs conditions doivent être remplies par la société en vertu de l'article L. 210-10 du Code de commerce[4]. Déjà, celle-ci devra modifier ses statuts pour y intégrer une raison d'être, ainsi qu'« *un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité* »[5] et « *les modalités du suivi de l'exécution de* [cette] *mission* »[6]. Ensuite, la société doit déclarer sa qualité de société à

---

[1] C. Com., art. L. 225-35 et L. 225-64.
[2] F. ALOGNA, « La raison d'être, nouveau moyen de défense anti-OPA ? », *RD bancaire et fin.*, 2021, dossier 22, n°41.
[3] *Id.*, n°42.
[4] Pour les mutuelles, v. C. mut., art. L. 110-1-1 à L. 110-1-3.
[5] Par exemple, le groupe Danone, seule société cotée au CAC 40 à avoir adopté le statut, s'est fixé quatre objectifs dont « *Améliorer la santé, grâce à un portefeuille de produits plus sains, à des marques qui encouragent de meilleurs choix nutritionnels, et à la promotion de meilleures pratiques alimentaires, au niveau local* » (DANONE, *Rapport du comité de mission*, 2021, p. 4).
[6] C. Com., art. L. 210-10, 1° à 3°.

mission au greffe du Tribunal de commerce aux fins d'une publication au registre du Commerce et des Sociétés[1]. La mention sera donc portée sur le Kbis de la société.

793. **Un régime juridique garantissant l'exécution de la mission : le comité de mission. –** Mais à travers ce nouveau statut de société, le législateur ne s'est pas contenté de créer une nouvelle obligation de transparence ou un nouveau label. Ce statut est en effet adossé à des mécanismes assurant l'exécution de la mission. L'article L. 210-10, 3° du Code de commerce prévoit qu'un comité de mission, chargé du suivi de ladite mission, doit en effet être institué par la société, distinct des organes sociaux et composé d'au moins un salarié[2]. Il est chargé du suivi de l'exécution des objectifs sociaux et environnementaux que l'entreprise s'est fixés à titre de mission. A cet effet, le comité « *procède à toute vérification qu'il juge opportune et se fait communiquer tout document nécessaire au suivi de l'exécution de la mission* ». Le comité de mission doit présenter à l'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes un rapport qui est joint au rapport de gestion. Ainsi, le statut de société à mission constitue par ailleurs un outil à la disposition des entreprises afin de renouveler leur mode de gouvernance[3].

794. **Un régime juridique garantissant l'exécution de la mission : la vérification par un organisme tiers indépendant. –** L'article L. 210-10, 4°, du Code de commerce prévoit que l'exécution des objectifs sociaux et environnementaux est vérifiée par un organisme tiers indépendant, soumis à des règles similaires à celles qui intéressent la déclaration de performance extra-financière[4]. La vérification doit être effectuée au moins tous les deux ans[5]. Pour procéder à cette vérification, l'organisme tiers indépendant (OTI) peut demander l'accès à tout document utile et peut se rendre sur place[6]. Au terme de ses vérifications, l'OTI doit

---

[1] Le greffier doit vérifier que les statuts comprennent bien les éléments prévus par la loi (C. Com., art. L. 210-10, 5°).
[2] Les sociétés de moins de cinquante salariés peuvent décider de remplacer ce comité par un « *référent de mission* », qui peut être un salarié (C. Com., art. L. 210-12).
[3] V. K. LEVILLAIN, B. SEGRESTIN, et A. HATCHUEL, « La mission : une norme de gestion comme fondement de la gouvernance de l'entreprise responsable », *RIDE*, 2021, p. 193.
[4] L'organisme tiers indépendant doit être accrédité et est soumis aux mêmes incompatibilités que celles du commissaire aux comptes (C. Com., art. R. 210-21, I). Il est désigné en principe par les dirigeants, sauf mention contraire des statuts, pour une durée renouvelable une fois de six exercices (C. Com., art. R. 210-21, II). V. R. MORTIER, « Top départ pour les sociétés à mission ! », *Dr. sociétés*, 2020, comm. 35, p. 20.
[5] Les intervalles entre les vérifications sont plus longs pour les sociétés employant moins de cinquante salariés. V. C. Com., art. R. 210-21, II.
[6] C. Com., art. R. 210-21, III. Sur ces diligences, v. C. Com., art. A. 210-1.

rendre un avis joint au rapport du comité de mission, faisant état des diligences mises en œuvre et indiquant « *si la société respecte ou non les objectifs qu'elle s'est fixés* »[1]. L'avis permettra d'apprécier les moyens mis en œuvre pour respecter l'objectif, les résultats obtenus, l'adéquation des moyens au respect de l'objectif ainsi que les éventuelles « *circonstances extérieures à la société ayant affecté le respect de l'objectif* »[2]. Enfin, l'avis doit contenir une conclusion motivée permettant d'indiquer si l'OTI considère que la société a rempli sa mission, ou non, ou qu'il lui est impossible de conclure[3]. Si l'OTI considère que les objectifs n'ont pas été respectés, son avis devra mentionner « *les raisons pour lesquelles, selon lui, les objectifs n'ont pas été atteints ou pour lesquelles il lui a été impossible de parvenir à une conclusion* »[4]. L'avis de l'OTI doit être publié sur le site internet de la société afin que ses parties prenantes en soient informées[5].

795. **Un régime juridique garantissant l'exécution de la mission : une sanction. –** Enfin, une sanction est prévue à l'article L. 210-11 du Code de commerce : si la société à mission ne respecte pas les conditions d'application et surtout si l'OTI conclut au non-respect de l'un ou de plusieurs des objectifs fixés, « *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* ». L'existence de cette sanction ancre le régime de la société à mission dans une certaine logique juridique. Il s'agit d'une règle non obligatoire qui dispose d'une force contraignante dès lors que la société décide de s'y conformer : « *par rapport à la voie d'une responsabilisation "par le marché", pensée comme extrajuridique, la mission conserve la nature volontaire de l'engagement, mais lui ajoute une dimension juridique par l'inscription statutaire, qui la rend pérenne dans le temps* »[6]. Cela explique sans doute le fait que ce dernier niveau d'engagement est beaucoup moins adopté par les entreprises que ne l'est la raison d'être : moins de 1 000 sociétés

[1] C. Com., art. R. 210-21, III.
[2] C. Com., art. A. 210-2, 4°.
[3] C. Com., art. A. 210-2, 5°.
[4] C. Com., art. R. 210-21, III.
[5] C. Com., art. R. 210-21, IV.
[6] K. LEVILLAIN, B. SEGRESTIN, et A. HATCHUEL, art. préc., p. 193.

françaises ont adopté le statut, dont 90% de micro-entreprises et PME[1]. Pourtant, c'est bien l'existence de cette sanction ainsi que la charge qu'implique le respect des conditions d'application – une modification statutaire, la création d'un comité de mission, la soumission à la vérification d'un OTI – qui permettent d'assurer le respect du régime par les entreprises volontaires.

796. **Une mesure contraignante appliquée avec souplesse. –** Néanmoins, la contrainte est toute relative. Ce statut offre un cadre aux entreprises à mission dont elles sont libres de déterminer les contours : ce sont elles qui maîtrisent le seuil des objectifs à atteindre. Au regard du caractère facultatif de la mesure, les comités de mission et OTI semblent plutôt conciliants. Le cas de Danone, seule entreprise du CAC 40 à avoir adopté ce statut, est significatif. Le groupe a rempli en 2021 tous ses objectifs, à l'exception d'un objectif : 95% de produits dont la teneur en sucre ne dépasse pas l'objectif que Danone s'est fixé en interne (il s'agit donc d'un objectif calibré sur un autre objectif). Cette année-là, les volumes conformes étaient de 92% au lieu de 95%. Le rapport du comité de mission est conciliant, cherchant à encourager l'entreprise dans sa démarche de progrès et à souligner les raisons de l'absence d'atteinte de l'objectif[2]. L'OTI l'est aussi, soulignant que si la trajectoire n'a pas été atteinte, « *des circonstances extérieures et imprévisibles ont impacté les dynamiques de marché et ainsi l'atteinte de la cible malgré les moyens mis en œuvre par Danone* »[3]. Ainsi, il en conclut qu'il n'a pas été « *en mesure de collecter des éléments suffisants et appropriés pour émettre une conclusion sur le respect par l'entité de l'objectif social et environnemental* » visé[4]. La sanction est donc appliquée avec souplesse. Il semble ainsi que « *les contraintes qu'induit l'adoption de la qualité de société à mission doivent être*

---

[1] OBSERVATOIRE DES SOCIETES A MISSION, *Infographie des sociétés à mission*, 2022, [https://www.observatoiredessocietesamission.com/].

[2] Pour l'année 2021, un des objectifs n'est pas atteint par l'entreprise. Le comité de mission justifie : « *Danone s'était fixé pour objectif en 2021 d'améliorer la proportion de ses produits respectant son objectif interne de teneur en sucres. Ses performances dans ce domaine, avec 92,4 % de volumes conformes, sont plus faibles que prévu (95%). Il semble que les efforts de reformulation consentis par l'Entreprise pour réduire les sucres ajoutés aient légèrement fléchi du fait de la pandémie de Covid-19 et de la dynamique de marché. Danone poursuit néanmoins dans cette voie, comme le montre la progression, en volume, des ventes de produits sans sucres ajoutés. Le Comité a conscience que l'objectif interne de teneur en sucres de Danone est ambitieux et déjà proche du maximum défini en 2016. Nous reconnaissons qu'il est difficile de reformuler des produits tout en maintenant leurs qualités organoleptiques et leur supériorité par rapport à la concurrence, dont les objectifs en matière de sucre n'ont pas toujours été des plus exigeants* » (DANONE, *Rapport du comité de mission*, 2021, p. 10).

[3] *Id.*, p. 23.

[4] *Ibid.*

recherchées dans une autre dimension, celle où siège, alimenté par la clameur des réseaux, le tribunal médiatique »[1]. La sanction réputationnelle soutient donc le levier de la transformation des buts de l'entreprise activé par le droit *via* le statut de société à mission.

797. En définitive, les mutations tenant aux finalités de l'entreprise ont été saisies par le droit, notamment à travers la loi Pacte, qui les a à son tour favorisées, en promouvant un meilleur engagement des entreprises[2]. Ces transformations, qui affectent le rôle de l'entreprise dans la société et qui se traduisent dans sa gouvernance mais également dans son engagement, justifient l'influence grandissante qu'elle exerce sur ses parties prenantes.

[1] B. TEYSSIE, « Les sociétés à mission », *JCP G*, n°17, 2021, doctr. 477, n°34. Sur le poids de la sanction réputationnelle en matière de sociétés à mission, v. également H. CASTELNAU, « Société à mission : *Purpose washing* ou engagement sincère ? », *JCP G*, 2022, doctr. 337.

[2] Ainsi, « *l'intégration de la définition de la RSE dans la législation et les statuts des sociétés démontre le caractère prélégislatif de certaines formes de* soft law » (E. MAZUYER, « La garantie normative en matière de *soft law* : les particularismes de la RSE », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La garantie normative. Exploration d'une notion-fonction*, Mare & Martin, 2021, p. 111).

Section 2. Les manifestations du nouveau pouvoir de l'entreprise

799. Forte d'un pouvoir grandissant dans la société, l'entreprise dispose d'une certaine influence auprès de ses parties prenantes qu'elle va exercer afin de déployer la RSE. Ce nouveau pouvoir, qui s'étend essentiellement auprès des partenaires économiques de l'entreprise, mais également auprès de ses salariés, se manifeste sous des formes diverses. Cette influence est avant tout diffuse, s'exerçant hors de tout support juridique. Mais le droit permet parfois d'accompagner cette évolution : dans ce cas, l'influence de l'entreprise apparaît formalisée.

800. Ainsi, le phénomène de diffusion de la RSE auprès des parties prenantes (§1) peut emprunter des voies formalisées (§2).

§1. Le phénomène de diffusion de la RSE auprès des parties prenantes

801. Le pouvoir de l'entreprise s'exerce tout d'abord de manière diffuse, auprès d'un certain nombre de ses parties prenantes qui correspond au périmètre de son influence (A). Cette influence informelle repose sur l'effet de mimétisme, c'est-à-dire la propension des parties prenantes à imiter le comportement socialement responsable de l'entreprise influente (B).

A. Le périmètre de diffusion de la RSE par l'entreprise

802. **La sphère d'influence de l'entreprise.** – Les mutations qui ont trait au rôle de l'entreprise dans la société lui permettent d'exercer un pouvoir sur ses parties prenantes. C'est la notion de sphère d'influence qui est ici à l'œuvre : définie par l'ISO 26000 comme étant la « *portée/ampleur des relations politiques, contractuelles, économiques ou autres à travers lesquelles une organisation a la capacité d'influer sur les décisions ou les activités de personnes ou d'autres organisations* »[1], cette notion a été promue par de nombreuses institutions comme une délimitation pertinente du périmètre de la politique RSE des

[1] ISO 26000:2010, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*.

entreprises[1]. La notion voisine d'entreprise élargie, « *entreprise dont les obligations sont entendues au-delà de la personne morale dont il s'agit, non seulement aux membres d'un groupe, mais également aux fournisseurs et sous-traitants* »[2], renvoie également à l'existence d'un périmètre à l'intérieur duquel l'entreprise agit.

803. C'est auprès des personnes incluses dans ce périmètre que les entreprises exercent un pouvoir, entendu comme « *la capacité d'amener une ou plusieurs personnes à agir, individuellement ou collectivement, d'une manière désirée* »[3]. Cette capacité d'influence brouille les frontières juridiques de la société, véhicule juridique de l'entreprise qui ne correspond pas au périmètre réel de son influence : même si le pouvoir de l'entreprise ne remet pas en cause l'autonomie juridique des sociétés sur lesquelles il est exercé, il oriente leur comportement, parfois de la même façon que pourrait le faire un employeur sur un salarié. Pour autant, la sphère d'influence ne correspond pas à un périmètre intangible et uniforme au sein duquel l'influence de l'entreprise s'exerce : la sphère d'influence est composée de « *cercles concentriques représentant les divers acteurs de la chaîne de création de valeur* »[4] qui impliquent « *une gradation dans la responsabilité : plus le tiers est proche du noyau, plus il est sous influence* »[5].

804. **Le phénomène de propagation de la RSE au sein de la sphère d'influence. –** La RSE doit en grande partie son développement à l'existence d'une certaine influence de l'entreprise au sein de sa sphère. La RSE se déploie en effet par propagation : les entreprises les plus responsables ou celles sur lesquelles reposent les obligations légales liées à la RSE – essentiellement les grandes entreprises – vont imposer à leurs partenaires de respecter un

---

[1] C'est le cas par exemple des Principes directeurs de l'OCDE (« *En plus de répondre à des incidences négatives dans des domaines visés par les Principes directeurs, encourager dans la mesure du possible leurs partenaires commerciaux, y compris leurs fournisseurs et leurs sous-traitants, à appliquer des principes de conduite responsable conformes aux Principes directeurs* », v. OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, pt. A-13) ou du Pacte Mondial des Nations Unies (« *Le Pacte mondial des Nations Unies demande à ses membres de promouvoir et respecter les droits de l'homme (droit à l'éducation, à la liberté d'expression, à un environnement sain, etc.) dans leur sphère d'influence* »).

[2] F.-G. TREBULLE, « Quelle entreprise face au changement climatique ? », *D.*, 2015, p. 2272.

[3] E. PICAVET, « Gouvernance et concepts du pouvoir inter-organisationnel », *in* A. LE FLANCHEK, O. UZAN, M. DOUCIN (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Economica, 2012, p. 127.

[4] Y. QUEINNEC, « La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE. Lecture juridique d'un phénomène normatif », *Journal des sociétés*, 2012, n°100, p. 66.

[5] B. LOEVE, « "*Due diligence*" et "sphère d'influence" dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises. Enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE », *CDE*, 2010, n°3, p. 53.

minimum de valeurs éthiques. Les grandes entreprises vont alors être amenées à exercer leur influence auprès de partenaires économiques qui n'étaient initialement pas nécessairement visés par les législations en matière de RSE, soit à raison de leur taille, soit à raison de leur nationalité. L'entreprise pourra donc utiliser son influence pour déployer sa politique RSE auprès de PME ou de sociétés étrangères, notamment situées hors de l'Union européenne, qui seront incitées à prendre effectivement en compte les enjeux sociaux et environnementaux de leur propre activité[1]. En plus des frontières juridiques, le déploiement de la RSE *via* le pouvoir d'influence de l'entreprise appelle donc un affranchissement des frontières nationales.

805. De ce point de vue, le pouvoir de l'entreprise semble plus efficace que celui des États pour réguler les activités des sociétés à l'étranger. Le déploiement de la RSE permet en effet de diffuser et d'appliquer des principes éthiques dans des pays où la législation est inexistante ou lacunaire en la matière et au sein desquels l'État dont l'entreprise donneuse d'ordre relève ne peut légiférer en vertu du principe de souveraineté territoriale. Les entreprises apparaissent dans ce cadre comme « *les acteurs économiques seuls à même par les moyens contractuels déployés* […] *de dépasser les obstacles infranchissables pour les États en lien avec la souveraineté des juridictions, dont l'absence de maturité démocratique constitue un obstacle au respect des droits humains (travail des enfants, non-respect des droits sociaux)* »[2].

806. **La diffusion de la RSE auprès des salariés de l'entreprise. –** L'influence de l'entreprise ne s'étend pas seulement à ses partenaires économiques : elle atteint évidemment ses salariés, qui sont visés par les politiques RSE mises en œuvre. L'application de la RSE aux travailleurs emprunte deux directions. Certes, la RSE peut permettre d'améliorer les droits des salariés, en promouvant la santé et la sécurité, le bien-être au travail, le dialogue social et en luttant contre les diverses discriminations dont ils peuvent faire l'objet. Néanmoins, les salariés ne sont pas que les bénéficiaires des politiques RSE : ils peuvent

---

[1] « *La garantie normative de la RSE se produit alors par imitation, les grandes entreprises assujetties par la loi aux obligations RSE servant de modèle aux petites qui en sont exemptées* » (V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, « La garantie normative de la RSE. Brèves réflexions sur la RSE légalisée en droit des sociétés », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La garantie normative. Exploration d'une notion-fonction*, Mare & Martin, 2021, p. 458).
[2] M.-E. BOURSIER, « Les buts monumentaux de la *compliance* : mode d'expression des États », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les Buts monumentaux de la Compliance*, Dalloz, 2022, p. 472.

également en être les vecteurs, diffusant les politiques dans le cadre de leurs missions[1]. Dans ce cas, les salariés transmettent la politique RSE de l'entreprise dans tous ses aspects – pas uniquement son versant social. C'est à cette occasion que l'influence de l'entreprise s'exerce : l'entreprise promeut la RSE à ses salariés qui à leur tour la diffuseront aux autres parties prenantes. Quant aux moyens de cette diffusion aux salariés, ils sont divers : discours, communication interne, formation[2]. Ces canaux participent d'une culture globale de la RSE au sein de l'entreprise.

807. **Une légitimité concurrente à la légitimité étatique. –** Mais l'influence exercée par l'entreprise n'est pas sans poser difficulté au regard de son absence de légitimité démocratique : comment justifier le pouvoir normatif d'une entité économique[3] ? En d'autres termes, sur quoi repose l'acceptabilité sociale de ce pouvoir ? Tirer du statut privé de l'entreprise son absence de bien-fondé à produire des normes consisterait à nier l'existence d'autres types de légitimité que la seule légitimité « légale-rationnelle » mise en évidence par Max Weber[4]. Le déploiement des normes RSE par les entreprises à destination de leurs partenaires commerciaux peut être justifiée par deux fondements différents.

808. D'une part, c'est une légitimité propre au monde des affaires qui pourrait permettre de fonder cette influence normative : l'adaptabilité, l'efficacité et l'effectivité des entreprises leur

---

[1] « *Plus encore que les peines prévues par la loi, l'application réelle des peines et surtout les représentations sociales que les* managers *peuvent avoir d'une loi (sur-évaluation ou sous-évaluation du risque juridique) sont décisives dans l'effectivité de l'application de cette loi. Les récentes arrestations retentissantes des dirigeants français de haut rang aux États-Unis combinées aux amendes importantes infligées à des entreprises françaises ont très largement contribué à changer les représentations sociales des* managers *en matière de risque sur la compliance* » (G. DELALIEUX, « Quelques considérations prospectives sur l'effectivité présumée de la loi "Devoir de vigilance des firmes multinationales" », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 37).

[2] Ils peuvent également être plus formels, et passer par l'élaboration d'un code de conduite, comme nous le verrons *infra* §2, B.

[3] « *Quelle légitimité une entreprise, mue par la recherche du profit, peut-elle avoir à "gouverner" aux côtés des autorités publiques, dans un domaine* [l'environnement] *qui relève éminemment de l'intérêt général et où les pressions économiques et financières sont telles qu'il est permis de douter de ses intentions réelles ?* » (P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement : recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, 2013, n°368, p. 361).

[4] Max Weber distinguait trois types théoriques de domination, auxquels étaient associés trois formes de légitimité : la légitimité traditionnelle, fondée sur la coutume, la légitimité charismatique, reposant sur l'autorité d'une figure et la légitimité légale rationnelle, qui est la croyance dans la force du système juridique (v. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1972). Les démocraties modernes ont tenté d'asseoir leur pouvoir sur ce dernier type de légitimité, en développant la théorie de l'État de droit. Dans les faits, la domination est fondée sur une légitimité dont les fondements s'entrecroisent.

octroieraient une certaine légitimité pour produire des normes[1]. Les normes imposées par les entreprises semblent remplir la même fonction que celle qui est dévolue aux sources du droit souple qualifiées de « *réactives* »[2] et « *techniques* »[3] par S. Gerry-Vernières. Les entreprises sont en effet particulièrement qualifiées pour établir les modalités de mise en œuvre des politiques environnementales et sociales qu'elles déploient[4].

809. D'autre part, c'est une légitimité d'ordre axiologique – à l'instar de l'un des axes de la théorie de la validité tridimensionnelle des normes[5] – qui semble justifier l'influence normative des entreprises en matière de RSE. Le critère axiologique « *entend apprécier la validité des actes et des normes juridiques à l'aune de valeurs méta-positives* »[6]. Quand les entreprises produisent des normes RSE à destination de leurs homologues, « *le mobile affiché par les entreprises est de respecter, voire de produire, une certaine éthique* »[7]. Ainsi, « *les normes issues de cette démarche portent ainsi l'apparat de la morale, gage de leur légitimité* »[8]. L'intérêt de l'entreprise à déployer sa politique RSE converge alors, dans une certaine mesure, avec l'intérêt général[9].

810. Pour autant, l'on ne saurait en déduire la substitution de la légitimité légale-rationnelle à ces nouveaux types de légitimité. En effet, les normes produites par l'entreprise ont un

---

[1] C. Granier observe ainsi que « *la matière financière illustre la montée en puissance d'un autre type de légitimité fondée sur l'efficacité des producteurs de la norme juridique, c'est-à-dire sur leur capacité à se conformer aux caractéristiques de l'objet réglementé* » (C. GRANIER, *Les sources du droit financier*, Université Jean Moulin Lyon 3, 2018, p. 630). V. également F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit,* Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 337.

[2] S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit : A propos des sources étatiques non contraignantes,* Economica, 2012, n°322 et s., p. 283 et s. S. Gerry-Vernières observe ainsi qu'« *à défaut d'être un droit mûri et pérenne, les "petites" sources sont un droit provisoire palliant l'incertitude du droit en attendant l'intervention des sources officielles ou la consécration par l'usage d'une pratique* » (*id.*, n°367, p. 324). Si cette observation a été faite à propos des sources étatiques de droit souple, le caractère de sources de « *droit provisoire* » pourrait être transposé aux sources qui nous occupent – la production normative des entreprises à l'égard de leurs partenaires – dans la mesure où elles précéderaient l'intervention des États en matière environnementale et sociale. V. également *id.*, n°542, p. 471 : « *les "petites" sources répondent à un besoin de rapprochement entre le droit abstrait et les situations les plus concrètes* ».

[3] *Id.*, n°372 et s., p. 329 et s.

[4] Ainsi, « *les "petites" sources sont des sources techniques édictant un droit précis, spécialisé et sectorisé* » (*id.*, n°414, p. 367). Ce caractère, dégagé à propos des sources étatiques non contraignantes, peut également être transposé à la production normative des entreprises en matière environnementale et sociale.

[5] V. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 310 et s. Il existerait trois types de validité d'une norme, qui peuvent se combiner : la validité formelle, empirique et axiologique.

[6] *Id.*, p. 337.

[7] E. MAZUYER, « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 578.

[8] *Ibid.*

[9] V. M. CAPRON et F. QUAIREL, *L'entreprise dans la société*, La Découverte, 2015, p. 13 et s.

champ d'application bien plus restreint que les normes potentiellement produites par les États. Elles sont cantonnées au domaine de la RSE et surtout, visent uniquement les partenaires commerciaux de l'entreprise[1]. Cette différence de portée, et donc de statut, est bienvenue puisque si la légitimité des acteurs privés dans le processus d'autorégulation peut « *se prévaloir des avantages de la rapidité, de la flexibilité, de l'adaptabilité aux circonstances, ou encore de l'efficacité de sa mise en œuvre, en revanche elle assure mal la représentativité de tous les intérêts concernés, de même qu'elle ne présente guère les garanties procédurales qu'on est en droit d'attendre d'une régulation démocratique* »[2]. Il n'en demeure pas moins qu'en matière de RSE, tout comme en matière financière, « *une légitimité d'ordre sectoriel, ne prévalant qu'à l'égard des destinataires de la norme, semble* […] *concurrencer une légitimité s'appréciant traditionnellement à l'échelle de la société globale* »[3].

811. L'entreprise, exerçant son influence au sein d'un périmètre défini, le fait au moyen d'un canal de diffusion qui repose sur l'effet de mimétisme.

B. Le canal informel de diffusion de la RSE par l'entreprise : l'effet de mimétisme

812. **Le ressort de l'imitation. –** Le déploiement de la RSE peut tout d'abord provenir d'un mécanisme spontané, qui n'implique pas nécessairement une contrainte ou incitation directe de l'entreprise envers ses parties prenantes mais qui repose sur le ressort de l'imitation. Par mimétisme, les entreprises vont chercher à adopter le même comportement que d'autres entreprises[4] ; la démarche responsable d'une entreprise peut également inspirer

---

[1] Une différence de degré les distingue donc. L'on reprendra à cet égard la distinction opérée par C. Thibierge, qui oppose sources *de* droit et sources *du* droit. Les premières permettraient de tenir compte de « *l'expansion contemporaine des sources* » caractérisée notamment par « *la montée en puissance de la pratique, source de droit* », « *la reconnaissance de l'émergence des sources privées, non étatiques* », « *le développement des sources de droit spontané et de droit souple* », etc. Toutes ces sources *de* droit « *dont la reconnaissance et l'effectivité ne préjugent cependant pas de la légitimité* » ne peuvent « *se situer sur le même plan que les sources* du *droit* ». Ainsi, « *leur intégration au sein de la théorie générale des sources constitue sans doute un prélude nécessaire à la réflexion sur leur articulation avec les sources traditionnelles* » (C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », *Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 545).

[2] F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 122.

[3] C. GRANIER, *op. cit.*, p. 630.

[4] Sur ce constat, v. notamment C. CHATELIN-ERTUR et S. ONNEE, « Des forces normatives des Codes de gouvernance des entreprises à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 649, qui soulignent « *l'effet de mimétisme largement observé dans les pratiques de gouvernance des entreprises* ».

les salariés qui appliqueront ce comportement à l'occasion de leurs missions. Ce phénomène est si diffus et insaisissable qu'il est décrit par des expressions variées : « *effet boule de neige* »[1], « *théorie des dominos* »[2], « *contagion par l'exemple* »[3], « *logique d'imitation* »[4], « *système de cascade et d'entraînement* »[5], « *effet de ruissellement* »[6], etc. Les supports de cette inspiration, qui peuvent être très divers – allant de propos tenus lors de rencontres entre entreprises à des instruments dédiés à la RSE tels que des codes de conduite, déclarations de performance extra-financière et guides de bonnes pratiques – permettent à l'entreprise d'« *envoyer des signaux* » à ses parties prenantes[7]. Dans ce cas, la prise en compte des enjeux environnementaux et sociaux par les entreprises s'effectue en cascade : une première entreprise adopte un comportement plus responsable, inspirant une autre entreprise qui adopte à son tour un tel comportement, sous peine d'être exclue du « *club des entreprises responsables* »[8]. Les entreprises sont ainsi poussées à se conformer au comportement cible. B. Frydman observe ainsi que :

> « *L'entreprise qui souscrit à un code de conduite est mise en situation de se transformer à son tour en promoteur de la responsabilité sociale* […] *en incitant des engagements similaires non seulement à ses filiales, aux autres sociétés de son groupe ou de son réseau, mais aussi aux entreprises dans lesquelles elle investit ou prête des capitaux, ainsi qu'à ses fournisseurs, voire même parfois à ses clients* »[9].

---

[1] B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », in T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN [et al.] (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007, p. 26.
[2] *Ibid.*
[3] D. BRIAND, « La responsabilité sociale de l'entreprise : Table ronde » *in* C. CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21ème siècle*, Larcier, 2013, p. 75
[4] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°211, p. 295.
[5] F. PESTRE, « Les spécificités de la mise en oeuvre des stratégies de RSE à l'international », *in Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés droit et gestion*, Economica, 2011, p. 351.
[6] AFFECTIO MUTANDI et ECOVADIS, *Le contrat et les clauses RSE, leviers incontournables de vigilance*, 2018, p. 25.
[7] M. LAROUER, *op. cit.*, n°412, p. 533.
[8] B. FRYDMAN, art. préc., p. 27. Sur cette logique de club, v. également M. LAROUER, *op. cit.*, n°211, p. 295. A propos du secteur des produits biologiques, un auteur note : « *les entreprises qui ont adopté ces stratégies ont fini par créer des précédents sur le marché, des avantages concurrentiels, et par effet domino, imposé à leurs chaînes d'approvisionnement et leurs partenaires économiques ou industriels des démarches similaires. C'est finalement l'ensemble du tissu socio-économique qui est touché et les entreprises qui ne basculent pas dans ces stratégies sont, commercialement, financièrement ou en termes de réputation marginalisées* » (O. CHARPATEAU, « Déployer le devoir de vigilance dans l'entreprise », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 123).
[9] B. FRYDMAN, art. préc., p. 26.

813. Cette observation, faite à propos d'un moyen formel d'influence (le code de conduite), vaut également pour le déploiement diffus de la RSE auprès des partenaires économiques de l'entreprise. De la même manière que la sanction réputationnelle, c'est une forme de contrôle social qui sous-tend le ressort de l'imitation[1]. Dans les commentaires de ses Principes Directeurs, l'OCDE compte sur cet effet pour stimuler l'intégration effective des enjeux sociaux et environnementaux : « *les entreprises multinationales étant fréquemment considérées comme des chefs de file dans leur secteur, il ne faut pas oublier qu'elles peuvent exercer un effet d'émulation sur les autres entreprises* »[2].

814. **Un processus autorégulateur. –** L'intégration effective des enjeux environnementaux et sociaux est alors pour partie animée par l'effet d'une boucle autoentretenue par les entreprises : « *c'est le processus de contamination et de prolifération de la responsabilité sociale qui caractérise la dynamique du phénomène et détermine son développement* »[3]. Une logique d'autorégulation est ainsi à l'œuvre, puisque ce sont les destinataires de la norme – celle d'une meilleure prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux – qui contribuent à la diffuser et à en assurer le respect. Le droit intervient alors au soutien de ce processus autorégulateur en incitant les entreprises à adopter une politique RSE. La prise en compte de ces enjeux par les entreprises repose donc en grande partie sur une « *autorégulation légalement stimulée* », dans la mesure où le droit « *conduit les grandes sociétés à produire des standards de RSE qui circulent sur le marché et servent de modèle à tous les autres opérateurs* »[4]. Ainsi, la grande société soumise aux législations RSE, et dont l'activité est encadrée voire surveillée par l'État à ce titre, reproduit ce schéma régulatoire à l'encontre de ses partenaires : « *l'opérateur surveillé* […] *se mue en régulateur privé agissant pour le compte de l'État* »[5].

815. Si l'influence de l'entreprise peut s'exercer de manière informelle et diffuse, elle peut aussi emprunter des voies plus juridiques. Autrement dit, l'influence de l'entreprise sur ses parties prenantes peut faire l'objet d'une formalisation.

---

[1] V. *supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.
[2] OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, n°72, p. 55.
[3] B. FRYDMAN, art. préc., p. 26.
[4] I. PARACHKEVOVA, « D'un reporting à l'autre : où va l'entreprise ? », *BJS*, 2017, p. 585.
[5] J.-C. RODA, « Quand la *compliance* américaine s'invite dans le contentieux contractuel français », *D.*, 2020, p. 913.

§2. La formalisation de la diffusion de la RSE auprès des parties prenantes

816. L'influence de l'entreprise peut passer par des chemins plus formels que le seul déploiement diffus de la RSE auprès de ses parties prenantes. L'outil contractuel peut en effet être adopté par l'entreprise pour formaliser son influence. Mais depuis peu, la formalisation de la diffusion de la RSE auprès des parties prenantes n'est plus seulement dépendante de la volonté de l'entreprise. Par la création du devoir de vigilance, le législateur est venu parachever la formalisation de la diffusion de la RSE auprès des partenaires économiques de l'entreprise.

817. La formalisation de la diffusion de la RSE emprunte donc des voies conventionnelles (A) mais également la voie légale depuis 2017 (B).

A. Les voies conventionnelles de diffusion de la RSE

818. **La diffusion de principes éthiques *via* les codes de conduite. –** Parmi les différentes manières de déployer la RSE auprès de sa chaîne de valeur, l'entreprise peut prendre l'initiative d'adopter un code de conduite, nommé parfois « charte éthique ». Fruit d'une démarche volontaire, ce corpus de règles éthiques formulées par les entreprises ne dispose en soi et *a priori* d'aucun caractère contraignant mais peut constituer « *un instrument d'autorité puissant vis-à-vis de ses partenaires commerciaux* »[1]. M. Larouer analyse les codes de conduite comme de véritables instruments de droit souple au regard des effets juridiques qu'ils produisent[2]. Les formulations choisies par les entreprises témoignent de la dimension normative des codes. Par exemple, le groupe LVMH précise dans son code : « [le code de conduite] *rappelle les principes de conduite qui doivent animer chacun des collaborateurs du Groupe, mais également nos partenaires et fournisseurs* »[3] ; « *LVMH demande à ses fournisseurs de se conformer aux principes éthiques qui figurent dans son Code de Conduite*

[1] M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°424, p. 547.
[2] « *C'est alors sur la fonction du droit souple de produire des effets juridiques et la propension des codes à en générer que la qualification des codes de conduite comme sources du droit repose* » (*id.*, n°422, p. 547).
[3] LVMH, *Code de conduite*, p. 9.

Fournisseurs »[1] ; « *LVMH exige de ses collaborateurs et partenaires un comportement exemplaire en matière d'intégrité* »[2]. Même sans disposer de force contraignante *a priori*, les principes éthiques contenus dans les codes de conduite peuvent ainsi inciter les partenaires commerciaux de l'entreprise à se conformer à leurs prescriptions.

819. **Le pouvoir normatif de l'employeur à l'égard de ses salariés. –** La force normative du code de conduite est plus aisée à l'égard des salariés. Le code de conduite constitue l'une des manifestations du « pouvoir normatif » de l'employeur, c'est-à-dire sa faculté à édicter des règles juridiques, classiquement contenues dans le règlement intérieur ou s'exprimant à travers un engagement unilatéral[3]. Les codes de conduite « *constitueraient pour certains une manifestation nouvelle du pouvoir normatif de l'employeur* »[4], de sorte qu'ils peuvent tenir lieu de norme à l'égard de ses employés.

820. **La contractualisation de la RSE. –** Pour les partenaires économiques de l'entreprise[5], le déploiement de la RSE *via* les codes de conduite peut emprunter des chemins plus contraignants que la seule incitation. Le respect des principes d'un code de conduite peut alors passer par son insertion dans le champ contractuel : « *le code de conduite ou ses dispositions sont insérés dans le contrat-cadre qui lie l'entreprise "tête de réseau" à*

---

[1] *Id.*, p. 10.
[2] *Id.*, p. 21.
[3] G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKES, *Droit du travail*, 36e éd., Dalloz, 2022, n°629, p. 662 : « *On distingue classiquement le pouvoir de direction de l'employeur, son pouvoir disciplinaire et son pouvoir réglementaire ou normatif* ».
[4] M. LAROUER, *op. cit.,* n°104, p. 143. Une circulaire indique que le pouvoir de direction de l'employeur « *s'exprime par des mesures réglementaires ou individuelles, au travers de divers documents : règlement intérieur, notes de service, contrat de travail et parfois, de manière plus récente, par des codes de conduite ou des chartes éthiques* » (*Circulaire DGT n°2008-22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur*, NOR : MTST0880880C).
[5] La contractualisation de la RSE est également observée, dans une moindre mesure, à l'initiative des salariés dans le cadre de la négociation collective. Ainsi, les conventions collectives contiennent de plus en plus des dispositions environnementales, comme l'a suggéré une étude empirique. Cependant, « *la masse documentaire traitée est significative mais elle ne représente qu'une part très limitée du nombre d'accords collectifs en vigueur. Il s'en déduit que les sujets de négociation portant sur le développement durable restent résiduels.* […] *Il concerne d'ailleurs plutôt les niveaux de l'entreprise ou du groupe d'entreprises, spécialement de dimension internationale, et qui ont investi depuis longtemps déjà le sujet de la RSE. Mais on peut former l'hypothèse que le droit informel de la RSE, qui relève de la catégorie de la* soft law*, ruisselle progressivement dans les pratiques plus formelles au point de s'infiltrer dans les rounds de négociation collective qu'ils soient obligatoires (QVT) ou facultatifs (organisation du travail)* » (A. BUGADA, « Le verdissement du dialogue social », *JCP E*, n°15, 2021, 1191, n°4).

l'ensemble de ses fournisseurs et sous-traitants »[1] – qui pourront à leur tour les contractualiser à l'égard de leurs propres partenaires économiques[2]. Dans ce cas, la contractualisation de la RSE est effectuée dans l'exercice de la liberté contractuelle des parties et ne résulte aucunement de l'action d'un juge qui, *a posteriori,* insérerait dans le champ contractuel un engagement éthique afin de l'assortir de force obligatoire[3]. La contractualisation en amont de principes éthiques, et notamment du principe de vigilance, est encouragée par plusieurs institutions dans un objectif de prévention[4] : le contrat insuffle la mise en œuvre de mesures par les cocontractants, ce qui permet de prévenir la survenance d'éventuels dommages[5].

821. Concrètement, une « clause RSE » peut aller du rappel du nécessaire respect de principes éthiques à l'organisation de procédures de vérification et d'alerte à l'égard du cocontractant[6]. La démarche de labellisation ou certification peut également être imposée aux partenaires de l'entreprise *via* une clause contractuelle. De la même manière, avant d'être légalement consacré, le devoir de vigilance est d'abord né d'une pratique d'insertion de clauses de vigilance dans des contrats, contraignant le partenaire à exercer sa vigilance auprès

---

[1] B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », *in* I. HACHEZ [et al.] (dir.), *Les sources du droit revisitées : Normativités concurrentes*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2012, p. 190.

[2] La contractualisation permettra ainsi d'adapter la prise en compte des enjeux environnementaux et sociaux aux spécificités de la relation d'affaires. En ce sens, le contrat dispose d'un « *effet complétif* » : « *en présence de simples pétitions de principe rédigées de manière vague et floue, le contrat permet de préciser les contours de ces engagements* » (M. MEKKI, « Contrat et devoir de vigilance », *RLDA*, 2015, n°104, n°9).

[3] V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

[4] V. HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/4, 2011, pt. 17 ; OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, pt. A-21 ; PCN, *Rapport sur la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement*, 2013, recomm. n°1 ; ISO 26000:2010, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, pt. 7.3.3.2.

[5] Ainsi, dans une étude menée auprès de 500 fournisseurs, 79% d'entre eux estiment qu'une clause RSE leur a déjà fait changé leurs pratiques, soit en leur faisant prendre conscience des enjeux environnementaux et sociaux de leur activité (41%), soit en les poussant à adopter des mesures concrètes (38%), sachant que pour les 21% de fournisseurs qui n'ont pas changé de pratiques, la majorité estime être déjà en conformité avec l'obligation contractuelle en cause (AFFECTIO MUTANDI et ECOVADIS, *Le contrat et les clauses RSE, leviers incontournables de vigilance*, 2018, p. 26).

[6] Afin d'assurer le respect de certains principes éthiques par ses partenaires, le code de conduite de Danone prévoit ainsi : « *Danone se réserve le droit de confirmer que les Partenaires commerciaux respectent les principes figurant dans le présent Code de conduite par le biais d'audits réalisés sur le site ou au bureau. Si l'audit sur site est exigé, les Partenaires commerciaux en seront avertis suffisamment à l'avance et l'audit ne saurait perturber inutilement leurs opérations* » (DANONE, *Code de conduite des partenaires commerciaux de Danone*, 2016, art. 7.1).

de ses propres partenaires économiques[1]. La prévision de telles clauses de vigilance reste pertinente même en présence d'une législation contraignante en la matière : « *longtemps perçues comme une manière de faire prospérer les comportements éthiques en l'absence de toute contrainte réglementaire, ces clauses sont désormais un passage obligé de nombreux contrats d'affaires internationaux* » en ce qu'elles « *permett*[ent] *au créancier de mesurer l'intégrité et le niveau de risque d'un partenaire, voire essayer de le contraindre à adopter un comportement irréprochable* »[2]. En matière de vigilance, la contrainte s'exerçant sur les partenaires économiques de l'entreprise peut donc être, depuis la loi de 2017 sur le devoir de vigilance[3] à la fois légale et contractuelle[4].

822. **La relation de pouvoir de l'entreprise sur ses partenaires économiques. –** Mais la contractualisation de la RSE ne signifie pas pour autant que le déploiement de la RSE auprès des partenaires économiques s'effectue de manière totalement libre et indépendante par ces derniers. De la même manière que les salariés, reliés à leur employeur par un lien de subordination, les partenaires économiques de l'entreprise sont également soumis à une relation de dépendance envers l'entreprise donneuse d'ordre, notamment quand il s'agit d'une grande société. V. Monteillet a ainsi observé :

> « *des similitudes peuvent être relevées entre le cas de l'employeur qui gère son entreprise au moyen de la conclusion de contrats de travail et le cas du donneur d'ordre qui organise son activité économique par la conclusion de contrats variés, qu'il s'agisse de sous-traitance, de fourniture, d'approvisionnements, etc. Opérer un tel rapprochement laisse envisager une émancipation par rapport au contrat pour mettre en lumière toute l'étendue de la logique du pouvoir à l'œuvre dans la contractualisation des engagements éthiques de l'entreprise. En effet, lorsque le donneur d'ordre "invite" ses cocontractants à adhérer à sa charte éthique, il*

[1] V. M. MEKKI, « Pluralisme des sources et des droits. Entre ordre et désordre », *in* M. MEKKI (dir.), *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, Bruylant, 2016, p. 62.
[2] J.-C. RODA, « Quand la *compliance* américaine s'invite dans le contentieux contractuel français », *D.*, 2020, p. 913.
[3] *L. n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.
[4] Ainsi, la pratique des clauses RSE semble répandue, surtout lorsque le contrat revêt une dimension internationale (v. AFFECTIO MUTANDI et ECOVADIS, rapport préc., p. 14).

entend leur imposer des normes de comportements socialement responsables, qu'il se charge de contrôler et le cas échéant de sanctionner »[1].

Dès lors, si la contractualisation implique le consentement du partenaire économique, ce dernier n'est néanmoins pas à l'initiative de la prévision d'une « clause RSE » dans le contrat, dont l'insertion peut même lui être imposée : « *ce n'est ni plus ni moins que la figure du contrat d'adhésion que l'on perçoit à travers la contractualisation des documents éthiques édictés unilatéralement par une entreprise* »[2]. Ainsi, « *derrière le vocable angélique de vigilance ou de conformité, c'est bien d'un rapport de force dont il est question* »[3].

823. **Le principe de force obligatoire des contrats. –** Dès lors que les principes éthiques ou procédures sont contractualisés, leur nécessaire respect, qui obéit aux règles du droit civil des contrats, ne souffre d'aucune ambiguïté[4] en vertu du principe de force obligatoire des contrats[5]. Le droit des contrats permet donc de juridiciser des principes éthiques qui relèvent pourtant classiquement du droit souple. Par exemple, le Groupe Danone précise d'emblée dans son code de conduite que « *l'acceptation et le respect du présent Code (ou de principes équivalents) est obligatoire pour l'ensemble des Partenaires commerciaux* », étant entendu que « *l'acceptation et le respect du présent Code sont réputés être confirmés par l'engagement des Partenaires commerciaux à conclure des affaires avec Danone (à moins que des principes équivalents n'aient été fournis)* »[6].

824. **La menace de sanctions contractuelles. –** Tout l'intérêt de la contractualisation de la RSE réside dans la menace de sanction contractuelle qu'elle fait peser sur son destinataire[7].

---

[1] V. Monteillet poursuit : « *La seule différence apparente entre le pouvoir de l'employeur et celui du donneur d'ordre est que le premier peut s'exprimer en dehors du contrat alors que le second en est directement dépendant. Cette différence trouve sa justification dans les origines de ce pouvoir : juridique pour le pouvoir de l'employeur, factuel pour le pouvoir du donneur d'ordre. Ce dernier a alors besoin du contrat pour espérer avoir un ancrage juridique* » (V. MONTEILLET, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Dalloz, 2017, n°477, p. 379).

[2] *Id.*, n°476, p. 377. Si les conditions sont remplies, le juge pourrait qualifier la clause comme étant abusive (v. AFFECTIO MUTANDI et ECOVADIS, rapport préc., p. 11).

[3] J.-C. RODA, art. préc., p. 913.

[4] Sauf si la clause RSE est imprécise, ce qui est en pratique assez courant (v. *infra*). V. Y. QUEINNEC, « Le contrat durable. Pour une conciliation contractuelle effective des enjeux économiques, sociaux et environnementaux », *AJCA*, 2020, p. 121.

[5] C. Civ., art. 1103.

[6] DANONE, *Code de conduite des partenaires commerciaux de Danone*, 2016, art. 1.4.

[7] La contractualisation de la RSE permet de créer « *une véritable sanction de la RSE qui, partout ailleurs, fait l'objet de purs engagements volontaires (pour l'entreprise elle-même) ou de sanctions indéfinies ou cachées (pour les salariés). L'effectivité d'une meilleure protection des droits fondamentaux par la démarche RSE y est*

La rupture de la relation contractuelle pourra en effet être envisagée en cas d'inexécution de la clause RSE. Par exemple, le code de conduite fournisseurs du groupe AirLiquide prévoit : « *Si un Fournisseur ne respecte pas les conditions figurant dans le présent Code de conduite, notamment les obligations relatives à la lutte contre la corruption, Air Liquide se réserve le droit, à sa seule discrétion, de mettre un terme à toute relation commerciale avec le Fournisseur* »[1]. Cette sanction agira comme un levier du respect des principes éthiques du code de conduite et plus largement de l'intégration des enjeux sociaux et environnementaux par les partenaires économiques. Sous cet aspect, l'éventualité d'une rupture de la relation commerciale n'est pas seulement une sanction contractuelle mais un outil comminatoire au service de la prise en compte effective des enjeux sociaux et environnementaux par les entreprises[2].

825. L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 novembre 2019 est à cet égard édifiant[3]. En l'espèce, un contrat d'agence d'affaires avait été conclu entre une société française et une société états-unienne. Une clause prévoyait que la première était soumise aux mesures anti-corruption définies par la seconde (parmi lesquelles, la formalisation régulière du renouvellement de son adhésion et de sa certification à la politique anti-corruption ainsi que la participation à des formations en ligne). Autrement dit, la société états-unienne avait contractualisé un programme de « *compliance* » à destination de ses partenaires économiques. Quelques années plus tard, la société-mère de la filiale états-unienne avait conclu un accord de poursuites différées avec le *Department of Justice* et la *Securities and Exchange Commission* pour des faits de corruption qui impliquait le renforcement de sa politique anti-corruption envers ses parties prenantes. Or, la société

---

donc plus tangible qu'ailleurs » (P. DEUMIER, S. LAULOM et E. MAZUYER, « L'application des principes du travail du pacte mondial par les entreprises françaises : exemples de bonnes pratiques de RSE ? », *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, La Documentation Française, 2010, p. 178).

[1] AIR LIQUIDE, *Code de conduite*, 2022. Le groupe Veolia prévoit, de la même façon : « *Veolia évalue et contrôle ses fournisseurs régulièrement et prend les mesures nécessaires en cas de non-respect des principes fondamentaux de la relation fournisseurs (le cas échéant, résiliation de contrat, limitation des prochaines consultations…)* » (VEOLIA, *Nos principes fondamentaux de la relation fournisseurs*, 2019, p. 2).

[2] Par ailleurs, en assurant l'efficacité de la clause RSE, la prévision de sanctions pourra potentiellement démontrer que la société a mis en œuvre tous les moyens qui pouvaient raisonnablement être attendus de sa part dans le cadre du devoir de vigilance qui lui incombe.

[3] Cass. com., 20 nov. 2019, n°18.12-817 : *D.* 2020. 913, note J.-C. RODA ; *RLDC* 2020, n°181, p. 19 note J. MESTRE. Sur cet arrêt, v. également M. LAROUER, « La manifestation des mécanismes incitatifs dans le droit français de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, 2021, p. 103.

française refusa de renouveler son adhésion et la certification de la politique, ce qui conduisit sa cocontractante à résilier le contrat sans préavis. La société française l'a alors assignée en responsabilité pour rupture brutale de leur relation commerciale[1]. La Cour de cassation a néanmoins considéré que « *compte tenu des règles fixées par le programme de* "compliance" *et de l'accord conclu, le manquement de la société* [française] *à ses obligations contractuelles, en ce qu'il était susceptible d'engager la propre responsabilité de la société* [mère états-unienne]*, était suffisamment grave pour justifier la rupture de la relation commerciale sans préavis* ». La Cour de cassation a ainsi validé l'interprétation selon laquelle le manquement à une clause RSE – plus précisément, à une clause de *compliance*[2] – peut constituer un motif suffisamment grave pouvant justifier la résiliation sans préavis du contrat.

826. **Le caractère précis des clauses, levier du déploiement de la RSE. –** L'application d'une sanction contractuelle requiert néanmoins que les termes de la clause soient clairs et précis, ce qui n'est pas forcément évident en pratique au regard du caractère discursif de la RSE. Tout l'enjeu pour les sociétés qui souhaitent inclure une telle clause dans leurs contrats réside donc dans le degré de précision de sa rédaction : le principe éthique susceptible d'être sanctionné doit être délimité, de même que les éventuels moyens d'information et de surveillance afférents. La sécurité juridique des contrats tiendra donc en grande partie à l'amélioration de la précision des obligations relatives à la RSE, ce que les évolutions législatives récentes ne manquent pas d'alimenter. C'est à ces conditions que le véhicule contractuel, par les exigences qu'il implique, constituera un puissant moteur du déploiement de la RSE, en lui offrant des applications précises, donc sanctionnables.

827. **Un épanouissement en dehors de la sanction contractuelle. –** La menace d'une sanction contractuelle n'est cependant pas le seul moteur de la diffusion de la politique RSE d'une entreprise auprès de ses partenaires commerciaux. Le foisonnement de clauses dépourvues de tout engagement juridique en atteste : les sociétés peuvent se contenter d'inscrire des discours de RSE flous dans le contrat. Dans ce cas, la contractualisation de la RSE n'est pas pour autant dépourvue d'effet normatif, puisqu'elle contribue à diffuser la politique de l'entreprise auprès de ses cocontractants. La clause produira un « *effet*

[1] C. Com., anc. art. L. 442-6, I, 5°, aujourd'hui art. L. 442-1, II.
[2] Sur les contrats et clauses de *compliance*, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Contrat de compliance, clauses de compliance », *D.*, 2022, p. 2115.

informatif » en sensibilisant le partenaire économique[1]. Ainsi, un rapport mené par une agence de conseil en RSE et une agence de notation extra-financière auprès de leurs clients conclut :

> « *près de la moitié des fournisseurs nous ayant répondu ont déclaré que le fait d'avoir des engagements RSE dans leurs contrats leur avait fait prendre conscience de difficultés environnementales, sociales et de gouvernance. Pour la majorité de ceux qui ne s'estimaient pas conformes, cela a conduit à mettre en place des actions concrètes* »[2].

828. L'adoption de documents conventionnels, qu'il s'agisse de codes de conduite ou de contrats, permet donc de formaliser le déploiement de la RSE. Depuis peu, la propagation de la RSE ne repose pas seulement sur la volonté de l'entreprise influente mais est également impulsée par la loi, qui a créé un devoir de vigilance des grandes entreprises à l'égard de certaines de leurs parties prenantes.

B. Une voie légale de diffusion de la RSE : le devoir de vigilance

829. **La vigilance à l'égard des filiales et partenaires commerciaux de l'entreprise. –** Le déploiement de la RSE à l'égard des partenaires internationaux des entreprises n'est pas uniquement le fruit d'initiatives volontaires de leur part. Depuis l'adoption de la loi sur le devoir de vigilance en 2017[3], le législateur français a lui-même impulsé la propagation de principes éthiques en ce qui concerne « *les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* »[4]. Sur ces sujets, la société soumise au devoir de vigilance devra être vigilante quant aux activités des sociétés qu'elle contrôle ainsi que celles des sous-traitants et fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie.

---

[1] M. MEKKI, « Contrat et devoir de vigilance », *RLDA*, 2015, n°104, n°11. De plus, « *même si le juge ne va pas jusqu'à reconnaître l'existence d'un engagement contractuel contraignant, il peut utiliser les dispositions d'un code d'éthique ou d'une charte de comportement en qualité de standard juridique, un référent à l'aune duquel il appréciera le caractère fautif ou non de son auteur* » (*id.*, n°18).

[2] AFFECTIO MUTANDI et ECOVADIS, rapport préc., p. 4. L'enquête a été menée en ligne auprès de 569 sociétés.

[3] *L. n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

[4] C. Com., art. L. 225-102-4.

830. **La portée extraterritoriale du devoir de vigilance. –** Le périmètre de vigilance inclut non seulement les filiales, sous-traitants et fournisseurs français mais également ceux situés à l'étranger. La loi française impulse donc, de manière indirecte, le respect d'un socle minimal de normes éthiques par des sociétés étrangères. Autrement dit, la loi sur le devoir de vigilance confine à l'extraterritorialité, « *situation dans laquelle les compétences d'un État (législatives, exécutives ou juridictionnelles) régissent des rapports de droit situés en dehors du territoire dudit État* »[1]. Certes, les sociétés étrangères ne sont pas directement visées par la loi française – seules les grandes sociétés françaises le sont ; néanmoins, « *en pratique, le texte conduira vraisemblablement nombre de sociétés étrangères à se voir imposer de nouvelles obligations dérivées de la nécessité pour la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre française de s'acquitter de son nouveau devoir de vigilance* »[2]. Cette contrainte indirecte du législateur français est d'autant plus efficace qu'elle est assortie d'une sanction : les sociétés françaises mères ou donneuses d'ordre risquent d'engager leur responsabilité en cas de dommage causé au sein de ses filiales, sous-traitants et fournisseurs qui aurait pu être évité par une vigilance accrue[3]. L'on imagine donc que les sociétés françaises soient pressantes dans le respect des normes minimales en matière environnementale, sanitaire et de droits humains. La portée extraterritoriale du devoir de vigilance est dénoncée, en ce qu'elle induit une intervention du droit français dans les activités d'entreprises étrangères[4]. L'extension prochaine du devoir de vigilance aux États membres de l'Union européenne

---

[1] J. SALMON (dir.), « Extraterritorialité », *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 491.
[2] A.-S. EPSTEIN, « La portée extraterritoriale du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *CDE*, 2018, n°4.
[3] C. Com., art. L. 225-102-5.
[4] V. par exemple S. SCHILLER, « Synthèse introductive », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 4. Pour autant, « *l'extraterritorialité de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre apparaît en demi-teinte, potentiellement plus nette lorsqu'il s'agit de tracer les contours des sociétés concernées que lorsque le moment sera venu de statuer sur leur responsabilité* » (A.-S. EPSTEIN, art. préc., n°4). En effet, différentes interprétations des dispositions relatives à l'engagement de la responsabilité de la société mère en cas de manquement au devoir de vigilance sont retrouvées en doctrine. L'une d'elle tend à restreindre la portée extraterritoriale effective de la loi : « *saisi d'une allégation de manquement au devoir de vigilance, le juge devrait faire application des règles de conflit de loi consacrées par le droit international privé ; et c'est seulement lorsque le droit international privé désigne la loi française qu'une société pourrait être poursuivie sur le fondement de la loi relative au devoir de vigilance* » (*ibid.* V. également E. PATAUT, « Le devoir de vigilance. Aspects de droit international privé », *Dr. soc*., 2017, p. 833).

atténuera « *le caractère isolé du texte* »[1] mais la portée extraterritoriale demeurera à l'égard des sociétés situées hors du territoire de l'Union européenne[2].

831. **Un phénomène de délégation des prérogatives étatiques aux entreprises. –** L'adoption du devoir de vigilance s'inscrit dans un phénomène de délégation aux entreprises de certaines prérogatives traditionnellement dévolues aux États. En matière d'environnement et de droits humains, les États – en tout cas, l'État français et ceux de l'Union européenne qui se sont engagés dans l'adoption d'un devoir de vigilance à l'échelle européenne[3] – semblent se contenter de fixer des objectifs, constitués d'un socle minimal de principes éthiques, en laissant les entreprises libres des moyens pour parvenir à les atteindre. Ainsi, les entreprises déterminent le contenu de leur plan de vigilance et le mettent elles-mêmes à exécution. Cette tendance traverse plus globalement tout le mouvement de la RSE : il s'agit bien d'amener l'entreprise à une meilleure prise en compte des enjeux environnementaux et sociaux de son activité sans la contraindre à respecter des principes qui seraient fixés au niveau étatique[4]. Le *reporting* en est un exemple significatif : le principe de matérialité qui le régit conduit les entreprises à déterminer les enjeux les plus pertinents de leur activité et donc à décider les actions devant être mises en œuvre en matière environnementale et sociale. Un auteur note ainsi :

> « *la déclaration de performance extra-financière exigée de milliers de sociétés participe d'un mouvement plus vaste, vigoureusement promu au niveau européen et international, qui, en investissant les entreprises d'importantes responsabilités sociales et sociétales, leur impose des contraintes dont il n'est pas sûr qu'elle ne les éloigne pas à l'excès, dans certains cas, de leur raison d'être économique mais qui ont aussi pour effet de leur donner le rang d'acteurs*

---

[1] S. SCHILLER, art. préc., p. 4.

[2] Certains États, à l'instar de la Chine, ont adopté des textes visant à « *bloquer l'application extraterritoriale abusive des lois et mesures étrangères* », notamment en cas d'« *impact potentiel sur la souveraineté nationale, la sécurité et les intérêts de développement de la Chine* » (v. « Chine : mesures visant à empêcher l'application extraterritoriale de lois et mesures étrangères », *Rev. int. Compliance*, 2021, act. 18).

[3] COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2022) 71 final*, 23 fév. 2022, « 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 ».

[4] M. Power observe un mouvement similaire en matière de contrôle des états financiers des entreprises : « *L'explosion de l'audit* […] *reflète une transformation plus générale du style de contrôle caractéristique du corps des inspections d'État. La nature du contrôle externe change à mesure que la réglementation et le contrôle de la mise en conformité sont désormais du ressort des entreprises.* […] *L'internalisation de l'inspection par le biais des systèmes reflète un relâchement de l'inspection étatique centralisée* […] » (M. POWER, *La société de l'audit. L'obsession du contrôle*, La Découverte, 1997, éd. 2005, p. 246).

de premier plan dans l'organisation et la gestion de la Cité. En associant étroitement les entreprises à la mise en œuvre des politiques publiques au point de mettre à leur charge des actions qui relèveraient plutôt de ceux qui définissent ces politiques, les États leur accordent un rôle de nature à accentuer le glissement déjà observé vers un rapport complexe où, au jeu des influences, les entreprises l'emportent. Que certaines soient aujourd'hui plus puissantes que nombre d'États est avéré. Que ce glissement, demain, s'amplifie n'est pas exclu. Qu'il faille s'en réjouir n'est pas démontré... »[1].

[1] B. TEYSSIE, « La déclaration de performance extra-financière », *JCP E*, n° 28, 2021, 1356, n°37.

Conclusion du chapitre 1

832. Le passage du discours aux actes concrets, en matière de RSE, est permis par les mutations du rôle de l'entreprise dans la société, notamment par le renforcement de son pouvoir. Ce pouvoir implique le renouvellement des finalités adossées à l'entreprise, transformation qui l'incite à prendre en compte les enjeux environnementaux et sociaux de son activité.

833. Les fondements de ce pouvoir nouveau sont internes et externes à l'entreprise. L'entreprise met elle-même en œuvre le mouvement de mutation de ses finalités. Si les motivations de cette transformation font débat – sont-elles purement éthiques ou économiques ? –, le moyen de cette mutation est plus consensuel. C'est par la gouvernance de l'entreprise que l'entreprise transformerait ses finalités. Le droit n'est pas resté indifférent à ces transformations, et les a à son tour soutenues. Il a ainsi promu une ouverture de la gouvernance des entreprises et a favorisé un meilleur engagement de ces dernières en matière environnementale et sociale.

834. Les manifestations de ce pouvoir résident dans la diffusion par l'entreprise de la démarche de RSE auprès de ses parties prenantes. L'entreprise, qui poursuit non seulement un objectif de profit mais également, désormais, une finalité éthique, dispose d'une certaine légitimité pour diffuser sa politique RSE auprès de ses parties prenantes. Ce phénomène, dont les limites sont définies par la sphère d'influence de l'entreprise, emprunte un canal informel. C'est par l'effet de mimétisme que la RSE est déployée. Cette diffusion peut, de manière complémentaire, faire l'objet d'une certaine formalisation au sein d'un contrat ou par le prisme du devoir légal de vigilance.

835. Ces mutations témoignent ainsi de l'imprégnation croissante de la RSE dans le droit. Mais le mouvement inverse, auquel les spécialistes de la RSE étaient jusqu'alors peu habitués, est en train de se dessiner : la RSE ne façonne pas seulement les dispositifs juridiques, elle est, parallèlement, rattrapée par le droit lui-même, à travers le mécanisme de responsabilité juridique.

Chapitre 2 : L'entreprise à l'épreuve d'une responsabilité nouvelle

836. **Le lien entre pouvoir et responsabilité. –** Forte d'un pouvoir grandissant au sein de la société, l'entreprise est de plus de plus appelée à répondre de ses actes. C'est bien ce rapport nécessaire entre pouvoir et responsabilité que le législateur a tenté de saisir en créant un devoir de vigilance qui pousse les entreprises à « *assumer la puissance, le pouvoir qui déclenche par essence le devoir ... et la responsabilité, indépendamment de barrières* [dressées par la technique sociétaire] *qui s'avèrent délétères* »[1].

837. **La juridicisation de la RSE. –** La RSE, qui s'épanouissait originellement hors du droit et *a fortiori* hors de tout contentieux judiciaire, est de plus en plus retrouvée dans les prétoires : « *autrefois non justiciables, les conflits de type RSE sont aujourd'hui sous l'orbite du juge, ce qui déplace l'essentiel des stratégies d'attaque et de défense sur le terrain procédural au seuil de l'instance* »[2]. Si la RSE a façonné le droit, comme en témoigne la réforme « Pacte »[3], la réciproque tend à se confirmer : la RSE est progressivement saisie par le droit[4]. Un phénomène de juridicisation de la RSE est observé, qui ne vise pas le discours de l'entreprise en matière environnementale et sociale mais la prise en compte effective des enjeux.

838. **Les différentes voies de résolution des conflits. –** Les parties prenantes mobilisent ainsi le droit, l'utilisent comme « *une arme* »[5], dans le but de contraindre les entreprises à prévenir ou réparer les incidences qu'elles génèrent sur l'environnement ou les droits humains. Attraire les entreprises en justice s'inscrit alors dans « *un registre d'action politique légitime* »[6]. Néanmoins, cette prise en compte de la RSE implique l'intervention d'un tiers qui n'est pas nécessairement un juge mais peut aussi être un médiateur. La juridicisation de la

---

[1] F.-G TREBULLE, « Vers une amélioration de la prise en compte des chaînes d'approvisionnement ? », *Environnement*, 2014, n°2, repère 2.
[2] P. ABADIE, « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.*, 2018, n°34, p. 302.
[3] *L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*. Sur cette réforme, v. *supra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.
[4] « *Si le droit, en se saisissant de la RSE la renforce, cette dernière, en s'inflitrant dans les différents champs du droit, les transforme* » (K. MARTIN-CHENUT, « Conclusions et perspectives », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit : Perspectives interne et internationale*, A. Pedone, 2016, p. 680).
[5] L. ISRAËL, « L'arme du droit », *Inflexions*, vol. 15, n°3, 2010, p. 101.
[6] *Ibid.*

RSE ne passe donc pas uniquement par sa judiciarisation, à l'aune du développement des modes alternatifs de résolution des conflits.

839. Ainsi, après avoir identifié un phénomène de juridicisation de la RSE (Section 1), nous verrons qu'il peut emprunter des voies complémentaires (Section 2).

Section 1. Le phénomène de juridicisation de la RSE

840. C'est le besoin d'un meilleur encadrement des activités des entreprises qui est à l'origine du phénomène de juridicisation de la RSE. Cette juridicisation doit répondre à certains enjeux, qui tiennent notamment à la dimension transnationale de l'activité des entreprises.

841. Ainsi, après avoir présenté les causes de cette juridicisation (§1), nous en étudierons les enjeux (§2).

§1. Les causes de la juridicisation de la RSE

842. Le processus de juridicisation de la RSE provient du constat des limites de l'approche flexible pour réguler les impacts des entreprises en matière environnementale et sociale (A) qui a fait apparaître la nécessité de remédier à ces limites (B).

A. Les limites de l'approche flexible

843. L'approche flexible déployée par les pouvoirs publics pour contrôler les impacts environnementaux et sociaux des entreprises présente des limites, qui sont spécifiques au droit souple (1) et à la RSE (2).

1. Les limites du recours au droit souple

844. **Les limites de la liberté normative octroyée aux entreprises. –** La règlementation en matière de RSE, qu'elle soit nationale ou européenne, offre une importante marge de manœuvre aux entreprises dans l'analyse des risques environnementaux et sociaux de leur activité et dans la détermination des politiques à mener pour les réduire. C'est le résultat d'une approche par la matérialité qui, on l'a vu, permettrait de renforcer la pertinence des informations communiquées et, conséquemment, des politiques de RSE mises en œuvre, en ce

que l'entreprise serait l'acteur le plus adéquat pour élaborer des normes en la matière[1]. Aussi persuasive soit-elle, l'idée d'octroyer à l'entreprise une importante liberté normative présente des limites[2]. Certes, le recours à l'entreprise pour déterminer les normes qui la régissent repose sur des leviers éprouvés, comme la confiance accordée aux entreprises en raison de leur rôle dans la société ou les rétributions du marché[3]. Toutefois, il ne garantit pas la pleine effectivité de la règlementation en matière de RSE – l'effectivité renvoyant au « *degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »[4]. Autrement dit, la liberté normative octroyée aux entreprises permet de responsabiliser les pratiques d'une partie d'entre elles seulement mais échoue à assurer la responsabilisation de certaines entreprises réfractaires.

845. Or, il suffit de quelques grandes entreprises qui négligent ou sous-estiment leurs impacts extra-financiers pour qu'une dégradation significative de l'environnement, des conditions de travail ou des droits humains soit constatée : une étude a relevé que seulement 100 entreprises sont responsables de 71% des émissions mondiales de gaz à effet de serre pour la période 1988-2015[5]. Pour certaines entreprises, les mécanismes extra-juridiques, comme les rétributions du marché, et plus largement le droit souple, ne semblent pas fonctionner. Les normes souples de la RSE peuvent être ineffectives, en ce que certaines entreprises ne répondent pas aux incitations qui leur sont faites. Par exemple, le *name and shame* ne présente pas toujours les résultats escomptés : l'Autorité des Marchés Financiers observe que « *plusieurs sociétés citées nommément dans le rapport de 2021 de l'AMF n'ont*

---

[1] V. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

[2] « *Consciemment ou non, c'est par le biais d'une construction bancale que le législateur a introduit, au cours de ces dernières années, l'éthique environnementale et sociétale dans le droit des sociétés. L'on peut penser que, dans une certaine mesure, c'est parce qu'il est approximatif et plaqué de manière artificielle sur le cadre classique que le dispositif peine à déployer ses effets normatifs. Or, concilier profit et solidarité bouleverse littéralement les fondements du droit des sociétés. Un changement aussi ambitieux requiert une rigueur particulière, que les modifications réalisées pour l'instant n'ont assurément pas. Là est leur faiblesse principale, le modèle de l'entreprise responsable étant largement sous-encadré à l'échelle du droit des sociétés, comparé au modèle de l'entreprise traditionnelle* » (I. PARACHKEVOVA-RACINE, « Éthique environnementale et droit des sociétés », *RIDE*, vol. 25, n°3, 2021, p. 55).

[3] V. *supra* Partie 2, Titre 1.

[4] P. LASCOUMES, « Effectivité », *in* A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 217. V. encore, définissant l'effectivité par la mesure du « *degré d'utilisation du modèle législatif par ses destinataires* », F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 331.

[5] CLIMATE DISCLOSURE PROJECT, *The Carbon Majors Database*, 2017.

pas réagi et ont préféré maintenir la pratique contestée »[1]. Ces entreprises adoptent un comportement de passagers clandestins en tirant profit de la flexibilité octroyée par les pouvoirs publics en matière de RSE[2]. Enfin, élargissant le cadre d'analyse, l'impact de multinationales ayant leur siège hors du territoire français, voire européen, et qui sont soumises à une règlementation environnementale et sociale très faible ne peut être éludé.

846. **Une ineffectivité camouflée par le caractère discursif de la RSE. –** La relative ineffectivité du recours au droit souple est camouflée par le caractère éminemment discursif de la RSE : celle-ci recèle le risque d'être un discours avant d'être une pratique effective. Non seulement elle est rendue visible par ce discours, comme de nombreux phénomènes, mais elle se résume souvent uniquement à celui-ci. Le fait que le devoir de transparence soit le *medium* privilégié de l'appréhension juridique de la RSE témoigne de son caractère discursif. Ainsi, les entreprises performantes en matière de RSE ne sont pas nécessairement celles qui produisent le moins d'impacts environnementaux et sociaux mais celles qui sont transparentes sur les risques de leur activité, les politiques mises en œuvre et les résultats obtenus. La performance RSE d'une entreprise est alors mesurée à l'aune de la communication d'information et non au regard des impacts effectifs de la société[3]. À bien des égards, en matière de *reporting*, « *l'information cède le pas à la communication performative* »[4] ; le contenant (la communication) supplantant le contenu (l'information elle-

---

[1] AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Rapport 2022 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2022, p. 56.

[2] Un passager clandestin est un « *agent économique usant d'un bien en général collectif et ne payant pas sa quote- part qui est alors supportée par les autres usagers. Bien qu'il soit souvent un resquilleur, le passager clandestin peut aussi tirer simplement avantage de certaines particularités des marchés* » (v° « Passager clandestin » *in* J.-M. ALBERTINI, A. GENTIER et A. SILEM (dir.), *Lexique d'économie*, Dalloz, 15e éd., 2018, p. 637). Les entreprises qui tirent profit de la souplesse octroyée par les pouvoirs publics pour engager une démarche de RSE inconsistante appartiennent à la deuxième catégorie.

[3] Les notes attribuées par les organismes de notation extra-financière sont davantage corrélées à la quantité d'informations communiquées et non au contenu de celles-ci : « […] *what is reported is essentially irrelevant : the main point is that the company reports* » (S. DREMPETIC, C. KLEIN et B. ZWERGEL, « The Influence of Firm Size on the ESG Score: Corporate Sustainability Ratings Under Review », *Journal of Business Ethics*, 2020, n°167, p. 333). Cela induit un biais dans l'attribution des notes : les plus grandes entreprises, qui disposent de meilleurs moyens pour mener leur *reporting*, sont favorisées : elles font état de meilleures notes alors qu'elles produisent plus d'impacts que les entreprises de plus petite taille (*ibid.*). Sur le manque de fiabilité de la notation extra-financière, v. *supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

[4] B. FASTERLING et J.-C. DUHAMEL, « Le *Comply or explain* : la transparence conformiste en droit des sociétés », *RIDE*, 2009, n°49, p. 129.

même). La RSE valorise la transparence comme étant une vertu à part entière, alors qu'elle ne devrait être qu'« *une mécanique au service de la vertu autant que le secret* »[1].

847. La corrélation entre le degré de transparence d'une entreprise et sa performance en matière de RSE, telle qu'elle est calculée par les organismes de notation, constitue un contexte favorable de développement de pratiques de camouflage de la réalité par les entreprises[2]. À côté de discours mensongers – qui peuvent être sanctionnés en tant que tels[3] –, le *greenwashing* ou *socialwashing* peuvent prendre des formes plus subtiles, non sanctionnables, comme la pratique du *box-ticking* selon laquelle « *les sociétés cherchent à simplement cocher des cases préétablies, sans appropriation du sens de l'information ou sans correspondance avec leur pratique réelle* »[4].

848. **Une approche souple propice au développement d'une hypocrisie organisationnelle. –** Ces pratiques dénotent la situation d'« *hypocrisie organisationnelle* » qui caractérise le mode de gestion de certaines entreprises selon N. Brunsson[5]. D'après lui, le comportement organisationnel serait divisé en deux sphères : la sphère d'action, qui correspond aux actions réellement mises en œuvre au sein de l'organisation, et la sphère politique, renvoyant au discours qu'elle tient vers le monde extérieur. La situation d'hypocrisie organisationnelle correspond alors au décalage entre la gestion réelle de

---

[1] « *Non, la transparence n'est pas une vertu. Elle est une mécanique au service de la vertu autant que le secret* » (D. SOULEZ-LARIVIERE, « La transparence et la vertu », *L'architecture du droit : Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 937). V. également Ph. MALAURIE, « Transparence financière et réforme institutionnelle », *LPA*, 2008, n° 169, n°2, p. 4 : « *La transparence n'est pas une valeur en soi, pas plus que le secret. Leur portée dépend d'autres valeurs, qui les transcendent* ».

[2] Ainsi, la Commission européenne a relevé que 40% des allégations environnementales contenues sur les sites internet de sociétés semblaient fausses ou fallacieuses (COMMISSION EUROPEENNE, « Passage au crible de sites web pour lutter contre l'"écoblanchiment": la moitié des allégations environnementales ne sont pas étayées par des preuves », 28 janv. 2021, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_269]).

[3] V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

[4] « Le *name and shame*, Entretien avec François-Régis Benois », *La revue des juristes de Sciences Po*, 2021, n°20. Néanmoins, si le *box ticking* permet *a priori* à l'entreprise de visibiliser sa performance extra-financière et d'en tirer profit, un recours massif à ce type de pratique pourrait dissiper son effet : « *Les pratiques de* reporting *environnemental tendant à s'uniformiser, les opérateurs enregistrent d'autant plus facilement cette information, sans nécessairement la valoriser. Toutes les entreprises communiquant de la même manière, ce pouvoir informationnel ne tendrait plus à représenter un avantage comparatif* » (J. GUINCHARD, *Evaluation et valorisation de la communication environnementale et diffusion d'informations dans le document de référence : le cas des entreprises cotées du CAC 40, de 2007 à 2013*, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014, p. 214).

[5] N. BRUNSSON, *The organization of hypocrisy : talk, decisions and actions in organizations*, Copenhagen Business School Press, 2002.

l'entreprise et son discours[1]. Les législations souples entretiendraient les situations d'hypocrisie organisationnelle dans lesquelles se trouvent de nombreuses entreprises qui profitent de la flexibilité de ces réglementations pour immobiliser leurs pratiques.

849. Faire ce constat ne signifie pas dénier toute effectivité au droit souple. Ce dernier produit des effets juridiques indéniables, empruntant les voies de l'autoresponsabilisation, de l'influence de l'entreprise et des rétributions du marché. Néanmoins, son effectivité n'est pas miraculeuse : le droit souple échoue à encadrer les pratiques de certaines entreprises. Selon nous, il ne faudrait donc pas surestimer sa force normative qui, bien qu'éprouvée, n'est pas pour autant absolue.

850. **Le recours au droit souple comme résultat du *lobbying*. –** Ainsi, le recours au droit souple en matière de RSE ne semble pas seulement expliqué par ses avantages supposés – adaptation, flexibilité et meilleure effectivité – mais sans doute également par l'importante revendication des entreprises d'un allègement des obligations qui pèsent sur elles[2]. Les entreprises disposent en effet de moyens de pression pour influer sur les décisions politiques, brandissant notamment les arguments de l'emploi et de la compétitivité[3]. Les groupes de

---

[1] Cette situation est créée par la volonté de l'entreprise de « *répondre à des injonctions paradoxales inconciliables* » comme la demande de consommateurs de prix très bas assortie d'une exigence de bonnes qualités environnementales et sociales (G. DELALIEUX, « Quelques considérations prospectives sur l'effectivité présumée de la loi "Devoir de vigilance des firmes multinationales" », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 33).

[2] Des auteurs notent ainsi, à propos du recours à l'autorégulation en matière de rémunération des dirigeants sociaux (le *say on pay*) : l'autorégulation est « *tant la tête de pont d'une réglementation contraignante en devenir que l'expression d'un manque de volonté politique d'adopter une telle réglementation* ». Les auteurs relèvent que les législations qui ont mis en place une approche souple de l'encadrement de la rémunération des dirigeants n'ont pas été suivies d'effet : « *L'autorégulation s'est révélée un leurre qui n'a pas trompé jusqu'aux destinataires mêmes de la norme. Effet immédiat de l'adoption des règles de transparence sur les rémunérations introduites par la loi NRE du 15 mai 2001, complétée par la loi de modernisation de l'économie du 26 juillet 2005 : une hausse substantielle des rémunérations versées à l'ensemble des dirigeants des sociétés du CAC 40* ». Ainsi, « *la vertu soi-disant prophylactique de la transparence n'a été suivie d'aucune amélioration ni dans la détermination des conditions d'octroi des rémunérations au plan de la démocratie "actionnariale" ni dans la mise en relation de leur montant avec les "performances de l'entreprise"* » (E. DUBOIS et J. CHACORNAC, « Les limites de l'autorégulation en droit des sociétés », *BJS*, 2013, p. 758).

[3] Les moyens de pression peuvent également être plus personnels, portant moins sur l'intérêt général que sur les personnes des fonctionnaires : le lobbying s'appuie sur des « *faveurs réciproques* » : « *Les décideurs publics peuvent bien entendu augmenter le bien-être du groupe de pression en prenant des décisions qui lui sont favorables. Ce que le groupe de pression peut offrir en échange est plus flou, mais bien réel : aux fonctionnaires des agences gouvernementales, des emplois à leur sortie de l'agence, l'absence de plaintes quant à leur gestion de l'industrie ; au pouvoir politique (législatif, exécutif), des votes pour leur réélection, des contributions électorales, des contrats juteux avec leurs cabinets d'avocats ou de conseil ; aux deux, des pots-de-vin, des frais de promotion (repas, séjours touristiques, etc.), et des "relations amicales"* » (J. TIROLE, « L'économie politique de la réglementation », *L'Actualité économique*, 1990, vol. 66, n°3, p. 307). Sur le phénomène de mobilité des

pression opèrent alors une « *capture de la réglementation* » (*regulatory capture*), concept théorisé par Stigler, Prix Nobel d'Économie. Cette capture repose sur la capacité des acteurs privés à « *utiliser l'appareil politique à leurs propres fins* »[1]. Les ONG dénoncent alors régulièrement l'utilisation du droit souple en matière d'environnement et de droits humains :

> « *Instrument d'acceptabilité du capitalisme, le droit mou permet aux multinationales de mettre en scène leur responsabilité, soit en "adhérant" à des principes élaborés par les États dans le cadre d'instances multilatérales, soit en produisant elles-mêmes de la norme molle, à titre individuel (codes de conduite, chartes éthiques) ou au sein d'instances multi parties prenantes, si ce n'est totalement privées* »[2].

Le *lobbying* participe donc d'une confusion entre l'intérêt général et les intérêts privés, le premier étant progressivement attiré vers les seconds.

851. **Le poids du *lobbying* en matière de RSE. –** En matière environnementale et sociale, le *lobbying* des entreprises emprunte deux directions : il s'agit soit de contester l'adoption de nouvelles législations, soit d'en édulcorer la teneur, notamment en termes de sanctions. Les réactions des entreprises face au projet européen de devoir de vigilance sont significatives[3] : le groupe de *lobbying BusinessEurope*, qui regroupe quarante organisations patronales de plusieurs États, a exprimé ses « *profondes inquiétudes* » quant aux « *impacts négatifs* » d'un tel projet, notamment en termes de compétitivité dans une lettre adressée à la vice-présidente de la Commission européenne[4]. L'AMFORI, une association européenne d'entreprises visant

---

fonctionnaires vers le secteur privé (pantouflage) et de retour vers la sphère publique (rétro-pantouflage), v. M. CARIUS, « Les *revolving doors* au sein de la fonction publique », *AJDA*, 2020, n°26, p. 1470.

[1] G. J. STIGLER, « The Theory of Economic Regulation », *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, vol. 2, n°1, p. 10 (notre traduction). Sur un exemple de capture s'agissant de l'affichage environnemental, v. S. DUBUISSON-QUELLIER, « La capture comme levier de l'intervention publique sur l'économie. Le cas de la politique publique d'affichage environnemental en France », *Revue française de sociologie*, 2017, vol. 58, n°3, p. 475.

[2] SHERPA, *Cahier de propositions pour réguler les multinationales*, 2021, p. 31. Sherpa propose alors d'encadrer plus efficacement le *lobbying* en renforçant l'obligation de transparence des représentants d'intérêts posée par la loi « Sapin II » (*L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*), en soumettant les décideurs publics à un devoir de transparence ou encore en élargissant le champ des infractions de corruption, prise illégale d'intérêts, favoritisme et trafic d'influence (*id*, p. 33).

[3] V. LES AMIS DE LA TERRE FRANCE, FRIENDS OF THE EARTH EUROPE, ECCJ et CORPORATE EUROPE OBSERVATORY, *Tirées d'affaire ? Le lobbying des multinationales contre une législation européenne sur le devoir de vigilance*, 2021.

[4] La lettre est consultable *via* LES AMIS DE LA TERRE FRANCE, FRIENDS OF THE EARTH EUROPE, ECCJ et CORPORATE EUROPE OBSERVATORY, *Tirées d'affaire ? Le lobbying des multinationales contre une législation*

à promouvoir le commerce durable, s'est également adressée à la Commission européenne dans une lettre ouverte en lui suggérant de privilégier des « *incitations positives* » plutôt que des mécanismes de responsabilité juridique[1]. L'Association Française des Entreprises Privées (AFEP), qui affecte plus d'un million d'euros par an au *lobbying* au sein de l'Union européenne[2], a ainsi argué :

> « *Mandatory due diligence coupled with civil liability would lead to excessive litigation and the judicialization of the relationship with stakeholders : the vagueness and by essence extremely broad scope of a mandatory due diligence would be the source of numerous, lengthy and costly judicial proceedings* […]. *The risk of reputational damage and of sanctions by the market attached to soft law is more effective than hard law and lengthy procedures* […]. *Mandatory due diligence would create a climate of distrust and defensive behaviours : on the one hand, EU parent companies or companies placing orders, who have to fear to be held liable for any positive commitment with regard to their supply chain, will become very cautious and stick to the baseline rules rather than engage trustfully in useful dialogue and cooperation ; on the other hand, stakeholders will be encouraged to seize the court in order to punish EU companies, who are already applying high environmental and human rights standards, rather than pushing the other parts of supply chains to adopt a more responsible business conduct* »[3].

Le *lobby* patronal conclut : « *Mandatory due diligence would not only affect the large companies covered by its scope, but would immediately trigger a massive and widespread administrative and financial burden at all stages of the supply chain* »[4].

---

européenne sur le devoir de vigilance, 2021, p. 6. V. également A. MASSIOT, « Quand le lobby du patronat européen veut "minimiser" les efforts climatiques », *Libération*, 19 sept. 2018.

[1] « […] *legal liability should not be regarded as a silver bullet. We suggest broadening the conversation to also encompass other forms of corporate accountability measures, such as positive incentives* » (AMFORI, *Open letter on EU-wide Human Rights & Environmental Due Diligence Legislation*, 18 mars 2021, [https://www.amfori.org/sites/default/files/amfori-2021-03-18-amfori-Open-Letter-HREDD_1.pdf]).

[2] V. le registre de transparence des représentants d'intérêts au sein des institutions de l'Union européenne : [https://ec.europa.eu/transparencyregister/public/consultation/displaylobbyist.do?id=953933297-85, consulté le 22 fév. 2023].

[3] AFEP, « Position paper. European Policy Options for Companies' Due Diligence through the Supply Chain », 2020, p. 3.

[4] *Ibid.* Quelques mois plus tard, à mesure que le projet européen avançait, elle s'est manifestée comme étant plutôt favorable au devoir de vigilance à l'échelle européenne tout en proposant d'exclure le changement climatique du champ de l'obligation de vigilance, dans la mesure où il s'agit d'un risque trop global pour que puisse être imputées des responsabilités : « […] *it is not possible to attribute responsibility for climate change to one single operator.* […] *Given this specificity of global effect, it is not possible to define due diligence on climate change for a specific company. The issue of climate change should therefore be addressed in a different,*

852. La directive en matière de *reporting* durable constitue également un bon exemple de la force de ce *lobbying* : dans l'exposé des motifs de la proposition, il est clairement indiqué que le texte constitue un compromis entre les besoins des utilisateurs des rapports et le coût afférent pour les entreprises[1]. L'abandon des sanctions pécuniaires initialement prévues dans la proposition de directive témoigne de l'accès des institutions européennes à certaines revendications des entreprises[2]. Ainsi, l'ambition initiale des réglementations en matière environnementale et sociale s'effrite sous le poids des groupes de pression qui agitent la menace d'une baisse de compétitivité, voire de délocalisations[3].

853. Le recours au droit souple présente donc des limites, puisqu'il permet à quelques entreprises récalcitrantes de profiter de la liberté normative qui leur est offerte, et qu'elles tentent de maintenir *via* un *lobbying*, pour ne pas engager de manière sérieuse une politique de réduction de leurs impacts environnementaux et sociaux. Ces limites se recoupent avec celles qui sont inhérentes à la RSE.

2. Les limites du recours à la RSE

854. **L'expression d'un capitalisme vert. –** Au-delà de la problématique des entreprises récalcitrantes, la RSE peut paraître insuffisante en tant que telle, en raison des solutions qu'elle offre pour prendre en charge les risques environnementaux et sociaux, y compris pour

---

appropriate legislative framework » (AFEP, « Position paper. European policy options for undertakings' due diligence through the supply chain », 2020, p. 3).

[1] « *L'option privilégiée est le meilleur compromis entre deux lignes d'action possibles. L'une comprendrait des obligations d'information détaillées, une exigence d'assurance solide et un large champ d'application, – une solution très efficace pour répondre aux besoins des utilisateurs, mais d'un coût plus élevé pour les préparateurs. L'autre comprendrait des obligations d'information moins détaillées, une exigence d'assurance moins stricte et un champ d'application plus limitée – une solution moins efficace pour répondre aux besoins des utilisateurs, mais aussi moins coûteuse pour les préparateurs, du moins à court terme. L'objectif est d'obtenir le meilleur résultat du point de vue des objectifs et des coûts associés* » (COMMISSION EUROPEENNE, *Comm. (2021) 189 final*, 21 avril 2021, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) nº 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises », p. 11).

[2] La proposition prévoyait initialement l'application de plusieurs sanctions en cas de non-respect des dispositions relatives au *reporting* durable, dont des sanctions financières. V. *id.*, art. 1er, 12).

[3] « *It seems intuitively logical that corporations acting in their own enlightened self interest will invariably shift production from industrialized countries with strict occupational safety and health and environmental standards to developing nations with more lenient regulations once the marginal costs of regulatory compliance exceed the cost of relocation* » (J. T. SUTTLES, « Transmigration of Hazardous Industry : The Global Race to the Bottom, Environmental Justice, and the Asbestos Industry », *Tulane Environmental Law Journal*, 2002, vol. 16, n°1, 2002, p. 8).

les entreprises qui jouent le jeu de la RSE. Derrière cette critique, c'est la question de l'efficacité qui est sous-tendue, c'est-à-dire la « *pertinence du moyen choisi par le législateur en vue d'atteindre l'objectif visé* »[1]. La RSE est ainsi souvent critiquée comme étant, outre un passe-droit pour les entreprises récalcitrantes, une solution de commodité pour les entreprises dans leur ensemble. Elle ne serait qu'un outil permettant d'adapter le système capitaliste à la revendication grandissante d'une meilleure protection de l'environnement, des droits des travailleurs et des droits humains. En ce sens, elle remplit donc une fonction de légitimation des activités économiques auprès de la société civile.

855. La RSE promeut alors l'existence d'un capitalisme vert, c'est-à-dire le maintien du paradigme capitalistique accompagné de mesures correctrices en faveur de l'environnement, dans la ligne du développement durable, « *développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs* »[2]. Autrement dit, la transformation promue par la RSE consisterait davantage en une adaptation des marchés économiques à ces revendications émergeant au cours du XX^{e} siècle. La RSE peut simplement être conçue comme « *une nouvelle configuration, à l'intérieur du mode de production capitaliste, du compromis sociopolitique entre éthique et efficacité* »[3]. La RSE ne constitue donc pas un projet de transformation radicale[4] qui permettrait de faire face à l'urgence climatique et aux défis sociétaux[5]. La RSE peut en revanche constituer un outil

---

[1] F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 331.

[2] COMMISSION MONDIALE SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DEVELOPPEMENT, *Notre avenir à tous*, 1987, p. 43 (dit « rapport Brundtland »).

[3] Les auteurs poursuivent : « *Cette thèse s'oppose à une autre thèse, celle d'une radicale nouveauté de la RSE. Pour nous, la RSE n'est que la manifestation nouvelle d'une nécessité aussi vieille que le capitalisme, celle de donner, pour l'ensemble des acteurs économiques, un sens au processus de production auquel, d'une façon ou d'une autre, ils participent* » (N. POSTEL et R. SOBEL, « Introduction », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 10).

[4] L'adjectif « radical » est entendu ici comme étant « *relatif à la racine, à l'essence de quelque chose* » (V° « radical » *in Trésor de la langue française informatisé*, Université de Lorraine et CNRS, [http://www.atilf.fr/tlfi].). Sur l'absence de radicalité de la RSE, v. J.-P. ROBE, « Responsabilité limitée des actionnaires et responsabilité sociale de l'entreprise », *Entreprises et histoire,* 2009, p. 165.

[5] « […] *un formidable malentendu s'est installé à propos du rôle des entreprises autour de ce qu'on appelle leur Responsabilité sociale et environnementale (RSE). L'enjeu du développement durable tend à être rabattu sur cette RSE des entreprises, comme si l'entité "entreprise" était le bon niveau et le bon lieu auquel devait se réfléchir et se déployer une stratégie de développement durable. Que les entreprises aient à se sentir concernées par le développement durable ne fait aucun doute. De là à y situer l'essentiel des enjeux, pour finalement réduire la question aux stratégies que les entreprises peuvent promouvoir pour assurer leur propre avenir à long terme en négociant mieux l'acceptation de leurs activités par différentes catégories de partenaires, il y a mystification* » (O. GODARD et T. HOMMEL, « Les multinationales, un enjeu stratégique pour l'environnement et le développement durable ? », *Revue internationale et stratégique*, vol. 60, n°4, 2005, p. 101).

commode au service des entreprises pour pérenniser, voire légitimer, leur activité[1]. En définitive, la RSE relève davantage « *d'une opération discursive de mise en forme de pratiques à des fins de justification interne et externe à l'organisation – malgré la bonne foi des acteurs responsables des démarches de RSE dans leur organisation –, que d'un changement radical de pratiques* »[2].

856. Il s'agit bien évidemment d'une conception de la RSE qui, en tant que conception, vise à englober de nombreuses situations – l'activité économique d'une multitude de sociétés – sous une même idée – celle de la perpétuation d'une logique capitaliste dans un monde frappé par des problématiques environnementales et sociales. La réalité est bien évidemment plus complexe : il existe des modèles d'entreprises cherchant à concilier activité économique et protection de l'environnement, des droits des travailleurs et des droits humains[3]. Toutefois, les grandes entreprises, spécialement celles qui sont cotées au CAC 40, ne constituent pas un échantillon privilégié de cette vision ; ces modèles sont plutôt retrouvés parmi les petites et moyennes entreprises. Les grandes entreprises restent largement animées par une logique de profit ; l'intégration des risques extra-financiers est menée à cette fin[4]. Ainsi, une étude portant sur 40 000 rapports RSE entre les années 2000 et 2013 fait apparaître que 5% des entreprises font référence aux limites écologiques[5] dans leur *reporting* et que parmi elles, seules 31 prévoient des politiques de gestion leur permettant de ne pas dépasser ces limites[6]. Le rattachement de la RSE au concept de capitalisme vert invite donc à affaiblir sa portée transformative[7].

---

[1] « *Ce n'est que sur la base d'un tel compromis* [entre éthique et efficacité] *que le capitalisme peut se déployer* "*durablement*". *Et c'est cette question que le processus RSE – entre autres, à sa manière et avec toutes ses limites – prend en charge* » (N. POSTEL et R. SOBEL, « Introduction », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *op. cit.*, p. 11).

[2] B. VIDAILLET, « Fantasme », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *op. cit.*, p. 203.

[3] L'on pense notamment à l'essor du secteur de l'économie sociale et solidaire (ESS).

[4] V. *supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

[5] « *The concept holds that resource use and emissions should be restricted to certain levels to protect ecosystem functions and services critical for meeting human needs* » (A. BJØRN, N. BEY, S. GEORG [et al], « Is Earth recognized as a finite system in corporate responsibility reporting ? », *Journal of Cleaner Production*, 2017, vol. 163, p. 106).

[6] *Ibid.*

[7] La critique de l'inefficacité n'est pas propre à la RSE mais est parfois faite à l'égard des règlementations environnementales, notamment climatiques. La raison tient à ce que « *les moyens à mettre en œuvre pour répondre* [à l'urgence climatique] *ont et auront pour conséquences une conversion sans précédent du modèle économique, social et juridique. Or c'est bien l'irréversibilité de ces conséquences qui ralentit l'adoption* […] *des mesures nécessaires pour répondre à l'urgence climatique car elles doivent être durables, permanentes,*

857. **La question politique de l'articulation entre éthique et profits. –** La question de l'efficacité de la RSE n'est pas neutre puisqu'elle sous-tend la question politique de l'articulation entre éthique et profits[1]. Pour ses tenants, le capitalisme vert permet justement une articulation pertinente et pérenne des profits et de l'éthique, ouvrant un large champ au courant de l'éthique des affaires[2]. Les outils de la RSE sont mobilisés à cette fin. D'un autre point de vue, le capitalisme vert n'est qu'un oxymore, la réalisation de profits entrant en conflit avec le respect de l'environnement, des travailleurs et des droits humains[3]. Au-delà du caractère potentiellement néfaste du marché sur l'environnement et la société, un courant de pensée considère le capitalisme comme étant amoral (donc ni moral ni immoral)[4]. La fonction même de l'entreprise entrerait en contradiction avec les enjeux environnementaux et sociaux, de sorte qu'il serait « *illusoire de penser qu'une société puisse modifier son* business model *officiel ou officieux pour assurer le respect des droits sociaux ou environnementaux* »[5]. La question de l'articulation entre éthique et profits se pose sur le plan des valeurs : elle reste éminemment politique, sous-tendant des interrogations relatives au modèle de société souhaité. Elle suppose d'arbitrer entre les enjeux financiers et extra-financiers et de définir le

---

amenant à un changement profond de paradigme politique et juridique » (R. ROMI, G. AUDRAIN-DEMEY et B. LORMETEAU, *Droit de l'environnement et du développement durable*, 11e éd, LGDJ, 2021, p. 97). De plus, la situation d'urgence semble paradoxalement freiner l'adoption d'une réglementation efficace : « *Seuls les dangers immédiats, assaillant de leur évidence nos sens, nous font réagir avec force. Il y a là notamment le sceau du schème proie-prédateur structurant pour l'ensemble du vivant. En revanche, ce qui apparaît comme un danger lointain n'incite guère à l'action* » (A. PAPAUX, « Procès climatiques : le magistrat (à nouveau) au cœur du droit », *Cahiers de la justice*, 2019, vol. 3, n°3, p. 455).

[1] L'éthique peut être définie comme « *la réflexion qui intervient en amont de l'action et qui a pour ambition de distinguer la bonne et la mauvaise façon d'agir* » (S. MERCIER, *L'éthique dans les entreprises*, La Découverte, 2014, p. 7). Elle renvoie à l'idée de justice : « *Appelons visée éthique, la visée d'une vie bonne avec et pour autrui dans des institutions justes* », (P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Le Seuil, 1993, p. 202). Pour une perspective historique de la question de l'articulation de l'éthique et des profits, v. F. DE BRY, « L'entreprise et l'éthique », *Gaz. Pal.*, 2001, p. 23.

[2] V. notamment B. LE BARS, « La "moralisation" de la vie des affaires est-elle en cours ? », *JCP G*, 2009, p. 5.

[3] V. *contra* J. PASQUERO, « Ethique des affaires », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE,* Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 196 : « *Cette position* [relative à l'incompatibilité entre éthique et profits] *est fautive. Toute action organisationnelle implique des choix, et donc des critères de choix établissant des distinctions entre formes supérieures et formes inférieures*. […] *Toute décision est ainsi encastrée dans un système éthique, que les acteurs en soient conscients ou pas. C'est la thèse aujourd'hui reconnue de la non-séparabilité entre éthique et affaires* ».

[4] Le philosophe A. Comte-Sponville considère : « *Ne comptez pas sur le marché pour être moral à votre place* : […] *c'est précisément parce qu'il n'y a pas de morale de l'entreprise qu'il doit y avoir de la morale dans l'entreprise* » (A. COMTE-SPONVILLE, *Le capitalisme est-il moral ?,* Albin Michel, 2004, p. 123).

[5] P.-H. CONAC, « La société et l'intérêt collectif : La France seule au monde ? », *Rev. Sociétés*, 2018, p. 558. V. également M. CAPRON et F. QUAIREL, *L'entreprise dans la société*, La Découverte, 2015, p. 43 et s. : « *la nature privée de celles-ci* [les entreprises] *et surtout le régime de concurrence auquel elles sont soumises ne les prédisposent pas à la production de biens publics ou à la réduction des effets collectifs néfastes de leurs activités* ».

degré de prise en compte des aspects environnementaux et sociaux. Politique, la question ne peut pour autant être éludée : la conception d'une possible articulation entre éthique et profits assied la légitimité des dispositifs de RSE tandis que la seconde conception, relative à l'incompatibilité entre éthique et profits, motive sa juridicisation[1].

858. **La question de la compatibilité entre marché et environnement. –** La protection de l'environnement renouvelle avec une certaine acuité cette problématique. Certains auteurs considèrent en effet que le marché et la protection de l'environnement obéissent à des logiques différentes voire contradictoires : leurs fondements diffèrent (valorisation quantitative, monétaire *versus* valorisation qualitative voire incommensurable[2]), tout comme leurs temporalités (court terme *versus* long terme)[3]. Ainsi, si « *le monde de la nature* » et « *le monde du marché* » peuvent se rencontrer, leurs différences fondamentales « *signifie*[nt] *qu'il ne peut pas y avoir de convergences durables entre les processus qui y existent* »[4] puisqu'elles « *mettent* […] *en tension ou, pour éviter l'euphémisme, en conflit des logiques de marché* […] *et de protection de l'environnement* », aboutissant en pratique à des atteintes à l'environnement[5] – le constat pouvant être étendu aux problématiques purement sociales et de droits humains. La RSE ne peut dans ce cadre être une solution pérenne et fiable : même répandue et institutionnalisée, elle contient le risque, en raison de sa souplesse, d'être bafouée face à la perspective de réaliser un profit, notamment dans un contexte de crise financière. Certains plaident alors pour une priorisation de la protection de l'environnement sur les logiques du marché dans la mesure où ces deux impératifs ne revêtiraient pas la même importance : s'agissant du développement durable, « *la seule approche scientifique suffit à remettre en cause la présentation habituelle du "trépied". […] Les pieds n'ont pas la même*

---

[1] Il est à noter toutefois que cette conception d'absence de compatibilité entre éthique et profits est également défendue par les économistes ultralibéraux, pour lesquels la seule finalité de l'entreprise réside dans la réalisation d'un profit : le chef de file de l'École de Chicago, Milton Friedman, a résumé cette vision dans une formule célèbre : « *The social responsibility of business is to increase its profits* » (*The New York Times Magazine*, 13 sept. 1970).

[2] « *Toute conversion en montant monétaire de la "valeur" de l'environnement est profondément erronée, même si elle peut être utilisée pour souligner l'importance de la nature dans une société où domine un type d'économie et d'évaluation financière particulières* » (J.-C. FRITZ, « Protection de l'environnement et marché : coexistence ou guerre des mondes », *in* M.-P. CAMPROUX DUFFRENE et J. SOHNLE (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, p. 22).

[3] *Ibid*.

[4] L'auteur poursuit : *« les rencontres et bouts de chemin communs entre ces deux mondes ne peuvent être qu'accidentels et/ou temporaires, les apparentes perspectives communes fragiles et ambiguës* » (*ibid*.).

[5] *Id.*, p. 25.

longueur ni la même importance : sans un environnement sain soutenant la vie, aucune société humaine ne pourrait exister ; sans une société humaine organisée, aucune économie ne pourrait exister »[1].

859. En somme, la RSE, telle qu'elle est actuellement déployée, ne peut constituer une réponse globale aux défis de l'urgence climatique et aux défis sociétaux mondiaux. Sous cet angle, les enjeux environnementaux et sociaux appellent des mesures plus radicales que celles qui sont offertes par l'approche flexible, qui présente des limites auxquelles il pourrait être remédié.

B. Les remèdes aux limites de l'approche flexible

860. Afin de remédier aux limites de l'approche flexible déployée en matière de RSE, le durcissement de le réglementation pourrait être envisagé (1) comme le passage d'une responsabilité « sociale » à une véritable responsabilité « juridique » (2).

1. Le durcissement de la réglementation

861. **L'insuffisance de la régulation privée. –** Du constat des limites des législations en matière de RSE, est née la revendication d'une action des pouvoirs publics afin d'obliger les entreprises à prendre en compte les enjeux environnementaux et sociaux de leur activité[2]. La juridicisation de la RSE apparaît alors comme une solution :

> « *il est pitoyable à tant d'égards, que le respect des droits fondamentaux puisse être prioritairement envisagé sur le terrain du risque de réputation ou de la sanction par les marchés. Ici plus qu'ailleurs, c'est au droit, c'est au législateur, c'est aux juges qu'il*

[1] *Id.*, p. 32.

[2] Plaidant cette nécessité et parmi une littérature abondante, v. par exemple J.-C. FRITZ, « Protection de l'environnement et marché : coexistence ou guerre des mondes », *in* M.-P. CAMPROUX DUFFRENE et J. SOHNLE (dir.), *op. cit.,* p. 22 ; A. BJØRN, N. BEY, S. GEORG [et al], art. préc., p. 106 ; A.-S. EPSTEIN, « La gouvernance d'entreprise soutenable : un nouveau chantier transdisciplinaire », *RIDE*, 2021, vol. XXXV, n°2, p. 101 ; S. DUPOUY, « La compliance environnementale est-elle le futur du droit de l'environnement ? », *Energie – Env. – Infrastr.*, n°7, 2022, étude 18, n°19. V. également les propos de J. Tirole, Prix Nobel d'Économie : « *La persuasion, couplée à l'incitation, ne peut pas tout pour lutter contre les défaillances du marché et changer les comportements des individus et des entreprises. Face à la crise climatique dont nous connaissons parfaitement les effets sans changer pour autant les modes de vie, la persuasion ne suffit pas, il faut toucher au portefeuille* » (« Jean Tirole : "Face à la crise climatique, la persuasion ne suffit pas, il faut toucher au portefeuille" », *Le Monde*, 8 oct. 2018).

appartient de relever le défi d'une société mondialisée qui doit garantir à tout homme le respect de sa dignité et de droits qui ne seront universels que lorsqu'ils seront universellement assurés »[1].

Il s'agirait dès lors, pour le législateur, d'adopter davantage de normes substantielles en matière de protection de l'environnement[2], de droits humains et de droits des travailleurs, par opposition aux normes procédurales qui irriguent la RSE, telles que l'obligation de *reporting*[3]. Le renforcement de la régulation publique s'inscrirait dans une évolution de la gestion des risques, notamment climatiques : il ne s'agirait pas seulement d'adapter le modèle économique aux risques climatiques mais d'atténuer, à la racine, le changement climatique[4]. En effet, l'approche prudentielle qui caractérise la gestion des risques financiers peut difficilement être transposée à la lutte contre le changement climatique : contrairement au monde de la finance, caractérisé par une répétition de cycles, l'environnement, et le climat en particulier, connaissent des seuils d'irréversibilité[5].

---

[1] F.-G. TREBULLE, « Libres propos sur l'entreprise dans la gouvernance mondiale », *in* A. LE FLANCHEC, O. UZAN et M. DOUCIN (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Economica, 2012, p. 140. V. également P.-H. CONAC, art. préc., critiquant l'élargissement de l'intérêt social aux considérations environnementales et sociales par la *loi Pacte* : « [les entreprises] *ne peuvent servir deux maîtres à la fois : le profit et l'intérêt général. Cette approche occulte les véritables solutions. Il appartient au pouvoir politique de réglementer ces entreprises* ».

[2] L'on pourrait penser à un alignement obligatoire de la stratégie des entreprises sur la trajectoire de l'Accord de Paris.

[3] Pour rappel, les normes procédurales sont des normes qui invitent seulement l'entreprise à suivre une certaine démarche, sans lui imposer le respect d'une règle substantielle (v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1). Par ailleurs, le renforcement de contraintes réglementaires pourrait tenir lieu de « *déclencheur d'un processus innovant* ». En effet, « *plus le cadre normatif est exigeant, plus les entreprises innovent et accèdent à de nouveaux marchés, voire créent un nouveau segment, ayant ainsi la possibilité de renforcer leur réputation par rapport à leurs concurrents, puisqu'en développant des processus ou des produits, elles différencient leur offre* » (J. GUINCHARD, *Evaluation et valorisation de la communication environnementale et diffusion d'informations dans le document de référence : le cas des entreprises cotées du CAC 40, de 2007 à 2013*, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014, p. 34).

[4] Adaptation et atténuation constituent les deux grandes stratégies en matière de changement climatique : « *Face à de tels risques et à de telles incertitudes, la réduction drastique des émissions constitue donc un impératif absolu : c'est là le premier volet de la prévention du changement climatique, appelé atténuation (*mitigation, *en anglais), qui consiste à agir sur la cause du changement climatique. Cependant, même en présence d'une action d'atténuation très vigoureuse, il reste nécessaire de s'interroger sur les actions à entreprendre afin de vivre dans les meilleures conditions possibles les climats du futur, en réduisant notre vulnérabilité face au changement climatique qui se produira malgré tout : c'est l'objet de l'adaptation* » (M. GILLET, « La place de l'adaptation dans la politique climatique », *Annales des Mines - Responsabilité et environnement*, 2009, vol. 56, n°4, p. 53).

[5] V. P. BOLTON, M. DESPRES, L. PEREIRA DA SILVA [et al.], « Penser la stabilité financière à l'ère des risques écologiques globaux – Vers de nouveaux arbitrages entre efficience et résilience des systèmes complexes », *Revue d'économie financière*, 2020, vol. 138, n°2, p. 41.

862. Quant aux problématiques sociales et de droits humains, une importante étude empirique pilotée par R. M. Locke, portant sur les conditions de travail au sein des chaînes de valeur des multinationales, a conclu à l'insuffisance de la régulation privée pour garantir le respect de normes sociales minimales[1]. Cette recherche, s'étendant sur 10 ans et s'appuyant sur des milliers de rapports d'audit et 700 entretiens au sein de 120 usines dans une quinzaine de pays différents, suggère l'insuffisance des initiatives privées en la matière. En effet, l'étude relève l'absence de corrélation entre, d'une part, l'adoption de codes de conduite et la réalisation d'audits et, d'autre part, la conformité effective des usines aux normes sociales promues dans les codes. En d'autres termes, la recherche pointe le décalage entre les discours et les actes : bien que les usines s'engagent à respecter un corpus de règles privées, elles ne le respectent pas forcément[2]. Dans un papier publié quelques années plus tard, le chercheur ajoute que les incitations émanant des consommateurs socialement responsables[3] ne peuvent non plus suffire pour atteindre un changement durable de pratiques des entreprises :

> « *Boycotts, campaigns, and ethical consumption have been around for decades. And while these efforts have succeeded in changing the behavior of some corporations, in some countries, some of the time, they often have not been able to redress the underlying structural issues that drive poor labor standards in the supply chains that crisscross our global economy.* […] *Activism around these issues will change business practices at the margins, not at their core* »[4].

863. **L'alliance entre régulations privée et publique. –** Quant aux solutions, R. M. Locke propose une alliance entre régulations publique et privée. La régulation privée étant déjà installée, le chercheur appelle à une intervention accrue des pouvoirs publics afin de mettre en œuvre des standards sociaux plus ambitieux. Il nous semble en effet que les enjeux environnementaux et sociaux gagneraient à être régulés par une diversité de dispositifs, qui utiliseraient toute l'échelle de la normativité[5]. D'ailleurs, l'opposition entre les mécanismes

---

[1] Un ouvrage tient lieu de compte-rendu de cette recherche : R. M. LOCKE, *The Promise and Limits of Private Power : Promoting Labor Standards in a Global Economy*, Cambridge University Press, 2013.
[2] *Id.*, p. 65 et s.
[3] Sur ces derniers, v. *supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.
[4] V. la réponse de R. M. Locke après cette recension de son ouvrage : D. STOLLE, « Review of *The Promise and Limits of Private Power : Promoting Labor Standards in a Global Economy*, by R. M. Locke », *Perspectives on Politics*, 2016, vol. 14, n°2, p. 523.
[5] Nous adhérons à l'approche défendue par des auteurs qui, proposant une typologie des instruments de politiques publiques (la carotte, mesure incitative ; le bâton, mesure contraignante et le sermon, mesure de

souples, qui se rattacheraient seulement à une régulation privée ou une autorégulation, et les mécanismes durs, qui relèveraient de la régulation publique, peut paraître incohérente : les sanctions ne constituent pas seulement des outils contraignants, mais disposent d'un puissant effet incitatif ou comminatoire[1].

864. Concrètement, l'alliance entre droits souple et dur, entre régulations privée et publique, pourrait être concrétisée par l'adoption d'un socle de normes dures en matière environnementale et sociale, définies par la puissance publique, que les entreprises pourraient dépasser sur la base du volontariat. Rien de nouveau dans cette proposition : c'est sur cette idée qu'est fondée la vision classique de la RSE, qui vise à dépasser les exigences légales[2]. Le Livre vert de la Commission européenne sur la RSE, adopté en 2001, affirmait ainsi que :

> « *les codes de conduite ne doivent pas se substituer à la législation et aux dispositions contraignantes nationales, européennes et internationales : les dispositions à caractère obligatoire garantissent des normes minimales qui s'imposent à tous tandis que les codes de conduite et toutes les autres initiatives de nature volontaire ne peuvent que les compléter et promouvoir des règles plus strictes pour ceux qui y souscrivent* »[3].

Simplement, et c'est là que réside l'ambition de cette proposition, ce socle pourrait être étendu afin que l'équilibre soit rétabli entre régulations privée et publique – notamment en matière environnementale et de respect des droits humains au sein des chaînes de valeur[4]. De

---

persuasion et d'information), recommandent de les combiner afin de maximiser l'efficacité d'une politique (M.-L. BEMELMANS-VIDEC, R. C. RIST et E. VEDUNG (dir.), *Carrots, Sticks and Sermons. Policy Instruments and their Evaluation*, Transaction Publishers, 1998, p. 249 et s.).

[1] « *Compliance et incitations paraissent à première vue totalement opposées* […] *parce que les incitations ont lien avec l'autorégulation tandis que le Droit de la compliance suppose une présence forte des autorités publiques. Ainsi, il faudrait choisir : soit compliance, soit incitations ! Soit l'efficacité de l'une, soit l'efficacité des autres ; soit les techniques de l'une, soit les techniques des autres ; soit la philosophie de l'une, soit la philosophie des autres*. […] *Mais poser les termes ainsi revient à penser pauvrement les situations et à réduire les champs des solutions qu'elles appellent. Si l'on reprend une définition riche du Droit de la compliance, l'on peut au contraire articuler compliance et incitations. Dans cette perspective, les sanctions peuvent devenir non plus ce qui bloque l'usage des incitations mais au contraire ce qui en constitue* » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Résoudre la contradiction entre "sanction" et "incitation" sous le feu du Droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, 2021, p. 89).

[2] V. *supra* Introduction.

[3] COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert (2001) 366 final*, 18 juil. 2001, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », pt. 54.

[4] Quant aux modalités d'articulation de ces deux modes de régulation, il est possible de s'inspirer du modèle allemand, qui a adopté en 2016 le *National Action Plan* : « *it doesn't provide for any binding obligations but merely calls on companies to assess their human rights risks and implement due diligence measures within their management processes. Starting from 2018, a survey will be conducted every year to find out if at least 50% of all companies headquartered in Germany with at least 500 employees have integrated respective due diligence*

la même manière qu'il existe un certain nombre de règles impératives en droit social, un « *ordre public écologique* »[1] pourrait être consacré, ne pouvant être remis en cause par l'application du principe de flexibilité propre à la RSE. En matière de droits humains, la problématique est plus sensible car les atteintes se concentrent dans les filiales et partenaires économiques situés à l'étranger, de sorte que le principe de souveraineté fait obstacle au durcissement de la règlementation nationale ou européenne[2]. L'adoption de traités internationaux plus contraignants est ainsi souvent proposée afin de réguler l'impact des activités des entreprises sur les droits humains mais également sur l'environnement. Le projet de traité contraignant dit « *Business & Human Rights* » dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies est en cours de discussion depuis 2014[3], mais son adoption définitive est freinée par des différences de vues entre les États[4]. En somme, le durcissement de la régulation publique suppose la mise en œuvre de choix politiques relatifs à l'établissement de normes substantielles plus strictes en matière environnementale et sociale, dont il appartient au pouvoir démocratique de définir son opportunité et le cas échéant, son contenu[5]. Dans ce cas, le rattachement de ces normes à la RSE se dissiperait au profit d'un rattachement au droit de l'environnement, droit social ou aux droits humains[6].

---

measures into their management processes by 2020. Otherwise, a binding law might be considered » (A. HEINEN, « Le devoir de vigilance en Allemagne », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 195).

[1] M. BOUTELET et J.-C. FRITZ (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruylant, 2005 et N. BELAIDI, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique ?*, Bruylant, 2008.

[2] D'où l'initiative d'un devoir de vigilance, dont nous étudierons les effets sur la juridicisation de la RSE (v. *infra* Section 2, §1).

[3] OPEN-ENDED INTERGOVERNMENTAL WORKING GROUP ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES WITH RESPECT TO HUMAN RIGHTS, *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, *Third revised draft*, 17 août 2021.

[4] Les questions qui restent en suspens sont notamment relatives à la possibilité d'édicter des obligations directes aux firmes (v. J. ZHANG, « Percée dans les négociations en vue d'un traité contraignant sur les entreprises et les droits humains, mais le reste du chemin sera semé d'embûches », *Investment Treaty News,* 20 déc. 2021).

[5] D'autres types de mesures pourraient être envisagées et n'ont pas été développées au cours de cette étude. C'est le cas des mesures fiscales (v. M. SAOUDI, « Impact fiscal dans le domaine de l'environnement : la fiscalité verte, un levier d'action sur les contraintes et/ou sous contraintes ? », *Rev. UE*, 2018, p. 436) et de l'éco-conditionnalité des aides publiques (F. FINES et H. DELZANGLES, *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruylant, 2019).

[6] « […] *toutes les pratiques des entreprises qui ont trait aux questions éthiques, sociales ou environnementales ne sont, au sens strict, des pratiques de RSE que si elles dépassent ce que ces entreprises se doivent d'appliquer au titre des obligations que leur impose leur système législatif et réglementaire. Aussi, dès que la norme RSE se "durcit" d'une manière ou d'une autre sur un territoire donné, elle n'est plus par essence une norme RSE dans cet espace. Il convient cependant d'évoquer la situation dans laquelle un dispositif juridique contraignant adopté par exemple en France (interdiction du travail des enfants ou de l'usage de certaines substances chimiques, à titre d'illustration) serait mis en œuvre dans un pays comme le Bangladesh : sur le territoire*

865. La lenteur des négociations internationales et leur issue incertaine, ainsi que le poids du *lobbying* qui freine les législateurs interne et européen, laissent un espace vacant que les juges peuvent investir afin de transformer la RSE en une responsabilité de nature juridique.

2. Le passage d'une responsabilité sociale à une responsabilité juridique

866. **La judiciarisation comme réponse à la carence des pouvoirs publics. –** Estimant l'action du législateur en matière environnementale et sociale insuffisante, les parties prenantes de l'entreprise saisissent de plus en plus souvent le juge pour sanctionner le comportement nuisible des entreprises, voire un tiers indépendant en cas de mode alternatif de résolution des conflits[1]. Ainsi, « *la société civile voit dans le procès, de plus en plus systématiquement, le moyen d'obtenir par le juge ce qu'elle ne peut obtenir des décideurs politiques* »[2]. Cette judiciarisation récente de la RSE trouve donc sa légitimation dans la dénonciation de la carence des pouvoirs politiques à réguler les activités des entreprises : les contentieux climatiques ont par exemple été présentés comme « *la conséquence* […] *d'une lenteur et d'une défaillance de la gouvernance climatique au niveau mondial* »[3]. Il semblerait alors que « *le prétoire* [soit] *devenu partout dans le monde le nouveau lieu de discussion et de résolution de la crise climatique* »[4]. L'infléchissement de l'intervention du législateur apparaît alors corrélé à l'accroissement du rôle du juge en matière de RSE[5].

---

français, la norme ne serait plus une norme de RSE, elle le resterait dans l'autre pays » (D. BESSIRE et E. MAZUYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise. Les paradoxes d'une densification normative », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2013, p. 990).

[1] Au regard des défaillances qui affectent de tels modes en matière de RSE (v. *infra* Section 2, §2), et par mesure de simplicité, nous utiliserons les mots « juge » et « judiciarisation » bien que certains développements puissent également être appliqués aux modes alternatifs de résolution des conflits.

[2] M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE, « Introduction. A la recherche du procès environnemental », *in* M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental. Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Dalloz, 2021, p. 10. Ce recours au juge s'inscrit dans un mouvement plus large de « *judiciarisation des questions sociétales* » (P. ABADIE, « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.*, 2018, n°25, p. 302).

[3] M. TORRE-SCHAUB, « Introduction » *in* M. TORRE-SCHAUB (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit*, Mare & martin, 2021, p. 28. V. également A. PAPAUX, « Procès climatiques : le magistrat (à nouveau) au cœur du droit », *Les Cahiers de la Justice*, 2019, vol. 3, n°3, p. 455 : « *Les procès climatiques par leurs instigations à l'action en faveur de l'environnement tentent de renverser cette inclination* [à l'inaction environnementale] *et recouvrer l'esprit de notre civilisation* ».

[4] M. TORRE-SCHAUB, « Introduction » *in* M. TORRE-SCHAUB (dir.), *op. cit.,* p. 37.

[5] « […] *les acteurs essentiels de l'évolution ne sont plus les législateurs – peut-être ne peuvent-ils plus l'être –, mais les juges et les opérateurs eux-mêmes, entre eux ou dans leur interaction – à parfaire largement – avec les parties prenantes. Cela ne signifie pas que les pouvoirs publics n'ont pas un rôle éminent à jouer, mais ils ne le*

867. Cette intervention du juge est permise par l'évolution de son office : le juge tranche non seulement le litige qui lui est soumis mais, à cette occasion, dit le droit dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation[1]. Le pouvoir normatif du juge est d'ailleurs conforté par la loi, qui contient de nombreux standards[2] en matière de RSE, comme la notion de « *vigilance raisonnable* »[3] ou celle d'« *intérêt social* »[4]. Certes, les standards n'ont pas été insérés par le législateur dans le seul objectif d'une interprétation par le juge de ces notions mais également dans la perspective d'octroyer à l'entreprise une marge de manœuvre dans l'établissement de sa politique RSE : le standard est avant tout un outil à la disposition des entreprises pour adapter la norme procédurale qu'elles doivent respecter. Il n'empêche que, saisi d'un litige, le juge aura toute latitude pour déterminer si l'entreprise a été suffisamment vigilante ou si l'action de ses dirigeants s'inscrit dans son intérêt social[5].

868. **La RSE dans le canevas de la responsabilité juridique. –** C'est par le canevas de la responsabilité juridique que cette judiciarisation croissante de la RSE est matérialisée[6]. On l'a vu : l'intervention du juge en matière de RSE pourrait être fondée – de manière assez infructueuse – sur d'autres dispositions, telles que les pratiques commerciales trompeuses[7]. Néanmoins, dans ces hypothèses, l'objectif est de sanctionner le discours de l'entreprise mais

---

jouent plus principalement avec les outils traditionnels de la réglementation. Ils sont davantage dans un rôle d'intermédiation et de régulation, lui aussi largement à parfaire. Ainsi, les pôles de pouvoirs se déplacent, les outils juridiques se transforment, les sources du droit évoluent […] » (G. J. MARTIN, « Écologisation de la gouvernance d'entreprise : vers un renouvellement de la problématique ? », *RIDE*, 2021, p. 257).

[1] V. S. PERDRIOLLE, « Introduction - Qu'est-ce que juger ? », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 4, n°4, 2020, p. 585.

[2] Le standard est « *une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, critère directif (englobant et plastique, mais normatif) qu'il appartient au juge, en vertu du renvoi implicite de la loi, d'appliquer espèce par espèce, à la lumière de données extralégales ou même extrajuridiques (références coutumières, besoins sociaux, contexte économique et politique), occasion d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant* » (V° standard *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, p. 988).

[3] C. Com., art. L. 225-102-4, I.

[4] C. Civ., art. 1833.

[5] « *Plusieurs explications peuvent être avancées pour expliquer cet empêchement, à tout le moins cette retenue, des législateurs. L'une d'entre elles doit être considérée : elle consiste à soutenir que, dans les sociétés contemporaines, il n'est plus de consensus sur la définition de ce qui doit faire norme, ni de logique qui soit suffisamment dominante pour l'imposer ; il ne reste que des conflits, ce qui, ajouté à la multiplication des ordres juridiques et au pluralisme juridique qui en découle, place désormais le juge au cœur du dispositif* » (G. J. MARTIN, art. préc., p. 257).

[6] La transposition de la RSE sur le canevas de la responsabilité juridique n'est pas propre à cette matière mais est souvent observée à l'égard des normes souples : C. Thibierge note que « *l'intérêt d'un droit souple, non encore obligatoire ni sanctionné, est de relayer l'exigence éthique de prévention des risques de dommages majeurs, sans en poser l'obligation juridique* ». Ainsi, le droit souple « *prélude un droit nouveau de la responsabilité* » (C. THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité et responsabilité de l'avenir », *D.*, 2004, p. 577).

[7] V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

pas ses actes en matière environnementale et sociale. Ainsi, la responsabilité juridique est placée au service de l'intégration effective des enjeux environnementaux et sociaux de l'entreprise, et non simplement de la fiabilité de son discours en la matière[1]. Le canevas de la responsabilité facilite l'intervention du juge : émancipé du discours tenu par l'entreprise, ce fondement permet de s'intéresser à ses actes, autrement dit à un éventuel fait personnel générateur d'un dommage[2]. Le caractère initialement extra-juridique de la RSE ne signifie pas qu'elle n'entre pas dans le champ du droit et plus précisément, dans les conditions de la responsabilité juridique. À rebours de sa conception initiale[3], la responsabilité *sociale* des entreprises est donc parfois transformée en une véritable responsabilité *juridique* de nature

---

[1] D'autres fondements civils non délictuels pourraient en théorie être mobilisés pour contraindre l'entreprise à aligner son discours et ses actes. C'est le cas de l'engagement unilatéral de volonté (EUV) qui pourrait être décelé dans un document d'information. Cet engagement pourrait être reconnu par le prisme de l'obligation naturelle qui désigne un « *devoir de conscience envers autrui* » (C. Civ., art. 1100) et dont la promesse d'exécution permettrait de la transformer en une véritable obligation civile. Or, les instruments de la RSE utilisent justement le registre de la promesse. Toutefois, cette qualification ne paraît pas adaptée aux documents d'information, puisque l'EUV suppose de caractériser la « *volonté certaine et réfléchie* » de son auteur, c'est-à-dire « *précise et dépourvue d'ambiguïté* » (J.-L. AUBERT, actualisé par S. GAUDEMET, « Engagement unilatéral de volonté », *Rép. civ.*, janv. 2018, n°33). Or, le discours contenu dans les documents d'information est bien trop vague et imprécis pour donner prise à une telle qualification. Par exemple, quand une entreprise indique qu'elle « *s'efforce de favoriser le développement personnel, le bien-être et l'engagement de ses talents et de promouvoir l'équité, la diversité et l'inclusion pour plus d'égalité et de performance* » (WORLDLINE, *Document d'enregistrement universel 2021,* déposé le 25 avril 2022, p. 83), elle n'entend certainement pas, par cette formulation floue, s'engager précisément. Sur l'application de l'EUV aux autres instruments de la RSE (codes de conduites), v. notamment M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018, n°113, p. 163 ; I. DESBARATS et G. JAZOTTES, « La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ? », *JCP S,* 2012, 1293, n°5 ; B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », *in* I. HACHEZ [et al.] (dir.), *Les sources du droit revisitées : Normativités concurrentes*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2012, p. 202 ; A. SOBCZAK, « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis », *Dr. soc.*, 2002, p. 806).

[2] L'action du juge n'est donc entravée ni par les conditions restrictives des autres fondements, tels que les pratiques commerciales trompeuses, ni par le caractère flou des documents RSE produits par l'entreprise (v. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

[3] « *Les deux notions* [de responsabilité sociale et de responsabilité juridique] *sont* […] *déconnectées en droit positif, nonobstant la terminologie employée. Et pour cause, le terme* "*responsabilité*" *est polysémique. Or, l'expression* "*RSE*" *est traduite de l'anglais* Corporate Social Responsability, *dernier terme qui ne renvoie pas à la responsabilité juridique – laquelle se traduit* liability *– mais plutôt à la responsabilité morale. Mieux, le mot* "*responsabilité*"*, tel qu'employé dans l'expression RSE, semble à prendre dans le sens courant du terme comme désignant le fait d'avoir des obligations envers quelqu'un ou quelque chose. La responsabilité juridique, quant à elle, doit être définie plus précisément comme la charge juridique en vertu de laquelle une personne doit subir une sanction en réaction à un fait générateur qui lui est imputé* » (J. LAGOUTTE, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre ou la rencontre de la RSE et de la responsabilité juridique », *Resp. civ. et assur.,* 2015, étude 11, n°4, p. 6). V. également J.-P. ROBE, « Responsabilité limitée des actionnaires et responsabilité sociale de l'entreprise », *Entreprises et histoire*, 2009, p. 165 : « *étant une responsabilité envers la* "*société*" *dans son ensemble, ce n'est une responsabilité envers aucune personne juridique qui puisse la mettre en jeu* ».

civile[1]. Cette transformation, en impliquant la réception de la norme sociale de comportement éthique par le système juridique[2] marque une « *densification normative* » de la RSE[3].

869. **Une modalité de durcissement particulière : le procès. –** La modalité de durcissement de la RSE qu'est la judiciarisation n'est pas neutre : sa configuration, qui est celle du procès, implique un durcissement dont la portée semble *a priori* limitée. En effet, l'encadrement des impacts environnementaux et sociaux des entreprises par le juge est opéré à l'occasion du règlement d'un conflit entre une entreprise et une partie prenante particulières. Toutefois, tranchant un litige, le juge est amené à dire le droit : en réalité, l'intervention judiciaire ne se cantonne pas au cas d'une entreprise, mais déborde sur les autres qui effectueront leurs arbitrages en tenant compte de la jurisprudence, en tant que source du droit. Ainsi, si l'intervention du juge consiste, d'un point de vue casuistique, à trancher un litige entre une entreprise et une partie prenante, elle marque, de manière plus globale et quand elle aboutit dans un sens favorable à la partie prenante, une action normative en faveur de la protection de l'environnement, des droits sociaux ou humains. C'est sur ce pouvoir normatif du juge que repose la stratégie de nombreuses ONG qui espèrent tirer du contentieux contre une entreprise une régulation des entreprises dans leur ensemble. La judiciarisation est appréciée de manière bien différente selon les parties : s'il constitue une victoire pour les parties prenantes – notamment les parties prenantes secondaires que sont les ONG, riverains, citoyens –, le contentieux reste un « *aveu d'échec* » pour les entreprises[4]. Pour celles-ci, « *porter son différend devant le juge et lui demander de dire, conformément au droit, laquelle*

---

[1] La responsabilité peut être délictuelle voire contractuelle en présence d'un contrat (la chaîne de valeur d'une société mère peut être qualifiée de chaîne contractuelle).

[2] « *La juridicisation de l'éthique signifie ici la reconnaissance ou la réception par l'ordre juridique étatique des principes éthiques* » (P. AONZO, « Point de vue sur l'éthique de l'entreprise », *LPA*, 2001, n°184, p. 4) ; « *En parlant de juridicisation, certains visent la réception, par un système de droit, de normes ou catégories de ce système*. […] *On imagine une possible "juridicisation" de codes de conduite ou de normes techniques à travers leur réception ou leur reconnaissance par un ordre étatique* » (A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique : Des concepts en jeu », *in* J. CLAM et G. J. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 47).

[3] Sur la densification des normes de la RSE, v. V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, « Densification normative et éthique des affaires », *in* C. THIBIERGE (dir.), *op. cit.,* p. 813 ; D. BESSIRE et E. MAZUYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise. Les paradoxes d'une densification normative », *in* C. THIBIERGE (dir.), *op. cit.*, p. 990 ; K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON, « La RSE saisie par le droit : généalogie d'une recherche juridique sur la RSE », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit : Perspectives interne et internationale*, A. Pedone, 2016, p. 13.

[4] P. ABADIE, art. préc., n°1, p. 302.

des prétentions l'emporte sur l'autre, c'est avoir échoué à prévenir certains dommages et à concilier les intérêts divergents des parties prenantes »[1].

870. **Le procès, vecteur d'une intégration ambitieuse des enjeux environnementaux et sociaux. –** Si les entreprises redoutent le contentieux c'est, qu'outre les conséquences financières et réputationnelles qu'il implique, il favorise sans doute une intégration ambitieuse des enjeux environnementaux et sociaux. En effet, confronté au cas particulier d'une partie prenante lésée et d'une entreprise fautive, le juge sera sans doute plus ambitieux dans la détermination du rôle des entreprises en matière environnementale et sociale que ne le serait le législateur qui a vocation à régir une généralité d'entreprises. La configuration du conflit influe donc sur le pouvoir normatif du juge, qui statuera peut-être dans un sens plus favorable que ne le ferait la puissance publique si elle devait réglementer la matière environnementale et sociale, pour plusieurs raisons :

> « *le juge est expressément sollicité par cette démarche législative* [d'édiction de standards] *qui lui délègue un pouvoir de décision ; il l'est aussi par les parties qui agissent, et découvre une argumentation dans les conclusions des plaideurs ; il est enfin sans doute plus sensible aux discours de la société civile et d'une certaine doctrine et moins soumis aux pressions des lobbies* »[2].

C'est parce que le juge est saisi d'enjeux réels, de dommages éprouvés, qu'il peut apporter une solution à la hauteur des défis environnementaux et sociaux. Cette ambition est par exemple perçue dans le retentissant jugement rendu par le Tribunal de La Haye dans l'affaire Shell, qui considère que la lutte contre le changement climatique doit supplanter les intérêts économiques du groupe :

> « *The court assumes that the reduction obligation will have far-reaching consequences for Royal Dutch Shell and the Shell group. The reduction obligation requires a change of policy, which will require an adjustment of the Shell group's energy package […]. This could curb the potential growth of the Shell group. However, the interest served with the reduction obligation outweighs the Shell group's commercial interests, which for their part are served with an uncurtailed preservation or even growth of these activities. Due to the serious threats and risks to the human rights of Dutch residents and the inhabitants*

[1] *Ibid.*
[2] G. J. MARTIN, art. préc., p. 257.

of the Wadden region, private companies such as RDS may also be required to take drastic measures and make financial sacrifices to limit CO2 emissions to prevent dangerous climate change »[1].

L'efficacité de cette responsabilisation des entreprises par le prisme du contentieux se couple à une effectivité certaine. En effet, non seulement la judiciarisation permet un passage plus aisé vers une responsabilisation des entreprises que ne le permet le législateur, mais elle offre en plus une « *garantie normative* »[2] importante, tenant à la force exécutoire des décisions de justice. Même dans l'hypothèse où le législateur édictait des règles substantielles ambitieuses, il ne pourrait sans doute pas en assurer l'exécution dans les mêmes termes, en tout cas pas sans créer « *des rigidités telles que l'activité économique, qui appelle nécessairement une certaine souplesse et l'adaptation à des contextes rarement stables, s'en trouverait durablement entravée* »[3]. Autrement dit, c'est l'obstacle du caractère général de la règle de droit qui entrave sans doute l'action du législateur en matière environnementale et sociale, obstacle que ne connaît pas le juge qui est confronté au règlement d'un conflit particulier. Corrélativement, cet avantage constitue la faiblesse de la judiciarisation de la RSE qui touche un nombre moins important d'acteurs économiques que ne le ferait une règlementation[4].

871. **La puissance normative du contentieux. –** Quels qu'en soient ses effets, le contentieux en matière de RSE dispose d'une importante puissance normative. En effet, dans l'hypothèse où il échoue à condamner les entreprises pour les impacts néfastes qu'elles produisent, le contentieux favorise l'intégration effective des enjeux sociaux et environnementaux par les entreprises. Sa « *force symbolique* »[5] incite en effet les acteurs privés à modifier leurs pratiques, la perspective d'un procès exacerbant la sanction réputationnelle. En d'autres termes, la judiciarisation de la RSE emporte un important effet régulateur sur le comportement des entreprises soumises à un devoir de transparence : « *plus*

---

[1] Tribunal de La Haye, *Milieudefensie et al. c/ RoyalDutch Shell*, 26 mai 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, §4.4.53. Pour l'étude de ce jugement v. *infra* Section 2, §1, A, 2.

[2] Selon la typologie de C. Thibierge, la garantie normative est la « *garantie du respect et de la validité de la norme (offerte) par le système juridique* » (C. THIBIERGE, « Conclusion : Le concept de "force normative" », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept,* LGDJ, 2009, p. 823). V. *supra* Partie 1.

[3] G. J. MARTIN, art. préc., p. 257.

[4] Il reste que la jurisprudence, en tant que source du droit, revêt un effet normatif sur d'autres entreprises que la seule partie au procès.

[5] F.-G. TREBULLE, « Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé », *Energie – Environnement – Infrastructures*, 2018, n°8-9, dossier 24, n°3.

que l'information elle-même, c'est la perspective du contentieux qui va réaliser une régulation de l'environnement »[1].

872. La juridicisation de la RSE semble passer principalement par sa judiciarisation, qui apparaît comme un remède aux limites de l'approche flexible. Le juge devra néanmoins faire face à la difficulté liée à la portée élastique des activités des entreprises, qui constitue l'un des enjeux de cette juridicisation.

§2. Les enjeux de la juridicisation de la RSE

873. La juridicisation de la RSE est confrontée à deux principaux enjeux. L'un tient au caractère transnational de l'activité des entreprises, tandis que l'autre a trait plus spécifiquement aux atteintes environnementales, caractérisées par l'éventuel décalage temporel entre leur commission par l'entreprise et leurs effets sur l'environnement[2].

874. Autrement dit, la juridicisation de la RSE doit répondre à un enjeu d'ordre spatial (A) et un enjeu d'ordre temporel (B).

A. L'enjeu spatial

875. **Le caractère transnational de l'activité des entreprises. –** L'une des spécificités de la judiciarisation de la RSE est d'ordre spatial, puisque l'activité de l'entreprise – notamment quand elle est une firme multinationale – peut revêtir une dimension transnationale, leur cadre excédant les frontières nationales[3]. Ce caractère transnational imprègne par conséquent la RSE, qui implique de l'entreprise qu'elle réponde (au sens large du terme) des impacts causés à l'étranger. Cette particularité spatiale trouble l'encadrement juridique de ces impacts, ou des

---

[1] M. TELLER, « La régulation de l'information communiquée aux investisseurs », *in* G. J. MARTIN et B. PARANCE (dir.), *La régulation environnementale*, LGDJ/Lextenso, 2012, p. 36.

[2] L'environnement ne tient pas seulement lieu de réalité matérielle mais implique une dimension temporelle, puisque sa protection est tournée vers le futur : « *D'espace il mue en temps, il devient un lieu à mi-chemin de l'un et de l'autre* » (E. NAÏM-GESBERT, « Que sont les "limites planétaires" ? Pour une *Pax Natura* à l'aune du Covid-19 », *RJE,* 2020, n°3, p. 422).

[3] Est transnationale une activité « *qui suppose le franchissement d'une frontière ou (et) s'exerce par-dessus les frontières indépendamment de l'action des États* » (V° « Transnational, -ale, -aux » *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, p. 1038).

dommages le cas échéant, causés par les multinationales : le droit international ne peut s'appliquer, les entreprises n'ayant pas, en principe, qualité de sujets de ce droit[1], tandis que l'application du droit national est entravée par l'existence de frontières et par l'organisation des groupes de sociétés. La situation semble imparable : le dommage est causé par une filiale située dans un territoire différent de celui de sa société mère. Tentant d'engager la responsabilité de cette dernière, la victime « *se heurte* […] *à toutes les difficultés classiques du droit international privé* » que sont l'établissement de la compétence juridictionnelle, la détermination de la loi applicable puis, ultimement, la reconnaissance et l'exécution de la décision[2].

876. **La difficulté de la compétence juridictionnelle. –** Ce caractère transnational est source de difficulté quant à la compétence juridictionnelle : quel juge sera compétent pour sanctionner une firme multinationale qui a commis un dommage par l'intermédiaire d'une filiale notamment et sur un territoire étranger ? En matière environnementale, comment justifier qu'un juge local puisse sanctionner des dommages globaux que représentent les conséquences du réchauffement climatique ou l'atteinte à la biodiversité ? La question n'est pas seulement théorique mais pose des difficultés techniques. En effet, la compétence juridictionnelle dépendra des éléments d'extranéité du contentieux en cause. La Loi sur le devoir de vigilance offre une réponse à cette difficulté puisqu'elle donne compétence au juge

---

[1] La question est en réalité plus complexe et fait l'objet de débats : si une conception classique du droit international public invite à faire des États ses seuls sujets de droits et obligations, « *dans le système économique et l'organisation de la société actuels, cette conception du droit international axée sur l'État semble dépassée. En effet, le pouvoir des États s'est considérablement réduit au cours des dernières décennies au profit de celui des entreprises, dont l'importance économique croissante a soulevé des questions quant à la responsabilité juridique des personnes privées en droit international public* » (A. MICHOUD, « La notion de sujet de droit international ou le défi de sa réforme à l'aune de la responsabilité sociale des entreprises commerciales », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 2018, vol. 48/3, p. 243). Ainsi, de nombreux auteurs plaident pour la reconnaissance de cette qualité aux entreprises : « *même si ces dernières n'ont pas la capacité des États pour exercer un pouvoir sur l'ensemble d'un territoire, elles disposent cependant d'une sphère d'influence leur permettant d'avoir le contrôle sur un nombre important de personnes. Il est donc légitime de leur imposer certains devoirs. La nature privée des sociétés ne doit pas servir de prétexte pour les exonérer de toutes leurs responsabilités* » (*id.*, p. 271). Au-delà de ces débats prospectifs, le droit international public n'est pas totalement étranger aux activités transnationales des entreprises : certains traités posent des obligations directes à certaines entreprises, comme la *Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures* de 2001. Le projet de traité de l'ONU visant à encadrer les atteintes aux droits de l'homme des entreprises transnationales s'inscrit dans ce cadre (CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES, *Les entreprises et les droits de l'homme : le Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, et la question du renforcement de la responsabilité et de l'accès aux recours, Rés. A/HRC/RES/44/15*, 23 juillet 2020).

[2] *Id.*, n°2, p. 168.

français pour des actions relatives à des dommages causés hors du territoire national par une filiale ou un partenaire commercial étrangers d'une société mère ou donneuse d'ordre française[1].

877. **La difficulté de l'intérêt à agir. –** Le défi spatial met également à l'épreuve la notion d'intérêt à agir du demandeur en justice. L'affaire dite « Grande Synthe », bien que ne concernant pas une entreprise mais l'État français, a contribué à éclaircir la question, si bien que sa solution peut sans doute être transposée au cas d'un contentieux contre une entreprise. Un recours pour excès de pouvoir était exercé contre des décisions implicites du Gouvernement français de rejet des demandes d'action contre le réchauffement climatique formulées par diverses associations et communes. L'arrêt du Conseil d'État du 19 novembre 2020 a apporté d'importantes précisions quant à la recevabilité de cette action[2]. En effet, l'un des apports de cet arrêt est « *d'admettre l'intérêt à agir contre un fait global – le changement climatique, loin du resserrement de l'intérêt à agir caractérisant l'actuel contentieux administratif* »[3]. L'intérêt à agir était caractérisé en raison, pour les communes, de leur exposition aux risques causés par le changement climatique[4] et pour les associations, en raison de leur objet social de protection de l'environnement. Cette décision est donc intéressante en ce qu'elle marque la reconnaissance par le juge administratif de l'intérêt à agir de personnes morales quant à un fait global, le changement climatique, dans la mesure où ce dernier emporte des conséquences concrètes et localisées. Autrement dit, l'ampleur du réchauffement climatique (la multiplicité de ses causes et de ses effets) n'est pas de nature à exclure l'intérêt à agir de communes et associations déterminées, dans la mesure où des

---

[1] V. P. ABADIE, « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.*, 2018, n°34, p. 302 et O. BOSKOVIC, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D.*, 2016, p. 385. Sur le contentieux du devoir de vigilance, v. *infra* Section 2, §1.

[2] CE, 19 nov. 2020, n°427301, *Commune de Grande Synthe et autre*: *EEI* 2020, n° 12, p. 13, ét. 17, M. TORRE-SCHAUB ; *JCP A*., 2020, com. 2337, R. RADIGUET ; *EEI* 2021, n° 3, dossier 12, étude C. HUGLO ; *Dr. adm*, 2021, n° 3, comm.14, J.-C. ROTOULLIE ; *AJDA* 2021, p. 217, note H. DELZANGLES ; *AJDA* 2021, p. 226, note S. CASSELLA. V. également CE, 1er juil. 2021, n°427301.

[3] R. ROMI, G. AUDRAIN-DEMEY et B. LORMETEAU, *Droit de l'environnement et du développement durable*, 11e éd, LGDJ, 2021, p. 99. L'autre grand apport de cet arrêt est de créer une obligation à la charge de l'État de lutter contre le réchauffement climatique. V. M. TORRE-SCHAUB, « L'affaire de Grande Synthe : une première décision emblématique dans le contentieux climatique français », *Energie – Environnement – Infrastructures*, 2020, n°12, étude 17 et R. RADIGUET, « Objectif de réduction des émissions de gaz… à effet normatif ? », *JCP A*, 2020, n°51-52, 2337.

[4] Pour la commune de Grande Synthe, sont visés les risques d'inondations et de sécheresse, tandis que pour les villes de Paris et Grenoble, c'est leur exposition élevée aux risques climatiques, mesurée par l'Observatoire national sur les effets du réchauffement climatique, qui caractérise leur intérêt à agir.

dommages localisés sont constatés. Le Conseil d'État prend alors soin de préciser que « *la circonstance* […] *que ces effets du changement climatique sont susceptibles d'affecter les intérêts d'un nombre important de communes* […] [n'est] *pas de nature à remettre en cause cet intérêt* »[1].

878. La question de l'intérêt à agir n'est pas propre à l'enjeu climatique mais intéresse aussi d'autres types d'enjeux comme les droits humains ou les conditions de travail. En effet, pour ces questions, il est possible qu'aucune victime particulière n'engage d'action contre l'entreprise en cas de dommage. Souvent, les dommages sont d'ailleurs multiples car les violations sont répétées : l'atteinte aux conditions de travail ne touche pas un salarié individuellement mais l'ensemble d'une catégorie de travailleurs, de même que l'atteinte aux droits humains touche un ensemble de personnes et non une victime isolée. De plus, ces violations sont souvent situées sur un territoire étranger à la localisation de la société mère. Dans ces hypothèses, une association pourra souhaiter engager une action afin de mettre fin à ces violations ou de demander collectivement réparation, alors même qu'elle ne subit pas directement le dommage et alors même qu'elle est située sur le territoire français et que les violations sont commises à l'étranger. Le droit offre des conditions favorables à de telles actions : « *toute personne justifiant d'un intérêt à agir* » a la possibilité de demander une injonction judiciaire pour manquement au devoir de vigilance[2] ; une action de groupe en matière environnementale est possible depuis 2016[3]. La judiciarisation de la RSE sera donc souvent portée par une association, représentante d'un intérêt collectif, plutôt que par une victime qui subit un dommage personnel, potentiellement à l'étranger[4].

---

[1] CE, 19 nov. 2020, n°427301, *Commune de Grande Synthe et autre*, cons. n°3.

[2] C. Com., art. L. 225-102-4, II. Comme le note P. Abadie, l'ouverture large de l'action en matière de devoir de vigilance, tout comme celle en matière de déclaration de performance extra-financière, « *s'explique par le fait que de telles obligations n'ont généralement pas de créanciers déterminés* » (P. ABADIE, art. préc., n°29, p. 302). De même, l'article 1248 du Code civil prévoit que « *L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Office français de la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement* ».

[3] C. env., art. L. 142-3-1, créé par *L. n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle*, art. 89. V. M. BACACHE, « L'action de groupe en matière environnementale », *Énergie – Environnement – Infrastructures,* 2017, étude 8. Il est à noter qu'à notre connaissance et jusqu'à présent, aucune action de groupe en matière environnementale n'a été engagée.

[4] V. P. ABADIE, art. préc., n°29, p. 302.

879. **La difficulté du préjudice.** – L'enjeu spatial n'a pas uniquement trait aux frontières et ne souligne pas seulement le caractère transnational des litiges. La judiciarisation de la RSE dispose d'une spécificité d'ordre spatial en ce que, en matière environnementale, les dommages qu'elle couvre intéressent souvent un espace plus que des personnes. Or, le droit de la responsabilité civile est classiquement calibré pour offrir une réparation à une personne juridique et non à un espace, l'environnement n'étant pas un sujet de droit[1].

880. Le droit est de nouveau intervenu pour pallier cette difficulté en consacrant la catégorie juridique de préjudice écologique. Les jalons d'une telle reconnaissance étaient posés par l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire du naufrage de l'Erika[2]. Dans cet arrêt, la Cour de cassation reconnaît l'existence d'un préjudice écologique, qui est « *une atteinte à l'environnement* » et qui ne se confond pas avec les préjudices subjectifs subis par les personnes[3]. Cette création jurisprudentielle a été entérinée et complétée en 2016 par la Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages[4], qui a créé un nouveau chapitre dans le Code civil, intitulé « *La réparation du préjudice écologique* »[5] et qui permet de combler les lacunes de la jurisprudence, notamment en matière de réparation[6] et de prévention et cessation de l'illicite[7]. Le préjudice écologique est défini à l'article 1247 du Code civil comme « *une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des*

---

[1] Sur le mouvement visant à octroyer à la Nature ou à ses éléments une personnalité juridique, v. notamment M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ? », *D.*, 2017, p. 1040 ; M. PETEL, « La nature, d'un objet d'appropriation à un sujet de droit. Réflexion pour un nouveau modèle de société », *RIEJ*, 2018, vol. 1, p. 207 ; A. GAILLIARD, « Sacraliser la nature plutôt que la personnifier (ou les mirages de la personnification) », *D.*, 2018, p. 2422 ; C. PERES, « L'environnement doit-il devenir une personne ? », *Energie – Environnement – Infrastructures*, 2022, n°1, dossier 2.

[2] Crim., 25 sept. 2012, n°10- 82.938, Bull. crim. n°198 : *D.* 2012. 2673, obs. L. NEYRET ; *D.* 2012. 2675, note V. RAVIT et O. SUTTERLIN ; *D.* 2012. 2711, note Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 2012, 1243, note K. LE COUVIOUR ; *Envir. et dév. durable* 2013. Étude 2, note M. BOUTONNET ; *Envir. et dév. durable* 2013. Étude 3, note S. CUENDET ; *Gaz. Pal.* 24 et 25 oct. 2012, p. 8, note B. PARANCE ; *Bull. Joly*, janv. 2013, p. 69, note F.-G. TREBULLE ; *Dr. envir.* déc. 2012, p. 371, note M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE, V. JAWORSKI et J. SOHNLE ; *DMF* 2012, dossier spécial Erika, p. 985 à 1022, notes P. BONASSIES, Ph. DELEBECQUE, F. BERLINGIERI, B. BOULOC, M. REMOND-GOUILLOUD. Sur la reconnaissance par cet arrêt d'une faute de la société mère, v. *infra.*

[3] V. Ph. BILLET et E. NAIM-GESBERT (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'environnement*, Dalloz, 2017, n°21, p. 162 et s.

[4] *L. n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, art. 4.

[5] C. Civ., art. 1246 à 1252.

[6] La réparation en nature est priorisée (C. Civ., art. 1249), sauf « *impossibilité de droit ou de fait* » ou « *insuffisance des mesures de réparation* ». Dans ce cas, les dommages et intérêts doivent être affectés à la réparation de l'environnement.

[7] C. Civ., art. 1252. Sur les finalités préventive et de cessation de l'illicite du procès environnemental, à côté de sa finalité réparatrice, v. M. LAMOUREUX, « Les objectifs du procès environnemental devant le juge civil français », *in* M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental. Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Dalloz, 2021, p. 31.

écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement »[1]. Dans un autre contentieux climatique contre l'État, nommé « Affaire du Siècle », le juge administratif a reconnu l'existence d'un préjudice écologique lié à l'augmentation de la température de la planète et de tous les effets provoqués en cascade (fonte des glaces, réchauffement et acidification des océans, élévation du niveau de la mer, qui entraînes des phénomènes climatiques extrêmes et emportent des conséquences sur les cultures, les ressources en eau, induisant un risque d'insécurité alimentaire et sur la santé, etc.)[2].

881. **La difficulté du lien de causalité. –** Enfin, l'enjeu spatial pose la question du lien de causalité entre la faute de l'entreprise et le dommage : notamment, comment établir que c'est la contribution d'une entreprise au réchauffement climatique, phénomène global et multifactoriel, qui a causé le dommage[3] ? Il est alors tentant de rejeter la responsabilité d'une entreprise en particulier pour un phénomène dont les manifestations sont globales[4] : « *les causes naturelles des dommages climatiques vont venir faire écran à la reconnaissance de la*

---

[1] Ce préjudice écologique est qualifié de « pur » en ce qu'il est « *causé directement au milieu pris en tant que tel indépendamment de ses répercussions sur les personnes et sur les biens* » (F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, LGDJ, 1981, p. 292). Les préjudices écologiques dits « dérivés » peuvent avoir la même cause que le préjudice écologique pur mais sont les préjudices matériels et moraux subis par des personnes juridiques. V. G. J. MARTIN et L. NEYRET (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012. Pour un exemple de condamnation d'une entreprise à réparer le préjudice écologique ainsi que les préjudices matériels et moraux dérivés liés à la pollution de l'Escaut, un fleuve traversant la France, la Belgique et les Pays-Bas, v. T. corr. Lille, 12 janv. 2023, n°2023-219.

[2] Le jugement avant dire droit est très complet dans la description des conséquences du réchauffement climatique. V. TA Paris, 3 fév. 2021, n°1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, cons. 16 : *AJDA* 2021, p. 705, trib. H. BELRHALI ; *ibid*., 2021, p. 2228, note J. BETAILLE ; *Dr. adm.* 2021, comm. 28, obs. M. DEFFAIRI ; *RFDA* 2021, p. 747, note A. VAN LANG, A. PERRIN et M. DEFFAIRI. V. également dans cette affaire le jugement définitif du Tribunal administratif de Paris, ordonnant à l'État de prendre des mesures pour prévenir et réparer le préjudice écologique, TA Paris, 14 oct. 2021, n° 1904967, 1904972 et 1904976/4-1 : *JCP G* 2021, act. 247, ap. M. TORRE-SCHAUB ; *JCP G* 2021, doctr. 305, étude M. TORRE-SCHAUB ; *JCP G* 2021, act. 1195, ap. M. HAUTEREAU-BOUTONNET.

[3] « *La difficulté provient essentiellement de ce que l'origine humaine des événements dommageables considérés n'est pas exclusive et rencontre des causes naturelles, sans que l'on sache très bien dénouer l'écheveau de leur influence respective dans la réalisation des dommages* » (L. NEYRET, « La reconnaissance de la responsabilité climatique », *D.*, 2015, p. 2278). Le Tribunal de La Haye, dans l'affaire Shell qui sera étudiée *infra* (section 2, §1), considère : « *The court acknowledges that RDS cannot solve this global problem on its own. However, this does not absolve RDS of its individual partial responsibility to do its part regarding the emissions of the Shell group, which it can control and influence* » (Tribunal de La Haye, *Milieudefensie et al. c/ RoyalDutch Shell*, 26 mai 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339, §4.4.49).

[4] C'est ce qu'une Cour d'appel états-unienne a retenu pour rejeter le lien de causalité entre un dommage local lié à l'ouragan Katrina et la faute invoquée par le requérant d'un producteur de pétrole et charbon : « *The assertion that the defendants' emissions combined over a period of decades or centuries with other natural and man-made gases to cause or strengthen a hurricane and damage personal property is precisely the type of remote, improbable, and extraordinary occurrence that is excluded from liability. Therefore, the Court finds that the plaintiffs have not asserted a plausible claim for relief under state law* » (5th Cir., *Comer v. Murphy Oil USA et al*., 16 oct. 2009, 585F.3d 855).

responsabilité des personnes publiques ou privées dont le comportement a pourtant participé à la réalisation ou à l'aggravation des dommages »[1].

882. L'« Affaire du Siècle » a contribué à éclaircir cette difficulté puisque le juge a affirmé que c'était bien la carence fautive de l'État qui avait causé le préjudice écologique invoqué ; or, comme nous l'avons vu, le préjudice écologique était d'une ampleur considérable et l'État français n'est pas, de toute évidence, son unique contributeur. Le Tribunal administratif de Paris considère que « *les associations requérantes sont fondées à soutenir qu'à hauteur des engagements qu'il avait pris et qu'il n'a pas respectés dans le cadre du premier budget carbone, l'État doit être regardé comme responsable, au sens des dispositions précitées de l'article 1246 du code civil, d'une partie du préjudice écologique constaté* »[2]. Autrement dit, l'absence d'adoption de mesures par l'État permettant de respecter le budget carbone qu'il s'était fixé pour la période 2015-2018 « *a contribué à l'aggravation du dommage global, le changement climatique, par l'accroissement continu des émissions de gaz à effet de serre* »[3].

883. Une autre affaire se tient actuellement devant les juges allemands, et dont l'issue est particulièrement attendue quant au lien de causalité. Une personne privée péruvienne prétend devant le juge allemand que la contribution au réchauffement climatique d'une entreprise (le conglomérat allemand de l'électricité RWE) est à l'origine du trouble de jouissance de son droit de propriété : son habitation, située dans les Andes, est exposée à un risque à court terme d'inondation par fonte des glaces[4]. Le particulier demande la prise en charge d'une partie des travaux d'aménagement de son habitation afin qu'elle soit moins exposée au risque. Il demande que la contribution de l'entreprise aux travaux soit calculée sur sa contribution effective aux émissions de gaz à effet de serre (0,47%), soit une prise en charge d'environ 20 000€. L'évaluation de cette contribution est non seulement issue de données scientifiques –

---

[1] L. NEYRET, « La reconnaissance de la responsabilité climatique », *D.*, 2015, p. 2278. V. également M. BACACHE, « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », *in* M. TORRE-SCHAUB (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit*, Mare & martin, 2021, p. 191.
[2] TA Paris, 3 fév. 2021, n°1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, cons. 34.
[3] R. ROMI, G. AUDRAIN-DEMEY et B. LORMETEAU, *op. cit.,* p. 102.
[4] Sur cette affaire, v. L. D'AMBROSIO, « Le contentieux contre les *carbon majors* : esquisse d'un système de responsabilité des entreprises dans le domaine du changement climatique » *in* M. TORRE-SCHAUB (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit*, Mare & martin, 2021, p. 220 ; C. HODGSON, « Who pays for climate change ? The Peruvian suing a German utility », *Financial Times*, 5 juil. 2022, [https://www.ft.com/content/e26c5813-354b-4b6b-8bc1-70b39ef9837c] ; GERMANWATCH, « Interesting Facts: Background information on the decision of the higher regional court Hamm », 12 déc. 2017, [https://www.germanwatch.org/en/14831].

de 1751 à 2010, RWE aurait été à l'origine de 0,47% des émissions mondiales de gaz à effet de serre – mais également des informations communiquées par l'entreprise elle-même. Si cette affaire aboutit dans un sens favorable au plaignant, elle constituera une avancée notable dans la détermination du lien de causalité entre la contribution au réchauffement climatique de grandes entreprises (les *carbon majors* notamment) et la survenance de dommages localisés[1]. Du point de vue de la preuve, son issue sera également importante en ce qu'elle permettra d'éclairer le statut probatoire des rapports scientifiques[2] mais également du *reporting* environnemental des entreprises. Il nous semble que le lien de causalité entre des dommages localisés liés au changement climatique et le comportement de certaines entreprises est d'autant plus caractérisé que « *certaines études semblent indiquer que le "club" des entreprises liées au phénomène du changement climatique, est assez restreint pour permettre une identification* »[3].

884. La difficulté du lien de causalité n'est pas propre au changement climatique, touchant également les atteintes aux droits humains (dommages sanitaires, déplacements forcés, expropriations sans indemnité, etc.). Elle est de nouveau liée aux modalités d'organisation des grandes entreprises qui exercent leur activité sous la forme de groupes de sociétés indépendantes et à l'aide d'un réseau d'entreprises partenaires. Les activités des entreprises, qui constituent autant de lieux potentiels de survenance de dommages, sont donc spatialement éclatées. Cette configuration d'organisation des firmes multinationales dilue le lien de causalité entre un dommage causé dans une filiale et l'éventuel comportement fautif de la société mère ayant contribué à la survenance du dommage :

---

[1] En première instance, la demande du plaignant a été rejetée (District Court Essen, 15 déc. 2016, n°2-O-285/15). En seconde instance, lors de la première instance orale, la Cour régionale de Hamm a rejeté l'argumentation des premiers juges, considérant notamment que la loi allemande était applicable, que la distance entre l'origine des émissions et le lieu du trouble n'était pas dirimante, qu'il est suffisant que RWE soit considéré comme *partiellement* responsable du trouble et a ordonné des mesures d'expertise afin de constituer la preuve de l'existence du lien de causalité (Civil High Court of Hamm, 13 nov. 2017). Les expertises sont en cours (v. GERMANWATCH, « Interesting Facts: Background information on the decision of the higher regional court Hamm », 12 déc. 2017, [https://www.germanwatch.org/en/14831]).

[2] Les rapports du GIEC soulignent depuis de nombreuses années l'origine anthropique du réchauffement climatique, qui a également été reconnue par la *Convention-cadre des Nations unies sur le changement climatique* (CCNUCC) de 1992.

[3] F.-G. Trébulle fait référence à une étude qui suggère que 90 entreprises contribuent à hauteur de 57% à l'augmentation des émissions de CO_2, à 50% à la hausse des températures et environ 30% à l'élévation du niveau de la mer (B. EKWURZEL, J. BONEHAM, M. W. DALTON, [et al.], « The rise in global atmospheric CO2, surface temperature, and sea level from emissions traced to major carbon producers », *Climatic Change*, 2017, vol. 144/4, p. 579). V. F.-G. TREBULLE, « Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé », *Energie – Environnement – Infrastructures*, 2018, n°8-9, dossier 24, n°21.

> « *si le dommage résulte, par exemple, d'un dysfonctionnement d'une usine qui est aux mains d'une filiale ou d'un sous-traitant, le lien peut sembler bien lâche avec le défaut de contrôle ou de surveillance de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre qui s'est contentée de passer commande* »[1].

Bien que facilitée par la loi sur le devoir de vigilance, qui a précisément pour but de favoriser l'engagement de la responsabilité de la société mère ou donneuse d'ordre dans ce cas[2], la caractérisation du lien de causalité demeure délicate.

885. La juridicisation de la RSE présente également une spécificité d'ordre temporel, notamment s'agissant des enjeux environnementaux.

B. L'enjeu temporel

886. **Le décalage temporel inhérent aux atteintes environnementales. –** La juridicisation de la RSE fait face à un défi temporel, particulièrement en matière environnementale : dans la mesure où les atteintes environnementales sont irréversibles, la protection de l'environnement implique une anticipation de l'avenir[3]. Cette spécificité trouble les catégories juridiques traditionnelles. Notamment, la confrontation des demandes en réparation de préjudices environnementaux à l'exigence du caractère certain du préjudice invoqué peut *a priori* être complexe, notamment quand le préjudice est lié à un simple risque d'atteinte environnementale. En effet, les dommages environnementaux peuvent impliquer des conséquences dont les manifestations sont différées dans le temps. Le juge peut donc statuer avant même que les conséquences environnementales ne soient toutes advenues. Toutefois, la certitude du préjudice est appréciée avec souplesse par les juges[4] qui se contentent de vérifier que le préjudice n'est pas hypothétique[5]. Or, pour les contentieux climatiques, l'existence du réchauffement climatique et des effets attachés ne fait plus l'objet de doute. L'affaire Grande

---

[1] A. DANIS-FATOME et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.*, 2017, p. 1610.
[2] V. *infra* Section 2, §1.
[3] Le principe de prévention irrigue donc la matière environnementale. V. R. ROMI, G. AUDRAIN-DEMEY et B. LORMETEAU, *Droit de l'environnement et du développement durable*, 11e éd, LGDJ, 2021, p. 169 et s.
[4] « *L'exigence d'un préjudice certain a toujours été entendue avec relativité, car la certitude n'est pas de ce monde* » (P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats : Régimes d'indemnisation*, 12e éd., Dalloz, 2020, n°2123.71).
[5] « *En réalité, la condition de certitude du préjudice ne doit pas se comprendre exactement ainsi, mais plutôt en ce sens qu'on ne saurait réparer un préjudice dont la réalisation est hypothétique* » (Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5e éd., LexisNexis, 2018, n°181).

Synthe est significative à cet égard puisqu'elle affirme le « *caractère inéluctable* » du changement climatique[1], soulignant donc « *l'importance des connaissances scientifiques dans le cadre des contentieux climatiques* »[2]. Pour les contentieux environnementaux non liés à la question climatique, la certitude du préjudice dépendra davantage des preuves apportées par la victime, étant entendu que la démonstration d'un simple risque peut suffire[3].

887. **L'impact du décalage temporel sur l'intérêt à agir. –** Pour autant, les juges manifestent parfois des résistances quant à prendre en compte le décalage temporel entre les atteintes à l'environnement et les effets qui sont attachés : dans l'affaire Grande Synthe, l'intérêt à agir d'une personne privée n'a pas été reconnu par le juge en ce qu'elle se bornait à « *soutenir que sa résidence actuelle se trouve dans une zone susceptible d'être soumise à des inondations à l'horizon de 2040* »[4]. Il semblerait alors que « *le caractère "certain" de l'intérêt à agir opère une sélection entre les requérants individuels dont le temps éloigne toute certitude d'intérêt lésé et les communes pour lesquelles le temps n'a pas d'emprise sur leur intérêt* »[5]. Du point de vue de l'intérêt à agir, le décalage temporel semble donc davantage être un obstacle pour les personnes physiques que pour les personnes morales, en raison de la continuité de l'intérêt qui caractérise les secondes[6].

888. **L'urgence écologique et climatique. –** En matière environnementale, le défi temporel ne s'entend pas seulement d'un retard dans la survenance des conséquences, mais également d'une certaine urgence à laquelle le droit doit répondre[7]. Au niveau national, le Code de

---

[1] CE, 19 nov. 2020, n°427301, *Commune de Grande Synthe et autre*, cons. n°3.
[2] Les auteurs poursuivent : « *La certitude du dérèglement climatique n'est pas discutée par le juge administratif* » (R. ROMI, G. AUDRAIN-DEMEY et B. LORMETEAU, *op. cit.,*, p. 100).
[3] « *On sait que le préjudice certain peut être caractérisé lorsqu'en dépit d'une certitude, une probabilité forte existe. Or, en matière environnementale, les débats scientifiques peuvent parfois conduire à révéler une probabilité importante ou, au contraire, faible. La question du risque dans la caractérisation du préjudice est donc incontournable. La jurisprudence est plutôt favorable à la reconnaissance d'un préjudice certain dès lors que le risque existe réellement, c'est-à-dire qu'il est prévisible et probable* » (N. LEBLOND, « Le préjudice écologique », *JCl Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 112, 2021, n°89).
[4] CE, 19 nov. 2020, n°427301, *Commune de Grande Synthe et autre*, cons. n°4.
[5] R. RADIGUET, « Objectif de réduction des émissions de gaz… à effet normatif ? », *JCP A*, n°51-52, 2020, p. 2337.
[6] Dans l'affaire Grande Synthe, le requérant individuel « *ne présente pas les mêmes garanties temporelles* » que les communes (R. ROMI, G. AUDRAIN-DEMEY et B. LORMETEAU, *op. cit.,* 2021, p. 100) : « *rien n'indique quelle sera la résidence l'intéressé dans les années à venir, de plus fort dans 20 ans ou plus, de sorte que son intérêt parait affecté de façon trop incertaine sur ce point* » (Conclusions de M. Stéphane HOYNCK, rapporteur public).
[7] V. B. LORMETEAU et M. TORRE-SCHAUB, « Urgence sanitaire, urgence climatique : les temps du droit, le droit du temps à venir », *JCP G*, n°22, 2020 ; B. LORMETEAU et M. TORRE-SCHAUB, « Du nouveau dans le contentieux climatique : des réponses temporelles et plurielles à l'urgence climatique », *RJE*, HS, 2021, p. 257.

l'énergie reconnaît « *l'urgence écologique et climatique* »[1]. Les États signataires de l'Accord de Paris reconnaissent aussi, dans le préambule, « *la nécessité d'une riposte efficace et progressive à la menace pressante des changements climatiques* ». Pour autant, force est de constater que la reconnaissance politique de l'urgence climatique n'est pas accompagnée de mesures suffisamment efficaces : le Haut Conseil pour le Climat soulignait par exemple que « *la réponse de la France au réchauffement climatique progresse mais reste insuffisante et les politiques d'adaptation souffrent d'un manque d'objectifs stratégiques, de moyens et de suivi* »[2].

889. **Le contentieux comme réponse à l'urgence écologique. –** Dans ce contexte, les contentieux environnementaux apparaissent comme une réponse appropriée à l'urgence écologique et climatique qui, dans un mouvement inverse, participe de l'amplification et de l'accélération de ce type de contentieux. La volonté d'action face à l'urgence climatique transparaît dans les conclusions du rapporteur public de l'affaire Grande Synthe qui soulignait, après avoir mentionné la reconnaissance scientifique du réchauffement climatique :

> « *C'est la raison pour laquelle il serait nécessaire d'agir avec détermination dès maintenant pour espérer parvenir à cette hausse contenue des températures. C'est dans ce rapport au temps très particulier que la requête vous invite à entrer, en intégrant l'idée qu'il y a bien une urgence climatique aujourd'hui, les actions ou les inactions décidées aujourd'hui et dans un proche avenir étant de nature à déterminer l'avenir de la planète et de son habitabilité pour l'Homme dans la seconde moitié du XXIème siècle et au-delà* »[3].

L'urgence écologique n'est pour autant pas le seul impératif dont le juge est saisi : l'impératif de justice est également revendiqué par les parties qui souhaitent que le sort des personnes les plus vulnérables soit pris en compte. L'articulation de ces deux impératifs transparaît à travers la notion de Justice climatique[4], contenue en germe dans l'Accord de Paris[1].

---

[1] C. énergie, art. L. 100-1 A et L. 100-4.
[2] HAUT CONSEIL POUR LE CLIMAT, *Rapport annuel : Dépasser les constats, mettre en œuvre les solutions*, 2022, p. 5.
[3] Conclusions de M. Stéphane HOYNCK, rapporteur public. Les mots soulignés l'ont été par le rapporteur public.
[4] « *Le concept de justice climatique définit le changement climatique mondial comme une question d'ordre politique et éthique, et pas strictement environnemental. Il est généralement envisagé dans un contexte mondial*

890. En définitive, le phénomène de juridicisation de la RSE apparaît principalement enclenché par l'intervention judiciaire, qui doit faire face à des enjeux spatiaux et temporels. La figure du juge n'est néanmoins pas la seule à offrir une consistance normative à la RSE. La juridicisation ne peut ainsi être réduite à la seule judiciarisation : elle emprunte des voies tant juridictionnelles que para-juridictionnelles.

---

d'interdépendance spatiale et temporelle, et s'appuie sur le constat que les catégories les plus vulnérables et les plus pauvres de la société sont souvent les plus affectées par les effets du changement climatique, et ce, alors même que ces catégories sont les moins responsables des émissions ayant conduit à la crise climatique. Plus généralement, dans le présent avis, la justice climatique reconnaît la nécessité de s'intéresser, sous l'angle de l'équité, à l'impact souvent disproportionné du changement climatique sur les citoyens et les communautés locales des économies développées et des économies en développement » (COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN, *NAT/712*, « Justice climatique. Avis d'initiative », 19 oct. 2017, n°1.1).

[1] Après avoir reconnu la nécessité d'agir en matière environnementale, les États signataires affirment « *reconnai*[tre] *aussi les besoins spécifiques et la situation particulière des pays en développement Parties, surtout de ceux qui sont particulièrement vulnérables aux effets néfastes des changements climatiques, comme le prévoit la Convention* » (*Accord de Paris*, préambule).

Section 2. Les voies de juridicisation de la RSE

891. La juridicisation de la RSE peut emprunter des voies différentes. En effet, les voies juridictionnelles sont classiquement ouvertes aux victimes qui subissent un préjudice. Néanmoins, des mécanismes para-juridictionnels existent en matière de RSE et permettent de pallier les difficultés d'ordre spatial et temporel. Les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme recommandent ainsi aux États d'assurer l'efficacité des mécanismes judiciaires internes tout en fournissant des « *mécanismes de réclamation non judiciaires efficaces et appropriés* »[1].

892. Ainsi, en outre des voies juridictionnelles (§1), la juridicisation de la RSE peut emprunter des voies para-juridictionnelles (§2).

§1. Les voies juridictionnelles

893. La juridicisation de la RSE peut tout d'abord emprunter des voies juridictionnelles. Deux types d'actions sont ouvertes aux parties prenantes : une action préventive, pouvant être intentée avant tout dommage, et une action en réparation, ouverte en cas de commission d'un dommage. Leurs objectifs sont différents : si les actions en réparation visent, dans une approche *ex post*, à condamner l'entreprise à réparer les dommages qu'elle a causés, les actions en injonction judiciaire s'inscrivent dans une approche *ex ante*. Cette deuxième voie, particulièrement adaptée à la lutte contre le changement climatique, « *ne blâme pas les actions qui ont conduit à la crise écologique actuelle, mais elle engage les entreprises – et tout particulièrement les entreprises du fossile – à agir pour corriger les trajectoires futures et catastrophiques d'une telle crise* »[2].

894. Ainsi, la judiciarisation de la RSE s'inscrit à la fois dans une dimension préventive (A) et dans une perspective de réparation (B).

---

[1] HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/4, 2011, art. 25, 26 et 27.
[2] L. D'AMBROSIO, « Face à l'urgence écologique : les promesses de la *corporate due diligence* », *Revue juridique de l'environnement*, n°HS21, 2022, p. 202.

A. La voie de l'action préventive

895. L'approche préventive de la judiciarisation de la RSE consiste à anticiper le comportement de l'entreprise en la contraignant à réduire ses futurs impacts. Cette approche *ex ante* « *permet* […] *de prendre à rebours le sens commun et juridique de l'urgence et d'inscrire l'action des acteurs économiques, leur influence et leur pouvoir, dans (et pour) le temps long d'une transformation structurelle des modalités de production et de consommation* »[1].

896. Les résultats de cette approche, qui prend la forme de l'injonction judiciaire, restent pour l'instant mitigés : paralysée en droit français (1), cette voie a fait l'objet d'un développement dans un droit national en particulier, qui est le droit néerlandais (2), que nous étudierons à titre illustratif.

1. Une voie paralysée en droit interne

897. **L'action préventive relative au devoir de vigilance. –** La Loi sur le devoir de vigilance offre aux parties prenantes la possibilité d'intenter une action préventive, en amont de la commission d'un dommage : après une mise en demeure infructueuse, toute personne peut demander au juge, éventuellement en référé, d'enjoindre la société à respecter le devoir de vigilance auquel elle est soumise[2]. Contrairement à l'injonction judiciaire prévue en matière de déclaration de performance extra-financière, qui est uniquement applicable en l'absence totale du document dans le rapport de gestion[3], l'injonction judiciaire relative au devoir de vigilance permet de contraindre l'entreprise à agir concrètement. En effet, l'injonction intéresse toutes les dispositions de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, soit à la fois celles qui réglementent le contenu du plan de vigilance et celles qui prévoient que le plan contienne « *des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves* » ou encore celles qui exigent que l'entreprise « *met*[te] *en œuvre de manière*

---

[1] *Ibid.*
[2] « *Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter* » (C. Com., art. L. 225-102-5, II).
[3] V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

effective le plan de vigilance ». Autrement dit, l'entreprise peut être enjointe à être plus transparente mais également à adopter un comportement plus vigilant. Les potentialités de cette action sont donc *a priori* intéressantes pour les parties prenantes, qui pourraient l'utiliser afin de contraindre les entreprises à agir effectivement en matière environnementale et sociale.

898. **L'affaire TotalEnergies. –** Pourtant, dans les faits, les actions préventives fondées sur le devoir de vigilance ne permettent pas encore d'encadrer efficacement l'activité des multinationales. L'affaire intentée devant les tribunaux français par trois ONG contre TotalEnergies s'agissant de ses projets pétroliers en Ouganda en est une illustration topique[1]. Deux associations de droit ougandais et une association de droit français s'étaient en effet saisies du dispositif pour formuler au juge des référés une demande d'injonction visant à contraindre TotalEnergies à établir un plan de vigilance à la hauteur des risques d'atteinte aux droits des personnes et à l'environnement causés par les projets, à le mettre en œuvre de manière effective et, dans l'attente de ces deux points, à suspendre l'exécution du projet.

899. Le 28 février 2023, le Tribunal Judiciaire de Paris, statuant en référé, déclare irrecevable l'action des associations au motif de l'absence de mise en demeure préalable[2]. Les associations avaient mis en demeure la société en 2019 de respecter son obligation de vigilance. Or, depuis, de nouveaux plans avaient été publiés – l'obligation de publier un plan étant annuelle – et avaient été étoffés par l'entreprise[3]. Ainsi, le Tribunal retient l'absence de mise en demeure préalable pour déclarer les associations irrecevables. Cette décision nous paraît contestable en ce que :

- la mise en demeure a eu lieu en juin 2019 ;

---

[1] Il s'agit de projets d'extraction et de transport de pétrole conduits par une filiale et des sous-traitants de TotalEnergies. Selon les associations, ces projets entraîneraient des déplacements de milliers de personnes et des expropriations, avec toutes les conséquences que cela implique (déscolarisations, risques de famine, etc.). Des conséquences écologiques importantes sont redoutées par les ONG en termes de réchauffement climatique et de biodiversité.

[2] TJ Paris, réf., 28 fév. 2023, n°22/53942. Les citations suivantes sont tirées du jugement.

[3] « […] *les griefs et demandes allégués dans la mise en demeure du 24 juin 2019* […] *sont différents de manière substantielle des demandes et griefs formés au jour des débats devant le juge des référés du tribunal de céans, (étant observé que les présentes demandes se fondent sur plus de deux cents nouvelles pièces par rapport à celles annexées à la mise en demeure de 2019) de sorte qu'il y a lieu de considérer que les griefs, objet des demandes formées par les demanderesses relativement au plan de vigilance pour l'année 2021 n'ont pas été notifiés à la société TotalEnergies SE par une mise en demeure préalable à la saisine du juge, en violation des dispositions susvisées* » (TJ Paris, réf., 28 fév. 2023, n°22/53942).

- la société a répondu en septembre 2019 en indiquant que son plan était conforme aux exigences légales ;
- les associations ont assigné la société en octobre 2019 ;
- s'en est suivie une succession de décisions de justice, de 2020 à 2021, allant de la première instance à la Cour de cassation, portant sur la compétence juridictionnelle[1] ;
- une loi a été adoptée fixant la compétence du Tribunal judiciaire de Paris pour toutes les affaires relatives au devoir de vigilance[2] ;
- l'audience a eu lieu en décembre 2022, après audition de trois universitaires à titre d'*amici curiae*.

900. Le juge semble donc faire porter les tergiversations du législateur et de la procédure sur les seules demanderesses qui ne pouvaient légitimement connaître l'exigence de réitération annuelle de la mise en demeure, le Code de commerce n'apportant aucune précision en ce sens. Il aurait été préférable, selon nous, que le rejet de leur demande porte sur le fond de leurs prétentions, et non sur leur recevabilité, bien que, de toutes les façons, la juridiction des référés près le Tribunal judiciaire de Paris a précisé qu'il ne relevait pas de son pouvoir d'examiner la suffisance des mesures de vigilance.

901. En effet, bien que déclarant les demanderesses irrecevables, le juge a profité de cette décision pour délimiter les compétences respectives des juge du fond et juge des référés. Si le Code de commerce offre une option au bénéfice du demandeur entre ces deux juges, le Tribunal considère que le juge des référés doit être saisi uniquement en l'absence de plan de vigilance, « *ou lorsque le caractère sommaire des rubriques confine à une inexistence du plan, ou lorsqu'une illicéité manifeste est caractérisée, avec l'évidence requise en référé* ». Ainsi, le juge affirme qu'« *il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés de procéder à l'appréciation du caractère raisonnable des mesures adoptées par le plan, lorsque cette appréciation nécessite un examen en profondeur des éléments de la cause relevant du pouvoir du seul juge du fond* ». Par ce motif d'ordre procédural, le Tribunal judiciaire induit la licéité – manifeste – des mesures de vigilance entreprises par TotalEnergies quant aux risques d'atteinte aux droits humains et à l'environnement causés par ses filiales et sous-traitants en Ouganda.

---

[1] V. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.
[2] *L. n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire*, art. 56.

902. Deux enseignements peuvent être tirés de cette décision par les ONG qui souhaitent assigner les entreprises sur le fondement de leur devoir de vigilance. D'une part, la mise en demeure devrait être renvoyée annuellement, après la publication de chaque plan. D'autre part, il semble plus judicieux de saisir le juge du fond plutôt que le juge des référés – bien que cela semble regrettable au regard de l'urgence de certaines situations.

903. **L'interprétation limitative du devoir de vigilance. –** De manière plus générale, cette décision affaiblit les potentialités de judiciarisation du devoir de vigilance en en offrant une interprétation assez limitative. Le juge insiste particulièrement sur la démarche de dialogue sous-tendue par la démarche de vigilance[1]. S'il nous semble que le dialogue est un préalable nécessaire à l'établissement et à la mise en œuvre des plans de vigilance, il ne faudrait pas en exagérer la portée. En prévoyant expressément des sanctions relatives à l'obligation de vigilance, le législateur a précisément voulu permettre aux parties prenantes de saisir le juge en cas d'atteinte grave et lorsque, comme c'était le cas en l'espèce, le dialogue paraît rompu avec l'entreprise. De plus, le juge souligne le caractère indéterminé de la loi : le standard du caractère raisonnable des mesures de vigilance adoptées par l'entreprise est une « *notion imprécise, floue et souple* » à laquelle la loi n'a adossé aucun référentiel normatif de nature à en préciser le sens[2]. Or, n'est-ce pas le rôle du juge que d'interpréter un standard, en l'occurrence de déterminer si les mesures de vigilance mises en œuvre sont suffisantes pour prévenir les risques d'atteintes à l'environnement ou aux personnes[3] ? Il nous semble que

---

[1] Le juge fait référence à quatre reprises au « *dialogue* » entre les parties prenantes et l'entreprise qui constituerait l'obligation de vigilance, à deux reprises à la « *collaboration* » entre celles-ci ou encore à la « *co-construction* » du plan de vigilance.

[2] « *La loi ne vise directement aucun principe directeur, ni aucune autre norme internationale préétablie, ni ne comporte de nomenclature ou de classification des devoirs de vigilance s'imposant aux entreprises concernées. Le droit positif ne prévoit aucun référentiel, aucune typologie précise des droits concernés ou des mesures au sens des dispositions susvisées. Il n'est pas davantage prévu de modus operandi, de schéma directeur, d'indicateurs de suivi, d'instruments de mesure devant présider à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation par l'entreprise des mesures générales de vigilance pesant sur elle du chef des dispositions susvisées. Aucun organisme de contrôle indépendant, ou moniteur, ou d'indicateurs de performance ne sont davantage prévus par la loi pour évaluer* ex ante *le plan de vigilance adopté par l'entreprise ou pour vérifier la réalité de l'exécution de ce plan* ex post*, le seul contrôle prévu étant dévolu au juge* ».

[3] La souplesse de ces normes ne devrait pas être un obstacle, puisque le juge « *apparaît, au contraire, comme le plus à même de faire entrer les normes RSE dans le maillage du droit et cette intégration dans le système juridique est précisément rendue possible par son office* » (P. ABADIE, « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.*, 2018, n°3, p. 302). V. également G. J. MARTIN, « Écologisation de la gouvernance d'entreprise : vers un renouvellement de la problématique ? », *RIDE*, 2021, p. 257 : « *Il n'est pas possible de relever une seule disposition législative prenant en compte les enjeux environnementaux et ayant une incidence directe, avérée – sans le besoin de la médiation d'un juge – sur la gouvernance des entreprises. Quand le législateur se risque à traiter en détail une question pouvant avoir un impact sur la gouvernance, il le fait avec*

cette décision marque une volonté de retrait du juge quant à l'interprétation du devoir de vigilance, alors que la précision de cette obligation par une adaptation de ses termes au cas par cas devrait lui incomber.

904. **Le signal d'une paralysie de l'injonction judiciaire. –** Bien sûr, la solution rendue dans le cadre de l'affaire TotalEnergies ne doit pas nécessairement être généralisée. Déjà, le jugement a été prononcé pour un cas particulier, celui de projets menés par TotalEnergies en Ouganda. Ensuite, il s'agit de la première décision de justice rendue sur le fond en matière de devoir de vigilance. Rien n'empêche donc les juges de seconde instance dans cette affaire, et plus généralement tous les juges amenés à statuer sur le devoir de vigilance des entreprises, de retenir une solution différente. Toutefois, au regard du faible degré de précision de la loi, l'interprétation jurisprudentielle joue un rôle clé dans la détermination du niveau d'exigence adossé au devoir de vigilance. Ainsi, malgré l'apparente faiblesse de sa portée, cette décision peut apparaître comme le signal d'une certaine paralysie de l'action préventive d'injonction judiciaire.

905. Pour l'instant paralysée en droit interne, la voie judiciaire préventive présente des potentialités d'application plus importantes en droit néerlandais.

2. Une voie développée en droit néerlandais

906. **L'affaire Shell. –** L'action préventive a rencontré davantage de succès en droit néerlandais, devant le Tribunal de la Haye. Ce Tribunal avait déjà été précurseur en matière de Justice climatique puisqu'il avait, dans la célèbre affaire « Urgenda », condamné les Pays-Bas à réduire ses émissions de gaz à effet de serre de 25% d'ici 2020 par rapport aux chiffres de 1990 – condamnation confirmée par les juges d'appel puis par la Cour suprême des Pays-

---

tellement de réserve, de timidité et de circonvolutions, que cela n'entraîne aucune conséquence concrète ». D'un autre côté, il faut tout de même noter qu'aucun décret n'est venu compléter l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, alors que ce dernier dispose : « *Un décret en Conseil d'État peut compléter les mesures de vigilance prévues aux 1° à 5° du présent article. Il peut préciser les modalités d'élaboration et de mise en œuvre du plan de vigilance, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale* ».

Bas en 2019[1]. La même année, une action de groupe avait été intentée par plusieurs associations et plus de 17 000 citoyens néerlandais afin de contraindre la multinationale Shell à diminuer ses émissions de gaz à effet de serre. Le 26 mai 2021, le Tribunal de La Haye enjoint la société à réduire les émissions de CO_2 liées à ses activités (les *scopes* 1 et 2) mais également à ses produits (*scope* 3), à hauteur de 45% d'ici 2030 puis 100% d'ici 2050[2], en référence aux niveaux de 2019 et afin de respecter les objectifs de l'Accord de Paris[3]. Le Tribunal offre un degré différencié de contrainte selon les scopes. La réduction ordonnée associée à ses émissions directes (*scope* 1) et indirectes (*scope* 2) constitue une obligation de résultat tandis que celle associée à sa chaîne de valeur (*scope* 3) est une obligation de moyens renforcée[4], ce qui constitue sans doute une solution proportionnée. La multinationale a interjeté appel, mais le Tribunal a ordonné l'exécution provisoire de son jugement[5].

907. **Une obligation de vigilance. –** Cette injonction repose sur les dispositions de droit commun de la responsabilité civile du droit néerlandais qui sanctionnent la violation de standards non écrits au même titre que la violation de la loi[6]. C'est sur le standard non écrit de la personne prudente et raisonnable (le « *standard of care* ») – que l'on peut rapprocher du manquement au devoir général de prudence et de diligence visé à l'article 1241 du Code civil français – que le Tribunal va caractériser la faute de l'entreprise. Le Tribunal relève que le *standard of care* est corroboré par une panoplie d'instruments souples, tels que les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme qui promeuvent la mise en œuvre par les entreprises d'une politique de diligence raisonnable afin de prévenir et atténuer les incidences de leurs activités sur les droits humains[7]. S'agissant du dommage, le

---

[1] Cour suprême des Pays-Bas, 20 déc. 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006. V. D. MISONNE, « Urgenda c. Pays-Bas (2019) », *in* C. COURNIL (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, DICE, 2020, [https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/1112-misonne.pdf].

[2] Tribunal de La Haye, *Milieudefensie et al. c/ RoyalDutch Shell*, 26 mai 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339.

[3] Pour déterminer la trajectoire de réduction, le Tribunal s'est fondé sur la trajectoire promue par le GIEC pour limiter le réchauffement climatique à 1,5°C.

[4] V. §4.4.23 et. 4.4.24.

[5] V. §4.5.7.

[6] L'article 6 :162, §2 du Code civil néerlandais prévoit en effet : « *As a tortious act is regarded a violation of someone else's right (entitlement) and an act or omission in violation of a duty imposed by law or of what according to unwritten law has to be regarded as proper social conduct, always as far as there was no justification for this behaviour* » (v. traduction libre : [http://dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle6633.htm]).

[7] HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/4, 2011, art. 15, b et 17. Le Tribunal se réfère également aux *Principes directeurs de l'OCDE* (OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationale*s, 2011).

Tribunal relève que le changement climatique, auquel l'entreprise contribue, porte atteinte de manière irréversible au droit à la vie et au droit à la vie privée et familiale des résidents du Pays-Bas tels que garantis par la Convention européenne des droits de l'homme[1] et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[2].

908. **Une effectivité incertaine. –** Aussi ambitieuse soit-elle, cette décision peut sans doute être menacée par le comportement de l'entreprise, qui peut être tentée de déporter ses émissions de CO_2. La stratégie de la fuite de carbone (*carbon leakage*) peut en effet faire obstacle aux procédures d'injonction. La menace de la mise en œuvre d'une telle stratégie a été brandie par Shell, qui a affirmé aux juges qu'elle pourrait contourner l'injonction en cédant une partie de ses activités[3]. L'injonction recèle donc le risque d'être ineffective puisque dans ce cas l'entreprise respecterait formellement son obligation mais la cessionnaire pourrait continuer à émettre le même niveau de CO_2. Ainsi, « *n'y a-t-il pas un risque de fuite de carbone que le Tribunal aurait insuffisamment apprécié, notamment si l'injonction est disproportionnellement élevée ?* »[4]. L'effectivité de l'injonction judiciaire paraît donc encore incertaine, et repose largement sur la bonne volonté des entreprises. Cette ineffectivité sera potentiellement réduite par l'activation des mécanismes de *soft law* propres à la RSE, tels que les rétributions du marché : si Shell en venait à vendre une partie de ses activités afin de se soustraire à l'injonction qui lui est faite, elle prendrait le risque d'une médiatisation de son comportement et donc, *in fine*, de subir des pertes économiques[5]. Au-delà de cette question des fuites de carbone, il faut constater que pour l'instant, Shell ne semble pas se conformer aux prescriptions qui lui sont faites. Les ONG requérantes ont donc envoyé une lettre au Conseil d'administration de l'entreprise en lui demandant de respecter la trajectoire de réduction des émissions[6] – le jugement étant provisoirement exécutoire. En plein essor, les contentieux d'injonctions judiciaires visant les entreprises présentent, pour l'instant, une

---

[1] V. art. 2 et 8.
[2] V. art. 6 et 17.
[3] « *RDS argues that the reduction obligation will have no effect, or even be counterproductive, because the place of the Shell group will be taken by competitors* » (§4.4.49).
[4] P. MOUGEOLLE, « La responsabilité climatique de la société mère de Shell selon le Tribunal de la Haye et ses effets d'entraînement attendus en France », *La Revue des droits de l'homme*, 2021, [http://journals.openedition.org/revdh/12224], n°14.
[5] Sur le mécanisme de sanction réputationnelle, V. *supra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.
[6] V. [https://en.milieudefensie.nl/news/frequently-asked-questions-about-the-letter-to-the-board-members-of-shell].

effectivité incertaine, dépendant des mesures d'exécution mises en œuvre (astreinte notamment) ainsi que du relai des instruments souples de la RSE[1].

909. Cette approche *ex ante* est complétée par la voie de l'action *ex post* qui, intentée après la commission d'un dommage, poursuit une finalité réparatrice.

B. La voie de l'action réparatrice

910. L'action en réparation peut être dirigée contre la société mais également contre ses organes directeurs. Néanmoins, la voie de l'engagement de la responsabilité des dirigeants semble inopérante (1), de sorte que c'est l'engagement de la responsabilité de la société qui demeure le plus prometteur (2).

1. La voie inopérante de l'engagement de la responsabilité des dirigeants

911. **L'impact des décisions de gestion des dirigeants. –** La responsabilité des dirigeants d'une société pourrait être recherchée quant à leurs décisions de gestion, dès lors que ces dernières sont à l'origine de dommages environnementaux ou d'atteintes aux droits humains. L'article L. 225-251 du Code de commerce prévoit en effet que les dirigeants sociaux « *sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* ». Cette recherche de responsabilité des dirigeants sociaux pourrait être facilitée par la réforme de la loi Pacte, qui a élargi la notion d'intérêt social par l'ajout de la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux[2]. Or, la faute de gestion est appréciée à l'aune de la notion d'intérêt social. Il serait envisageable que des dirigeants qui prendraient

---

[1] Avant même la question de leur exécution, les décisions d'injonctions judiciaires fondées sur la vigilance présentent des fondements juridiques incertains : « *Pris en étau entre, d'une part, les logiques managériales, qui inspirent le maillage de la* due diligence*, et d'autre part, les logiques scientifiques des* scenarii *d'anticipation, qui tracent les voies des comportements diligents des acteurs économiques, le droit risque de perdre son sens, ou au moins de le voir affaiblir* » (L. D'AMBROSIO, « Face à l'urgence écologique : les promesses de la *corporate due diligence* », *Revue juridique de l'environnement*, n°HS21, 2022, p. 202). Il nous semble néanmoins que l'adoption future d'un devoir de vigilance à l'échelle européenne contribuera à dissiper cette inquiétude.

[2] C. Civ., art. 1833 et C. Com., art. L. 225-35 et L. 225-64, modifiés par la *L. n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*, art. 169. Sur cette réforme, v. *supra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

des décisions de gestion ayant pour seul objectif un profit, sans considération des enjeux environnementaux et sociaux et en contradiction avec la politique RSE de l'entreprise, puissent être condamnés à verser des dommages-intérêts à la société ou à des tiers, dans le cas où un préjudice est démontré[1]. Il s'agirait donc pour le juge de mettre en balance les différents intérêts en cause *via* l'interprétation de la notion plastique d'intérêt social[2].

912. **La prise en compte des normes de la RSE. –** Bien que ne présentant pas les caractères des règles de droit, les normes de la RSE pourront être prises en compte par le juge lorsqu'il procèdera à une appréciation *in abstracto* du comportement du dirigeant, c'est-à-dire quand il comparera sa décision à celle d'une personne normalement prudente et avisée placée dans les mêmes circonstances. L'appréciation d'une faute d'imprudence ou de négligence pourra donc être effectuée à l'aune d'instruments de la RSE, qu'ils soient internes à l'entreprise (un code de conduite par exemple) ou externes (un référentiel normatif par exemple). Les normes de RSE accèderaient alors à une certaine « *justiciabilité* »[3].

913. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris est particulièrement remarquable en ce que, bien que rendu dans le cadre d'une affaire relative à un refus d'inscription d'une question écrite à l'ordre du jour de l'assemblée des actionnaires[4], il fonde son appréciation sur des normes de *soft law* régissant la gouvernance d'entreprise[5]. En effet, la Cour d'appel affirme que les pratiques d'activisme actionnarial, qui permettent de « *pousser l'entreprise à élargir une responsabilité sociale et environnementale* », sont « *normales* » dans les grandes entreprises, de sorte que si « *cette nouvelle dimension ne figure pas encore dans la loi* (hard law) », elle a, « *s'agissant de sociétés cotées sur les marchés internationaux*, […] *pénétré dans les exigences des régulateurs de marché* (soft law) ». Selon la Cour d'appel, la question posée par l'actionnaire, qui avait été formulée à la suite de la parution dans la presse d'articles

---

[1] V. R. MORTIER, B. ZABALA et S. DE VENDEUIL, « La réforme du droit des sociétés par la loi Pacte », *Dr. sociétés,* 2019, étude n°8, n°7 ; A. REYGROBELLET, « Les aspects de droit des sociétés dans la loi Pacte », *JCP N*, n°22-23, 2019, 1205, n°4 ; A. TADROS, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.*, 2018, n°18 et s., p. 1765 et s.

[2] « […] *en faisant prévaloir certains intérêts au détriment d'autres, le juge est en position d'épouser et de postuler une certaine vision de l'entreprise. Ainsi, le maniement de ces notions-cadre ou "à contenu variable" lui offre toute latitude pour donner effet à des normes ou à des objectifs exprimés dans des normes RSE* » (P. ABADIE, « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.*, 2018, n°14, p. 302).

[3] *Id.,* n°7, p. 302.

[4] C. Com., art. L. 225-108.

[5] Paris, 19 déc. 2013, n°12/22644 : *Rev. sociétés* 2014. 306, note A. VIANDIER ; *JCP E* 2015, n° 7-8, p. 45, note F. G. TREBULLE.

traitant des procédures fiscales visant les dirigeants, devait faire l'objet d'une réponse en vertu des normes de *soft law* qui irriguent la gouvernance des sociétés cotées. Transposant ce raisonnement au mécanisme de responsabilité des dirigeants, P. Abadie relève ainsi :

> « *ne peut-on pas considérer que si une majorité d'entreprises d'un secteur donné a adhéré aux Lignes directrices des Nations unies, le comportement prudent attendu des entreprises de ce secteur a collectivement évolué, même pour celles qui n'ont pris aucun engagement en la matière ? Il n'y a sans doute qu'un pas à franchir pour faire de la RSE un étalon de mesure du fait générateur de responsabilité* »[1].

914. **Une voie incertaine. –** Il nous semble pourtant que la voie de la responsabilité des dirigeants sociaux est incertaine. En effet, elle est envisagée à l'aune de ce seul arrêt qui n'a pas fait l'unanimité en doctrine en raison de la référence à la *soft law*[2]. La Loi Pacte ne semble pas vraiment avoir ouvert des possibilités d'engagement effectif de la responsabilité des dirigeants dans la mesure où l'exigence de prise en compte des considérations sociales et environnementales a été conçue par les pouvoirs publics comme étant une simple obligation de moyens[3], ce qui permettra sans doute aux dirigeants de s'exonérer plus aisément de leur responsabilité si elle venait à être engagée[4]. De surcroît, si, comme nous le verrons, la recherche de responsabilité des sociétés du fait de leurs impacts environnementaux et sociaux n'en est qu'à ses débuts, la responsabilité de ses dirigeants semble encore plus difficile à caractériser. En effet, cette responsabilité supposerait l'imputation d'un dommage à un

---

[1] P. ABADIE, art. préc., n°21, p. 302.

[2] V. notamment A. VIANDIER, « Questions écrites des actionnaires », *Rev. sociétés*, 2014, n°13 et s., p. 306.

[3] « *En ce qui concerne l'ajout, à l'article 1833 susmentionné, du principe d'une "prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux" de l'activité d'une société lors de sa gestion, précisé dans les modifications opérées dans le code de commerce, l'impact juridique devrait être limité : l'obligation d'une prise en considération correspond en effet à une obligation de moyens devant être observée à l'occasion des décisions de gestion* » (*Étude d'impact du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, p. 546). Le Conseil d'État invitait le Gouvernement à préciser les effets de ces dispositions afin de « *mesurer les conséquences juridiques des modifications du code civil et du code de commerce notamment du point de vue de la responsabilité des sociétés et des dirigeants* » (CE, ass. gén., 14 juin 2018, n°394599 et 395021, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, n°95, p. 37).

[4] Au contraire la nouvelle formule légale, relative à la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux, pourrait même permettre à un dirigeant qui aurait pris une décision contraire à l'intérêt social d'apporter la preuve de l'absence de toute faute, dans la mesure où ce sont ces enjeux qui ont motivé sa décision : « […] *peut-on considérer qu'un dirigeant social pourra faire valoir qu'il a accompli un acte contraire à l'intérêt social, mais afin de donner toute sa mesure à l'obligation qui est la sienne de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux ? En d'autres termes, la proposition de rédaction de l'article 1833 du code civil contiendrait-elle un nouveau fait justificatif, une nouvelle cause d'exonération potentielle pour les dirigeants sociaux ?* » (A. TADROS, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.*, 2018, n°16, p. 1765 et s.).

maillon de la chaîne de responsabilité (le dirigeant) situé encore plus en amont. L'engagement de la responsabilité des mandataires sociaux reste une possibilité qui n'a pas encore fait ses preuves, de sorte qu'elle est pour l'instant inopérante. Il semblerait que les parties prenantes se soient plutôt orientées vers la recherche de la responsabilité de la société en tant que personne morale.

915. **La situation des sociétés à mission et entreprises dotées d'une raison d'être. –** La situation est sans doute différente pour les sociétés à mission et celles qui se sont dotées d'une raison d'être[1]. En effet, si les mandataires sociaux de ce type de sociétés adoptent des décisions contraires à la mission ou à la raison d'être, l'engagement de leur responsabilité semble facilité par la circonstance que les sociétés aient volontairement souscrit à ces statuts[2]. En effet, dans ces deux hypothèses, il ne s'agit plus de démontrer la faute du dirigeant (la contrariété de la décision à l'intérêt social notamment) mais la seule violation des statuts, puisque raison d'être et mission sont des dispositions statutaires. Ainsi, les enjeux sociaux et environnementaux ne sont plus appréhendés par le prisme de l'intérêt social mais par les statuts, qui constituent une assise plus certaine et précise que ce standard.

916. Par exemple, le Groupe Danone s'est doté d'une mission qui comprend notamment l'objectif d'« améliorer la santé grâce à un portefeuille de produits plus sains, à des marques qui encouragent de meilleurs choix nutritionnels, et à la promotion de meilleures pratiques alimentaires, au niveau local »[3]. Si le Conseil d'administration fait le choix de remplacer la grande partie de ses gammes de produits par une gamme de produits aux qualités nutritionnelles médiocres, la responsabilité des administrateurs pourrait potentiellement être engagée, par la société notamment, pour violation des statuts[4]. Cette appréciation est délicate : le lancement d'une gamme peu onéreuse aux qualités nutritionnelles moindres sans remise en cause des gammes existantes ne constitue sans doute pas une violation des statuts dans la

[1] Sur ces régimes, v. *supra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.
[2] De telles décisions pourraient également être à l'origine d'un juste motif de révocation des dirigeants. V. C. Com., art. L. 225-55 et L. 225-61.
[3] V. [https://www.danone.com/fr/about-danone/sustainable-value-creation/danone-societe-a-mission.html].
[4] L'exemple de Danone est significatif de l'ambiguïté de la RSE puisque son P.-D.G. a été évincé par le Conseil d'administration, sous la pression de certains investisseurs, en raison des mauvaises performances boursières du Groupe. Certains dirigeants peuvent se trouver pris en étau entre les pressions des parties prenantes et celles des actionnaires. V. I. CHAPERON et L. GIRARD, « Danone : le conseil d'administration écarte le PDG Emmanuel Faber », *Le Monde*, 14 mars 2021.

mesure où il s'agit de répondre à une demande supplémentaire ; en revanche, le remplacement total des produits par une telle gamme est sans doute plus discutable en ce qu'il s'agit d'un changement stratégique important qui entre en contradiction avec la mission de l'entreprise et, partant, ses statuts. L'appréciation du juge constitue donc le pivot de cette responsabilité.

917. **L'obstacle de la faute détachable des fonctions en cas d'action intentée par un tiers. –** Quoi qu'il en soit, l'action en responsabilité des dirigeants reste entravée dès lors qu'elle émane d'une partie prenante tiers à la société. En effet, les tiers ne peuvent engager la responsabilité d'un dirigeant social qu'à la condition, posée par la jurisprudence, de démontrer la commission d'une faute détachable de ses fonctions[1]. Or, il semblerait qu'« *en violant ou ne respectant la raison d'être ou les objectifs environnementaux et sociaux, le dirigeant aura agi dans le cadre de ses fonctions, le tiers ne pourra donc pas engager la responsabilité personnelle du dirigeant* »[2]. L'engagement de la responsabilité du dirigeant resterait donc entre les mains de l'associé qui engagerait une action *ut singuli* au profit de la société voire en son nom propre, dans la mesure où il subirait un préjudice personnel – l'on pense par exemple à des fonds d'ISR qui ont des actions dans la société et qui peuvent subir un préjudice personnel « *dès lors qu'ils ont eux-mêmes pris des engagements vis-à-vis de ceux leur ayant, sous condition, apporté des fonds* »[3]. En définitive, l'engagement de la responsabilité des dirigeants sociaux est entravé par les dispositions du droit des sociétés : étant tiers à la société, les parties prenantes autres que les actionnaires (ONG, communautés locales) ne peuvent rechercher la responsabilité des mandataires sociaux sauf à démontrer l'existence d'une faute séparable des fonctions, dont la preuve est difficile.

918. Pour toutes ces raisons, l'engagement de la responsabilité des mandataires sociaux reste inopérant. La judiciarisation de la RSE est donc essentiellement activée par les parties prenantes *via* l'engagement de la responsabilité de la société en tant que personne morale.

---

[1] Une telle faute est définie par la jurisprudence comme « *une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* » (Cass. Com., 20 mai 2003, n°99-17092, Bull. 2003, IV, n°84, p. 94 : *BJS* 2003, 786, note H. LE NABASQUE ; *JCP E* 2003, 1203, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *D.* 2003, p. 2623, note B. DONDERO).

[2] V. les propos de P. Abadie cités *in* H. CASTELNAU, « La société à mission : risques et opportunités d'un dispositif transformateur. Entretien avec Hervé Castelnau, Pauline Abadie et Emmanuelle Bely », *CDE*, 2022, entretien 3.

[3] *Ibid.*

2. La voie prometteuse de l'engagement de la responsabilité des sociétés

919. **La responsabilité civile face au principe d'indépendance des personnes morales. –** En vertu des dispositions de la responsabilité civile du fait personnel (les articles 1240 et 1241 du Code civil), toute société qui commet une faute constitutive d'un dommage, qu'elle soit intentionnelle ou d'imprudence, devra en répondre dans les conditions de droit commun. Par exemple, une société causant une atteinte environnementale constitutive d'un dommage pourrait voir sa responsabilité engagée. Néanmoins, une circonstance fait souvent obstacle à l'application de ce régime de responsabilité aux grandes entreprises : l'indépendance des personnes morales. En vertu de ce principe, une filiale est considérée comme étant indépendante de sa société mère, de sorte qu'un dommage qui serait commis par la première ne puisse engager la responsabilité de la seconde, en dépit du rôle indirect qu'elle peut éventuellement jouer dans sa commission. Ce principe vaut *a fortiori* à propos des partenaires commerciaux d'une société, qu'il s'agisse de sous-traitants ou de fournisseurs, qui n'entretiennent pas de lien capitalistique avec la société.

920. Or, cette fiction juridique se heurte à la réalité économique des groupes de sociétés qui, s'ils sont constitués de personnes morales indépendantes, sont liés dans les faits par un rapport capitalistique ou de contrôle entre la mère et ses filiales[1]. De même, si les partenaires commerciaux de l'entreprise lui sont indépendants juridiquement, des rapports de dépendance peuvent exister entre eux, notamment de nature économique. Autrement dit, l'absence de pouvoir juridique n'est pas synonyme d'absence de tout pouvoir. Comment justifier l'absence de responsabilité juridique d'une société mère qui exercerait une influence sur les actes délictuels de ses filiales et partenaires commerciaux ?

921. **L'affaire Erika, une obligation spéciale de vigilance à destination de la société mère. –** La jurisprudence a parfois réussi à percer ce voile de la personnalité morale. En effet, la responsabilité pénale et civile de la société mère Total (aujourd'hui TotalEnergies) a été retenue à la suite du naufrage de l'Erika, navire affrété par une filiale de Total qui a occasionné une pollution par déversement d'hydrocarbures sur 400 kilomètres de côtes

[1] Sur les différents types de contrôle au sens du Code de commerce, v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

françaises[1]. La responsabilité de la société mère a été prononcée sur le fondement d'une faute de témérité, définie par la Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures comme un comportement particulièrement négligent commis avec la conscience qu'un dommage en résulterait probablement[2]. Elle implique un degré supplémentaire de gravité par rapport à celui d'une faute non-intentionnelle, résidant dans la conscience par son auteur qu'un dommage en résultera probablement. La chambre criminelle retient la commission d'une telle faute par la société mère en ce que son *vetting*, qui est une démarche volontaire d'inspection des navires, était insuffisant[3] et en ce qu'elle « *avait nécessairement conscience qu'il s'ensuivrait probablement un dommage par pollution* »[4]. Cette « *faute consciente d'imprudence* »[5], spécifique au droit maritime, témoigne de l'existence de fautes spéciales de vigilance, qui peuvent être décelées par le juge dans un mouvement d'essor des obligations de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordre.

922. **La nouveauté introduite par le devoir de vigilance. –** La jurisprudence Erika dispose d'une portée limitée sur ce point, étant applicable au cas particulier de TotalEnergies et à une matière spécifique, le droit maritime. Cette jurisprudence n'a donc pas créé une obligation générale de vigilance des sociétés mères à l'égard de leurs filiales et partenaires commerciaux. C'est pour pallier cette lacune du droit qu'a été adoptée la Loi sur le devoir de

---

[1] Crim., 25 sept. 2012, n°10- 82.938, Bull. crim. n°198 : *D*. 2012. 2673, obs. L. NEYRET ; *D*. 2012. 2675, note V. RAVIT et O. SUTTERLIN ; *D*. 2012. 2711, note Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 2012, 1243, note K. LE COUVIOUR ; *Envir. et dév. durable* 2013. Étude 2, note M. BOUTONNET ; *Envir. et dév. durable* 2013. Étude 3, note S. CUENDET ; *Gaz. Pal*. 24 et 25 oct. 2012, p. 8, note B. PARANCE ; *Bull. Joly*, janv. 2013, p. 69, note F.-G. TREBULLE ; *Dr. envir*. déc. 2012, p. 371, note M.- P. CAMPROUX-DUFFRENE, V. JAWORSKI et J. SOHNLE ; *DMF* 2012, dossier spécial Erika, p. 985 à 1022, notes P. BONASSIES, Ph. DELEBECQUE, F. BERLINGIERI, B. BOULOC, M. REMOND-GOUILLOUD. Cet arrêt a également été l'occasion de consacrer l'existence du préjudice écologique, v. *supra* Section 1 .

[2] Cette faute constitue alors une exception à l'immunité de responsabilité civile de l'affréteur du navire (*Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, dite « CLC 69/92 », art. III et V).

[3] La Chambre criminelle retient que « *Total SA n'a pas accompli les diligences normales qui lui incombaient, compte tenu de la compétence de la personne qui était chargée de la représenter à l'occasion des opérations maritimes qu'elle devait avaliser en disposant de la compétence, de l'autorité et des moyens que lui conféraient ses hautes fonctions au sein de la société* » (Crim., 25 sept. 2012, n°10- 82.938, Bull. crim. n°198).

[4] Crim., 25 sept. 2012, n°10- 82.938, Bull. crim. n°198.

[5] A. MONTAS et G. ROUSSEL, « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika », *AJ Pénal*, 2012, p. 574.

vigilance[1], « *s'inscri*[vant] *dans un mouvement international de responsabilisation accrue des pouvoirs privés économiques* »[2].

923. En posant une obligation de vigilance quant aux risques d'atteintes envers les droits humains, les libertés fondamentales, la santé et sécurité des personnes et l'environnement qui résultent des activités des sociétés contrôlées par la société mère ainsi que celles de ses sous-traitants et fournisseurs, la loi facilite la caractérisation d'une faute de celle-ci pour des dommages causés par les sociétés sur lesquelles elle exerce une influence[3]. En effet, l'obligation de vigilance pose une véritable norme de comportement dont le manquement sera susceptible d'être sanctionné par le juge. L'article L. 225-102-5 du Code de commerce fait un renvoi exprès aux dispositions du Code civil, prévoyant que : « *Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter* ». Bien que la référence aux dispositions du Code civil régissant la responsabilité civile pour faute soit « *superfétatoire puisque le droit commun s'applique automatiquement en l'absence de règles spéciales* »[4], elle vise sans doute « *à rassurer les entreprises en écartant une responsabilité du fait d'autrui ou une responsabilité fondée sur une présomption de faute* »[5], tout en extirpant clairement le devoir de vigilance de la vision non impérative de la RSE[1].

---

[1] Le Conseil constitutionnel avait tiré des dispositions de la Charte de l'environnement l'existence d'une obligation de vigilance des personnes en matière environnementale : « *chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes à l'environnement qui pourraient résulter de son activité* » (C. C., 8 avr. 2011, déc n°2011-116 QPC, *Michel Z*, cons. n°5). De plus, le Code de l'environnement prévoit un régime de responsabilité des sociétés mères pour les dommages environnementaux causés par leurs filiales en cas de défaillance de ces dernières (C. env., art. L. 512-17).

[2] L. MAVOUNGOU, « Les pouvoirs privés économiques à l'épreuve de la loi française sur le devoir de vigilance », *RIDE*, 2019, p. 49.

[3] Bien qu'il s'agisse formellement d'un engagement de responsabilité de la société mère ou donneuse d'ordre, la personne à l'origine directe du dommage n'est pas pour autant exonérée de toute responsabilité. D'une part, la victime peut toujours agir contre elle. D'autre part, la société mère pourra lui demander, au stade de la contribution à la dette, de participer à la charge des dommages-intérêts. La détermination de la part contributive dépendra de la gravité des fautes commises par chaque « maillon » ainsi que de leur lien de causalité avec le dommage. V. A. DANIS-FATOME et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.*, 2017, p. 1610.

[4] N. CUZACQ, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D.*, 2015, p. 1049.

[5] *Ibid.* Les quatre propositions de loi initiales relatives au devoir de vigilance prévoyaient un régime assorti d'une présomption simple de faute (v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1). L'auteur précise néanmoins : « *Pour autant, la référence à ces deux articles n'interdit pas, nous semble-t-il, l'application des articles 1384, alinéa*

924. Le dispositif étant assez récent, aucune décision judiciaire n'a été rendue quant à une action en réparation fondée sur le devoir de vigilance, à notre connaissance. Néanmoins, à l'instar du contentieux climatique qui a lieu contre les États, la voie de l'action en réparation contre les entreprises pourrait être propulsée par quelques décisions audacieuses, favorisées par la Loi sur le devoir de vigilance. Ainsi, de nombreuses actions intentées par des ONG sur ce fondement sont en cours[2].

925. **Un dommage nommé par la loi sur le devoir de vigilance. –** Le manquement fautif au devoir de vigilance ne pourra néanmoins pas être sanctionné en toutes circonstances. Autrement dit, la vigilance de l'entreprise auprès des sociétés qu'elle contrôle et de ses partenaires commerciaux doit s'exercer uniquement pour les atteintes les plus importantes. L'article L. 225-102-4 du Code de commerce nomme les dommages pour lesquels la réparation peut être demandée : il s'agit des « *atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* ».

926. Si le cœur du dommage est resserré autour des atteintes les plus graves, cela ne signifie pas pour autant que ces atteintes doivent être effectivement réalisées. En effet, la vigilance implique, selon ce même article, d'adopter des « *mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves* ». Concrètement, la responsabilité d'une entreprise pourrait être engagée en raison de « *l'absence du respect d'une norme de sécurité* […] *sans qu'il soit nécessaire que des conséquences matérielles, ou pire des dommages corporels, en résultent* »[3]. Le devoir de vigilance « *s'inscrit donc dans un courant du droit français qui prend en compte un simple risque avéré de dommage et illustre*

1er, et/ou alinéa 5, du code civil [aujourd'hui l'article 1242 du Code civil] *dans l'hypothèse d'un fait dommageable causé par une chose dont la société contrôlée, le sous-traitant et le fournisseur ont la garde ou par une personne dont ils doivent répondre* » (*Ibid.*).

[1] « […] *la référence* [aux dispositions du Code civil] *est purement symbolique : le législateur proclame haut et fort que la société qui ne respectera pas le devoir de vigilance devra répondre des dommages qu'elle aura de ce fait causés à autrui. Mais cela est déjà intéressant, dans la mesure où la tradition volontariste de la RSE aurait pu faire interpréter – à supposer un interprète de mauvaise foi – ce devoir dans un sens plus incitatif qu'impératif* » (J. LAGOUTTE, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre ou la rencontre de la RSE et de la responsabilité juridique », *Resp. civ. et assur.*, 2015, étude 11, n°16, p. 9).

[2] Pour un recensement, v. [https://plan-vigilance.org/les-affaires-en-cours/].

[3] A. DANIS-FATOME et G. VINEY, art. préc., p. 1610. Dans ce cas, une réparation en nature semble appropriée, comme « *une mise aux normes de sécurité des bâtiments dans lesquels s'exerce l'activité de la filiale ou du sous-traitant* » (*ibid.*).

une logique préventive »[1]. La dimension préventive n'est donc pas propre à l'action en injonction judiciaire. Toutefois, en vertu des réticences des juges dans l'affaire TotalEnergies à se saisir du dispositif préventif, la voie d'une action en réparation pour un risque avéré de dommage reste assez incertaine[2].

927. **La caractérisation du manquement fautif au devoir de vigilance. –** Depuis la Loi sur le devoir de vigilance, une société mère ou donneuse d'ordre insuffisamment vigilante pourrait voir sa responsabilité engagée en cas de dommage causé par une société entrant dans son périmètre de vigilance. La faute visée est une faute d'abstention – l'absence de vigilance – qui peut être intentionnelle mais sera vraisemblablement plutôt une faute de négligence ou d'imprudence[3]. Dans ce dernier cas, la faute devant s'apprécier *in abstracto*, le juge pourra notamment comparer le plan de vigilance de l'entreprise à ceux d'autres entreprises de même taille et du même secteur.

928. L'appréciation du juge est également guidée par le standard du « *caractère raisonnable* » des mesures de vigilance[4]. Le manquement pourra par exemple être caractérisé par la carence d'« *actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves* », par l'absence ou l'insuffisance « *des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs* » (par exemple un nombre peu élevé d'audit ou un contrôle trop superficiel) ou encore par une cartographie des risques lacunaire[5].

---

[1] *Ibid*. Sur l'exigence d'un préjudice certain, v. *supra* Section 1, §2.
[2] V. *supra* A, 1.
[3] Quant à la nature de l'obligation, qui détermine la preuve à apporter par la victime, la doctrine est plutôt divisée : si l'établissement du plan et sa mise en œuvre semblent relever d'une obligation de résultat, une partie de la doctrine considère en revanche que le fait d'être vigilant constitue une obligation de moyens : « *L'obligation de sécurité, en revanche, paraît devoir recevoir la qualification d'obligation de moyens, dans la mesure où il n'est pas interdit à la société mère ou donneuse d'ordre de porter atteinte aux droits de l'homme, à l'environnement, à l'intégrité corporelle, à la santé ou à la probité publiques par son activité ou celle de ses filiales, sous-traitants et fournisseurs* » (J. LAGOUTTE, art. préc., n°9, p. 8).
[4] Le caractère raisonnable pourra notamment être apprécié au regard des moyens de l'entreprise : pourra être observée la « *proportionnalité des mesures prises au regard du rapport gains/bénéfices, c'est-à-dire de sommes engagées par les entreprises pour la mise en œuvre du plan de vigilance par rapport à la gravité des risques pondérée par la probabilité d'occurrence de ces derniers* » (G. DELALIEUX, « Quelques considérations prospectives sur l'effectivité présumée de la loi "Devoir de vigilance des firmes multinationales" », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 30).
[5] V. C. Com., art. L. 225-102-4. La preuve du défaut de vigilance devra être apportée par la victime, les parlementaires ayant supprimé la présomption simple de faute initialement prévue par les propositions de loi (v. *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1) Pour N. Cuzacq, cette suppression « *constitue une indiscutable régression au détriment des victimes* » (N. CUZACQ, art. préc., p. 1049). L'entreprise a la possibilité, en amont, de constituer la preuve de sa vigilance par le biais d'une certification de son système de management environnemental (SME) :

Il est vrai que ce standard est assez vague et laisse une large place à l'appréciation du juge, ce qui suscite des inquiétudes[1]. Il nous semble au contraire que le juge est le mieux à même d'apprécier le comportement d'une entreprise lorsqu'un dommage a été commis – au risque néanmoins que les juges, qui « *ont les mêmes difficultés que les autres acteurs du champ pour interpréter des textes juridiques dont le sens est ambigu* […] *tendront à considérer le modèle de conformité qui s'est imposé dans les organisations comme une interprétation valide de la règle juridique* »[2]. L'éventuelle adoption d'un décret d'application du devoir de vigilance – qui n'est toujours pas intervenue depuis 2017 – pourrait guider le juge dans son appréciation du manquement fautif au devoir de vigilance[3].

929. En définitive, l'engagement de la responsabilité des sociétés pour des dommages environnementaux ou sociaux semble plutôt prometteur, notamment depuis la consécration du devoir de vigilance. Les recours juridictionnels ne sont pas les seules voies de juridicisation de la RSE, qui peut également passer par des mécanismes alternatifs au procès.

---

v. P. LEQUET, « La vigilance par le management des risques : illustration de la rationalité de la compliance », *in* S. SCHILLER (dir.), *op. cit.*, n°14, p. 146.

[1] « *De nombreuses questions se posent en pratique. Par exemple : - la cartographie des risques prévue au 1° de l'article L225-102-4 doit-elle comporter les risques de toute nature portés sur et par les entreprises de toute la chaîne d'approvisionnement ou les hiérarchiser pour se concentrer sur les plus graves ?* […] *de même, les procédures d'évaluation régulières doivent-elles être annuelles ou plus fréquentes, annoncées ou impromptues, sur quelle partie de la chaîne d'approvisionnement ? - les actions adaptées d'atténuation des risques et de prévention des atteintes graves doivent-elles entrer dans le détail pays par pays ou projet par projet, au risque de signaler ouvertement les risques et de faciliter les attaques malveillantes ? Ces questions sont loin d'être théoriques, car le nombre de sous-traitants et fournisseurs d'une grande entreprise atteint des dizaines de milliers, dans des secteurs aussi variés que la production industrielle, les services, l'énergie, le transport, la restauration-hôtellerie, les services publics, etc. Comment classer les risques rencontrés par chacun de ces fournisseurs pour donner la priorité aux atteintes graves aux droits humains, aux droits sociaux ou à l'environnement ?* » (CONSEIL GENERAL DE L'ÉCONOMIE, *Évaluation de la mise en œuvre de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances*, 2020, p. 26 et s.).

[2] P. BARRAUD DE LAGERIE, E. BETHOUX, R. BOURGUIGNON, A. MIAS et E. PENALVA-ICHER, *Mise en œuvre de la Loi sur le devoir de vigilance : Rapport sur les premiers plans adoptés par les entreprises remis au Bureau International du Travail*, 2019. Les auteurs poursuivent : « *On comprend, dans cette perspective, pourquoi les organisations militantes s'attachent tant à résister à une interprétation de la loi sur le devoir de vigilance qui n'en ferait qu'une mise en forme des initiatives existantes. Si celle-ci devait s'imposer, la loi aurait certes contribué à extraire les démarches de RSE de leur logique purement volontaire – ce qui, déjà, n'est pas négligeable – mais elle ne permettrait pas d'atteindre l'autre objectif que s'étaient donné les partisans de la loi : organiser une responsabilisation des maisons-mères qui rompe assez largement avec l'instrumentation gestionnaire développée dans le cadre des politiques RSE depuis les années 1990* » (*ibid.*).

[3] L'article L. 225-102-4 du Code de commerce dispose : « *Un décret en Conseil d'État peut compléter les mesures de vigilance prévues aux 1° à 5° du présent article. Il peut préciser les modalités d'élaboration et de mise en œuvre du plan de vigilance, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale* ».

§2. Les voies para-juridictionnelles

930. La juridicisation de la RSE repose en partie sur des mécanismes para-juridictionnels, appelés modes alternatifs de résolution des conflits (MARC)[1]. Si l'accès à ces mécanismes demeure possible sous certaines conditions, il s'avère assez restreint (A). De plus, les MARC échouent à juridiciser la RSE en raison de leur absence d'autonomie (B).

A. L'accès restreint aux voies para-juridictionnelles

931. Une partie prenante qui souhaiterait demander à une entreprise de répondre de ses actes peut vouloir ou devoir passer par un mode alternatif de résolution des conflits. Elle peut utiliser les MARC communs, comme l'arbitrage ou la transaction, mais également un MARC spécifique, dédié à la RSE, qui est le Point de Contact National. Néanmoins, l'accès à ces modes est dans les faits restreint par le champ limité des premiers (1) et par les dysfonctionnements du second (2).

1. Le champ limité des modes alternatifs de résolution des conflits communs

932. **La prolifération des modes alternatifs de résolution des conflits. –** Les modes alternatifs de résolution des conflits, qui se développent dans de nombreuses matières juridiques (en droit de la famille notamment[2]), semblent *a priori* adaptés aux conflits entre entreprises et parties prenantes. En effet, le contexte transnational dans lequel ces conflits naissent implique une certaine inadaptation des mécanismes juridictionnels et partant, l'émergence de mécanismes alternatifs[3].

---

[1] L'usage du terme « résolution » est préféré à celui de « règlement » : « *l'expression* résolution *paraît mieux convenir aux modes alternatifs, surtout quand il s'agit de modes amiables car l'amiable postule l'altérité, donc des concessions, de la souplesse, de la flexibilité* » (L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, 2019, p. 23).

[2] *Id*., p. 113 et s.

[3] « *D'un côté, on considère traditionnellement que le droit international ne peut pas régler le problème dans la mesure où il ne s'adresse qu'aux États, les entreprises n'étant pas des sujets de droit international. De l'autre, la structure des groupes de sociétés couplée au phénomène de la frontière rend l'appréhension juridique de ce problème au niveau national extrêmement complexe. Les difficultés que posent ces dommages dans le contexte d'un procès classique sont telles que l'on s'interroge de plus en plus sur le recours à des voies alternatives* » (O. BOSKOVIC, « Le contexte transnational : le procès et les alternatives au procès », *in* M. HAUTEREAU-

933. **L'utilisation des MARC communs : arbitrage et transaction. –** Les conflits en matière de RSE peuvent être réglés *via* l'utilisation des MARC communs, qui ne sont pas spécifiques à la RSE et qui supposent simplement le consentement de toutes les parties.

934. L'arbitrage, qui est un « mode dit parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement d'un litige par une autorité (le ou les arbitres) qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'État ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties »[1] peut être mobilisé par l'entreprise, habituée à ce mode de règlement[2], ou par une partie prenante. L'arbitrage suppose nécessairement le consentement des parties, exprimé par une clause compromissoire prévue avant tout litige, ou par un compromis d'arbitrage adopté à la suite du conflit. Ce mode de règlement des conflits présente l'avantage d'une certaine rapidité[3] et offre des garanties d'exécution des sentences arbitrales satisfaisantes[4]. A la suite de l'effondrement du Rana Plaza, un accord a été signé entre des syndicats et plus de 200 entreprises afin d'assurer la

---

BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental. Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Dalloz, 2021, n°1, p. 167).

[1] V° « Arbitrage » *in* G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018, p. 78. Ainsi, « *l'arbitrage occupe une place singulière dans ce débat sémantique car, s'il est un mode alternatif au règlement judiciaire du litige, il reste un mode juridictionnel et non pas amiable. Hybride, l'arbitrage est contractuel par sa source et juridictionnel par ses effets. Il relève donc bien de la catégorie des modes "alternatifs", mais n'entre pas dans celle des modes "amiables". Aussi, pour l'arbitrage, s'agit-il bien d'un "règlement" du litige et non pas d'une simple "résolution"* » (L. CADIET et T. CLAY, *op. cit.*, p. 24).

[2] L'arbitrage est très répandu en matière d'investissement puisque les traités d'investissement bilatéraux contiennent des clauses compromissoires. L'arbitrage d'investissement vise à régler les éventuels différends survenus entre les investisseurs et les États accueillant leurs investissements. Les conflits intéressent parfois les questions environnementales ou sociales. Force est de constater que ce type d'arbitrage n'est pas vraiment le vecteur d'une plus grande responsabilité de l'entreprise en ces matières. Les règles étatiques protectrices de l'environnement ou des travailleurs sont en effet souvent sanctionnées comme constituant des atteintes au bon déroulement des investissements (O. BOSKOVIC, « Le contexte transnational : le procès et les alternatives au procès », *in* M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *op. cit.,* n°13, p. 173). Quelques sentences arbitrales reconnaissent néanmoins les atteintes environnementales et sociales causées par les investisseurs. Par exemple, si un Tribunal arbitral a condamné l'Equateur pour avoir saisi les champs pétrolifères dans lesquels une société états-unienne avait investi, pour non-paiement d'une taxe – l'Equateur venait de mettre en œuvre une taxe de 99% sur les super-profits pétroliers (International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Decision on Liability, 14 déc. 2012, ICSID Case n°ARB/08/5) le même Tribunal a condamné quelques années plus tard la société à verser une compensation financière à l'Equateur pour les dommages causés à l'environnement liés à l'exploitation des champs pétroliers (International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Decision on Counterclaims, 7 fév. 2017, ICSID Case n°ARB/08/5).

[3] O. BOSKOVIC, « Le contexte transnational : le procès et les alternatives au procès », *in* M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *op. cit.*, n°16, p. 175.

[4] COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, dite « Convention de New York », 10 juin 1958.

sécurité des travailleurs du textile au Bangladesh[1]. Parmi les dispositions légalement contraignantes de cet accord, figure une clause compromissoire, par laquelle les parties s'engagent à soumettre leur litige à un tribunal arbitral[2]. En 2016, les syndicats portaient un litige devant la Cour permanente d'arbitrage de La Haye puisque deux entreprises signataires de l'accord ne respectaient pas les conditions de sécurité.

935. Néanmoins, le processus d'arbitrage n'a pas été mené jusqu'à son terme, les parties ayant transigé[3]. Les entreprises et parties prenantes ont effet également la possibilité de signer un accord transactionnel, autre type de MARC défini par le droit français comme un « *contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* »[4].

936. **L'adoption du Règlement de La Haye sur l'arbitrage relatif aux entreprises et droits humains. –** Le développement du recours à l'arbitrage en matière de RSE a fait apparaître la nécessité de règles spécifiques à ces questions. C'est dans le cadre du *Center for International Legal Cooperation*, une ONG néerlandaise, que des juristes ont élaboré un corpus de règles qui a été adopté en 2019, devenant le Règlement de La Haye sur l'arbitrage relatif aux entreprises et droits humains[5]. Ses dispositions reprennent de nombreuses règles du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)[6] mais comportent quelques particularités.

937. C'est le cas de l'article 22.4 du Règlement de La Haye qui, en prévoyant que la requête d'arbitrage soit étayée, « *as far as possible* », de tout élément de preuve, tient compte

---

[1] *Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh*, 15 mai 2013. Sur l'utilité des accords-cadres internationaux en matière de RSE, v. R.-C. DROUIN, « Les accords-cadres internationaux : exemple de mise en œuvre de la RSE dans l'entreprise transnationale », in E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, La Documentation Française, 2010, p. 209.

[2] Le conflit fait d'abord l'objet d'une tentative de résolution en interne (par un *Steering Committee*) avant d'être soumis, si les parties souhaitent poursuivre le règlement du différend, à un tribunal arbitral : « *Upon request of either party, the decision of the SC may be appealed to a final and binding arbitration process* » (*Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh*, 15 mai 2013, pt. 5).

[3] COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE DE LA HAYE, « Arbitrages relatifs au *Bangladesh Accord* », 17 juil. 2018, [https://pcacases.com/web/sendAttach/2435].

[4] C. Civ., art. 2044. L'article poursuit : « *Ce contrat doit être rédigé par écrit* ».

[5] CENTER FOR INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, 2019.

[6] V. sa dernière version : COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Règlement d'arbitrage*, 2021.

de l'inégalité des armes en matière probatoire entre les entreprises et leurs parties prenantes[1] ou de l'article 33.3 qui prévoit une protection des témoins[2]. Pour autant, les règles semblent insuffisantes sur de nombreux autres aspects, notamment quant à la situation, très fréquente en matière d'atteintes aux droits humains, d'une pluralité d'entreprises impliquées dans le conflit. En effet, ce type d'affaires suppose souvent une pluralité de défendeurs, qui sont les différents maillons de la chaîne de valeur de l'entreprise. Or, le Règlement de La Haye n'anticipe pas la situation dans laquelle l'un des codéfendeurs refuse l'arbitrage[3]. Ainsi, si l'initiative d'un corps de règles spécifique à la RSE est louable, elle pourrait être renforcée par l'adoption de dérogations plus importantes aux règles de la CNUDCI[4].

938. **L'accès restreint aux modes alternatifs de résolution des conflits en matière de RSE. –** Toutefois, l'arbitrage reste difficilement accessible pour les parties prenantes en ce qui concerne les problématiques liées à la RSE. La plupart du temps, « *les représentants de la société civile et* a fortiori *les particuliers n'ont pas, en droit positif, accès aux tribunaux arbitraux* »[5], sauf hypothèse très particulière d'accord préalable entre les entreprises et leurs travailleurs, tel que l'*Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh*. De plus, les procédures arbitrales représentent un certain coût, ce qui constitue un obstacle pour de

---

[1] Les commentaires du Règlement de La Haye prévoient ainsi : « *The expression* "as far as possible" *in Article 22(4) allows the arbitral tribunal to take into account the possible imbalance in power and access to evidence of the parties in the arbitral proceedings, including both situations of economic imbalance – e.g., where the cost of obtaining the documents is prohibitive – and situations of power imbalance – e.g., where a party is aware of the existence of certain documents but is unable to obtain them because they are in possession of the other party or of third parties. In these instances, the arbitral tribunal may admit a statement of claim even if it is not accompanied by certain evidence that would otherwise be necessary* » (CENTER FOR INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, 2019, p. 44). Les commentaires prévoient même que le tribunal arbitral puisse assister la partie dans la production de la preuve.

[2] « *If the legitimate interest of a witness based on a demonstrated genuine fear requires restriction of the representatives of the parties who are informed of the identity of the witness, the arbitral tribunal may order such restriction* ».

[3] « *Dans le contexte d'un contentieux contractuel, tout va dépendre de la formulation de l'accord d'arbitrage, de l'implication des différents défendeurs potentiels dans la survenance des faits donnant naissance au litige, ainsi que de la teneur du droit de l'arbitrage applicable à l'extension éventuelle de l'accord à des non-signataires.* […] *Lorsque le litige est délictuel,* […] *tout va dépendre de l'attitude de chaque codéfendeur potentiel vis-à-vis de la responsabilité sociétale des entreprises et des documents de référence qu'il aurait pu rendre public.* […] *En l'absence d'un tel consentement préalable et d'un consentement exprimé* a posteriori*, toujours possible mais improbable, la solution passe donc par la possibilité donnée au tribunal arbitral d'attraire dans la procédure divers défendeurs, dont il est allégué qu'ils sont impliqués dans les activités litigieuses. Or, les Règles de La Haye sont muettes sur cette question* » (C. KESSEDJIAN, « *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* ou comment l'arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l'homme par les entreprises », *Journal du droit international*, n°1, 2021, var. 1).

[4] Sur l'insuffisance du *Règlement de La Haye*, v. *ibid.*

[5] O. BOSKOVIC, « Le contexte transnational : le procès et les alternatives au procès », *in* M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *op. cit.*, n°13, p. 174.

nombreuses parties prenantes[1]. Enfin, les parties prenantes peuvent faire face à un refus des entreprises de consentir à ces MARC, sauf hypothèse d'une clause compromissoire.

939. En plus des MARC communs, dont le champ s'avère limité, les parties prenantes ont accès à un mécanisme spécifique, le Point de Contact National, dont des dysfonctionnements sont régulièrement observés.

2. Les dysfonctionnements d'un mode alternatif de résolution des conflits spécifique

940. **Les Points de Contact Nationaux. –** D'autres lieux de résolution de conflits, alternatifs au procès, sont dédiés aux problématiques liées à la RSE. Les Points de Contact Nationaux (PCN), instaurés en 2000, sont des instances de suivi des Principes Directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, et dont la mise en place est obligatoire pour les États qui ont adhéré aux Principes[2]. Les États disposent d'une certaine liberté dans l'établissement des règles de composition et de fonctionnement régissant les PCN. En France, le PCN est rattaché au Gouvernement, étant présidé par la Direction générale du Trésor, et est composé de représentants des principaux syndicats nationaux et du MEDEF ainsi que de représentants ministériels.

941. Contrairement à l'arbitrage qui repose sur le principe de consentement préalable des parties, toute personne peut saisir un PCN par le dépôt d'une « *circonstance spécifique* », équivalent d'une plainte contre les agissements d'une entreprise contraires aux Principes[3]. Les PCN n'ont pas de pouvoir de sanction mais peuvent fournir des recommandations et assurer une médiation entre les parties[4]. Ces instances offrent un cadre de résolution des conflits *a priori* plutôt adapté aux problématiques de RSE en ce qu'elles reposent sur un référentiel normatif établi (les Principes)[5] – contrairement à l'arbitrage, qui pose la question du droit

---

[1] C. KESSEDJIAN, art. préc., *Journal du droit international*, n°1, 2021, var. 1.
[2] OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationale*s, 2011, p. 34.
[3] *Id*., p. 38.
[4] *Ibid.*
[5] De plus, l'accumulation des décisions rendues par les différents PCN contribuent à former une certaine « *jurisprudence des PCN* », de sorte que ces derniers « *endossent ainsi un rôle doctrinal qui renforce la normativité des Principes directeurs* » (M. SOUQUE, « Devoir de vigilance et principes directeurs de l'OCDE : la notion de devoir de diligence pour la conduite responsable des entreprises », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, n°6, p. 59).

substantiel applicable[1] – et ne sont pas limités par le caractère éventuellement extraterritorial du conflit[2].

942. **L'affaire Michelin en Inde, emblématique de la relative inefficacité du PCN. –** Pour autant, il semblerait que le PCN français rende des décisions dont l'efficacité est contestée. Une affaire est emblématique de cette inefficacité.

943. En 2012, le PCN français était saisi par des associations et syndicats indiens et français d'une circonstance spécifique relative à un projet d'implantation d'une usine de pneus poids lourds par le groupe français Michelin dans le village indien de Thervoy, situé dans l'État du Tamil Nadu, au Sud de l'Inde. L'implantation supposait la destruction de plusieurs hectares d'une forêt au sein de laquelle les habitants développaient des activités agricoles et d'élevage. Les associations reprochaient au groupe de ne pas avoir rempli son devoir de diligence raisonnable, en s'assurant que ce projet industriel ne portait pas atteinte aux droits des populations[3].

944. En cours de procédure, les associations ont néanmoins décidé de retirer leur saisine, pour deux raisons[4]. D'une part, les associations reprochent au PCN d'avoir caractérisé des insuffisances du groupe et de lui avoir recommandé « *de prendre davantage en compte le droit des populations indigènes* » sans pour autant retenir un manquement du Groupe aux Principes directeurs[5]. D'autre part, les plaignantes soulignent les dysfonctionnements du PCN français, qui ne respecterait pas les principes d'accessibilité, d'équité, d'impartialité, de transparence et de prévisibilité qui le régissent[6]. Il était notamment reproché au PCN d'avoir

---

[1] V. O. BOSKOVIC, « Le contexte transnational : le procès et les alternatives au procès », *in* M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *op. cit.*, n°17, p. 175.
[2] M. SOUQUE, « Devoir de vigilance et principes directeurs de l'OCDE : la notion de devoir de diligence pour la conduite responsable des entreprises », *in* S. SCHILLER (dir.), *op. cit.*, n°6, p. 59).
[3] V. la circonstance spécifique CCFD-TERRE SOLIDAIRE, SHERPA, CGT, TAMIL NADU LAND RIGHTS FEDERATION et SANGAM, *Saisine du Point de Contact National français dans le cadre de la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE. Circonstance spécifique*, 9 juil. 2012, [https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/09/Circonstance-specifique-MICHELIN-09072012.pdf].
[4] Il ne s'agit pas du seul dessaisissement d'ONG devant le PCN français pour des dysfonctionnements de ce dernier : v. AVOCATS SANS FRONTIERES et I-WATCH, « ASF and I-Watch announce their withdrawal from the procedure brought to the OECD National Contact point in France regarding Perenco's activities in Tunisia », mars 2021, [https://asf.be/publication/press-release-withdrawal-from-the-proceedings-before-the-french-ncp/].
[5] SHERPA, « Usine Michelin en Inde : les plaignants dessaisissent le Point de contact national de l'OCDE », 24 sept. 2013, [https://www.asso-sherpa.org/usine-michelin-en-inde-les-plaignants-dessaisissent-point-contact-national-locde].
[6] V. OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationale*s, 2011, p. 65.

limité de façon importante les possibilités de communication des associations sur les grandes lignes de l'affaire[1] et d'avoir refusé de transmettre aux parties un rapport diligenté par le PCN sur la base duquel ce dernier a infirmé les arguments des associations[2].

945. Après le dessaisissement des associations, le PCN, dans son communiqué final, « *constate que le Groupe Michelin n'a pas violé les Principes directeurs de l'OCDE mais il constate des insuffisances ou une application incomplète de plusieurs recommandations des Principes directeurs* », souligne la préparation en cours d'une étude d'impact par le groupe et lui formule quelques recommandations[3]. Dans les années qui suivent, le PCN entreprend un suivi de l'impact du projet, qu'il clôture en 2016, constatant que « *le Groupe MICHELIN a complètement rénové son approche RSE, a établi un cadre approprié de diligence raisonnable tel que recommandé par l'OCDE et a pris un engagement fort concernant sa chaîne d'approvisionnement en matière première agricole* »[4]. Les mesures dont le PCN « *félicite* » le groupe consistent dans la mise en œuvre d'une étude d'impact du projet sur les droits humains et l'environnement et plus généralement dans le déploiement d'une stratégie RSE plus robuste[5]. En définitive, le projet a été mené à son terme, sans certitude que des compensations aient été accordées aux populations[6].

---

[1] « *Les plaignants ne comprennent donc pas pourquoi, alors que dans d'autres affaires, le texte même de la circonstance spécifique avait été publié et la décision de recevabilité est régulièrement rendue publique dans d'autres pays par le PCN lui-même, la présidence a estimé dans cette affaire qu'il s'agissait d'informations qu'il ne fallait pas publier* » (CCFD-TERRE SOLIDAIRE, SHERPA et CGT, « Dysfonctionnements du Point de contact national de l'OCDE en France », 2013, p. 3, [https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/09/dysfonctionnements.pcn-avec-logos_vf.pdf]).

[2] *Id.*, p. 4.

[3] POINT DE CONTACT NATIONAL, « Groupe Michelin en Inde. Communiqué », 27 sept. 2013, p. 13, [https://www.tresor.economie.gouv.fr/Institutionnel/Niveau3/Pages/8ef77cd0-f703-40c3-b02f-deb7a6d01cb6/files/26acd2b2-b78f-478d-9134-cbcedf5552dc].

[4] POINT DE CONTACT NATIONAL, « Fin de suivi de la circonstance spécifique Michelin en Inde. Après 3 ans de procédure, le PCN félicite le Groupe Michelin qui a intégré la diligence raisonnable à sa stratégie d'entreprise », 29 fév. 2016, p. 6, [https://www.tresor.economie.gouv.fr/Institutionnel/Niveau3/Pages/8ef77cd0-f703-40c3-b02f-deb7a6d01cb6/files/26acd2b2-b78f-478d-9134-cbcedf5552dc].

[5] Le PCN observe : « *Le PCN félicite le Groupe pour avoir réalisé en 2014 l'étude d'impact sur les droits de l'homme* » (p. 4) ; « *Le PCN félicite le Groupe pour la mise en place d'un dispositif structuré du pilotage de sa politique RSE et pour avoir formalisé et amélioré ainsi sa communication avec ses nombreuses parties prenantes* » (p. 4) ; « *Le Groupe est dans une approche dynamique* » (p. 5), etc. (*ibid.*).

[6] Le PCN note : « *D'après les informations disponibles, les mesures de compensation foncière décidées en 2009 ont été prises : mise à disposition d'une parcelle pour produire du fourrage sur le site et mise à disposition d'autres parcelles de pâturages dans la région. Le Groupe Michelin et le PCN n'ont pas connaissance de nouvelles plaintes déposées contre les autorités au sujet de ces mesures. En revanche, malgré les demandes répétées du Groupe, les autorités indiennes n'ont pas souhaité lui confirmer par écrit la réalisation des mesures de compensation* » (ibid.).

946. Il semblerait donc que le PCN porte davantage son attention sur la politique RSE de l'entreprise et sa transparence plutôt que sur les impacts effectifs du groupe sur l'environnement ou les droits humains. Pourtant, les Principes directeurs ne contiennent pas seulement des normes procédurales – recommandant aux entreprises de mettre en place un devoir de diligence raisonnable par exemple – mais également des normes substantielles : il est par exemple prévu que « *les entreprises devraient* […] *tenir dûment compte de la nécessité de protéger l'environnement, la santé et la sécurité publiques* »[1]. Le PCN aurait pu donc offrir une résolution du conflit qui soit fondée à la fois sur les normes procédurales et substantielles ; autrement dit, il aurait pu examiner l'impact effectif de l'implantation de l'usine sur l'environnement, la santé et la salubrité publiques, notamment quand il effectuait le suivi du projet[2]. La décision du PCN aurait pu être la même (la conformité des activités du groupe aux Principes directeurs) mais une telle démarche aurait le mérite de renforcer l'efficacité du PCN en tant que mode de résolution de conflits.

947. En l'état actuel, et en dépit du caractère véritable ou inexact des allégations des associations, cette affaire indique que « *les conditions d'un dialogue multipartite serein ne semblent donc pas réunies au sein de cette instance* »[3], en raison d'une suspicion de manque d'impartialité[4]. Le degré de satisfaction du PCN pour lequel « *la saisine Michelin illustre l'utilité du PCN pour créer une dynamique positive favorable aux populations pour faire*

---

[1] OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationale*s, 2011, p. 22.

[2] Le PCN français n'est pas le seul PCN à se contenter de promesses d'actions par les entreprises : « *there are very few examples of complaints leading to beneficial results that provided some measure of remedy, and most of these encompass only forward-looking corporate policy changes* » (C. DANIEL, J. WILDE-RAMSING, K. GENOVESE, V. SANDJOJO, OECD WATCH, *Remedy Remains Rare. An analysis of 15 years of NCP cases and their contribution to improve access to remedy for victims of corporate misconducts*, 2015, p. 4).

[3] J. CAMY, « Loi sur le devoir de vigilance et loi Sapin II : quelles obligations des entreprises ? », *JCP E*, n°11, 2021, n°13, p. 1135.

[4] Dans cette affaire, « *les décisions prises par le PCN remettent en question sa légitimité. En effet, sur les 25 points abordés dans le communiqué final, les deux points qui figurent au coeur du conflit et qui traitent du respect du devoir de vigilance en matière de droits de l'homme, d'environnement et d'information aux populations font l'objet de vifs débats internes. Malgré l'absence de consensus parmi les membres du PCN, ces deux points font l'objet de deux décisions. Celles-ci sont prises unilatéralement par le président du PCN – un fonctionnaire qui avait une longue carrière dans les missions économiques des ambassades françaises à l'étranger. Elles réinterprètent de manière controversée les concepts de relation d'affaires, de complicité et de devoir de vigilance définis par John Ruggie et par les Principes directeurs* » (S. BOMMIER, « Responsabilité environnementale des entreprises et régulation extraterritoriale : l'implantation de Michelin en Inde à l'épreuve des Principes directeurs de l'OCDE », *Études internationales*, 2016, vol. 47, n°1, p. 107).

évoluer les entreprises qui auraient transgressé les Principes directeurs »[1] contraste en effet avec la perception d'échec ressentie par les associations[2].

948. **Les dysfonctionnements structurels des PCN. –** Cette affaire n'est pas isolée : les dysfonctionnements des PCN nationaux sont non seulement régulièrement dénoncés par les ONG mais également signalés par des études[3]. L'*OECD Watch*, un réseau d'ONG issues d'une cinquantaine d'États qui vise à promouvoir le respect des Principes directeurs, publie régulièrement des rapports sur l'efficacité des PCN nationaux. En 2021, il apparaît que seules 9% des « *circonstances spécifiques* » aient abouti à un accord satisfaisant pour les parties[4]. L'organisation conclut :

> « *NCPs have largely failed to facilitate effective remedy outcomes for complainants. These complaints demonstrate many of the problems that OECD Watch has observed and documented year after year in NCP processes and decisions. The origin of these problems lies in the lack of political will on behalf of governments, but also in the text of the Guidelines itself, including inadequate guidance and instructions for NCPs in the Procedural Guidance* »[5].

Il semblerait donc que le rattachement de la plupart des PCN aux gouvernements nationaux ainsi que le faible niveau d'engagement des Principes directeurs soient la cause principale de cette inefficacité[6]. A défaut d'un renforcement de cet instrument, qui supposerait un accord

---

[1] POINT DE CONTACT NATIONAL, « Fin de suivi de la circonstance spécifique Michelin en Inde. Après 3 ans de procédure, le PCN félicite le Groupe Michelin qui a intégré la diligence raisonnable à sa stratégie d'entreprise », 29 fév. 2016, p. 6, [https://www.tresor.economie.gouv.fr/Institutionnel/Niveau3/Pages/8ef77cd0-f703-40c3-b02f-deb7a6d01cb6/files/26acd2b2-b78f-478d-9134-cbcedf5552dc].

[2] Au-delà de cet échec de conciliation des parties, les associations affirment, au sujet d'autres affaires, que les accords conclus devant le PCN ne sont de surcroît pas toujours respectés par les entreprises. V. SHERPA, « Les accords conclus par les entreprises devant le Point National de Contact de l'OCDE doivent être respectés », 21 janv. 2021, [https://www.asso-sherpa.org/les-accords-conclus-par-les-entreprises-devant-le-point-national-de-contact-de-locde-doivent-etre-respectes].

[3] C. DANIEL, J. WILDE-RAMSING, K. GENOVESE, V. SANDJOJO, OECD WATCH, *art. préc.*, p. 4 : « *the overwhelming majority of complaints have failed to bring an end to corporate misconduct or provide remedy for past or on-going abuses, leaving complainants in the same or worse position as they were in before they filed their complaint* ». V. également M. H. KITA, « It's Not You, An Analysis of the United States' Failure to Uphold its Commitment to OECD Guidelines for Multination Enterprises in Spite of No Other Reliable Alternatives », *Penn State International Law Review*, 2010, vol. 29, p. 359.

[4] OECD Watch, *State of Remedy 2021*, 2022, p. 1.

[5] *Id.*, p. 4.

[6] C. Clerc interroge alors l'initiative de création des PCN : « *leur création a-t-elle été une étape positive ou le cache-sexe de l'impuissance d'un système mondial de régulation, impuissance voulue et organisée par certains États qui en bénéficient ?* » (J. KLEIN, « La Gouvernance durable. Entretien avec C. Clerc, J. Klein et B. Parance », *CDE*, n°5, 2021, p. 9).

politique multilatéral, une réforme pourrait être engagée en France, visant à rendre le PCN indépendant du Gouvernement, à l'instar du PCN norvégien qui est composé d'experts indépendants, ou au moins à inclure au sein du PCN des experts indépendants, comme le prévoit le PCN britannique.

949. Les modes alternatifs de résolution des conflits semblent être dysfonctionnels en matière de RSE, pour des raisons spécifiques à chacun de ces mécanismes, mais également pour leur absence d'autonomie, qui leur est commune.

B. L'absence d'autonomie des voies para-juridictionnelles

950. **Le consentement des parties comme frein au déploiement des MARC. –** Le déploiement des MARC en matière de RSE semble être freiné par l'exigence d'un consentement des parties, qui est la pierre angulaire de ces mécanismes de règlement alternatif des conflits.

951. Par exemple, en l'absence de clause compromissoire, quelle multinationale défenderesse consentirait à un arbitrage, dans la mesure où elle ne risque pas d'être poursuivie judiciairement en raison des règles du droit international privé et du principe d'indépendance des personnes morales[1] ? En effet, si dans d'autres types de litiges, les entreprises peuvent préférer le recours aux MARC (« *un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* »[2]), le caractère transnational des conflits en matière de RSE implique souvent l'impossibilité d'un recours devant les juridictions judiciaires, de sorte que ne risquant pas un procès, les sociétés n'auraient aucun intérêt à parvenir à un arrangement avec la partie prenante. Les

[1] « *If multinational corporations are fighting jurisdiction (and liability where jurisdiction lies) in host countries, home countries, and elsewhere for human rights abuses, why would such companies consent to arbitrate those disputes? And if they do, is there reason for skepticism as to what would motivate this agreement when the same company raises* forum non conveniens, *corporate-form-related objections, or similar arguments erecting jurisdictional barriers elsewhere?* » (COLUMBIA CENTER ON SUSTAINABLE INVESTMENT, *The Business and Human Rights Arbitration Rule Project : Falling short of its access to justice objectives*, 2019, p. 3). V. également O. BOSKOVIC, « Le contexte transnational : le procès et les alternatives au procès », *in* M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *op. cit.*, n°16, p. 175.

[2] H. DE BALZAC, *Les illusions perdues*, La pléiade, T. IV, p. 1054.

mêmes difficultés freinent la conclusion d'accords transactionnels : dans l'affaire *RWE c. Lliuya*, l'entreprise allemande a refusé la proposition de négociation émanant du plaignant[1].

952. Il semblerait donc que l'efficacité des voies judiciaires soit une des conditions du déploiement des MARC : la menace d'une poursuite judiciaire inciterait l'entreprise à consentir à ces modes de résolution des différends. Sous cet angle, l'adoption du devoir de vigilance à l'échelle française et bientôt au niveau de l'Union européenne pourrait favoriser, de manière indirecte, l'essor des MARC.

953. **La lacune fondamentale des voies alternatives au procès. –** En surcroît des limites inhérentes à chaque MARC, les voies alternatives au procès paraissent insuffisantes à réguler le comportement des entreprises en matière environnementale et sociale pour une raison qui leur est intrinsèque. En cas d'acte particulièrement grave d'une entreprise, comme la commission d'un dommage environnemental ou aux droits humains, le processus de médiation qu'elles proposent peut être infructueux. Les rapports de force entre les entreprises et leurs parties prenantes sont en effet structurellement déséquilibrés, en raison du pouvoir des entreprises sur la scène nationale et internationale[2] et des différences de moyens entre celles-ci et les ONG. Cette différence peut constituer un frein à une médiation qui soit satisfaisante pour les deux parties en ce qu'elle peut alimenter une certaine suspicion des ONG face aux MARC, comme l'illustre l'affaire Michelin[3]. Dans certaines affaires, les rapports entre les parties prenantes et l'entreprise sont si conflictuels, et l'inégalité des armes si marquée, que la voie de la médiation semble dès le départ, vouée à l'échec[4].

---

[1] « *The court asked RWE whether, on this basis, it would be prepared to settle. Saúl Luciano Lliuya offered to negotiate a settlement to speed up the procedure – he wants to solve the problem of the Laguna Palcacocha, not battle about experts and scientific detail. RWE rejected any settlement discussions* » (GERMANWATCH, « Interesting Facts: Background information on the decision of the higher regional court Hamm », 12 déc. 2017, [https://www.germanwatch.org/en/14831]). Sur cette affaire, v. *supra* Section 1, §2.

[2] Sur ce pouvoir, v. *supra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

[3] V. *supra* A.

[4] De plus, « *les Principes directeurs de l'OCDE et les mécanismes de régulation extraterritoriaux sont confrontés à une* […] *limite structurelle fondamentale : la gouvernance environnementale doit faire face à l'éclatement des responsabilités entre sphères politiques nationales, internationales et transnationales* ». En effet, les projets tels que celui déployé par Michelin « *sont perçus comme des projets stratégiques par l'État du Tamil Nadu ou par l'État central.* […] *Alors que l'entreprise Michelin s'engage sous la contrainte des ONG et du PCN français à évaluer son impact social et environnemental, l'entreprise se retrouve prise dans une logique de développement régional et national qui la dépasse et qui modifie en profondeur l'environnement naturel, économique et social de la région.* […] *Dans un tel contexte, le gouvernement du Tamil Nadu et le*

954. **Les voies alternatives au procès comme compléments des voies juridictionnelles. –** Les voies alternatives au procès ne peuvent tenir lieu de solution viable et complète aux agissements des entreprises attentatoires à l'environnement et aux droits humains en raison de leur absence d'autonomie. Les MARC apparaissent donc comme des compléments aux voies judiciaires[1], dont l'efficacité est restreinte à certains cas particuliers – par exemple, celui d'une clause compromissoire entre une entreprise multinationale et des syndicats de travailleurs, comme l'*Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh*[2]. Le Règlement de La Haye sur l'arbitrage relatif aux entreprises et droits humains souligne dans son préambule que l'arbitrage n'a pas vocation à constituer un substitut aux mécanismes étatiques juridictionnels[3]. Le caractère complémentaire des différents modes de règlement des différends n'est pas propre à la RSE, mais est plus généralement retrouvé dans d'autres types de contentieux, qui voient se développer « *une justice plurielle qui, en fonction des circonstances, favorisera tel mode de règlement de préférence à tel autre* »[4].

955. **Les voies alternatives au procès comme leviers de la sanction réputationnelle. –** Le déploiement des MARC en matière de RSE est non seulement dépendant de l'efficacité des recours judiciaires mais également d'un mécanisme de nature extra-juridique. En effet, l'efficacité de ces modes alternatifs semble largement reposer sur la sanction réputationnelle : à certains égards, les PCN paraissent davantage être des mécanismes d'institutionnalisation de la sanction réputationnelle qu'une instance de résolution d'un conflit[5]. C'est donc sans doute par le prisme de la sanction réputationnelle que ce type de MARC semble déployer ses effets,

---

gouvernement indien perçoivent une instance juridique extraterritoriale telle que le PCN comme une menace pour leurs intérêts stratégiques » (S. BOMMIER, art. préc., p. 107).

[1] Ces modes permettent de « *compléter l'offre de recours proposée aux victimes* » (O. BOSKOVIC, « Le contexte transnational : le procès et les alternatives au procès », *in* M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *op. cit.*, Dalloz, 2021, n°19, p. 177).

[2] V. *supra* §2, A.

[3] « *Arbitration under the Rules is not meant as a general substitute for State-based judicial or non-judicial mechanisms* » (CENTER FOR INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, 2019, p. 13).

[4] L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, 2019, p. 27. Les auteurs soulignent de plus que la distinction entre instances juridictionnelles et modes alternatifs est assez artificielle : « *Le jugement doit toujours tendre à l'apaisement du conflit au-delà du règlement immédiat du litige. Cette fonction de rétablissement ou de reconstruction du lien social attribuée à la médiation, c'est, fondamentalement, la fonction éthique du jugement* » (*id.*, p. 29).

[5] « *Une entreprise impliquée dans une saisine est soumise à un risque réputationnel important. Il devient dès lors difficile pour une entreprise de ne pas coopérer avec le PCN* » (S. BOMMIER, art. préc., p. 107).

plus que par son aptitude à résoudre un conflit[1]. En définitive, les voies alternatives au procès ne constituent pas une voie autonome de régulation des comportements des entreprises, mais plutôt un complément aux sanctions juridiques et un levier de la sanction réputationnelle.

[1] Néanmoins, la confidentialité de la plupart des sentences arbitrales fait obstacle au déploiement de la sanction réputationnelle et plus largement à la régulation du comportement d'autres entreprises. Dans ce cas, l'arbitrage peut être vu par l'entreprise comme un moyen d'évincer une éventuelle sanction réputationnelle.

Conclusion du chapitre 2

956. Le pouvoir de l'entreprise appelle une responsabilité : initialement sociale, elle s'est métamorphosée en une véritable responsabilité juridique, dans un mouvement de juridicisation de la RSE.

957. Le phénomène de juridicisation de la RSE, nécessaire au regard des limites inhérentes à son approche flexible, n'est en effet pas dû à un durcissement de la réglementation mais davantage au développement de l'intervention du juge voire d'un tiers indépendant. Cette juridicisation de la RSE, qui passe par le canal de la responsabilité juridique, doit répondre aux enjeux spatiaux et temporels inhérents aux activités des entreprises multinationales que sont le caractère transnational de leur activité et l'impératif de prévention de leurs impacts, notamment en matière environnementale.

958. Ces défis n'empêchent pas la juridicisation croissante de la RSE, qui n'emprunte pas seulement des voies juridictionnelles, mais également des voies para-juridictionnelles. L'aptitude de ces voies à réguler les impacts environnementaux et sociaux des entreprises n'est cependant pas équivalente. L'épanouissement des voies juridictionnelles repose essentiellement sur l'exigence d'une certaine vigilance quant à leurs activités et celles de leurs filiales et partenaires commerciaux. Si les potentialités de l'action préventive restent pour l'heure assez incertaines, l'action en réparation semble être une voie prometteuse, bien qu'encore en devenir, de juridicisation de la RSE. En revanche, il semble que les modes alternatifs de résolution des conflits (MARC) échouent à responsabiliser les entreprises en raison de leur accès restreint et de leur absence d'autonomie. La faible efficacité des MARC cristallise le caractère complémentaire des mécanismes de régulation du comportement des entreprises : les voies judiciaires s'appuient largement sur des standards de droit souple, tandis que l'efficacité des MARC repose sur les voies juridictionnelles et la sanction réputationnelle. En creux, c'est donc la combinaison d'une panoplie de sanctions – des plus souples aux plus dures, positives ou négatives – qui apparaît nécessaire à la régulation des impacts environnementaux et sociaux produits par les entreprises.

Conclusion du Titre 2

959. La régulation du comportement des entreprises en matière environnementale et sociale est soutenue par les mutations de leur rôle dans la société.

960. En premier lieu, ces mutations leur ont conféré un certain pouvoir. Le fondement de ce nouveau pouvoir est double. La transformation du rôle de l'entreprise est autant mise en œuvre par elle-même que soutenue par le droit, notamment à l'occasion de la loi « Pacte ». Ce pouvoir se manifeste par une diffusion de la RSE auprès des parties prenantes de l'entreprise, qui peut être formalisée dans un contrat et a même été légalisée depuis la création d'un devoir de vigilance à destination des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre.

961. En second lieu, le renforcement du pouvoir de l'entreprise appelle la reconnaissance d'une certaine responsabilité. Un phénomène de juridicisation de la RSE est observé, qui doit répondre à des enjeux spatiaux et temporels liés aux spécificités de l'activité des entreprises. La juridicisation de la RSE peut emprunter des voies différentes qui n'offrent pas des perspectives de régulation équivalentes. La voie juridictionnelle permet de réguler le comportement des entreprises en matière environnementale et sociale de manière plutôt fructueuse, surtout s'agissant de la voie réparatrice. Les voies para-juridictionnelles voient leur développement freiné par leur accessibilité restreinte et leur absence d'autonomie.

Conclusion de la Partie 2

962. Le devoir de transparence environnementale et sociale déploie tous ses effets à l'aune de sa fonction régulatrice. En effet, ce devoir constitue le préalable d'une régulation du comportement de l'entreprise, qui est invitée à prendre effectivement en compte les enjeux environnementaux et sociaux qui font l'objet de son *reporting*. Cette régulation repose sur deux phénomènes.

963. D'une part, ce sont les rétributions de marché qui opèrent une telle régulation. Ces rétributions peuvent s'exprimer négativement, par le biais d'une sanction réputationnelle, comme positivement, par l'intermédiaire d'un avantage concurrentiel. L'étude de ces rétributions nous a permis de formuler l'hypothèse d'une régulation informationnelle indirecte, qui est subordonnée à l'application de pressions externes émanant des parties prenantes. Le risque réputationnel constitue sans doute la pression la plus saillante. La menace d'une sanction réputationnelle – qui implique une potentielle perte financière – est si redoutée par les entreprises qu'elles mettent en place un processus de gestion de ce risque. Or, c'est cette maîtrise du risque qui réalise la régulation : pour enrayer la survenance du risque réputationnel, les entreprises tentent de contenir leurs impacts environnementaux et sociaux. De la même manière, la perspective d'un avantage concurrentiel incite les entreprises à prendre en compte leurs impacts. En effet, l'essor de la consommation et de l'investissement socialement responsables pousse les entreprises à adapter leur activité à ces nouvelles exigences. Le droit français et européen soutient le développement de ces mouvements par l'instauration de plusieurs mécanismes d'information du consommateur ou de l'investisseur.

964. D'autre part, les mutations du rôle de l'entreprise dans la société favorisent une régulation de son comportement. En effet, mise à l'épreuve d'un certain pouvoir, l'entreprise est amenée à redéfinir sa finalité, pour lui intégrer une dimension éthique. Cette transformation, menée au sein de l'entreprise, fait également l'objet d'un relais juridique, le droit promouvant l'engagement des entreprises en matière environnementale et sociale. Forte de ce pouvoir, l'entreprise contribuera à diffuser la démarche de RSE auprès de ses parties prenantes. Le renforcement de son pouvoir s'est accompagné de la mise en œuvre d'une certaine responsabilité. De responsabilité simplement « sociale » – c'est-à-dire morale –, la RSE peut de plus en plus être transformée en une véritable responsabilité juridique. La

juridicisation de la RSE, en plein développement, passe principalement par le juge, les modes alternatifs de résolution des conflits étant pour l'instant peu exploitables. Si cette juridicisation ne concerne directement qu'une minorité d'entreprises, sa visibilité lui confère un puissant effet régulateur auprès des autres, qui redoutent le risque d'un contentieux.

965. Ce constat invite à nuancer une certaine conception de la régulation qui, « *poussée à l'extrême* », poursuivrait « *l'utopie d'un monde entièrement purgé de conflits et susceptible de se passer de la figure du Tiers* »[1]. Or, comme le relève A. Supiot, « *aucune société humaine ne pourrait évidemment fonctionner sur une telle base et il faut donc rappeler qu'il n'est pas de régulation sans régulateur* »[2].

[1] A. SUPIOT, « Travail, droit et technique », *Dr. soc.*, 2002, p. 13.
[2] *Ibid.*

Conclusion générale

967. La transparence environnementale et sociale des grandes entreprises poursuit un double objectif, correspondant à une dualité de ses fonctions.

968. Sa fonction élémentaire s'inscrit dans une visée informative, puisque les documents d'information qui en découlent servent à informer les parties prenantes quant aux impacts de l'activité de l'entreprise en matière environnementale et sociale. La qualité de l'information communiquée sera déterminante de son utilisation par les parties prenantes. Or, la pertinence des informations environnementales et sociales reste perfectible. Le socle général du devoir de transparence demeure insuffisamment étendu, tandis que sa mise en œuvre, qui confère aux entreprises une grande liberté dans la détermination du contenu de l'information, mériterait d'être davantage harmonisée. La transposition de la *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) contribuera certainement à corriger ces lacunes, en étendant le champ d'application du *reporting* à un plus grand nombre d'entreprises et en amorçant l'adoption de normes communes à l'échelon européen. La fiabilité de l'information n'est pas plus satisfaisante. En effet, le caractère formel du contrôle des informations mené par le vérificateur n'est pas suppléé par l'arsenal administratif et judiciaire. Ce dernier demeure inégal et ne peut être appliqué qu'à la marge, dans des hypothèses particulières. Les récentes réformes de l'Union européenne ne semblent pas apporter de réponse à cette insuffisante fiabilité ; il faudra donc compter sur le mouvement de technicisation du *reporting* engagé à la suite de la CSRD pour diminuer les interstices dans lesquels certaines pratiques de *greenwashing* ou *socialwashing* pouvaient prospérer. En d'autres termes, l'affermissement de la fiabilité des informations passera peut-être par le renforcement de leur pertinence, notamment de la précision du contenu du *reporting*. En l'état, les deux qualités attendues de la transparence demeurent insatisfaisantes, de sorte que la fonction élémentaire de celle-ci nécessite d'être améliorée.

969. La finalité informative de la transparence ne saurait résumer sa vocation puisqu'elle déploie tous ses effets à l'aune de la régulation des impacts environnementaux et sociaux qu'elle implique, qui lui tient donc lieu de fonction complémentaire. En instaurant un tel devoir de transparence, les pouvoirs publics espèrent inciter les entreprises à agir concrètement sur les sujets qui font l'objet de cette transparence. Dans ce cadre, les

documents d'information font office de supports de la régulation, les actes de l'entreprise pouvant être évalués à l'aune de son discours. Cette régulation se caractérise par son absence d'autonomie : des *mediums* externes, juridiques comme extra-juridiques, sont nécessaires à son épanouissement. Les rétributions de marché, telles que la sanction réputationnelle et l'avantage concurrentiel, interviennent au soutien de cette régulation, de même que les mutations du rôle de l'entreprise dans la société, qui tiennent à son pouvoir dans la société civile et à la responsabilité grandissante qui lui est attachée. Ces *mediums*, mobilisés afin d'atténuer la faiblesse de la sanction juridique des dispositifs de transparence, s'inscrivent dans un mouvement d'amplification, si bien que la fonction régulatrice de la transparence représente une ambition en construction.

970. L'identification de ces fonctions nous invite à formuler deux remarques conclusives, tenant tant aux moyens de la transparence qu'à ses fins.

971. Quant aux moyens de la transparence, ils sont caractérisés par leur enchevêtrement. Le dispositif d'information comme le processus régulateur qui en découle constituent un système, c'est-à-dire sur un ensemble de mécanismes coordonnées dont la réalisation dépend de chaque élément. Ainsi, la sanction réputationnelle nécessite un relais informatif pour être exercée et son efficacité ne s'entend qu'à l'aune des répercussions financières se manifestant par ricochet. De la même manière, l'effet régulateur des décisions de justice ou de celles rendues par un médiateur dépend non seulement de la solution appliquée au litige, mais également des conséquences réputationnelles attachées. Ainsi, c'est par la combinaison de ces éléments que le devoir de transparence environnementale et sociale se réalise pleinement. Ce fonctionnement en réseau[1] justifie alors la présence croissante du droit au sein de chaque rouage[2]. Nous avons vu que l'intervention du droit ne se résume pas à une réglementation de

---

[1] V. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002. V. également, à propos de la responsabilité environnementale de l'entreprise, P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement : recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, 2013, n°44, p. 57 : « *Ce phénomène* sui generis *dynamique, global et liant, ce mouvement de fond conduisant l'entreprise toute entière à se responsabiliser prendrait la figure du réseau ou du système et connaîtrait des manifestations à la fois nationales, internationales et transnationales* ».

[2] A cet égard, le devoir de transparence pourrait être assimilé au « dispositif » défini par Foucault comme un « *ensemble résolument hétérogène comportant des discours, des institutions, des aménagements architecturaux, des décisions réglementaires, des lois, des mesures administratives, des énoncés scientifiques, des propositions philosophiques, morales, philanthropiques ; bref, du dit aussi bien que du non-dit, voilà les éléments du*

l'obligation d'information, mais est disséminé parmi les *mediums* de régulation, qu'il s'agisse de l'avantage concurrentiel, soutenu par l'encadrement juridique de l'investissement et de la consommation socialement responsables, ou encore du pouvoir d'influence de l'entreprise, que consolide la création de niveaux d'engagement par la loi Pacte.

972. Quant aux fins de la transparence, elles sont marquées par leur incomplétude ou, formulé plus positivement, par la redéfinition toujours plus ambitieuse de leur horizon. Cette caractéristique est inhérente à la RSE, qui vise un « mieux », et qui ne peut être achevée. La RSE implique une démarche de progrès continu, si bien qu'aucune entreprise ne puisse se targuer d'être entièrement socialement responsable. En définitive, la transparence repose sur un système dont les fins sont en perpétuelle évolution.

973. Cette spécificité inscrit la transparence dans une perspective conjoncturelle : si la duplicité des fonctions de la transparence constitue sa structure immuable, ses maillons varient au gré des circonstances sociales, économiques et politiques de son temps. Ainsi, selon le contexte, l'accent peut être mis sur la fonction informative de la transparence ou sur sa vocation régulatrice. Il convient toutefois de garder à l'esprit que la transparence n'est pas la seule solution envisageable pour réguler le comportement des entreprises. Ce dispositif constitue une solution de compromis, permettant de concilier le mode de production capitaliste et mondialisé et les revendications citoyennes en faveur d'une prise en compte des enjeux environnementaux et sociaux. Dès lors, les effets du devoir de transparence n'atteindront jamais ceux qui découleraient d'un bouleversement du modèle des grandes firmes transnationales, fondé sur le profit. En l'absence d'un tel bouleversement structurel, le système économique en vigueur permet aux grandes entreprises de légitimer certaines atteintes aux droits humains et à l'environnement par la priorisation accordée à leur finalité profitable – qui demeure, en définitive, leur véritable *raison d'être.*

---

dispositif. Le dispositif lui-même, c'est le réseau qu'on établit entre ces éléments. […] *Le dispositif a donc une fonction stratégique dominante* […], *ce qui suppose qu'il s'agit là d'une certaine manipulation de rapports de force* » (M. FOUCAULT, *Dits et écrits. Tome II, 1976-1988,* Gallimard, 2001, p. 299).

Bibliographie

Traités et manuels

S. ALAM [et al.], *Routledge Handbook of International Environmental Law,* Routledge, 2012.

G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKES, *Droit du travail*, 36e éd., Dalloz, 2022.

A. BENABENT, *Droit des obligations*, 15e éd., LGDJ, 2016.

J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5e éd., Dalloz, 2012.

PH. BILLET ET E. NAIM-GESBERT (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'environnement*, Dalloz, 2017.

P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5e éd., LexisNexis, 2018.

L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, 2019.

J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE et M. DEPINCE, *Droit de la consommation*, 10e éd., Dalloz, 2020.

J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple,* PUF, 2004.

V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2022.

G. CORNU, *Droit civil : Introduction au droit*, 13e éd., Montchrestien, 2007.

M. COZIAN, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 33e éd., LexisNexis, 2020.

C. DEMOLOMBE, *Cours de code civil,* t. I, A. Durand, 1847.

P. DEUMIER, *Introduction générale au droit,* 6e éd., LGDJ, 2021.

M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. I – Contrat et engagement unilatéral*, 6e éd., PUF, 2021.

L. FAVOREU et L. PHILIP [ET AL.], *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel,* 19e éd, Dalloz*,* 2018.

D. FENOUILLET (dir.), *Droit de la consommation. Droit interne et européen*, Dalloz, 2020.

D. FERRIER ET N. FERRIER, *Droit de la distribution*, 9e éd., LexisNexis, 2020.

J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil : Introduction générale,* 3e éd., LGDJ, 1990.

J. GHESTIN et H. BARBIER, *Traité de droit civil : Introduction générale, T. 1*, 5e éd., LGDJ, 2018.

L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français, t. II, Théorie générale des obligations, Les principaux contrats du droit civil*, 3e éd., Sirey, 1939.

P. KRUGMAN ET R. WELLS, *Microéconomie*, 3e éd., De Boeck supérieur, 2016.

PH. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 12e éd., Dalloz, 2020.

M. LONG [et al.], *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 22e éd., Dalloz, 2019.

Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit,* 6e éd., LGDJ, 2016.

Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit,* 18e éd., LexisNexis, 2018.

Ph. MALINVAUD, M. MEKKI et J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, 15e éd., LexisNexis, 2019.

E. NAIM-GESBERT, *Droit général de l'environnement*, 3e éd., LexisNexis, 2019.

M.-C. PONTHOREAU, *Droit(s) constitutionnels(s) comparé(s),* Economica, 2010.

M. PRIEUR [et al.], *Droit de l'environnement*, 8e éd., Dalloz, 2019.

R. ROMI, G. AUDRAIN-DEMEY et B. LORMETEAU, *Droit de l'environnement et du développement durable*, 11e éd, LGDJ, 2021.

F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE [et al.], *Droit civil : Les obligations*, 12e éd., Dalloz, 2019.

Thèses, monographies et travaux collectifs

.- *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique, Cinquièmes journées René Savatier, Poitiers, 5 et 6 octobre 1995*, PUF, 1997.

.- *Secret des affaires*, Dalloz, 2019.

P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement : recherche d'une systématisation en droits français et américain*, Bruylant, 2013.

M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe : Contribution à la théorie du contrôle international*, Pedone, 2012.

J. L. AUSTIN, *Quand dire c'est faire*, Points, 1970.

J. AUSTRUY (dir.)*, Le droit et le futur*, PUF, 1985.

J. BARDY, *Le passif environnemental de l'entreprise : contribution à l'avènement d'un droit comptable de l'environnement*, LGDJ, 2020.

P. BARRAUD DE LAGERIE, *Les patrons de la vertu : De la responsabilité sociale des entreprises au devoir de vigilance,* Presses Universitaires de Rennes, 2019.

B. BAUDRY et B. DUBRION (dir.), *Analyses et transformations de la firme : une approche pluridisciplinaire*, La découverte, 2009.

B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1995.

N. BELAIDI, *La lutte contre les atteintes globales à l'environnement : vers un ordre public écologique ?*, Bruylant, 2008.

M.-L. BEMELMANS-VIDEC, R. C. RIST et E. VEDUNG (dir.), *Carrots, Sticks and Sermons. Policy Instruments and their Evaluation*, Transaction Publishers, 1998.

S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Institut Universitaire Varenne, 2014.

A. A. BERLE et G. MEANS, *The modern corporation and The private property,* 1932, Macmillan.

T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN [et al.] (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007.

N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, G. Giappichelli, 1958.

R. J. BOGDAN, *Grounds for cognition. How goal-guided behavior shapes the mind*, Psychology Press, 2014.

L. BOISSON DE CHAZOURNES et E. MAZUYER (dir.), *Le Pacte mondial des Nations Unies, 10 ans après*, Bruylant, 2011.

L. BOLTANSKI, *La souffrance à distance : Morale humanitaire, médias et politique*, Métailié, 1993.

M. BONNAFOUS-BOUCHER et J. DAHL RENDTORFF. *La théorie des parties prenantes*. La Découverte, 2014.

M. BOUTELET et J.-C. FRITZ (dir.), *L'ordre public écologique*, Bruylant, 2005.

H. R. BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman,* Harper & Brother, 1953, p. 6.

S. BREYER, *Regulation and its reform*, Harvard University Press, 1982.

N. BRUNSSON, *The organization of hypocrisy : talk, decisions and actions in organizations*, Copenhagen Business School Press, 2002.

J. CARBONNIER,

- *Essai sur les lois*, 2e éd., Defrénois, 1995.
- *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., LGDJ, 2001.

M. CAPRON et F. QUAIREL-LANOIZELEE,

- *L'entreprise dans la société*, La Découverte, 2015.
- *La responsabilité sociale d'entreprise*, La Découverte, 2016.

V. CASTANET, *Les fossoyeurs : Révélations sur le système qui maltraite nos aînés*, Fayard, 2022.

P. CATALA, *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina,* PUF, 1998.

CENTRE EUROPEEN DU CIVISME, *L'entreprise surveillée. L'éthique, la responsabilité sociale, le marché, la concurrence, les nouveaux acteurs*, Bruylant, 2003.

J. CHACORNAC, *Essai sur les fonctions de l'information en droit des instruments financiers*, Dalloz, 2014.

G. CHARREAUX, *Le gouvernement des entreprises : Théories et faits,* Economica, 1997.

J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2017.

C. COULLET-DEMAIZIERE, *ISO 26000 en action : Résultats et retours d'expérience*, AFNOR Editions, 2012.

A. COMTE-SPONVILLE, *Le capitalisme est-il moral ?*, Albin Michel, 2004.

B. DABOSVILLE, *L'information du salarié*, Dalloz, 2013.

I. DAUGAREILH (dir.), *La responsabilité sociale de l'entreprise, vecteur d'un droit de la mondialisation*, Bruylant, 2017.

P. DE LA BROISE et T. LAMARCHE, *Responsabilité sociale : vers une nouvelle communication des entreprises ?*, Presses universitaires du Septentrion, 2006.

R. DELMAS et F. MASSIT-FOLLEA (dir.), *Vers la société de l'information*, Editions Apogée, 1995.

M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957.

P. DUBOUCHET, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, 4e éd., L'Hermès, 1998.

E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 13e éd., PUF, 2007.

J. ELKINGTON, *Cannibals with Forks : The Triple Bottom Line of 21st Century Business*, Capstone, 1997.

A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Institut Universitaire Varenne, 2015.

M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992.

L. FERIEL, *Les obligations environnementales en droit des contrats*, Université d'Aix-Marseille, 2020.

F. FINES et H. DELZANGLES, *La conditionnalité environnementale dans les politiques de l'Union européenne*, Bruylant, 2019.

M. FOUCAULT,

- *Résumé des cours. 1970-1982,* Julliard, 1989.
- *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1998.
- *Dits et écrits. Tome II*, *1976-1988,* Gallimard, 2001.

M.-A. FRISON-ROCHE (dir.),

- *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017.
- *Les outils de la compliance*, Dalloz, 2021.
- *Les Buts monumentaux de la Compliance*, Dalloz, 2022.

E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

A. GAUDEMET, (dir.), *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, Editions Panthéon-Assas, 2016.

F. GENY,

- *Méthode d'interprétation et sources du droit,* 1899, rééd., LGDJ, 2016.
- *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899, 2e éd., LGDJ, 1919.
- *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1924.

S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit : A propos des sources étatiques non contraignantes,* Economica, 2012.

C. GILLET, *L'étude des déterminants de la vérification des informations sociétales dans le contexte français*, Université Toulouse I Capitole, 2010, [tel-00551017].

M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Sirey, 1957.

P.-Y. GOMEZ, *La gouvernance d'entreprise*, PUF, 2021.

J.-P. GOND et J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, PUF, 2020.

C. GRANIER, *Les sources du droit financier,* Université Jean Moulin Lyon 3, 2018.

J. GUINCHARD, *Evaluation et valorisation de la communication environnementale et diffusion d'informations dans le document de référence : le cas des entreprises cotées du CAC 40, de 2007 à 2013,* Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2014.

H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, 2e éd., Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.

M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental. Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Dalloz, 2021.

A. O. HIRSCHMAN, *Défection et prise de parole*, Fayard, 1970.

D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle,* PUAM, 2001.

M.- L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral de volonté en droit privé contemporain*, PUAM, 1995.

L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 1939, rééd. 2006.

H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962.

F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, 1994.

M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, Dalloz, 2018.

V. LASSERRE, *Le nouvel ordre juridique : Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, 2015.

E. LAURENT, *Économie pour le XXIe siècle. Manuel des transitions justes*, La Découverte, 2023.

E. LAVILLE, *L'entreprise verte*, 3e éd., Pearson Education, 2009.

F. LE PLAY, *La méthode sociale*, 1879, rééd. Méridiens Klincksieck, 1989, p. 467.

A. LEPAGE, *Recherche sur la connaissance du fait en droit*, Université Paris Sud, 1998.

Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle*, Dalloz, 2000.

R. M. LOCKE, *The Promise and Limits of Private Power : Promoting Labor Standards in a Global Economy*, Cambridge University Press, 2013.

A. LYON-CAEN et Q. URBAN (dir.), *La crise de l'entreprise et de sa représentation*, Dalloz, 2012.

A. MAGAT et W. K. VISCUSI, *Informational approaches to regulation*, MIT Press, 1992.

C. MALECKI, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, LGDJ, 2014.

T.H. MARSHALL et T. BOTTMORE, *Citizenship and social class*, Pluto, 1992.

G. J. MARTIN et L. NEYRET (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, LGDJ, 2012.

G. J. MARTIN et B. PARANCE (dir.), *La régulation environnementale*, LGDJ/Lextenso, 2012.

K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit : Perspectives interne et internationale*, A. Pedone, 2016.

A. MATTELART, *Histoire de la société de l'information*, La Découverte, 2009.

E. MAZUYER (dir.),

- *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, La Documentation Française, 2010.
- *Quel cadre juridique pour une mise en œuvre effective des codes de gouvernance d'entreprise ?*, Mission de Recherche Droit et Justice, 2017.

S. MERCIER, *L'éthique dans les entreprises*, La Découverte, 2014.

A. MEYNIER, *Réflexions sur les concepts en droit de l'environnement*, Université Lyon 3 Jean Moulin, 2017, [tel-02097386].

V. MONTEILLET, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Dalloz, 2017.

B. MOORE [et al.], *L'avocat dans la cité : éthique et professionnalisme*, PUF, 2012.

J. MOUCHETTE, *La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, 2019.

F. OST ET M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit,* Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

J. PAILLUSSEAU, *La société anonyme : technique juridique d'organisation de l'entreprise*, Rennes, 1965.

M. POWER,

- *The Audit Explosion*, Demos, 1994.

- *The Audit Society : Rituals of verification*, Oxford University Press, 1997.

- *La société de l'audit. L'obsession du contrôle*, La Découverte, 1997, éd. 2005.

M. PRIEUR et G. SOZZO, *La non régression en droit de l'environnement*, Bruylant, 2012.

T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998.

A. REYGROBELLET, *Les vertus de la transparence. L'information légale dans les affaires*, Presses de Sciences Po, 2001.

P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre*, Le Seuil, 1993.

G. RIPERT,

- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946.

- *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., LGDJ, 1949.

S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975.

P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie : La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006.

R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, 1909.

S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019.

J. SCHLANGER, *Une théorie du savoir*, Vrin, 1978.

J. R. SEARLE, *Les actes de langage*, Hermann, 1972.

C. R. SUNSTEIN et R. H. THALER, *Nudge : la méthode douce pour inspirer la bonne décision*, trad. M.-F. PAVILLET, Vuibert, 2012.

M. TELLER, *L'information communiquée par les sociétés cotées : analyse juridique d'une mutation*, Éditions Bénévent, 2009.

J.-P. TEYSSIER, *La régulation professionnelle : des règles non étatiques pour mieux responsabiliser*, Fondapol, 2011.

J. THEYS, C. DU TERTRE et F. RAUSCHMAYER, *Développement durable : la seconde étape*, Éditions de l'Aube, 2010.

C. THIBIERGE (dir.),

- *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009.

- *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013.

- *La garantie normative. Exploration d'une notion-fonction*, Mare & Martin, 2021.

M. TORRE-SCHAUB (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit*, Mare & martin, 2021.

M.-F. B. TURCOTTE et A. SALMON (dir.), *Responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise*, Presses de l'Université du Québec, 2005.

F.-X. VINCENSINI, *La commercialité : Recherche sur l'identification d'une activité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998.

M. WEBER, *Economie et Société*, Pocket, 1995.

Dictionnaires

.- *Dictionnaire de Sociologie*, Albin Michel, 1998.

.- *Trésor de la langue française informatisé*, Université de Lorraine et CNRS, [http://www.atilf.fr/tlfi].

J.-M. ALBERTINI, A. GENTIER ET A. SILEM (dir.), *Lexique d'économie*, Dalloz, 15e éd., 2018.

D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique,* Lamy-PUF, 2003.

A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993.

Y. BERNARD et J.-C. COLLI, *Dictionnaire économique et financier*, Seuil, 6e éd., 1996.

G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12e éd., 2018.

C. DOLLO, J.-R. LAMBERT et S. PARAYRE, *Lexique de sociologie*, 6e éd., Dalloz, 2020.

D. MAINGUY (dir.), *Dictionnaire de droit du marché*, Ellipses, 2008.

O. NAY, J. MICHEL et A. ROGER, *Dictionnaire de la pensée politique : idées, doctrines et philosophes,* Armand Colin, 2005.

N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013.

J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001.

Articles, contributions, entrées de répertoire

.- « États financiers semestriels : étude sur les pratiques de plus de 90 émetteurs – Veille », *JCP E*, 2019, act. 434.

.- « Le *name and shame*, Entretien avec François-Régis Benois », *La revue des juristes de Sciences Po*, 2021, n°20.

.- « Chine : mesures visant à empêcher l'application extraterritoriale de lois et mesures étrangères », *Rev. int. Compliance*, 2021, act. 18.

P. ABADIE,

- « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *D.*, 2018, p. 302.
- « Les enseignements de la procédure sur la nature du devoir de vigilance : entre contestation relative aux sociétés commerciales et contestation relative à la responsabilité sociale », *D.* 2021, p. 614.

G. ABI-SAAB, « Cours général de droit international public », *RCDAI*, t. 207, 1987, p. 9.

A. ACQUIER, « Une approche critique de la théorie des parties prenantes », *in* C. GENDRON et B. GIRARD (dir.), *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise. L'école de Montréal*, Armand Colin, 2013, p. 107.

A. ACQUIER et J.-P. GOND, « Aux sources de la responsabilité sociale de l'entreprise : (re)lecture et analyse d'un ouvrage fondateur : *Social Responsibilities of the Businessman* d'Howard Bowen, 1953 », *Finance-Contrôle-Stratégie*, vol. 10, nº 2, 2007, p. 5.

G. AKERLOF, « The market for "lemons" : quality uncertainty and the market mechanism », *Quarterly Journal of Economics*, vol. LXXXIV, n° 3, 1970, p. 488.

F. ALLAIRE, « L'avènement de la commande publique responsable », *JCP A*, 2021, act. 501.

F. ALOGNA, « La raison d'être, nouveau moyen de défense anti-OPA ? », *RD bancaire et fin.*, 2021, dossier 22.

J. AMAR ET F. PASQUALINI, « Vigilance et comptabilité : entre conformité et contentieux », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 125.

L. D'AMBROSIO,

- « Face à l'urgence écologique : les promesses de la *corporate due diligence* », *Revue juridique de l'environnement*, n°HS21, 2022, p. 202.

- « Le contentieux contre les *carbon majors* : esquisse d'un système de responsabilité des entreprises dans le domaine du changement climatique » *in* M. TORRE-SCHAUB (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit*, Mare & martin, 2021, p. 215.

P. AMSELEK,

- « Norme et loi », *in La loi*, *APD*, t. 25, Sirey, 1980, p. 4.

- « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RD publ*. 1982, p. 275.

Y. F. AN et J.-M. PERETTI, « La communication RSE des entreprises chinoises : essai de comparaison Chine - France », *Monde chinois*, vol. 46, n°2, 2016, p. 41.

P. ANCEL, « Le droit *in vivo* ou plaidoyer d'un membre de la "doctrine" pour la recherche juridique empirique », *in Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 2.

P. AONZO, « Point de vue sur l'éthique de l'entreprise », *LPA*, 2001, n°184, p. 4.

A.-J. ARNAUD, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 13.

J.-L. AUBERT, actualisé par S. GAUDEMET, « Engagement unilatéral de volonté », *Rép. civ.*, 2018.

J.-L. AUTIN et E. BREEN, « Autorités administratives indépendantes », *JCl. Administratif*, fasc. 75, 2020.

M. BACACHE,

- « L'action de groupe en matière environnementale », *Énergie – Env. – Infrastr.,* 2017, étude 8.

- « Changement climatique, responsabilité civile et incertitude », *in* M. TORRE-SCHAUB (dir.), *Les dynamiques du contentieux climatique. Usages et mobilisations du droit*, Mare & martin, 2021, p. 191.

P. BACHSCHMIDT, « Une disposition "incitative" dans une loi n'est pas une disposition dépourvue de caractère normatif... », *Constitutions*, 2017/2, p. 234.

A. BAILLEUX, « Le *soft law* et les deux droits », *in* I. Hachez [et al.] (dir.), *Les sources du droit revisitées : théorie des sources du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2012, p. 503.

A. BAILLEUX et F. OST, « Droit, contexte et interdisciplinarité : refondation d'une démarche », *RIEJ*, 2013, p. 42.

C. BALDON, « Les résolutions climatiques au prisme du principe de séparation des pouvoirs au sein de la société anonyme », *JCP E*, n°36, 9 sept. 2021, 1403, p. 28.

J. BALLET et F.-R. MAHIEU, « Responsabilité », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 415 à 418.

H. BARBIER, « Mentions indicatives, déclaratives, informatives, contractualisées, légales : de(s) force(s) obligatoire(s) du contrat », *RTD civ.*, 2020, p. 85.

R. BARKER et R. G. ECCLES, *Green Paper. Should FASB and IASB be responsible for setting standards for non financial information?,* 2018, [https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/2018-10/Green%20Paper_0.pdf].

D. BARLOW, « Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *D.*, 2012, p. 1502.

H. BATIFFOL, « Préface » *in Sources du droit, APD,* t. 27, Sirey, 1982, p. 1.

A. BAVITOT, « L'amende à taux mobile », *AJ Pénal*, 2019, p. 18.

U. BECK, « La politique dans la société du risque », *Revue du MAUSS*, vol. 17, n°1, 2001, p. 376.

J. BEDIER, « La *compliance*, un outil actif de développement de l'entreprise », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017, p. 113.

R. N. BELLAH, « The Meaning of Reputation in American Society », *California Law Review*, vol. 74, n°3, 1986, p. 743.

A. BELLEZZA, « La réforme inachevée du système de répression des abus de marché », *RD bancaire et fin.,* 2016, étude 23.

K. BELLIS, « Personnalité morale, personne physique associée et obligation naturelle », *Rev. sociétés*, 2022, 20.

A. BEN RHOUMA et M.-J. SCOTTO, « Implications du principe de matérialité sur le contenu du reporting Développement Durable », *Comptabilités, économie et société*, 2011.

F. BERG, J. KÖLBEL et R. RIGOBON, « Aggregate Confusion: The Divergence of ESG Ratings », *Review of Finance*, 2022, vol. 26, issue 6, p. 1315.

N. BERLAND ET A. PEZET, « Quand la comptabilité colonise l'économie et la société. Perspectives critiques dans les recherches en comptabilité, contrôle, audit », *in* D.

GOLSORKHI, I. HUAULT et B. LECA (dir.), *Les études critiques en management : une perspective française*, PUL, 2009, p. 131.

S. BERNHEIM-DESVAUX, « Pratiques commerciales encouragées. L'incitation législative », *Contrats, conc. consom*., 2020, repère 3.

T. BERNS, « Si les entreprises ont une âme », *in* T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN [et al.] (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007, p. 71.

F. BERROD et A. ULLESTAD, « Le droit de l'Union européenne et la notion d'entreprise : donner un sens juridique à l'exercice de l'activité économique », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, A. Pedone, 2016, p. 135.

D. BESSIRE et E. MAZUYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise. Les paradoxes d'une densification normative », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare et Martin, 2013, p. 979.

J.-S. BEUSCART, P.-M. CHAUVIN, A. JOURDAIN et S. NAULIN, « La réputation et ses dispositifs. Introduction », *Terrains & travaux*, vol. 26, n°1, 2015, p. 5.

R. BICK, E. HALSEY et C. C. EKENGA, « The global environmental injustice of fast fashion », *Environmental Health*, 2018, vol. 17, n°92.

C. BIGOT, « Les exigences de l'information et la protection de la vie privée », *Légipresse,* 1995, n°126, II, p. 83.

A. BINNINGER ET I. ROBERT, « Consommation et développement durable : Vers une segmentation des sensibilités et des comportements », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2008, vol. 229, p. 51.

A. BJØRN, N. BEY, S. GEORG [et al], « Is Earth recognized as a finite system in corporate responsibility reporting ? », *Journal of Cleaner Production*, 2017, vol. 163, p. 106.

M.-P. BLIN-FRANCHOMME « Entreprises et responsabilité : aperçu de quelques avancées récentes du développement durable dans la vie des affaires », *RLDA*, 2008, n°32, p. 61.

C. BLONDEL et M. LANCRI, « Intérêt social élargi, raison d'être et société à mission dans la loi Pacte : la grande illusion ? », *Rev. int. Compliance*, 2019, comm. 142.

C. BODET et T. LAMARCHE, « Bilan sociétal », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 31 à 34.

P. BOLTON, M. DESPRES, L. PEREIRA DA SILVA [et al.], « Penser la stabilité financière à l'ère des risques écologiques globaux – Vers de nouveaux arbitrages entre efficience et résilience des systèmes complexes », *Revue d'économie financière*, 2020, vol. 138, n°2, p. 41.

S. BOMMIER, « Responsabilité environnementale des entreprises et régulation extraterritoriale : l'implantation de Michelin en Inde à l'épreuve des Principes directeurs de l'OCDE », *Études internationales*, 2016, vol. 47, n°1, p. 107.

T. BONNEAU, « Démocratie et secteur financier », *BJB*, 2012, p. 277.

J. BONNECASE, « L'Ecole de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1918, p. 212.

J. BONNET, « La politique de rupture de la Cour de cassation », *JCP G*, 2019, n°37, doctr. 903.

O. BOSKOVIC,

- « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D.*, 2016, p. 385.
- « Le contexte transnational : le procès et les alternatives au procès », *in* M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental. Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Dalloz, 2021, p. 167.

K. BOUAOUDA et A. ROBERT, « Information environnementale dans le rapport de gestion et les comptes des entreprises », *JCl Environnement et Développement durable*, Fasc. Unique, 2021.

X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la *compliance* », *D.,* 2017, 1619.

M.-E. BOURSIER, « Les buts monumentaux de la *compliance* : mode d'expression des Etats », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les Buts monumentaux de la Compliance*, Dalloz, 2022, p. 467.

R. BOUT et P. STOFFEL-MUNCK, « Obligation naturelle », *Rép. civ.*, 2019.

M. BRAC, « Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur », *in* E. CLAUDEL et B. THULLIER (dir.), *Le droit mou : une concurrence faite à la loi*, Travaux du CEDCACE, 2004, [http://www.glose.org/CEDCACE3.pdf].

G. BRAIBANT, « Droit d'accès et droit à l'information », *Service public et libertés : Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier,* Editions de l'Université et de l'Enseignement Moderne, 1981, p. 703.

J.-D. BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, vol. 97, n°2, 2001, p. 5.

D. BRIAND, « La responsabilité sociale de l'entreprise : Table ronde », *in* C. CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21ème siècle,* Editions Larcier, 2013, p. 57.

J.-M. BRIGANT, « Lutte contre le *greenwashing* : le droit (pénal) de la consommation au secours de la loi Climat & Résilience », *RLDA*, n°177, 2022.

F. DE BRY, « L'entreprise et l'éthique », *Gaz. Pal.,* 2001, p. 23.

I. BUFFLIER, « De l'information sur les conditions sociales de fabrication des produits : Mythe ou réalité pour le consommateur ? », *Rev. int. Compliance*, 2016, n° 2, étude 64.

A. BUGADA, « Le verdissement CEVIPOF, M. CHEURFA et F. CHANVRIL, *2009-2019 : la crise de la confiance politique*, 2019, du dialogue social », *JCP E*, n°15, 2021, 1191.

E. BUGE, « La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique : un premier bilan », *AJDA*, 2020, p. 770.

L. CADIET, « Conférence de synthèse », *in* B. MOORE [et al.], *L'avocat dans la cité : éthique et professionnalisme*, PUF, 2012, p. 248.

J. CAMY, « Loi sur le devoir de vigilance et loi Sapin II : quelles obligations des entreprises ? », *JCP E*, n°11, 2021, p. 1135.

C. CANS, « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, 2003, n°5, p. 210.

G. CANTILLON, « Marchés publics et développement durable », *JCl. Contrats et marchés publics*, Fasc. 57, 2022.

G. CAPELLE-BLANCARD, A. DESROZIERS, A. GAREL et A. PETIT-ROMEC, « L'investissement socialement responsable. Changement structurel et faux semblant », *Revue française de gestion*, vol. 300, n°7, 2021, p. 61.

M. CAPRON,

- « Les normes comptables internationales, instrument du capitalisme financier », *Management et Sciences* sociales, 2006, n°2, p. 115.

- « Conceptions de la RSE», *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 65.

- « ISO 26000 », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 262.

M. CAPRON ET F. QUAIREL, « Le rapportage "développement durable" entre reddition et communication, entre volontariat et obligation », *Revue de l'organisation responsable*, vol. 4, n°2, 2009, p. 19.

M. CARIUS, « Les *revolving doors* au sein de la fonction publique », *AJDA*, 2020, n°26, p. 1470.

Ch. CARON, « Au nom de l'éthique des affaires : point de copies tu ne feras ! », *Comm. com. électr.*, 2007, comm. 54.

A. CASADO, « Les indicateurs environnementaux devant figurer dans la BDESE. D. n°2022-678 du 26 avril 2022 », *JCP S*, n°18, 2022, act. 179.

H. CASTELNAU,

- « Société à mission : *Purpose washing* ou engagement sincère ? », *JCP G*, 2022, doctr. 337.

- « La société à mission : risques et opportunités d'un dispositif transformateur. Entretien avec Hervé Castelnau, Pauline Abadie et Emmanuelle Bely », *CDE*, 2022, entretien 3.

P. CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, p. 97.

C. CHAMPAUD,

- « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, n°1, p. 23.

- « Les fondements sociétaux de la doctrine de l'entreprise », *in Aspects organisationnels du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de J. Paillusseau*, Dalloz, 2003 p. 117.

- « Fondements, permanence et avenir de la Doctrine de l'entreprise », C. CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21ème siècle*, Éditions Larcier, 2013, p. 183.

C. CHAMPAUD et D. DANET,

- « Nouvelles régulations économiques », *RTD com.,* 2002, p. 17.

- « Nouvelles régulations économiques et droit des sociétés », *RTD com.,* 2002, p. 80.

- « Code de gouvernement d'entreprise. Adaptation du droit des sociétés à la directive 2006/46/CE. Obligation de se soumettre à un « code de gouvernement d'entreprise » », *RTD com.*, 2008, p. 563.

C. CHAN et M. MILNE, « Investor reactions to corporate environmental saints and sinners : an experimental analysis », *Accounting and business research*, 1999, vol. 29, n°4, p. 265.

S. CHARBONNEAU, « Norme juridique et norme technique », *APD*, 1983, t. 28, p. 289.

O. CHARPATEAU,

- « Ethique et profession du chiffre : le cas des commissaires aux comptes », *RJ Com. : Les cahiers du chiffre et du droit,* 2013, p. 88.

- « Déployer le devoir de vigilance dans l'entreprise », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 117.

S. CHASSAGNARD-PINET et S. DAUCHY, *Droit, justice et politiques communicationnelles. Permanence et ruptures,* Mare & Martin, 2015.

C. CHATELIN-ERTUR ET S. ONNEE, « Des forces normatives des Codes de gouvernance des entreprises à la puissance normative du paradigme en économie organisationnelle », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 649.

P. CHAUVEAU, « Des abus de la notion de personnalité morale des sociétés », *Rev. Gén. Dr. com.*, 1939, p. 397.

J. CHEVALLIER,

- « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001, p. 827.

- « Vers un droit post-moderne : les transformations de la régulation juridique », *Revue du droit public*, 1998, p. 659

O. CLANCHIN, « La place de l'entreprise dans la Société », *in* C. CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21ème siècle,* Editions Larcier, 2013, p. 175.

M. B. E. CLARKSON, « A stakeholder framework for analysing and evaluating corporate social performance », *Academy of Management Review*, 1995, vol. 20, n°1, p. 92.

O. CLAUDE et S. AMATI, « *Business & Human Rights* : le risque de la responsabilité pénale. A propos des engagements éthiques et des pratiques commerciales trompeuses », *Rev. int. compliance*, n°2, 2021, étude 83.

C. CLAVERIE-ROUSSET, « Synthèse », *JCl. Finance et Banque,* 2019.

P.-H. CONAC,

- « L'influence de la loi Sarbanes-Oxley en France » *Rev. sociétés*, 2003, p. 835.

- « La société et l'intérêt collectif : La France seule au monde ? », *Rev. sociétés*, 2018, p. 558.

- « Les projets de normes de durabilité ESRS de l'EFRAG et leur conception de la gouvernance d'entreprise », *Rev. sociétés*, 2022, p. 576.

Ph. CONTE,

- « Les voies boursières répressives : le grand carrefour. Brève présentation des dispositions procédurales de la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016, réformant le système de répression des abus de marché », *Dr. Pén.,* 2016, étude 19.

- « Marchés d'instruments financiers, Activité des marchés d'instruments financiers », *JCl. Pénal des Affaires,* Fasc. 30, 2019.

S. COSSART et M.-L. GUISLAIN, « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable. Pourquoi le raisonnement juridique ne peut pas constituer un obstacle aux choix politiques », *RLDA*, 2015, p. 78.

C. COULON, « Responsabilité des sociétés du fait de leurs filiales et sous-traitants : le devoir de vigilance ne convainc pas les sénateurs », *Resp. civ. et assur.*, 2016, alerte 2

C. COUPET, « Les normes d'origine privée », *RTD com.*, 2015, p. 437.

A. COURET,

- « Comply or explain : les destinées françaises du principe », *BJS,* 2017, p. 202.

- « La révision du Code AFEP-MEDEF et le droit des sociétés », *BJS*, 2018, p. 489.

J.-M. COURRENT, « PME et RSE », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 367.

R. CRETE, J. BEDARD et S. ROUSSEAU, « Les vérificateurs et la fiabilité de l'information financière : les messages de l'environnement institutionnel et juridique », *Les Cahiers de Droit*, vol. 45, n°2, 2004, p. 219.

P. CRIFO et V. D. FORGET. « Pourquoi s'engager volontairement dans la transition énergétique ? Enseignements de la littérature sur la responsabilité sociale et environnementale des entreprises », *Revue d'économie industrielle*, vol. 148, n°4, 2014, p. 349.

P. CRIFO, N. MOTTIS et B. MZALI, « L'investissement socialement responsable. Succès ou dilution ? », *Revue française de gestion*, vol. 300, n°7, 2021, p. 51.

N. CUZACQ,

- « Plaidoyer en faveur d'un audit sociétal légal », *RIDE,* 2008/1, t. XXII, p. 27.
- « Le cadre normatif de la RSE, entre *soft law* et *hard law* », [hal-00881860], 2012.
- « Précisions sur les missions de l'auditeur chargé de la vérification des informations sociales, environnementales et sociétales », *RDT,* 2013, p. 633.
- « Commentaire des propositions de loi relatives au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *RDT*, 2014, p. 265.
- « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D.*, 2015, p. 1049.
- « L'audit des informations extra-financières, la promesse de l'aube », *in* K. Martin-CHENUT et R. de QUENAUDON (dir.), *Développement durable : mutations ou métamorphoses de la responsabilité ?*, Pedone, 2016, p. 177.
- « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises », *RTD com.*, 2017, p. 473.
- « Le nouveau visage du *reporting* extra-financier français », *Rev. sociétés,* 2018, p. 347.
- « Premier contentieux relatif à la loi "vigilance" du 27 mars 2017, une illustration de l'importance du droit judiciaire privé », *D.*, 2020, 970.

J.-J. DAIGRE,

- « Qui devra assumer la responsabilité des rapports financiers annuels, semestriels et trimestriels dans les sociétés cotées à compter du 20 janvier 2007 ? », *RD bancaire et fin.*, 2006, alerte 6.
- « Vers un "conseil des parties prenantes" dans les grandes sociétés ? », *JCP E*, n° 51-52, 2022, 1411.

D. DANET, « Pour en finir avec le financialisme : la Doctrine de l'entreprise » *in* C. CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21ème siècle*, Editions Larcier, 2013, p. 35.

A. DANIS-FATOME et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.*, 2017, p. 1610.

E. DAOUD et J. FERRARI, « RSE et droit pénal », *RLDA*, n°100, 2015.

E. DAOUD et C. JOSSERAN, « Devoir de vigilance : un outil de prévention du risque judiciaire pour les entreprises ? », *Journ. Sociétés*, 2016, 18.

K. DAVIS, « The Case for and Against Business Assumption of Social Responsibility », *Academy of Management Journal*, 1973, vol. 16, n°2, p. 312.

L. E. DEANGELO, « Auditor size and audit quality », *Journal of Accounting and Economics*, vol. 3, n°3, 1981, p. 183.

D. DECHENAUD, « Interprétation téléologique ou interprétation par analogie ? », *in* F. STASIAK (dir.), *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, Dalloz, 2015, p. 137.

N. DECOOPMAN, « Principe de légalité et pouvoir de sanction des autorités de régulation. L'exemple de l'Autorité des marchés financiers », *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2009, p. 147.

S. DEKHILI et M. A. ACHABOU, « L'efficacité des labels environnementaux auprès des consommateurs : l'enjeu de la crédibilité », *Revue française de marketing*, n°244/245, 2013, p. 45.

G. DELALIEUX, « Quelques considérations prospectives sur l'effectivité présumée de la loi "Devoir de vigilance des firmes multinationales" », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 27.

Ph. DELEBECQUE, « L'arrêt "Erika" : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *D.,* 2012, n° 18 et s, p. 2711.

M. DELMAS-MARTY, « *Post-scriptum* sur les forces imaginantes du droit », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 847.

M. A. DELMAS ET V. C. BURBANO, « The drivers of Greenwashing », *California management review*, 2011, p. 64.

B. DENIS, « Le *greenwashing* après la loi Grenelle II : encore de beaux jours ? », *Gaz. Pal.,* 2010, p. 22.

F. DEPOERS, « La consolidation des données environnementales : enjeux et pratiques », *in Crises et nouvelles problématiques de la Valeur*, 2010, [hal-00481078].

C. DESAUNAY, « Vers la déconsommation ? », *Constructif*, vol. 59, n°2, 2021, p. 30.

I. DESBARATS, « De l'entrée de la RSE dans le Code civil. Une évolution majeure ou symbolique ? », *Droit social*, 2019, n°1, p. 47.

I. DESBARATS et G. JAZOTTES, « La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ? », *JCP S,* 2012, 1293.

A. DESREUMAUX, « Le "*business model"* : un nouvel outil d'analyse stratégique ? », *Humanisme et Entreprise*, vol. 316, n°1, 2014, p. 7.

A. DESREUMAUX et J.-P. BRECHET, « Quels fondements pour les théories de la firme ? Plaidoyer pour une théorie artificialiste de l'action collective fondée sur le projet », *in* B. BAUDRY et B. DUBRION (dir.), *Analyses et transformations de la firme : une approche pluridisciplinaire*, La découverte, 2009, p. 61.

P. DEUMIER,

- « Qu'est-ce qu'"un Grenelle" ? », *RTD civ.*, 2008, p. 63.
- « Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques », *RTD civ.,* 2009, p. 77.
- « Le principe appliquer ou expliquer, appliquer la norme autrement ? », *RTD civ.,* 2013, p. 79.
- « Appliquer, expliquer ou sanctionner ? », *CDE*, 2014, n°4.
- « La question de la sanction dans le Pacte mondial », *in* L. BOISSON DE CHAZOURNES et E. MAZUYER (dir.), *Le Pacte mondial des Nations Unies, 10 ans après*, Bruylant, 2011, p. 164.
- « La *soft law* devant le juge : une figure à géométrie variable », *Le juriste dans la cité. Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 371.

P. DEUMIER, S. LAULOM et E. MAZUYER, « L'application des principes du travail du pacte mondial par les entreprises françaises : exemples de bonnes pratiques de RSE ? », *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, La Documentation Française, 2010, p. 147.

I. DHAOUADI, « La conception politique de la responsabilité sociale de l'entreprise : Vers un nouveau rôle de l'entreprise dans une société globalisée », *Revue de l'organisation responsable*, vol. 3, n°2, 2008, p. 19.

X. DIEUX, « Réflexions sur l'auto-régulation en droit des sociétés et en droit financier », *in Droit, morale et marché*, Bruylant, 2013, n°2.

E. DIMSON, O. KARAKAŞ et X. LI, « Active Ownership », *The Review of Financial Studies*, vol. 28, issue 12, 2015, p. 3225.

E. DOCKES, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. soc.*, 1994, p. 227.

T. DONALDSON et T. W. DUNFEE, « Toward a Unified Conception of Business Ethics: Integrative Social Contracts Theory », *Academy of Management Review*, vol. 19, n°2, 1994, p. 252.

T. DONALDSON, L. E. PRESTON, « The Stakeholder Theory of the Corporation : Concepts, Evidence and Implications », *Academy of Management Review*, 1995, vol. 20, n°1, p. 65.

B. DONDERO,

- « La loi PACTE du 22 mai 2019 empêche-t-elle de sanctionner les abus de majorité ? », *D.* 2019, 1349.

- « Nudge : Une notion plurielle pour inciter les acteurs de la société à prendre une décision », *JCP G*, n°46, 2020, doctr. 1269.

S. DREMPETIC, C. KLEIN et B. ZWERGEL, « The Influence of Firm Size on the ESG Score: Corporate Sustainability Ratings Under Review », *Journal of Business Ethics*, 2020, n°167, p. 333.

R.-C. DROUIN, « Les accords-cadres internationaux : exemple de mise en œuvre de la RSE dans l'entreprise transnationale », *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, La Documentation Française, 2010, p. 209.

F. DRUMMOND, « Propos conclusifs », *in* « Les nouveaux défis lancés à la gouvernance des sociétés. Actes de colloque », *Gaz. Pal.*, 2023, p. 95.

E. DUBOIS et J. CHACORNAC, « Les limites de l'autorégulation en droit des sociétés », *BJS*, 2013, p. 758.

S. DUBUISSON-QUELLIER, « La capture comme levier de l'intervention publique sur l'économie. Le cas de la politique publique d'affichage environnemental en France », *Revue française de sociologie*, 2017, vol. 58, n°3, p. 475.

S. DUPOUY, « La compliance environnementale est-elle le futur du droit de l'environnement ? », *Energie – Env. – Infrastr.*, n°7, 2022, étude 18.

J.-C. DUPUIS, « La RSE, de la gouvernance de la firme à la gouvernance de réseau », *Revue française de gestion*, vol. 180, n°11, 2007, p. 159.

R.-J. DUPUY, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la "soft law" », *in* SFDI, *L'élaboration du droit international public* : *colloque de Toulouse*, Pedone, 1975, p. 132.

P. DURAN, « Légitimité, droit et action publique », *L'Année sociologique*, vol. 59, n°2, 2009, p. 303.

P. DURAND-BARTHEZ, « Le principe appliquer ou expliquer. Réflexions sur ses fondements et sa mise en œuvre dans le domaine du gouvernement d'entreprise », *CDE*, 2016, p. 25.

F. DUTHILLE, « Gouvernement d'entreprise : du comply or explain au say on pay, les entreprises sur la voie d'une culture globale de la compliance », *in Paroles de praticiens : entrepreneuriat, management et droit, en hommage au Professeur Michel Germain*, Editions Panthéon Assas, 2015, p. 111.

A. DYCK, K. V. LINS, L. ROTH et H. F. WAGNER, « Do institutional investors drive corporate social responsibility ? International evidence », *Journal of Financial Economics*, vol. 131, issue 3, 2019, p. 693.

B. EKWURZEL, J. BONEHAM, M. W. DALTON, [et al.], « The rise in global atmospheric CO2, surface temperature, and sea level from emissions traced to major carbon producers », *Climatic Change*, 2017, vol. 144/4, p. 579.

A.-S. EPSTEIN,

- « La portée extraterritoriale du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *CDE*, 2018, n°4.

- « La gouvernance d'entreprise soutenable : un nouveau chantier transdisciplinaire », *RIDE*, 2021, vol. XXXV, n°2, p. 101.

M. FABRE-MAGNAN,

- « Les fausses promesses des entreprises : RSE et droit commun des contrats », *in Le juriste dans la cité. Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 451.

- « Nouvel agenda pour la justice sociale en droit des contrats », *in Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 435.

B. FAGES, « Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise », *BJS,* 2009, p. 428.

G. FARJAT,

- « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée », *in* J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 51.

- « Les pouvoirs privés économiques », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 613.

- « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD Civ.*, 2002, p. 221.

B. FASTERLING et J.-C. DUHAMEL, « Le Comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés », *RIDE,* 2009, p. 129.

A. FLÜCKIGER, « Pourquoi respectons-nous la *soft law* ? Le rôle des émotions et des techniques de manipulation », *Revue européenne des sciences sociales*, 2009, XLVII-144, p. 73.

L. FONSECA, V. SILVA, J. C. SA, [et al.], « B Corp versus ISO 9001 and 14001 certifications : Aligned, or alternative paths, towards sustainable development? », *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, 2022, 29, p. 496.

V. FORRAY, « La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes », *RTD civ.*, 2009, p. 63.

B. FRANÇOIS,

- « Reporting RSE : commentaire du décret n°2012-557 du 24 avril 2012 », *Rev. sociétés*, 2012, p. 607.

- « Déclaration de performance extra-financière », *Rev. sociétés*, 2017, p. 603.

- « Code 2018 de gouvernement d'entreprise AFEP-MEDEF : une nouvelle version, en vain ? », *Rev. sociétés,* 2018, p. 575.

A. FRANÇOIS-LECOMPTE, « La consommation socialement responsable : oui mais… », *Reflets et perspectives de la vie économique*, vol. XLVIII, n°4, 2009, p. 89.

A. FREROT (propos recueillis par A. REBERIOUX), « Revoir les droits et les devoirs des parties prenantes », *Revue d'économie financière*, 2018, vol. 130, n°2, p. 21.

M.-A. FRISON-ROCHE,

- « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.*, 1998, p. 43.

- « Le droit de la régulation : chronique », *D.,* 2001, p. 610.

- « The auditor, a crucial player on financial markets », *Journal of regulation*, 2011, n°6, p. 470.

- « Du droit de la régulation au droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017, p. 1.

- « Résoudre la contradiction entre "sanction" et "incitation" sous le feu du Droit de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, 2021, p. 89.

- « Contrat de compliance, clauses de compliance », *D.*, 2022, p. 2115.

J.-C. FRITZ, « Protection de l'environnement et marché : coexistence ou guerre des mondes », *in* M.-P. CAMPROUX DUFFRENE et J. SOHNLE (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, p. 17.

B. FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », *in* T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN [et al.] (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation,* Bruylant, 2007, p. 1.

B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite : source du droit global ? », *in* I. HACHEZ [et al.] (dir.), *Les sources du droit revisitées : Normativités concurrentes*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2012, p. 179.

A. GAILLIARD, « Sacraliser la nature plutôt que la personnifier (ou les mirages de la personnification) », *D.*, 2018, p. 2422.

D. GALLOIS-COCHET, « Le périmètre du devoir de vigilance », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 45.

E. GARAUD, « Commissaires aux comptes », *JCl. Commercial,* Fasc. 1085, 2019.

N. GASMI et G. GROLLEAU. « Nike face à la controverse éthique relative à ses sous-traitants », *Revue française de gestion*, vol. n°157, 2005, p. 115.

Y. GAUDEMET, « La régulation économique ou la dilution des normes », *RDP,* 2017, p. 23.

M. GELTER, « La doctrine française de l'entreprise d'un point de vue comparé », *in* C. CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21ème siècle*, Editions Larcier, 2013, p. 85.

C. GENDRON et C. ANDRE DE LA PORTE, « La participation des parties prenantes dans la réalisation des rapports de développement durable », *Les cahiers de la CRSDD*, n°3, 2009, p. 1.

A. GERARDI, A. GRANDJEAN et E. MARTINEZ, « La quantification des émissions de gaz à effet de serre des institutions financières », *Revue d'économie financière*, vol. 117, no°1, 2015, p. 189.

M. GERMAIN, « Les propositions du Club des juristes », *Rev. sociétés*, 2018, p. 564.

M. GERMAIN, V. MAGNIER et M.-A. NOURY, « La gouvernance des sociétés cotées », *JCP E*, 2013, 1638.

S. GERRY-VERNIERES,

- « *Comply or explain* et *Name and shame*. Variations autour de la garantie normative du code AFEP-MEDEF », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La garantie normative. Exploration d'une notion-fonction*, Mare & Martin, 2021, p. 479.

- « Les sanctions venues de la société civile » *in* D. FENOUILLET et T. GENICON (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*. *De la théorie à la pratique : illustration à partir du droit de la consommation*, Dalloz, 2023, p. 179.

A. GESLIN, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », *in* B. SERGUES (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2016, p. 79, [halshs-01228870].

C. GEYNET-DUSSAUZE, « La contribution de la Commission nationale du débat public à la démocratie environnementale », *RDP*, 2020, n°4, p. 965.

R. GIBSON, S. GLOSSNER, P. KRUEGER [et al.], « Do Responsible Investors Invest Responsibly? »*, Swiss Finance Institute Research Paper*, 2021, n°20-13, p. 1.

P. GILLES, « Incertitude, risque et asymétrie d'information sur les marchés financiers », *Revue française d'économie*, vol. 7, n°2, 1992. p. 53.

C. GILLET,

- « Les comptes rendus d'assurance contenus dans les rapports de développement durable : Une analyse des pratiques des entreprises françaises », *Management & Avenir*, vol. 36, 2010, p. 35.

- « L'étude de la pratique de vérification sociétale dans le contexte français de la loi Grenelle 2 », *Revue de l'organisation responsable*, vol. 9, n°1, 2014, p. 25.

M. GILLET, « La place de l'adaptation dans la politique climatique », *Annales des Mines - Responsabilité et environnement*, 2009, vol. 56, n°4, p. 53.

O. GODARD et T. HOMMEL, « Les multinationales, un enjeu stratégique pour l'environnement et le développement durable ? », *Revue internationale et stratégique*, vol. 60, n°4, 2005, p. 101.

C. G. GONZALEZ, « Environmental Justice and International Environmental Law », *in* S. ALAM [et al.], *Routledge Handbook of International Environmental Law,* Routledge, 2012.

A. GRANDJEAN, « Les conditions de la "croissance verte" », *Annales des Mines - Responsabilité et environnement*, vol. 61, n°1, 2011, p. 122.

R. GRAY, « Taking a long view on what we now know about social and environmental accountability and reporting », *Issues in Social and Environmental Accounting*, vol. 1 (2), 2007, p. 169.

G. GUTSCHE et B. ZWERGEL, « Investment Barriers and Labeling Schemes for Socially Responsible Investments », *Schmalenbach Bus. Rev.*, 2020, n°72, p. 111.

E P. HABA, « Logique et idéologie dans la théorie des "sources" » in *Sources du droit, APD,* t. 27, Sirey, 1982, p. 235.

E. HACHE, « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *Raisons politiques*, vol. 28, n°4, 2007, p. 49.

I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "sources du droit", "force normative" et "*soft law*" », *RIEJ*, 2010/2, vol. 65, p. 1.

C. HANNOUN, « Le droit des sociétés à l'épreuve de la modernité», *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2009, p. 309.

A. HAQUET, « Le pouvoir règlementaire des autorités administratives indépendantes, Réflexion sur son objet et sa légitimité », *RDP,* 2008, n°2, p. 393.

M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ? », *D.*, 2017, p. 1040.

M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE, « Introduction. A la recherche du procès environnemental », *in* M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental. Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Dalloz, 2021, p. 9.

A. HEINEN, « Le devoir de vigilance en Allemagne », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 195.

J. HEINICH, « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. sociétés*, 2018, p. 568.

L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », *in* T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN [et al.] (dir.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007, p. 147.

J.-N. HERRERA, H. PASCAL, et V. ROTARU, « Vers un capitalisme soutenable par le droit ? », *La Revue Européenne du Droit*, vol. 4, n°1, 2022, p. 2.

C. W. HILL et T. M. JONES, « Stakeholder agency theory », *Journal of Management Studies*, 1992, vol. 29, p. 131.

K. HODGE, N. SUBRAMANIAM et J. STEWART, « Assurance of Sustainability Reports : Impact on Report Users' Confidence and Perceptions of Information Credibility », *Australian Accounting Review*, 2009, vol. 19, issue 3, p. 178.

P. IDOUX,

- « Des interrogations classiques renouvelées dans un contexte européanisé », *Droit et société*, vol. 93, n°2, 2016, p. 275.

- « La commande publique au service du développement durable », *in* E. MULLER (dir.), *Commande publique, levier pour l'action publique*, Dalloz, 2018, p. 107.

J. IGALENS,

- « Comment évaluer les rapports de développement durable ? », *Revue française de gestion*, vol. 152, n°5, 2004, p. 151.

- « Analyse des premiers avis des commissaires aux comptes concernant la responsabilité sociale de l'entreprise », *in* F. BOURNOIS et P. LECLAIR (dir.), *Regards croisés en l'honneur de Bernard Galambaud*, Economica, 2004.

- « La reddition de comptes en mat de RSE », *Journal des sociétés*, 2009, n°69, p. 34.

J. IGALENS, « Corégulation», *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 89 à 93.

C. INGRAIN, R. LORRAIN et M. VOSS, « L'amende proportionnelle : état des lieux », *AJ Pénal*, 2021, p. 75.

L. ISRAËL, « L'arme du droit », *Inflexions*, vol. 15, n°3, 2010, p. 101.

B. W. JACOBS et V. R. SINGHAL, « The effect of the Rana Plaza disaster on shareholder wealth of retailers : Implications for sourcing strategies and supply chain governance », *Journal of Operations Management*, vol. 49–51, 2017, p. 52.

J.-M. JACQUET, « L'émergence du droit souple (ou le droit "réel" dépassé par son double) », *in Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, LexisNexis, 2009, p. 331.

R. JARDAT, « De la démocratie en entreprise. Quelques résultats empiriques et propositions théoriques », *Revue française de gestion*, vol. 228-229, n°9-10, 2012, p. 167.

K. JAX, « Function and functioning in ecology : what does it mean ? », *Oikos*, 2005, vol. 111, issue 3, p. 641.

G. JAZOTTES,

- « Le jury de déontologie publicitaire (JDP) un instrument de la lutte contre le *greenwashing* ? », *in* M.-P. BLIN-FRANCHOMME (dir.), *Image(s) & Environnement*, LGDJ, 2012, p. 283.

- « Sous-traitance et "relation commerciale établie" au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce : quelle pertinence pour le plan de vigilance ? », *RLDA*, 2018, n°139.

A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », *in* J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique,* LGDJ, 1998, p. 47.

Y. JEGOUZO, « Où en est la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement ? », *AJDA*, 2012, p. 246.

M. C. JENSEN et W. H. MECKLING, « Theory of the firm : managerial behaviour, agency costs and ownership structure », *Journal of Financial Economics*, 1976, vol. 3, p. 305.

P. JESTAZ, « Sources délicieuses… Remarques en cascade sur les sources du droit », *RTD civ.,* 1993, p. 78.

C. JUBAULT, « Les "codes de conduite privés" », *in Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 27.

M. JULIEN, « Code de conduite », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 48.

M. JULIEN et E. MAZUYER, « Les obligations des entreprises en matière de *reporting* social », *RDT,* 2015, p. 234.

M. JULIENNE, « Obligation naturelle et obligation civile », *D*., 2009, 1709.

B. DE JUVIGNY, « La compliance, bras armé de la régulation », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017.

J.-Y. KERBOUC'H, « Les prérogatives d'ordre environnemental du comité social et économique », *JCP S*, n°50, 2021, 1316.

J.-F. KERLEO, « La publicité-exemplarité. Le nouveau droit de la publication des sanctions administratives et juridictionnelles », *RFDA*, 2015, p. 751.

C. KESSEDJIAN, « *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* ou comment l'arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l'homme par les entreprises », *Journal du droit international*, n°1, 2021, var. 1.

S. KIM et A. YOON, « Analyzing Active Fund Managers' Commitment to ESG : Evidence from the United Nations Principles for Responsible Investment », *Management Science*, 2022.

M. H. KITA, « It's Not You, An Analysis of the United States' Failure to Uphold its Commitment to OECD Guidelines for Multination Enterprises in Spite of No Other Reliable Alternatives », *Penn State International Law Review*, 2010, vol. 29, p. 359.

J. KLEIN, « La Gouvernance durable. Entretien avec C. Clerc, J. Klein et B. Parance », *CDE*, n°5, 2021, p. 9.

P. KOENIG et S. PONCET, « Reputation and (un)fair trade : Effects on French importers from the Rana Plaza collapse », 2019, [https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02418274/document].

M. KOTCHEN et J. J. MOON, « Corporate Social Responsibility for Irresponsibility », *The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy*, vol. 12, n°1, 2012.

L. KRÄMER, « La responsabilité sociale des entreprises et le droit européen de l'environnement », *Revue des affaires européennes*, 2003-2004, n°4, p. 549.

A. KRIEG-PLANQUE, « La formule "développement durable" : un opérateur de neutralisation de la conflictualité », *Langage et société*, vol. 134, n°4, 2010, p. 5.

F. LABARTHE, « Valeur contractuelle des documents publicitaires », *JCP E*, 2010, 1834.

P. DE LA BROISE, « Communication », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 56.

J. LAGOUTTE, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordre ou la rencontre de la RSE et de la responsabilité juridique », *Resp. civ. et assur.*, 2015, étude 11, p. 5.

M. LAMOUREUX,

- « Les déclarations d'intention en droit privé », *RLDC*, 2008, n°48, p. 57.

- « Les objectifs du procès environnemental devant le juge civil français », *in* M. HAUTEREAU-BOUTONNET et E. TRUILHE (dir.), *Le procès environnemental. Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Dalloz, 2021, p. 31.

R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER et R. W. VISHNY, « Investor protection and corporate governance », *Journal of Financial Economics,* vol. 58, 2000, n°1-2, p. 3.

M. LAROUER, « La manifestation des mécanismes incitatifs dans le droit français de la compliance », *in* M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Les outils de la compliance*, Dalloz, 2021, p. 99.

S. LAULOM,

- « Effectuation du droit », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 146.

- « Loi NRE et lois Grenelle I et II », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 294.

E. LAURENT, « Inequality as pollution, pollution as inequality », *Sciences Po publications,* 2014, [hal-01070526].

C. LAZERGES, « La fonction déclarative de la loi pénale », *RSC*, 2004, 194.

B. LE BARS, « La "moralisation" de la vie des affaires est-elle en cours ? », *JCP G*, 2009, p. 5.

R. LEBLANC, « La question de la gouvernance à l'heure du capitalisme responsable », *Rev. int. Compliance*, 2021, dossier 265.

N. LEBLOND, « Le préjudice écologique », *JCl Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 112, 2021.

C. LECLERE, « Les *nudges* : un outil pour les politiques publiques ? », *Idées économiques et sociales*, vol. 188, n°2, 2017, p. 41.

S. LE DAMANY, « L'éthique dans la vie des affaires », *in Paroles de praticiens: entrepreneuriat, management et droit, en hommage au Professeur Michel Germain*, Editions Panthéon Assas, 2015, p.189.

B. LE MAIRE, « L'entreprise a aussi un rôle social et environnemental », *Les Echos*, 2018.

N. LENOIR, « La loi sur le devoir de vigilance ou les incertitudes sur la transformation du droit souple en règles impératives », *JCP E*, 2020, p. 22.

A. LEPAGE,

- « Le droit de savoir. Rapport 2010 de la Cour de cassation », *Comm. com. électr.,* 2011, alerte 57.

- « L'essor d'une sanction réputationnelle : l'affichage ou la diffusion de la décision » *in* D. FENOUILLET et T. GENICON (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*. *De la théorie à la pratique : illustration à partir du droit de la consommation*, Dalloz, 2023, p. 162.

P. LEQUET, « La vigilance par le management des risques : illustration de la rationalité de la *compliance* », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 137.

T. LE TEXIER, « Démocratie d'entreprise : une utopie à portée de main ? », *La vie des idées*, 2019, [https://laviedesidees.fr/La-democratie-d-entreprise.html].

K. LEVILLAIN, B. SEGRESTIN, et A. HATCHUEL, « La mission : une norme de gestion comme fondement de la gouvernance de l'entreprise responsable », *RIDE*, 2021, p. 193.

R. LIBCHABER, « Pour une meilleure réception de l'offre contractuelle », *RDC*, 2015, p. 33.

F. LLORENS et W. ZIMMER, « L'instrumentalisation du droit de la commande publique », *Contrats-Marchés publ.*, 2014, n°6.

M. LOBE LOBAS, « L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale », *Environnement*, n°3, 2014, étude 4.

B. LOEVE, « "*Due diligence*" et "sphère d'influence" dans le contexte du respect des droits de l'homme par les entreprises. Enjeux de la définition du champ d'application des standards en matière de RSE », *CDE*, 2010, n°3, p. 48.

J.-P. LOISEL, « Comment les attentes des consommateurs ont-elles changé en matière de qualité et de responsabilité », *Cahiers français*, 2020, p. 58.

J. LOJKINE et J.-L. MALETRAS, « Révolution numérique ou révolution informationnelle ? », *Economie & Politique*, 2016, vol. 10, p. 20.

B. LORMETEAU et M. TORRE-SCHAUB,

- « Urgence sanitaire, urgence climatique : les temps du droit, le droit du temps à venir », *JCP G*, n°22, 2020.

- « Du nouveau dans le contentieux climatique : des réponses temporelles et plurielles à l'urgence climatique », *RJE*, HS, 2021, p. 257.

A. LOUVARIS, « Le devoir de vigilance au risque de la Constitution : des limites constitutionnelles de l'application de la fonction punitive à la conformité ou *compliance* », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 105.

F.-X. LUCAS, « L'inopportune réforme du Code civil par la loi PACTE », *BJS*, 2018, p. 477.

C. LUCAS DE LEYSSAC, « Vers une citoyenneté économique de l'entreprise », *Gaz. Pal*., 1997, p. 265.

S. MAC CIONNAITH, G. JAZOTTES et S. SABATHIER, « Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de *soft law* et de *hard law* », *RLDA*, 2017/124, 6168, p. 25.

V. MAGNIER,

- « Les manquements des sociétés cotées à la règle de conformité », *JCP E,* 2010, 1234.
- « La généalogie des débats sur la gouvernance d'entreprise : données et perspectives d'un changement de paradigme en faveur d'une gouvernance soutenable », *RIDE*, 2021, p. 147.
- « Le droit européen des sociétés se met au vert ! », *D.*, 2022, p. 1100.

Ph. MALAURIE, « Transparence financière et réforme institutionnelle », *LPA*, 2008, n°169, p. 3.

M. MALAURIE-VIGNAL, « De la difficulté à distinguer information et publicité », *CCC*, juil. 2011, n°7, comm. 157.

C. MALECKI,

- « Gouvernance d'entreprise, féminité, inégalité », *D.,* 2006, p. 1034.
- « Pour que gouvernance d'entreprise écologique rime avec éthique », *D.*, 2008 p. 1774.
- « Le décret du 24 avril 2012 relatif "aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale" », *BJS*, 2012, p. 590.
- « L'irrésistible montée en puissance de la RSE : les impulsions européennes et françaises de l'année 2013 », *BJS*, 2013, p. 594.
- « L'ISR : une définition à géométrie variable », *BJB*, 2014, n°9, p. 420.
- « La règle *report or explain* : le fer de lance d'une *smart law* inédite pour une RSE efficiente », *Revue Droit & Affaires*, 2015, p. 122.

- « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : la France peut-elle faire cavalier seul ? », *BJS*, 2015, p. 171.

- « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », *BJS*, 2017, p. 298.

G. MARAIN, « Le devoir de vigilance : approche notionnelle », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 69.

L. MARINO, « Plaidoyer pour la liberté d'expression, droit fondamental de l'entreprise », *RTD com.*, 2011, p. 1.

J.-P. MARKUS, « Le *nudge* administratif », *RFDA*, 2022, p. 85.

B. MARPEAU et T. DAMOUR, « Mise à jour du Code Afep-Medef. Poursuite du renforcement de la RSE dans la gouvernance des sociétés cotées », *JCP E*, 2023, n°3, act. 71.

G. J. MARTIN,

- « Commentaire des articles 225, 226 et 227 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement », *Rev. sociétés*, 2011, p. 75.

- « Quelle(s) régulation(s) dans l'hypothèse d'un recours aux mécanismes de marché pour protéger l'environnement ? », *in* M.-P. CAMPROUX DUFFRENE et J. SOHNLE (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, p. 463.

- « Écologisation de la gouvernance d'entreprise : vers un renouvellement de la problématique ? », *RIDE*, 2021, p. 257.

- « Qu'est-ce que le droit de l'environnement ? », *in* A.-S. EPSTEIN et M. NIOCHE, *Le droit économique, levier de la transition écologique ?*, Bruylant, 2022, p. 61.

S. MARTIN, « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », *Revue du droit public*, 1, 2013, p. 53.

S. MARTIN ET E. PAUTARD, « La prise en considération de l'environnement par les Français : regards rétrospectifs », *in* COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, « Modes de vie et pratiques environnementales des Français », 2018, p. 9.

K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON, « La RSE saisie par le droit : généalogie d'une recherche juridique sur la RSE », *in* K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), *La RSE saisie par le droit : Perspectives interne et internationale*, A. Pedone, 2016, p. 1.

V. MARTINEAU-BOURGNINAUD,

- « Densification normative et éthique des affaires », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013, p. 813.

- « La garantie normative de la RSE. Brèves réflexions sur la RSE légalisée en droit des sociétés », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La garantie normative. Exploration d'une notion-fonction*, Mare & Martin, 2021, p. 449.

L. MAVOUNGOU, « Les pouvoirs privés économiques à l'épreuve de la loi française sur le devoir de vigilance », *RIDE*, 2019, p. 49.

D. MAZEAUD, « D'une source, l'autre… », *D.*, 2002, p. 2963.

E. MAZUYER,

- « La force normative des instruments adoptés dans le cadre de la responsabilité sociale de l'entreprise », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 577.

- « La responsabilité sociale de l'entreprise : identification et régulation d'un phénomène complexe », *in* E. MAZUYER (dir.), *Regards croisés sur le phénomène de la responsabilité sociale de l'entreprise*, La Documentation Française, 2010, p. 15.

- « CSR et RSE», *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 93.

- « Pacte mondial des Nations Unies », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 337.

- « *Soft law* », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 419.

- « La *soft law* : outil juridique ou outil communicationnel ? L'exemple de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) » *in* S. CHASSAGNARD-PINET et S. DAUCHY, *Droit, justice et politiques communicationnelles. Permanence et ruptures,* Mare & Martin, 2015, p. 197.

- « La garantie normative en matière de *soft law* : les particularismes de la RSE », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La garantie normative. Exploration d'une notion-fonction*, Mare & Martin, 2021, p. 103.

- « L'instrumentalisation de la responsabilité sociale de l'entreprise en droit français », *Les Cahiers de droit*, 2021, vol. 62, n°3, p. 653.

L. A. MCNAIR, « The Functions and Differing Legal Character of Treaties », *British Yearbook of International Law*, 1930.

M. MEKKI,

- « Propos introductifs sur le droit souple », *in Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 1 à 23.
- « Contrat et devoir de vigilance », *RLDA*, 2015, n°104, n°9.
- « Pluralisme des sources et des droits. Entre ordre et désordre », *in* M. MEKKI (dir.), *Les notions fondamentales de droit privé à l'épreuve des questions environnementales*, Bruylant, 2016, p. 31.

V. MERCIER,

- « Responsabilité sociétale des entreprises : une remise en cause de la loi Grenelle II par la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière », *BJS*, 2011, n°2, p. 103.
- « Responsabilité sociétale des entreprises et droit des sociétés, entre contrainte et démarche volontaire », *Dr. Sociétés,* 2011, p. 7.
- « La finance durable : un oxymore ? », *RDBB*, 2015, n°43, p. 94.
- « De la transparence à la vigilance ou le renforcement des obligations en matière de RSE », *in RSE & Médiation - Regard croisé France-Canada*, Presses Universitaires Aix Marseille (PUAM), 2018, [hal-01897489], p. 21.
- « Le rôle des parties prenantes dans l'évolution du droit des sociétés », *BJS*, 2019, n°11, p. 44.
- « La transparence renforcée des acteurs des marchés financiers en matière de durabilité », *BJB*, 2021, n°2, p. 53.
- « Finance durable », *Etudes Joly Bourse*, 2022.
- « Responsabilité sociétale des entreprises », *Etudes Joly Sociétés,* 2022.
- « Devoir de vigilance de TotalEnergies : une première décision en demi-teinte », *BJS*, 2023, p. 7.

A. MICHOUD, « La notion de sujet de droit international ou le défi de sa réforme à l'aune de la responsabilité sociale des entreprises commerciales », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 2018, vol. 48/3, p. 243.

D. MISONNE, « Urgenda c. Pays-Bas (2019) », *in* C. COURNIL (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, DICE, 2020, [https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/1112-misonne.pdf].

R. K. MITCHELL, B. R. AGLE ET D. J. WOOD, « Toward a theory of stakeholder identification and salience : defining the principle of who and what really counts », *Academy of Management Review,* 1997, vol. 22, n°4, p. 853.

N. MOLFESSIS,

- « La distinction du normatif et du non normatif »*, RTD civ.,* 1999, p. 729.
- « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la première Chambre civile, le 10 octobre 1995 », *D.*, 1997, chron. 85.

S. MONTAGNE, « Des évaluateurs financiers indépendants ? Un impératif de la théorie économique soumis à l'enquête sociologique », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 126, 2009/1, p. 131.

A. MONTAS et G. ROUSSEL, « Les principaux apports de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire Erika », *AJ Pénal*, 2012, p. 574.

R. MORTIER, « Top départ pour les sociétés à mission ! », *Dr. Sociétés*, 2020, comm. 35, p. 20.

R. MORTIER, B. ZABALA et S. DE VENDEUIL,

- « La réforme du droit des sociétés par la loi Pacte », *Dr. sociétés,* 2019, étude n°8.
- « Loi PACTE et droit des sociétés », *JCP E,* 2019, act. 281.

P. MOUGEOLLE, « La responsabilité climatique de la société mère de Shell selon le Tribunal de la Haye et ses effets d'entraînement attendus en France », *La Revue des droits de l'homme*, 2021, [http://journals.openedition.org/revdh/12224].

J.-M. MOULIN,

- « Révision de la directive relative à la diffusion d'informations non financières par les grandes sociétés », *RD bancaire et fin*., 2020, comm. 72.
- « L'irrésistible ascension de la RSE (premières vues sur la direction CSRD) », *RD bancaire et fin.*, 2023, n°1.

Y. MULLER,

- « Gouvernance d'entreprise, droit et comptabilité », *RJ Com. : Les cahiers du chiffre et du droit,* 2013, p. 28.

- « La normalisation comptable internationale : de l'État de droit au droit sans l'État », *Cités*, 2015, n°64, p. 65

P. MUNDLER et S. BELLON, « Les Systèmes participatifs de garantie : une alternative à la certification par organismes tiers ? », *Pour*, vol. 212, n°5, 2011, p. 57

E. MURE, H. PASCAL et P.-L. PERRIN, « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Loi n° 399 du 27 mars 2017 (C. com., art. L. 225-102-4 et L. 225-102-5) », *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 2450, 2022.

E. NAÏM-GESBERT, « Que sont les "limites planétaires" ? Pour une *Pax Natura* à l'aune du Covid-19 », *RJE,* 2020, n°3, p. 422.

P. NARBET et M. RAUNET, « Les garanties du droit d'accès à l'information », *LPA*, 2008, n°81, p. 78.

J.-L. NAVARRO, « Chronique : droit comptable », *JCP E*, 2019, 1475, n°19 et s.

L. NEYRET, « La reconnaissance de la responsabilité climatique », *D.*, 2015, p. 2278.

J. R. NOFSINGER, J. SULAEMAN et A. VARMA, « Institutional investors and corporate social responsibility », *Journal of Corporate Finance*, vol. 58, 2019, p. 700.

B. OPPETIT,

- « L'engagement d'honneur », *D.*, 1979, p. 107.

- « La notion de source du droit et le droit du commercial international » *in Sources du droit, APD,* t. 27, Sirey, 1982, p. 43.

F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.*, 1995, p. 509.

L. K. OZANNE et R. P. VLOSKY, « Certification from the US consumer perspective : A comparison of 1995 and 2000 », *Forest products journal*, vol. 53/3, 2003, p. 13.

V. PAELMAN, P. VAN CAUWENBERGE et H. VANDER BAUWHEDE, « Effect of B Corp Certification on Short-Term Growth : European Evidence », *Sustainability*, 2020, 12, 8459.

J.-C. PAGNUCCO, « Sociétés Anonymes. Administration, rémunération des administrateurs », *JCl. Sociétés Traité*, Fasc. 130-40, 2017.

J. PAILLUSSEAU,

- « Le big bang du droit des affaires à la fin du XXème siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires) », *JCP G*, 1988, I, 3330.
- « La modernisation du droit des sociétés commerciales », *D.,* 1996, p. 287.
- « Garanties de l'acquéreur du contrôle », *RJC*, 1998, p. 43.
- « La SAS : une nouvelle structure pour les PME et les personnes physiques », *JCP E,* 2002, 458.
- « Le droit des activités économiques à l'aube du XXIème siècle », *D.,* 2003, p. 260.

M. PALLEMAERTS, « La Conférence de Rio : grandeur et décadence du droit international de l'environnement », *Revue Belge de Droit International*., 1995, n°1, p. 175.

A. PAPAUX, « Procès climatiques : le magistrat (à nouveau) au cœur du droit », *Les Cahiers de la Justice*, 2019, vol. 3, n°3, p. 455.

I. PARACHKEVOVA,

- « D'un reporting à l'autre : où va l'entreprise ? », BJS, 2017, p. 585.
- « Éthique environnementale et droit des sociétés », *RIDE*, vol. 25, n°3, 2021, p. 55.
- « La société face aux réalités de l'entreprise responsable : quel avenir pour la transition écologique ? », *in* A.-S. EPSTEIN et M. NIOCHE, *Le droit économique, levier de la transition écologique ?*, Bruylant, 2022, p. 89.
- « La place de la transformation écologique dans le cadre normatif du droit des sociétés », *RLDA*, 2023, p. 32.

A. PARADAS, « Développement durable en petites entreprises. De la sensibilisation à l'engagement », *La Revue des Sciences de Gestion*, vol. 247-248, n°1-2, 2011, p. 129

B. PARANCE,

- « La déclaration de performance extra-financière, nouvelle ambition du reporting extra-financier - À propos de l'ordonnance du 19 juillet 2017 de transposition de la directive Barnier du 22 octobre 2014 », *JCP G*, 2017, 1150, p. 1976.

- « Quelle place pour la protection de l'environnement dans le devoir de vigilance ? », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 97.

- « L'ambition européenne d'un devoir de vigilance, une belle avancée ! », *JCP E*, 2022, p. 1153.

- « Le débat sur la juridiction compétente pour apprécier un plan de vigilance définitivement tranché », *JCP G*, 2022, n°86, p. 146.

J. PASQUERO,

- « La responsabilité sociale de l'entreprise comme objet des sciences de gestion : un regard historique », *in* M.-F. B. TURCOTTE et A. SALMON (dir.), *Responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise*, Presses de l'Université du Québec, 2005, p. 88.

- « Ethique des affaires », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 196.

E. PATAUT, « Le devoir de vigilance. Aspects de droit international privé », *Dr. soc*., 2017, p. 833.

M.-P. PEIS-HITIER, « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats », *LPA*, 2006, p. 8.

J.-D. PELLIER, « L'art de légiférer en vrac : les pratiques commerciales encouragées. À propos de la loi n°2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire », *Contrats, conc. consom*., 2020, alerte 16.

S. PERDRIOLLE, « Introduction - Qu'est-ce que juger ? », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 4, n°4, 2020, p. 585.

C. PERES,

- « Les pratiques commerciales trompeuses sur les sources du droit des contrats », *RDC*, 2008, p. 1083.

- « La réception du droit souple par les destinataires », *in Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 93.

- « L'environnement doit-il devenir une personne ? », *Energie – Env. – Infrastr.*, 2022, n°1, dossier 2.

P.-L. PERIN, « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint », *RTD com.*, 2015, p. 215.

F. PESTRE, « Les spécificités de la mise en oeuvre des stratégies de RSE à l'international », *in Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés droit et gestion*, Economica, 2011, p. 351.

M. PETEL, « La nature, d'un objet d'appropriation à un sujet de droit. Réflexion pour un nouveau modèle de société », *RIEJ*, 2018, vol. 1, p. 207.

B. PETIT,

- « La dimension sociale du développement durable : le parent pauvre du concept », *LPA,* 2004, n°12, p. 8.

- « "Reporting" RSE : un nouveau coup d'épée dans l'eau... », *Environnement*, n°7, 2014, étude 12.

B. PETIT et S. ROUXEL, « Art. 1113 à 1122. Contrat, Formation du contrat, Offre et acceptation », *JCl Civil Code*, 2021.

L. PEYEN, « La publicité, l'argument environnemental et la loi Climat et Résilience : halte au greenwashing ? », *JCP A*, n°38-39, 2021, 2277.

E. PICAVET,

- « Evaluation et responsabilité. Faut-il dire que l'évaluation économique des effets externes de l'action est « étroite » ? », *RJ Com. : Les cahiers du chiffre et du droit,* 2013, p. 83.

- « Gouvernance et concepts du pouvoir inter-organisationnel », *in* A. LE FLANCHEC, O. UZAN, M. DOUCIN (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Economica, 2012, p. 127.

A. PIETRANCOSTA et J.-B. POULLE, « Le principe appliquer ou expliquer » *in* E. LE DOLLEY, *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 384.

M.-G. PIKETTY et I. GARCIA DRIGO, « Shaping the implementation of the FSC standard: the case of auditors in Brazil », *Forest Policy and Economics*, vol. 90, 2018, p. 160.

M.-G. PIKETTY, I. GARCIA-DRIGO, C. ROMERO et P. TABI ECKEBIL, « Rendre les standards internationaux plus fiables : le cas du label FSC de gestion des forêts », *Perspective*, n°50, 2019, p. 1.

J. PITSEYS, « Le concept de gouvernance », *RIEJ*, 2010/2, vol. 65, p. 207.

A. POMADE,

- « Les implications de l'influence normative de la Société Civile en droit de l'environnement sur les théories des sources du droit et de la validité », *RIEJ*, vol. 64, n°1, 2010, p. 87.

- « Penser l'interdisciplinarité par l'internormativité. Illustration en droit de l'environnement », *RIEJ*, vol. 68, n°1, 2012, p. 85.

D. PORACCHIA, « Observations sur la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *RTDF*, 2017, n°5, p. 93.

M. E. PORTER, « Towards a dynamic theory of strategy », *Strategic Management Journal*, 1991, vol. 12, n°2, p. 95.

M. E. PORTER et C. VAN DER LINDE, « Green and competitive : ending the slatemate », *Harvard Business Review*, 1995, vol. 73, n°5, p. 120.

J.-B. POULLE,

- « La mise à l'épreuve du principe "se conformer ou expliquer" au Royaume-Uni », *JCP E*, n°5, 2009, 1123.

- « La régulation par l'information en droit des marchés financiers », *LPA*, 2009, n°15, p. 6.

M. POWER,

- « The Audit Society – Second thoughts », *International Journal of Auditing,* vol. 4, issue 1, 2003, p. 111.

- « Un nom, c'est quoi ? Le risque image et la transformation de la notion de responsabilité sociale », *Sécurité et stratégie*, vol. 6, n°2, 2011, p. 5.

B. PRAS et P. ZARLOWSKI, « Obligation de rendre des comptes. Enjeux de légitimité et d'efficacité », *Revue française de gestion*, 2013/8, vol. 237, p. 14.

P. PROUVOST et T. DE LA CROIX, « La gouvernance d'entreprise à travers l'autorégulation : nouvelle source du droit des sociétés ? », *in Paroles de praticiens : entrepreneuriat, management et droit, en hommage au Professeur Michel Germain*, Editions Panthéon Assas, 2015, p. 105.

F. QUAIREL, « *Reporting* », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 409.

Y. QUEINNEC,

- « La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE. Lecture juridique d'un phénomène normatif », *Journal des sociétés*, 2012, n°100, p. 66.

- « Le contrat durable. Pour une conciliation contractuelle effective des enjeux économiques, sociaux et environnementaux », *AJCA*, 2020, p. 121.

R. RADIGUET, « Objectif de réduction des émissions de gaz… à effet normatif ? », *JCP A*, 2020, n°51-52, 2337.

A. RAGHUNANDAN et S. RAJGOPAL « Do ESG funds make stakeholder-friendly investments ? », *Review of Accounting Studies*, 2022, n°27, p. 822**.**

A. RAMBAUD et H. CHENET, « How to re-conceptualise and re-integrate climate finance into society through ecological accounting ? », *Chaire Comptabilité Ecologique*, 2020, [https://www.chaire-comptabilite-ecologique.fr/IMG/pdf/wp_rambaud_chenet_2020_how_to_re-conceptualise_and_re-integrate_climate_finance_into_society_through_ecological_accounting.pdf].

J. RAYNARD, « Domaines et thèmes des avis », *in* T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 11.

Y. RAZAFINDRATANDRA, « Du droit d'accès aux informations sur l'environnement au droit à l'information : la transformation des rapports entre l'administration française et les usagers sous l'influence du droit de l'environnement », *Dr. env.*, 2005, p. 293.

C. REVELLI, « L'investissement socialement responsable. Origines, débats et perspectives », *Revue française de gestion*, vol. 236, n°7, 2013, p. 79.

A. REYGROBELLET,

- « Devoir de vigilance ou risques d'insomnies ? », *RLDA*, 2017/128, 6275, p. 35.

- « Les aspects de droit des sociétés dans la loi Pacte », *JCP N*, n°22-23, 2019, 1205.

G. RIVIERE-GIORDANO, « Comment crédibiliser le reporting sociétal ? », *Comptabilité Contrôle Audit*, t. 13, 2007, p. 127.

J.-P. ROBE,

- « A qui appartiennent les entreprises ? », *Le débat*, 2009, p. 32.

- « Responsabilité limitée des actionnaires et responsabilité sociale de l'entreprise », *Entreprises et histoire,* 2009, p. 165.

- « Les Etats, les entreprises et le droit », *Le débat,* 2010, p. 74.

- « Comment s'assurer que les entreprises respectent l'intérêt général », *L'Économie politique,* 2014, p. 22.

A. ROBERT, « Le rapport de gestion et l'environnement : obligations, contrôles et sanctions », *Environnement*, mai 2012, n°5, étude 7.

J.-C. RODA, « Quand la *compliance* américaine s'invite dans le contentieux contractuel français », *D.*, 2020, p. 913.

B. ROLLAND, « Toutes les sociétés doivent rendre des comptes environnementaux ! », *Dr. Sociétés,* 2003, étude 11.

N. RONTCHEVSKY, « Délit de fausse information : l'affaire Pallas Stern-Comipar », *BJB* 2005, n°11, p. 257.

J.-J. ROSE, « Devoir de vigilance : accomplissement dialectique de la RSE », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 13.

S. ROUSSEAU, « La *Stakeholder Theory* : émergence et réception dans la gouvernance d'entreprise en Amérique du Nord », *in* C. CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21ème siècle,* Editions Larcier, 2013, p. 111.

M. ROUSSILLE, « Le cadre juridique de la finance durable se dessine », *BJB*, 2021, n°2, p. 40.

D. ROUX, « Morale, calcul et consommation : parce que nous le valuons bien », *in* P. MOATI (dir.), *(Dé)penser la consommation : Peut-il y avoir une "bonne consommation"* ?, EMS Editions, 2018, p. 79.

C. RUWET, « Faut-il supprimer le "E" de RSE ? Enjeux politiques d'un débat terminologique », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2009/4, p. 109.

D. SALVIONI et F. GENNARI, « Stakeholder Perspective of Corporate Governance and CSR Committees », *Symphonya : Emerging Issues in Management*, p. 28.

M. SAOUDI, « Impact fiscal dans le domaine de l'environnement : la fiscalité verte, un levier d'action sur les contraintes et/ou sous contraintes ? », *Rev. UE*, 2018, p. 436.

R. SAVY, « La notion de droit économique en droit français », *AJDA*, 1971, p. 132.

S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, 2017, n°15.

A. SEE, « La régulation économique et financière face aux défis de l'information » *in* G. ECKERT et J.-P. KOVAR (dir.), *La régulation économique et financière face aux défis de*

l'information. De la régulation par l'information à la régulation de l'information, L'Harmattan, 2018, p. 45.

G. SERE DE LANAUZE et B. SIADOU-MARTIN, « Pratiques et motivations de déconsommation. Une approche par la théorie de la valeur », *Revue française de gestion*, vol. 230, n°1, 2013, p. 55

A. SHLEIFER et R. W. VISHNY, « A survey of corporate governance », *Journal of Finance,* vol. 52, 1997, n°2, p. 737.

J. SIDDIQUI et S. UDDIN, « Human rights disasters, corporate accountability and the state : Lessons learned from Rana Plaza », *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 2016, vol. 29, n°4, p. 679.

A. SLIM, « Les objets encombrants de la croissance verte et inclusive », *L'Homme & la Société*, vol. 216, n°1, 2022, p. 89.

F. SNYDER, « Governing economic globalisation : global legal pluralism and European law », *Eur. Law Rev.*, 1999, p. 34.

A. SOBCZAK, « Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis », *Dr. soc.*, 2002, p. 806.

D. SOULEZ-LARIVIERE, « La transparence et la vertu », *in L'architecture du droit : Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 933.

M. SOUQUE, « Devoir de vigilance et principes directeurs de l'OCDE : la notion de devoir de diligence pour la conduite responsable des entreprises », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 57.

J.-L. SOURIOUX, « "Sources du droit" en droit privé » *in Sources du droit, APD,* t. 27, Sirey, 1982, p. 33.

W. STEFFEN, K. RICHARDSON, J. ROCKSTRÖM [et al.], « Planetary boundaries: Guiding human development on a changing planet », *Science*, 2015, vol. 347, n°6223, p. 1259855.

G. J. STIGLER, « The Theory of Economic Regulation », *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, vol. 2, n°1, p. 3.

D. STOLLE, « Review of *The Promise and Limits of Private Power : Promoting Labor Standards in a Global Economy*, by R. M. Locke », *Perspectives on Politics*, 2016, vol. 14, n°2, p. 521.

M. C. SUCHMAN, « Managing legitimacy : strategic and institutional approaches », *The Academy of Management Review*, 1995, vol. 20, n°3, p. 571.

J. T. SUTTLES, « Transmigration of Hazardous Industry : The Global Race to the Bottom, Environmental Justice, and the Asbestos Industry », *Tulane Environmental Law Journal*, 2002, vol. 16, n°1, 2002, p. 1.

M. SWEENEY, « Le *Bribery Act* (2010) », *in* S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019, p. 185.

A. TADROS, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE », *D.*, 2018, p. 1765.

I. TCHOTOURIAN,

- « Aspects environnementaux et sociaux de la R.S.E. et management des entreprises : une éthique au centre et autour de l'entreprise », *Management & Avenir,* 2006/4, n°10, p. 70.

- « Doctrine de l'entreprise et Ecole de Rennes : la dimension sociétale, politique et philosophique des activités économiques affirmée. Présentation d'un courant de pensée au service de l'homme », *in* C. CHAMPAUD (dir.), *L'entreprise dans la société du 21ème siècle*, Editions Larcier, 2013, p. 131.

M. TELLER,

- « Les marchés financiers, régulateurs de la politique environnementale », *BJB*, 2005, n°3, p. 211.

- « L'information des sociétés cotées et non cotées : une évolution certaine, de nouveaux risques probables », *RTD Com.,* 2007, p. 17.

- « Le conflit entre droit comptable et information financière : régularité *versus* exactitude », *RTD com.,* 2012, p. 287.

- « La régulation de l'information communiquée aux investisseurs », *in* G. J. MARTIN et B. PARANCE (dir.), *La régulation environnementale*, LGDJ/Lextenso, 2012, p. 29.

F. TERRE,

- « La "crise de la loi" », *APD*, 1980, t. 25, p. 7.

- « Une synthèse », *in* J. AUSTRUY (dir.)*, Le droit et le futur*, PUF, 1985, p. 1.

- « Pitié pour les juristes », *RTD civ.,* 2002, p. 248.

- « Forces et faiblesses de la norme », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 19.

L. TERRISSE, « Publicité : comment lutter contre le greenwashing ? L'échec de l'auto-régulation entre professionnels », *in* M.-P. BLIN-FRANCHOMME (dir.), *Image(s) & Environnement*, LGDJ, 2012, p. 301.

B. TEYSSIE,

- « Les sociétés à mission », *JCP G*, 2021, n°17, doctr. 477.
- « La déclaration de performance extra-financière », *JCP E,* n° 28, 2021, 1356.
- « RSE – Chronique », *JCP E*, 2022, n°1018, p. 22.

J. THEYS, « Le développement durable face à sa crise : un concept menacé, sous-exploité ou dépassé ? », *Développement durable et territoires*, 2020, vol. 11, n°2, [http://journals.openedition.org/developpementdurable/17468].

C. THIBIERGE,

- « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599.
- « Avenir de la responsabilité et responsabilité de l'avenir », *D.*, 2004, p. 577.
- « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », *in Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 519.
- « Conclusion : Le concept de "force normative" », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, 2009, p. 813.

G. TIMSIT,

- « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP,* n°78, 1996, p. 377.
- « Pour une nouvelle définition de la norme », *D.,* 1998, chron. 267.
- « La régulation. La notion et le phénomène », *Revue Française de d'Administration Publique*, vol. 109, n°1, 2004, p. 5.

R. TINIERE, « Droit de la concurrence, droit des libertés fondamentales et régulation des pouvoirs numériques (perspective européenne) », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2022, chron. n°25.

J. TIROLE, « L'économie politique de la réglementation », *L'Actualité économique*, 1990, vol. 66, n°3, p. 305.

J.-F. TOTI et J.-L. MOULINS, « Comment mesurer les comportements de consommation éthique », *RIMHE*, 2015, n°18, vol. 4, p. 21.

S. TREBUCQ, « Vers une comptabilité financière éthique ? », *RJ Com. : Les cahiers du chiffre et du droit,* 2013, p. 92.

F.-G. TREBULLE,

- « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression. Considérations à partir de l'arrêt Nike v/ Kasky », *Rev. sociétés*, 2004, p. 261.

- « L'entreprise citoyenne ? », *in* E. DESMONS (dir.), *Figures de la citoyenneté*, L'Harmattan, 2006, p. 195.

- « L'information environnementale : quelle place en droit des sociétés ? », *Dr. sociétés*, 2006, p. 5.

- « Personnalité morale et citoyenneté, considérations sur l'"entreprise citoyenne" », *Rev. sociétés*, 2006, p. 41.

- « Entreprise et développement durable », *JCP E*, 2007, n°30, 1957, n°21.

- « La responsabilité sociale des entreprises : un impératif ? », *Revue Droit & Affaires,* n° 5, 2008, 2.

- « Le développement de la prise en compte des préoccupations environnementales sociales et de gouvernance », *Dr. Sociétés,* 2009, p. 7.

- « Le risque, clef du développement durable des sociétés », *Dr. Sociétés*, 2010, p. 6.

- « Libres propos sur l'entreprise dans la gouvernance mondiale », *in* A. LE FLANCHEC, O. UZAN et M. DOUCIN (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise et gouvernance mondiale*, Economica, 2012, p. 140.

- « Entreprise et développement durable (2e partie) : Responsabilité sociale des entreprises » *Environnement et dév. durable*, 2013, chron. 6, n°121.

- « Marché et protection de la biodiversité : les unités de compensation écologique », *in* M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE et J. SOHNLE (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, p. 256.

- « Vers une amélioration de la prise en compte des chaînes d'approvisionnement ? », *Environnement*, 2014, n°2, repère 2.

- « Quelle entreprise face au changement climatique ? », *D.*, 2015, p. 2272.

- « Responsabilité et changement climatique : quelle responsabilité pour le secteur privé », *Energie – Env. – Infrastr.*, 2018, n°8-9, dossier 24.

- « Responsabilité sociale des entreprises : entreprise et éthique environnementale », *Rép. soc.*, 2022.

M. TORRE-SCHAUB, « L'affaire de Grande Synthe : une première décision emblématique dans le contentieux climatique français », *Energie – Env. – Infrastr.*, 2020, n°12, étude 17.

D. B. TURBAN et D. W. GREENING, « Corporate social performance and organizational, attractiveness to prospective employees », *Academy of Management Journal*, vol. 40, n°3, p. 658.

R. VABRES, A. THIL et S. MAOUCHE, « Autorité des Marchés Financiers, Attributions, Moyens d'action, Contrôle juridictionnel », *JCl. Banque-Crédit-Bourse*, Fasc. 1512, 2020.

F. VALLAEYS, « Définir la responsabilité sociale », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 97.

G. VAN DER LAAN, H. VAN EES et A. VAN WITTELOOSTUIJN, « Corporate social and financial performance : An extended stakeholder theory, and empirical test with accounting measures », *Journal of Business Ethics*, 2008, 79/3, p. 299.

J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique – Essai de synthèse », *in* J. GILISSEN (dir.), *Le pluralisme juridique*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 9.

A. VIANDIER, « Questions écrites des actionnaires », *Rev. sociétés*, 2014, p. 306.

J.-L. VULLIERME, « Les anastomoses du droit (Spéculation sur les sources du droit) » *in Sources du droit, APD,* t. 27, Sirey, 1982, p. 5.

E. WEBSTER, « Determining the Characteristics of the Socially Conscious Consumer », *Journal of Consumer Research*, 1975, vol. 2, p. 188.

P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *Revue générale de droit international public*, 1982, vol. 86, p. 5.

S. ZADEK, « Stalking sustainability », *Greener Management International,* 1999, p. 21.

F. ZENATI, « La portée du développement des avis », *in* T. REVET (dir), *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 101.

B. ZUINDEAU, « Développement durable », *in* N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Presses universitaires du Septentrion, 2013, p. 112.

Documents institutionnels, rapports, référentiels normatifs et normes techniques[1]

ABC et ADEME, *Réduire les émissions de gaz à effet de serre tout au long de la chaîne de valeur de votre activité*, 2016.

ACCOUNTABILITY,

- *AA1000 Assurance Standard,* 2008.
- *AA1000 Stakeholder Engagement Standard*, 2015.

ACCOUNTANCY EUROPE, *Core & More : An opportunity for smarter corporate reporting*, 2017.

ADEME, ORSE et ABC, *Réalisation d'un bilan des émissions de gaz à effet de serre – Secteur financier*, 2014.

AFEP, *L'activisme actionnarial*, 2019.

AFEP-MEDEF, *Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, 2022.

AFFECTIO MUTANDI et ECOVADIS, *Le contrat et les clauses RSE, leviers incontournables de vigilance*, 2018.

AFNOR, *FD X30-024,* « Guide pour la conduite des missions de vérification telles que prévues à l'art. L. 225-102-1 du Code de commerce ».

ANSA, *Rappel des règles applicables pour l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution*, n° 21-003, 3 mars 2021.

ASSEMBLEE GENERALE DES NATIONS UNIES, *Transformer notre monde : le Programme de développement durable à l'horizon 2030, Résolution A/70/L.1*, 18 sept. 2015.

AUTORITE DE CONTROLE PRUDENTIEL ET DE RESOLUTION et AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS, *Suivi et évaluation des engagements climatiques des acteurs de la Place*, 2022.

AUTORITE DE LA CONCURRENCE, *Document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence*, 2022.

AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS,

- *recomm. n°2010-13 : Rapport sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale et environnementale*, 2010.

[1] La bibliographie ne contient pas les sources réglementaires et législatives de droit interne et européen, les rapports de commissions parlementaires et les traités internationaux.

- *recomm. n°2012-02 : Gouvernement d'entreprise et rémunération des dirigeants des sociétés se référant au Code Afep-Medef – Présentation consolidée des recommandations contenues dans les rapports annuels de l'AMF*, 2012.

- *recomm. n°2016-13* : *Responsabilité sociale, sociétale et environnementale*, 2016.

- *Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées*, 2019.

- *Communication sur l'activisme actionnarial*, 2020.

- *Rapport 2020 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2020.

- *Rapport 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2021.

- *Rapport 2022 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, 2022.

AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS et AUDIREP, *Finance durable, placements responsables. Etat des lieux des perceptions des Français*, 2019.

BANQUE DE FRANCE, *La cotation : guide de référence*, 2022.

BANQUE MONDIALE,

- *Implementation of operational directive 4.20 on indigenous peoples: An independent desk review*, 2003.

- *Social dimensions of climate change : workshop report*, 2008.

F. BARATIN, A. HELIAS, M. LE QUENTREC [et al.], *Rapport de mission sur l'application de l'article 116 de la loi sur les nouvelles régulations économiques*, 2007.

P. BARRAUD DE LAGERIE, E. BETHOUX, R. BOURGUIGNON, A. MIAS ET E. PENALVA-ICHER, *Mise en œuvre de la Loi sur le devoir de vigilance : Rapport sur les premiers plans adoptés par les entreprises remis au Bureau International du Travail*, 2019.

BCG BRIGHTHOUSE, *Raison d'être des entreprises : de l'intention à l'action ? Trois ans après la loi PACTE, l'état des lieux*, 2022.

S. BEAUDOUIN-HUBIERE et N. HAVET, *Pour une commande publique sociale et environnementale : état des lieux et préconisations*, 2021.

W. BOURDON, Y. QUEINNEC, FNGM et SHERPA, *Réguler les entreprises transnationales : 46 propositions*, 2010.

BPIFRANCE ET MOTS-CLES, *Se doter d'une raison d'être, devenir une société à mission. Guide pratique à destination des dirigeantes et des dirigeants des PME-ETI*, 2021.

Y. BUR et C. BABUSIAUX, *Comité Opérationnel n°23 : « Consommation » : Rapport final au Ministre d'Etat, Ministre de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire*, 2008.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Les peuples autochtones et les changements climatiques*, 2017.

C3D, OREE et ORSE, *La comptabilité intégrée : Un outil de transformation de l'entreprise à la portée de tous*, 2021.

P. DE CAMBOURG, *Garantir la pertinence et la qualité de l'information extra-financière des entreprises : une ambition et un atout pour une Europe durable. Rapport présenté au Ministre de l'Economie et des Finances*, 2019.

CENTER FOR INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION, *The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration*, 2019.

CEVIPOF, M. CHEURFA et F. CHANVRIL, *2009-2019 : la crise de la confiance politique*, 2019.

J.-P. CHAPRON, C. DUBOST et F. IMALHAYENE, *Labels RSE : Accompagner les entreprises et donner confiance à leurs parties prenantes. Rapport remis au Gouvernement*, 2020.

CHARTERED GOVERNANCE INSTITUTE ET INTERNATIONAL INTEGRATED REPORTING COUNCIL, *An overview of integrated reporting for Chartered Secretaries and Chartered Governance Professionals*, 2020.

CITEPA, *Gaz à effet de serre et polluants atmosphériques. Bilan des émissions en France de 1990 à 2017. Rapport national d'inventaire, format secten*, 2019.

CLIMATE DISCLOSURE PROJECT, *The Carbon Majors Database*, 2017.

CLIMATE DISCLOSURE STANDARDS BOARD, *Framework for reporting environmental and climate change information*, 2019.

CLIMATE DISCLOSURE STANDARDS BOARD et SUSTAINABILITY ACCOUNTING STANDARDS BOARD, *TCFD Implementation Guide*, 2019.

COLUMBIA CENTER ON SUSTAINABLE INVESTMENT, *The Business and Human Rights Arbitration Rule Project : Falling short of its access to justice objectives*, 2019.

COMITE 21, *Guide méthodologie pour un dialogue constructif avec les parties prenantes*, 2015.

COMITE ECONOMIQUE et SOCIAL EUROPEEN, *Justice climatique. Avis d'initiative. NAT/712*, 19 oct. 2017.

COMMERCE EQUITABLE FRANCE, *Observatoire du commerce équitable 2021*, 2022.

COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE,

- *Objectifs de Développement Durable et entreprise : enjeux et opportunités*, 2017.

- *Modes de vie et pratiques environnementales des Français*, 2018.

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Règlement d'arbitrage*, 2021.

COMMISSION MONDIALE SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DEVELOPPEMENT DE L'ONU, *Our Common future*, 1987.

COMMISSION EUROPEENNE,

- *Livre vert (2001) 366 final*, 18 juil. 2001, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises ».

- *Livre blanc (2001) 428 final*, 25 juil. 2001, « Gouvernance européenne ».

- *Comm. (2002) 347 final*, 2 juill. 2002, « Communication de la Commission concernant la responsabilité sociale des entreprises : Une contribution des entreprises au développement durable ».

- *Comm. (2005) 97 final*, 16 mars 2005, « Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne ».

- *Comm. (2006) 194 final*, 3 mai 2006, « Livre vert : initiative européenne en matière de transparence ».

- *SEC. (2009) 1666*, 3 déc. 2009, « Orientations pour la mise en œuvre et l'application de la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales ».

- *Livre vert (2010) 561 final*, 13 oct. 2010, « Politique en matière d'audit : les leçons de la crise ».

- *Comm. (2011) 681 final*, 25 oct. 2011, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 ».

- *Comm. (2012) 740 final*, 12 déc. 2012, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Plan d'action : droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise - un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises ».

- *Comm. (2017) 4234 final*, 5 juillet 2017, « Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières) ».

- *Comm. (2019)*, 20 juin 2019, « Lignes directrices sur l'information non financière : Supplément relatif aux informations en rapport avec le climat ».

- *Comm. (2019) 640 final*, 11 déc. 2019, « Le pacte vert pour l'Europe ».

- *Comm. (2020) 98 final*, 11 mars 2020, « Un nouveau plan d'action pour une économie circulaire. Pour une Europe plus propre et plus compétitive ».

- *Comm. (2021) 189 final*, 21 avr. 2021, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) nº 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises ».

- *Comm. (2021), 199 final*, 21 avril 2021, « Commission staff working document, Fitness Check on the EU framework for public reporting by companies ».

- *Comm. 2021/C 526/01*, 29 déc. 2021, « Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur ».

- *Développement d'outils et de mécanismes pour l'intégration des facteurs ESG dans le cadre prudentiel bancaire de l'UE et dans les stratégies commerciales et les politiques d'investissement des banques : résumé*, 2021.

- *Comm. (2022) 71 final*, 23 fév. 2022, « 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 ».

COMMISSION EUROPEENNE, PARLEMENT EUROPEEN et CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE, *Guide pratique commun à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne*, 2015.

COMMISSION GENERALE DE TERMINOLOGIE ET DE NEOLOGIE, *Avis. Vocabulaire de l'environnement (liste de termes, expressions et définitions adoptés*, 8 sept. 2013, NOR : CTNX1321050K.

COMMISSION MONDIALE SUR L'ENVIRONNEMENT ET LE DEVELOPPEMENT, *Notre avenir à tous*, 1987.

COMPAGNIE NATIONALE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES,

- *EJ* n°2018-48, 22 fév. 2019.

- *EJ* n°2018-81, 22 fév. 2019.

- *Avis technique : intervention du commissaire aux comptes – intervention de l'OTI. Déclaration de performance extra-financière*, 2022.

- *Note d'information XVIII : Vérifications spécifiques - le commissaire aux comptes et les diligences relatives au rapport de gestion, aux autres documents sur la situation financière et les comptes et aux informations relevant du rapport sur le gouvernement d'entreprise adressés aux membres de l'organe appelé à statuer sur les comptes.*

- *Exemple de rapport de l'un des commissaires aux comptes désigné OTI sur la déclaration de performance extra-financière figurant dans le rapport de gestion*, 2020, [https://doc.cncc.fr/docs/exemple-de-rapport-de-lun-des-co2].

COMPAGNIE NATIONALE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES et IFACI, *Reporting intégré : Piloter et communiquer la création de valeur*, 2016, [https://www.ifaci.com/wp-content/uploads/Rapport-IR-CNCC-IFACI_1.pdf].

CONSEIL D'ETAT,

- *Rapport public annuel : La sécurité juridique*, 1991.

- *Rapport public 2001 : Les autorités administratives indépendantes*, 2001.

- *Etude annuelle 2013 : Le droit souple*, 2013.

CONSEIL D'ORIENTATION POUR L'EMPLOI, *Consommation responsable : une opportunité pour l'emploi ?*, 2008.

CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE,

- *Orientation générale. Directive modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*, 18 fév. 2022, 6292/22.

- *Orientation générale. 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*, 30 nov. 2022, 6533/22.

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME DES NATIONS UNIES,

- *Droits de l'homme et changement climatique, Rés. A/HRC/RES/10/4*, 25 mars 2009.

- *Les entreprises et les droits de l'homme : le Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, et la question du renforcement de la responsabilité et de l'accès aux recours, Rés. A/HRC/RES/44/15*, 23 juillet 2020.

CONSEIL DES MINISTRES, *Compte-rendu. Publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises*, 19 juil. 2017, [https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-07-19/publication-d-informations-non-financieres-par-certaines-gra].

CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL, *Commande publique responsable : un levier insuffisamment exploité*, 2018.

CONSEIL EUROPEEN, *Conclusions de la Présidence*, Lisbonne, mars 2000.

CONSEIL GENERAL DE L'ECONOMIE, *Evaluation de la mise en œuvre de la loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Rapport à Monsieur le ministre de l'économie et des finances*, 2020.

CONVENTION CITOYENNE POUR LE CLIMAT, *Les propositions de la Convention Citoyenne pour le Climat*, 29 janv. 2021.

CORPORATE REPORTING DIALOGUE,

- *Statement of Common Principles of Materiality of the Corporate Reporting Dialogue*, 2016.

- *Driving Alignment in Climate-related Reporting. Year One of the Better Alignment Project*, 2019.

COUR DE CASSATION,

- *Le droit de savoir. Rapport annuel 2010*, La documentation française, 2011.

- *Le rôle normatif de la Cour de cassation. Étude annuelle 2018*, La documentation française, 2019.

CREDOC,

- *Enquêtes en ligne : peut-on extrapoler les comportements et les opinions des internautes à la population générale ?*, 2010.

- *Enquête sur les attitudes et comportements des Français en matière d'environnement*, 2012.

- *Influence de l'étiquetage (alimentaire et énergétique) sur le comportement des consommateurs français. Focus sur les personnes défavorisées*, 2018.

C. DANIEL, J. WILDE-RAMSING, K. GENOVESE, V. SANDJOJO, OECD WATCH, *Remedy Remains Rare. An analysis of 15 years of NCP cases and their contribution to improve access to remedy for victims of corporate misconducts*, 2015.

DGCCRF, *L'essor des produits équitables*, 2021.

EFRAG,

- *Draft European Sustainability Reporting Standards. ESRS 1 : General Requirements*, 2022.

- *Draft European Sustainability Reporting Standards. ESRS 2 : General Disclosures*, 2022.

- *Draft European Sustainability Reporting Standards. ESRS E4 : Biodiversity and ecosystems*, 2022.

ENTREPRISES POUR LES DROITS DE L'HOMME, *Application de la loi sur le devoir de vigilance, Plans de vigilance 2018-2019*, 2019.

ENVOL VERT, *Groupe Casino : éco-responsable de la déforestation*, 2020.

EPE, OREE et ORSE, *Rapport de mission remis au gouvernement, Bilan critique de l'application par les entreprises de l'article 116 de la loi NRE*, 2004.

EQUATOR PRINCIPLES, *Les principes de l'Equateur*, 2020.

ESMA, *Report. Undue short-term pressure on corporations*, ESMA30-22-762, 2019.

ETHICITY, *Révolution durable : 10 ans de transition vers de nouveaux modes de vie*, 2014.

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY, *Transport and environment report 2020. Train or plane ?*, 2021.

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY, *Public Statement : European common enforcement priorities for 2019 annual financial reports*, 2019.

EUROSTAT, *Manual for air emissions accounts*, 2015.

P. GELARD et OFFICE PARLEMENTAIRE D'EVALUATION DE LA LEGISLATION, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes,* 2006.

GLOBAL REPORTING INITIATIVE, *GRI 101 : Principes généraux*, 2016.

P.-Y. GOMEZ et IFGE, *Référentiel pour une gouvernance raisonnable*, 2015.

GOVERNMENT PENSION FUND GLOBAL,

- *Guidelines for Observation and Exclusion of companies*, 2022.
- *Meld. St. 9. Report to the Storting (2021-2022)*, 2022.

GREENFLEX et ADEME, *Baromètre GreenFlex-ADEME de la consommation responsable 2022,* 2022.

A. GRIMFELD, J. JOUZEL, J.-F. LE GRAND, N. NOTAT et ERNST & YOUNG, *Rapport d'évaluation du Grenelle de l'Environnement*, oct. 2010.

HAUT COMITE DE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE,

- *Rapport du Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise*, 2017.
- *Rapport du Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise*, 2021.

HAUT COMITE JURIDIQUE DE LA PLACE FINANCIERE DE PARIS, *Rapport sur les dispositifs de transparence extra-financière des sociétés*, 2022.

HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, HR/PUB/11/4, 2011.

HAUT CONSEIL POUR LE CLIMAT,

- *Maîtriser l'empreinte carbone de la France*, 2020.

- *Rapport annuel : Dépasser les constats, mettre en œuvre les solutions*, 2022.

IAASB, *International Standard on Assurance Engagements (ISAE) 3000 revised, Assurance engagements other than audits or reviews of historical financial information*, 2013, trad. IRE, CNCC et CSOEC, *ISAE 3000 (Révisée), Missions d'assurance autres que les audits et examens limités de l'information financière historique*.

IFA, ORSE et PWC, *La Responsabilité Sociétale des Entreprises, nouvelle priorité stratégique des administratrices et administrateurs ?*, 2022.

IFOP et FORUM POUR L'INVESTISSEMENT RESPONSABLE, *Les Français et la finance responsable*, 2022.

IFRS,

- *Consultation Paper on Sustainability Reporting*, 2020.

- *Exposure Draft. IFRS S1 General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information*, 2022.

- *Exposure Draft. IFRS S2 Climate-related Disclosures*, 2022.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Résolution. Les entreprises multinationales*, 7 sept. 1977.

INTERNATIONAL INTEGRATED REPORTING COUNCIL,

- *Cadre de référence international portant sur le reporting intégré*, 2013.

- *International Integrated Reporting Framework*, 2021.

IPCC,

- *Climate Change 2014 : Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, 2014.

- *Technical Summary. Working group III contribution to the IPCC sixth assessment report (AR6)*, 2021.

- *Climate Change 2023. Synthesis report of the IPCC sixth assessment report (AR6)*, 2023, p. 6.

ISO/IEC 17000:2020, *Evaluation de la conformité : vocabulaire et principes généraux*.

ISO

- 26000:2010, *Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*.
- 9001:2015, *Systèmes de management de la qualité – exigences*.
- 14001:2015, *Systèmes de management environnemental – exigences et lignes directrices pour son utilisation.*

L'OBSOCO, *Le baromètre de la perception de l'engagement des entreprises*, 2021.

L'OBSOCO et CITEO, *Observatoire de la consommation responsable*, 2021.

LE CLUB DES JURISTES, *Activisme actionnarial*, 2019.

LES AMIS DE LA TERRE et OXFAM FRANCE, *La colossale empreinte carbone des banques : une affaire d'Etat*, 2019.

LES AMIS DE LA TERRE ET SURVIE, *Un cauchemar nommé Total*, 2020.

LES AMIS DE LA TERRE FRANCE, FRIENDS OF THE EARTH EUROPE, ECCJ et CORPORATE EUROPE OBSERVATORY, *Tirées d'affaire ? Le lobbying des multinationales contre une législation européenne sur le devoir de vigilance*, 2021.

MAZARS ET SHIFT, *Cadre de reporting conforme aux principes directeurs des Nations Unies*, 2015.

D. MEADOWS [et al.], *The Limits to Growth,* Universe Books, 1972.

MEDEF, Guide méthodologique : Reporting RSE, 2e éd., 2017.

MEDEF et AFEP, *Initiative sur les relations entre entreprises et organismes de notation extra-financière. Synthèse des résultats et recommandations*, 2019.

MIDDLENEXT, *Code de gouvernement d'entreprise*, 2021.

MINISTERE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMERIQUE, *Guide pratique des allégations environnementales à l'usage des professionnels et des consommateurs*, 2014.

MINISTERE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE LA RELANCE, *Les marchés publics au service de la relance économique des entreprises*, 2021.

MINISTERE DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'ENERGIE ET DE LA MER, EN CHARGE DES RELATIONS INTERNATIONALES SUR LE CLIMAT et COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE, *Emissions de polluants atmosphériques et de gaz à effet de serre "Naméa-Air"*, 2017.

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, NOR : JUSC1522466P, 11 fév. 2016.

MINISTERE DE LA JUSTICE, COMMISSION DE TERMINOLOGIE ET DE NEOLOGIE EN MATIERE JURIDIQUE, *Rapport quadriennal 2003-2007*, 2007.

N. NOTAT et J.-D. SENARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif. Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des Finances du Travail*, 2018.

OBSERVATOIRE CETELEM, *Observatoire de la consommation 2022. Economie circulaire : place au consommateur-entrepreneur*, 2022.

OBSERVATOIRE DES MULTINATIONALES,

- *CAC 40 : le véritable bilan annuel*, 2020.
- *Le véritable bilan annuel du CAC 40*, 2022.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES,

- *Responsabilité des entreprises. Initiatives privées et objectifs publics*, 2001.
- *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011.
- *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*, 2022.

OECD WATCH, *State of Remedy 2021*, 2022.

OIT, *Tour d'horizon des faits nouveaux dans le monde et des activités du Bureau concernant les codes de conduite, le "label" social et d'autres initiatives émanant du secteur privé en rapport avec les questions sociales*, GB.273/WP/SDL/1(Rev.1), 1998.

OPEN-ENDED INTERGOVERNMENTAL WORKING GROUP ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES WITH RESPECT TO HUMAN RIGHTS, *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, *Third revised draft*, 17 août 2021.

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011.

ORSE, *La prise en compte des parties prenantes dans les processus de reporting développement durable des entreprises*, 2010.

ORSE et BL EVOLUTION, *Le dialogue parties prenantes : livret méthodologique n°2. Un comité de parties prenantes repensé et influencé par l'arrivée du comité de mission pour un dialogue renouvelé*, 2021.

ORSE et DES ENJEUX ET DES HOMMES, *Panorama des acteurs de la transformation*, 2018, p. 57.

PARLEMENT EUROPEEN,

- *Résolution UE 2012/2097 (INI)*, 6 fév. 2013, « Responsabilité sociale des entreprises : promouvoir les intérêts de la société et ouvrir la voie à une reprise durable et inclusive ».

- *Résolution UE 2012/2098 (INI)*, 6 fév. 2013, « Responsabilité sociale des entreprises : comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable ».

- *Résolution UE 2013/2116 (INI)*, 4 fév. 2014, « Application de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyale ».

PARLEMENT EUROPEEN, CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE et COMMISSION EUROPEENNE,

- *Accord interinstitutionnel (2003/C 321/01)*, 31 déc. 2003, « Mieux légiférer ».

- *Accord interinstitutionnel*, 13 avril 2016, « Mieux légiférer ».

POINT DE CONTACT NATIONAL, *Rapport sur la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement*, 2013.

PLATEFORME RSE,

- *RSE*, *Performance globale et compétitivité*, 2016.

- *RSE et performance globale : mesures et évaluations. Etat des lieux des pratiques*, 2019.

- *Responsabilité sociétale des entreprises : une ambition partagée. Propositions des parties prenantes pour les rendez-vous de 2022*, 2021.

- *La RSE, un enjeu européen. Contribution aux travaux de la présidence française du Conseil de l'Union européenne*, 2021.

- *Affichage social sur les biens et services : avis*, 2022.

PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR L'ENVIRONNEMENT et PACTE MONDIAL DES NATIONS UNIES, *Principes pour l'investissement responsable*, 2006.

RESEAU ACTION CLIMAT, *Projet de loi Industrie verte. Note de plaidoyer*, 2023.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, *Proposed rule. The Enhancement and Standardization of Climate-Related Disclosures for Investors*, 21 mars 2022.

SHERPA,

- *Ne minons pas la transition énergétique. La vigilance dans les chaînes d'approvisionnement en minerais utilisés dans le cadre de la transition énergétique*, 2020.

- *Cahier de propositions pour réguler les multinationales*, 2021.

SHERPA et CCFD-TERRE SOLIDAIRE, *Le radar du devoir de vigilance*, 2021.

SOCIAL & HUMAN CAPITAL COALITION, *Social & Human Capital Protocol*, 2019.

SUSTAINABILITY ACCOUNTING STANDARDS BOARD,

- *Conceptual Framework*, 2017.
- *E-commerce. Normes de comptabilisation du développement durable*, 2018.

TASK FORCE ON CLIMATE-RELATED FINANCIAL DISCLOSURES, *Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures*, 2017.

VIGEO et WWF, *Entreprises et changement climatique : Défis sectoriels et perspectives pour une approche globale*, 2009.

WBCSD et WRI,

- *The Greenhouse Gas Protocol : A Corporate Accounting and Reporting Standard*, 2004.
- *The Greenhouse Gas Protocol : Corporate Value Chain (Scope 3) Accounting and Reporting Standard, Supplement to the GHG Protocol Corporate Accounting and Reporting Standard*, 2011.

Articles de presse, communiqués de presse, sites internet

.- « Volkswagen, ébranlé par un scandale, s'effondre en bourse », *Le Monde,* 21 sept. 2015, [https://www.lemonde.fr/automobile/article/2015/09/21/tricherie-aux-etats-unis-les-regrets-de-vw_4765196_1654940.html].

. - « Le fonds souverain de la Norvège, plus gros du monde, a gagné 50 milliards d'euros en 2016 », *Le Monde,* 28 fév. 2017, [https://www.lemonde.fr/economie-mondiale/article/2017/02/28/norvege-le-plus-gros-fonds-souverain-du-monde-a-gagne-50-milliards-d-euros-en-2016_5086910_1656941.html].

.- « Jean Tirole : "Face à la crise climatique, la persuasion ne suffit pas, il faut toucher au portefeuille" », *Le Monde*, 8 oct. 2018, [https://www.lemonde.fr/festival/video/2018/10/08/jean-tirole-face-a-la-crise-climatique-la-persuasion-ne-suffira-pas-il-faudra-toucher-au-portefeuille_5366413_4415198.html]

.- « Samsung Electronics France mis en examen pour "pratiques commerciale trompeuses" », *Le Monde,* 3 juillet 2019, [https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2019/07/03/la-filiale-francaise-de-samsung-mis-en-examen-pour-pratiques-commerciales-trompeuses_5484820_1653578.html].

.- « Coronavirus : le Medef souhaite un moratoire sur des lois environnementales », *Franceinfo avec AFP*, 23 avril 2020, [https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/coronavirus-le-medef-souhaite-un-moratoire-sur-des-lois-environnementales_3930599.html].

AFEP,

- « Position paper. European Policy Options for Companies' Due Diligence through the Supply Chain », 2020.

- « Revision of the non-financial information reporting directive (NFRD) : AFEP position paper », 2020, [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12129-Revision-of-Non-Financial-Reporting-Directive/F506614].

ADEME, « Affichage environnemental », 22 sept. 2022, [https://expertises.ademe.fr/economie-circulaire/consommer-autrement/passer-a-laction/reconnaitre-produit-plus-respectueux-lenvironnement/dossier/laffichage-environnemental/affichage-environnemental-contexte-objectifs].

AMFORI, *Open letter on EU-wide Human Rights & Environmental Due Diligence Legislation*, 18 mars 2021, [https://www.amfori.org/sites/default/files/amfori-2021-03-18-amfori-Open-Letter-HREDD_1.pdf].

AUTORITE DES MARCHES FINANCIERS,

- « Feedback from the Autorité des Marchés Financiers on : revision of non-financial reporting directive », 2020, [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12129-Revision-of-Non-Financial-Reporting-Directive/F506627].

- « L'AMF renouvelle son appel à la mise en place d'une règlementation des fournisseurs de données, notations et services ESG », 2 juin 2022, [https://www.amf-france.org/fr/actualites-publications/actualites/lamf-renouvelle-son-appel-la-mise-en-place-dune-reglementation-des-fournisseurs-de-donnees-notations].

AVOCATS SANS FRONTIÈRES et I-WATCH, « ASF and I-Watch announce their withdrawal from the procedure brought to the OECD National Contact point in France regarding Perenco's activities in Tunisia », mars 2021, [https://asf.be/publication/press-release-withdrawal-from-the-proceedings-before-the-french-ncp/].

R. BARKER, « *The urgent priority of carbon reporting* », 13 nov. 2019, [https://www.sbs.ox.ac.uk/oxford-answers/urgent-priority-carbon-reporting].

M. BIRKEN, « L'assemblée générale de TotalEnergies perturbée par des militants écologistes », *Le Huffington Post*, 25 mai 2022, [https://www.huffingtonpost.fr/actualites/article/l-assemblee-generale-de-totalenergies-perturbee-par-des-militants-ecologistes_196824.html].

L. BOISSEAU, « Après l'affaire Orpea, quelle crédibilité pour les notations extra-financières ? », *Les Echos*, 2 fév. 2022.

J. BONNARD, « Salaire des patrons : la promesse de Hollande qui a fait long feu », *Le Monde,* 25 mai 2013, [https://www.lemonde.fr/politique/article/2013/05/25/salaire-des-patrons-la-promesse-de-hollande-qui-a-fait-long-feu_3417014_823448.html].

CCFD-TERRE SOLIDAIRE, SHERPA et CGT, « Dysfonctionnements du Point de contact national de l'OCDE en France », 2013, [https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2013/09/dysfonctionnements.pcn-avec-logos_vf.pdf].

I. CHAPERON et L. GIRARD, « Danone : le conseil d'administration écarte le PDG Emmanuel Faber », *Le Monde*, 14 mars 2021, [https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/03/14/danone-le-conseil-d-administration-ecarte-le-pdg-emmanuel-faber_6073112_3234.html].

CNCC, « Exemple de rapport de l'un des commissaires aux comptes désigné OTI sur la déclaration de performance extra-financière figurant dans le rapport de gestion », janv. 2020, [https://doc.cncc.fr/docs/exemple-de-rapport-de-lun-des-co2].

CNRS, « Des émissions massives de méthane par l'industrie pétrolière et gazière détectées depuis l'espace », 3 fév. 2022, [https://www.cnrs.fr/fr/des-emissions-massives-de-methane-par-lindustrie-petroliere-et-gaziere-detectees-depuis-lespace].

COFRAC, « Accréditation des organismes tiers indépendants pour la vérification des informations sociales, environnementales et sociétales des rapports annuels du conseil d'administration ou du directoire », 15 janv. 2015, [https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/presentation_cofrac_-_accreditation_des_oti_-_plateforme_rse_15-01-15.pdf]

COMMISSION EUROPEENNE,

- « Finance durable : plan d'action de la Commission pour une économie plus verte et plus propre », 8 mars 2018, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_18_1404].

- « Passage au crible de sites web pour lutter contre l'"écoblanchiment": la moitié des allégations environnementales ne sont pas étayées par des preuves », 28 janv. 2021, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_269].

COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE DE LA HAYE, « Arbitrages relatifs au *Bangladesh Accord* », 17 juil. 2018, [https://pcacases.com/web/sendAttach/2435].

EFRAG, « Cover letter », 22 nov. 2022.

S. FAGNART, « Les chiffres de la *fast fashion* », *Causette*, 8 sept. 2021.

I. GACEMI, « Norvège : la neutralité carbone d'ici à 2050 pour le plus gros fonds souverain du monde », *Libération*, 20 sept. 2022.

GERMANWATCH, « Interesting Facts: Background information on the decision of the higher regional court Hamm », 12 déc. 2017, [https://www.germanwatch.org/en/14831]

GREENPEACE, « Neutralité carbone et greenwashing : recours contre TotalEnergies pour publicité mensongère », 3 mars 2022, [https://www.greenpeace.fr/espace-presse/neutralite-carbone-et-greenwashing-recours-contre-totalenergies-pour-publicite-mensongere/].

B. HERAUD, « Le reporting extra-financier de plus en plus pertinent… mais trop peu consulté », *Novethic*, 2018, [https://www.novethic.fr/actualite/entreprise-responsable/isr-rse/des-reportings-extra-financiers-de-plus-en-plus-transparents-et-pertinents-mais-pas-assez-consultes-146025.html].

C. HODGSON, « Who pays for climate change ? The Peruvian suing a German utility », *Financial Times*, 5 juil. 2022, [https://www.ft.com/content/e26c5813-354b-4b6b-8bc1-70b39ef9837c].

M. DE KERIMEL, « Journée mondiale de l'eau : face aux industriels de l'électronique, le collectif STop Micro appelle à la mobilisation le 1er avril 2023 », *Place Grenet*, 22 mars 2023, [https://www.placegrenet.fr/2023/03/22/journee-mondiale-de-leau-face-aux-industriels-de-lelectronique-le-collectif-stop-micro-appelle-a-la-mobilisation-le-1er-avril-2023/597364].

R. LE BAILLY, « Néo-brokers, notation extra-financière, affaire Orpea… le président de l'AMF fait le point sur ces sujets d'actualité : Interview de Robert Ophèle », *Investir – Le Journal des finances*, n°2510, 12 fév. 2022.

D. MONCIARDINI et J. MÄHÖNEN, « Goodbye, non-financial reporting ! A first look at the UE proposal for corporate sustainibility reporting », *University of Oslo, The faculty of Law*, 26 avr. 2021, [https://www.jus.uio.no/english/research/areas/sustainabilitylaw/blog/companies-markets-and-sustainability/2021/goodbye-non-financial-reporting--monciardini-mahonen.html].

B. MADELINE,

- « Et Amnesty International obligea Renault à se remettre en cause », *Le Monde*, 6 mai 2019, [https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/05/06/et-amnesty-international-obligea-renault-a-se-remettre-en-cause_5458858_3234.html].

- « Les grands groupes cibles des ONG », *Le Monde,* 7 mai 2019, [https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/05/06/les-grands-groupes-cibles-des-ong_5458611_3234.html].

A. MASSIOT, « Quand le lobby du patronat européen veut "minimiser" les efforts climatiques », *Libération*, 19 sept. 2018.

MINISTERE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE LA SOUVERAINETE INDUSTRIELLE ET NUMERIQUE, « L'investissement socialement responsable », [https://www.economie.gouv.fr/facileco/linvestissement-socialement-responsable#].

NIELSEN, « Les produits A et B gagnent des parts d'estomac », 2019, [https://www.nielsen.com/fr/fr/insights/article/2019/les-produits-a-et-b-gagnent-des-parts-destomac/].

NOVETHIC, « Dieselgate », [https://www.novethic.fr/lexique/detail/dieselgate.html].

OBSERVATOIRE DES SOCIETES A MISSION, *Infographie des sociétés à mission*, 2022, [https://www.observatoiredessocietesamission.com/].

PARLEMENT EUROPÉEN, « Sustainable economy : Parliament adopts new reporting rules for multinationals », 10 nov. 2022, [https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20221107IPR49611/sustainable-economy-parliament-adopts-new-reporting-rules-for-multinationals].

D. PIALOT, « Le patronat s'oppose aux nouvelles obligations prévues par le Grenelle », *La Tribune*, 31 janv. 2011, [https://www.latribune.fr/green-business/l-actualite/1111439/le-patronat-s-oppose-aux-nouvelles-obligations-prevues-par-le-grenelle.html].

PHILIP MORRIS FRANCE, « Philip Morris France se dote d'une Raison d'être », 1er juil. 2021, [https://www.pmi.com/markets/france/fr/medias/details/philip-morris-france-se-dote-d-une-raison-d-etre].

POINT DE CONTACT NATIONAL,

- « Groupe Michelin en Inde. Communiqué », 27 sept. 2013, [https://www.tresor.economie.gouv.fr/Institutionnel/Niveau3/Pages/8ef77cd0-f703-40c3-b02f-deb7a6d01cb6/files/26acd2b2-b78f-478d-9134-cbcedf5552dc].

- « Fin de suivi de la circonstance spécifique Michelin en Inde. Après 3 ans de procédure, le PCN félicite le Groupe Michelin qui a intégré la diligence raisonnable à sa stratégie d'entreprise », 29 fév. 2016, [https://www.tresor.economie.gouv.fr/Institutionnel/Niveau3/Pages/8ef77cd0-f703-40c3-b02f-deb7a6d01cb6/files/26acd2b2-b78f-478d-9134-cbcedf5552dc].

POLITIQUE INTERNATIONALE, « Norvège : exemple d'un fonds souverain éthique. Entretien avec Siv Jensen, Ministre norvégienne des Finances », 2019, [https://politiqueinternationale.com/revue/n162-investissement-responsable-lessor/dossier-special/norvege-exemple-dun-fonds-souverain-ethique].

C. PRUDHOMME, « Avec l'inflation, les ventes de produits bio connaissent un ralentissement inédit », *Le Monde*, 20 oct. 2022, [https://www.lemonde.fr/economie/article/2022/10/20/avec-l-inflation-les-ventes-de-produits-bio-connaissent-un-ralentissement-inedit_6146649_3234.html].

RECLAIM FINANCE,

- « AG 2022 : Un test décisif pour les "Say on Climate" », 10 fév. 2022, [https://reclaimfinance.org/site/2022/02/10/ag-2022-test-decisif-pour-les-say-on-climate/].

- « 92 civil society organizations call on financial institutions to avoid taxonomy-aligned greenwashing », 10 mars 2022, [https://reclaimfinance.org/site/en/2022/03/10/92-civil-society-organizations-call-financial-institutions-avoid-taxonomy-greenwashing/].

A. REVERCHON, « Des pratiques responsables économiquement pertinentes », *Le Monde*, 22 janv. 2008, [https://www.lemonde.fr/economie/article/2008/01/21/des-pratiques-responsables-economiquement-pertinentes_1001647_3234.html].

SERVICE DES DONNEES ET ETUDES STATISTIQUES, « Émissions de polluants atmosphériques et de gaz à effet de serre "Namea-Air" », 2 février 2017, [https://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/emissions-de-polluants-atmospheriques-et-de-gaz-effet-de-serre-namea-air].

SHERPA,

- « Usine Michelin en Inde : les plaignants dessaisissent le Point de contact national de l'OCDE », 24 sept. 2013, [https://www.asso-sherpa.org/usine-michelin-en-inde-les-plaignants-dessaisissent-point-contact-national-locde].

- « Les accords conclus par les entreprises devant le Point National de Contact de l'OCDE doivent être respectés », 21 janv. 2021, [https://www.asso-sherpa.org/les-accords-conclus-par-les-entreprises-devant-le-point-national-de-contact-de-locde-doivent-etre-respectes].

- « La société civile interpelle Thalès sur son soutien indirect à la junte birmane », 30 nov. 2021, [https://www.asso-sherpa.org/la-societe-civile-interpelle-thales-sur-son-soutien-indirect-a-la-junte-birmane].

SHERPA et ACTIONAID FRANCE, « Affaire Samsung et pratiques commerciales trompeuses : l'irrecevabilité de l'action des ONG confirmée », 30 mars 2022, [https://www.asso-sherpa.org/affaire-samsung-et-pratiques-commerciales-trompeuses-lirrecevabilite-de-laction-des-ong-confirmee].

SHERPA, CCFD-TERRE SOLIDAIRE et BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, « 3e édition du Radar du devoir de vigilance : McDonald's, Lactalis, Bigard, Adrexo, Leroy Merlin, Generali, Altrad, Euro Disney… 44 entreprises toujours hors la loi ? », 7 juil. 2021, [https://plan-vigilance.org/3e-edition-du-radar-du-devoir-de-vigilance-mcdonalds-lactalis-bigard-adrexo-leroy-merlin-generali-altrad-euro-disney-44-entreprises-toujours-hors-la-loi/].

TASK FORCE ON CLIMATE-RELATED FINANCIAL DISCLOSURES, « More than 1,000 Global Organizations Declare Support for the Task Force on Climate-related Financial Disclosures and its Recommendations », 12 fév. 2020.

TRANSPORT & ENVIRONMENT, « Dieselgate, three years on: 43 million dirty diesels on our roads – and still growing », 18 sept. 2018, [https://www.transportenvironment.org/discover/dieselgate-three-years-43-million-dirty-diesels-our-roads-and-still-growing/].

UFC-QUE CHOISIR,

- « Étiquetage nutritionnel. Le Nutri-Score soutenu par l'UFC-Que Choisir », 2 juil. 2019, [https://www.quechoisir.org/nos-combats-etiquetage-nutritionnel-le-nutri-score-soutenu-par-l-ufc-que-choisir-n68539/].

- « Ethique en toc. L'UFC-Que Choisir dépose plainte contre Samsung », 10 sept. 2020, [https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-ethique-en-toc-l-ufc-que-choisir-depose-plainte-contre-samsung-n82539/].

A. VIALA, « Le macronisme ou le spectre de l'épistocratie », *Le Monde*, 19 octobre 2017.

J. ZHANG, « Percée dans les négociations en vue d'un traité contraignant sur les entreprises et les droits humains, mais le reste du chemin sera semé d'embûches », *Investment Treaty News,* 20 déc. 2021, [https://www.iisd.org/itn/fr/2021/12/20/breakthrough-in-business-and-human-rights-binding-treaty-negotiation-but-be-prepared-for-a-bumpy-road-ahead/].

Jurisprudence

A. Jurisprudence française

1. Conseil constitutionnel

C. C., 18 sept. 1986, déc. n°86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication.*

C. C., 13 janv. 2011, déc. n°2010-85 QPC.

C. C., 8 avr. 2011, déc n°2011-116 QPC, *Michel Z.*

C. C., 23 mars 2017, déc. n°2017-750 DC, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.*

C. C., 21 mars 2019, déc. n°2019-778 DC, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*.

2. Conseil d'État

CE, 25 mars 2013, n°364950, *Département de l'Isère.*

CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres* (n°368082) et *Société NC Numericable* (n°390023).

CE, 28 sept. 2016, n°389448, *Théâtre national de Bretagne*, Lebon : *AJDA* 2016, 1840 ; *ibid*. 2150, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *AJCT* 2017, 23, étude S. DYENS et J. ROTIVEL ; *Rev. sociétés* 2017, 50, obs. P.-H. CONAC.

CE, 19 nov. 2020, n°427301, *Commune de Grande Synthe et autre* : *EEI* 2020, n° 12, p. 13, ét. 17, M. TORRE-SCHAUB ; *JCP A*., 2020, com. 2337, R. RADIGUET ; *EEI* 2021, n° 3, dossier 12, étude C. HUGLO ; *Dr. adm*, 2021, n° 3, comm.14, J.-C. ROTOULLIE ; *AJDA* 2021, p. 217, note H. DELZANGLES ; *AJDA* 2021, p. 226, note S. CASSELLA.

3. Cour de cassation

a. Chambres civiles

Cass. Civ., 4 mai 1948 : *Gaz. Pal*. 1948. 2. 40.

Cass. Civ., 25 oct. 1950 : *D*. 1951. 2.

Cass. 1ère civ., 8 mai 1963 : *D*. 1964, somm. 9.

Cass. 1ère civ., 18 juil. 1995, nº 92-20.094 : *LPA* 21 juill. 1997, p. 13, note N. HAUKSSON-TRESCH.

Cass. 1ère civ., 10 oct. 1995, n°93-20.300 : *D.* 1997, 155, note G. PIGNARRE ; *D.* 1997, chron. 85, note N. MOLFESSIS.

Cass. 1ère civ., 2 avr. 1996, n°93-15.978.

Cass. 1re civ., 6 mai 2010, n° 08-14.461 : *JCP G* 2010, 922, note F. LABARTHE ; *D*. 2011, p. 475, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *Gaz. Pal*. 2010, n° 216, p. 19, note D. HOUTCIEFF ; *RDC* 2010, p. 1197, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ*. 2010, p. 580, obs. P.-Y. GAUTIER.

Cass. 1ère civ., 17 oct. 2012, n°11-20.124 : *D*. 2013, p. 391, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *RDC* 2013, p. 576, note. M. LATINA ; *RTD civ*. 2012, p. 720, obs. B. FAGES.

Cass. 1ère civ., 28 nov. 2012 : *RDC* 2013, 505, obs. Th. GENICON

Cass. 3e civ., 17 juill. 1997, n° 95-19.166, Bull. civ. III, n° 174 : *RTD civ.* 1998, p. 363, obs. J. MESTRE.

Cass. 3e civ., 8 juin 2004, n° 02-19.739.

Cass. 3e civ., 31 mars 2005, n° 03-15.766, Bull. civ. III, n° 77.

b. Chambre commerciale

Cass. Com., 1er avr. 1997, n°94-18.912 : *BJS* 1998, p. 650, note J.-F. BARBIERI.

Cass. Com., 17 juin 1997, n° 95-11.164, Bull. civ. IV, n° 195 : *JCP G* 1997, I, 4056, obs. F. LABARTHE ; *CCC*. 1997, comm. 1777, note L. LEVENEUR ; *D*. 1998, jurispr. p. 248, note G. PIGNARRE et G. PAISANT ; *RTD civ.* 1998, p. 363, obs. J. MESTRE.

Cass. Com., 4 mai 1999, n°97-11.925 : *BJS* 1999, p. 1222, note L. GODON.

Cass. Com., 20 mai 2003, n°99-17092, Bull. 2003, IV, n°84, p. 94 : *BJS* 2003, 786, note H. LE NABASQUE ; *JCP E* 2003, 1203, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *D.* 2003, p. 2623, note B. DONDERO.

Cass. Com., 28 nov. 2006, n° 05-15.482 : *D*. 2007, p. 1996, obs. Ch. LE STANC.

Cass. Com., 23 janv. 2007, n° 05-13.189, Bull. civ. IV, n° 12 : *D*., 2007, p. 442, note X. DELPECH ; *JCP E*, 2007, n° 30, 1957, chron. F.-G. TREBULLE ; *ibid*., n° 43-44, 2303, chron. CH. CARON et G. DECOCQ ; *Propriété industrielle*, 2007, n° 6, comm. 55, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI ; *Comm. com. électr*., 2007, n° 4, comm. 54, note CH. CARON.

Cass. Com., 10 fév. 2009, n°07-20.445, Bull. 2009, IV, n°21 : *Dr. Sociétés* 2009, n°161, obs. D. GALLOIS-COCHET ; *D.* 2009, p. 559, obs. A. LIENHARD ; *JCP E* 2009, 1602, note B. DONDERO.

Cass. Com., 15 sept. 2009, n°08-19.200 : *D.* 2009, act. jurispr. 2277, obs. CHEVRIER ; *CCC* 2010, comm. 179, note N. MATHEY.

Cass. Com., 9 mars 2010, n°08-21.547, Bull. 2010, IV, n°48 : *BJS* 2010, n°109, p. 537 ; *Dr. Sociétés* 2010, n°109, note M.-L. COQUELET ; *JCP E* 2010, 1483, note S. SCHILLER ; *Rev. Sociétés* 2010, p. 230, note H. LE NABASQUE.

Cass. Com., 3 avr. 2012, n°11-17.130, Bull. 2012, IV, n°75 : *Rev. Sociétés* 2012. 571, note REYGROBELLET ; *JCP E* 2012, n°263 ; *LPA* 29 oct. 2012, note STEFANIA ; *RJDA* 2012, n°683 ; *Dr. sociétés* 2012, n°100, obs. GALLOIS-COCHET.

Cass. Com., 6 mai 2014, n°13-17.632, Bull. 2014, IV, n°81 : *Rev. Sociétés* 2014, p. 579, note E. DEZEUZE et J. TREVES.

Cass. Com., 1er mars 2017, n°15-15.448, Bull. civ. IV, n°33 : *D*. 2017. 501 ; *D*. 2017. 1075, chron. S. TREARD, F. JOLLEC, T. GAUTHIER, S. BARBOT et A.-C. Le BRAS ; *D*. 2017. 2444, obs. Y. SERRA ; *D*. 2018. 583, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *AJ contrat* 2017. 181, obs. V. LEGRAND ; *CCC* 2017. comm. 112, S. BERNHEIM-DESVAUX).

Cass. Com., 18 oct. 2017, n° 16-10.162 : *Dr. sociétés* 2018, comm. 42 ; *JCP E* 2018, 1215, n°4, obs. M. BUCHBERGER ; *RTD civ.* 2018, p. 101, obs. H. BARBIER.

Cass. Com., 12 déc. 2018, n° 17-22.268 : *RDC*, 2019, n° 1, p. 16, note Y.-M. LAITHIER ; *RTD civ*., 2019, p. 312, chron. H. BARBIER ; *Gaz. Pal.,* 2019, n° 14, p. 18, chron. D. HOUTCIEFF.

Cass. Com., 2 oct. 2019, n°18-14.849.

Cass. Com., 20 nov. 2019, n°18.12-817 : *D.* 2020. 913, note J.-C. RODA ; *RLDC* 2020, n°181, p. 19 note J. MESTRE.

Cass. Com., 18 nov. 2020, n° 19-19.463, Bull. 2020.

Cass. Com., 3 mars 2021, n°19-10.086 : *BJS* 2021, p. 16, note A. REYGROBELLET.

Cass. Com., 15 déc. 2021, n°21-11.882 et 21-11. 957, Bull. 2021.

c. Chambre criminelle

Cass. Crim., 13 mars 1979, n°78-92.341, Bull. crim., n°104, p. 92 : *JCP CI* 1979, I., chron. S. GUINCHARD.

Cass. Crim., 21 mai 1984, n°83-92.070, Bull. crim. 1984, n°185 : *D.* 1985, 105, note S. MARGUERY.

Cass. Crim., 28 mai 1997, n° 96-84342, Bull. crim. 1997, n° 211 : *JCP G* 1997, IV, 1912.

Cass. Crim., 6 mai 2003, n°02-80.284, Bull. 2003, n°94 : *D*. 2003, 2192, note E. DREYER ; *CCE* 2003, comm. n°89, obs. A. LEPAGE.

Cass. Crim., 4 nov. 2004, n°03-82.777 : *BJB* 2005, p. 257, note N. RONTCHEVSKY.

Cass. Crim., 6 oct. 2009, n° 08-87.757 : *Dr. pén*. 2009, comm. 153, n° 12, note J.-H. ROBERT.

Cass. Crim., 25 sept. 2012, n°10- 82.938, Bull. crim. n°198 : *D*. 2012. 2673, obs. L. NEYRET ; *D*. 2012. 2675, note V. RAVIT et O. SUTTERLIN ; *D*. 2012. 2711, note Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 2012, 1243, note K. LE COUVIOUR ; *Envir. et dév. durable* 2013. Étude 2, note M. BOUTONNET ; *Envir. et dév. durable* 2013. Étude 3, note S. CUENDET ; *Gaz. Pal*. 24 et 25 oct. 2012, p. 8, note B. PARANCE ; *Bull. Joly*, janv. 2013, p. 69, note F.- G. TREBULLE ; *Dr. envir*. déc. 2012, p. 371, note M.- P. CAMPROUX-DUFFRENE, V. JAWORSKI et J. SOHNLE ; *DMF* 2012, dossier spécial Erika, p. 985 à 1022, notes P. BONASSIES, Ph. DELEBECQUE, F. BERLINGIERI, B. BOULOC, M. REMOND-GOUILLOUD.

Cass. Crim., 21 oct. 2014, n°13-86.881.

d. Chambre sociale

Cass. Soc., 4 avr. 1990, « Société nouvelle des établissements Maguin », n° 86-42.626 : *Dr. soc.,* 1990, 803, note J. SAVATIER.

Cass. Soc. 3 juin 2003, n° 01-43.573, Bull. 2003, V, n°185 : *Dr. soc*. 2003. 884, obs. J. SAVATIER.

Cass. Soc. 25 nov. 2003, n°01-17.501 : *D*., 2004, 2395, note I. OMARJEE ; *Dr. soc*., 2004, p. 166, note J. SAVATIER.

e. Chambre mixte

Cass. Ch. mixte, 6 sept. 2002, n° 98-22.981, Bull. civ. ch. mixte., n° 4 : *Defrénois*, 2002, n° 24, p. 1608, chron. É. SAVAUX ; *CCC*, 2002, n° 10, comm. 151, note G. RAYMOND ; *LPA*, 2002, n° 213, p. 16, note D. HOUTCIEFF ; *D*., 2002, p. 2963, note D. MAZEAUD ; *JCP G*, 2002, n° 46, II 10173, note S. REIFEGERSTE ; *JCP E*, 2002, n° 47, 1687, note G. VINEY ; *Gaz. Pal*., 2002, n° 319, p. 5, concl. R. DE GOUTTES ; *Comm. com. électr*., 2002, n° 12, comm. 156, note PH. STOFFEL-MUNCK ; *CCC*, 2002, n° 12, chron. 22, note PH. LE TOURNEAU et A. ZABALZA ; *RTD civ*., 2003, p. 94, chron. J. MESTRE et B. FAGES ; *Gaz. Pal.*, 2003, n° 50, p. 30, note M.-L. NIBOYET ; *RTD civ*., 2003, p. 427, note V. PERRUCHOT-TRIBOULET.

4. Juridictions du fond

a. Juridictions administratives

TA Paris, 3 fév. 2021, n°1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1 : *AJDA* 2021, p. 705, trib. H. BELRHALI ; *ibid*., 2021, p. 2228, note J. BETAILLE ; *Dr. adm*. 2021, comm. 28, obs. M. DEFFAIRI ; *RFDA* 2021, p. 747, note A. VAN LANG, A. PERRIN et M. DEFFAIRI ; *JCP G* 2021, act. 247, ap. M. TORRE-SCHAUB ; *JCP G* 2021, doctr. 305, étude M. TORRE-SCHAUB.

TA Paris, 14 oct. 2021, n° 1904967, 1904972 et 1904976/4-1 : *JCP G* 2021, act. 247, ap. M. TORRE-SCHAUB ; *JCP G* 2021, doctr. 305, étude M. TORRE-SCHAUB ; *JCP G* 2021, act. 1195, ap. M. HAUTEREAU-BOUTONNET.

b. Juridictions judiciaires de première instance

T. com. Aix-en-Provence, 13 sept. 2021, n°2021004507.

T. com. Brive-la-Gaillarde, 24 sept. 2021, n°2021F00036

T. com. Paris, 25 mai 2021, n°2021001119.

T. corr. Paris, 20 déc. 1990 : *Gaz. Pal*. 1991, 1, jurispr. p. 157, note J.-P. MARCHI.

TGI Paris, 17e ch., 7 mai 2014, n° 13/16669.

TJ Nanterre, ord. réf., 30 janv. 2020, n°19/02833.

TJ Paris, réf., 28 fév. 2023, n°22/53942.

T. corr. Lille, 12 janv. 2023, n°2023-219.

c. Juridictions judiciaires de seconde instance

CA Paris, ch. corr. 9, sect. A, 16 déc. 1998, n°98/00828.

CA Paris, 2e ch., 23 fév. 2012, n°159.

CA Paris, 19 déc. 2013, n°12/22644 : *Rev. sociétés* 2014. 306, note A. VIANDIER ; *JCP E* 2015, n° 7-8, p. 45, note F. G. TREBULLE.

CA Paris, 5-7, 30 janv. 2014, n°2012/16612.

CA Lyon, 7e ch. corr., 29 oct. 2008.

CA Poitiers, 2e ch., 18 janv. 2011, n°09/01143 : *RPC* 2011, n°154, obs. DELATTRE.

CA Versailles, 10 déc. 2020, n°20/01693.

CA Versailles, 14e ch., 18 nov. 2021, n°21/01661.

B. Jurisprudence européenne

CEDH, 30 juin 2020, *Petro Carbo Chem S.E. c. Roumanie*, n°21768/12 : *Rev. sociétés* 2021, 39, note G. PARLEANI ; *Légipresse*, 2020, 406 et les obs. ; *Ibid*., 515, étude C. BIGOT ; *RTD com*., 2020, 867, obs. A. LECOURT ; *JCP E*, 2021, 1014, n°4, obs. L. ATHLAN.

CEDH, 1er juill. 2021, *Association Burestop et autres c. France*, n°56176/18.

CJUE, 16 avr. 2015, *Nemzeti Fogyasztovédelmi Hatosag*, aff. C-388/13.

C. Jurisprudence étrangère

Supreme Court of United States, *TSC Industries, Inc. V. Northway, Inc*., 426 U.S. 438, 1976.

Supreme Court of California, *Kasky v. Nike, Inc.,* 27 Cal. 4th 939, 2 mars 2002.

5th Cir., *Comer v. Murphy Oil USA et al*., 16 oct. 2009, 585F.3d 855.

District Court Essen, 15 déc. 2016, n°2-O-285/15.

Civil High Court of Hamm, 13 nov. 2017.

Cour suprême des Pays-Bas, 20 déc. 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

Tribunal de La Haye, *Milieudefensie et al. c/ RoyalDutch Shell*, 26 mai 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339.

D. Sentences arbitrales

International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, 14 déc. 2012, ICSID Case n°ARB/08/5.

International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Decision on Counterclaims, 7 fév. 2017, ICSID Case n°ARB/08/5.

Documents d'enregistrement universel et codes de conduite d'entreprises[1]

AIR LIQUIDE,

- *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 3 mars 2021.
- *Code de conduite*, 2022.

BNP PARIBAS, *Document d'enregistrement universel 2020,* déposé le 2 mars 2021.

BOUYGUES,

- *Document de référence*, déposé le 20 mars 2019.
- *Document d'enregistrement universel 2021,* déposé le 23 mars 2022.

CARREFOUR,

- *Document de référence 2018*, déposé le 29 avril 2019.
- *Document d'enregistrement universel 2019*, déposé le 30 avril 2020.

CASINO, *Document d'enregistrement universel 2021*, déposé le 31 mars 2022.

CREDIT AGRICOLE,

- *Document de référence*, déposé le 26 mars 2019.
- *Document d'enregistrement universel 2020,* déposé le 24 mars 2021.
- *Document d'enregistrement universel 2022*, déposé le 27 mars 2023.

DANONE, *Code de conduite des partenaires commerciaux de Danone*, 2016.

[1] Seuls sont mentionnés les documents cités dans le corps du texte ; ne sont pas mentionnés tous les documents étudiés dans le cadre de l'enquête de terrain.

DASSAULT SYSTEMES,

- *Document de référence*, déposé le 26 mars 2019.
- *Document d'enregistrement universel 2022*, déposé le 17 mars 2023.

ESSILORLUXOTTICA, *Document de référence*, déposé le 9 avril 2019.

HERMES, *Document de référence*, déposé le 10 avril 2019.

LEGRAND, *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 12 avril 2021.

L'OREAL,

- *Document de référence,* déposé le 14 mars 2019.
- *Document d'enregistrement universel 2020,* déposé le 16 mars 2021.
- *Document d'enregistrement universel 2021*, déposé le 17 mars 2022.
- *Document d'enregistrement universel 2022*, déposé le 16 mars 2023.

LVMH, *Code de conduite.*

ORANGE,

- *Document de référence*, déposé le 21 mars 2019.
- *Document d'enregistrement universel 2021*, déposé le 31 mars 2022.

ORPEA, *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 12 mai 2021.

PERNOD RICARD, *Document d'enregistrement universel 2020-2021,* déposé le 22 sept. 2021.

PSA,

- *Document de référence,* déposé le 26 mars 2019.
- *Document d'enregistrement universel 2019,* déposé le 21 avril 2020.

PUBLICIS GROUPE, *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 9 avril 2021.

RENAULT,

- *Document de référence*, déposé le 15 avril 2019.
- *Document d'enregistrement universel 2019,* déposé le 19 mars 2020.
- *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 15 mars 2021.

SAFRAN,

- *Document de référence*, déposé le 29 mars 2019.
- *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 31 mars 2021.

SAINT-GOBAIN, *Document de référence*, déposé le 15 mars 2019.

SCHNEIDER ELECTRIC,

- *Document de référence*, déposé le 15 mars 2019.
- *Document d'enregistrement universel 2019*, déposé le 17 mars 2020.
- *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 23 mars 2021.

SOCIETE GENERALE,

- *Document d'enregistrement universel 2021*, déposé le 9 mars 2022.
- *Document d'enregistrement universel 2022*, déposé le 13 mars 2023.

THALES,

- *Document de référence*, déposé le 8 avril 2019.
- *Document d'enregistrement universel 2020*, déposé le 12 avril 2021.

TOTALENERGIES (anciennement TOTAL),

- *Document d'enregistrement universel 2019*, déposé le 20 mars 2020.
- *Document d'enregistrement universel 2021*, déposé le 25 mars 2022.

VEOLIA,

- *Document de référence*, déposé le 13 mars 2019.
- *Nos principes fondamentaux de la relation fournisseurs*, 2019.
- *Document d'enregistrement universel 2021*, déposé le 20 mars 2022.

VINCI, *Document de référence*, déposé le 27 février 2019.

WORLDLINE, *Document d'enregistrement universel 2021,* déposé le 25 avril 2022.

Index

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

-A-

Activisme actionnarial : 690 s., 913.

Affichage environnemental et social : 670 s.

Arbitrage : 933 s, 950 s.

Audit : 397 s., 666, 794.

Autorégulation : 72 s., 222, 286, 625, 810, 814, 863.

Autorité des Marchés Financiers (AMF) : 284, 462 s., 582, 585 s.

-B-

Banques (établissements financiers) : 137, 255, 260, 609, 683, 688.

-C-

Certification :

- de l'information : 387 s.
- d'un produit ou d'une entreprise : 656 s.

Codes de conduite et chartes éthiques : 31, 73, 525 s., 568, 638, 812, 818 s., 862, 912.

Codes de gouvernement d'entreprise : 215, 584, 754.

Comité Social et Economique (CSE) : 767 s.

Commande publique : 675 s.

Commissaire aux comptes : 348 s., 355, 370 s., 423.

Communication : 9, 12, 327, 514, 517, 607, 611, 846. V. également « éco-blanchiment ».

Compliance : 602 s.

Comply or explain : v. *report or explain.*

Comptabilité : 237, 415, 646.

Concurrence (avantage concurrentiel) : 636 s.

Consolidation : v. « Groupe de sociétés ».

Consommation :

- droit de la consommation : 505 s., 579 s.
- consommation socialement responsable : 641 s.

Contractualisation (de la RSE) : 820 s.

Contrats (droit des) : 478 s.

Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) : 44, 68, 114, 118, 139, 145, 152, 159, 265, 268, 355, 404, 460, 762, 968.

-D-

Déclaration de performance extra-financière (régime général) : 66, 106 s.

Développement durable : 47 s., 855, 858.

Diffusion d'informations fausses ou trompeuses (délit) : 499 s.

Dol : 483 s.

Droit souple : 70 s., 238 s., 275 s., 308, 453 s., 570, 626, 672, 844 s., 864, 913.

-E-

Eco-blanchiment : 254 s., 260, 269, 327, 332, 508 s., 519 s, 529, 611, 711, 846.

Entreprise

- notion : 55 s.
- citoyenne : 741.
- Doctrine (de l'entreprise) : 56, 740.
- élargie : 802.

Environnement (notion) : 21 s., 858.

Erreur (vice du consentement) : 483 s.

Ethique : 31, 857.

-F-

Faute : 180 s., 475 s., 782, 907, 911 s., 921 s.

-G-

Global Reporting Initiative (GRI) : 289 s, 660.

Greenwashing : v. « éco-blanchiment ».

Groupe de sociétés : 56, 141 s., 193 s., 875, 884, 919. V. également « société mère ».

Gouvernance d'entreprise : 584, 748 s.

-H-

Harmonisation : 163, 174, 306 s.

Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise : 584.

-I-

Image fidèle : 237, 269.

Indicateur clé de performance (ICP) : 169, 173, 270.

Information

- notion : 9 s.
- financière : 43, 121, 229, 237, 269, 373, 453, 475, 499 s.

Injonction :

- judiciaire : 437 s., 897 s., 906 s.
- administrative : 462 s.

Interdisciplinarité : 83, 361, 546, 550.

Intérêt :

- à agir : 877 s., 887.

- général : 586, 688, 739, 809.
- social : 779 s.

Investissement socialement responsable : 681 s.

-J-

Judiciarisation, juge : 440, 446, 481, 519 s., 578, 586, 727, 790, 825, 866 s., 875 s., 893 s.

-L-

Label, labellisation : 656 s.

Lien de causalité : 881 s.

Lobbying : 241, 595, 741, 850 s.

-M-

Matérialité (principe de) : 172, 222, 226 s., 268.

Modèle d'affaires : 157 s.

Modes alternatifs de résolution des conflits (MARC) : 930 s.

Mission (société à) : 792 s., 915.

-N-

Name and shame : 582 s., 591, 610. V. également « réputation ».

Norme :

- notion : 71.
- de l'EFRAG : 163, 170, 174, 317 s, 762.
- ISO 26000 : 288, 660.
- normalisation : 223, 272 s., 714.

Notation extra-financière : 711 s.

Nudge : 672.

-O-

Obligation (notion) : 16 s.

Organisme tiers indépendant : 339 s., 345 s., 387 s., 794.

-P-

Pacte Mondial (des Nations Unies) : 588.

Parties prenantes : 17, 210, 362 s., 740, 746, 751 s., 802, 953.

Petites et moyennes entreprises (PME) : 59, 127 s., 139

Point de Contact National (PCN) : 940 s.

Pouvoir (de l'entreprise) : 194, 725 s., 805, 807 s, 822, 831, 920.

Pratiques commerciales déloyales : 506 s.

Préjudice : 879 s., 886, 917.

-R-

Raison d'être : 785 s., 915.

Régulation :

- notion : 71 s., 544 s., 861 s., 965.
- informationnelle : 85 s., 615 s.

Rapport de gestion : 128, 211, 214, 373 s.

Rapport sur le gouvernement d'entreprise : 214 s., 380.

Report or explain : 215, 233 s., 254 s., 268, 591.

***Reporting* intégré** : 269, 303 s., 316, 646.

Réputation : 555 s., 599 s., 955.

Responsabilité civile :

- de la société : 868, 919 s.
- de la société mère : 921.
- du dirigeant : 472 s., 911 s.

Responsabilité pénale : 497 s.

Responsabilité Sociale de l'Entreprise (RSE) :

- notion : 29 s.
- conceptions : 275, 643, 739 s.
- critiques : 854 s.

Risque : 167, 252 s, 560 s., 605 s.

-S-

Sanction : 431 s., 622, 795.

Sanction extra-juridique, économique : 547, 551, 555 s., 622.

Say on climate : 692 s.

Secteur d'activité : 135, 293.

Société mère : 67, 141, 178 s., 829, 875 s., 919 s., 927.

Soft law : v. « droit souple ».

Sphère d'influence : 731, 802 s.

Standard :

- juridique : 903, 907, 912 s., 928.
- norme technique : v. « normalisation ».

Suivi : 591 s.

Système de management : 343, 661.

-T-

Taxonomie (européenne durable) : 703, 707, 709, 714.

Transaction (MARC) : 935.

Transnational (caractère) : 60, 830, 875, 932, 951.

Transparence (notion) : 11 s.

-V-

Vérification (de l'information) : 337 s.

Vigilance (devoir de) : 67, 178 s., 232, 262 s., 445 s., 829 s., 897 s., 922 s.

Table des matières

INTRODUCTION 1

§1. Délimitation de l'étude 3

A. La nature de la transparence : un devoir 4

B. L'objet de la transparence : la matière environnementale et sociale 10

1. Le contenu de la matière environnementale et sociale 11

2. L'assimilation de la matière environnementale et sociale à l'objet de la Responsabilité Sociale d'Entreprise 14

3.L'éviction d'autres notions descriptives de la matière environnementale et sociale…….. 21

a.L'éviction du qualificatif « extra-financier » 21

b.L'éviction du concept de « développement durable » 23

C.Les sujets de la transparence : les grandes entreprises 26

1.L'entreprise…….. 26

2.La grande entreprise 29

§2. Démarche de l'étude 31

A.L'analyse du droit positif 31

1.Un cadre législatif mouvant 31

2.Des sources hétérogènes 35

B.L'analyse des pratiques des entreprises 39

§3. Objectifs de l'étude 40

PREMIERE PARTIE LA FONCTION ELEMENTAIRE D'INFORMATION DE LA TRANSPARENCE EN MATIERE ENVIRONNEMENTALE ET SOCIALE : UNE AMELIORATION NECESSAIRE 49

TITRE 1 : LA PERTINENCE PERFECTIBLE DE L'INFORMATION 51

Chapitre 1 : Un socle général insuffisamment étendu 53

Section 1. Un dispositif d'information transversal : la déclaration de performance extra-financière 55
§1. Le périmètre de la déclaration de performance extra-financière 55
A.Le champ d'application de la déclaration de performance extra-financière 56
1.Les critères d'application retenus 56
a.Un critère territorial 56
b.Un critère lié à la forme de la société 58
c.Un critère lié à la taille de la société 60
i.Les grandes entreprises, cibles privilégiées 61
ii.Les petites et moyennes entreprises, cibles en devenir 63
2.L'impact réel de l'entreprise, un critère d'application indifférent 67
a.Le caractère contestable de l'indifférence de l'impact réel de l'entreprise 68
b.L'atténuation de l'indifférence de l'impact réel de l'entreprise 74
B. La consolidation de la déclaration de performance extra-financière 75
§2. Le contenu de la déclaration de performance extra-financière 81
A. Les principaux éléments de la déclaration de performance extra-financière 81
1. Une orientation générale définie au niveau légal 81
2. Des catégories d'information précisées au niveau réglementaire 84
a. Le modèle d'affaires de l'entreprise 84
b. Les items environnementaux et sociaux 86
B.La méthodologie de la déclaration de performance extra-financière 89
1. La présentation des éléments de la déclaration de performance extra-financière 89
2. Les principes méthodologiques de la déclaration de performance extra-financière 93

Section 2. Des dispositifs d'information ciblés : le plan de vigilance et le rapport sur le gouvernement d'entreprise 97
§1. Le plan de vigilance 98
A.Le caractère hybride de l'obligation de vigilance 98
B. Le fonctionnement ambitieux du plan de vigilance 103
1.La portée élastique du plan de vigilance 103
a.Le champ d'application restreint du plan de vigilance 103
b.Le périmètre d'application extensif du plan de vigilance 106

i.L'objectif du périmètre : l'alignement du pouvoir juridique sur le pouvoir économique…….106
ii.La couverture du périmètre.....108
2. Le contenu opérationnel du plan de vigilance.....114
§2. Le rapport sur le gouvernement d'entreprise 119

Conclusion du chapitre 1.....123

Chapitre 2 : Une mise en œuvre insuffisamment harmonisée.....125

Section 1. La matérialité des informations 127
§1. La flexibilité permise par le principe de matérialité 127
A.La consécration légale du principe de matérialité 127
B.La souplesse du principe de matérialité 133
§2. La nécessité d'un encadrement du principe de matérialité.....139
A.Le constat d'un détournement de la matérialité 139
1. La cause : une définition imprécise de la matérialité en droit.....139
2. La conséquence : une interprétation disparate de la matérialité en pratique 142
a.La sélection des risques liés à l'activité de l'entreprise.....143
b.La sélection des principaux risques créés par les relations d'affaires de l'entreprise et ses produits et services…. 146
i.Les risques liés aux produits et services 147
ii.Les risques liés aux activités des relations d'affaires.....149
B.Les propositions d'encadrement de la matérialité 151

Section 2. La normalisation des informations.....157
§1. La profusion des référentiels normatifs.....157
A. Un phénomène inhérent au mouvement de la Responsabilité Sociale d'Entreprise 157
B. Un phénomène prolifique.....159
1. Des référentiels publics à vocation transversale.....160
2. Des référentiels privés à vocation transversale 162
3. Des référentiels privés à vocation thématique.....168

a. Des référentiels consacrés à des thématiques particulières 168
b. Un référentiel consacré au reporting intégré 170
§2. L'harmonisation des référentiels normatifs 172
A.La confusion causée par la profusion des référentiels normatifs 172
B.La nécessaire harmonisation des référentiels normatifs 174
1.L'expression de la nécessité d'une convergence normative 174
2.Des initiatives d'harmonisation 176

Conclusion du chapitre 2 181

CONCLUSION DU TITRE 1 183

TITRE 2 : LA FIABILITE INSUFFISANTE DE L'INFORMATION 185

Chapitre 1 : Un contrôle formel du vérificateur 187

Section 1. Le cadre de la vérification des informations 189
§1. Le champ d'application de la vérification des informations 189
§2. Les qualités du vérificateur des informations 192
A.L'indépendance du vérificateur 192
1. Les garanties légales d'indépendance 193
2. Le renforcement nécessaire des garanties d'indépendance 196
B.La compétence du vérificateur 200

Section 2. L'objet restrictif de la vérification des informations 209
§1. La nature de la vérification : un audit de pure conformité 209
A. L'étendue du contrôle du commissaire aux comptes 209
1. L'attestation relative à la déclaration de performance extra-financière 210
2. La revue des autres informations extra-financières 214
B.L'étendue de la vérification par l'organisme tiers indépendant 216
1. L'encadrement de la mission de l'organisme tiers indépendant 217
2. Une logique de conformité assortie d'un niveau d'assurance modéré 221

§2. Les défaillances de la vérification : les insuffisances d'un audit de pure conformité 228
A.L'efficacité restreinte de la vérification des informations 228
B.La possibilité de renforcer la vérification des informations 236
1. Les solutions internes aux entreprises 236
2. Les solutions externes aux entreprises 237

Conclusion du chapitre 1 241

Chapitre 2 : Un arsenal administratif et judiciaire inégal 243

Section 1. L'applicabilité certaine de la sanction de l'injonction 245
§1. Une sanction principale : l'injonction judiciaire 245
A. Le domaine variable de l'injonction judiciaire 245
1. Un champ limité en matière de déclaration de performance extra-financière 246
2. Un champ étendu en matière de plan de vigilance 248
B. Une sanction révélatrice de l'approche souple du législateur 252
§2. Une sanction secondaire : l'injonction administrative 259

Section 2. L'applicabilité aléatoire de sanctions issues d'autres branches du droit 263
§1. La voie infructueuse des qualifications civiles 263
A.La mise en œuvre hypothétique des qualifications délictuelles 264
B.L'application inadaptée des qualifications contractuelles 267
1. L'existence des qualifications contractuelles 268
a.Au stade de la formation du contrat : les vices du consentement 268
b. Au stade de l'exécution du contrat : la théorie de l'effet obligatoire de l'information 272
2. L'inadaptation des qualifications contractuelles 273
§2. La voie prometteuse des qualifications pénales 276
A.L'inexploitation des qualifications issues du droit pénal de l'information financière 276
B.L'exploitation des qualifications issues du droit pénal de la consommation 278
1.La qualification accueillante des pratiques commerciales déloyales 279

2.Les orientations favorables du droit de la consommation 289

Conclusion du chapitre 2.....*297*

CONCLUSION DU TITRE 2.....299

CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....301

DEUXIEME PARTIE LA FONCTION COMPLEMENTAIRE DE REGULATION DE LA TRANSPARENCE EN MATIERE ENVIRONNEMENTALE ET SOCIALE : UNE AMBITION EN CONSTRUCTION.....ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.

TITRE 1 : LES RÉTRIBUTIONS DE MARCHÉ AU SOUTIEN DE LA RÉGULATION ...307

Chapitre 1 : Une peine : la sanction réputationnelle.....*309*

Section 1. L'existence d'un risque réputationnel.....311
§1. Un risque de sanction réputationnelle diffus 311
A. L'effet normatif de la sanction réputationnelle 312
B. L'efficacité de la sanction réputationnelle 317
§2. Un risque de sanction réputationnelle institutionnalisé 322
A.Les manifestations de l'institutionnalisation de la sanction réputationnelle 322
1. Les sanctions réputationnelles dans l'ordre interne.....322
2. Les sanctions réputationnelles dans l'ordre international.....329
B. L'inscription de la sanction réputationnelle dans une logique de suivi 331

Section 2. La maîtrise du risque réputationnel.....337
§1. Le processus d'identification du risque réputationnel 337
A.L'essor de la *compliance* 337
B.Le risque réputationnel par le prisme de la *compliance*.....343
§2. Le processus de gestion du risque réputationnel 346

A.L'effet régulateur de la gestion du risque 346
B.La mise en œuvre de la gestion du risque 353

Conclusion du chapitre 1.....*357*

Chapitre 2 : Une récompense : l'avantage concurrentiel.....*359*

Section 1. Le levier de la consommation socialement responsable 361
§1. L'essor de la consommation socialement responsable.....361
A.L'existence d'un facteur de compétitivité lié à la performance sociale des entreprises.....361
B. L'émergence du consommateur socialement responsable 365
§2. Les dispositifs d'information du consommateur socialement responsable.....370
A. Un dispositif volontaire : la labellisation et certification.....370
1. L'essor des labels et certifications.....370
2. L'enjeu de la fiabilité des labels et certifications 375
B. Un dispositif obligatoire : l'affichage social et environnemental des produits et services 379
§3. Le développement de la commande publique responsable 383

Section 2. Le levier de l'investissement socialement responsable.....387
§1. L'essor de l'investissement socialement responsable 387
A. L'insaisissabilité conceptuelle de l'investissement socialement responsable.....387
B. La diversité des manifestations de l'investissement socialement responsable.....391
§2. Les dispositifs d'information de l'investisseur socialement responsable.....400
A. Les obligations d'information extra-financière.....400
B.La notation extra-financière 406

Conclusion du chapitre 2.....*411*

CONCLUSION DU TITRE 1 413

TITRE 2 : LES MUTATIONS DU RÔLE DE L'ENTREPRISE AU SOUTIEN DE LA RÉGULATION 415

Chapitre 1 : L'entreprise à l'épreuve d'un pouvoir nouveau 417

Section 1. Les fondements du nouveau pouvoir de l'entreprise 419
§1. Une transformation mise en œuvre par l'entreprise 419
A. Les motivations de la transformation des finalités de l'entreprise 419
1. La conception normative de la RSE 420
2. La conception utilitariste ou instrumentale de la RSE 422
B. Le moyen de la transformation des finalités de l'entreprise : la gouvernance d'entreprise 424
§2. Une transformation soutenue par le droit 431
A. La promotion d'une ouverture de la gouvernance des entreprises 432
1. Une gouvernance ouverte aux parties prenantes 432
2. Une gouvernance spécifiquement ouverte aux salariés 436
B. La promotion d'un meilleur engagement des entreprises 441
1. Le premier niveau d'engagement : la redéfinition de l'intérêt social 442
2. Le deuxième niveau d'engagement : la raison d'être 445
3. Le troisième niveau d'engagement : la société à mission 449

Section 2. Les manifestations du nouveau pouvoir de l'entreprise 455
§1. Le phénomène de diffusion de la RSE auprès des parties prenantes 455
A. Le périmètre de diffusion de la RSE par l'entreprise 455
B. Le canal informel de diffusion de la RSE par l'entreprise : l'effet de mimétisme 460
§2. La formalisation de la diffusion de la RSE auprès des parties prenantes 463
A. Les voies conventionnelles de diffusion de la RSE 463
B. Une voie légale de diffusion de la RSE : le devoir de vigilance 470

Conclusion du chapitre 1 475

Chapitre 2 : L'entreprise à l'épreuve d'une responsabilité nouvelle *477*

Section 1. Le phénomène de juridicisation de la RSE 479
§1. Les causes de la juridicisation de la RSE 479
A. Les limites de l'approche flexible 479
1. Les limites du recours au droit souple 479
2. Les limites du recours à la RSE 486
B. Les remèdes aux limites de l'approche flexible 491
1. Le durcissement de la réglementation 491
2. Le passage d'une responsabilité sociale à une responsabilité juridique 496
§2. Les enjeux de la juridicisation de la RSE 502
A. L'enjeu spatial. 502
B. L'enjeu temporel 510

Section 2. Les voies de juridicisation de la RSE 515
§1. Les voies juridictionnelles 515
A. La voie de l'action préventive 516
1. Une voie paralysée en droit interne 516
2. Une voie développée en droit néerlandais 520
B. La voie de l'action réparatrice 523
1. La voie inopérante de l'engagement de la responsabilité des dirigeants 523
2. La voie prometteuse de l'engagement de la responsabilité des sociétés 528
§2. Les voies para-juridictionnelles 534
A. L'accès restreint aux voies para-juridictionnelles 534
1. Le champ limité des modes alternatifs de résolution des conflits communs 534
2. Les dysfonctionnements d'un mode alternatif de résolution des conflits spécifique 538
B. L'absence d'autonomie des voies para-juridictionnelles 543

Conclusion du chapitre 2 ..... *547*

CONCLUSION DU TITRE 2 549

CONCLUSION DE LA PARTIE 2 551

CONCLUSION GENERALE 553

BIBLIOGRAPHIE 557

INDEX 635

ANNEXE 649

Annexe

Grille d'analyse enquête de terrain

(déclarations de performance extra-financières des sociétés françaises cotées au CAC 40)

Présentation de la société
Dénomination sociale (de la société mère)
Forme sociale (de la société mère)
Secteur d'activité (du groupe)
Chiffre d'affaires (du groupe)
Effectif salarié (du groupe)
Présence du groupe dans d'autres États
Présentation générale de la déclaration de performance extra-financière (DPEF)
Date du dépôt auprès de l'AMF du document de référence (document d'enregistrement universel)
Place de la DPEF dans le document (un chapitre lui est-il dédié ? Est-elle placée dans une autre section du document ? Est-elle disséminée à différents endroits du document ?)
Nombre de pages
Nombre de pages :
Aspect visuel : couleurs ? représentation graphique ? ressemble à un compte-rendu textuel ou aspect « marketing » ?
La DPEF est-elle accessible depuis le site internet ?
Structure (titres choisis, séparation des enjeux environnementaux et sociaux ?)

Intégration des informations financières et extra-financières
Intègre-t-elle les données financières et extra-financières au sein de la DPEF ? Existe-t-il un rapport intégré ?
Méthodologie
La société présente-t-elle sa méthodologie ? (choix des indicateurs, modalités de calcul, périmètre, processus de collecte des données, etc.)
Remarques sur la méthodologie (ex : périmètre choisi restreint, etc.)
Existe-t-il une table de correspondance ? La table de correspondance renvoie-t-elle aux thèmes légaux ou aux items réglementaires ?
Mentionne-t-elle des référentiels normatifs ? Lesquels ?
Contenu
Présente-t-elle ses informations en utilisant le triptyque risques/politiques/résultats ? Leur accorde-t-elle une importance inégale (ex : peu de résultats présentés) ?
Comment utilise-t-elle le principe de matérialité / de significativité ? Apporte-t-elle des précisions sur le processus de sélection des risques ? Présente-t-elle une matrice de matérialité ?
Les risques identifiés sont-ils strictement liés à son activité ou intègre-t-elle les risques créés par ses relations d'affaires et ceux liés à l'utilisation de ses biens et services ?
Les risques sont-ils entendus comme les risques causés par son activité ou les risques qu'elle subit (simple ou double matérialité) ?
Utilise-t-elle la règle *report or explain* ?
Si oui, quelles catégories d'information sont-elles exclues ? La justification est-elle succincte, détaillée ? Utilise-t-elle la règle pour exclure les thèmes légaux ou les items réglementaires ou les deux ?
Si non, renseigne-t-elle bien toutes les catégories d'information ? En exclut-elle de sa DPEF

sans apporter de justification ?
Mentionne-t-elle certains thèmes ou items dans une logique de *tick-boxing* ?
La société présente-t-elle ses informations sous une logique chiffrée ou plutôt sous un format narratif ? (phrases d'explication neutres ? narratives ? promotionnelles ?)
Certaines catégories d'information semblent-elles lacunaires au regard de l'impact réel du groupe ? (ex : comment la lutte contre le changement climatique est traitée par un groupe du secteur de l'énergie ?)
La société utilise-t-elle des indicateurs clés de performance (ICP) ?
Comment sont-ils calculés ? Utilise-t-elle la pratique du taux de réalisation d'objectif ? Utilise-t-elle la valeur absolue ou la valeur relative, comparativement au chiffre d'affaires ?
Compare-t-elle les ICP N et N-1 ? Justifie-t-elle de moins bons résultats ?
Mentionne-t-elle des enjeux environnementaux et sociaux non prévus par la loi ?
Vérification par organisme tiers indépendant (OTI)
Qui est l'OTI ? Est-il le même que le contrôleur légal des comptes ?
Conclusion de l'OTI (présence d'anomalies significatives) ? Formule-t-il des réserves ? des commentaires ?
Existe-t-il un rapport supplémentaire d'assurance raisonnable/modérée ? Comment sont sélectionnées les informations qui font l'objet de cette assurance supplémentaire ?
Autres remarques
Se réfère-t-elle à un autre instrument RSE (code de conduite) ?
Points communs entre DPEF ? Des phrases standardisées sont-elles communes aux différentes DPEF étudiées ? Existe-t-il des ressemblances entre groupes du même secteur ?
Remarques diverses / particularités

Résumé : Le devoir de transparence environnementale et sociale des grandes entreprises, dispositif phare de la Responsabilité Sociale d'Entreprise (RSE), se caractérise par la dualité de sa fonction. Ce devoir consiste pour l'entreprise à apporter une information à ses parties prenantes quant aux impacts environnementaux et sociaux de son activité. Au regard des risques de pratiques de *greenwashing* ou *socialwashing* de la part des entreprises, la qualité de l'information apportée est déterminante. Un enchevêtrement de mécanismes de droit dur et de droit souple est ainsi mis en œuvre au service de la pertinence et de la fiabilité des informations. En outre de sa fonction informative, le devoir de transparence environnementale et sociale revêt une fonction régulatrice. L'instauration d'un tel devoir par les pouvoirs publics a pour objectif de guider les entreprises vers une prise en compte effective des impacts décrits dans les documents d'information. En d'autres termes, le devoir de transparence invite l'entreprise à concrétiser son discours en actes tangibles. A cet effet, des mécanismes juridiques et extra-juridiques sont mobilisés, reposant sur les rétributions du marché (sanction réputationnelle notamment) et sur les mutations de la place de l'entreprise dans la société. En définitive, tout l'enjeu du droit de la RSE réside dans sa capacité à élaborer une norme juridique (l'obligation d'information en matière environnementale et sociale) qui soit de nature à susciter le respect par les entreprises d'une norme sociale non sanctionnée juridiquement (la prise en compte effective des enjeux environnementaux et sociaux).

Abstract : The big companies' duty of transparency on environmental and social issues, the main legal instrument of the Corporate Social Responsibility (CSR), has two functions. Its first function is to keep stakeholders informed of the main environmental and social impacts related to business activities. The relevance and the reliability of the reporting is supported by both soft and hard law mechanisms. The duty of transparency has also a regulatory function: such a duty, defined by public authorities, aims for companies to take their impacts into account. Companies are encouraged to make their statements operational with the help of extra-legal and legal mechanisms. Ultimately the main goal of CSR is to create a legal norm (the non-financial reporting) that can encourage companies to better comply with a non-binding social norm (the reduction of environmental and social impacts).