



**HAL**  
open science

## De la transparence à la vigilance ou le renforcement des obligations en matière de RSE

Virginie Mercier

► **To cite this version:**

Virginie Mercier. De la transparence à la vigilance ou le renforcement des obligations en matière de RSE. Virginie Mercier. RSE & Médiation - Regard croisé France-Canada, Presses Universitaires Aix Marseille (PUAM ), 2018, 9782731411096. hal-01897489

**HAL Id: hal-01897489**

**<https://amu.hal.science/hal-01897489>**

Submitted on 23 Jan 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

# DE LA TRANSPARENCE À LA VIGILANCE OU LE RENFORCEMENT DES OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE RSE

Virginie MERCIER\*

Définie par la Commission européenne comme étant « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société »<sup>1</sup>, la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) constitue une démarche volontaire engagée par certaines entreprises qui cherchent à aller au-delà des obligations juridiques applicables, en collaborant de façon étroite avec leurs différentes parties prenantes<sup>2</sup>. À ce titre, les entreprises ont le choix des moyens qu'elles utilisent afin de matérialiser l'existence et le degré d'intensité de leurs engagements, tout particulièrement en imposant certaines exigences dans leurs relations contractuelles, par la voie de codes de bonne conduite à destination des fournisseurs et sous-traitants, de chartes, de conditions générales, d'engagements unilatéraux, de contrats de droit commun ou spécifiques.

Appréhendée comme un nouveau standard de gouvernance de l'entreprise, cette démarche implique qu'une entreprise doit non seulement se soucier de sa rentabilité et de sa croissance, mais aussi de ses impacts sociaux, sociétaux et environnementaux. Elle doit donc être plus attentive aux préoccupations de ses parties prenantes<sup>3</sup>, tenir compte de l'incidence de son activité sur les tiers et de l'impact que l'action de ces derniers peut avoir sur elle<sup>4</sup>. Grâce à une écoute et un échange susceptible d'aboutir à un partenariat collaboratif avec les parties prenantes, la démarche permet, de manière volontaire et progressive, de réguler certaines pratiques et d'intégrer un souffle d'éthique dans les milieux d'affaires<sup>5</sup>. La RSE permet ainsi d'associer logique économique, responsabilité sociale et éco-responsabilité<sup>6</sup>.

Cette vision volontariste de la RSE, qui implique des entreprises qu'elles contractent de leur propre initiative des engagements visant à élever les normes liées au développement social, à la protection de l'environnement et au respect des droits fon-

---

\* Maître de conférences HDR, Directrice de la Chaire Responsabilité sociétale des entreprises et développement durable (RSE & DD), Directrice de l'Institut de droit de l'environnement et du développement durable, Centre de droit économique (EA 4224), Aix Marseille Université, France

<sup>1</sup> Commission européenne, Communication « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », Com. (2011) 681 final, du 25 octobre 2011, p. 7.

<sup>2</sup> V. Mercier, « Responsabilité sociétale des entreprises », *Études Joly Société*, n° ER040.

<sup>3</sup> Salariés, actionnaires, clients, fournisseurs, État et collectivités locales, médias et société civile dont les ONG sont les porte-paroles.

<sup>4</sup> F.-X. Trébulle, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », *BJS* déc. 2006, § 282, p. 1337 (partie I) et *BJS* janv. 2007, § 6, p. 7 (partie II).

<sup>5</sup> V. Mercier, « Le financement des démarches RSE », in Dossier « La responsabilité sociétale des entreprises », C. Malecki (dir.), *Journ. sociétés* nov. 2015, p. 18 ; V. Mercier, « Finance durable », *Études Joly Bourse*, n° EF003.

<sup>6</sup> V. Mercier, « Responsabilité Sociétale des Entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire », *Dr. sociétés* avr. 2011, Ét. 6, p. 7.

damentaux, est fortement soutenue par les institutions européennes et internationales<sup>7</sup>. À titre d'exemple, le *Global Compact* élaboré par l'ONU précise explicitement qu'il « est une initiative exclusivement volontaire. Il ne contrôle ni n'impose une quelconque conduite ou activités aux organisations participantes. Il est destiné à stimuler les changements, promouvoir les responsabilités de chacun et encourager les solutions innovantes et les partenariats »<sup>8</sup>. Le respect des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales constituent également une initiative non contraignante, mais qui est appuyée par la volonté des gouvernements y ayant souscrit de promouvoir leur respect par les entreprises. La publication d'un livre vert sur la RSE dès 2001<sup>9</sup>, et d'une communication en 2011, proposant une définition actualisée et un nouveau programme d'action<sup>10</sup>, attestent de la volonté de la Commission européenne d'encourager les entreprises à adopter une stratégie RSE à long terme, à explorer les possibilités de concevoir des produits, des services et des modèles d'entreprise innovants qui contribuent au bien-être de la société et débouchent sur des emplois de meilleure qualité et plus productifs. Elle insiste d'ailleurs sur le fait que la RSE se développe sous l'impulsion des entreprises elles-mêmes<sup>11</sup>. La RSE serait ainsi une forme d'autorégulation des sociétés commerciales qui, n'étant pas des organisations intrinsèquement vertueuses, permettrait de corriger leurs impacts néfastes sur l'homme et son environnement.

De cette souveraineté de décision découle l'idée de progression et d'amélioration continue de l'entreprise en matière de respect des principes universellement acceptés touchant les droits de l'homme, les normes du travail, l'environnement et la lutte contre la corruption<sup>12</sup>. Les référentiels internationaux n'attendent pas de l'entreprise qu'elle ait atteint un certain niveau de performance globale au moment de son adhésion. Ils ne sont pas des instruments de performance ou d'évaluation. Il est de l'essence même de la RSE que chaque entreprise soit dans une démarche de progrès, qu'elle puisse évoluer de manière graduelle, avancer à son rythme en fonction des objectifs qu'elle s'est elle-même fixée dans ses engagements, et en trouvant des solutions innovantes qui lui soient propres. En atteste l'exigence pour les entreprises adhérentes de publier chaque année sur le site du *Global compact* de l'ONU une description des façons dont elles soutiennent le *Global compact* et ses 10 principes, la « Communication sur le progrès »<sup>13</sup>. Citons également la norme ISO 26000 qui, à l'instar d'une grande majorité

<sup>7</sup> Commission Européenne, Livret vert, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Com. (2001), 366 final du 18 juillet 2001 ; Communication « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », Com. (2011) 681 final, du 25 octobre 2011 ; Parlement européen, Rapport sur la responsabilité sociale des entreprises : comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable 2012/2098 (INI), Rapporteur R. Baldassarre, 28 janv. 2013.

<sup>8</sup> <http://www.globalcompact-france.org/p-61-foire-aux-questions>

<sup>9</sup> Commission Européenne, Livret vert, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, Com. (2001), 366 final du 18 juillet 2001.

<sup>10</sup> Communication de la Commission européenne, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », Com. (2011) 681 final, du 25 octobre 2011, p. 8.

<sup>11</sup> Communication de la Commission européenne, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », Com. (2011) 681 final, du 25 octobre 2011, p. 9.

<sup>12</sup> V. Mercier, « La responsabilité sociétale des entreprises dans les contes de fées », in N. Dissaux et M. Ranouil (dir.), *Analyse juridique des contes de fées*, Dalloz, 2018, à paraître.

<sup>13</sup> <http://www.globalcompact-france.org/p-61-foire-aux-questions>

de normes ISO, ne donne pas lieu à certification, car elle ne propose pas des exigences, mais des recommandations, un cadre de travail, une méthode de mise en œuvre. Elle peut en revanche donner lieu à une évaluation, qui permet de mesurer l'intégration de la démarche de développement durable au sein de l'organisation, les efforts fournis par cette dernière et sa progression régulière dans un objectif d'amélioration continue.

La nature exclusivement volontariste de la RSE, fondée sur des instruments de *soft law*, semble cependant avoir montré ses limites et elle est remise en cause par les partisans d'une approche davantage contraignante, impliquant des pouvoirs publics qu'ils imposent plus qu'ils n'incitent, par des mesures législatives, dans un cadre juridique solide, et conforme à la réglementation internationale<sup>14</sup>. Cette vision ne satisfait plus pleinement car elle laisse trop de choix aux entreprises : celui de s'engager ou non dans une démarche RSE, celui de respecter ou non ses engagements<sup>15</sup>, celui de faire noter telle ou telle branche ou département, telle ou telle filiale ou activité. La communication de l'entreprise sur sa stratégie RSE est trop souvent centrée sur des actions symboliques et vise d'abord et avant tout à permettre à l'entreprise de valoriser son image et sa réputation, ainsi qu'à maximiser ses profits. Or, les attentes de la société civile sont devenues plus exigeantes, et elles exercent une pression de plus en plus forte sur les États, les institutions internationales et les autorités régionales ou locales, afin d'inscrire la RSE dans un cadre juridique et concevoir des mesures contraignantes et coercitives.

Nous assistons depuis quelques années à un durcissement de l'encadrement normatif des démarches dites éthiques, qui permettra certainement de trouver un équilibre entre responsabilité sociétale volontaire et régulation. Si au départ, le concept de RSE relevait d'une initiative exclusivement volontaire, les pouvoirs publics interviennent de manière croissante à travers des dispositions légales ou réglementaires destinées à encourager, voire à imposer aux entreprises d'adopter un comportement éthique. Ce mouvement n'est pas en contradiction avec la vision volontariste de la RSE, comme l'a d'ailleurs soutenu la Commission européenne en affirmant que « l'action des pouvoirs publics est également essentielle pour encourager les entreprises à davantage prendre conscience de leurs responsabilités sur le plan social et pour mettre en place un cadre permettant de s'assurer que les entreprises intègrent les aspects environnementaux et sociaux dans leur activités... Il faudrait encourager les

---

<sup>14</sup> Notamment : J.-P. Segal, A. Sobczak et C.-E. Triomphe, La responsabilité sociale des entreprises et les conditions de travail, Rapport de la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, 2003, p. 2 ; Parlement européen, Rapport sur la responsabilité sociale des entreprises : comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable 2012/2098 (INI), Rapporteur R. Baldassarre, 28 janv. 2013.

<sup>15</sup> Les engagements RSE des entreprises sont très souvent matérialisés par l'adhésion à des référentiels internationaux ou dans des normes privées relevant de la *soft law* et qui ne sont pas juridiquement contraignants. À titre d'exemple, l'adhésion au *Global compact* n'implique aucune sanction juridique en cas de non-respect des principes édictés, hormis une exclusion de la liste des entreprises engagées. Les principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales n'ont pas de portée juridique et les entreprises les respectent sur une base purement volontaire. Les chartes éthiques rédigées par les entreprises ne traduisent souvent que des déclarations d'intention et affirment les valeurs portées par l'entreprise. Ces documents ne constituent pas des engagements juridiques et leur respect se fonde exclusivement sur le volontarisme.

entreprises à intégrer de manière active le développement durable dans les activités qu'elles poursuivent à l'intérieur de l'Union européenne et dans le monde »<sup>16</sup>.

À ce titre, le législateur français a été précurseur en la matière en imposant dès 2001 une obligation d'information sociale et environnementale à certaines sociétés<sup>17</sup>, ce qui a permis le développement des démarches de responsabilité sociétale. Modifiée à plusieurs reprises, cette obligation de transparence présentait néanmoins quelques carences. En modernisant de manière notable la publication d'informations extra-financières, le droit français en fait un outil de pilotage stratégique de l'entreprise (I). Quelques mois plus tard, le législateur français est allé encore plus loin dans sa recherche de responsabiliser les entreprises, en visant cette fois plus spécifiquement les entités transnationales souvent impliquées dans la violation de droits fondamentaux par le biais de leurs filiales ou sous-traitants. Il a ainsi généré un changement de paradigme en renforçant les obligations en matière de RSE, par la création d'un devoir de vigilance à la charge des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre françaises, passant ainsi d'une obligation de déclarer un comportement (obligation de dire), à une obligation de respecter un comportement assortie de sanctions (obligation de faire) (II).

## I. La publication d'informations extra-financières devient un outil de pilotage stratégique de l'entreprise

L'un des principes fondamentaux de la RSE<sup>18</sup> est celui de la transparence dans les pratiques<sup>19</sup>, qui traduit la parfaite accessibilité de l'information dans les domaines qui regardent l'opinion publique<sup>20</sup>. Une gouvernance durable et responsable implique donc

<sup>16</sup> Commission européenne, Livre vert « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », juill. 2001, p. 4.

<sup>17</sup> L. n° 2001-420, 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 116, *JO*, 16 mai 2001, p. 7776. D. Bureau, « La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des sociétés », *BJS* juin 2001, n° 6, p. 553; B. Hinfray, « L'information environnementale des actionnaires des sociétés cotées en bourse après la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 », *Gaz. Pal.*, 12 octobre 2002, p. 38; E. Labrousse, « Les nouvelles obligations d'information des sociétés cotées dans le domaine de l'environnement », *BDEI*, n° 4/2002, p. 4; L. Lanoy, « Le contour de l'obligation d'information environnementale dans le rapport annuel des sociétés cotées », *Dr. environnement*, juin 2002, p. 152; A. Lienhard, « Sociétés cotées : information sociale et environnementale », *D.*, 2002, p. 874; C. Malecki, « Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *D.*, 2003, p. 818; C. A. Sobczak, « L'obligation de publier des informations sociales et environnementales dans le rapport annuel de gestion : une lecture critique de la loi NRE et de son décret d'application », *JCP éd. E*, 2003, p. 598; F.-G. Trébulle, « L'environnement et le droit des affaires », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1035; F.-G. Trébulle, « La comptabilisation de l'environnement », *Dr. Sociétés*, juil. 2004, p. 9; F.-G. Trébulle, « L'entreprise, entre commerce et environnement », *Dr. environnement*, juin 2005, n° 129, p. 141.

<sup>18</sup> Sur les principes fondamentaux de la RSE : V. Mercier, « La responsabilité sociétale des entreprises dans les contes de fées », *op. cit.* ; V. Mercier, « Réforme du droit des obligations et responsabilité sociétale des entreprises / *New French Law of obligations and corporate social responsibility* », in *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, Dalloz, 2018, p. 130-143.

<sup>19</sup> V. Mercier, « L'obligation de transparence extra-financière ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises », in K. Martin-Chenut et R. de Quenaudon (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives internes et internationales*, A. Pedone, 2016, p. 261 à 280

<sup>20</sup> Dictionnaire de français *Larousse*.

de l'entreprise qu'elle diffuse les décisions qu'elle prend et les activités qu'elle mène lorsque celles-ci ont une incidence sur la société et l'environnement. Car, si l'information des associés n'est pas une nouveauté<sup>21</sup>, la RSE innove en complétant le contenu des informations devant être diffusée par les entreprises, dans la mesure où des données extra-financières s'agrègent désormais aux données purement financières. Les destinataires de cette information sont également plus larges et visent l'ensemble du public, y compris les parties prenantes de l'entreprise, et spécialement les investisseurs qui ont un rôle non négligeable à jouer dans une utilisation efficace des ressources<sup>22</sup>.

Différentes dispositions se rattachent à l'obligation de transparence à laquelle sont désormais soumis de nombreux opérateurs économiques. La transparence concerne des sujets relativement vastes allant, notamment, de la situation financière de l'entreprise, à la politique de vote, à la rémunération des dirigeants sociaux<sup>23</sup>, en passant par la référence faite à un code de gouvernement d'entreprise<sup>24</sup>, le bilan social<sup>25</sup>, la base de données économiques et sociales<sup>26</sup>, l'obligation de transparence relative aux comptes du comité d'entreprise<sup>27</sup>, la publicité des comptes des organisations professionnelles de salariés et d'employeurs<sup>28</sup>, les émissions de gaz à effet de serre<sup>29</sup>, ou encore la composition du Conseil d'administration et l'application du principe de représentation équilibrée des femmes et des hommes en son sein. Elle connaît d'ailleurs un accroissement persistant<sup>30</sup>. La présente étude se concentrera plus particulièrement sur un des principaux outils de la transparence en matière de RSE, qui se traduit par l'obligation d'information sociale et environnementale des entreprises.

Le *reporting* extra-financier est apparu très vite comme un élément fondamental permettant une gouvernance d'entreprise plus performante<sup>31</sup>. D'abord volontaires, ces démarches d'information et de communication ont eu tendance à se généraliser au sein de rapports Développement Durable ou rapports RSE, avant de trouver une consécra-

<sup>21</sup> I. Urbain-Parléani, M. Boizard, « L'objectif d'information dans la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. Sociétés* 1996, p. 447.

<sup>22</sup> V. Mercier, « Finance durable », *Études Joly Bourse*, n° EF003.

<sup>23</sup> En France, le « Say on Pay », qui concerne les sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé est intégré depuis 2013 dans le Code Afep-Medef (art. 24.3), ainsi que dans la loi (C. com., art. L. 225-37-2, C. com., art. L. 225-82-2 et C. com., art. L. 225-100). Il existe aux États-Unis depuis 2011 et au Royaume-Uni depuis 2001.

<sup>24</sup> V. Mercier, « Contrainte environnementale et création de valeur », in A. Couret et C. Malecki (dir.), *Les défis actuels du droit financier*, Centre Sorbonne Finance, coll. Pratique des affaires, Joly éd., 2010, p. 251.

<sup>25</sup> C. trav., art. L. 2323-68.

<sup>26</sup> C. trav., art. L. 2323-7-2.

<sup>27</sup> C. trav., art. L. 2325-53.

<sup>28</sup> C. trav., art. D. 2135-8 issu du D. n° 2015-1525 du 24 nov. 2015 relatif à la certification et à la publicité des comptes des syndicats professionnels de salariés ou d'employeurs et de leurs unions et des associations de salariés ou d'employeurs mentionnés à l'article L. 2135-1 du Code du travail.

<sup>29</sup> C. env., art. L. 229-25.

<sup>30</sup> V. notamment sur l'accroissement de la transparence sur la politique d'engagement des investisseurs institutionnels et des gestionnaires d'actifs, I. Parachkévova, « Les obligations des fonds d'investissement au sein des sociétés cotées », *Rev. Sociétés*, 2015, p. 75.

<sup>31</sup> C. Malecki, *Responsabilité sociale des entreprises. Perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, LGDJ, 2014, coll. Droit des affaires, n° 122, p. 84.

tion juridique en droit interne. La France est d'ailleurs le premier pays à avoir ainsi imposé aux entreprises cotées la publication d'un rapport sur leur manière d'assumer leurs responsabilités sociales et environnementales, à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, dite loi « NRE »<sup>32</sup>, complétée par un décret n° 2002-221 du 20 février 2002<sup>33</sup>.

Si elle a pu initialement être perçue comme une véritable contrainte par les sociétés qui y étaient soumise, l'obligation d'information sociale et environnementale a très rapidement été génératrice de valeur en développant au sein des grandes entreprises des démarches de responsabilité sociétale<sup>34</sup>. Le dispositif mis en place s'est néanmoins prématurément avéré insuffisant. Modifiée une première fois par la loi Grenelle II du 12 juillet 2010<sup>35</sup>, puis par la loi du 22 octobre 2010<sup>36</sup>, et enfin par la loi sur la transition énergétique du 17 août 2015<sup>37</sup>, l'obligation d'information sociale et environnementale à la française a été saisie par le droit européen à travers la Directive européenne 2014/95/UE du 22 octobre 2014<sup>38</sup>, signal fort de la part de l'Europe qui consolide sa volonté d'imposer un modèle de gouvernance éthique des entreprises. Sa transposition par l'ordonnance du 19 juillet 2017<sup>39</sup> a ainsi conduit à une modification substantielle

<sup>32</sup> L. n° 2001-420, 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 116, *JO* 16 mai 2001, p. 7776. D. Bureau, « La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des sociétés », *BJS* juin 2001, n° 6, p. 553 ; B. Hinfray, « L'information environnementale des actionnaires des sociétés cotées en bourse après la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 », *Gazette du Palais*, 12 octobre 2002, p. 38 ; E. Labrousse, « Les nouvelles obligations d'information des sociétés cotées dans le domaine de l'environnement », *BDEI*, n° 4/2002, p. 4 ; L. Lanoy, « Le contour de l'obligation d'information environnementale dans le rapport annuel des sociétés cotées », *Dr. environnement*, juin 2002, p. 152 ; A. Lienhard, « Sociétés cotées : information sociale et environnementale », *D.* 2002, p. 874 ; C. Malecki, « Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées ? », *D.* 2003, p. 818 ; C. A. Sobczak, « L'obligation de publier des informations sociales et environnementales dans le rapport annuel de gestion : une lecture critique de la loi NRE et de son décret d'application », *JCP éd. E* 2003, p. 598 ; F.-G. Trébulle, « L'environnement et le droit des affaires », in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1035 ; F.-G. Trébulle, « La comptabilisation de l'environnement », *Dr. Sociétés*, juil. 2004, p. 9 ; F.-G. Trébulle, « L'entreprise, entre commerce et environnement », *Dr. environnement*, juin 2005, n° 129, p. 141.

<sup>33</sup> Décret n° 2002-221 du 20 février 2002, pris pour l'application de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, *JO* 21 février 2002, p. 3360.

<sup>34</sup> V. Mercier, « Contrainte environnementale et création de valeur », in A. Couret et C. Malecki (dir.), *Les défis actuels du droit financier*, Centre Sorbonne Finance, coll. Pratique des affaires, Joly éd., 2010, p. 251 ; V. Mercier, « Responsabilité Sociétale des Entreprises et droit des sociétés : entre contrainte et démarche volontaire », *Dr. sociétés* avr. 2011, Ét. 6, p. 7 à 13.

<sup>35</sup> L. n° 2010-788 du 12 juillet 2010, portant engagement national pour l'environnement, *JO* 13 juillet 2010. C. Malecki, « Le Grenelle II : l'invitation à repenser la gouvernance d'entreprise », *Journal des sociétés*, n° 79, septembre 2010, p. 59 ; C. Malecki, « Le Grenelle II et la gouvernance d'entreprise sociétale », *BJS* sept. 2010, p. 704 ; V. Mercier, « La loi Grenelle II étend le champ d'application de l'obligation de présenter un bilan social et environnemental », *BJS* janv. 2011, p. 69.

<sup>36</sup> 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* févr. 2011, p. 103.

<sup>37</sup> L. n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, *JO* 18 août 2015, p. 14263, texte n° 1.

<sup>38</sup> PE et Cons., dir. 2014/95/UE, 22 oct. 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 entreprises et certains groupes, *JOUE* n° L 330, 15 nov. 2014, p. 1.

<sup>39</sup> Ord. n° 2017-1180, 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, *JO* 21 juill. 2017, texte n° 13. V. not. : C. Malecki,

du dispositif, prévoyant désormais la publication d'une déclaration de performance extra-financière, à la place du rapport RSE. Cette nouvelle version permet de changer d'approche et d'aboutir à la création d'un véritable levier de performance de la politique RSE de l'entreprise (A). Restera à examiner la crédibilité de la déclaration de performance extra-financière (B).

### **A. La déclaration de performance extra-financière : un levier de performance de la politique RSE de l'entreprise**

Le nouveau dispositif de *reporting* extra-financier consiste à inclure, dans le rapport de gestion, une déclaration de performance extra-financière<sup>40</sup>, qui doit présenter des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité. Si de prime abord cette obligation d'informations extra-financières ne semble pas très différente du dispositif antérieur, des changements notables sont cependant à relever l'ordonnance aboutissant à une restriction des sociétés concernées par la déclaration de performance extra-financière (1). En revanche, le contenu des informations RSE devant figurer dans le rapport de gestion fait preuve d'une plus grande pertinence (2).

#### *1. Une restriction des sociétés concernées par la déclaration de performance extra-financière*

**Sociétés concernées.** Alors que la loi *Grenelle II* avait procédé à un élargissement substantiel de la catégorie des sociétés visées par l'obligation de transparence extra-financière<sup>41</sup>, l'ordonnance réduit le spectre des entreprises concernées, et apporte par là-même une certaine souplesse aux sociétés qui s'en trouvent désormais déchargées. Le nouvel article L. 225-102-1, I du Code de commerce prévoit que les sociétés<sup>42</sup> devront fournir une déclaration de performance extra-financière en fonction de seuils combinant le nombre de salariés et le montant du bilan ou du chiffre d'affaires, précisés par un décret n° 2017-1265 du 9 août 2017<sup>43</sup>. Il s'agit plus précisément des sociétés cotées de

---

« Transposition de la directive RSE: un nouveau cadre de publications extra-financières pour les grandes entreprises », *BJS* oct. 2017, p. 632; B. Parance, « La déclaration de performance extra-financière, nouvelle ambition du reporting extra-financier », *JCP G* 2017, 1150; V. Mercier, « La publication d'informations extra-financières devient un outil de pilotage stratégique de l'entreprise », in I. Arnaud-Grossi et B. Brignon (dir.), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Lextenso, coll. Joly Pratique des Affaires, 2018, à paraître; V. Mercier, « Responsabilité sociétale des entreprises », *Études Joly Sociétés*, n° ER040.

<sup>40</sup> C. com., art. L. 225-102-1, I.

<sup>41</sup> Avec la loi *Grenelle II*, étaient visées par l'obligation de transparence toutes les sociétés cotées, ainsi que les sociétés non cotées de plus de 500 salariés, avec un total de bilan ou de chiffre d'affaires dépassant 100 millions d'euros.

<sup>42</sup> Le dispositif concerne les Sociétés anonymes (C. com., art. L. 225-102-1), les Sociétés en commandite par actions (sur renvoi de C. com., art. L. 226-1), les Sociétés européennes ayant leur siège social en France (sur renvoi de C. com., art. L. 229-8).

<sup>43</sup> 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, *JO* 11 août 2017, texte n° 25.

500 salariés, avec un total de bilan à 20 millions d'euros, ou un chiffre d'affaires à 40 millions d'euros<sup>44</sup>, ainsi que des sociétés non cotées de 500 salariés, avec un total de bilan ou de chiffre d'affaires à 100 millions d'euros<sup>45</sup>. Le dispositif est désormais orienté vers les grandes entreprises. En revanche, les petites et moyennes sociétés cotées ne sont plus soumises à ce dispositif, ce qui constitue une importante mesure de simplification.

**Sociétés en nom collectif.** L'obligation de produire une déclaration de performance extra-financière a été étendue aux sociétés en nom collectif (SNC) lorsque l'ensemble des parts sont détenues par des personnes ayant l'une des formes suivantes ou par des sociétés de droit étranger d'une forme juridique comparable : société anonyme (SA), société en commandite par actions (SCA), société à responsabilité limitée (SARL), ou société par action simplifiée (SAS)<sup>46</sup>.

**Sociétés exclues du périmètre.** Un débat porte sur l'application du dispositif aux SAS. En effet, le problème vient du fait que la déclaration de performance extra-financière doit être intégrée au rapport de gestion<sup>47</sup>, alors même que l'obligation de publier un tel rapport se situe dans une partie du Code de commerce consacré aux SA, et dont la loi exclut l'application aux SAS. Il serait pourtant préjudiciable que cette forme sociale ne soit pas concernée par l'obligation, ce qui permettrait de la contourner, notamment dans les groupes de sociétés qui choisiraient la SAS pour la constitution de filiales. Cette exclusion viderait en grande partie la substance et les objectifs de cette loi. Au demeurant, l'intégration des SAS dans le dispositif était soutenue, aussi bien par la plateforme RSE<sup>48</sup>, que par l'inspection générale des finances, l'inspection générale des affaires sociales et le conseil général de l'environnement et du développement durable<sup>49</sup>. Pourtant, en l'état actuel, il faut bien admettre que l'application de la loi, et spécialement de l'article L. 227-1 du Code de commerce, doit conduire à l'exclusion du dispositif sous examen de la SAS. L'exonération des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), ainsi que des SARL<sup>50</sup> n'apparaît pas justifiée non plus dans la mesure où ces entreprises ont une activité commerciale.

**Secteur bancaire et financier.** L'ordonnance vise les établissements de crédit qui revêtent la forme sociale de société anonyme, de société en commandite par actions, de société à responsabilité limitée ou de société par actions simplifiée, ainsi que les sociétés de financement, les entreprises d'investissement, les entreprises mères de sociétés de financement, et les sociétés financières holding qui revêtent l'une

<sup>44</sup> C. com., art. R. 225-104, 1°.

<sup>45</sup> C. com., art. R. 225-104, 2°. Les seuils sont identiques que sous l'empire de la loi *Grenelle II*.

<sup>46</sup> Sur renvoi de C. com., art. L. 221-7, al. 4.

<sup>47</sup> C. com., art. L. 225-102-1, I.

<sup>48</sup> Plateforme RSE, Avis sur le projet de transposition de la directive 2014/95/UE relative à la publication d'informations extra-financières par les entreprises, févr. 2017 : <http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/rapport-rse-avis-transposition-a4-2017-ok.pdf>

<sup>49</sup> « Le *reporting* sur la responsabilité sociale et environnementale (RSE) des entreprises », mai 2016 : <http://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2016/2015-M-078.pdf>

<sup>50</sup> Sauf celles qui sont des établissements de crédit, ou sociétés d'investissement, entreprises d'investissement, entreprises mères de sociétés de financement et sociétés financières holding non cotées : C. mon. fin., art. L. 511-35.

de ces formes sociales et dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé, de 500 salariés, avec un total de bilan de 20 millions d'euros, ou un chiffre d'affaires de 40 millions d'euros<sup>51</sup>.

L'obligation s'applique également aux établissements de crédit qui ne revêtent pas l'une des formes sociales mentionnées précédemment (SA, SCA, SARL, SAS), ainsi qu'aux sociétés de financement, aux entreprises d'investissement, aux entreprises mères de sociétés de financement et aux sociétés financières holding dont les titres ne sont pas admis à la négociation sur un marché réglementé, de 500 salariés avec un total de bilan ou de chiffre d'affaires de 100 millions d'euros<sup>52</sup>.

**Autres groupements visés par l'obligation.** L'obligation s'impose également expressément à d'autres groupements, dits d'intérêt public au sens de la directive. Il s'agit des entreprises d'assurance et de réassurance cotées qui revêtent la forme sociale de société anonyme, de plus de 500 salariés, avec un total de bilan dépassant 20 millions d'euros ou un chiffre d'affaires supérieur à 40 millions d'euros<sup>53</sup>; des sociétés mutuelles d'assurance non cotées de plus de 500 salariés, avec un total de bilan ou de chiffre d'affaires dépassant 100 millions d'euros ou à 100 millions d'euros<sup>54</sup>; des institutions de prévoyance et leurs unions non cotées de plus de 500 salariés, avec un total de bilan ou de chiffre d'affaires dépassant 100 millions d'euros<sup>55</sup>; des mutuelles ou leurs unions non cotées de plus de 500 salariés, avec un total de bilan ou de chiffre d'affaires dépassant 100 millions d'euros ou à 100 millions d'euros<sup>56</sup>; ou encore des sociétés coopératives<sup>57</sup>, et des sociétés coopératives agricoles<sup>58</sup>.

**Une obligation étendue au périmètre de consolidation comptable intégrant les filiales étrangères.** Il est précisé que les sociétés soumises à l'obligation qui établissent des comptes consolidés sont tenues de publier une déclaration consolidée de performance extra-financière, c'est-à-dire fournir les informations demandées sur la société elle-même ainsi que sur l'ensemble de ses filiales au sens de l'article L. 233-1 ou les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3, dès lors que l'ensemble des sociétés comprises dans le périmètre de consolidation excèdent les mêmes seuils<sup>59</sup>. La déclaration devra ainsi détailler les informations requises pour chaque société contrôlée.

De manière corrélative, le nouveau dispositif exempte les filiales soumises au dispositif de produire une telle déclaration, dès lors que les informations les concernant sont présentées par la société tête de groupe de façon consolidée, ce qui donne une image complète des impacts extra-financiers des activités du groupe, tout en limitant la charge déclarative pesant sur les filiales<sup>60</sup>. Il est compréhensible de vouloir éviter les

<sup>51</sup> C. mon. fin., art. L. 511-35, al. 2.

<sup>52</sup> C. mon. fin., art. L. 511-35, al. 3.

<sup>53</sup> C. ass., art. L. 310-1-1-1, al. 1.

<sup>54</sup> C. ass., art. L. 310-1-1-1, al. 2.

<sup>55</sup> C. sec. Soc., art. L. 931-7-3.

<sup>56</sup> C. mut., art. 114-17.

<sup>57</sup> L. n° 47-1775 du 10 septembre 1947, art. 8.

<sup>58</sup> C. rur., art. L. 524-2-1.

<sup>59</sup> C. com., art. L. 225-102-1, II.

<sup>60</sup> C. com., art. L. 225-102-1, IV.

doublons de publication au sein des groupes de sociétés, mais il serait toutefois opportun que les sociétés contrôlées qui excèdent les seuils réalisent le *reporting* extra-financier de leurs activités. 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. D'autant que les sociétés contrôlées devront de toute façon réaliser le travail de collecte et d'analyse pour transfert à la société mère. En revanche, elles n'ont plus la liberté de proposer les indicateurs qui, en pratique, sont imposés par la société mère et ne sont donc pas nécessairement pertinents pour toutes les sociétés du groupe qui proposent des activités très hétérogènes. Cette vision fait prévaloir le groupe de sociétés sur l'autonomie des différentes personnes morales le constituant. Cela ne facilite par ailleurs aucunement la tâche des associés et des tiers destinataires des informations relatives à la filiale qui devront aller les chercher dans le rapport de gestion de la société mère. Même si la plupart d'entre elles continueront à rédiger de manière volontaire un rapport RSE, il ne sera plus soumis aux dispositions légales et ne constituera qu'un outil de communication pour les entreprises !

## *2. Une plus grande pertinence du contenu de la déclaration de performance extra-financière*

**Une déclaration en adéquation avec les risques propres à chaque entreprise.** Le changement opéré par l'ordonnance du 19 juillet 2017 réside principalement dans une nouvelle approche du *reporting* extra-financier, qui acquiert une dimension nouvelle, plus dynamique, davantage pertinente, qui trouve désormais un sens et une utilité pour les entreprises et leurs parties prenantes. Le vocabulaire employé par le texte traduit parfaitement cette idée, dans la mesure où il est désormais question de « performance » extra-financière, ce qui signifie que l'extra-financier doit contribuer à la croissance de la société.

L'ordonnance précise les aspirations et le contenu général de la déclaration de performance extra-financière. Cette dernière doit contenir des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité, ainsi que, pour les sociétés cotées, les effets de cette activité quant au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption<sup>61</sup>. Le texte apporte quelques exemples plus précis, mais non exhaustifs, tels que 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 et de la lutte contre le gaspillage alimentaire, 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 et aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités.

Ces informations seront néanmoins exposées selon un nouveau critère puisque l'ordonnance laisse à la société l'opportunité de décider des informations qu'elle va insérer dans la déclaration « dans la mesure nécessaire à la compréhension de la situation de

<sup>61</sup> C. com., art. L. 225-102-1, III.

la société, de l'évolution de ses affaires, de ses résultats économiques et financiers et des incidences de son activité »<sup>62</sup>. Ce faisant, elle bouleverse la philosophie de l'obligation. Il ne s'agit plus d'un rapport extra-financier, qui impliquait de renseigner une *check-list* précise d'informations préétablies, identiques pour toutes les sociétés et ne tenant pas compte des particularités de chacune d'entre elles, mais d'un outil visant à hiérarchiser les informations extra-financières présentant une pertinence pour la société, impliquant de faire connaître publiquement ses intentions face aux enjeux sociaux, sociétaux et environnementaux, et adaptée au modèle économique et à l'activité de chaque entité.

**Une évolution des modalités de présentation et de publication de la déclaration de performance extra-financière.** L'article R. 225-105 du Code de commerce, issu du décret n° 2017-1265 du 9 août 2017<sup>63</sup>, précise les modalités de présentation et de publication de ces informations. Les obligations des entreprises sont largement renforcées puisque la déclaration de performance extra-financière doit tout d'abord présenter le modèle d'affaires de la société ou, le cas échéant, de l'ensemble de sociétés pour lesquelles la société établit des comptes consolidés<sup>64</sup>. Aucune indication n'est cependant apportée par le texte sur ce que signifie le « modèle d'affaire ». Nous pouvons néanmoins affirmer que cette notion s'inscrit dans la continuité et la complémentarité des réglementations relatives à la communication financière<sup>65</sup>, et s'inspire fortement des référentiels sur le *reporting* stratégique ou intégré et les pratiques croissantes d'entreprises<sup>66</sup>. Dans ses lignes directrices, la Commission européenne recommande de décrire la manière dont la société « crée de la valeur et la préserve à long terme grâce à ses produits et services »<sup>67</sup>. La société peut ainsi présenter : son environnement d'affaires ; son organisation et sa structure ; les marchés sur lesquels elle opère ; ses objectifs et stratégies de création de valeur ; les tendances et facteurs principaux qui pourraient avoir une influence sur son évolution à l'avenir... Par ailleurs, le *Financial reporting council* (FRC) propose, dans ses lignes directrices relatives au *Strategic Report*, que le modèle d'affaires expose comment l'entreprise génère de la valeur et la préserve sur

<sup>62</sup> C. com., art. L. 225-102-1, III.

<sup>63</sup> 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. 2.

<sup>64</sup> C. com., art. R. 225-105, I.

<sup>65</sup> Conformément à l'art. L. 225-100-1 C. com., le rapport de gestion doit comprendre une analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société, notamment de sa situation d'endettement, au regard du volume et de la complexité des affaires. Le prospectus contient toutes les informations nécessaires pour permettre aux investisseurs d'évaluer en connaissance de cause le patrimoine, la situation financière, les résultats et les perspectives de l'émetteur et des garants éventuels des titres financiers qui font l'objet de l'offre au public ou dont l'admission aux négociations sur un marché réglementé est demandée, ainsi que les droits attachés à ces titres financiers et les conditions d'émission de ces derniers (Règl. Gén. AMF, art. 212-7). Le document de référence implique une présentation de l'organisation, l'activité, la situation financière, les résultats et les perspectives de la société. Enfin, la norme comptable IFRS 8 requiert de présenter des informations sur les performances financières par secteur opérationnel représentant plus de 10 % de son chiffre d'affaires, de son résultat ou de ses actifs.

<sup>66</sup> MEDEF, Guide méthodologique « *Reporting* RSE. Déclaration de performance extra-financière. Les nouvelles dispositions légales et réglementaires », sept. 2007, p. 16.

<sup>67</sup> Commission européenne, Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières), juillet 2017.

le long terme pour se différencier de ses concurrents. La structure de l'entreprise ainsi que les marchés dans lesquelles elle opère pourront également être décrits. Également, le *Framework* de l'IIRC (*reporting* intégré) définit le modèle d'affaires par le système qui permet de convertir les ressources de l'entreprise, *via* ses activités, en réalisations (produits et services) et en résultats/impacts (internes et externes, positifs et négatifs) pour remplir ses objectifs stratégiques et créer de la valeur dans la durée. Enfin, certains groupes présentent également la répartition de la valeur ajoutée (ou du chiffre d'affaires) par partie prenante : fournisseurs et sous-traitants (achats et matières premières), collaborateurs (salaires), pouvoirs publics (impôts et taxes), actionnaires (dividendes), etc. Les sociétés ne sont donc pas totalement livrées à elles-mêmes !

Elle doit également contenir une présentation, pour chaque catégorie d'information mentionnée précédemment, des principaux risques suscités par 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<sup>68</sup>. Cette dernière précision induit un périmètre d'application particulièrement large et, par là-même, un niveau d'exigence très élevé pour les entreprises.

La déclaration doit enfin présenter, pour chacun de ces risques une description 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<sup>69</sup>, ainsi que les résultats de ces politiques, incluant des indicateurs clés de performance<sup>70</sup>.

Ces éléments nous permettent de considérer que la directive consacre une vision résolument préventive en exigeant que les entreprises renseignent les principaux risques liés à ces questions et la manière dont l'entreprise les gère<sup>71</sup>, ce qui accentue considérablement la responsabilité des acteurs. Or, le texte français ne faisait aucune référence explicite à une approche par les risques des questions environnementales, sociales et sociétales. C'est également sous cet angle des risques que la loi du 27 mars 2017 aborde le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>72</sup>.

**Un assouplissement par la règle du « *comply or explain* ».** Le décret accorde une exception à l'obligation en appliquant le principe du « *comply or explain* ». Ainsi, lorsque la société n'applique pas de politique en ce qui concerne l'un ou plusieurs de ces risques RSE, la déclaration requiert une explication claire et motivée des raisons justifiant cette carence<sup>73</sup>. Cette dérogation dénote une certaine souplesse des exigences, sous le contrôle de l'organisme tiers indépendant<sup>74</sup>.

<sup>68</sup> C. com., art. R. 225-105, I, 1°.

<sup>69</sup> C. com., art. R. 225-105, 2°.

<sup>70</sup> C. com., art. R. 225-105, 3°.

<sup>71</sup> En ce sens : C. Malecki, « Transposition de la directive RSE : un nouveau cadre de publications extra-financières pour les grandes entreprises », *BJS* 2017, p. 632.

<sup>72</sup> Voir *infra*.

<sup>73</sup> C. com., art. R. 225-105, I, *in fine*.

<sup>74</sup> Voir *infra*.

**Un renvoi au plan de vigilance.** Dans un souci de simplification, le texte précise que la déclaration peut renvoyer, le cas échéant, aux informations mentionnées dans le plan de vigilance issu de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>75</sup>. Cette possibilité ne concerne cependant que les grandes entreprises de plus de 5 000 ou 10 000 salariés<sup>76</sup>. Elle est néanmoins très pertinente dans la mesure où les risques liés aux atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, présentés dans le plan de vigilance, sont nécessairement englobés dans la présentation des principaux risques nés de l'activité de la société figurant dans la déclaration de performance extra-financière. Ces deux instruments n'ont néanmoins pas la même utilité, ni les mêmes destinataires, et il s'avérera certainement plus opportun pour l'entreprise de valoriser ses actions dans la déclaration de performance extra-financière plutôt que d'opérer un renvoi.

**La liste des informations.** La Directive du 22 octobre 2014 ayant laissé aux États une pleine liberté dans la détermination des indicateurs de performance extra-financière, l'article R. 225-105, II du Code de commerce énumère les informations qui doivent être renseignées par les entreprises. Comme précédemment<sup>77</sup>, le décret procède à une distinction entre les sociétés cotées et les sociétés non cotées qui bénéficient donc d'un traitement différent. Il instaure une liste d'informations devant être diffusées par toutes les sociétés concernées par l'obligation<sup>78</sup>, et une liste d'informations supplémentaires qui doivent être diffusées exclusivement par les sociétés cotées<sup>79</sup>. Au sein de ces deux listes, il distingue les informations sociales, les informations environnementales, ainsi que les informations sociétales.

Cette liste commune ne diffère pas vraiment de l'ancienne version, mais certaines informations qui n'étaient auparavant exigées que pour les sociétés cotées concernent désormais toutes les sociétés visées par l'obligation. Il s'agit de l'absentéisme et des accidents du travail, notamment leur fréquence et leur gravité, ainsi que les maladies professionnelles en matière sociale ; du montant des provisions et garanties pour risques en matière d'environnement, ou de l'utilisation des sols pour le volet environnemental ; de la prise en compte dans les relations avec les fournisseurs et les sous-traitants de leur responsabilité sociale et environnementale et des mesures prises en faveur de la santé et de la sécurité des consommateurs, pour le volet sociétal.

Par ailleurs, certaines sous-parties ont été enrichies et certains *items* particulièrement pertinents font leur apparition. En matière environnementale, figurent désormais dans le rapport les mesures prises pour l'adaptation aux conséquences du changement climatique ou encore 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.

---

<sup>75</sup> Voir *infra*.

<sup>76</sup> C. com., art. L. 225-102-4.

<sup>77</sup> C. com., art. R. 225-105-1 ancien.

<sup>78</sup> C. com., art. R. 225-105, II, A.

<sup>79</sup> C. com., art. R. 225-105, II, B.

La sous-partie « informations sociétales » voit l'entrée d'un item particulièrement attendu faisant référence aux relations entretenues avec les parties prenantes de la société et les modalités du dialogue avec celles-ci. Cela n'est pas surprenant car le dialogue et la collaboration avec les parties prenantes de la société constitue l'un des principes fondamentaux de la RSE<sup>80</sup>. Dans le cadre d'une démarche RSE, l'entreprise doit ainsi identifier toutes celles qui sont impactées par son activité, et stimuler le dialogue afin de tenir compte de leur attentes, et non pas exclusivement de celles de ses actionnaires. Un dialogue effectif avec les parties prenantes peut ainsi conduire, dans sa forme la plus aboutie, à une collaboration ou coopération entre les parties, qui suppose un comportement actif obligeant les parties à exécuter leurs obligations en prenant en compte les intérêts de leurs partenaires.

La liste d'informations spécifiques aux sociétés cotées est désormais beaucoup plus restreinte que précédemment, et requiert des informations relatives aux actions engagées pour prévenir la corruption, ainsi qu'aux actions engagées en faveur des droits de l'homme. Ce système de double liste est cependant largement critiqué dans la mesure où les informations supplémentaires devraient être liées aux activités de l'entreprise et à leur caractère transnational, et non à leur mode de financement<sup>81</sup>.

De manière globale, il aurait été opportun d'assurer une meilleure articulation entre les indicateurs choisis et ceux issus des référentiels internationaux, qui présentent l'avantage d'être plus précis et d'assurer une harmonisation planétaire. Cette remarque vaut pour les différentes obligations de transparence auxquelles sont soumises les sociétés, dans la mesure où les indicateurs ne sont jamais les mêmes, ce qui génère une lecture très complexe de ces publications, et une comparaison impossible des politiques des émetteurs<sup>82</sup>.

**Une déclaration adaptée.** Le texte change de paradigme et introduit un principe de « matérialité » en précisant que ces informations doivent être « pertinentes au regard des principaux risques ou des politiques » menées par la société<sup>83</sup>. L'entreprise a désormais la faculté de construire une déclaration sur mesure permettant de donner une image fidèle de la politique RSE de l'entreprise. Il lui appartient donc de sélectionner et hiérarchiser les données les plus opportunes pour l'entreprise en fonction de leur importance au regard de leurs enjeux, des risques qu'ils font courir à l'entreprise, et des préoccupations des différentes parties prenantes. Afin d'identifier ces informations pertinentes, les entreprises pourront s'appuyer sur une analyse ou matrice de matérialité, qui permet de prioriser les enjeux RSE en fonction des risques propres à leur activité ou à leurs zones géographiques.

L'analyse de matérialité des enjeux RSE requiert une concertation étroite avec les différentes parties prenantes, car elle nécessite d'identifier leurs attentes. Il est donc

<sup>80</sup> Sur les principes fondamentaux de la RSE : V. Mercier, « La responsabilité sociétale des entreprises dans les contes de fées », *op. cit.* ; V. Mercier, « Réforme du droit des obligations et responsabilité sociétale des entreprises / *New French Law of obligations and corporate social responsibility* », *op. cit.*

<sup>81</sup> Voir F.-G. Trébulle, *Environnement* 2013, n° 4, Chron. 2, spéc. n° 13.

<sup>82</sup> À titre d'exemple, les indicateurs du bilan social et ceux du volet social de la déclaration de performance extra-financière sont différents.

<sup>83</sup> C. com., art. R. 225-105, II.

indispensable de mettre en place un processus de concertation, plus ou moins formalisé, propre aux différentes catégories de parties prenantes, afin de garantir que chacune d'entre elles puissent exprimer leur opinion, et que celles dont les revendications seraient gênantes ne puissent pas être écartées par l'entreprise. On retrouve ici l'idée précédemment exprimée par la loi *Grenelle II*<sup>84</sup> qui avait ouvert le dialogue en incitant les parties prenantes à « présenter leur avis sur les démarches de responsabilité sociale, environnementale et sociétale des entreprises en complément des indicateurs présentés »<sup>85</sup>. Cette disposition, qui s'inspirait du modèle de gouvernance à l'allemande<sup>86</sup>, avait été très rapidement supprimée par loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière<sup>87</sup>. Elle n'a pas généré une rupture du dialogue avec les parties prenantes, mais l'intégration de leur appréciation dans le rapport de gestion n'a pas été considérée comme une mesure opportune, et le législateur y a donc remédié.

**La diversité des référentiels.** Cette liberté risque néanmoins de conduire à une difficile comparaison des politiques RSE si chaque société utilise des indicateurs différents. C'est la raison pour laquelle la Commission européenne a publié le 5 juillet 2017 des lignes directrices non contraignantes qui visent à aider les entreprises à satisfaire à leur obligation de *reporting* extra-financier avec des informations pertinentes<sup>88</sup>. Il s'agit de lignes directrices sur la méthodologie applicable à la communication des informations non financières, y compris des indicateurs clés de performance de nature non financière, à caractère général et sectoriel. L'objectif est de faciliter une publication appropriée, utile et comparable des informations non financières par les entreprises.

Les principes et contenus décrits dans les lignes reposent notamment sur des cadres tels que le système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), la *Global Reporting Initiative* (GRI), les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, la déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT, ou encore la norme ISO 26000.

Les entreprises qui s'appuient sur ces différents référentiels nationaux ou internationaux existants sont tenues d'indiquer les préconisations du référentiel retenu et ses modalités de consultation<sup>89</sup>. Quel que soit le référentiel adopté, la déclaration doit comporter un tableau de concordance avec le décret afin de vérifier que tous les items légaux ont bien été renseignés. Il se trouve généralement en fin de rapport.

<sup>84</sup> C. Malecki, « Le *Grenelle II* et la gouvernance d'entreprise sociétale », *BJS* 2010, p. 704 ; V. Mercier, « La loi *Grenelle II* étend le champ d'application de l'obligation de présenter un bilan social et environnemental », *op. cit.*

<sup>85</sup> C. com., art. L. 225-102-1, al. 6 ancien.

<sup>86</sup> Le modèle de gouvernance allemand, qui repose sur la cogestion (*Mitbestimmung*) privilégie dialogue, négociations et participation active des salariés dans les prises de décision de l'entreprise.

<sup>87</sup> L. n° 2010-1249, 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière : *JO*, 23 oct. 2010, p. 18984. 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 », *op. cit.*

<sup>88</sup> Commission européenne, Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières), juillet 2017.

<sup>89</sup> C. com., art. R. 225-105-1.

## **B. La crédibilité de la déclaration de performance extra-financière**

La crédibilité de la déclaration de performance extra-financière nécessite qu'elle fasse l'objet d'une vérification (1), d'autant que l'inexécution de l'obligation de publication est susceptible de conduire à des sanctions juridiques (2).

### *1. La vérification des informations publiées*

**Une extension des destinataires des informations extra-financières.** Conformément aux instructions de la Directive européenne<sup>90</sup>, l'ambition de transparence dans la publication d'informations extra-financières a été particulièrement confortée. En effet, non seulement la déclaration de performance extra-financière devra être intégrée au rapport de gestion, mais elle fera également désormais l'objet d'une publication librement accessible sur le site internet des sociétés visées<sup>91</sup>, dans un délai de 8 mois à compter de la clôture de l'exercice, et maintenue en ligne pendant une durée de cinq ans<sup>92</sup>.

Cette disposition constitue une innovation pour les sociétés non cotées qui n'étaient jusque-là pas contraintes de diffuser les informations destinées aux actionnaires sur leur site internet. Soulignons que la publication d'informations extra-financières présente de nombreuses vertus. Elle induit une évolution des pratiques de gouvernance et, principalement pour les sociétés cotées, un phénomène de mise en conformité de la société avec les dispositions non contraignantes. Les rapports produits chaque année par l'AFEP et le MEDEF d'une part, et par l'AMF, d'autre part, attestent des progrès réalisés quant à la qualité des informations fournies, mais également des pratiques<sup>93</sup>.

**Un contrôle précisé.** L'Ordonnance du 19 juillet 2017 a complété la mission des commissaires aux comptes (CAC), ou du collège des CAC dans le cas où la société doit nommer deux CAC indépendants, qui doivent désormais vérifier et attester que la déclaration de performance extra-financière figure bien dans le rapport de gestion<sup>94</sup>. Ils n'ont cependant pas à examiner, dans le cadre de leur mandat de CAC, la conformité et la sincérité des informations extra-financières publiées, ni leur concordance avec les états financiers, cette mission étant dévolue à l'organisme tiers indépendant (OTI). Relevons qu'en pratique, c'est souvent le CAC de la société qui assure également le rôle d'OTI, les plus grands cabinets ayant créé des départements Développement durable à cette fin.

Comme précédemment, la déclaration de performance extra-financière fait l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant (OTI)<sup>95</sup>, qui transmet un rapport à l'assemblée des actionnaires, en même temps que le rapport du conseil d'administration ou du directoire mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 225-100 du

<sup>90</sup> Dir. n° 2014/95/UE, 22 oct. 2014, Considérant n° 10.

<sup>91</sup> C. com., art. L. 225-102-1, III.

<sup>92</sup> C. com., art. R. 225-105-1, III.

<sup>93</sup> S. Schiller, *op. cit.*

<sup>94</sup> C. com., art. L. 823-10.

<sup>95</sup> C. com., art. L. 225-102-1, V.

Code de commerce. Il comprend un avis motivé sur la conformité, la sincérité et les diligences mises en œuvre pour conduire sa mission de vérification de l'information<sup>96</sup>. Un arrêté doit être pris pour fixer les contours de la mission de l'OTI.

L'OTI est désigné, selon le cas, par le directeur général ou le président du directoire, pour une durée qui ne peut excéder six exercices<sup>97</sup>. Ce mode de désignation peut sembler inopportun car c'est précisément l'organe de direction qui réalise le rapport et qui nomme celui qui est amené à le contrôler. Il aurait été souhaitable que ce soit l'assemblée des actionnaires qui le choisisse. De manière générale, ce mode de contrôle n'est pas satisfaisant, dans la mesure où ce sont les entreprises qui financent elles-mêmes leur contrôle et qu'elles n'ont par ailleurs que très peu de choix parmi les prestataires certifiés.

Dans un souci d'optimisation, le texte prévoit que lorsqu'une société se conforme volontairement à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), la déclaration signée par le vérificateur environnemental, annexée au rapport de gestion, vaut avis de l'organisme tiers indépendant sur les informations environnementales. En revanche, cela ne vaudra pas pour les informations de nature sociale et sociétale qui n'entrent pas dans le périmètre de l'EMAS.

L'ordonnance du 19 juillet 2017 a néanmoins simplifié le système de vérification des informations publiées pour se concentrer sur les grandes entreprises, et il concerne désormais les seules sociétés de plus de 500 salariés et dépassant plus de 100 millions d'euros de montant net du chiffre d'affaires ou de total de bilan<sup>98</sup>, alors que le régime précédent visait toutes les sociétés tenues de produire un rapport RSE.

On notera que l'absence de contrôle obligatoire de la qualité de l'information extra-financière est l'un des talons d'Achille de la directive du 22 octobre 2014 sur le *reporting* extra-financier. La vérification obligatoire de l'existence et de la sincérité des informations extra-financières par un tiers, prévue en France depuis la loi *Grenelle II*, est très peu répandue, que ce soit au niveau européen ou mondial. Les grandes entreprises y ont néanmoins recours assez fréquemment de manière volontaire, car elle est considérée comme une bonne pratique, notamment par les agences de notation extra-financière<sup>99</sup>.

En pratique, d'autres acteurs procèdent à un contrôle de la déclaration de performance extra-financière, même s'il ne s'agit pas d'une vérification globale. Particulièrement, l'autorité des marchés financiers a naturellement vocation à analyser la clarté, la pertinence et la cohérence des informations extra-financières publiées par les sociétés cotées dans leur document de référence.

<sup>96</sup> C. com., art. R. 225-105-2, II, a et b.

<sup>97</sup> C. com., art. R. 225-105-2, I.

<sup>98</sup> C. com., art. R. 225-105-2, II.

<sup>99</sup> Selon une étude publiée en 2015 par KPMG, 63 % des 250 plus grandes entreprises mondiales font vérifier leur rapport RSE par un tiers. Voir en ce sens KPMG international, *Currents of change*, The KPMG survey of corporate responsibility reporting 2015 : <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2016/02/kpmg-international-survey-of-corporate-responsibility-reporting-2015.pdf>

Les parties prenantes de l'entreprise sont également vigilantes et elles sont amenées, en fonction de leur champ de compétences, à vérifier la déclaration de performance extra-financière. Tout d'abord, l'entreprise peut être tenue de révéler certaines informations extra-financières aux salariés, plus exactement au comité social et économique (CSE)<sup>100</sup>, dans la mesure où ce dernier est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise<sup>101</sup>. Ainsi, dans les sociétés commerciales, l'employeur communique au CSE l'ensemble des documents transmis annuellement à l'assemblée générale des actionnaires ou à l'assemblée des associés, ainsi que le rapport des commissaires aux comptes<sup>102</sup>. Par ailleurs, ces informations font partie de la « base de données économiques et sociales » du CSE, ce qui facilitera la mobilisation des salariés en tant que partie prenante de l'entreprise. S'il s'avère que des informations sont erronées, le CSE en sera donc informé. Il pourra alors requérir l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour des assemblées<sup>103</sup> et surtout il pourra désigner deux de ses membres pour assister aux assemblées générales<sup>104</sup>. Relevons enfin que les investisseurs, les agences de notation extra-financières, ou encore les ONG jouent également un rôle essentiel dans l'analyse de ces informations émises par les entreprises.

## 2. Les sanctions de l'inexécution de l'obligation de publication

Les textes ne prévoient toujours pas de sanction pour non-respect des dispositions exposées ci-dessus. Néanmoins, l'article L. 225-102-1, VI du Code de commerce dispose désormais que lorsque le rapport de gestion ne comporte pas la déclaration de performance extra-financière, 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 qui doivent y figurer. Lorsqu'il est fait droit à la demande, l'astreinte et les frais de procédure sont à la charge, individuellement ou solidairement selon le cas, des administrateurs ou des membres du directoire. On peut s'interroger sur la nécessité de cette disposition, qui reprend mot pour mot l'article L. 225-102, alors que dans une précédente version l'article L. 225-102-1, VI y renvoyait directement<sup>105</sup>. Elle a le mérite de clarifier la lecture !

Il faut bien avouer que l'absence totale de déclaration de performance extra-financière reste néanmoins une hypothèse assez rare, et c'est plus particulièrement le caractère incomplet ou inexact de cette publication qui est à craindre. La référence explicite par la Directive européenne à la responsabilité collective des « membres

<sup>100</sup> Le Comité social et économique remplace désormais le comité d'entreprise, les délégués du personnel et le CHSCT : C. trav., art. L. 2312-36 ; C. trav., art. R. 2323-1-3, 3°.

<sup>101</sup> C. trav., art. L. 2312-8.

<sup>102</sup> C. trav., art. L. 2312-25, II, 2°.

<sup>103</sup> C. trav., art. L. 2312-77, al. 2.

<sup>104</sup> C. trav., art. L. 2312-77, al. 3.

<sup>105</sup> V. Mercier, « Le fabuleux destin de l'obligation de *reporting* extra-financier », in *Jalons pour une économie verte*, préface V. Mercier et J. Mestre, PUAM, 2012, p. 257.

des organes d'administration, de gestion et de surveillance, agissant dans le cadre des compétences qui leur sont dévolues par le droit national »<sup>106</sup> permet d'envisager la mise en jeu de leur responsabilité. La responsabilité pénale de la société cotée ou de son dirigeant pourrait ainsi être engagée sur le fondement de l'incrimination générale qui sanctionne toute diffusion dans le public d'information fausse ou trompeuse concernant les perspectives ou la situation de l'émetteur<sup>107</sup>. Le délit de fausse information est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 100 millions d'euros d'amende. Il peut être caractérisé par la diffusion dans le public de fausses informations contenues, tant dans le rapport annuel, que dans un rapport RSE autonome, dès lors que celui-ci est répandu dans le public par un moyen quelconque et que l'information en cause peut avoir une incidence sur le cours des titres. On peut notamment penser à la dissimulation d'un passif environnemental significatif. Ainsi, l'omission d'informations relatives aux incidences de l'activité d'une société sur l'environnement, qui affecterait le contenu du rapport de gestion le rendant faux ou trompeur, serait alors pénalement réprimée. La diffusion de fausse information constitue en outre une atteinte à la transparence des marchés exposant son auteur, personne morale, dirigeant et commissaire aux comptes, à une sanction administrative prononcée par la commission des sanctions de l'AMF<sup>108</sup>, dans les conditions prévues l'article L. 465-3-6 du Code monétaire et financier. Cette sanction pécuniaire ne peut excéder 100 millions d'euros ou le décuple du montant des profits éventuellement réalisés. Elle doit être proportionnée à la gravité des manquements commis. Par ailleurs, l'AMF peut ordonner aux sociétés cotées de procéder à des publications rectificatives ou complémentaires dans le cas où des inexactitudes ou des omissions auraient été relevées dans les documents publiés. Faute pour les émetteurs de déférer à cette injonction, l'AMF peut, après avoir entendu l'émetteur, procéder elle-même à ces publications rectificatives ou complémentaires<sup>109</sup>.

Par ailleurs, la responsabilité liée aux informations contenues dans le rapport est directement supportée par celui qui est à l'origine de leur diffusion, président du conseil d'administration, directeur général, voire administrateur (ou directoire). Autrement dit, les informations sociales et environnementales faisant partie du rapport de gestion relèvent de la responsabilité du conseil d'administration ou du directoire. Si une carence dans l'information sociale ou environnementale s'avérait préjudiciable, les dirigeants pourraient voir leur responsabilité civile engagée, en application de l'art. L. 225-251 du Code de commerce qui vise les infractions aux dispositions législatives ou réglementaires relatives au rapport de gestion applicables aux sociétés anonymes et, à ce titre, l'article L. 225-102-1 du Code de commerce est, de toute évidence, concerné.

La responsabilité des dirigeants engagée par les tiers paraît cependant peu envisageable en raison de la nécessaire démonstration d'une faute séparable des fonctions, qui doit être intentionnelle, d'une particulière gravité et incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales<sup>110</sup>. La responsabilité de la société vis-à-vis des tiers

<sup>106</sup> Dir. n° 2014/95/UE, 22 oct. 2014, art. 29 bis.

<sup>107</sup> C. mon. fin., art. L. 465-3-2.

<sup>108</sup> C. mon. fin., art. L. 621-15.

<sup>109</sup> C. mon. fin., art. L. 621-18.

<sup>110</sup> Cass. com., 20 mai 2003 (n° 99-17.092) : *Bull. civ.* 2003, IV, n° 84.

n'est en revanche pas à exclure, le non-respect d'une obligation légale constituant une faute. Une information erronée pourrait ainsi fonder l'action d'une association se prévalant d'une atteinte à l'intérêt collectif qu'elle défend.

En revanche, la faute simple suffirait pour une action des actionnaires ou de la société elle-même. La responsabilité civile du dirigeant pourrait être engagée par la société pour atteinte à sa réputation ou à son image. Il s'agit de l'action sociale engagée par les associés. Dans cette hypothèse, l'indemnisation est cependant difficile à évaluer. Pour qu'elle le soit à l'égard des actionnaires, l'existence d'un préjudice personnel, distinct de celui de la société, et du lien de causalité paraît délicate à établir s'agissant d'une information extra-financière. Cependant, il a été jugé que le caractère personnel du préjudice était caractérisé par le fait que les actionnaires ont été incités à investir dans les titres émis par la société en raison de fausses informations diffusées par les dirigeants, d'une rétention d'information et d'une présentation de comptes inexacts<sup>111</sup>. Le préjudice est constitué par la perte d'une chance, plus précisément la chance d'investir les capitaux dans un autre placement ou de renoncer à celui déjà réalisé<sup>112</sup>. Selon cette jurisprudence, une information sociale ou environnementale erronée pourrait permettre aux associés d'engager la responsabilité des dirigeants sociaux.

Si aucune action en justice n'est à relever en France, une banque australienne est actuellement poursuivie pour défaut d'information sur les risques liés au changement climatique dans son rapport annuel. L'ONG qui a intenté l'action estime que l'établissement financier « ne donne pas une vision juste et véridique de sa position financière et de sa performance »<sup>113</sup>.

**Conclusion.** Le régime de l'obligation d'information extra-financière peut laisser assez dubitatif, dans la mesure où subsistent de nombreuses lacunes. Plus fondamentalement, l'obligation légale ne conduit pas à imposer aux entreprises de s'engager dans une démarche RSE et n'oblige aucunement les sociétés à adopter des comportements éthiques en matière sociale, environnementale ou de gouvernance. Elle n'impose en réalité qu'une obligation de communication de certaines informations, et la seule contrainte relève de la collecte de ces informations et de leur insertion dans le rapport de gestion. De plus, si la loi prévoit un mécanisme de contrôle, elle ne prévoit cependant toujours pas de sanction spécifique en cas de manquement, si ce n'est une simple injonction. Même si les risques de nature réputationnelle, économique et financière ne sont pas à négliger pour l'entreprise, le processus de sanction relève d'avantage de la morale que d'une sanction juridique.

Ce « nouveau » *reporting* RSE constitue néanmoins une véritable opportunité pour les entreprises. Résultant d'une analyse en profondeur des enjeux extra-financiers pertinents et probants auxquels la société est confrontée, cette publication cesse donc

<sup>111</sup> Cass. com., 9 mars 2010 (n° 08-21.547 et n° 08-21.798) : *JurisData* n° 2010-001500 ; *Dr. sociétés* n° 6, juin 2010, comm. 109, note M-L. Coquelet.

<sup>112</sup> I. Desbarats et G. Jazottes, « La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ? », *JCP S* 2012, 1293, spéc. n° 20.

<sup>113</sup> « *Reporting* climat : la banque australienne poursuivie pour défaut d'information cède aux demandes de transparence » : <http://www.novethic.fr/actualite/environnement/climat/isr-rse/reporting-climat-une-banque-australienne-poursuivie-pour-defaut-d-information-144731.html>.

d'être un rapport de conformité, et a vocation à devenir un véritable outil de pilotage opérationnel et stratégique de l'entreprise, à la fois concis et accessible, concentré sur les informations significatives liées à l'activité de l'entreprise et, par voie de conséquence, un document d'information et de dialogue incontournable pour l'ensemble des parties prenantes. Il pourrait très rapidement faire de la performance RSE un levier de performance globale de l'entreprise.

## **II. La création d'un devoir de vigilance à la charge des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre françaises : un changement de paradigme pour la RSE**

Au-delà de cette nécessité pour les entreprises d'informer le public, lorsque cela est nécessaire à la compréhension de leur situation, notamment sur la manière dont elles prennent en considération les conséquences sociales et environnementales de leur activité, ainsi que les effets de cette activité quant au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption<sup>114</sup>, les grandes entreprises françaises sont désormais soumises à une nouvelle obligation qui constitue une étape fondamentale dans l'évolution du droit de la RSE. Cette ombre plane sur elles depuis plusieurs années<sup>115</sup> et, malgré une ferme opposition du Sénat qui a cherché à limiter la portée de la loi à une simple obligation de *reporting*, le législateur français a renforcé les obligations des entreprises en matière de RSE en leur imposant désormais d'intégrer au sein de leur politique sociétale et de groupe la prévention des risques d'atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes, ainsi que l'environnement. Il ne s'agit donc plus seulement d'une responsabilité sociétale relevant de la *soft law* que doit supporter la société, mais d'une responsabilité juridique fondée sur une obligation d'assurer une vigilance efficace, mais raisonnable, permettant de prévenir les atteintes graves à certains droits fondamentaux.

Même si elle constitue une atteinte au principe d'autonomie des sociétés d'un groupe<sup>116</sup>, l'adoption de l'obligation de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordre est en soit une véritable évolution normative pour le droit de la RSE, et elle pourrait constituer une réponse en termes de prévention et de réparation, en responsabilisant les chaînes d'approvisionnement internationales, afin d'empêcher la survenance de drames, en France et à l'étranger, et d'obtenir des réparations pour les victimes en cas de dommages portant atteinte aux droits humains et à l'environnement. Son analyse permet de mettre en évidence qu'un nouveau rôle de régulation est désormais confié aux entreprises (A), et que sa violation permet de mettre en œuvre une responsabilité juridique pour défaut de vigilance (B).

<sup>114</sup> C. com., art. L. 225-102-1, III.

<sup>115</sup> Prop. de loi AN n° 1519 et 1524, 6 nov. 2013, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre; Prop. de loi AN n° 1777, 11 févr. 2014; Prop. de loi AN n° 2578, 11 févr. 2015; Prop. de loi AN n° 501, 30 mars 2015; Prop. de loi AN n° 843, 29 nov. 2016.

<sup>116</sup> Sur le sujet : A. Mairot, « Proposition de loi numéro 2578 ou le nouvel accroc au principe de l'autonomie des sociétés membres d'un groupe », *Dr. sociétés* 2014, alerte 43.

### A. *Un nouveau rôle de régulation confié aux entreprises*

**Élaboration d'un plan de vigilance.** Largement inspirée de textes internationaux non contraignants, tout particulièrement des Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'attention des multinationales de 2011<sup>117</sup>, ainsi que des principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2014<sup>118</sup>, qu'elle traduit en droit interne, la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>119</sup> impose aux entreprises multinationales françaises et à leurs sous-traitants d'établir et de mettre en œuvre, en collaboration avec leurs parties prenantes, un plan de vigilance afin d'éviter les atteintes aux droits de l'homme et libertés fondamentales, les risques de dommages corporels, sanitaires et environnementaux graves, et les risques de comportements de corruption active et passive liées à leurs activités, tout au long de leur chaîne d'approvisionnement<sup>120</sup>.

**Entreprises concernées.** Cette mesure concerne les entreprises multinationales françaises employant plus de 5000 salariés en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes, dont le siège est situé en France, ainsi que les entreprises multinationales françaises employant plus de 10000 salariés en leur sein et dans leurs filiales directes ou indirectes, dont le siège est situé à l'étranger<sup>121</sup>. Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés sont cependant réputées satisfaire à l'obligation de vigilance dès lors que la société qui les contrôle 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<sup>122</sup>.

De prime abord, le champ d'application semble être plus restreint que celui de la loi Sapin II imposant aux entreprises d'au moins 500 salariés (ou appartenant à un groupe de sociétés d'au moins 500 salariés), dont le chiffre d'affaires (ou chiffre d'affaires consolidé) est supérieur à 100 millions d'euros, une obligation de vigilance

<sup>117</sup> <http://www.oecd.org>

<sup>118</sup> [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_FR.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf)

<sup>119</sup> L. n° 2017-399, 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : *JO* 28 mars 2017, texte n° 1. T. Sachs, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des sociétés donneuses d'ordres : les ingrédients d'une corégulation », *RDT* 2017, p. 380 ; C. Malecki, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », *BJS* 2017, p. 298 ; A. Reygrobellet, « Devoir de vigilance ou risques d'insomnies ? », *RLDA* 2017, n° 128 ; A. Denis-Fantôme 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 ; J. Heinich, « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : une loi finalement adoptée, mais amputée », *Dr. sociétés* 2017, comm. 78 ; S. Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP* 2017, 1193 ; X. Boucobza et Y.-M. Serinet, « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance, l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », *D.* 2017, p. 1619 ; O. Boskovic, « Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé », *D.* 2016, p. 385 ; 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° 4, p. 93.

<sup>120</sup> C. com., art. L. 225-102-4.

<sup>121</sup> C. com., art. L. 225-102-4, I.

<sup>122</sup> C. com., art. L. 225-102-4, I, al. 2.

contre les risques de corruption<sup>123</sup>, même si ces deux dispositions visent les sociétés mères dont le siège social est situé en France. Nous verrons ultérieurement que la portée de la loi est plus large qu'il n'y paraît.

**Contenu.** Ce plan présente 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 directement ou indirectement de ses activités ou de celles de ses filiales, mais également des activités en lien avec les sous-traitants, ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie<sup>124</sup>.

Plus précisément, le plan devra comprendre cinq mesures visant l'identification des risques ainsi que leur traitement :

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

La rédaction d'un tel plan de vigilance, qui constitue la clé de voûte de la loi, s'inscrit dans une démarche de prévention qui ne peut qu'être saluée. La méthode employée par le législateur est constitutive d'une volonté de responsabilisation des entreprises. Plutôt que d'imposer des normes de comportement, elle accorde aux entreprises une liberté dans la mise en œuvre de l'obligation. Le texte impose aux entreprises soumises à l'obligation, en France ou à l'étranger, une procédure à suivre invitant le plan à décrire les différentes étapes présentes pour toute démarche de *compliance*<sup>125</sup>, et que l'on retrouve d'ailleurs dans le plan anti-corruption issu de la loi Sapin II. Mais l'entreprise devra créer ses propres procédures et mettre en place des instruments juridiques afin de répondre aux exigences légales.

**Portée extraterritoriale de la loi.** Le domaine de cette obligation se révèle finalement beaucoup plus large qu'il n'y paraît. Le texte définit les activités soumises au plan de vigilance comme étant celles relevant de la sphère d'influence de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre<sup>126</sup>. Si l'ambition clairement affichée par le

<sup>123</sup> L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JO* 10 déc. 2016, texte n° 2.

<sup>124</sup> C. com., art. L. 225-102-4-I al. 3.

<sup>125</sup> X. Boucobza et Y.-M. Serinet, *op. cit.*

<sup>126</sup> R.-C. Drouin, « Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance ? », *Dr. soc.* 2016, 246 ; N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *D.* 2015, 1049.

texte est de viser les plus grandes entreprises et les plus grands groupes ou sous-groupes ayant leur siège en France<sup>127</sup>, et que la loi ne s'applique pas directement aux sociétés filiales, sous-traitantes ou fournisseurs étrangères, il n'en demeure pas moins que la portée extraterritoriale de la loi ne peut pas être niée, et que de très nombreuses entreprises, en France et à l'étranger, seront nécessairement impactées par le plan de vigilance. En effet, ce dernier devra identifier les risques liés à sa propres activité, mais pas seulement. Sont ainsi directement visées les filiales et les sous-filiales sur lesquelles la société mère exerce un contrôle exclusif, soit par la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote, soit par la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance, soit par l'exercice d'une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, ce qui permet d'inclure dans la sphère de la vigilance l'activité des concessionnaires, franchisés ou autres entreprises sur lesquelles la société dominante s'est réservé par contrat un pouvoir de contrôle exclusif<sup>128</sup>. Doivent également être prises en compte les activités des sous-traitants<sup>129</sup> et des fournisseurs<sup>130</sup> avec lesquels est entretenue « une relation commerciale établie », à savoir les contractants directs, ce qui semble exclure les sous-traitants occasionnels, ainsi que ceux au deuxième, troisième ou quatrième degré<sup>131</sup>. Se pose également la question de savoir s'il faut intégrer dans le plan de vigilance les activités des fournisseurs et sous-traitants des sociétés qu'elle contrôle. Les travaux parlementaires y semblent favorables. Il reviendra à la jurisprudence d'apporter ces précisions.

**Une loi génératrice de phénomènes d'inter-normativité.** La loi du 27 mars 2017 pose la question de savoir jusqu'où doivent aller les sociétés françaises pour répondre à cette obligation de vigilance, notamment lorsque la société partenaire respecte son droit national mais, se faisant, viole certains droits humains? La mise en place du plan de vigilance impliquerait des sociétés françaises qu'elles imposent à leurs entreprises partenaires des normes plus exigeantes, compatibles avec les droits fondamentaux, tout particulièrement par la voie contractuelle ou de normes privées (chartes éthiques, codes de conduite). À charge ensuite pour l'entreprise partenaire d'adopter des normes de comportement afin de répondre aux exigences de la société française, sous réserve de la violation de règles d'ordre public de droit local<sup>132</sup>. Les entreprises françaises soumises à l'obligation de vigilance devront ainsi exercer un contrôle auprès de leurs partenaires, pour autant qu'une relation commerciale établie soit entretenue avec

<sup>127</sup> En ce sens, A. Reygrobellet, « Devoir de vigilance ou risques d'insomnies? », *RLDA* 2017, n° 128.

<sup>128</sup> A. Danis-Fatôme 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, n° 28, 1610.

<sup>129</sup> La loi du 27 mars 2017 ne définit pas la notion. Il faut alors se référer à la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 (art. 1) selon laquelle « la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage ».

<sup>130</sup> Cette notion couvre l'ensemble des opérateurs économiques vendant des biens et services à ses clients personnes physiques ou morales.

<sup>131</sup> En ce sens, S. Mac Cionnaith, G. Jazottes et S. Sabathier, « Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concept de *soft law* et de *hard law* », *RLDA* 2017, 25.

<sup>132</sup> D. Poracchia, « Observations sur la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*

eux, afin de vérifier que ces derniers respectent le cadre imposé. Dans le cas contraire, et afin d'être en conformité avec l'exigence de vigilance, la société française, ou sa filiale, devrait cesser d'entretenir toute relation commerciale avec ce partenaire, sous peine d'être elle-même sanctionnée. Il sera ainsi nécessaire de former ces partenaires, de leur demander de déclarer qu'ils se conforment aux valeurs soutenues par l'entreprise, d'insérer des clauses dédiées dans les contrats. Ces différentes normes privées donneront ainsi un effet extra-territorial à certaines normes de comportement, et généreront inmanquablement des phénomènes d'inter-normativité<sup>133</sup>.

Les plus grandes entreprises françaises ont ainsi la responsabilité de faire adhérer des entreprises à des normes internationales en matière de droits de l'homme, de protection de la santé et de l'environnement, alors même que leurs États nationaux ne soutiennent pas forcément ces valeurs éthiques, ou sont moins exigeants. À ce titre, la loi sur le devoir de vigilance fait reposer sur les entreprises un pouvoir de police des principes RSE auprès de leurs filiales et partenaires économiques<sup>134</sup>. On se demande néanmoins dans quelle mesure une grande entreprise française pourrait imposer les libertés syndicales dans certains pays d'Asie, ou encore l'égalité femme-homme dans certains États du Moyen-Orient ! Reste que les entreprises devront surmonter ces difficultés car, à défaut, elles se trouveront exposées à des sanctions.

### B. La mise en œuvre d'une responsabilité juridique pour défaut de vigilance

**Contrôle.** Il est très étonnant que le texte ne prévoit aucune modalité de contrôle spécifique, ce qui rappelle inévitablement l'évolution du *reporting* extra-financier, dont l'OTI n'a été missionné qu'à partir de la loi du 12 juillet 2010 pour contrôler l'obligation prescrite par l'article L. 225-102-1 du Code de commerce.

Le législateur met néanmoins l'accent sur la publicité du plan et de son suivi, en prévoyant que le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective seront rendus publics et inclus dans le rapport de gestion de l'entreprise<sup>135</sup>.

Par ailleurs, le texte prévoit que le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société. Même s'il ne s'agit que d'une incitation, les entreprises auront tout intérêt à instaurer un dialogue avec les ONG, les syndicats, les associations de défense de l'environnement, des consommateurs ou des actionnaires

<sup>133</sup> Sur les phénomènes d'inter-normativité: J. Carbonnier, « Les phénomènes d'inter-normativité », in *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, p. 42 s.; V° Internormativité, in A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris-Bruxelles, éd. LGDJ-Story Scientia, 1988 (2<sup>e</sup> éd. 1993), p. 313-314, repris in R. Verdier (dir.), *Écrits*, éd. PUF, 2008, p. 697: l'inter-normativité y est décrite comme un « ensemble de phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes »; Préface, in J.-G. Belley (dir.), *Le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, Paris, éd. LGDJ, coll. Droit et société, vol. 16, 1995, p. 3-4; G. Rocher, « Les "phénomènes d'internormativité": faits et obstacles », in J.-G. Belley (dir.), *Le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, op. cit., vol. 15, 1996; J.-G. Belley (dir.), « Réactif, activation, phases et produits », in *Le droit soluble*, op. cit., p. 21.

<sup>134</sup> X. Boucobza et Y.-M. Serinet, « Loi "Sapin 2" et devoir de vigilance, l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », op. cit.

<sup>135</sup> C. com., art. L. 225-102-4-I.

afin de co-construire le plan de vigilance. Des partenariats avec de telles entités permettraient de renforcer le plan qui aura été élaboré avec des personnes compétentes. Cette disposition met en exergue le fait que les mécanismes de médiation et de négociation permettent d'accompagner l'entreprise de manière efficace dans le cadre de sa responsabilité sociétale<sup>136</sup>.

L'une des voies à privilégier sera également la coopération « dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale »<sup>137</sup>, ce qui permettra d'impliquer les États dans lesquelles les filiales ou partenaires économiques sont implantés et contribuera à élever leurs standards de protection en matière environnementale, sanitaire et de sécurité au travail. Des négociations existent d'ores et déjà et aboutissent d'ailleurs de plus en plus à de véritables accords avec les parties prenantes, l'exemple le plus marquant étant celui conclu le 13 mai 2013 après l'accident du Rana Plaza dans le secteur du textile au Bangladesh, entre deux syndicats internationaux, plusieurs syndicats bangladais et près de 200 entreprises provenant de plus d'une vingtaine de pays d'Europe, d'Amérique du Nord, d'Asie et d'Australie, portant sur la sécurité incendie et la sécurité des bâtiments au Bangladesh<sup>138</sup>.

Associer les parties prenantes présente un autre avantage, dans la mesure où, participant à son élaboration, elles seront moins enclines à le critiquer. Leur participation suscite néanmoins des questions en termes de responsabilité et l'on peut se demander si les victimes d'une défaillance du plan ne pourraient pas se retourner contre les parties prenantes qui ont participé à la définition de mesures adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves aux droits de l'homme et à l'environnement.

Le texte ne le prévoit pas, mais le rôle des parties prenantes ne se limitera certainement pas à l'élaboration du plan. Les associations, plus particulièrement, jouent un rôle très actif en matière d'alerte, et elles seront inmanquablement attentives au respect par l'entreprise des mesures préalablement décidées. L'entreprise aura ainsi tout intérêt à les associer au suivi du plan, ce qui le rendra plus efficace et, en cas de défaillance, limitera leurs critiques. Cela suscite d'ailleurs des questions d'éventuels conflits d'intérêts<sup>139</sup>. D'autres parties prenantes de l'entreprise, tels les investisseurs, agences de notation, ou encore les consommateurs ne participeront pas à l'élaboration du plan, mais ils y seront très attentifs et exerceront un mode de contrôle indirect, pouvant remettre en cause les activités opérationnelles, les accès aux financements ou le maintien sur les marchés des entreprises négligentes<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> S. Brunengo, « RSE et médiation, l'éthique au cœur du développement durable », *Journ. sociétés* 2015, n° 135, p. 34.

<sup>137</sup> C. com., art. L. 225-102-4-I, al. 4.

<sup>138</sup> S. Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*

<sup>139</sup> En ce sens, C. Malecki, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », *op. cit.*

<sup>140</sup> Sur le contrôle des politiques RSE par les parties prenantes : V. Mercier, « Responsabilité sociétale des entreprises », *Études Joly Société*, n° ER040.

**Sanctions.** C'est la toute première fois qu'une disposition en matière de RSE est assortie d'un mécanisme de sanction juridique. Le texte prévoit aussi bien des sanctions en cas de manquement à l'obligation d'établir et de mettre en œuvre un plan, qu'en cas de survenance d'un préjudice.

Ainsi, lorsqu'une société mise en demeure de respecter ses obligations de vigilance 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<sup>141</sup>. Le texte vise l'hypothèse où le plan est inexistant, mais également incomplet ou inadapté. L'action est également largement ouverte à « toute personne justifiant d'un intérêt à agir » et il est fort à parier que certaines ONG n'hésiteront pas à saisir le TGI ou son Président<sup>142</sup>.

Par ailleurs, en cas manquement à ses obligations de vigilance la société engage sa responsabilité, devant les juridictions françaises, et doit réparer le préjudice que l'exécution de ses obligations aurait permis d'éviter<sup>143</sup>. La loi ne crée cependant pas un régime spécial de responsabilité des entreprises françaises du fait d'autrui. Les entreprises ne seront responsables en cas de dommage que dans les conditions du droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle<sup>144</sup>, à savoir une faute, un dommage et l'établissement d'un lien de causalité direct entre les manquements au devoir de vigilance et le dommage, ce qui a été affirmé par le Conseil constitutionnel. La publicité de la décision est également prévue par le texte<sup>145</sup>.

Reste à savoir en quoi consiste la faute. Elle sera naturellement constituée en cas de manquement au devoir de vigilance défini par la loi, à savoir un défaut d'élaboration, de communication, de présentation dans le rapport de gestion, ou de mise en œuvre du plan. Le manquement à l'une des mesures énumérées devant être prévues par le plan permettrait également de caractériser la faute. Ainsi, le défaut d'élaboration d'une cartographie des risques, de mise en place de procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs, d'actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, d'un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, ou encore d'un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité permettrait d'établir la faute de l'entreprise. *A priori* limitée, la liste de ces mesures peut cependant être complétée par un décret en Conseil d'État<sup>146</sup>. La faute pourrait également être constituée par toute négligence dans la mise en œuvre des mesures de prévention prévues dans le plan de vigilance<sup>147</sup>. Se pose la question de savoir si l'insuffisance du plan de vigilance, ou encore l'incapacité à le mettre en œuvre, permettrait d'ouvrir à réparation. Cela conduirait à consacrer une obligation de moyen renforcée à la charge des entreprises françaises. Les victimes devraient alors apporter la preuve que la société

<sup>141</sup> C. com., art. L. 225-102-4-II.

<sup>142</sup> S. Schiller, *op. cit.*

<sup>143</sup> C. com., art. L. 225-102-5.

<sup>144</sup> L'art. L. 225-102-5, al. C. com. renvoyant directement aux art. 1240 et 1241 du C.civ.

<sup>145</sup> C. com., art. L. 225-102-5.

<sup>146</sup> C. com., art. L. 225-102-4-I, dernier al.

<sup>147</sup> En ce sens, A. Danis-Fatôme et G. Viney, *op. cit.*

aurait pu éviter ou réduire le préjudice. Quelles seraient alors les conditions d'exonération des sociétés mères et donneuses d'ordre? Il faudrait qu'elles démontrent que malgré toutes les mesures de vigilance prises, intégrant le processus d'élaboration, les parties prenantes consultées, les actions mises en œuvre etc., l'atteinte grave n'était pas évitable, ce qui serait quasi impossible à établir<sup>148</sup>. On est très loin de la faute caractérisée exigée par l'article L. 512-17 du Code de l'environnement ou des conditions d'extension de la procédure collective de l'article L. 621-2, al. 2 du Code de commerce!

**Dispositions déclarées non conformes à la Constitution.** La loi a été immédiatement soumise au Conseil Constitutionnel par soixante députés et soixante sénateurs, qui contestaient la constitutionnalité des articles 1er, 2 et 4. Dans une décision en date du 23 mars 2017<sup>149</sup>, il a validé l'incontestable objectif d'intérêt général de la loi, l'obligation instituée par la loi d'établir un plan de vigilance, le mécanisme de mise en demeure, la possibilité pour le juge de soumettre la société concernée à une injonction et la possibilité d'engager sa responsabilité en cas de manquement à ses obligations.

Le texte initial prévoyait également qu'en cas de manquement, la société mère ou donneuse d'ordre pouvait être condamnée au paiement d'une amende civile pouvant atteindre 10 millions d'euros, fixée par le juge « en proportion de la gravité du manquement et en considération des circonstances de celui-ci et de la personnalité de son auteur ». En cas de concrétisation du risque, l'amende pouvait être majorée jusqu'à trois fois, en fonction de la gravité et des circonstances du manquement et du dommage, c'est-à-dire en présence d'un dommage grave, soit 30 millions d'euros. Une sanction que refusaient catégoriquement les sénateurs, qui ont rejeté le texte en seconde lecture le 13 octobre 2016, et qui a été censurée par le Conseil constitutionnel, indiquant que « l'imprécision des termes employés par le législateur pour définir les obligations qu'il créait » ne permettait pas d'instituer une sanction aussi importante. Il a en effet estimé que les termes employés par le législateur pour la rédaction du texte, tels que « mesures de vigilance raisonnable » et « actions adaptées d'atténuation des risques » étaient trop généraux. La mention liée aux « droits humains » et aux « libertés fondamentales » était, quant à elle, large et indéterminée et, pour finir, le périmètre des sociétés entrant dans le champ de l'infraction était très étendu.

**Efficacité du dispositif.** Si le dispositif est considéré comme étant une avancée historique vers le respect des droits humains et environnementaux par les entreprises multinationales, certains y voient un texte vidé de sa substance avec la disparition de sa sanction la plus importante.

Par ailleurs, le recours à la justice en cas de dommage sera très complexe, car la charge de la preuve revient aux victimes, qui parfois ne disposent pas des outils suffisants pour le faire (éloignement des grands centres urbains, illettrisme, manque de formation juridique, etc.). Les ONG auraient voulu que le texte permette un renversement de la charge de preuve et laisse à l'entreprise l'obligation de prouver sa non-culpabilité. Elles estiment que cette sanction, reposant sur le régime de responsa-

<sup>148</sup> C. Malecki, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable? », *op. cit.*

<sup>149</sup> Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC.

bilité civile de droit commun, induit un parcours jonché d'obstacles pour les victimes qui n'obtiendront jamais réparation. D'autant que la présomption simple de faute à la charge de la société mère, préconisée au cours des travaux préparatoires et proposée à l'occasion du premier projet, a purement et simplement disparu du texte promulgué<sup>150</sup>.

Également, le Conseil constitutionnel ayant affirmé la nécessité d'établir « un lien de causalité direct [...] entre ces manquements et le dommage », la responsabilité juridique de la société en cas de dommages ou d'atteintes aux droits fondamentaux sera particulièrement délicate à mettre en œuvre, d'autant que la loi n'impose aucune obligation de résultat du plan de vigilance. Si l'absence d'établissement du rapport de vigilance est facile à établir, l'appréciation de la mise en œuvre non effective de celui-ci sera en revanche très difficile. Également, le spectre des risques étant particulièrement large (sanitaire, environnemental, social, corruption passive ou active), il ne sera pas aisé d'établir un lien de causalité entre la réalisation d'un dommage et l'inadéquation des mesures de diligence raisonnable prises pour éviter un tel dommage. Il faudra certainement que la jurisprudence vienne préciser ce que l'on doit entendre par mesures raisonnables propres à identifier et prévenir les risques RSE. Les magistrats français pourraient également instituer une présomption de causalité, d'ores et déjà mise en place dans des hypothèses où le dommage a été causé par une chose dangereuse ayant été confiée par son propriétaire à un tiers ou laissée à la disposition de ce tiers<sup>151</sup>.

Un autre risque est à souligner, dans la mesure où l'adoption de cette loi pourrait amener les entreprises françaises à remettre en cause un certain nombre de contrats, voire à se retirer de pays potentiellement porteurs de risques. Le dispositif constituerait alors un obstacle à leur compétitivité. En réalité, ces différentes craintes sont à nuancer car, même si ce texte n'est pas parfait, l'absence de sanction juridique forte n'aura que peu d'incidence sur son application par les entreprises multinationales qui, dans la grande majorité d'entre elles, mettent déjà en œuvre ces principes éthiques, sous des formes plus ou moins différentes. Tout d'abord, les sociétés mères ont déjà une obligation de divulgation d'informations relatives à leurs sous-traitants et fournisseurs, allant de la prise en compte dans la politique d'achat des enjeux sociaux et environnementaux à la prise en compte dans les relations avec les fournisseurs et les sous-traitants de leur responsabilité sociale et environnementale<sup>152</sup>. Cela s'explique également par le fait qu'elles l'intègrent très souvent de manière volontaire dans leur démarche RSE, notamment dans le cadre de leurs différentes certifications, mais également parce qu'elles sont d'ores et déjà soumises à des dispositions similaires, telles le *UK Modern Slavery Act (MSA)* qui dispose que les entreprises, quelle que soit l'implantation de leur siège social, qui mènent, en tout ou partie, leurs activités sur le territoire du Royaume-Uni et dont le chiffre d'affaire annuel est de 36 millions de Livres ou plus, fassent une déclaration énumérant les mesures qu'elles ont prises dans la prévention de la lutte contre l'esclavage moderne au sein de leur organisation et dans leur chaîne d'approvisionnement. D'autres

<sup>150</sup> V. N. Cuzacq, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : Acte II, scène 1 », *op. cit.*

<sup>151</sup> En ce sens, A. Danis-Fatôme et G. Viney, *op. cit.*; C. Hannoun, « Propositions pour un devoir de vigilance des sociétés mères », *Mélanges Germain*, LexisNexis, 2015, p. 381; N. Cuzacq, *op. cit.*

<sup>152</sup> C. com., art. R. 225-105-1.

textes imposent des obligations similaires, de portée néanmoins différente, tels que le *California Transparency Act in supply chain*, le *UK Bribery Act (UKBA)* ou le *Foreign Corrupt Practices Act* aux USA, en matière de lutte contre les pratiques de corruption, ou encore le *Child Labour Due diligence Law* adoptée aux Pays-Bas.

Par ailleurs, les entreprises multinationales sont pleinement conscientes que le devoir de vigilance les protège du risque réputationnel, de la corruption et atteste des bonnes pratiques sur le plan environnemental, d'autant que la juridiction constatant un manquement au devoir de vigilance a la possibilité d'ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision. Outre le risque juridique, la société est parallèlement exposée à un préjudice de réputation qui peut avoir des conséquences économiques et financières considérables. La RSE n'est pas un concept purement théorique et implique de l'entreprise de réaliser quotidiennement des arbitrages entre différentes priorités stratégiques. Le simple fait d'être mise en cause sur le terrain du manquement au devoir de vigilance pourrait causer aux entreprises un préjudice d'image considérable. À l'inverse, une entreprise qui joue le jeu pourra communiquer positivement sur les actions entreprises dans le cadre de son plan de vigilance. Gageons que les parties prenantes, et tout particulièrement les investisseurs et les ONG, scruteront avec beaucoup d'attention le respect de ces dispositions pas les entreprises multinationales.

Reste que la France doit aujourd'hui passer le relais en portant cette loi au niveau européen. En réalité, le mouvement est déjà en marche et neuf parlements nationaux<sup>153</sup> se sont déjà engagés avec l'hexagone, dans le cadre de l'initiative « Carton Vert »<sup>154</sup>, lancée en 2016, appelant à un devoir de vigilance de la part des entreprises européennes envers les individus et les communautés dont les droits et l'environnement local sont impactés par leurs activités<sup>155</sup>.

#### **Projet de Traité de l'ONU sur les multinationales et les droits humains.**

Par ailleurs, un groupe intergouvernemental de travail, mandaté par le Conseil des droits de l'Homme de l'ONU travaille, depuis 2014, à l'élaboration d'un instrument international contraignant destiné à prévenir les violations des droits humains par les multinationales et les pénaliser en cas de manquement. Il reprendrait en grande partie les éléments de la loi française, mais le texte va plus loin en mentionnant, notamment, le renversement de la charge de la preuve. Il appartiendrait alors à l'entreprise accusée par des plaignants de prouver qu'elle n'est pas responsable du dommage causé. C'est un point que la société civile avait poussé sans succès dans la loi française, et qui doit permettre une meilleure protection des victimes. L'adoption d'un traité international contraignant n'est cependant pas encore prête d'aboutir, dans la mesure où les principaux pays d'accueil des multinationales y sont peu enclins. La poursuite des négociations doit néanmoins être interprétée comme un signal pour les multinationales.

<sup>153</sup> Estonie, Grèce, Italie, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Slovaquie.

<sup>154</sup> Cette procédure informelle, instaurant une forme de dialogue politique renforcé, permet aux groupes parlementaires nationaux de l'union européenne de proposer conjointement à la Commission européenne de nouvelles initiatives législatives ou non législatives, ou des modifications à la législation existante.

<sup>155</sup> Sur cette initiative: <https://ethique-sur-etiquette.org/Devoir-de-vigilance-8-parlements-europeens-lancent-l-initiative-Carton-vert>

**Conclusion.** Les concepts de transparence, diligence raisonnable et de vigilance ont un impact fort sur l'évolution de la RSE et lui apportent une nouvelle dynamique. Ils impliquent une approche radicalement préventive et davantage « multipartie-prenantes », même si la participation des parties prenantes est encore assez imprécise. Ses contours se dessineront progressivement avec la pratique, le dialogue, la concertation et la co-construction. À ce titre, le contrat aura une place privilégiée au sein de ces obligations légales, notamment les accords RSE sectoriels ou encore les accords-cadres internationaux, et il constituera très rapidement un point clé des plans de vigilance. D'autres outils normatifs devront également voir le jour afin de répondre à ces obligations, conduisant nécessairement à de nouveaux phénomènes d'inter-normativité<sup>156</sup>.

Une meilleure articulation entre ces différentes obligations serait néanmoins souhaitable. Avouons que les entreprises sont aujourd'hui face à un véritable puzzle qui nécessiterait une simplification et une harmonisation des sociétés concernées, des activités visées, des obligations de *reporting* elles-mêmes, des dispositifs d'alerte et de protection des lanceurs d'alerte, ainsi que des modalités de contrôle, notamment. À ce titre, une autre voie aurait d'ailleurs pu être choisie<sup>157</sup>, à l'instar de la loi Sapin II qui a créé une Agence française anti-corruption, en confiant le contrôle des dispositifs évoqués à une autorité administrative indépendante, une « Agence française pour la RSE », chargée de promouvoir ce mode de gouvernance responsable auprès des entreprises, répondre aux questions et veiller au respect des différentes obligations légales en matière de RSE, incluant également la lutte contre la corruption.

Malgré leurs imperfections, ces dernières évolutions du droit des sociétés contribuent néanmoins à renforcer le volet contraignant de la RSE, assurant davantage de légitimité à la démarche, ainsi qu'une responsabilité juridique des entreprises. Loin de l'approche exclusivement « gestionnaire » de la responsabilité sociétale de l'entreprise, dépourvue de force contraignante, sa judiciarisation en fait désormais un véritable concept juridique, bénéficiant d'un encadrement normatif constitutif d'un Droit de la RSE, qui ne peut désormais plus être nié. La machine est donc en marche et, outre ces dispositions récentes, d'autres évolutions normatives permettraient une meilleure diffusion de ce mode de gouvernance responsable des entreprises. Entre une réécriture des articles 1382 et 1383 du Code civil, visant à intégrer la notion d'intérêt des parties prenantes, ou la création d'un statut d'« entreprise de mission » ou société « à bénéfice public », la France devrait prochainement prendre un nouveau virage normatif en matière de RSE !

<sup>156</sup> Sur les phénomènes d'inter-normativité: J. Carbonnier, « Les phénomènes d'inter-normativité », in *European Yearbook in Law and Sociology*, 1977, p. 42 s.; V° Internormativité, in A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, éd. LGDJ-Story Scientia, Paris-Bruxelles, 1988 (2<sup>e</sup> éd. 1993), p. 313-314, repris in R. Verdier (dir.), *Écrits*, éd. PUF, 2008, p. 697: l'inter-normativité y est décrite comme un « ensemble de phénomènes constitués par les rapports qui se nouent et se dénouent entre deux catégories, ordres ou systèmes de normes »; Préface, in J.-G. Belley (dir.), *Le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, coll. Droit et société, vol. 16, Paris, 1995, p. 3-4; G. Rocher, Les « phénomènes d'internormativité »: faits et obstacles, in J.-G. Belley (dir.), *Le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, op. cit., vol. 15, 1996; J.-G. Belley (dir.), *Réactif, activation, phases et produits*, in *Le droit soluble*, op. cit., p. 21.

<sup>157</sup> V. égal. En ce sens: C. Malecki, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre: était-ce bien raisonnable? », op. cit.