



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Juin 2023 – N° 7



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

IRJS

Editions

Revue Juridique de la Sorbonne – *Sorbonne Law Review*

Comité scientifique

Jean-Luc ALBERT, Professeur à Aix-Marseille Université

Mireille BACACHE, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Florence BELLIVIER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Grégoire BIGOT, Professeur à l'Université de Nantes

Philippe BONFILS, Professeur à Aix-Marseille Université

David BOSCO, Professeur à Aix-Marseille Université

Mathieu CARPENTIER, Professeur à Université Toulouse 1 Capitole

Cécile CHAINAIS, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Véronique CHAMPEILS-DESPLATS, Professeur à l'Université Paris Nanterre

David CHILSTEIN, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Sabine CORNELOUP, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Vincent EGEA, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Joachim ENGLISH, Professeur à l'Université de Münster

Etienne FARNOUX, Professeur à l'Université de Strasbourg

Norbert FOULQUIER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Daniel GUTMANN, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Jérémy HOUSSIER, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Laurence IDOT, Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas

Laurence JÉGOUZO, Maître de conférences HDR à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Emmanuel JEULAND, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Xavier LAGARDE, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Pascal LOKIEC, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

André LUCAS, Professeur à l'Université de Nantes

Vincent MALASSIGNÉ, Professeur à CY Cergy Paris Université

Arnaud MARTINON, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Anne-Catherine MULLER, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Etienne PATAUT, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Adalberto PERULLI, Professeur à l'Université de Venise

Laurent PFISTER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Stéphanie PORCHY-SIMON, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Catherine PRIETO, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Laurence USUNIER, Professeur à CY Cergy Paris Université

Michel VIVANT, Professeur à l'École de droit de Sciences-Po

Nicolas WAREMBOURG, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Célia ZOLYNSKI, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Avec le concours de :

Philippe DUPICHOT, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Alix TOUBLANC, Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directeur de la publication

Christine NEAU-LEDUC, Présidente de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directrice de la revue

Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Comité de rédaction

Nicolas BARGUE, Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Christophe VERNIÈRES, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Équipe éditoriale**- Volet édition :**

Emile FLORIN-ROUQUETTE, Responsable des éditions

Paul LENAS, Assistant d'édition

- Volet communication et diffusion :

Hakim BOUCHIKER, Chargé de communication et de l'événementiel

Malik BOUTEBAL, Assistant de documentation

Revue semestrielle (2 numéros/an ; juin et décembre)

Revue gratuite, en open access

Disponible sur : <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>

Langues de publication : français, anglais.

IRJS éditions – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

12 place du Panthéon

75005 PARIS (France)

@ : irjs-editions@univ-paris1.fr / Tel : 01 44 07 78 21

ISSN : 2739-6649

Dépôt légal : juin 2023, mise en ligne juillet 2023.

TABLE DES MATIÈRES

ARTICLES

La gouvernance de la dette publique du Cameroun _____ 9
Nicanore Uriel EBANGA

Legitimacy of the judiciary in the interpretation of vague statutory provisions _____ 29
John A. GEALFOW

La bonne administration de la justice et les règles de compétence européennes : compétences spéciales, litispendance et connexité _____ 43
Marcel ZERNIKOW

DOSSIER THÉMATIQUE : LA DIRECTIVE CSRD

From non-financial reporting to corporate sustainability reporting: formal or substantial evolution? _____ 69
Manon DESBAT

From non-financial information to corporate sustainability information: formal or substantial evolution? _____ 107
Rémi DALMAU

What normativity for stakeholders' capitalism under CSRD? _____ 113
Théo VUARNET

Le régime de l'information consolidée en matière de durabilité au sein des groupes de sociétés à l'aune de la directive CSRD _____ 119
Emma MIGLIETTA

Project: "The application of the CSRD to third-country undertakings" _____ 133
Julien DIDRY-BARCA

Preparing sustainability reporting: what framework? _____ 143
Carla TREBERT

La directive du 14 décembre 2022 concernant la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises : quels fondements pour quelles critiques ? _____ 171
Aude-Solveig EPSTEIN

Human rights due diligence: complementarity and synergy between the CSRD, the draft CSDDD and the proposal for a regulation on prohibiting products made with forced labour on the Union market_____183

Marie DE PINIEUX

The delicate balance between protection and efficiency objectives in the development of rules aimed at integrating environmental disclosure obligations: Canadian perspectives_____199

William Gabriel RIOUX

Propos conclusifs. Durabilité et régulation de l'entreprise sociétaire____207

François Guy TRÉBULLE

PRIX DE THÈSE PARIS 1 - IRJS 2023 : RECENSIONS

Recensions des thèses lauréates_____223

1. Matthieu HUYGHE, *Alteri stipulari nemo potest : naissance, vie et mort d'un mythe français du droit des obligations.*_____223

Nelly HISSUNG-CONVERT et Laura VIAUT

2. Jean-Baptiste GUYONNET, *Les répétitions de norme. Essai de conceptualisation à partir du contentieux administratif français.*_____225

Béatrice GUILLAUMIN

3. Étienne NÉDELLEC, *Critique du droit processuel civil.*_____227

Xavier LAGARDE

ARTICLES

La gouvernance de la dette publique du Cameroun

Cameroon's public debt governance

Nicanore Uriel EBANGA

Docteur en Droit public

Université de Ngaoundéré – Cameroun

Résumé :

Cette étude porte sur l'organisation administrative de la gestion de la dette publique qui est une activité couvrant les opérations d'émission, de gestion et d'extinction des emprunts de l'État. Il s'agit donc d'étudier le cadre institutionnel en vigueur en la matière. Même si la gouvernance décentralisée fait figure de bonne pratique depuis le début des années 1990, le Cameroun n'y adhère pas encore entièrement. Il présente actuellement un modèle de gouvernance hybride qui allie la centralisation administrative pour l'émission de la dette publique et la décentralisation technique pour l'extinction de la dette publique.

Mots clés : Gestion de la dette publique – Cadre institutionnel – Gouvernance – Centralisation administrative – Décentralisation technique.

Abstract :

This study relates to the administrative organization of the public debt management which is an operation covering the issue, management and extinction of State borrowings. The aim is then to study the organizational framework in force in this area. Although decentralized governance has been considered best practice since the early 1990s, the State of Cameroon does not fully adhere yet. It actually presents a hybrid governance model that combines administrative centralization for the issuance of public debt and technical decentralization for the extinction of public debt.

Keywords : *Public debt management – Institutional framework – Governance – Administrative centralization – Technical decentralization.*

Introduction :

Certes, la gouvernance est devenue une sorte de concept attrape-tout applicable à « tous les domaines de la gestion publique¹ », mais l'évocation de la gouvernance de la dette publique ne peut manquer de susciter une certaine curiosité puisque cette expression reste encore largement inemployée. Lorsque la gouvernance est néanmoins souvent évoquée en rapport avec la dette publique, c'est généralement en tant qu'une condition favorisant le remboursement et non en tant qu'une administration à part entière. On peut le voir très précisément avec le *Country Policy Institutional Assessment* (CPIA) qui se trouve être un instrument de mesure de la bonne gouvernance, créé par la Banque Mondiale (BM) pour évaluer la soutenabilité de la dette des Pays à Faibles Revenus (PFR). Comme le fait si bien observer Amélie Canone, sa logique repose « sur l'idée (pas forcément vérifiée) que les pays "mieux gérés" remboursent mieux leur dette² ». Ici, la gouvernance est effectivement

1 J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « La gouvernance : problématiques et enjeux », in Symposium sur l'accès aux financements internationaux, *Actes de la table ronde préparatoire n° 3 : la bonne gouvernance : objet et condition du financement*, 21 novembre 2003, p. 1.

2 A. CANONNE, « Repenser la viabilité de la dette à la lumière des droits », in *Dette et Développement*.

pensée comme une condition favorable au remboursement de la dette publique et non comme une organisation administrative de la gestion de la dette publique. Or, il paraît aujourd’hui incontestable que ce « terme [...] à la mode³ » a déjà essaimé la quasi-totalité des activités de l’administration publique. Pour s’en convaincre, il n’y a qu’à voir à quel point il est devenu assez commode de parler de gouvernance fiscale, de gouvernance pétrolière, de gouvernance minière, de gouvernance universitaire, de gouvernance locale ou encore de gouvernance environnementale, etc.

Bien qu’il ne s’agisse pas d’« un mot nouveau⁴ », c’est du reste la BM qui a importé le concept de gouvernance dans les Pays en Développement (PED) en mal de surendettement au cours des années quatre-vingt et 90. Même si c’est surtout le concept de « la bonne gouvernance » qu’elle a contribué à populariser, l’on assiste aujourd’hui à « une utilisation indifférenciée des concepts de “gouvernance” et “de bonne gouvernance”⁵ ». Les deux concepts étant désormais appréhendés comme des synonymes. Pour cette Institution de Bretton Woods (IBW), la gouvernance se définit comme « la manière dont le pouvoir est exercé pour gérer les ressources nationales économiques et sociales consacrées au développement⁶ ». Ainsi considéré, le concept renverrait donc à la gestion d’une activité. Ce n’est pas nécessairement le sens que lui donnent d’autres Organisations Internationales (OI) à l’instar du PNUD ou de la Convention Afrique-Caraïbes-Pacifique – Union Européenne (ACP-UE), etc⁷. La vérité d’évidence est que le concept de gouvernance ne cesse de varier au fur-et-à mesure qu’il attrape tout sur son passage. Jean du Bois de Gaudusson parle alors d’un « concept à géométrie variable, affecté d’un double coefficient polysémique et recevant des acceptations plus différentes les unes des autres, relevant de logiques diverses⁸ ». Au niveau national, il semble qu’aucune définition ne lui est consacrée dans la législation de la plupart des pays. En effet, comme l’a rapporté la Commission de Venise en 2011, « le concept de bonne gouvernance ne tire pas son origine du discours constitutionnel ou juridique. Il s’agit plutôt d’un concept non juridique, quasiment absent de l’ordre juridique des États membres du Conseil de l’Europe⁹ ». Dans ce tableau sombre, on peut considérer que le Cameroun occupe

La loi des créanciers contre la démocratie, Rapport, 2006, p. 48.

3 J. PITSEYS, « Le concept de gouvernance », *Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques*, Bruxelles, 2010, Vol. 5, p. 207.

4 J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « La gouvernance : problématiques et enjeux », *op.cit.*, p. 1. Sur l’origine historique du concept de gouvernance, V. G. DIARRA et P. PLANE, « La Banque Mondiale et la genèse de la notion de bonne gouvernance », *Monde en développement*, n° 158, Édition Boeck supérieur, 2012, p. 51-70. ; J. PITSEYS, *loc. cit.*, p. 214. ; A. D. BENOIST, « qu’est-ce que la gouvernance ? », *Éléments*, p. 1.

5 *Idem.*

6 D. KAUFMAN, *Indicateurs de gouvernance : où sommes-nous, où devrions nous aller ?* Document de travail, p. 4.

7 Pour les définitions de la gouvernance par quelques organismes internationaux, V. Conseil de l’Europe/Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit (Commission de Venise), *Bilan sur la notion de « bonne gouvernance » et de « bonne administration »*, Strasbourg, 2011, p. 4-14.

8 J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *loc. cit.*, p. 1.

9 *Ibid.*, p. 4.

une position avant-gardiste dans la mesure où la bonne gouvernance vient d'être érigée en un principe juridique à la faveur d'une loi de 2018 portant code de transparence et de gouvernance dans la gestion des finances publiques¹⁰. En vertu de son article 1 qui prévoit notamment que la présente loi « (2) [...] a pour objet de définir les principes et les règles que l'État doit respecter dans sa législation et dans ses pratiques », la gouvernance doit être entendue ici comme un ensemble de règles et pratiques gouvernant la gestion d'une activité administrative. C'est en quelque sorte la logique que suit Françoise Moreau lorsqu'elle affirme que « la gouvernance concerne les règles, le processus et les comportements par lesquels les intérêts sont organisés, les ressources gérées¹¹ ». Il en est de même pour Sadikou Alao qui considère que « la gouvernance est la mise en œuvre des moyens et des normes préétablis, qui aboutissent à la gestion transparente et satisfaisante d'une entité juridique (entreprises, État avec ses démembrements, etc.)¹² ». Ainsi considérée, la Gouvernance ne concerne pas seulement les règles mais aussi les pratiques des acteurs. C'est dans ce sens qu'il faut justement comprendre les propos de Françoise Moreau qui affirme encore que « la valeur réelle de la notion de "gouvernance" est qu'elle propose une terminologie plus pratique que la démocratie¹³ ». Dès lors, la gouvernance de la dette publique renvoie tout simplement à l'ensemble des règles et des pratiques observées dans l'organisation administrative de la gestion de la dette publique qui est une activité couvrant l'émission, la gestion et l'extinction des emprunts de l'État. La dette publique étant entendue ici dans un sens historique qui l'assimile exclusivement à la dette de l'État. En effet, comme le rappelle si bien François Colly, « les expressions de dette publique et d'emprunt public [...] étaient synonymes de dettes de l'État. Le caractère public indiquait le rattachement à l'État¹⁴ ». Toutefois, d'un point de vue organique, la dette publique est normalement constituée d'un ensemble d'éléments parmi lesquels « la dette de l'État [n'est que] l'élément [de cet] ensemble¹⁵ ». Au Cameroun, les autres éléments de cet ensemble sont la dette des collectivités territoriales décentralisées (les communes et les Régions), la dette des établissements publics et la dette des entreprises publiques, etc. D'un point de vue matériel, le périmètre de la dette publique dont il est question ici ne concerne que la dette financière de l'État qui est celle générée par ses émissions d'emprunts. N'est donc pas prise en compte la dette viagère qui « est formée des pensions civiles, des pensions militaires et des rentes dues aux fonctionnaires, auxiliaires de l'administration et militaires en

10 Loi n° 2018/011 du 11 juillet 2018 portant code de transparence et de gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun.

11 Fr. MOREAU, « Les politiques multilatérales et bilatérales Gouvernance et Développement », in *Actes de la table ronde préparatoire n° 3 : la bonne gouvernance : objet et condition du financement*, *op.cit.*, p. 1.

12 S. ALAO, « Société civile et Gouvernance », in *Actes de la table ronde préparatoire n° 3 : la bonne gouvernance : objet et condition du financement*, *op.cit.*, p. 1.

13 Fr. MOREAU, « Les politiques multilatérales et bilatérales Gouvernance et Développement », *op.cit.*, p. 1.

14 Fr. COLLY, *Les emprunts publics de l'État*, Thèse de Doctorat d'État en Droit, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1982, p. 13.

15 J.-Cl. DUCROS, *L'emprunt de l'État*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 31.

retraite¹⁶ ». D'un point de vue temporel, il s'agit plus de la dette à moyen et à long terme et moins de la dette à court terme que l'on appelle conventionnellement la dette flottante.

Depuis les trois dernières décennies, la décentralisation est présentée comme une bonne pratique en matière de la gouvernance de la dette publique¹⁷. C'est en suivant cette logique qu'une conception décentralisante de l'organisation administrative de la gestion de la dette publique s'est généralisée dans la plupart des pays de l'OCDE¹⁸. Elle a pris la forme d'une délégation à des entités plus ou moins autonomes des opérations relatives. Selon la terminologie retenue par chaque pays, ces entités sont tantôt appelées des Caisses, tantôt des Offices ou encore des Agences. Dans ce registre, l'État du Cameroun qui retient la terminologie de la « Caisse » semble une fois de plus occuper une position avant-gardiste si l'on considère que c'est depuis le milieu des années 1980 qu'il a opté pour une conception décentralisante de la gestion de sa dette publique. C'est précisément en 1985 qu'il confia la prise en charge de cette activité à une agence indépendante dénommée la Caisse Autonome d'Amortissement (CAA)¹⁹. Mais cet Office de Gestion de la Dette (OGD) ainsi créé n'était et ne reste d'ailleurs compétent que pour les activités relatives à l'extinction de la dette publique. C'est du moins ce qui ressort de la substance de l'article 3 du décret de 1985 créant et organisant la CAA²⁰. Le décret de 2019 qui réorganise cet établissement public n'a rien apporté de nouveau dans ce domaine. Comme le décret de création, l'article 3 du décret de réorganisation prévoit simplement que la Caisse est chargée « d'évaluer et d'assurer le service de la dette²¹ ». Autrement dit, elle n'est que chargée de l'extinction de la dette publique. L'émission de la dette publique est quant à elle essentiellement restée la chasse gardée des autorités centrales. Concrètement, les organes centraux ont conservé le pouvoir d'endetter l'État et ont confié à un organe décentralisé le devoir de désendetter l'État. Vue sous cet angle, la gouvernance de la dette publique du Cameroun ne saurait se prêter à une lecture homogène. Quel est donc le modèle de gouvernance en vigueur dans ce pays ? Il s'agit manifestement d'un modèle hybride qui allie harmonieusement centralisation administrative pour l'émission de la dette publique (I) et décentralisation technique pour l'extinction de la dette publique (II).

16 Ch. E. LEKENE DONFACK, *Finances publiques camerounaises*, Paris, Berger Levrault, 1987, p. 184.

17 V. W. AJILI, *La gestion de la dette publique selon les approches économique, institutionnelle et financière Application à une petite économie en développement : la Tunisie*, Thèse de Doctorat en sciences économiques, Université Paris IX – Dauphine, 2006, p. 115.

18 V. R. PELLET, *Droit financier public Tome 1, Monnaies, Banques centrales, Dettes publiques*, Paris, PUF, 2014, 1^{ère} édition, p. 657 ; B. CŒURE, « L'AFT, quatre ans après », *RFFP*, Numéro spécial « Réforme de Bercy », Paris, LGDJ, 2005, p. 3.

19 Décret n° 85/1176 du 28 août 1985 créant et organisant la CAA.

20 L'article 3 de ce décret prévoit précisément que « la CAA est chargée [...] d'évaluer et d'assurer le service de la dette ».

21 Article 3 du décret n° 2019/033 du 24 janvier 2019 portant réorganisation de la CAA.

I.- La centralisation administrative de l'émission de la dette publique

Au Cameroun, il y a lieu de parler d'une centralisation administrative de l'émission de la dette publique dans la mesure où le Président de la République apparaît comme l'unique détenteur du pouvoir décisionnel en la matière. L'existence d'un seul centre de décision étant la caractéristique même de cette forme d'organisation administrative²². Toutefois, comme le prévient Jean Waline, « un système d'administration totalement centralisé ne serait pas viable²³ ». C'est ainsi que le Chef de l'exécutif camerounais délègue souvent des membres du Gouvernement pour négocier et signer les contrats d'émission. Dans ces conditions, il ne peut plus s'agir d'une centralisation au sens strict. Il s'agit plutôt de ce que Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit appellent une « centralisation parfaite ou concentration » pour signifier qu'« en ce cas, le pouvoir reste tout confié aux autorités administratives centrales qui prennent, seules, toutes les décisions et sont généralement situées à [Yaoundé]²⁴ ». Dans des conditions contraires, ces auteurs parlent d'une « centralisation imparfaite ou déconcentration » pour signifier que « des compétences sont, ici, confiées aux représentants locaux de l'institution²⁵ ». En matière d'organisation administrative de l'émission de la dette publique, le Président de la République n'a pas encore eu à solliciter ces représentants locaux que sont les autorités déconcentrées, c'est-à-dire les Gouverneurs de Régions, les préfets de Départements et les sous-préfets d'Arrondissement. Ces « autorités moins élevées²⁶ » se trouvent manifestement exclues au profit des « autorités les plus élevées²⁷ » dans la hiérarchie administrative. L'émission de la dette publique apparaît ainsi très clairement comme l'apanage des autorités centrales. Il s'agit ici du Président de la République qui centralise la décision d'emprunter (A) et des membres du Gouvernement qui concentrent la négociation et la signature des contrats d'émission (B).

A.- La centralisation présidentielle de la décision d'emprunter

Même si aucun texte ne le prévoit expressément, il revient en pratique au Président de la République de décider d'emprunter. Or, c'est directement au Gouvernement que le Parlement accorde souvent des autorisations annuelles d'emprunts²⁸. À cet effet, l'on devait normalement s'attendre à ce que les décisions y relatives soient directement prises par les membres du Gouvernement ou plus pré-

22 V. P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, Paris, Domat, 2019, 12^e édition, p. 148. ; J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2018, 2^{ème} édition, p. 57.

23 J. WALINE, *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 57.

24 P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 149.

25 *Idem.*

26 R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Editions Montchrestien, 2001, Tome I, 15^{ème} édition, p. 391.

27 *Idem.*

28 Sur cette question, V. N. U. EBANGA, *L'emprunt de l'État en droit public financier camerounais*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Ngaoundéré, 2021, p. 154-167.

cisément par le Ministre en charge des finances (Minfi). Il n'en est rien. La pratique institutionnelle camerounaise montre que c'est le Président de la République qui décide quand il faut emprunter. Pourtant, d'un point de vue strictement juridique²⁹, il ne fait pas partie du Gouvernement qui reçoit l'autorisation législative d'emprunter. Au demeurant, son pouvoir décisionnel s'exprime par des décrets qu'il prend pour habilitier les ministres à recourir à l'emprunt (1) et se confirme par des décrets qu'il prend pour ratifier les emprunts conclus sous forme d'accords ou de traités internationaux (2).

1.- Le décret d'habilitation comme l'expression du pouvoir décisionnel du Président de la République

Lorsque l'État veut recourir à l'emprunt, le Président de la République prend un décret habilitant un ministre à signer l'acte d'émission. On peut le voir aussi bien avec les décrets présidentiels qui habilitent souvent le Ministre de l'Économie, de la Planification et de l'Aménagement du Territoire (Minepat) à signer des accords de prêts avec les bailleurs de fonds³⁰ qu'avec les décrets qui habilitent souvent le Minfi à émettre des titres publics sur les marchés financiers³¹. Le Président de la République apparaît ainsi comme l'autorité décisionnaire du recours à l'emprunt. Il en est de fait le juge de l'opportunité de l'émission de la dette publique. Par ses décrets d'habilitation, il décide en effet du montant de l'emprunt, du choix du créancier et de la forme de l'emprunt qui peut être concessionnel ou non concessionnel. C'est donc avec raison que le Comité National de la Dette publique (CNDP) a pu considérer que c'est « le Président de la République [qui] engage financièrement l'État après autorisation du Parlement. Il peut déléguer ses pouvoirs à certains membres du Gouvernement par décret d'habilitation³² ».

Si le décret d'habilitation pris par le Président de la République exprime déjà clairement son pouvoir décisionnel en matière d'émission de la dette publique, son décret de ratification qui intervient exclusivement sur les accords de prêts internationaux vient confirmer qu'il est bel et bien le détenteur de ce pouvoir d'endettement.

29 V. l'article 10 (1) de la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972, modifiée et complétée par la loi n° 2008/001 du 14 avril 2008 qui prévoit que « le Président de la République nomme le Premier Ministre et sur proposition de celui-ci, les autres membres du Gouvernement ». ; V. aussi l'article 1^{er} du décret n° 2011/408 du 9 décembre 2011 portant organisation du Gouvernement qui donne la composition du Gouvernement.

30 V. par exemple le décret n° 2020/318 du 22 juin 2020 habilitant le Ministre de l'Économie, de la Planification et de l'Aménagement du Territoire, à signer avec la Banque Africaine de Développement (BAD), un accord de prêt d'un montant de 161,60 millions d'euros, pour le financement partiel du projet d'aménagement de la Route Nationale n° 11.

31 V. par exemple le décret n° 2021/088 du 12 février 2021 habilitant le ministre des Finances à recourir à des émissions de titres publics d'un montant maximum de trois cent soixante milliards (360 000 000 000) de francs CFA, destinés au financement des projets de développement inscrits dans la LF de la République du Cameroun pour l'exercice 2021.

32 MINFI/CNDP, *Document de stratégie d'endettement public et de gestion de la dette publique 2019 Stratégie d'Endettement à Moyen Terme 2019-2021 loi de finances 2019*, octobre 2019, p. 9.

2.- Le décret de ratification comme la confirmation du pouvoir décisionnel du Président de la République

En ratifiant les emprunts conclus sous forme d'accords internationaux, le Président de la République confirme qu'il est le seul détenteur du pouvoir décisionnel en matière d'émission de la dette publique. Il prouve ainsi que c'est toujours lui et lui seul qui agit par le biais du membre du Gouvernement qui a préalablement signé l'acte d'émission. En fait, qu'il s'agisse du décret présidentiel d'habilitation ou du décret présidentiel de ratification, on reste en réalité en présence de deux formes de manifestation de la décision présidentielle d'emprunter. Seulement, l'une intervient *a priori* tandis que l'autre intervient *a posteriori*. En 2021, le Président de la République a par exemple ratifié un accord de prêt conclu en 2020 par le Minepat avec la Banque Marocaine du Commerce Extérieur (BMCE)³³.

De ce qui précède, la centralisation administrative de l'émission de la dette publique se situe au niveau du Président de la République qui se trouve au sommet de la hiérarchie administrative. Si c'est bien lui qui décide effectivement de l'émission des emprunts de l'État, il n'est cependant pas nécessairement celui qui va négocier et signer les actes d'émission. Une centralisation stricte en la matière provoquerait sans doute ce que Lammenais appelait « l'apoplexie au centre et la paralysie aux extrémités³⁴ ». C'est alors que le Président de la République délègue souvent le pouvoir de négociation et de signature à certains membres du Gouvernement qui sont aussi des autorités centrales. Jusqu'à présent, il n'y a pas eu une délégation au profit des agents locaux qui sont des autorités déconcentrées. Ici, le pouvoir de négocier et de signer les contrats d'émission de la dette publique ne fait donc pas l'objet d'une déconcentration locale mais d'une concentration gouvernementale. Du reste, même l'application d'une déconcentration administrative en la matière ne remettrait pas en cause la centralisation administrative de l'émission de la dette publique puisqu'avec le système déconcentré, comme le fait justement observer O. Barrot, « c'est toujours le même marteau qui frappe, mais on en a raccourci le manche³⁵ ».

B.- La concentration gouvernementale de la négociation et de la signature des contrats d'émission

Les décrets présidentiels d'habilitation s'adressent souvent aux membres du Gouvernement qui concentrent alors le pouvoir de négocier et de signer les contrats d'émission de la dette publique. En fait, comme le relève le CNDP, le Président de la République « peut déléguer cette prérogative [de conclure les contrats de dette publique] à toute autorité notamment, aux personnalités suivantes : 1) le ministre

³³ Décret n° 2021/044 du 25 janvier 2021 ratifiant l'Accord de prêt d'un montant de 38 112 254 d'euros, conclu, le 18 décembre 2020 entre la République du Cameroun et la Banque Marocaine du Commerce Extérieur (BMCE), pour le financement de la première phase du projet de rénovation du Centre National de Réhabilitation des Personnes Handicapées Cardinal Paul Emile Leger (CNEPH).

³⁴ Cité par J. WALINE, *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 57.

³⁵ *Idem*.

en charge de l'économie, en ce qui concerne la dette extérieure, 2) le Minfi, en ce qui concerne la dette intérieure et réaménagement de la dette intérieure et extérieure, 3) les ambassadeurs ou toute autre autorité nationale en tant que de besoin³⁶ ». Mais dans la pratique institutionnelle camerounaise, si certains membres du Gouvernement sont souvent délégués pour l'émission des emprunts à but financier (2), c'est le Chef du Gouvernement qui est souvent délégué pour les emprunts à but monétaire (1)³⁷.

1.- La négociation et la signature des emprunts à buts monétaire par le Chef du Gouvernement

Il convient d'emblée de souligner ici que les emprunts monétaires n'ont pas pour objectif de financer les dépenses de l'État mais d'équilibrer sa balance de paiement ou de renforcer ses réserves de change. L. Trotabas et J.-M. Cotteret le rappellent parfaitement en expliquant qu'il s'agit « des emprunts qui suppléent une insuffisance monétaire ou qui sont au contraire destinés à réaliser un "épongement" monétaire, et des emprunts nécessités par des considérations de change³⁸ ». Le FMI dont les prêts ont justement une vocation monétaire³⁹ est souvent le créancier auquel les PED font recours pour ce type d'emprunts. Au Cameroun, c'est le Premier Ministre, Chef du Gouvernement qui signe souvent les lettres d'intention par lesquelles l'État sollicite les emprunts du FMI. On appelle ces crédits des Mécanismes ou des Facilités de financement. L'unique fois où le Premier Ministre n'a pas eu à signer une lettre d'intention, ce fut celle du 26 août 1988 en vue d'un accord de confirmation du FMI⁴⁰. Il faut noter que pendant cette période, une réforme constitutionnelle avait supprimé le poste de Premier ministre au Cameroun⁴¹. Depuis le rétablissement de ce poste en 1991⁴², toutes les autres lettres d'intention par lesquelles ce pays a sollicité le concours financier de cette IBW ont été signées par les premiers ministres qui se sont succédé à la tête des Gouvernements formés au fil des années⁴³. On voit alors très clairement que le Premier Ministre camerounais

36 MINFI/CNDP, *Document de stratégie d'endettement public et de gestion de la dette publique 2017 Stratégie d'Endettement à Moyen Terme 2017-2019 loi de finances 2017*, octobre 2016, p. 59.

37 V. N. U. EBANGA, *L'emprunt de l'État en droit public financier camerounais*, op.cit., p. 167-179.

38 L. TROTABAS et J.-M. COTTERET, *Droit budgétaire et comptabilité publique*, Paris, Dalloz, 1995, 5^{ème} édition, p. 147.

39 Sur la vocation monétaire des prêts du FMI, V. Fr. COLLY, *Les emprunts publics de l'État*, op.cit., p. 165.

40 Lettre d'intention n° 109/CF/MINFI/DCE/23 du 26 août 1988 du MINFI à Monsieur le Directeur du Général du FMI. V. Magloire ONDOA, *Textes et Documents du Cameroun (1815-2012) vol. IV : Ajustement structurel Tome IX : Ajustement structurel*, Les Éditions Le Kilimandjaro, Yaoundé, 2013, p. 8.

41 V. loi n° 84/1 du 4 février 1984 portant révision de Constitution du 2 juin 1972.

42 V. les articles 08 et 10 de la loi n° 91/1 du 23 avril 1991 portant révision de Constitution du 2 juin 1972.

43 Ainsi en est-il de la lettre d'intention réf... A329/CAB/PM du 29 août 1996, de la lettre d'intention n° 329/CAB/PM du 24 juillet 1997, de la lettre d'intention n° A/329/CAB/PM du 12 mars 1998, de la lettre d'intention n° A329/SG/PM du 9 août 1999, de la lettre d'intention n° A329/SG/PM du 19 août

apparaît comme l'interlocuteur privilégié du Gouvernement dans ses relations financières avec le FMI. C'est ainsi qu'il concentre le pouvoir de négociation et de signature des contrats d'emprunts à but monétaire. Il en va différemment pour ce qui est des contrats d'emprunts à but financier où ce pouvoir est partagé au moins entre deux membres du Gouvernement.

2.- La signature et la négociation des emprunts à but financier par des membres du Gouvernement

D'une manière générale, deux membres du Gouvernement concentrent le pouvoir de négocier et de signer des emprunts à but financier de l'État du Cameroun. Il s'agit du Minepat pour les emprunts émis en-dehors des marchés financiers et du Minfi pour les emprunts émis sur les marchés financiers. C'est ainsi par exemple que le décret présidentiel⁴⁴ qui porte sur un accord de prêt avec la BAD habilite le premier à signer le contrat d'émission y relatif tandis que le décret présidentiel⁴⁵ qui porte sur l'émission des titres publics habilite le second à signer l'acte d'émission y relatif. Il revient alors à chacun de ces deux membres du Gouvernement de négocier les modalités de l'emprunt qu'il doit signer. Toutefois, c'est exclusivement au Minepat qu'est formellement reconnu le pouvoir de négocier les emprunts de l'État⁴⁶. Ces négociations portent généralement sur le taux d'intérêt, la durée de l'emprunt, les garanties, le mode d'amortissement, les avantages fiscaux, etc.

À ce stade de l'analyse, il est important de ne pas perdre de vue que ces membres du Gouvernement n'agissent matériellement qu'en vertu d'une délégation de compétence du Président de la République. La question se pose cependant de savoir s'il s'agit théoriquement d'une délégation de pouvoir ou d'une délégation de signature. Dans la théorie du droit administratif, la délégation de pouvoir est *faite ès qualité*, c'est-à-dire que le délégataire est impersonnellement désigné, tandis que la délégation de signature est faite *intuitu personae*, c'est-à-dire que le délégataire est nom-

1999, de la lettre d'intention n° A329/SG/PM du 6 décembre 2000, de la lettre d'intention n° A329/SG/PM du 28 décembre 2001, de la lettre d'intention n° A329/SG/PM du 28 août 2002, de la lettre d'intention n° A329/SG/PM du 2 décembre 2003, de la lettre d'intention n° A 39/a-3/SG/PM du 13 décembre 2005, de la lettre d'intention du 5 avril 2006, de la lettre d'intention n° A 39/a-3/SG/PM du 29 mai 2007, de la lettre d'intention n° A 39/a-3/SG/PM du 5 juin 2008, de la lettre d'intention du 18 juin 2009 et de la lettre d'intention du 16 juin 2017. V. *ibid.*, p. 112-592.

44 Décret n° 2020/318 du 22 juin 2020 habilitant le Ministre de l'Économie, de la Planification et de l'Aménagement du Territoire, à signer avec la Banque Africaine de Développement (BAD), un accord de prêt d'un montant de 161,60 millions d'euros, pour le financement partiel du projet d'aménagement de la Route Nationale N° 11.

45 Décret n° 2021/088 du 12 février 2021 habilitant le ministre des finances à recourir à des émissions de titres publics d'un montant maximum de Trois cent cinquante milliards (360 000 000 000) de francs CFA, destinés au financement des projets de développement inscrits dans la loi de finances de la République du Cameroun pour l'exercice 2021.

46 L'article 8 du décret n° 2011/408 du 9 décembre 2011 portant organisation du Gouvernement dispose à son alinéa (13) que le Minepat est chargé de la « de la *prospéction, la négociation, la finalisation et le suivi de l'exécution des accords et conventions de prêts en liaison avec le Minrex et les administrations concernées* [...] ».

mément désigné⁴⁷. Dans le premier cas, « le déléguant est dessaisi de sa compétence qu'il ne peut plus exercer sauf à retirer au préalable la délégation⁴⁸ ». Dans le second cas en revanche, le déléguant « conserve son pouvoir de décision : [il] autorise seulement un subordonné à signer, matériellement, la décision en ses lieu et place, mais c'est toujours lui qui est réputé prendre la décision⁴⁹ ». Au regard de la formulation des décrets présidentiels d'habilitation au Cameroun, l'on peut affirmer qu'il s'agit formellement des délégations de pouvoir puisque les membres du Gouvernement y sont souvent désignés de manière abstraite, c'est-à-dire impersonnellement. Mais il s'agit matériellement des délégations de signature puisque ces membres du Gouvernement agissent en réalité au nom du Président de la République. Le CNDP a donc raison lorsqu'il rappelle que « la signature des conventions et accords de financement [...] s'effectue par la délégation de signature faite par le Président de la République aux ministres habilités par décret⁵⁰ ».

Cette habilitation présidentielle des membres du Gouvernement qui est devenue une tradition au Cameroun montre que le Minfi ne concentre pas un pouvoir exclusif en matière d'émission de la dette publique. Sa situation est de ce fait différente de celle de son homologue français. En France, comme le rappelle François Colly, « c'est à lui [le Minfi] qu'appartient l'initiative et la décision d'emprunt⁵¹ ». Cet auteur qui est considéré à juste titre comme « le spécialiste de l'emprunt de l'État⁵² » renchérit en affirmant que « c'est le Minfi qui a l'initiative ; c'est lui qui décide d'emprunter, prépare le projet de décret et met au point les conditions qu'il est en principe le mieux placé pour juger les meilleures⁵³ ». Cette plénitude de compétences qui est ainsi reconnue au Minfi en France reste conforme à la conception jézéenne qui voit en lui le « gardien vigilant [...] de l'équilibre budgétaire⁵⁴ ». C'est une fonction qui vient pourtant d'être valorisée dans le droit positif camerounais par le truchement des pouvoirs de régulation budgétaire⁵⁵ attribués au Minfi dans la loi de 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques. Malgré cela, le Minfi camerounais peut difficilement apparaître comme le véritable gardien de l'équilibre budgétaire puisqu'il ne détient pas encore un pouvoir de décision en matière d'emprunt.

Au terme de ce qui précède, il se dégage que l'émission de la dette publique est une compétence exclusive des autorités centrales que sont le Président de la

47 V. P.-L. FRIER et J. PETIT *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 444. ; J. WALINE, *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 435.

48 P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 444.

49 J. WALINE, *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 435.

50 *Ibid.*, p. 57.

51 FR. COLLY, *Les emprunts publics de l'État*, *op.cit.*, p. 368.

52 J.-Cl. DUCROS, *L'emprunt de l'État*, *op.cit.*, p. 286.

53 *Ibid.*, p. 369.

54 V. *idem*.

55 Sur les pouvoirs de régulation budgétaire du Minfi, V. l'article 63 (2) de la loi de 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques.

République et le Gouvernement. L'un détenant un pouvoir de décision et l'autre un pouvoir de négociation et de signature. Il est quand même important de relever ici que ces autorités centrales exercent leurs pouvoirs respectifs en s'appuyant sur des organismes techniques. Il s'agit par exemple du CNDP qui doit donner un avis obligatoire sur tout projet d'emprunt intérieur et extérieur⁵⁶. Il s'agit aussi de la Commission de Surveillance du Marché Financier de l'Afrique Centrale (COSUMAF) qui doit donner son visa au document d'information qui accompagne l'admission des titres publics de l'État à la Bourse de Valeurs Mobilières de l'Afrique Centrale (BVMAC)⁵⁷. L'émission de la dette publique semble alors se professionnaliser progressivement. On peut déjà se demander si cette professionnalisation progressive ne devrait pas ultérieurement conduire à confier cette opération de gestion de la dette publique à une structure plus ou moins autonome mais dotée de compétences techniques en la matière. Même s'il est encore trop tôt pour répondre par l'affirmative ou par la négative, il convient déjà de rappeler que « le premier théoricien moderne de l'emprunt public⁵⁸ » qu'est G. Jèze « considérait l'emprunt comme la partie de finances publiques "où les considérations d'ordre politique doivent avoir moins de valeur", même la question de savoir dans quel cas le recours est légitime étant jugé d'ordre technique⁵⁹ ». Vu sous cet angle, il est donc théoriquement possible de déléguer à une entité plus ou moins autonome le pouvoir d'émettre la dette publique au nom et pour le compte de l'État. Sauf que pour le moment, l'émission de la dette publique reste considérée au Cameroun comme un acte de souveraineté qui ne doit être pris que par des autorités incarnant l'État au plus haut niveau et non par des autorités situées à la périphérie de l'administration centrale. Ici, « c'est uniquement la responsabilité de la gestion opérationnelle et au quotidien de la dette publique qui *in fine* [est] déléguée à des structures indépendantes⁶⁰ ». D'où une décentralisation technique de l'extinction de sa dette publique.

II.- La décentralisation technique de l'extinction de la dette publique

Au Cameroun, il y a lieu de parler d'une décentralisation technique de l'extinction de la dette publique dans la mesure où cette opération est prise en charge par la CAA qui est un EP. Comme l'écrivent Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit « cette

56 V. l'article 9 du Règlement n° 12/07-UEAC-196-CM-15 du 19 mars 2007 portant cadre de référence de la politique d'endettement public et de gestion de la dette publique dans les États membres de la CEMAC transposé au Cameroun par le décret n° 2008/2370/PM du 4 août 2008 portant création du CNDP.

57 V. l'article 12 du Règlement n° 06/03-CEMAC-UMAC portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique centrale modifié par le Règlement n° 1/08 CEMAC-UMAC du 9 juin 2008.

58 Fr. COLLY, *Les emprunts publics de l'État*, *op.cit.*, p. 9.

59 V. J. MOLINIER, « L'apport de Gaston JEZE à la théorie des finances publiques », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, LGDJ, 1991, p. 67.

60 Wissem AJILI, *La gestion de la dette publique selon les approches économique, institutionnelle et financière Application à une petite économie en développement : la Tunisie*, *op.cit.*, p. 122.

forme [de décentralisation] consiste à donner la personnalité morale à des institutions, intervenant dans un chapitre de compétence limité, pour assurer la gestion, grâce à leurs organes, de certains services publics⁶¹ ». Dans ce pays de la CEMAC, le service public de l'extinction de la dette publique a justement été confié à une Caisse dotée de la personnalité morale et de l'autonomie de gestion⁶². C'est du moins ce qui ressort de l'article 3 du décret de 2019 portant réorganisation de la CAA qui prévoit que cet « établissement public à caractère spécial⁶³ » a pour mission « d'évaluer et d'assurer le service de la dette », lequel est constitué d'opérations en remboursement du capital des emprunts et d'opérations en paiement des intérêts. Que l'extinction de la dette publique intervienne dans des conditions normales (A) ou anormales (B), c'est en effet cet OGD qui effectue matériellement les opérations y relatives.

A.- La prise en charge des opérations d'extinction normale de la dette publique par la CAA

Comme l'écrit Jean-Claude Ducros, il y a extinction normale de la dette publique « lorsque, conformément aux stipulations du contrat, c'est au terme convenu de l'emprunt que son capital est restitué à son prêteur⁶⁴ ». Pour être tout à fait complet sur la définition, il convient de considérer qu'il y a extinction normale lorsque les débiteurs perçoivent le capital et les intérêts conformément aux stipulations contractuelles. Au Cameroun, la loi a expressément prévu un certain nombre d'opérations qui concourent à l'extinction normale de la dette publique. Il s'agit de la gestion, de la conversion et du remboursement des emprunts de l'État⁶⁵. Pour gérer ces opérations, le Gouvernement avait la latitude de le faire directement ou indirectement. Il a finalement opté pour une gestion indirecte en confiant la responsabilité à la CAA qui est un établissement public placé sous la tutelle générale du Minfi⁶⁶. Parmi ces opérations que le gestionnaire de la dette publique doit effectuer, il convient de distinguer celles qui préparent (A) l'extinction normale de celles qui la réalisent (B).

1.- Les opérations préparatoires

La loi de 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques a expressément autorisé deux opérations qui préparent l'extinction normale de la dette publique. Il s'agit de la gestion et de la conversion des emprunts de l'État⁶⁷. Certes,

61 P.-L. FRIER et J. PETIT, *Droit administratif*, op.cit., n° 22, p. 149.

62 V. N. U. EBANGA, *L'emprunt de l'État en droit public financier camerounais*, op.cit., p. 359-371.

63 Article 2 (1) du décret n° 2019/033 du 24 janvier 2019 portant réorganisation de la CAA.

64 J.-Cl. DUCROS, *L'emprunt de l'État*, op.cit., p. 215.

65 V. les articles 28 (a) et 52 de la loi de 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques.

66 V. l'article 5 du décret de 2019 portant réorganisation de la CAA qui prévoit que « la Caisse est placée sous la tutelle technique et financière du Minfi [...] ».

67 V. les articles 28 (a) et 52 de la loi de 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques.

les autorisations législatives relatives sont directement adressées au Gouvernement chaque année, mais l'exécution matérielle demeure assurée par la CAA qui est un établissement public placé sous la double tutelle technique et financière du Minfi. Pour gagner en simplicité, il est important que ces deux opérations soient analysées séparément.

S'agissant de la première opération préparatoire, il convient d'emblée de souligner que la gestion des emprunts de l'État n'équivaut pas à la gestion de la dette publique, telle qu'appréhendée par certaines OI qui y voient une activité englobant les opérations d'émission, de gestion et d'extinction de la dette publique⁶⁸. La gestion des emprunts de l'État qui n'en est qu'un aspect singulier correspond plutôt à ce que l'on appelle conventionnellement la gestion active de la dette. Elle renvoie concrètement à « toutes les opérations financières permettant à un agent économique de réduire ses coûts de financement ou de générer des capitaux qui peuvent contribuer au paiement de sa dette⁶⁹ ». Son objectif vise à diminuer le coût de la dette publique sans pour autant en augmenter les risques. Dans la panoplie des risques à prendre en compte dans la gestion des emprunts de l'État⁷⁰, les Directives sur la gestion de la dette publique préparées par la BM et le FMI recommandent aux Pays en Développement (PED) qui, à l'instar du Cameroun, « n'ont que peu ou pas accès aux marchés de capitaux étrangers et dont le marché de la dette intérieure est relativement sous-développé [d'] accorder la priorité au risque de refinancement⁷¹ ». Il s'agit du « risque de devoir renouveler la dette à un coût exceptionnellement élevé, ou à l'extrême de ne pas pouvoir la renouveler du tout⁷² ». Au demeurant, quatre opérations de gestion active de la dette sont traditionnellement autorisées dans les lois de finances de l'année. Il s'agit des opérations de rachat, d'échange, de remboursement anticipé des titres émis ainsi que de l'utilisation des instruments de couverture contre les risques⁷³. En vertu des dispositions de l'article 3 du décret de 1985 portant création de la CAA qui prévoit que la Caisse est chargée « d'assurer la gestion de l'ensemble des fonds d'emprunts publics de l'État », ces opérations de gestion prévues et autorisées par la loi de finances doivent matériellement être effectuées par cet OGD pour le compte du Gouvernement.

68 V. Banque Mondiale et Fonds Monétaire International, *Directives pour la gestion de la dette publique*, 2001, p. 8. ; INTOSAI Development Initiative, *Audit de la gestion de la dette publique Manuel destiné aux ISC des finances publiques*, 2018, p. 7.

69 Liliane ICHER, *L'obligation de paiement de la dette publique française*, *op.cit.*, p. 524.

70 Sur les risques liés à la gestion de la dette publique, V. Banque Mondiale et Fonds Monétaire International, *Directives pour la gestion de la dette publique*, 2001, p. 9. On y trouve par exemple : le risque de marché ; le risque de refinancement ; le risque de liquidité ; le risque de crédit ; le risque de règlement ; et le risque opérationnel.

71 *Ibid.*, p. 10.

72 *Ibid.*, p. 9.

73 V. par exemple l'article 57^{ème} de la loi n° 2020/018 du 17 décembre 2020 portant loi de finances de la République du Cameroun pour l'exercice 2021.

Comme dans la plupart des pays, « les rachats constituent le principal instrument de gestion active de la dette⁷⁴ ». En 2021, l'État du Cameroun a ainsi proposé de racheter son *eurobond* de 2015 par l'émission d'un autre *eurobond*. C'est une opération qui a été autorisée par le Président de la République au moyen d'une ordonnance⁷⁵ modifiant les plafonds d'emprunts autorisés par la loi de finances pour l'exercice 2021. Son article quarante-neuvième (*bis*) prévoit expressément que « le Gouvernement est habilité à recourir à des émissions sur le marché international pour un montant de 450 milliards de francs CFA [...] en vue principalement du rachat partiel ou total de l'Eurobond en cours ». Le 30 juin 2021, le Minfi a effectué l'opération d'émission qui a d'ailleurs connu un franc succès puisque la proposition de rachat a été acceptée par 80 % des détenteurs des titres de l'*eurobond* de 2015. Cependant, il devrait normalement transférer une partie de ces fonds levés sur le marché international à la CAA qui doit matériellement effectuer l'opération de rachat. Vu que le taux d'intérêt servi pour l'*eurobond* de 2021 (5,95 %) est inférieur à celui servi pour l'*eurobond* de 2015 (9,50 %), on peut vraisemblablement considérer qu'il s'est agi d'une bonne opération de gestion active de la dette de l'État. L'objectif des rachats étant de réduire la charge de la dette en diminuant son montant ou en profitant d'un mouvement favorable des taux d'intérêt⁷⁶.

Quant à la conversion des emprunts de l'État qui est la seconde opération préparatoire de l'extinction de la dette publique, elle « permet, ainsi que le rappellent Louis Trotabas et Jean-Marie Cotteret, de réduire les intérêts dus par le débiteur tout en laissant subsister la dette en capital⁷⁷ ». Concrètement, « la conversion est la transformation des dettes portant un intérêt élevé en dettes portant un intérêt moins élevé ou encore des dettes perpétuelles en dettes viagères⁷⁸ ». Plus techniquement, cette opération « s'entend de l'échange – sur l'initiative de l'émetteur – des titres d'un emprunt en cours, qui est « l'emprunt converti », contre ceux d'un emprunt nouvellement émis ou « emprunt de conversion », dont les titres offrent un moindre rapport⁷⁹ ». François Bonneville ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que « techniquement, elle [la conversion] est l'opération par laquelle un titre portant un intérêt se voit substituer un titre portant un intérêt moindre plus simplement⁸⁰ ». Même

74 A. DE MONTGOLFIER, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des finances du Sénat sur les évolutions, les perspectives et la gestion de la dette publique de la France*, Session 2016-2017, n° 566, 31 mai 2017, p. 91.

75 Ordonnance n° 2021/002 du 26 mai 2021 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 2020/018 du 17 décembre 2020 portant loi de finances de la République du Cameroun pour l'exercice 2021.

76 Ministère du budget des comptes publics et de la fonction publique (France), *Référentiel de la comptabilité budgétaire*, 2009, p. 14.

77 L. TROTABAS et J.-M. COTTERET, *Droit budgétaire et comptabilité publique*, *op.cit.*, p. 173. V. aussi P.-M. GAUDEMET et J. MOLINIER, *Finances publiques Budget/Trésor*, Paris, Éditions Montchrestien, 1996, Tome I, 7^e édition, p. 525.

78 B. BIDIAS, *Les finances publiques du Cameroun*, Yaoundé, Éditions BB Sarl, 1982, 2^{ème} édition, p. 488.

79 J.-Cl. DUCROS, *L'emprunt de l'État*, *op.cit.*, p. 165.

80 Fr. BONNEVILLE, *Le système de la dette publique : pour une approche organique d'un phénomène*

si cette opération de gestion de la dette publique n'a formellement été consacrée qu'à partir de la loi de 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques, le Gouvernement en a eu recours dans la période antérieure. En 2017, il a notamment été décidé de procéder à une « conversion des avances statutaires de la BEAC en dette à long terme⁸¹ ». Il ne reste plus qu'à relever que les quatre premières lois de finances adoptées sous l'empire du régime financier de l'État de 2018 n'ont pas encore autorisé le Gouvernement à convertir une dette publique quelconque. Comme la loi de finances pour l'exercice 2019, les lois financières des exercices 2020, 2021 et 2022 n'autorisent aucune forme de conversion de la dette publique. En s'inspirant de l'expérience française, on peut déjà affirmer qu'il existe au moins deux formes de conversion : les conversions obligatoires et les conversions facultatives⁸². Comme son homologue français⁸³, le législateur camerounais gagnerait le moment venu à opter pour des conversions facultatives qui, en laissant le choix aux créanciers d'opter pour le remboursement des titres ou pour l'emprunt de conversion, préservent une certaine liberté contractuelle.

A ce stade de l'analyse, il convient de souligner avec force que la conversion des emprunts de l'État n'apparaît pas explicitement parmi les missions de la CAA, lesquelles sont déclinées à l'article 3 de son décret de création. Néanmoins, elle découle implicitement de sa mission précédemment étudiée, c'est-à-dire de la gestion des emprunts de l'État. En effet, comme l'écrit François Colly, « au premier rang des opérations de gestion qui sont effectuées sur les emprunts, l'on rencontre la conversion des emprunts qui apparaît toujours un peu comme étrange et ésotérique⁸⁴ ». Dans un sens large, la conversion des emprunts peut donc être considérée comme une opération de gestion des emprunts. Sous ce rapport, il est clair que c'est la CAA qui devrait matériellement effectuer les opérations de conversion qui seraient éventuellement prévues et autorisées par une loi de finances.

Il convient à présent de ne pas perdre de vue que toutes ces deux opérations préparatoires qui viennent ainsi d'être succinctement présentées tendent seulement à préparer le remboursement de la dette publique, lequel est une opération résolutoire.

2.- Les opérations résolutoires

Au Cameroun, les opérations résolutoires de la dette publique sont de deux ordres. Les unes relèvent de l'ordre budgétaire tandis que les autres relèvent de

social, Thèse de Doctorat en Droit public, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2017, p. 602.

81 FMI – Cameroun, *Rapport n° [18/235]*, 2018, p. 68.

82 Sur les conversions facultatives, V. Fr. COLLY, *Les emprunts publics de l'État*, *op.cit.*, p. 737-538. L'auteur distingue « la conversion facultative avec offre de remboursement » et « la conversion facultative au sens strict ».

83 V. par exemple l'article 50 II (2°) de la loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 portant loi de finances pour l'exercice 2017 (France).

84 Fr. COLLY, *Les emprunts publics de l'État*, *op.cit.*, p. 360.

l'ordre de la trésorerie. Plus clairement, les opérations en versement des intérêts ont un caractère budgétaire⁸⁵ alors que les opérations en remboursement du capital ont un caractère de trésorerie⁸⁶. Toutefois, toutes ces opérations résolutoires sont prises en charge par la CAA. C'est du moins ce qui ressort de la substance de l'article 3 du décret de 2019 portant réorganisation de la CAA qui confie à cet EP la mission « d'assurer le service de la dette ». Compte tenu du fait que le service de la dette cumule les opérations en versement des intérêts et les opérations en remboursement du capital, il apparaît ainsi clairement que la prise en charge de ces deux opérations résolutoires a formellement été confiée à la CAA. Au Cameroun, les crédits budgétaires y relatifs sont souvent d'abord inscrits dans les lois de finances de l'année avant d'être alloués à l'OGD. En France, des crédits budgétaires ne sont inscrits dans la loi de finances qu'au profit des opérations en paiement des intérêts. Les opérations en remboursement du capital quant à elles n'en bénéficient pas et sont financées par des ressources de trésorerie dont l'emprunt en est incontestablement « la plus voyante⁸⁷ ». C'est la raison pour laquelle François Eck a pu affirmer que « la charge de l'amortissement du capital de la dette est couverte par l'émission de nouveaux emprunts⁸⁸ ». Pour F. Renard, journaliste financier, « les emprunts de l'État ne sont jamais véritablement remboursés, le Trésor empruntant à nouveau pour amortir sa dette : seuls les intérêts sont à la charge du budget »⁸⁹. Par ailleurs, les opérations relatives au remboursement du capital des emprunts y sont retracées dans un compte spécial qu'on appelle « Gestion active de la dette de l'État ». C'est un compte de commerce géré par l'Agence France Trésor (AFT) qui est un service dépersonnalisé de l'État, c'est-à-dire qu'elle n'est pas constituée en établissement public. Au Cameroun, la CAA est en revanche un service personnalisé de l'État et ne gère aucun compte spécial dans le budget de l'État. Elle reçoit pourtant des allocations budgétaires qui lui permettent d'assurer l'ensemble du service de la dette. Entre la France et le Cameroun, on voit alors très clairement que les opérations résolutoires de la dette publique sont effectuées dans le cadre d'une régie administrative pour l'un et dans le cadre d'une délégation de service public pour l'autre. Lorsque chacune de ces deux gestionnaires de la dette publique réussit à servir le capital et les intérêts conformément aux stipulations contractuelles, on parle alors d'une extinction normale. Dans le cas contraire on parlera d'une extinction anormale de la dette publique.

85 V. l'article 28 de la loi de 2018 portant régime financier de l'État et des autres entités publiques

86 V. l'article 51 de la même loi.

87 Fr. COLLY, *Les emprunts publics de l'État*, *op.cit.*, p. 325.

88 Fr. ECK, *L'État emprunteur et prêteur*, Paris, PUF, « Dossier Thémis », 1971, p. 10-11. Cité par J.-Cl. DUCROS, *L'emprunt de l'État*, *op.cit.*, p. 243.

89 F. RENARD, « Comment désamorcer la bombes des ORT ? », *Le Monde*, 7 octobre 1989. Cité par *idem*.

B.- La prise en charge des opérations d'extinction anormale de la dette publique par la CAA

Il convient sans attendre de relever que l'extinction anormale de la dette publique n'est pas forcément une hypothèse prévue par la loi. Qu'elle ne figure pas explicitement parmi les missions de la CAA n'a donc rien d'étonnant. Pour autant, sa compétence en la matière se rattache implicitement au fait que cet OGD est chargé d'évaluer et d'assurer le service de la dette. Ainsi, il ne lui incombe pas seulement de prendre en charge les opérations d'extinction normale de la dette publique. Il doit aussi prendre en charge les opérations d'extinction anormale de la dette publique. Celle-ci peut se présenter sous des formes très variées qu'il est absolument impossible répertorier ici de façon exhaustive. Sans véritablement faire l'unanimité dans la doctrine, ces situations diverses sont généralement désignées sous le vocable générique du défaut souverain. Sa résolution peut passer par des initiatives négociées pouvant aboutir à une restructuration ou à une renégociation de la dette. Des initiatives brutales et unilatérales peuvent cependant aussi exister. Mais quelle que soit la manière de procéder, le résultat aboutit souvent soit à un rééchelonnement de la dette publique (1), soit à un effacement de la dette publique (2).

1.- Les opérations de rééchelonnement de la dette publique

Quand un État ne parvient pas à rembourser normalement sa dette publique, il peut obtenir de son ou de ses créanciers un rééchelonnement de la dette. Cette opération peut porter isolément ou conjointement sur le capital et/ou sur les intérêts. Elle consiste en général soit à une diminution des taux d'intérêt ou à un rallongement des échéances de remboursement. En fait, comme le relevait le Parlement européen en 2000, il existe deux formes de rééchelonnement de la dette publique : un rééchelonnement de faveur où la Valeur Actualisée Nette (VAN) de la dette est réduite par négociation d'un taux d'intérêt plus bas et un rééchelonnement de défaveur dans lequel le débiteur se voit seulement accorder davantage de temps pour rembourser⁹⁰. En fonction du rééchelonnement négocié, il reviendra à la CAA de réaménager le service de la dette de l'État. Elle va notamment devoir le réévaluer en tenant compte des nouveaux taux d'intérêt ou des nouveaux délais de remboursement. Pendant la crise de la dette du tiers-monde des années 80-90, le Cameroun a par exemple obtenu plusieurs rééchelonnements de sa dette dans le cadre des Clubs de Paris et de Londres.

Pour rappel, c'est en 1985 qu'a été créée la CAA et la crise de la dette s'est manifestée au pays en 1986 avec la crise du sixième plan quinquennal (1986-1991). Après avoir tenté un ajustement interne, le Cameroun va finalement recourir au FMI en 1988⁹¹. À cette époque, seuls les rééchelonnements de dettes étaient envisa-

⁹⁰ Parlement européen, *La dette du tiers-monde et les diverses stratégies d'allègement de la dette*, Document de travail, 2000, p. 17.

⁹¹ Lettre d'intention n° 109/CF/MINFI/DCE/23 du 26 août 1988 du MINFI à Monsieur le Directeur

gés comme la solution à la crise puisque la communauté financière internationale considérait que les pays touchés faisaient face à un problème de liquidité et non à un problème de solvabilité⁹². Un changement de logique devait toutefois s'opérer en 1989 lors du Sommet de Toronto. Dès cet instant, la solution aura consisté à combiner les rééchelonnements de dettes avec des annulations de dettes. Pour le cas du Cameroun, le temps de l'allègement de la dette s'est prolongé jusqu'au tournant de la fin de la première décennie des années 2000. Pendant toute cette période, la CAA qui était déjà chargée d'évaluer le service de la dette a souvent eu l'occasion de prendre en compte les rééchelonnements obtenus par le Minfi auprès des Clubs de dettes. Comme dans les autres pays qui traversaient cette situation difficile pour les finances publiques, ces rééchelonnements n'auront malheureusement pas suffi à résoudre la crise. Celle-ci fut finalement résolue lorsque la communauté financière internationale décida d'adopter des opérations qui devaient conduire à l'effacement des dettes publiques.

2.- Les opérations d'effacement de la dette publique

De la même manière qu'un État peut unilatéralement décider d'effacer sa dette publique⁹³, un créancier peut unilatéralement décider d'effacer ses créances publiques sur l'État⁹⁴. Dans l'un et l'autre cas, on parlera respectivement de répudiation de dette ou de remise de dette. Quelle que soit l'hypothèse dans laquelle il intervient, l'effacement de la dette publique se ramène à une annulation de la dette publique. Celle-ci peut être temporaire ou définitive. L'annulation temporaire se ramène à une suspension de la dette publique. Elle suspend simplement l'exigibilité des créances sans toutefois les annuler. Dans cette occurrence, il revient au gestionnaire de la dette publique camerounaise de suspendre le remboursement des dettes y relatives. En vertu de l'Initiative pour la Suspension du Service de la Dette (ISSD) lancée en 2020 par le G20 en faveur des pays pauvres frappés par la crise sanitaire du Covid-2019, la CAA a pu suspendre pendant un certain temps le remboursement de certaines créances. Selon l'Ambassade française au Cameroun, cette opération de suspension devait potentiellement générer une économie de « 120 milliards de FCFA d'allègement de dettes (principal et intérêts) en 2020 dont 89,7 milliards accordés par la France⁹⁵ ». Pour la BM, entre mai 2020 et décembre 2021, l'opération devait permettre au Cameroun de potentiellement économiser 672 milliards de dollars EU, soit 1,7 % du PIB⁹⁶. Toutes ces économies représentent des sommes que l'OGD aurait

du Général du FMI.

92 Club de Paris, *Rapport annuel 2007*, p. 49-50.

93 V. C. LESQUENE-ROTH, « En France, l'État est juridiquement en mesure de faire légalement et unilatéralement défaut », *GFP*, n° 4, Paris, Lavoisier, 2020, p. 48-52.

94 V. Fr. COLLY, *Les emprunts publics de l'État*, *op.cit.*, p. 43.

95 Communiqué de presse, Cérémonie de signature de l'accord bilatéral Cameroun-France dans le cadre de l'ISSD, 18 décembre 2020.

96 Banque Mondiale, *Covid-19 : Initiative de Suspension du Service de la Dette*, Note du 28 février 2022. <http://www.banquemondiale.org>. Consulté le 27 mai 2023.

effectivement dû verser à certains créanciers de l'État si une suspension ordonnée des remboursements n'avait pas été négociée.

Quant à l'annulation définitive de la dette publique, elle peut être partielle ou totale. Elle annule l'exigibilité des créances pour l'avenir. À cet effet, le gestionnaire de la dette doit arrêter de rembourser les dettes annulées. Lorsqu'en 2018 et en 2019, la Chine et la Russie ont respectivement promis d'annuler une partie de la dette de certains pays africains, la CAA a effectué des missions dans ces pays créanciers afin de déterminer les créances concernées. Par la suite, elle les a pu valablement les effacer du portefeuille de la dette publique de l'État. On sait par exemple pour le cas de la Chine qu'il s'est agi d'un montant de 78 millions de dollars EU, soit 41,5 milliards de Francs CFA. En 2022, ce pays émergent a même annoncé une autre opération d'annulation au profit de 17 pays africains. Jusqu'ici, la plus grande opération d'annulation de dettes dont a bénéficié le Cameroun demeure celle de l'initiative Pays Pauvres Très Endettés (PPTTE). Grâce à elle le niveau de la dette publique a notamment pu être ramené de 91,1 % du PIB en 2000 à 13 % en 2008⁹⁷. En mars 2023 il se situe déjà à 43,7 % du PIB.

Conclusion :

Au terme de cette réflexion, il apparaît très clairement que l'émission de la dette publique est une affaire des organes centraux tandis que son extinction est l'affaire d'un organe décentralisé. En écho de cette répartition des compétences, les opérations d'émission apparaissent peu professionnalisées comparativement aux opérations d'extinction qui font l'objet d'une professionnalisation effective. Cette situation qui permet facilement aux autorités centrales de mener une politique d'endettement opportuniste pourrait éventuellement compliquer le désendettement de l'État. Il serait alors intéressant d'aligner une professionnalisation de l'émission de la dette publique sur la professionnalisation de l'extinction de la dette publique. Cela paraît d'autant plus important que l'État du Cameroun recourt de plus en plus à une forme d'emprunt qui accorde une place prépondérante aux professionnels lors des opérations d'émission. On fait allusion ici aux titres publics qui sont justement émis avec le concours remarquable des Spécialistes en Valeur du Trésor (SVT) qui, non seulement détiennent en la matière un monopole sur le marché primaire, mais sont aussi chargés d'animer le marché secondaire où l'État peut effectuer des opérations préparatoires à l'extinction normale de la dette publique⁹⁸. Dans ce sens, la professionnalisation qui rime avec la décentralisation peut subtilement apparaître comme l'avenir de la gouvernance de la dette publique du Cameroun. À l'image de l'Agence

97 Banque Africaine de Développement/Fonds Africain de Développement, *République du Cameroun Un espace budgétaire renforcé la croissance et la réduction de la pauvreté Etude économique du pays*, 2008, p. 34.

98 V. N. U. EBANGA, « Le financement du budget de l'État du Cameroun par les titres publics », *RAFIP*, n° 7, 2020, p. 240-244 et p. 252-257.

France Trésor (AFT) qui « n'est [certes] pas un établissement public⁹⁹ », la CAA pourrait être chargée d'émettre des emprunts au nom et pour le compte de l'État. En l'état actuel du droit positif, cet OGD est même déjà habilité à « émettre des emprunts publics et de rétrocession¹⁰⁰ ». C'est déjà là une ouverture qui mériterait peut-être d'être sérieusement élargie. Mais bien malin sera celui qui osera prédire l'action du législateur camerounais qui, en tout état de cause, reste libre d'opter pour une recentralisation administrative complète ou pour une décentralisation technique complète de la gouvernance de la dette publique du Cameroun.

99 B. CŒURE, « L'AFT, quatre ans après », *RFFP*, *op.cit.*, p. 74.

100 V. article 3 du décret de 2019 portant réorganisation de la CAA.

Legitimacy of the judiciary in the interpretation of vague statutory provisions

La légitimité du pouvoir judiciaire dans l'interprétation de dispositions législatives vagues

John A. GEALFOW

Abstract:

The article presents a philosophical analysis of works of Lon Fuller, John Locke and Charles Louis Montesquieu and precises the consequences of their thoughts on the judiciary's option to interpret vague statutory provisions. It further provides comparative analysis of the application of those concepts in case law of United States and the Czech Republic as a representant of the civil law systems. The article uses the methodology of balancing different constitutional values and principles and criticizes the practice of courts not applying the proportionality test while changing the interpretation of statutory provisions.

Keywords: separation of powers, principle of certainty, predictability of decisions, inner morality of law, vague provisions, judicial review, constitutional review, overbreadth doctrine, retroactivity, retroactive changes to the case law

Résumé :

L'article présente une analyse philosophique des travaux de Lon Fuller, John Locke et Charles Louis Montesquieu et précise les conséquences de leurs réflexions sur le choix du pouvoir judiciaire d'interpréter des dispositions législatives vagues. Il fournit une analyse comparative de l'application de ces concepts dans les jurisprudences des États-Unis et de la République tchèque en tant que représentants des systèmes de droit civil. L'article utilise la méthodologie de la mise en balance des différentes valeurs et principes constitutionnels et critique la pratique des tribunaux qui n'appliquent pas le test de proportionnalité lorsqu'ils modifient l'interprétation des dispositions législatives.

Mots-clés : *séparation des pouvoirs, principe de certitude, prévisibilité des décisions, moralité interne du droit, dispositions vagues, contrôle juridictionnel, contrôle constitutionnel, doctrine de la portée excessive, rétroactivité, portée rétroactive des revirements de jurisprudence.*

What is the line between the authority of the legislature to create legal rules and the authority of judiciary to interpret them? The separation of powers is one of the defining principles of democratic legal states. From the times of John Locke and Charles Louis Montesquieu, it was perceived that three powers in a state – legislative, executive and judicial – are the best way to structure and direct the distribution and division of institutional power.¹ That led many authors to conclude that separation of powers is one of the defining criteria of a legal state (known from civil law systems, or the rule of law doctrine in common law legal systems, respectively).² I am

¹ E. CAROLAN, *The New Separation of Powers. A Theory for the Modern State*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 22.

² The issue is connected with the division between formal and material concepts of legal state. Material legal state is a concept governing in the current case law and jurisprudence of many European countries, including Czech Republic, Germany and Poland. Nevertheless, Maxim Tomoszek (M. TOMOSZEK, *Podstatné náležitosti demokratického právního státu*. Prague: Leges, 2015, p. 22 and onward) lists many authors who include separation powers among the key principles of legal state. Namely P. HOLLÄNDER, legal philosopher and former judge of Constitutional Court of the Czech Republic, V. ŠIMÍČEK, current judge of Constitutional Court of the Czech Republic, K. STERN, one of the most renowned constitutional lawyers in Germany, professor and legal scientist, also a

not of the same opinion and while this problem would deserve its own text to fully present the reasoning, it is possible to argue in short that the principle of separation of powers is not a value on its own and is only an effective instrument supporting the other principles of a legal state which brings values to its main principles, such as the principle of legal certainty and the equality under the law.

This article attempts to provide an analysis of ways how to systematically minimize the number of cases in which the legislator formulates unclear and vague provisions of statutes. The legal certainty can be violated by both judiciary and legislature. The judiciary would violate legal certainty, for example in cases when a court would choose to interpret a statutory provision in a completely opposite way to its linguistic meaning, or when it would change its case law unexpectedly and retrospectively without any measure to reduce impact on people relying on the text of statutory provision or previous case law.

When it comes to a failure of legislature, the most known description is Lon Fuller's eight principles of morality which constitute the inner morality of law.³ Actions leading to their violation are also known as eight ways to fail to make a law. These principles are 1) generality (while violation of this principle is a failure to achieve rules at all – and as there are no rules that leads to ad hoc decisions), 2) publicity (a failure to make the rule available), 3) prospectivity (an abuse of retroactive legislation), 4) intelligibility (a failure to make the rules understandable), 5) consistency (enactment of contradictory rules), 6) practicability (enactment of rules that require conduct that is impossible), 7) stability (introducing such frequent changes in the rules that their addressees cannot orient their actions by them) and 8) congruence (failure of existing disconformity between the rules as announced and their actual administration).⁴

These are, by their nature, principles that can be violated by the legislature except for the principle of congruence as the principle requiring conformity between the rule and its actual application, which is in responsibility of judicial and executive power.

However, there are principles that can apply on both – legislature and the judiciary (respectively on executive power). Even though separation of powers dictates that rules should be set generally by legislative power (while it is debatable whether it is actually the case – both in the civil law and common law systems),⁵ courts some-

judge of Constitutional Court of North-Rhine Westphalia.

3 R. HENLE, "Principles of Legality: Qualities of Law. Lon Fuller, St. Thomas Aquinas, St. Isidore of Seville", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 39, issue 1, 1994, p. 47.

4 L. L. FULLER, *The Morality of Law. Revised edition*, New Haven and London: Yale University Press, 1969, p. 33-91.

5 Cf. R. GUASTINI, « Les juges créent-ils du droit? Les idées de Alf Ross », *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, no. 24, 2014, p. 108: "The law is not a set of texts, but a set of meanings. Meaning are products of interpretation. To interpret is to produce meanings. And to produce meanings with authority is to produce a law." On this issue cf. also chapter 5 of the article J. A. GEALFOW, *Case*

times change the meaning of a rule as it might be perceived from the grammatical expression used by the legislature through the process of interpretation. It might be argued, therefore, that while altering these rules courts might commit the same offences against the inner morality of the law as a legislature can – i.e., by stating alteration of rules that are unintelligible or inconsistent with each other. But mainly, they can change the rules in a way that it applies retroactively on actions in the past or they can make so frequent changes in their case law that the principle of stability is violated.⁶

This article will focus on two areas, both of which always include a link between legislature and judiciary in a way that legislature failed to create clear and precise rules and judiciary had to react on that issue.

1. Changes in the case law interpreting vague legislation

The first area concerns a situation of statutory provisions vaguely formulating a limitation period to file a lawsuit for compensation of immaterial harm. In the year 2010, two boys (of 11 and 14 years) filed a lawsuit against a hospital for compensation of psychological strain caused by the death of their mother in 2003 after *non-lege artis* treatment by the doctors employed by the defendant. There have been previous criminal and civil proceedings against both the hospital and doctors, in which plaintiffs were not successful for various reasons. The case started by their lawsuit filed in 2010 was different and plaintiffs won in the court of first instance. The decision was, however, overturned by the higher instance court, while this appellate decision was later confirmed by the Supreme Court of the Czech Republic. The reason was the limitation period to file a lawsuit already expired in the year 2006, four years before the lawsuit in this case was filed.⁷

But exactly the question of limitation period, its length and the moment of its beginning is the heart of the problem, and also the reason why plaintiffs filed a complaint to the Constitutional Court of the Czech Republic. Until 2008, the Supreme Court's case law has been constant and stable in the conclusion that the time period to file a lawsuit for financial compensation of immaterial harm is unlimited.⁸ In 2008, the Supreme Court changed its case law and stated that while immaterial personal rights and actions providing defense against their violation and providing satisfaction are still without any limitation period in accordance with the §13(2)

Law and its Binding Effect in the System of Formal Source of Law, Juridiskā zinātne/Law, no. 11, 2018, p. 53-55.

6 It has been commented by the Constitutional Court of the Czech Republic that the stability of law and legal certainty of citizens is not determined just by the quality of legal rules enacted by the legislator, but also by how they are interpreted by the state organs who apply these rules – especially courts. Cf. Czech Constitutional Court decision no. IV. ÚS 334/11 from 26th November 2012.

7 Czech Constitutional Court decision no. IV. ÚS 3500/18 from 10th December 2019.

8 Cf. Czech Supreme Court decision no. 30 Cdo 1542/2003 from 30th November 2005 or no. 230 Cdo 1522/2007 from 28th June 2007.

of the Civil Code valid in the time of decision,⁹ a financial compensation for this violation has a limitation period of three years.¹⁰

The Constitutional Court has previously subjected the changed case law to its review and found it compliant with the Constitution and the rest of constitutional order. However, even at that moment the Constitutional Court warned against retroactive effect of this change, and that even though the change of the case law might be legitimate, it is necessary to also take into account a possible breach of a legal certainty in each individual case.¹¹

In the analyzed case, the Constitutional Court has followed up on its previous warning and stated that lower courts have, in an illegitimate and unconstitutional way, transferred a burden of predicting a possibility of a change of the future case law on plaintiffs. As they relied on a statutory provision that (even though not completely specific about the limitation period) was interpreted in a constant way for decades by case law of the Supreme Court, they had a legitimate expectation. The limitation period, therefore, could not start to run sooner than in 2008. To be more specific – the limitation period started to run on the day that the new decision of the Supreme Court overruling the previous case law has been published. The reason is that the date of publication marks the ending of anyone’s legitimate expectation.¹²

The core message is that if statutory provisions enacted by legislature would be clear, the need of such a broad and significant judicial interpretation would not arise. But at the same time, it means that if the judiciary chooses to do so and, in a way, benefits from the freedom to not be restrained by the legislative rules and formulate general rules by themselves, then it must bear the same burden as legislature does when it comes to formulation of these rules – including the respect for their prospective nature and a duty to not retrospectively infringe on rights of individuals. We might, therefore, conclude that eight principles of inner morality of law apply even to courts when they choose to define general rules.

2. Vagueness in statutory provision and attempts to cure it

In the previous chapter we analyzed a situation where the judiciary, due to the failure of legislature to formulate clear and unambiguous rules, had to formulate a

9 Cf. §13(2) of Czech Civil Code, statute no. 40/1964. It is interesting to add that the new Civil Code valid since the year 2014 (Czech Civil Code, statute no. 89/2012) has already altered this rule in its provision §612 which states: “*In the case of the rights to life and dignity, name, health, respect, honor, privacy and similar personal rights, only the rights to remedy harm caused to these rights are subject to limitation.*” This provision, therefore, states the same conclusion as have been reached by the changed Supreme Court’s case law. That only emphasizes that the problem is not change of the case law itself, but the retroactive effect that it had. It can be perceived as positive that legislator has remedied the vagueness of the statutory provision.

10 Cf. Czech Supreme Court decision no. 31 Cdo 3161/2008 from 12th November 2008.

11 Cf. Czech Constitutional Court decision no. II. ÚS 635/09 from 31st August 2010.

12 Czech Constitutional Court decision no. IV. ÚS 3500/18 from 10th December 2019.

general rule by itself in the process of interpretation, but also fails to as it did not formulate those rules in accordance with the principles of formulation of law. If the judiciary chooses to interpret the law in a way that it formulates new general rules, it must accept that it acts, in a manner of speaking, as a legislature and, therefore, must act according to standards of formulation of rules by legislature.

In this chapter we will explore how legislature might try to cure the statutory provision. This might sound like a trivial question – improving legal order is the purpose of existence of legislature and formulation of a more precise rule based on previously identified vagueness is not that interesting from the philosophical perspective. It is something that legislature should do. The interesting part comes with the reaction of judiciary on the changed provision.

This chapter is to a big degree inspired by the paper of George Anhang analyzing consequences of the overbreadth doctrine of the Supreme Court of United States. Overbreadth can be defined as a case of vagueness of statutory provision in which a reasonable person cannot distinguish between permissible and impermissible speech. This concept is, therefore, closely tied to the First Amendment of United States Constitution and the freedom of speech. There are many cases that shaped the doctrine into its current form. But more than that, the overbreadth doctrine is an exception from the general rule that a person to whom a statute may be constitutionally applied can no longer challenge the statute on the ground that it may be unconstitutionally applied to others.¹³ It allows a defendant to attack a statute because of its effect on conduct other than the conduct for which he is being prosecuted as he may, in a way, theoreticize about the unconstitutionality of the provision as a whole.¹⁴

We will focus on two cases which share the connection to the separation of powers: *Massachusetts v. Oakes*¹⁵ and *Osborne v. Ohio*.¹⁶ George Anhang argues that what happened in these two cases illustrates how the separation of powers can be seen as a delicate incentive structure which although not ensuring the certainty and predictability, helps to promote it.¹⁷

The facts of the *Massachusetts v. Oakes* are that the defendant took pictures of his 14-years old stepdaughter only in bikini bottoms and was charged of committing a crime by allowing a minor “to pose or be exhibited in a state of nudity”. Oakes’s case has been dismissed and his conviction abolished by the Massachusetts Supreme Judicial Court, because the current provision of a criminal code would

13 *Massachusetts v. Oakes*, 491 U.S. 576 (1989), §2, p. 581.

14 *Massachusetts v. Oakes*, 491 U.S. 576 (1989), concurring and dissenting opinion of Justice Scalia, joined by Justice Brennan, Justice Marshall and Justice Stevens, §1, p. 586.

15 *Massachusetts v. Oakes*, 491 U.S. 576 (1989).

16 *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990).

17 G. ANHANG, “Separation of Powers and the Rule of Law: On the Role of Judicial Restraint in ‘Secur[ing] the Blessings of Liberty’”, *Akron Law Review*. 1991, vol. 24:2., p. 211.

make “a criminal of a parent who takes a frontal view picture of his or her naked one-year-old running on a beach”.¹⁸ The Massachusetts court, however, did not decide whether the statute could be applied constitutionally, it only reversed Oakes’s conviction. The case continued to the Supreme Court of United States, which led the Massachusetts legislature to amend the statute and narrow the scope of the statute to require “lascivious intent” to better balance the conflict with the First Amendment guaranteeing the freedom of speech. Supreme Court was, therefore, already deciding about a statutory provision that was no longer in force.

The decision of Supreme Court brings an argumentation for systematic measure to incentivize legislature to formulate rules as precisely as possible. The most relevant part of the decision is concurring and dissenting opinion to the judgment formulated by Justice Scalia, joined by four other judges, in which he looked from the perspective of economic model and considered gaining a conviction of a person violating the statute as a right of the state. As an interest of the state is to prosecute and convict as many situations of law violations as possible, it is motivated to act in a way to do so.

If a statute is declared to be overbroad, state loses a conviction which it would otherwise have had. Justice Scalia stated: “*If no conviction of constitutionally proscribable conduct would be lost, so long as the offending statute was narrowed before the final appeal, legislatures would have significantly reduced incentive to stay within constitutional bounds in the first place.*”¹⁹ Therefore, legislature enacts overbroad statutes at the cost of having the first person convicted under the statute who successfully mounts as overbreadth challenge go without punishment. This cost deters legislature from enacting overbroad statutes.²⁰ The purpose of a right of protection under this doctrine is, therefore, not just protection of rights of individuals, but it is a systematic tool to incentivize legislature into writing better statutes. Justice Scalia further adds: “*It (is) strange judicial theory that an act which is lawful when committed (because the statute that proscribes it is overbroad) can become retroactively unlawful if the statute is amended preindictment.*” The Supreme Court decided to send Oakes’s case back to a lower court to determine if his conviction should be upheld under the original statute.

In *Osborne v. Ohio*, the situation was slightly different. The defendant was found with four photographs of a nude male adolescent in sexually explicit positions and was convicted under an Ohio state statute for “possession or viewing of any material or performance that shows a minor who is not the person’s child or ward in a state of nudity”. Ohio Supreme Court confirmed Osborne’s conviction after an intermediate appellate court did the same. It did so by trying to cure the Ohio statute by choosing

¹⁸ Cited from the decision of Massachusetts Supreme Judicial Court, 486 U.S. 1022 (1988).

¹⁹ *Massachusetts v. Oakes*, 491 U.S. 576 (1989), concurring and dissenting opinion of Justice Scalia, joined by Justice Brennan, Justice Marshall and Justice Stevens, §1, p. 586.

²⁰ G. ANHANG, “Separation of Powers and the Rule of Law: On the Role of Judicial Restraint” in “Secur[ing] the Blessings of Liberty”, *Akron Law Review*. 1991, vol. 24:2., p. 215.

to read the statute narrowly and apply it only to “the possession or viewing of material or performance of a minor who is in a state of nudity, *where such nudity constitutes a lewd exhibition or involves a graphic focus on the genitals*, and where the person depicted is neither the child nor the ward of the person charged”. The court basically construed the statute to avoid overbreadth problems and then applied the statute, as newly construed, to past conduct.

The case went to the Supreme Court of United States and above other arguments, Osborne argued that arguments presented in *Massachusetts v. Oakes* stand for a similar but distinct proposition that, “when faced with a potentially overinclusive statute, a court may not construe the statute to avoid overbreadth problems and then apply the statute, as construed, to past conduct”.²¹ In a way, the argument is the same as in *Massachusetts v. Oakes* that if a legislature could count on a court to adopt a saving construction as it could count on its own ability to amend the statute, a legislature would have less incentive to draft narrowly tailored laws in the first place.

The Supreme Court, however, concluded that courts routinely interpret statutes narrowly to avoid the potential overbroad.²² And to react on the systematical incentive for the legislators – legislators know that they can cure their own mistakes by amendment without any significant cost.²³ That does not apply for the saving construction by the judiciary “*because the legislatures cannot be sure that the statute, when examined by a court, will be saved by a narrowing construction rather than invalidated for overbreadth.*”²⁴ As a legislator can never accurately predict whether a court will be willing and able to adopt a saving construction, it is, therefore, still incentivized to make unambiguous and clear rules. The Supreme Court still reversed Osborne’s conviction and returned the case to lower courts, but that happened because of other due process infringement reasons as the Supreme Court explicitly refuted arguments from *Massachusetts v. Oakes* that Osborne was trying to relate on his case.

Overbreadth doctrine is an example of how common law system is able to develop and apply systematic measures to support important principles of democratic legal state. To compare with civil law system example of a measure similar in its consequences, Constitutional Court of the Czech Republic may annul statutes or their individual provisions if they are in conflict with the constitutional order. We can differentiate between an abstract constitutional review, i.e. the process of determination of compliance with a constitution and other constitutional documents

21 *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990), §2, p. 119.

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*, §2, p. 121.

24 *Ibid.*

without a reference to a specific case, which might be started e.g. by a group of senators or by a president, and a concrete constitutional review.²⁵

As overbreadth doctrine is an individual defense mechanism, the further focus will, therefore, be on concrete constitutional review – a process of review when a possible constitutional violation is identified in a particular case. Even in a case of concrete review, there is a possibility to annulate the statutory provision or the whole statute – it will, therefore, have broader effects than just on the parties of the dispute. According to the article 95(2) of Czech Constitution: “*Should a court come to the conclusion that a statute which should be applied in the resolution of a matter is in conflict with the constitutional order, it shall submit the matter to the Constitutional Court.*”²⁶ Even a court of first instance can, therefore, start this proceedings to annul a statute without the need to go through the whole judicial system and the case can go directly to the Constitutional Court.

But the most common start of the proceedings is §74 of the Constitutional Court Act²⁷ according to which any person filing a complaint to the Constitutional Court (typically to challenge the final decision of the Supreme Court) may also adjoin a petition proposing the annulment of a statute or its individual provision application which resulted in the situation that is the subject of the constitutional complaint.²⁸ But from there the situation is much simpler than in the described cases from United States. A complainant may basically argue with anything that might help his case. Whether they are facts of his own case or hypothetical scenarios in which statutory provision might be unconstitutional.

Furthermore, the position of a complainant is strengthened even by the fact that the Constitutional Court is not bound by the scope of review formulated by the complainant. Based on the principle *iura novit curia*,²⁹ the Court may apply even provisions that complainant or other parties did not argue with.³⁰ And above all

25 Cf. H. SPECTOR, “The Theory of Constitutional Review”, in M. A. JOVANOVIĆ, *Constitutional Review and Democracy*, Eleven International Publishing, 2015, p. 33.

26 Article 95(2) of the Czech Constitution, statute no. 1/1993.

27 §74 of the Constitutional Court Act, statute no. 182/1993.

28 Cf. Czech Constitutional Court decision No. I. ÚS 740/15 from 27th June 2017, §8: “*the right of a complainant to do so is dependent solely on the fact that by applying the statute or its individual provisions caused the situation which is subject of the constitutional complaint*”.

29 Meaning “the court knows the law”, sometimes expressed also as “give me the facts and I shall give you the law”. This principle typical mainly for civil law countries implies that once the facts of the case were proven, the legal consequences of those facts are to be evaluated solely by the court as it is its responsibility to apply the law. While parties might present their opinions about the legal norms relevant for the case, their main role is in furnishing facts of the case, judge will later establish the law. “*In the English, Irish and Scottish systems, on the other hand, the court has a less active, or even a passive, role: the procedure is generally based on the assumption that the court has no independent knowledge of the law, that it is dependent upon the submissions advanced by counsel for the parties, and that its function essentially is to adjudicate on the exclusive basis of their submissions.*” Opinion of Mr Advocate General Jacobs delivered on 15 June 1995 in joined cases of Court of Justice of European Union C-430/93 and C-431/93.

30 Czech Constitutional Court decision No. II. US 2027/17 from 7th August 2017, §11, which quotes

that, even if the complainant did not pursue to strike down statutory provision and just proposed the Court to declare unconstitutionality of decision against him and to abolish this decision, the Court may on its own conclude that the statute or some of its provisions are unconstitutional and should be annulled and start a procedure of the annulment described in §78(2) of Constitutional Court Act.³¹

What above mentioned means is that a complainant might make hypothetical arguments to add more reasons of unconstitutionality of the provision, even though these arguments do not apply for himself personally as he is not in a situation he is describing.

To provide an example, the Constitutional Court was reviewing constitutionality of regulatory fees for medical services and concluded on their unconstitutionality and annulled some of statutory provisions in the statute that enabled them.³² The main argument that caused the annulment was that the fee can put a disproportionate burden on some groups of population. For the purpose of this article let's assume that this case would not be an abstract constitutional review started by the group of deputies of the Parliament, but the case would be commenced by the individual constitutional complaint. Let's further assume that the complainant would be actually very successful financially and the argument for the disproportionate burden on some groups of people, which was the main reason for the annulment of the statute, would not apply for him.

The argumentation that would speak directly for the complainant would be based on his right for free healthcare,³³ but as Constitutional Court made a parallel in its reasoning to its previous decision on review of the conditions of providing free textbooks for students,³⁴ where it stated that the concept of free education (also guaranteed by the Constitution, same as free healthcare) cannot mean that the state will bear all the costs that are connected with benefiting from the right to education. The Court argues for the same in the analyzed case.³⁵ If a complainant would be able to use only arguments relevant to him, he would not be successful. But as he can provide any reason of unconstitutionality, the argument of a disproportionate burden on some groups of people in the society will play in his favor, the relevant statutory of provisions will be abolished and the complainant will win the case de-

also Czech Constitutional Court decision No. Pl. ÚS 37/04 from 26th April 2006, §54.

31 §78(2) of the Constitutional Court Act, statute no. 182/1993: *"If in connection with deciding a constitutional complaint, a Panel comes to the conclusion that a statute or some other enactment, or individual provisions thereof, the application of which resulted in the situation which is the subject of the constitutional complaint, is inconsistent with a constitutional act, or with a statute, if the complaint concerns some other enactment, it shall suspend the proceeding and submit to the Plenum (...) a proposal for the annulment of that statute or other enactment (...)"*

32 Constitutional Court decision No. Pl. ÚS 36/11 from 20th June 2013.

33 Constitutional Court decision No. Pl. ÚS 36/11 from 20th June 2013, §37 and onward.

34 Constitutional Court decision No. Pl. ÚS 25/94 from 13th June 1995.

35 Constitutional Court decision No. Pl. ÚS 36/11 from 20th June 2013, §41.

spite the fact that he is not in the group that Constitutional Court wants to protect the most.

More than that – Constitutional Court can annulate the statutory provision even if claimant did not propose to do so. It can also analyze the argument of disproportionate burden on some groups in the society, even though the claimant did not use the argument on his own. Practically speaking, it is, of course, always better to give all the relevant arguments to a court as that increases a chance of favorable decision. But from a strictly formal perspective – Constitutional Court can overstep the scope set out by the claimant and go through unlimited constitutional review of the statute in question.

It seems, therefore, that the scope of constitutional review in the Czech Republic is considerably broader than in the United States as the overbreadth doctrine is an exception broadening the general scope of review in the United States, while the review by the Constitutional Court of the Czech Republic applies the same, maybe even wider, scope as a general rule for any kind of case, not just of cases including freedom of speech.

3. Separation of powers as systematic tool to increase legal certainty

George Anhang perceives that John Locke’s main criterion of the rule of law is to put an emphasis on a person’s certainty about what the law requires. He bases this argument on the fact that in Locke’s perspective chilling speech is bad for same reason as chilling any other legal behavior – it is an infringement on personal liberty.³⁶ It is possible to agree with the fact that Locke’s formulation of division of power has its goal in improving equality and liberty of individuals, same as good of any commonwealth.³⁷ Same goes for Charles de Montesquieu who stated that when powers in a state are united in the same person, there can be no liberty.³⁸

The separation of powers is an instrument by which society may increase the likelihood that each citizen will be certain as to what he may and may not lawfully do.³⁹ The argument arising from the above shown examples support the thesis that separation of powers between judiciary and legislation promotes rule of law doctrine and legal certainty, because the more often a court will adopt a saving con-

36 G. ANHANG, “Separation of Powers and the Rule of Law: On the Role of Judicial Restraint”, in “Secur[ing] the Blessings of Liberty”, *Akron Law Review*, 1991, vol. 24:2., p. 218.

37 Cf. J. LOCKE, *Two Treatises on Civil Government*, London: G. Routledge and sons, 1887, cited version of McMaster University Archive of the History of Economic Thought, available online: <https://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf>, p. 161, §131.

38 Ch. MONTESQUIEU, *The Spirit of the Laws*, New York: Hafner Publishing Company, 1949, p. 151-152.

39 G. ANHANG, “Separation of Powers and the Rule of Law: On the Role of Judicial Restraint” in “Secur[ing] the Blessings of Liberty”, *Akron Law Review*, 1991, vol. 24:2., p. 218.

struction of a vaguely defined statute, the more certain legislature will be that the statute will be cured, and in turn, the more often it will tend to overlook vagueness and other deficiencies when drafting a statute.⁴⁰

The situation is, however, more complicated than that. The difference between a case of the limitation period and retrospective application of the changed case law is significantly different from two United States cases – *Massachusetts v. Oakes* and *Osborne v. Ohio*. It cannot be omitted that the separation of powers argument is much stronger in criminal law cases than in cases of private law. The reason is that if we look at convictions for criminal offenses as goods that a state is trying to maximize,⁴¹ we cannot see the same simple incentive for the legislative power in private law cases. If a court encounters a vague provision in criminal proceedings, it drops charges against defendant. This way, it has a choice not to apply this vague provision. But in civil law cases, there is no easy choice like this. The court must choose from a several possible interpretations of a vague provision or not apply the provision at all. Either way, the damage will be done to one party or another, because one of them will have to bear the consequences of a negative decision, and both of those parties will suffer additional harm coming from the decreased legal certainty, lowered predictability of a decision and also breached legitimate expectations.⁴² That is the reason why the separation of powers consideration will never be as effective in private law disputes. In criminal and administrative law, it is effective because a state is in a superior position to an individual. In private law disputes, there is either no state at all, or if it is, it has an equal position to an individual due to the principle of equality in the private law. As long as the exception from this principle will not be construed to provide further incentive for a state to construe its rules better, the separation of powers, as a most effective tool usable by judiciary to increase legal certainty by incentivizing legislature to construe clear and precise rules, is not usable to its full potential.

⁴⁰ *Ibid*, p. 219.

⁴¹ Let's, of course, assume that the goal of a state is not to put all of its citizens to prison, but rather that those convictions are based on criminal legislation that has its rational reasons in criminalizing certain behaviors that are demonstrably harming to the society and its members.

⁴² DWORKIN also analyses this situation and states: “*If a judge makes new law and applies it retroactively in the case before him, then the losing party will be punished, not because he violated some duty he had, but rather a new duty created after the event*” (R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 84), but he explains (p. 86) that we can look on that situation also from different perspective: “*If the plaintiff does indeed have a right to a judicial decision in his favor, then he is entitled to rely upon that right. If it is obvious and uncontroversial that he has the right, the defendant is in no position to claim unfair surprise just because the right arose in some way other than by publication in a statute. (...) if the court decided that on balance the plaintiff's argument, then it will also decide that the plaintiff was, on balance, more justified in his expectations.*” The situation is less sensible when a new rule is formulated in case when it is a state standing against an individual. Vague legislation is attributable to a state and an individual benefits from reasonable expectation and relying on it. In situations of two individuals in a court dispute, the more delicate approach is needed. Dworkin, however, showed that even in this situation the creation of a new rule is not unjust, and it is compliant with the principles of legal state.

The consequences of making an exception from the principle of equality would amount for another full article, but I will at least shortly react on the possible objection that by using this measure we hinder state's efforts to fulfill its goals in general. The state has a lot of agenda and reasons of existence, as we know from works of the previously mentioned works of Locke and Montesquieu. The possible argument might sound that some degree of vagueness in legal norms will be always present and by penalizing state for something that is not completely eliminable in proceedings in which state has a standing legal claim and is in the rightful situation, is undermining state's efforts because it is depriving it of funds necessary to do so. That is a reasonable objection. The exception would definitely have to be formulated in a way that it would not make it impossible for state to fulfill its function. Legal certainty is not the only principle, and it is not an absolute principle. We call our states democracies with respect to human rights with the rule of law (or legal state in *civil law countries*). Legal certainty is one of the principles of rule of law. The benefit from increasing this principle has to be balanced with the detriment to every other principle and to state's policies. The following formula must apply:

benefit from increased legal certainty \geq detriment on other principles and policies

To conclude the article with the last comparative note – even though the argumentation on separation of powers was ubiquitous in the analyzed decision of the Supreme Court of United States –, it did not take its place (at least not explicitly) in the decisions of the Czech Constitutional Court. It is a lost opportunity. On the one hand, Czech court system provides individuals with stronger procedural guarantees to defend their constitutional rights against legislature's actions. On the other hand, such a strong emphasis on incentivizing legislature to construe better rules in the future is not apparent. It would not be legitimate, however, to conclude that even this approach does not have an effect on legislature as it sets boundaries for how far legislation can go while restricting constitutional rights. At the same time, it gives judiciary almost unlimited power to review statutes and it might be possible to argue that it disbalances the system of separation of powers too much on the side of judiciary.

Legislative power representing the people through the process of election is supposed to represent a set of political opinions and ethical norms that it is supposed to formalize into the rules of law. To do so, it has democratic legitimacy. Legitimacy of judges to formulate rules like that is very limited.⁴³ Even though the

⁴³ While making legislation, pluralism as an ethical system takes place. Politics a way how to balance different values that are colliding with each other. Cf. R. E. GOODIN, K. SPIEKERMANN, *An Epistemic Theory of Democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 206. The problem of which value should prevail in an individual situation has just one correct answer in democracy – voting. That does not have to mean a general referendum, but it must be choice of the people at least by representation. A representant of the people in democratic states is legislative power. If these ethical conflicts are solved by the judiciary, it is a violation of separation of powers. Sometimes, no one else

goal of judiciary and individual judges is to abstain from considering its own personal values, judges are just people and it is not possible to completely avoid doing so. Values of unelected judges brought to a legal order through the process of legal interpretation will always be burdened by democratic deficit. However, the whole process is unavoidable and is not generally problematic, if the system is balanced by 1) the legislative power not formulating rules that are too vague, which gives judiciary disbalancing amount of power to basically make their own rules, and by 2) the judiciary making structural and systematical moves to incentivize legislative power to make rules that will not be found unconstitutional.

The principle of separation of powers is truly an important tool to protect freedom and liberties of individuals. As a consequence of its application, values of democracy, human rights and legal state are empowered and protected.

Paris

14th October 2022

but legislature can be blamed as in private law, courts cannot refuse to decide a case brought to them, that would be against the principle of prohibition of *denegation iustitiae*. Whether courts interpret a vague provision or whether they ignore it and apply another one, they are always bringing values to the law that have previously not been there. Sometimes, it is a violation by the judiciary, when it forgets its place in the constitutional system and solves the conflict brought to it, even though this conflict should not be solved in a court room, but in a parliament.

La bonne administration de la justice et les règles de compétence européennes : compétences spéciales, litispendance et connexité

The Sound Administration of Justice and the European Rules on Jurisdiction : Special Jurisdiction, Lis Pendens and Related Actions

Marcel ZERNIKOW

Enseignant contractuel, Université Paris-Panthéon-Assas, Centre de recherche sur la justice et le règlement des conflits (CRJ)

Résumé :

La présence du principe de bonne administration de la justice, parmi les principes qui déterminent les règles de compétence, est révélatrice de la caractéristique répartition renforcée de certaines règles de compétence européennes. Alors que la bonne administration de la justice constituait initialement un principe processuel du droit interne, elle s'est cristallisée en un principe propre à l'espace judiciaire européen.

Malgré le présupposé selon lequel la bonne administration de la justice serait toujours intimement liée à l'organisation des institutions juridictionnelles, elle correspond, dans le contexte de l'europeanisation, à un principe régissant les règles de compétence de l'espace judiciaire européen.

La bonne administration de la justice, en tant qu'elle détermine les règles de compétence spéciale, suit une logique de proximité. Elle conduit à des dérogations et favorise la compétence des tribunaux d'un État proche du litige tout en instaurant certains choix au demandeur, notamment pour des raisons d'accessibilité des preuves. Elle intervient encore comme un principe proprement européen pour commander le dessaisissement du juge d'un État membre lors de procédures concurrentes au sein de l'Union européenne. Enfin, elle détermine exclusivement des règles de litispendance et de connexité internationales conférant un pouvoir discrétionnaire aux juges dès lors qu'il s'agit de lutter contre les procédures concurrentes concernant un État tiers.

Mots-clés : principe de proximité – espace de liberté, de sécurité et de justice – concentration ou éclatement des compétences – collecte et évaluation des preuves – pouvoir discrétionnaire

Abstract :

The presence of the principle of the sound administration of justice, among the principles that determine the rules of jurisdiction, is indicative of the reinforced distributive characteristic of certain European rules of jurisdiction. While the sound administration of justice initially constituted a procedural principle of domestic law, it had to crystallize as a principle specific to the European judicial area.

Despite the presupposition that the sound administration of justice would always be closely linked to the organization of judicial institutions, it corresponds, in the context of Europeanization, to a principle governing the rules of jurisdiction of the European judicial area. The sound administration of justice, insofar as it determines the rules of special jurisdiction, follows a logic of proximity. It promotes the jurisdiction of the courts of a State close to the dispute while establishing certain choices for the plaintiff, in particular for reasons of accessibility of evidence. It still intervenes as a specifically European principle to order the relinquishment of the judge of a Member State during parallel procedures within the European Union. Finally, it exclusively determines rules of international lis pendens and related actions conferring discretionary power on judges when it comes to fighting against parallel proceedings concerning a third State.

Keywords : principle of proximity – area of freedom, security and justice – concentration or fragmentation of competences – collection and evaluation of evidence – discretionary power

Le terme « *bonne administration de la justice* » est fréquemment employé lorsqu'il s'agit de décider de l'aptitude d'une juridiction ou de l'ensemble des juridictions d'un État à connaître des litiges comportant un élément d'extranéité. Dit autrement, la notion est mobilisée dès lors qu'il s'agit de répondre à la question de savoir si un État peut exercer son pouvoir de juridiction.

Aux fins de parvenir à une présentation complète sur la bonne administration de la justice, il peut apparaître opportun de s'intéresser *a priori* aux règles de compétence territoriale en droit de la procédure civile et de les comparer aux règles de compétence internationale. Concernant les premières, elles ont pour objet de désigner un tribunal déterminé. À cet égard, la bonne administration de la justice fait songer tant au renvoi de l'affaire d'une juridiction à une autre qu'à la désignation d'un juge spécifique¹. Elle intervient lorsqu'il s'agit de trancher le conflit de compétences résultant de la saisine de deux juridictions, en présence d'options de compétence, de clauses attributives de compétence ou compromissaires mais aussi de litiges identiques (la litispendance) ou voisins (la connexité)².

Résumons à cet endroit que la bonne justice – terme que M. Cadiet prend pour synonyme de bonne administration de la justice – est un critère directif lorsqu'il s'agit de donner des solutions à des problèmes de compétence mais aussi de procédure³. À vouloir introduire des nuances, la bonne justice procédurale pourrait être considérée comme étant plus générale en tant qu'elle englobe la bonne administration de la justice et la proximité⁴. Ceci nous rapproche des règles de compétence internationale au sujet desquelles les avantages de la proximité des éléments du litige, par rapport au for, ont été décrits par référence à des considérations de bonne administration de la justice, dès lors qu'elle « *facilite le rassemblement des preuves : comparution des témoins, production de pièces détenues localement, consultation de registres publics* »⁵. Aux fins de la présente étude, nous serons ainsi conduits à nous intéresser aux contours de ces notions avant d'identifier l'influence de la bonne administration de la justice sur les règles de compétence internationale.

En voulant insister sur la parenté avec les règles de compétence évoquées, il n'y a aucune difficulté à trouver des équivalents – au moins apparents – parmi les règles

1 L. CADIET, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *Justice & Cassation* 2013, spéc. p. 15.

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*, spéc. p. 13.

4 É. FARNOUX, *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions. Réflexion autour de la matière délictuelle*, LGDJ, 2022, n° 109 et s. L'auteur insiste sur le rapprochement fréquent entre la théorie de la justice et de l'équité de Von Mehren et la bonne administration de la justice, déjà étudié chez P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », RCADI, 1986, vol. 196, p. 9, spéc. p. 128 et s. ; É. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, LGDJ, 1999, n° 6 ; L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *Economica*, 2008, p. 168.

5 B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », RCADI, 2003, vol. 305, p. 9, spéc. p. 375.

de compétence internationale, ces dernières s'étant formées par la transposition des règles de compétence territoriale à l'international⁶. Sont étudiées ici les règles de compétence juridictionnelle internationale en tant qu'elles déterminent l'aptitude des tribunaux du for à connaître des litiges comportant un élément d'extranéité⁷. Ces règles de compétence internationale sont souvent décrites comme ayant un caractère unilatéral ; elles s'apprécient depuis le for. Il est traditionnellement admis qu'en respectant le droit international public et, plus précisément, le principe de souveraineté, un État étranger ne saurait imposer à un autre État la compétence⁸. Or, l'un des inconvénients apparents de ce caractère unilatéral des règles de compétence, dans un contexte international, est que celui-ci risque de contribuer à la multiplication de procédures parallèles dès lors que chaque État détermine, selon ses propres conceptions, la compétence de ses juridictions⁹.

Le parallélisme apparent entre les règles de compétence territoriale connues en droit de la procédure civile et leurs dérivés, transposés à l'international, ne devrait pas induire en erreur sur la nature des derniers¹⁰. Cette observation concerne d'abord le droit international privé commun. Aux fins d'illustration, revenons sur le mécanisme des règles de compétence internationale, qui comprend deux étapes : dans un premier temps, le for décide de sa compétence en fonction des règles de compétence internationale et, dans un second temps, le tribunal spécialement compétent est déterminé au moyen de règles de compétence d'attribution et territoriale internes. L'on peut hâtivement résumer que les règles de compétence internes répartissent la compétence, alors que les règles de compétence internationale l'attribuent ou la retirent la compétence¹¹. Il convient toutefois d'ajouter que les auteurs ont réussi à établir le caractère répartiteur des règles de compétence internationale¹².

6 Ceci est constant depuis la jurisprudence *Scheffel* (Cass. civ. 1^{ère}, 30 octobre 1961). À cet endroit, il convient toutefois de rappeler l'autonomie de la compétence internationale par rapport à la compétence interne, cf. É. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », S. BOLLÉE, L. CADIET, E. JEULAND, É. PATAUT (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS éditions, 2013, p. 23, spéc. p. 24.

7 G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, M.-L. NIBOYET, *Droit international privé*, LGDJ, 2020, p. 343.

8 P. MAYER, « Préface », P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé, Droit international public et droit international privé*, LGDJ, 1997, p. XIX.

9 À cet égard, l'étude du réseau international de juridictions étatiques et de sa régulation vise à innover, cf. L. USUNIER, préc.

10 É. PATAUT, « Remarques sur la compétence internationale », S. BOLLÉE, L. CADIET, E. JEULAND, É. PATAUT (dir.), préc., spéc. p. 25.

11 *Ibid.*, spéc. p. 26, qui s'appuie sur les premiers travaux relatifs à cette question, cf. H. GAUDEMET-TALLON, « La compétence internationale à l'épreuve du nouveau code de procédure civile : aménagement ou bouleversement ? », *RCDIP* 1977, p. 1 ; G. COUCHEZ, « Les nouveaux textes de la procédure civile et la compétence internationale », *TCFDIP* 1977-1979, p. 122. Pour une importante distinction relevée chez l'auteur, entre compétence et pouvoir, cf. P. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence. Étude de droit international privé*, thèse Paris II, 1981.

12 Cf. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé, Droit international public et droit international privé*, LGDJ, 1997, p. 4.

Dès lors qu'il s'agit de mettre en avant la spécificité des règles de compétence européennes¹³, des références comparatives aux règles de compétence internationale de source nationale sont indispensables. Nous procédons en passant par la démonstration du principe de bonne administration de la justice. La règle de compétence de source européenne opère une répartition *sui generis* des compétences dans l'espace judiciaire européen : il s'agit de distribuer les litiges entre les États membres. « *Faut-il [...] imposer à chaque État dont les tribunaux sont compétents selon les règles communes l'obligation de connaître du litige qui leur est soumis ?*¹⁴ » Eu égard à nos observations sur le droit international public, une telle interrogation peut *a priori* surprendre et contribue à mettre en avant la spécificité du droit de l'Union européenne en tant qu'un droit supranational bénéficiant de la primauté dans les ordres juridiques des États membres. Or, la compétence territoriale reste la plupart du temps liée à la compétence organisationnelle des États membres et il ne s'agit pas de déterminer les juridictions spécialement compétentes, sauf si le principe de bonne administration de la justice intervient. Dans cette dernière hypothèse, le principe de bonne administration de la justice est de source européenne et pourrait être décrit comme visant une répartition des litiges tout en garantissant une proximité du litige avec le juge compétent.

Dès lors que l'on considère la bonne administration dans son acception européenne, l'on est conduit à s'interroger comment celle-ci imprègne globalement les règles de compétence de source européenne. *A priori*, il convient de se rappeler la source supranationale de ces règles de compétence et postuler qu'elles n'opèrent pas de répartition au sens où nous l'évoquions pour les règles de compétence territoriale internes. La spécificité mérite d'être expliquée à travers le fondement originel des règles de compétence européennes lesquelles sont inscrites dans le concept de marché commun, devenu progressivement celui de marché intérieur¹⁵. En effet, la Communauté économique européenne se limitait initialement à la construction d'un marché commun¹⁶. Dès l'origine, le Traité de Rome oblige, en son article 220, les États membres à négocier des conventions internationales dans quatre matières

13 À des fins terminologiques, il convient, à cet endroit, de noter que les règles de compétence internationale sont souvent lues ensemble avec les règles relatives à la procédure applicable devant les juridictions et l'effet des jugements étrangers (B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2022, n° 11) et, à ce titre, dénommées règles de conflit de juridictions, selon une expression utilisée en France. Aux fins de la présente étude, il s'agira toutefois de retenir la conception restrictive de règles de compétence internationale, en tant qu'elle correspond à un bloc de règles défini dans le droit international privé de l'Union européenne.

14 P. MAYER, « Forum non conveniens et application uniforme des règles de compétence », P. DE VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Hart Publishing, 2007, p. 137, spéc. p. 144.

15 Sur le marché intérieur, article 26, § 2 TFUE. Il s'agit de garantir la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux.

16 *La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit.* Article 2 du Traité de Rome.

touchant au droit international privé dont la reconnaissance et l'exécution des décisions. Cette dernière sous-entendait l'objectif de garantir une libre circulation des décisions et, partant, l'adoption de règles de compétence.

En parallèle au développement de règles de reconnaissance et d'exécution des décisions a ainsi été mis en avant un lien entre l'exigence de règles de conflit de juridictions et la construction d'un marché commun : « [u]n marché commun, caractérisé par l'intensification des échanges commerciaux, ne pouvait s'accommoder des obstacles et discriminations découlant du cloisonnement des organisations judiciaires nationales et avait besoin d'une véritable libre circulation des jugements, par laquelle l'opérateur économique qui a obtenu un jugement contre un adversaire étranger puisse aisément faire reconnaître ce jugement et le faire exécuter dans les autres pays de la Communauté¹⁷ ». Or, la convention de Bruxelles, adoptée sur le fondement de ce texte, ne relève pas du droit communautaire au sens propre mais constitue un accord conclu entre États membres¹⁸. Pour le développement de règles de conflit de compétence proprement répartitrices, il fallait attendre leur adoption en tant qu'actes du droit de l'Union européenne.

L'établissement d'une compétence législative propre de la Communauté européenne pour adopter des règles de droit international privé fait muer les règles de compétence de source européenne. Cette évolution se poursuit avec les Traités de Maastricht¹⁹ et d'Amsterdam²⁰. Contribuant à une intégration plus complète du droit de l'Union européenne, ces règles participent certainement aussi à la solidification de la caractéristique répartitrice des règles de compétence. Du point de vue de leur fondement, ces règles de compétence s'inscrivent désormais expressément dans le marché intérieur. Plus précisément, « [l]es mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, [...] doivent être prises conformément à l'article 67 et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur²¹ ». Cela revient aussi à affirmer que l'existence de règles de compétence divergentes entre les États membres peut possiblement poser des entraves aux libertés de circulation et, de ce fait, se doit d'être prohibée.

La répartition est encore renforcée par le développement du principe de confiance mutuelle. Dès la création de la Communauté économique européenne, il s'avère progressivement que les différences entre les systèmes juridiques des États membres supposent une confiance entre les systèmes judiciaires respectifs en vue de faciliter les libertés de circulation. Suivant le rapport Jenard, la libre circulation des décisions n'a pu être instituée que grâce à la confiance qu'inspire la bonne ad-

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, préc., n° 4.

¹⁹ L'article K 3.2.c)

²⁰ Articles 61 à 69 Traité CE.

²¹ Article 65 Traité CE. Comp. l'article actuel qui n'a fait que l'objet d'un changement cosmétique.

ministration de la justice dans chacun des États membres²². À cette époque, il est encore fait référence à l'objectif de bonne administration de la justice des États membres. Le lien entre celui-ci et la nécessité d'une confiance mutuelle est affirmé. Or, progressivement, les États membres extrapolent des considérations de bonne administration de la justice aux hypothèses où la compétence doit être répartie entre les juridictions des États membres. À cet égard, le principe de confiance mutuelle vient en renfort. Son intervention dans le contexte du droit international privé est pertinente, dans la mesure où il est reconnu qu'il fonde, dans le marché intérieur, le principe de reconnaissance mutuelle dès l'arrêt *Cassis de Dijon*²³.

Le principe de confiance mutuelle s'est progressivement cristallisé en tant qu'un principe du droit de l'Union européenne, étant observé que celui-ci est plus fort que la confiance réciproque²⁴. En effet, comme le rappelle M. Pailler, « la confiance portée par un État membre A ne disparaîtrait pas en faveur d'un État membre B pour la seule raison que ce dernier n'a plus confiance dans le premier, dans une logique relevant alors de l'intégration »²⁵. Il convient toutefois d'observer que ces termes sont souvent devenus interchangeable²⁶. Avec l'évolution de l'assise de la confiance mutuelle, s'est nécessairement aussi muée la reconnaissance mutuelle qu'elle imprègne. Au fur et à mesure, la confiance mutuelle a pris place dans le contexte de l'espace judiciaire européen et, plus largement, de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. La littérature va jusqu'à affirmer qu'il se serait développé un nouveau principe de confiance mutuelle, dont l'objet se serait distingué²⁷. Ce principe prendrait de nos jours une place telle « que le contrôle du respect des droits fondamentaux par l'État membre requis pourrait compromettre le système mis en place²⁸ ». Vraisemblablement, les systèmes judiciaires nationaux ne cessent pas d'exister, dans l'attente de l'achèvement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Il est toutefois certain que la bonne administration de la justice, qui implique la désignation du juge adéquat, change encore une fois de sens par cette évolution.

L'Union européenne s'est désormais elle-même dotée, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui a la même valeur juridique que les traités. Est

22 P. JENARD, « Report on the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Signed at Brussels, 27 September 1968) », [1979] OJ C59/1, p. 46.

23 CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78, *Rewe-Zentral*.

24 Cf. considérant n° 16 du règlement Bruxelles I.

25 L. PAILLER, *Le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Pedone, 2017, n° 317, qui renvoie à la lecture différente chez J. LELIEUR, L. SINOPOLI, « Approche critique du vocabulaire juridique européen : la reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la coopération judiciaire », *LPA*, 22 février 2010, p. 7.

26 *Ibid.*

27 L. PAILLER, préc., n° 310.

28 L. PAILLER, « L'application de la Charte au droit de la coopération judiciaire en matière civile : un bilan en trompe-l'œil », R. TINIERE, C. VIAL (dir.), *Les dix ans de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, p. 41, spéc. p. 52, il y fait référence à la décision CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, pts. 191 et s.

important pour notre démonstration son article 47 qui prévoit le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial. Antérieurement consacré comme un principe général du droit communautaire, il réaffirme le « *principe de protection juridictionnelle effective*²⁹ ». Aux fins de l'interprétation de l'article 47 CDFUE, les juges n'hésitent pas à se référer également à l'article 6 CESDH et à la jurisprudence subséquente³⁰. Alors que, dès l'origine, la Cour de justice n'hésitait pas à utiliser les droits fondamentaux dans l'interprétation de la convention de Bruxelles³¹, l'obligation de les prendre en compte dans la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice est désormais expressément rappelée par le Traité de Lisbonne³². Ceci est renforcé par la référence des règlements aux droits fondamentaux.

Par ce biais, le droit au procès équitable joue donc progressivement un rôle dans les règles de droit international privé³³. En tant que principe processuel proprement européen, il contribue à la création d'un espace judiciaire européen. En ce sens, l'on peut affirmer qu'il se reflète dans les principes européens tels que celui de bonne administration de la justice qui sont affirmés par les règlements. Par nos développements, nous avons plus spécifiquement affirmé l'émergence simultanée du principe de confiance mutuelle – auquel se rattache également le principe de bonne administration de la justice – et des droits fondamentaux. Il convient d'illustrer comment le principe de bonne administration de la justice a pu se développer, dans ce contexte, et est progressivement entendu comme permettant une répartition plus étroite des compétences entre les États membres.

La confiance mutuelle est expressément évoquée, à certains endroits dans les règlements, comme portant sur la bonne administration de la justice³⁴. Alors que l'on pourrait croire qu'elle se limiterait à ce dernier principe³⁵, cette mention est plus vraisemblablement la confirmation de ce que la bonne administration s'inscrit dans la construction d'un espace judiciaire européen respectueux des droits fondamentaux. Certes, il a été relevé par les spécialistes que la bonne administration de la justice n'allait pas nécessairement dans le même sens que les droits fondamentaux, en particulier, le droit au juge. Ce sont plutôt des considérations de commodité de la compétence internationale qui se manifestent, lesquelles sont rapprochées de celles de bonne administration de la justice : le juge doit être accessible aux plaideurs et, à cette fin, l'on cherche à établir une proximité entre le juge et les liens matériels du litige³⁶. Ou devrait-on plus justement dire qu'il est témoigné d'« *un effet de la subtilité de certaines situations, de la difficulté, surtout, de trouver un juste équilibre entre les*

29 CJUE, 18 décembre 2014, C-562/13, *CPAS Ottignies Louvain-la-Neuve c. Abdida*, pt. 45 ; 26 juin 2019, C-723/17, *Craeynest*, pt. 54, auxquels se réfère l'article préc.

30 Par exemple, CJUE, 29 juillet 2019, C-38/18, *Gambino*, pt. 39.

31 L. PAILLER, « L'application... », préc., p. 41, avec d'autres références.

32 Article 67, § 1 et § 4 TFUE.

33 L. USUNIER, préc., p. 64, n° 55.

34 Considérant n° 26 du règlement Bruxelles I bis.

35 L. PAILLER, *Le respect...*, préc., n° 320.

36 É. FARNOUX, préc., n° 93.

contraintes d'une bonne administration de la justice et l'indispensable respect des droits fondamentaux »³⁷. La préoccupation d'éviter une éventuelle contrariété entre les droits processuels et le principe de bonne administration de la justice peut ainsi être lue comme étant sous-jacente aux récents textes en la matière. En ce sens, l'on peut aussi évoquer l'article 81, § 2, f) TFUE qui rappelle l'objectif de l'« *élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres* ».

Admettre la répartition par les règles de compétence européennes revient en tout état de cause à justifier la prise en compte des principes du droit de l'Union européenne à cet effet. Le principe de bonne administration de la justice est régulièrement cité parmi les principes de l'espace judiciaire européen en matière civile. Il y est mentionné aux côtés de ceux de libre circulation des décisions relevant de cette matière, de prévisibilité des juridictions compétentes, de sécurité juridique pour les justiciables, de réduction au maximum du risque de procédures concurrentes et de confiance réciproque dans la justice³⁸. De ce rapprochement avec d'autres principes, l'on peut déduire la connotation que le législateur européen souhaite lui donner.

Les contours du principe de bonne administration de la justice dans les règles de compétence européennes doivent être illustrés à partir d'exemples. Avant toute chose, rappelons-nous que la règle de compétence générale de l'article 4 du règlement Bruxelles I *bis*³⁹ qui vise par son champ d'application tous les litiges dont les défendeurs sont domiciliés dans un État membre, prévoit la compétence des juridictions de l'État membre du lieu où le défendeur a son domicile. Plus précisément, elle désigne l'ensemble des juridictions de l'État membre et il revient aux règles de compétence internes de répartir. À titre de comparaison, l'article 7 du règlement Bruxelles I *bis* désigne le tribunal spécialement compétent d'un État membre, alternativement à l'ensemble des tribunaux de l'État membre qui serait désigné par le biais de l'article 4 du même règlement.

Face à la multiplication des for compétents par les règles précitées, qui implique le risque d'un *forum shopping*⁴⁰, le règlement Bruxelles I *bis* connaît également des dispositions spécifiques au règlement de procédures concurrentes dont des règles relatives à la litispendance ou à la connexité. Dans ces règles, également, se reflète la

37 L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2020, n° 159.

38 Par exemple, CJUE, 4 mai 2010, C533/08, *TNT Express Nederland*, pt. 49 ; 19 décembre 2013, C452/12, *Nipponka Insurance*, pt. 36 ; 20 juin 2022, C-700/20, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited*, pt. 56.

39 Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Nos observations se concentreront sur ce texte, bien que certains exemples d'autres règlements contenant des règles de compétence soient donnés.

40 M.-L. NIBOYET, « Le principe de confiance mutuelle et les injonctions anti-suit », P. DE VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Hart Publishing, 2007, p. 77.

nature répartitrice des règles de compétence européennes que nous avons ici pour objectif de démontrer.

Agissant au service de l'intégration de l'espace judiciaire européen, toutes ces règles de compétence européennes véhiculent les principes de ce dernier dont fait partie celui de bonne administration de la justice. Connu initialement en tant qu'il commande au sein d'un même territoire la concentration des litiges devant les juridictions d'un seul État⁴¹, ce principe s'est aujourd'hui cristallisé et est au service de l'espace judiciaire européen. Il est progressivement conçu comme sous-tendant les règles de compétence qui, elles, sont au service du marché intérieur⁴², de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁴³ et de la protection des droits fondamentaux⁴⁴.

À partir d'une recherche dans les règlements qui contiennent les règles de compétence européennes ainsi que dans les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne qui les interprètent, nous entreprenons une tentative de définition. Une présentation des différentes règles de compétence et de leur application concrète s'impose. Il en ressort que la bonne administration de la justice doit s'articuler avec d'autres principes soit qu'elle les renforce soit qu'elle les atténue.

D'une part, la bonne administration semble suivre la réalisation du principe de proximité en ce sens qu'il s'agit de garantir un lien étroit entre le for et le litige (I). D'autre part, la bonne administration de la justice renvoie à un pouvoir des juges lors du règlement de procédures concurrentes (II).

I.- La bonne administration de la justice articulée avec le principe de proximité : les compétences spéciales

En droit international privé, le principal critère objectif pour déterminer si les juridictions d'un État peuvent être saisies d'une affaire est la proximité entre le for et le litige. Il est admis que la justice de droit international privé commande qu'une « *situation soit soumise à un tribunal ou à une autorité qui ne soit pas dépourvue de*

41 P. JÉNARD, préc., p. 28.

42 Article 220 du Traité de Rome : « [I]es Etats membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants [...] la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales ».

43 Article 81, § 2 TFUE. Avec le Traité d'Amsterdam, la compétence en matière de droit international privé est devenue une compétence propre de la Communauté européenne. A l'article 65 du Traité CE, l'on retrouve une référence explicite, rattachée à la nécessité pour le bon fonctionnement du marché intérieur : « [I]es mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, qui doivent être prises conformément à l'article 67 et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, visent entre autres à [...] b) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflits de lois et de compétence ».

44 L'article 67, § 1 TFUE relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice fait référence au respect des droits fondamentaux.

*lien avec elle*⁴⁵ ». À cet endroit, il peut être intéressant de souligner que la proximité recherchée est aussi une expression du droit d'accès au juge⁴⁶.

Le principe de bonne administration de la justice semble exiger une solution de la question de la compétence qui aille dans le sens de celle suggérée par le principe de proximité⁴⁷. Il convient toutefois de nuancer qu'il conduit à une acception large de la proximité.

À titre d'illustration, mentionnons que des fors pluriels peuvent être proposés, au nom de la bonne administration de la justice mais aussi de l'intérêt des plaideurs. La démonstration du mécanisme de l'article 7 du règlement Bruxelles I *bis* doit corroborer nos propos. La bonne administration de la justice est ici exprimée dans la possibilité donnée au demandeur de choisir le tribunal spécialement compétent. En d'autres termes, la disposition vise à désigner directement le for compétent sans renvoyer aux règles internes des États membres⁴⁸. Ce même article reflète ainsi les particularités d'une règle de compétence répartitrice des plus avancées. Il désigne, au-delà de la compétence globale des tribunaux d'un État membre, le tribunal spécialement compétent. Par exemple, aux termes de l'article 7, § 2 du même règlement, en matière délictuelle, le demandeur peut saisir soit l'ordre juridique désigné par l'article 4 du règlement, soit le tribunal situé spécialement au lieu du fait dommageable. Il a pu être observé, à propos de cette répartition renforcée, qu'elle rapprochait l'espace judiciaire intégré d'un territoire unique, à l'image des États⁴⁹.

Cette répartition est notamment l'expression de considérations relatives à la bonne administration de la justice. La jurisprudence ajoute que la disposition contribue, à son plus haut degré, à l'unification des règles de compétence⁵⁰. À cet égard, l'on peut aussi évoquer l'effort de rechercher une notion autonome de la matière délictuelle qui décrit le champ d'application de la règle⁵¹.

45 P. LAGARDE, préc., spéc. p. 127.

46 Dans les décisions citées ci-dessous, l'interprétation des règles de compétence à la lumière du principe de bonne administration de la justice est parfois directement justifiée par l'intérêt de bénéficier d'un accès facilité à la justice (par exemple, CJUE, 18 décembre 2014, C-400/13 et C-408/13, *Sanders et Huber*, pt. 29 ; 4 juin 2020, C-41/19, *FX c. GZ*, pt. 40). Pour une étude générale, cf. D. P. FERNANDEZ ARROYO, « La tendance à la limitation de la compétence judiciaire à l'épreuve du droit d'accès à la justice », *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 285, spéc. p. 298 et s.

47 En ce sens, le considérant n° 16 du règlement Bruxelles I *bis* est rappelé par la Cour de justice dans les décisions étudiées dans cette partie ; il évoque le « *lien étroit existant entre la juridiction et le litige* ».

48 CJCE, 3 mai 2007, C-386/05, *Color Drack*, pt. 30.

49 D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome 1, PUF, 2021, n° 121.

50 CJCE, 3 mai 2007, C-386/05, *Color Drack*, pt. 30.

51 Cette définition est nécessaire face à la diversité entre les droits nationaux en la matière (CJCE, 30 novembre 1976, aff. 21/76, *Mines de Potasse d'Alsace*, pt. 18 ; 16 mai 2013, C-228/11, *Melzer*, pts. 34 et 35 ; 10 mars 2022, C-498/20, *ZK c. BMA Braunschweigische Maschinenbauanstalt AG*). Alors que la notion de matière délictuelle connaît une définition négative et restrictive, qui la réduit à toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité du défendeur et qui ne repose pas sur un lien contractuel (CJCE, 27 septembre 1988, aff. 189/87, *Kalfelis*), l'on observe récemment une tendance

Si l'article 7 du règlement Bruxelles I *bis*, et les textes antécédents, ont été précurseurs dans cette évolution, l'on admet de nos jours que d'autres règles de compétence du règlement déterminent tant la compétence internationale que la compétence territoriale de la juridiction d'un État membre. En ce sens, la Cour de justice a été récemment interrogée sur l'article 11 du même règlement qui concerne la règle de compétence spécifique en matière d'assurances. Il s'agit avant tout d'une règle protectrice du preneur d'assurances au bénéfice duquel est institué un choix entre les juridictions de plusieurs États, alors que les alternatives sont plus limitées dès lors que l'assurance introduit une action contre le preneur. À cet égard, la disposition est imprégnée du principe de protection de la partie faible qui sous-tend ces règles spécifiques⁵². Différents principes s'articulent concernant cette règle et il s'agit de savoir si, en particulier, le principe de bonne administration de la justice exerce également une influence sur la règle. Admettant que la désignation de la compétence territoriale relève de la compétence organisationnelle de l'État membre⁵³, la Cour de justice rappelle le caractère limitatif des règles européennes qui opèrent une répartition renforcée. Tout en évoquant ce principe, la Cour de justice aligne l'article 11, § 1, sous b), parmi ces exceptions, en ce que celui-ci détermine tant la compétence internationale des juridictions étatiques que la compétence territoriale de la juridiction d'un État membre dans le ressort de laquelle se situe le domicile du demandeur⁵⁴.

D'autres règlements qui instituent des règles de compétence européennes méritent d'être mentionnés. L'article 3, sous b), du règlement n° 4/2009 détermine le critère permettant d'identifier la juridiction compétente pour statuer sur des litiges transfrontaliers portant sur les obligations alimentaires. Il contient le lien de rattachement du lieu où le créancier a sa résidence habituelle et vise, en cela, tant la compétence internationale que la compétence territoriale⁵⁵.

Le fait de permettre la désignation d'une juridiction spécialement compétente consacre le principe de bonne administration de la justice extensivement. Le principe de bonne administration de la justice se traduit, par ailleurs, dans l'alternative qui est laissée au demandeur entre les juridictions de plusieurs États membres. Celle-ci devra ici faire l'objet de davantage de développements sous l'angle de l'influence de la bonne administration de la justice.

L'article 7 § 2 du règlement Bruxelles I *bis* favorise une concentration des compétences devant une seule juridiction spécialisée (A), d'une part, mais conduit,

plus inclusive visant à retenir un plus grand nombre de contentieux (en matière d'abus de position de dominante ou en matière d'action en restitution fondée sur un enrichissement sans cause, CJUE, 9 décembre 2021, C-242/20, *Hrvatske* ; 11 novembre 2020, C-433/19, *Ellmes*).

52 Considérant n° 18 du règlement Bruxelles I *bis*.

53 CJUE, 30 juin 2022, C-652/20, *Allianz*, pt. 56.

54 Pt. 57.

55 CJUE, 18 décembre 2014, C-400/13 et C-408/13, *Sanders et Huber*, pt. 30.

suivant une tendance récente, à une multiplication des juridictions compétentes, d'autre part (B).

A.- *La concentration des compétences*

Le principe de bonne administration de la justice favorise, dans certaines hypothèses, la possibilité d'une concentration des compétences devant les juridictions d'un seul État membre et, par voie de conséquence, devant une seule juridiction territorialement compétente.

Un premier arrêt concerne la concentration des compétences en matière d'aliments. L'arrêt porte sur l'application de l'article 3, sous b), du règlement n° 4/2009 lequel prévoit la compétence, pour statuer en matière d'obligations alimentaires dans les États membres, de b) la juridiction du lieu où le créancier a sa résidence habituelle. La Cour de justice a eu à se prononcer sur cette disposition⁵⁶. Elle retient qu'il est contraire à cette disposition qu'une juridiction nationale institue une concentration des compétences juridictionnelles en matière d'obligations alimentaires transfrontalières en faveur d'une juridiction de première instance compétente dans le ressort de la cour d'appel, sauf dans des hypothèses motivées par les principes qui sous-tendent le règlement. La solution de l'arrêt est justifiée par le principe de bonne administration de la justice, aux côtés de celui de proximité⁵⁷, le premier devant, dans ce contexte, « être entendu non seulement du point de vue d'une optimisation de l'organisation juridictionnelle, mais également [...], au regard de l'intérêt des parties »⁵⁸. Il s'agit d'assurer au demandeur ou au défendeur un accès facilité à la justice et une prévisibilité des règles de compétence⁵⁹. L'on constate que la motivation de cette décision – tout comme celles qui suivent – vise l'acceptation large de la bonne administration de la justice en tant qu'elle influence l'interprétation des règles de compétence.

Concernant la concentration des compétences, le contentieux sur la responsabilité délictuelle est en plein essor⁶⁰, en raison des progrès de la technique favorisant notamment une distribution des contenus de la presse ou encore la commercialisation de produits sur un marché globalisé⁶¹. D'où la nécessité de développer des règles

56 CJUE, 18 décembre 2014, C-400/13 et C-408/13, *Sanders et Huber*.

57 Pt. 28.

58 Pt. 29.

59 *Ibid.*

60 La disposition de l'article 5 de la convention de Bruxelles qui alimentait le contentieux au début (CJCE, 6 octobre 1976, *de Bloos*, aff. 14/76 ; 6 octobre 1976, aff. 12/76, *Tessili*) était le § 1 : la convention avait initialement prévu, selon des termes obscurs, la compétence optionnelle du juge du lieu où l'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande a été ou devait être exécutée. L'identification de l'obligation visée et ensuite de son lieu d'exécution devenait nécessaire. Il s'agit, par cette disposition, de désigner également le juge territorialement compétent. Pour le reste, le texte est plus clair, ce qui a dû contribuer à une réduction du contentieux, le texte ne commandant pas l'émiettement des compétences.

61 D. BUREAU, H. MUIR WATT, préc., tome 2, PUF, 2021, n° 960.

de compétence qui tiennent compte de la complexité des délits, plus précisément, d'une dissociation des lieux du fait générateur, d'une part, et du dommage, d'autre part⁶². Répondant aux récentes évolutions, la jurisprudence ne cesse de se multiplier sur l'article 7, § 2 du règlement Bruxelles I *bis*. Dans ce contexte, il s'agit certainement aussi de trouver une solution adéquate aux inconvénients du caractère collectif du dommage.

La concentration des contentieux est précisément mise en avant concernant l'interprétation du lieu de matérialisation du dommage. Rappelons qu'aux termes de l'article 7, § 2 du règlement Bruxelles I *bis*, le lien de rattachement vise le « *lieu où le fait dommageable s'est produit* ». Ce dernier vise à la fois le lieu de la matérialisation du dommage et celui de l'évènement causal qui est à l'origine de ce dommage, de sorte que le défendeur peut être attiré, au choix du demandeur, devant le tribunal de l'un ou de l'autre de ces deux lieux⁶³.

Dans différentes affaires concernant des infractions au droit de la concurrence et des pratiques commerciales abusives, la concentration est celle qui vise le marché affecté.

En premier lieu, l'article 7, § 2 du règlement Bruxelles I *bis* est appliqué pour fonder la responsabilité délictuelle en matière d'infractions au droit de la concurrence. La constellation peut être celle où des défendeurs établis dans différents États membres se voient réclamer en justice des dommages et intérêts en raison d'une infraction unique et continue à laquelle ils ont participé dans plusieurs États membres à des dates et à des endroits différents⁶⁴. Dans une telle hypothèse, le fait dommageable s'est produit à l'égard de chaque prétendue victime prise individuellement. Malgré cet éclatement, la victime doit bénéficier de la faculté, aux yeux de la Cour de justice, de choisir d'introduire son action soit devant la juridiction du lieu où l'entente concernée a été définitivement conclue ou, le cas échéant, du lieu où un arrangement spécifique et identifiable comme étant à lui seul l'évènement causal du dommage allégué a été pris, soit devant la juridiction du lieu de son propre siège social⁶⁵. C'est donc la possibilité d'agir à son propre siège social en tant que lieu de matérialisation du dommage « *concentré* » qui permet le regroupement du contentieux. Cette décision est motivée par le principe de bonne administration de la justice, lu ensemble avec celui d'organisation utile du procès⁶⁶. Il s'agit de retenir la compétence du juge le plus apte à statuer, notamment pour des motifs de proximité du litige et de facilité d'administration des preuves⁶⁷.

62 *Ibid.*, n° 960, note de bas de page n° 2.

63 CJUE, 30 novembre 1976, aff. 21/76, *Mines de Potasse d'Alsace* (jurisprudence constante).

64 CJUE, 21 mai 2015, C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c. Akzo Nobel NV*, pt. 56.

65 Pt. 56.

66 Pt. 39.

67 Pt. 40.

D'autres arrêts se sont inspirés de cette solution. La Cour de justice développe le critère du marché affecté par le comportement anticoncurrentiel pour déterminer le lieu de matérialisation du dommage. Dans l'affaire *Wikinghof*⁶⁸, elle exploite la référence à ce critère. En l'occurrence, est reproché l'abus de position dominante au sens du droit national allemand commis par *Booking.com* et qui donne lieu à une demande sur le fondement de la responsabilité délictuelle. La Cour de justice identifie ici le marché affecté afin de parvenir à la concentration du contentieux à un lieu de matérialisation du dommage. Elle justifie que cette solution permet de déterminer le juge le plus apte à statuer, eu égard à la collecte et à l'évaluation des éléments de preuve⁶⁹.

Dans une autre affaire, qui concerne l'interdiction des ententes au sens de l'article 101 TFUE, la Cour de justice statue en ce sens que, lorsque le marché affecté se trouve dans l'État membre sur le territoire duquel le dommage allégué est prétendument survenu, il conviendra de considérer que le lieu de la matérialisation du dommage se trouve dans cet État membre⁷⁰. Dans cet arrêt *Tibor Trans*, la Cour développe cette solution lorsqu'il s'agit d'arrangements collusoires sur la fixation des prix et l'augmentation des prix bruts des camions. Ici, elle contribue à la détermination de ce lieu de la concentration de l'action.

En somme, il est fréquent que des défendeurs établis dans différents États membres se voient réclamer en justice des dommages et intérêts en raison d'une infraction unique et continue à laquelle ils ont participé dans plusieurs États membres à des dates et à des endroits différents. La Cour de justice précise au fur et à mesure que doit être considérée la complexité technique des règles applicables aux actions en dommages et intérêts pour les infractions connues en droit de la concurrence⁷¹. En présence d'arrangements collusoires sur la fixation des prix contraires à l'article 101 TFUE, admet la Cour, la concentration du contentieux vient, par ailleurs, pallier le défaut d'une juridiction spécialisée⁷². En d'autres termes, la concentration du contentieux devant un for devient nécessaire en raison du principe de bonne administration de la justice qui commande la désignation du juge le plus apte à statuer.

En second lieu, même en dehors du droit de la concurrence, la Cour de justice a recours au critère du marché de rattachement aux fins d'opérer la concentration du contentieux. Il en est ainsi dans l'emblématique affaire *Volkswagen*⁷³. Est en cause la détermination du lieu de matérialisation du dommage résultant d'actes de concurrence déloyale, dans une action opposant une association de consom-

68 CJUE, 24 novembre 2020, C-59/19, *Wikinghof*.

69 Pt. 37, qui renvoie par analogie à CJUE, 29 juillet 2019, *Tibor-Trans*, C-451/18, pt. 34 et 9 juillet 2010, C-343/19, *Volkswagen*, pt. 38.

70 CJUE, 29 juillet 2019, C-451/18, *Tibor-Trans*, pt. 33.

71 CJUE, 15 juillet 2021, C-30/20, *Volvo*, pt. 37.

72 CJUE, 15 juillet 2021, C-30/20, *Volvo*, pt. 38 ; 29 juillet 2019, *Tibor-Trans*, C-451/18, pt. 34.

73 CJUE, 9 juillet 2020, C-343/19, *Volkswagen*.

mateurs à un constructeur d'automobile. En l'occurrence, une association pour l'information des consommateurs ayant son siège à Vienne, en Autriche, a voulu engager la responsabilité du constructeur d'automobile homonyme, qui a son siège à Wolfsburg, en Allemagne, pour les préjudices résultant de l'incorporation dans les véhicules achetés par les consommateurs autrichiens d'un logiciel manipulant les données relatives aux rejets de gaz d'échappement. Ici, le lieu de matérialisation du dommage correspond à celui de l'acquisition du bien ou, en cas de pluralité de lieux d'acquisition, au siège social de l'entreprise acheteuse⁷⁴. Aux yeux de la Cour de justice, l'évaluation financière serait plus pertinente si elle était effectuée à la lumière des « *conditions du marché* » d'acquisition de la voiture⁷⁵. En conséquence, le lieu de matérialisation du dommage se situerait en Autriche. Cette distinction est importante, dans la mesure où elle ajoute une compétence alternative, au choix du demandeur, à celle de l'événement causal qui est à l'origine du dommage⁷⁶.

Dans l'arrêt rendu, la bonne administration de la justice conduit la Cour de justice à considérer que les juges autrichiens sont possiblement les mieux placés pour accéder aux moyens de preuve nécessaires pour évaluer le montant du préjudice subi⁷⁷.

Concernant l'un et l'autre des liens de rattachement que contient l'article 7, § 2, la Cour de justice retient régulièrement que le principe de bonne administration de la justice se manifeste en ce sens que ceux-ci sont susceptibles, selon les circonstances, de fournir une indication particulièrement utile sur la preuve et l'organisation du procès. En d'autres termes, il convient de permettre la concentration du contentieux devant le for dont les juges sont les plus aptes à statuer. Cette interprétation correspond à la motivation des règles de compétence en droit de la procédure civile. La loi française du 26 novembre 1923 introduisant la règle de compétence en matière délictuelle, selon laquelle la demande en réparation du dommage « *pourra être portée devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit* » s'appuie précisément sur la bonne administration de la justice. Le tribunal compétent doit être proche du fait dommageable et le juge pouvoir commodément ordonner les mesures d'instruction⁷⁸. Au-delà de la bonne administration de la justice, l'on rencontrerait dans cette règle le reflet de la fonction de la responsabilité civile, laquelle constitue la réparation des dommages⁷⁹.

Dans ce contexte, se pose aussi la question de l'articulation du principe de bonne administration de la justice avec le principe de proximité, dès lors que le demandeur peut choisir entre différents tribunaux dont l'un qui ne présente pas avec le litige

74 Interprétation reprise dans CJUE, 15 juillet 2021, *Volvo*, C-30/20, pt. 39 à 43.

75 CJUE, 9 juillet 2020, C-343/19, *Volkswagen*, pt. 38.

76 La Cour de justice mobilise ici une jurisprudence établie tout en l'adaptant à l'espèce.

77 T. MARZAL, « Le forum delicti à l'épreuve du Dieselgate », *RCDIP* 2021, p. 872.

78 L. RASCHEL, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, IRJS éditions, 2010, n° 170.

79 Ibid., qui renvoie vers G. LEGIER, « La compétence du tribunal du lieu où le dommage est subi (art. 46 al. 3, nouv. c. pr. civ.) », *D.* 1979, chron. p. 161, spéc. n° 24.

de liens aussi ou même plus étroits que celui qu'il a effectivement saisi. M. Lagarde répond que le for saisi doit présenter au moins un lien étroit avec le litige, pas nécessairement le plus étroit⁸⁰. Dit autrement, dès lors que les fors à la disposition du demandeur sont pluriels, le demandeur ne peut s'adresser qu'aux juridictions des États avec lesquelles le litige présente des liens de rattachement suffisants. À partir de l'analyse de la jurisprudence, nous concluons que ces compétences répondent nécessairement aussi aux exigences de proximité. L'on pourrait même s'avancer en interprétant que la Cour de justice semble concevoir la bonne administration de la justice dans son acception large en tant qu'elle favorise également la réalisation du principe de proximité.

En toute hypothèse, le lien entre le principe de bonne administration de la justice et celui de proximité ne peut être nié dès lors qu'il est expressément mis en avant par la Cour de justice. Dans la plupart de ses arrêts, celle-ci se réfère au principe de proximité avec celui de bonne administration de la justice⁸¹. Afin de parvenir à cette décision, la Cour de justice fait valoir, d'une manière récurrente, des considérations pratiques comme la facilitation de l'administration des preuves. *In fine*, les liens de rattachement étant la consécration des principes étudiés, ils sont considérés comme des dérogations au sein des règles de compétence. Pour cette raison, la jurisprudence insiste sur la nécessité d'une interprétation stricte⁸².

B.- L'encadrement progressif de l'émiettement des fors

Une autre hypothèse concerne l'émiettement ou l'éclatement⁸³ des lieux du dommage visant une victime unique. Il s'agit de s'intéresser à une évolution dans un domaine où la jurisprudence a d'abord opéré une lecture marquée par la dispersion des fors compétents. Celle-ci s'est construite, à la suite de l'arrêt *Mines de Potasse*, dans le domaine des délits de presse. La constellation est celle où une atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une victime a lieu dans plusieurs États dans lesquels la publication est diffusée⁸⁴. Dans l'arrêt *Fiona Shevill*⁸⁵, la victime voulait se voir appliquer le droit anglais pour l'ensemble du litige, aussi en raison de son caractère favorable. La Cour de justice répond que le lieu du fait dommageable correspond soit au lieu du fait générateur, soit au lieu de chaque dommage. Concernant la localisation du fait générateur, il a été nécessaire d'admettre un rattachement fictif⁸⁶, à savoir le lieu d'établissement de l'éditeur. Ainsi, le choix qui appartient au de-

80 P. LAGARDE, préc., n° 124.

81 Par exemple, CJUE, 9 juillet 2020, C-343/19, *Volkswagen*, pt. 38.

82 CJCE, 27 septembre 1988, aff. 189/87, *Kalfelis*, pt. 19, constant. Pour un arrêt récent, CJUE, 8 mai 2019, C-25/18, *Kerr*, pts. 21 et 22.

83 Terme fréquemment utilisé, par exemple, É. FARNOUX, préc., n° 369.

84 Cf. D. BUREAU, H. MUIR WATT, préc., tome 2, PUF, 2021, n° 972.

85 CJCE, 7 mars 1995, C-68/93, *Fiona Shevill*.

86 M.-É. ANCEL, « Contrefaçon de marque sur un site web : quelle compétence intracommunautaire pour les tribunaux français ? », *Études à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 1.

mandeur est celui entre le lieu de l'établissement de l'émetteur des contenus et les juridictions du fait dommageable. Il convient toutefois de souligner que la faculté de choix laissée au demandeur ne confère pas de compétence identique aux tribunaux désignés. Les tribunaux de l'État du fait générateur ont une compétence générale pour réparer l'intégralité du préjudice subi alors que ceux du lieu de réalisation du dommage ne sont compétents que pour la réparation du préjudice produit sur leur territoire.

Cette jurisprudence importante qui concerne les atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, notamment la diffamation, a dû être adaptée aux cyber-délits⁸⁷. Dans cette matière, la localisation géographique du fait générateur a particulièrement interrogé⁸⁸. L'arrêt *Wintersteiger*, qui porte sur une contrefaçon de marque en ligne, est l'occasion pour la Cour de justice de développer le rattachement fictif au lieu d'établissement de l'annonceur⁸⁹.

La Cour de justice a étendu la solution à la contrefaçon en ligne de droits d'auteur et de droits voisins du droit d'auteur, ainsi qu'à la matière d'atteinte en ligne aux droits de la personnalité⁹⁰. Concernant le lieu du fait dommageable, l'évolution est également celle de l'éclatement des différents fors où l'action peut être introduite. Ceci signifie qu'est offerte une option au demandeur d'introduire une action à chaque lieu de diffusion du contenu, pour ne demander que la part du préjudice subi dans le ressort territorial de la juridiction⁹¹. La bonne administration de la justice, dans le sens où elle se dédouble de l'organisation utile du procès, commande ici une proximité entre la contestation et les juridictions du lieu où le fait dommageable s'est produit⁹².

Cette évolution qui signifiait d'abord un éclatement des compétences devenait celle de la concentration des compétences au lieu du centre des intérêts de la victime, en tant que lieu de matérialisation du dommage. Le centre des intérêts se situe en général, pour une personne physique, dans l'État membre de son lieu de sa résidence habituelle⁹³, et, pour une personne morale, dans celui de son siège statutaire⁹⁴. Cette solution est dictée par la bonne administration de la justice et non pas par l'intérêt de la victime⁹⁵. Or, lorsque le centre des intérêts ne peut pas être identifié, il convient

87 En dernier lieu, CJUE, 17 juin 2021, C-800/19, pt. 28, *Mittelbayerischer Verlag KG* ; 21 décembre 2021, C-251/20, *GtFlix TV*.

88 Pour une présentation d'ensemble, cf. Y. EL HAGE, *Le droit international privé à l'épreuve de l'internet*, LGDJ, 2022.

89 CJUE, 19 avril 2012, C-523/10, *Wintersteiger*, pt. 38.

90 Sur cette évolution, cf. Y. EL HAGE, préc. n° 167 et s.

91 CJUE, 25 octobre 2011, C-509/09 et C-161/10, *eDate Advertising* ; 3 octobre 2013, C-170/12, *Pinckney*.

92 CJUE, 25 octobre 2011, C-509/09 et C-161/10, *eDate Advertising*, pt. 40, avec d'autres précisions.

93 Pt. 49, avec d'autres précisions.

94 CJUE, 17 octobre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ*, pt. 41.

95 Pt. 38.

de maintenir la logique exposée ci-dessus. Plus précisément, la Cour de justice retient que la faculté dont dispose le demandeur d'introduire une action en réparation devant les juridictions de chaque État membre, compétentes pour connaître du dommage causé sur le territoire de l'État membre dont elles relèvent contribue à la bonne administration de la justice lorsque le centre des intérêts de ce demandeur ne peut pas être identifié. Elle considère que cette personne ne pourrait bénéficier du droit d'attirer en justice, en vertu de l'article 7, § 2, l'auteur présumé d'une atteinte à ses droits de la personnalité, au titre du lieu de matérialisation du dommage, aux fins d'une indemnisation intégrale du préjudice subi⁹⁶. Pour cette raison, il s'agit de demander l'indemnisation partielle, limitée au seul dommage causé dans l'État membre en question⁹⁷. L'éclatement est ici maintenu : la rectification a lieu devant la juridiction d'un État membre alors que les dommages-intérêts sont demandés distributivement devant les juridictions de différents États membres. La Cour de justice réserve, en même temps, aux tribunaux dotés d'une compétence globale en tant qu'ils correspondent à l'État du centre des intérêts, la possibilité d'ordonner la rectification et la suppression des propos litigieux, cette demande étant indivisible⁹⁸. La bonne administration de la justice conduit ici à ce que soient désignées les juridictions « *les mieux placées pour apprécier l'existence et l'étendue éventuelle de cette prétendue atteinte et ce d'autant plus que, en l'occurrence, cette dernière a pour origine la publication de données et de commentaires prétendument inexacts ou diffamatoires sur un site professionnel géré dans l'État membre dans lequel la personne morale concernée exerce la majeure partie de ses activités et qui sont, compte tenu de la langue dans laquelle ils sont rédigés, destinés, pour l'essentiel, à être compris par des personnes résidant dans cet État membre* »⁹⁹.

L'on peut déduire de l'influence du principe de bonne administration de la justice, au cas où le centre des intérêts serait connu, qu'il y a lieu d'opérer un regroupement des contentieux¹⁰⁰. Cette solution pourrait, en même temps, être lue comme étant à la défaveur de la protection spécifique du demandeur. Pour cette raison, les arrêts réintroduisent l'éclatement des lieux du dommage dès lors que la désignation du for correspondant et font prévaloir la bonne administration de la justice¹⁰¹. Cette jurisprudence serait du moins justifiée par une vision stricte de la bonne administration de la justice, qui a pour inconvénient de donner une place à la protection de la victime¹⁰².

96 CJUE, 17 octobre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ*, pt. 43.

97 Pt. 40.

98 Pt. 48.

99 Pt. 42.

100 A titre d'exemple, 12 mai 2021, C-709/19, *Vereiniging van Effectenbezitters c. BP plc*.

101 CJUE, 16 juin 2016, C-12/15, *Universal Music*, pt. 33. Il ne suffit pas de se prévaloir de son domicile en vue de localiser le centre de son patrimoine lorsque l'on réclame un préjudice financier.

102 Cf. O. BOSKOVIC, « Réflexions sur le dommage en tant que facteur de rattachement en droit international privé », *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l'honneur du professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, p. 263, spéc. p. 265, avec d'autres références.

Pour résumer, la bonne administration de la justice intervient, dans les hypothèses de la concentration des contentieux, à la faveur de l'accès aux preuves et du procès utile. Alors que l'on a initialement pu songer à l'émiettement des fors en vue de permettre une meilleure réparation à la victime, celui-ci a été progressivement encadré.

II.- La bonne administration de la justice dans le règlement de procédures concurrentes

Avec l'ouverture, par le règlement Bruxelles I bis, d'options de compétence qui impliquent la disponibilité de plusieurs fors, l'on assiste à une multiplication de procédures parallèles, entre les mêmes parties, sur le même litige, soumises à des tribunaux différents (litispendance). Par ailleurs, des actions séparées, introduites dans différents États, peuvent entretenir entre elles des liens étroits (connexité). C'est dans ces contextes qu'intervient ici le principe de bonne administration de la justice, les critères objectifs et extérieurs développés à cette fin suivant ce dernier principe¹⁰³. Il se caractérise la plupart du temps sous la forme d'un critère chronologique.

Alors qu'en droit international privé français¹⁰⁴, les deux mécanismes de règlement des conflits de procédures sont facultatifs, il convient de signaler les particularités de leur mise en œuvre dans l'espace judiciaire européen. Ils s'y manifestent à la faveur du fonctionnement harmonieux de cet espace¹⁰⁵. Fondés sur la confiance dans la régularité des décisions émanant d'un autre État membre, ces mécanismes sont la réponse à la reconnaissance mutuelle des décisions de différents États membres. Alors que, dans un contexte (intra-)européen, la litispendance et la connexité se développent comme des mécanismes promouvant le principe européen de bonne administration de la justice (A), elles laissent, dans un contexte extra-européen, à l'égard d'un État tiers, subsister la bonne administration de la justice étatique (B).

A.- La bonne administration de la justice européenne

La litispendance européenne signifie que deux juridictions d'États membres différents sont saisies et compétentes du même litige. Dans cette hypothèse, il peut être curieux d'observer que le juge second saisi doit se dessaisir. Il s'agit de l'empreinte de l'espace judiciaire européen. Plus précisément, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice au sein de l'Union européenne, l'article 29 vise à éviter des procédures parallèles devant les juridictions d'États membres différents et, par tant, à prévenir des contrariétés de décisions qui pourraient en résulter.

103 D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome 1, PUF, 2021, avant n° 209.

104 Nous entendons par ceci les règles du droit international privé commun lequel s'appliquerait dès lors que ni les règles de compétence européennes ni celles d'autres conventions internationales ne seraient applicables.

105 Considérant n° 21 du règlement Bruxelles I bis.

La jurisprudence sur la litispendance a constitué le lieu de construction de l'espace judiciaire européen. Alors que la jurisprudence procédait initialement en se référant aux droits étatiques pour définir, par exemple, le critère décisif de la date de la saisine d'une juridiction¹⁰⁶, le règlement Bruxelles I est venu en préciser la notion autonome européenne¹⁰⁷. Cette notion devient donc, à des nuances près, proprement européenne¹⁰⁸.

Par ailleurs, il s'agit d'une litispendance largement admise, dans la mesure où elle ne suppose pas la vérification, au préalable, de la compétence du juge premier saisi, contrairement au droit international privé commun. L'on voit ici le reflet du principe de confiance mutuelle au service duquel intervient celui de bonne administration de la justice.

A priori, l'on serait tenté d'y rapprocher les dispositions du règlement relatives à la connexité¹⁰⁹. Or, il convient de nuancer en soulignant qu'en présence d'une connexité, même intra-européenne, la juridiction saisie en second lieu a la simple faculté de surseoir à statuer. Il s'agit plus précisément d'une exception de procédure¹¹⁰ et non pas d'un chef attributif de compétence¹¹¹. La jurisprudence des États membres permet d'illustrer, à cet égard, que les juges nationaux, tout en retenant la présence des critères de la connexité, s'accordent la latitude de ne pas surseoir à statuer¹¹².

En somme, l'on pourrait dire que ce seraient peut-être les règles de litispendance et, dans une moindre mesure, de connexité qui traduiraient le plus fortement l'objectif sous-tendant le règlement Bruxelles I *bis*, qui est celui de « *remédier [...] aux procédures intentées dans des pays différents sur le même objet et [à la] contrariété de décisions* »¹¹³. En présence d'une litispendance ou d'une connexité européenne, les textes européens admettent depuis longtemps que le principe de bonne administration de la justice conduit (ou peut conduire) au dessaisissement du juge second saisi. L'on y aperçoit une nouvelle expression de la logique répartitrice.

La connexité peut aller jusqu'à fonder une compétence dérivée. L'article 8, § 1 du règlement Bruxelles I *bis* consacre d'abord la connexité en présence de codéfendeurs

106 CJCE, 7 juin 1984, C-129/83, *Zelger*.

107 Article 30 du règlement Bruxelles I ; article 32 du règlement Bruxelles I bis, posant une règle matérielle uniforme. Encore récemment, CJUE, 4 mai 2017, C-29/16, *HanseYachts AG c. Port D'Hiver Yachting SARL*.

108 D. ALEXANDRE, A. HUET, « Litispendance internationale », Répertoire de procédure civile, Dalloz, avril 2022, n° 309.

109 Voir les articles 30 et 34 du règlement Bruxelles I bis.

110 D. ALEXANDRE, A. HUET, « Compétence judiciaire européenne, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, octobre 2019, n° 321.

111 CJCE, 24 juin 1981, aff. 150/80, *Elefanten Schuh*, pt. 19.

112 Cass. civ. 1^{ère}, 23 novembre 2022, pourvoi n° 21-22.254.

113 B. AUDIT, L. D'AVOUT, préc., n° 689.

où il est possible d'attirer, au choix, les autres codéfendeurs devant la juridiction du domicile de l'un d'eux. Il convient d'observer que, pour que la compétence soit retenue, il est nécessaire que les demandes soient liées par un rapport si étroit qu'il y ait intérêt à les instruire ensemble et à les juger ensemble pour éviter une contrariété de décisions. Ceci correspond à une exigence spécifique, particulièrement étroite, de la connexité¹¹⁴. Les arrêts de la Cour de justice soulignent que la règle promeut l'objectif d'une bonne administration de la justice, de réduire au maximum la possibilité de procédures concurrentes et d'éviter ainsi des solutions qui pourraient être inconciliables¹¹⁵.

D'autres dispositions spécifiques concernent la connexité, en vue de garantir le principe de bonne administration de la justice. À titre d'exemple, l'article 8, § 4 du règlement Bruxelles I *bis* confère la compétence aux juges du lieu de situation de l'immeuble, exclusivement compétents pour connaître de l'action hypothécaire, à l'égard du contentieux connexe relatif à la créance garantie. La connexité joue en faveur de la juridiction de l'article 24, § 1 du même règlement, le for du contrat n'étant pas pertinent pour l'action réelle, alors que ce même article exclut normalement la compétence du for de l'immeuble pour des contentieux s'y rapportant. Il est observé à l'égard de cette disposition qu'elle assure la bonne administration de la justice dans sa composante d'économie procédurale¹¹⁶. Suivant l'esprit de l'achèvement de l'espace judiciaire européen, il convient toutefois d'observer que le for résultant de l'article 8, § 4 est subordonné à la condition que la loi de procédure du for de l'immeuble autorise la jonction des actions contractuelle et réelle. Dans une récente décision, la Cour de justice a rappelé l'importance de la disposition pour la réalisation de la bonne administration de la justice¹¹⁷. En l'espèce, il s'agissait de demandes tendant à la constatation de la nullité du contrat de crédit et de l'acte notarié relatif à la constitution de cette hypothèque, dirigées contre le même défendeur.

Dans d'autres hypothèses, une compétence dérivée peut être fondée sur une logique de regroupement du contentieux, qui repose elle-même sur des raisons de bonne administration de la justice. En matière de contrat de travail, la demande reconventionnelle de l'employeur doit être formulée devant le même for spécial, ce qui permet, au cours de la même procédure et devant le même juge, de répondre à l'ensemble de leurs prétentions réciproques ayant une origine commune. Selon la Cour de justice, telle solution intervient en raison du souci de bonne administration de la justice¹¹⁸.

Il s'agit d'observer qu'est mise en avant la bonne administration de la justice, lorsqu'il s'agit de mécanismes de litispendance et de connexité européens, en tant

114 *Ibid.*, n° 651.

115 CJUE, 12 juillet 2012, C-616/10, *Solvay*, pt. 19 ; 1^{er} décembre 2011, C-145/10, *Painer*, pt. 77 : il y est fait référence au considérant n° 12 du règlement Bruxelles I, devenu le considérant n° 16.

116 D. BUREAU, H. MUIR WATT, préc., tome 2, PUF, 2021, n° 653.

117 CJUE, 14 février 2019, C-630/17, *Milivojevic c. Raiffeisenbank*, pt. 104.

118 CJUE, 21 juin 2018, C-1/17, *Petronas Lubricants Italy SpA*, pt. 29.

qu'elle évite des procédures parallèles et des décisions contradictoires, dans un contexte de multiplication des fors compétents. Le principe de bonne administration de la justice est, dans ce contexte, évoqué sous les termes de facilitateur de l'économie procédurale.

B.- La bonne administration de la justice européenne affirmée à l'égard d'États tiers

La litispendance européenne est à distinguer de la litispendance internationale, également promue par le règlement Bruxelles I *bis*¹¹⁹. Ici, également, nous constatons l'empreinte du principe de bonne administration de la justice mais qui intervient d'une manière plus pure, à l'exclusion d'autres principes de l'espace judiciaire européen. Rappelons l'énoncé de l'article 33 du même texte : lorsque la compétence est fondée sur diverses dispositions du règlement¹²⁰ et qu'une procédure est pendante devant une juridiction d'un État tiers au moment où une juridiction d'un État membre est saisie, la juridiction de l'État membre peut surseoir à statuer. Le sursis à statuer relève alors du pouvoir discrétionnaire du juge.

Le lien avec la bonne administration résulte expressément des conditions auxquelles est soumise cette faculté : a) l'on s'attend à ce que la juridiction de l'État tiers rende une décision susceptible d'être reconnue et, le cas échéant, d'être exécutée dans ledit État membre ; et b) la juridiction de l'État membre est convaincue que le sursis à statuer est nécessaire pour une bonne administration de la justice.

Notons que cette disposition intervient exclusivement en faveur du principe de bonne administration de la justice, impliquant un sursis, dès lors que la situation répond à l'une des conditions suivantes : s'il apparaît que la procédure étrangère sera plus rapide que celle en cours devant la juridiction de l'État membre, que le tribunal étranger est mieux à même d'obtenir sur place les éléments d'information ou de preuve nécessaires à l'appréciation de la situation litigieuse, que l'exécution de la décision étrangère à intervenir peut se révéler plus aisée¹²¹. En revanche, l'on ne part pas ici de l'hypothèse que ces droits ne seraient pas respectés par le fait que la procédure concurrente se déroule à l'étranger.

Le règlement Bruxelles I *bis* instaure désormais des régimes de litispendance et de connexité internationales. Concernant ses conditions, il a été salué que le juge pouvait évaluer l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. L'influence du principe de bonne administration de la justice crée ici un pouvoir discrétionnaire du juge.

¹¹⁹ Il convient ici d'ajouter que ce second type de litispendance est nouveau dans les règlements relatifs aux règles de compétence européenne.

¹²⁰ Articles 4, 7, 8 ou 9.

¹²¹ Considérant n° 24 du règlement Bruxelles I *bis*. En ce sens, D. ALEXANDRE, A. HUET, « Litispendance et connexité dans les relations entre un État membre de l'Union européenne et un État tiers », *D.* 2013, p. 1499.

Le constat de cette faculté a conduit certains auteurs à conclure qu'était consacré, dans le règlement Bruxelles I *bis*, un mécanisme de type *forum non conveniens*¹²² permettant au juge d'apprécier, *in concreto*, le caractère plus approprié du for alternatif¹²³. Il ne s'agirait plus uniquement de procéder selon un critère chronologique. Entreraient en compte des considérations visant à désigner la juridiction la mieux placée ou disposant d'une plus grande proximité¹²⁴. Ainsi, M. Goldstein soulève que le caractère discrétionnaire du pouvoir vis-à-vis d'États non-membres de l'Union européenne de se dessaisir, en tant qu'il est particulièrement déterminé par des considérations de bonne administration de la justice, intervient, par ailleurs, comme une solution face au *forum shopping*¹²⁵.

La dernière disposition se distancie, à cet égard, dans un contexte européen qui voulait traditionnellement que le juge fût privé de tout pouvoir d'appréciation. En effet, l'élaboration des règles de compétence n'était-elle gouvernée par la prévisibilité de sorte qu'elle commandait des règles de compétence rigides ? Cette interrogation peut expliquer le domaine bien défini des règles présentées.

L'orientation se fait, par ailleurs, l'écho de l'évolution des autres règles de compétence au niveau de l'Union européenne.

En tant que le règlement européen instaure des règles de litispendance et de connexité internationales, il institue un mécanisme exclusivement motivé par des considérations de bonne administration de la justice à l'égard d'États tiers, principalement dans l'objectif de lutter contre le *forum shopping*.

Le principe de bonne administration de la justice a traditionnellement été vu sous l'angle de la solution « *pragmatique* »¹²⁶ qu'il fournit. Face aux potentialités des mécanismes qui sont au service de ce principe intervenant notamment aux fins de faciliter l'accès aux preuves et d'accélérer les procédures, il pourrait être opportun de s'interroger comment celui-ci peut être mobilisé en tant qu'un principe dans l'espace judiciaire européen respectueux des droits fondamentaux.

122 Pour une étude complète dans la littérature francophone, cf. A. NUYTS, *L'exception de Forum non conveniens (Etude de droit international privé comparé)*, Bruylant, 2003.

123 À la différence de la pratique des pays de *common law*, le mécanisme de *forum non conveniens* est ici limité au cas où le for alternatif est effectivement déjà saisi du litige, et où cette saisine est antérieure à celle du juge d'un État membre.

124 B. AUDIT, L. D'AVOUT, préc., n° 482.

125 G. GOLDSTEIN, « Le Forum non conveniens en droit civil. Analyse comparative à la lueur du droit international privé du Québec et du Japon », *RCDIP* 2016, p. 51. Cf. aussi, P. MAYER, « Forum non conveniens et application uniformes des règles de compétence », P. DE VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Hart Publishing, 2007, p. 137, spec. p. 142.

126 E. FARNOUX, préc., n° 122.

**DOSSIER THÉMATIQUE :
DIRECTIVE CSRD
DURABILITÉ ET RÉGULATION DE
L'ENTREPRISE SOCIÉTAIRE**

*COLLOQUE DE SORBONNE AFFAIRES/FINANCE
(IRJS) – « PROMOTION DE LA RECHERCHE »*

From non-financial reporting to corporate sustainability reporting: formal or substantial evolution?¹

Manon DESBAT

PhD. candidate in law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, EA4150)

Abstract:

Far from delimiting or fencing off, as the etymology of the verb “to define” would have us do, the definition of sustainability as it emerges from the directive is destined to spread to an exponential number of neighbouring lands. Sustainability is spreading to affect governance factors, and is now pollinating a growing number of companies, particularly SMEs and non-EU companies. Moreover, while a hasty reading of Article 2 of the CSRD might lead to conclude that sustainability can be summed up in a list of five factors, sustainability above all questions the contribution of the company, and the law governing it, to the sustainable development of societies. Indeed, it penetrates the companies, through the channel of “corporate sustainability”, seeking to ensure that environmental, social, human rights and governance issues are levers in decision-making within the companies, thus inviting them to act, beyond communicating. This renewal of sustainability is reinforced by a redefinition of the obligations imposed on companies: the fields covered by the required information are multiplied, the “comply or explain” principle is largely abandoned, and assurance on sustainability information becomes compulsory.

Keywords: sustainability, corporate sustainability, sustainability reporting, reinforcing obligations, standardized sustainability information, first set of draft ESRS

Résumé :

La directive (UE) 2022/2464 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, ci-après dite « directive CSRD » (pour Corporate Sustainability Reporting Directive), réforme la directive 2014/95 (dite NFRD pour Non Financial Reporting Directive), laquelle avait instauré le premier cadre de reporting extra-financier de l'Union européenne. La directive CSRD opère un changement terminologique en renommant les informations précédemment désignées par la directive NFRD comme « non financières » en « informations en matière de durabilité ».

Or, un changement terminologique peut advenir sans pour autant observer un glissement sémantique qui opèrerait une évolution dans le sens et la signification des termes employés. A contrario, un changement sémantique peut aboutir sans qu'une substitution de terme n'accompagne l'évolution. Dès lors, le changement terminologique opéré par la directive CSRD s'accompagne-t-il d'un changement sémantique ? Par ailleurs, constitue-t-il un changement formel ou substantiel ? Autrement dit, le changement de mot permet-il une plus ample considération et une meilleure gestion des maux ?

La question se pose dans la mesure où cette terminologie n'est en réalité pas inédite. La directive NFRD évoquait effectivement déjà « les informations sur la durabilité ». Par la suite, les lignes directrices de la Commission européenne sur l'information non financière de 2017 fixant une

¹ This article is based on an article published in French in the *Revue trimestrielle de droit financier*. These articles are the result of a speech given at the conference “Directive CSRD: durabilité et régulation de l'entreprise sociétaire” organised at the University of Paris 1 by the Sorbonne-Affaires/Finance Department of the IRJS on 14 April 2023. I would like to thank the organisers of the event, Romain DUMONT (MCF) and Edmond SCHLUMBERGER (Prof.), and the co-directors of the department, Anne-Claire ROUAUD (Prof.) and Didier PORACCHIA (Prof.).

Furthermore, these two contributions were written before the European Commission published a draft delegated regulation relating to the “CSRD” directive on June 9, 2023. This draft delegated regulation could therefore not be fully integrated into the developments presented below. Finally, all references to domestic law in this article are to French law.

méthodologie pour la communication desdites informations ainsi que celles de 2019 sur les informations en rapport avec le climat² avaient repris la formule. L'expression n'apparaît qu'au stade des considérants de la directive NFRD, et qu'à une seule reprise dans les lignes directrices précitées. Le terme était néanmoins présent et, surtout, il était employé comme synonyme de « non financière ». Partant, deux présuppositions en découlent : l'adoption du terme par la directive CSRD ne revêtirait qu'une modification formelle et le changement terminologique ne serait pas soutenu par une évolution sémantique. La présente contribution met à l'épreuve ces deux présuppositions en concluant que l'évolution ne se réduit pas à un simple changement de terme.

Loin de borner ou clôturer, comme l'étymologie du verbe « définir » l'invite pourtant à le faire³, la définition de la durabilité telle qu'elle ressort de la directive a plutôt vocation à se répandre sur un nombre exponentiel de terres avoisinantes. La durabilité se déploie pour toucher les facteurs de gouvernance et pollinise désormais un nombre croissant d'entreprises, notamment les PME et les entreprises de pays tiers. Par ailleurs, si une lecture hâtive de l'article 2 de la directive CSRD pourrait conclure que la durabilité se résume à l'énumération de cinq facteurs, la durabilité interroge surtout la contribution de l'entreprise et du droit l'encadrant au développement durable des sociétés. Elle pénètre en effet les murs de l'entreprise par le canal de la « durabilité de l'entreprise », en cherchant à ce que les thématiques environnementales, sociales, de droits de l'homme et de gouvernance soient des leviers dans la prise de décision à l'intérieur de l'entreprise les invitant ainsi à agir, au-delà de communiquer. Ce renouvellement de la durabilité est renforcé par une redéfinition des obligations à l'égard des entreprises : les champs couverts par l'information exigée sont multipliés, le « comply or explain » majoritairement abandonné, et l'assurance sur les informations en matière de durabilité devient obligatoire.

Pour de plus amples informations, le présent article est disponible intégralement en français à la Revue trimestrielle de droit financier, sous la référence suivante : insérer ici la référence exacte quand elle sera disponible.

Mots-clés : durabilité, durabilité de l'entreprise, communication des informations en matière de durabilité, renforcement des obligations, normalisation de l'information, projets de normes de l'EFRAG

Introduction

1.- A lack of definition. - The Latin maxim “*Omnis definitio in iure civili periculosa est*”⁴ teaches that any definition is perilous in law and is thus intended to prevent the excessive rigidity of which definitions in law would be the source. Nevertheless, the total absence of a definition also raises difficulties. Without a consensus on a fixed definition, as many possible variations may take root as reflections of divergent models of society.⁵ Such variety can weaken the concept under study

2 Commission européenne, Communication, « Lignes directrices sur l'information non financière : Supplément relatif aux informations en rapport avec le climat », 2019/C 209/01, 20 juin 2019, p. 2 : « Si les entreprises susceptibles de recevoir des investissements ne communiquent pas suffisamment d'informations fiables et comparables sur leur durabilité (...). »

3 A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 1, éd. Le Robert, 2006, p. 1017 : le verbe « définir » est emprunté au terme latin *definire* signifiant « délimiter », « fixer ». Le nom « définition » quant à lui, est emprunté au dérivé latin *definitio* exprimant l'« action de fixer ».

4 Formulated by Javolenus, a Roman juriconsult of the first century, and reproduced in *Cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, Rondonneau, 1805, trans. HULOT, 50.17.02 (cited by L.-M. SCHMITT in his doctoral thesis on definitions in private law). This maxim was used by the drafters of the 1804 Civil Code in their debate on the appropriateness of definitions in that Code (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. X, Paris, 1827).

5 The example of sustainable development is particularly revealing. The sustainable development has been able to promote different combinations of actions depending on how it was conceived. In economics, e.g., there are two opposing perceptions of sustainability. On the one hand, the

and make it more difficult, or even can paralyse the construction of a coherent regulatory framework that has a firm grasp of its subject matter.

And yet, disparate terms are flourishing to designate the orientation of companies towards virtuous conduct: first CSR,⁶ then ESG⁷ and now sustainability.^{8 and 9} A definition outlining a single, shared vision is lacking for each of these terms, which are sometimes (if not too often) used alternately as if they were synonymous.¹⁰

2.- The change in terminology introduced by the CSRD. - Directive (EU) 2022/2464 on the publication of sustainability information by companies,¹¹ hereaf-

proponents of weak sustainability (the environmental economics movement) see the different stocks of capital as substitutable (*i.e.* if growth reduces the stock of natural capital, it can be replaced by physical, human, social or institutional capital, so that the total stock of capital can grow even if the stock of natural capital falls). They therefore place their trust in technological innovation to provide new solutions to environmental problems and to ensure the sustainability of both consumption and economic growth. On the other hand, proponents of strong sustainability (ecological economics) believe that different types of capital are not substitutable. Therefore, to maintain the well-being of future generations at a level equivalent to that of the present generation, the stock of natural capital must be maintained. From the point of view of strong sustainability, lifestyles must therefore be considerably rethought.

6 Corporate Social Responsibility.

7 The acronym used by the financial community to designate environmental, social and governance criteria. It originated in the Global Compact report “Who cares wins. Connecting Financial Markets to a changing World”, published in 2004.

8 While sustainable development was defined long before the ESG triptych, and has already been the subject of abundant literature, the notion of “sustainability”, and in particular that of companies, has been revitalised by the recent work of the European Commission.

9 And, beyond the law, the vocabulary is being enriched by the imagination of market players, who are not just talking about “responsible” or “sustainable” enterprise. Walmart, for example, a transnational American company specialised in mass retailing, has set itself the goal of becoming a “regenerative company”.

10 But they are not. M. TIREL recently published an article in which she very clearly justifies the distinctions between ESG, CSR and compliance. (M. TIREL, « RSE, ESG et compliance : éléments pour une distinction », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 189, 1^{er} février 2023). See also J.-B. BARBIERI, « La Corporate sustainability », *Revue de droit d'Assas*, n° 22, November 2021, p. 97: “*The ubiquity of these expressions conceals the vagueness that surrounds them. The mere fact of questioning their true meaning is an admission that we doubt their definition*”.

11 Directive (EU) 2022/2464 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 amending Regulation (EU) No 537/2014, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Directive 2013/34/EU, as regards corporate sustainability reporting.

This directive has been the subject of numerous legal articles. Without claiming to be exhaustive, for French doctrine, see, *e.g.*: B. LECOURT, « La “directive RSE 2” (“directive CSRD”) : le nouveau visage de l’information en matière environnementale et sociale », *Revue des sociétés* 2022, p. 639; T. SAUPIN, « La comptabilité environnementale et l’Union européenne : de la publication d’informations non financières à la publication d’informations sur la durabilité », *R.A.E.-L.E.A.*, 2022/2; N. CUZACQ, « La RSE, le masque et la plume », *Revue des sociétés*, février 2023, n° 2, p. 71-83; B. PARANCE, « La directive CSRD, nouveau modèle du reporting extra-financier au service de la durabilité des entreprises », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n° 05, 2 février 2023, p. 22-27; C. NOUEL, « Directive CSRD : la durabilité au cœur de la stratégie et de la gouvernance des entreprises », *BJS*, n° 3, mars 2023, p. 53-64; J.-M. MOULIN, « L’irrésistible ascension de la “RSE” (premières vues sur la directive CSRD) », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1, 2023, p. 20-29; F.-G. TRÉBULLE, « Entreprise et durabilité: petit pas ou pas de géant ? », *Énergie. Environnement. Infrastructures*, n° 5, mai 2023, référence 5. Not exclusively linked to the directive but making strong reference to it: see *e.g.*, P.-H. CONAC, « La

ter referred to as the “CSRD” (*Corporate Sustainability Reporting Directive*), reforms Directive 2014/95¹² (referred to as the NFRD for *Non-Financial Reporting Directive*), which established the European Union’s first extra-financial reporting framework. The CSRD makes a terminological change by renaming as “sustainability” information, the information previously designated by the NFRD as “non-financial”.

However, a change in terminology may occur without a semantic shift taking place in the meaning and significance of the terms used. On the other hand, a semantic change can occur without a substitution of terms.

So, does the change in terminology introduced by the CSRD go hand in hand with a change in semantics? And does it constitute a formal or substantive change? In other words, does the change of word allow for greater consideration and better management of harm?

The question arises insofar as this terminology is not actually new. The NFRD already referred to “sustainability information”.¹³ Subsequently, both the European Commission’s 2017 guidelines on non-financial information¹⁴ and the 2019 guidelines on climate-related information¹⁵ had used the same formula. The term only appears in the recitals of the NFRD, and only once in the aforementioned guidelines, but it was used, and above all, it was used synonymously with “non-financial”. This gives rise to two presuppositions: that the adoption of the term by the CSRD is merely a formal change, and that the terminological change is not supported by a semantic evolution. This contribution will provide an opportunity to put these two presuppositions to the test.

One thing is certain, the directive introduces a change in terminology: from non-financial information (which is not financial, apart from the financial ques-

gouvernance durable des entreprises selon l’UE : un modèle européen avec des ambitions mondiales réalistes ? », *Revue Européenne du Droit. Repenser le capitalisme*, n° 4, été 2022, p. 130 ; M. TIREL, « Prendre le droit de la RSE au sérieux », *BJS*, novembre 2022.

12 Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups.

13 Directive 2014/95/EU, recital 3: “*The European Parliament acknowledged the importance of businesses divulging information on sustainability such as social and environmental factors, with a view to identifying sustainability risks and increasing investor and consumer trust*”.

14 European Commission, communication, “Guidelines on non-financial reporting (methodology for reporting non-financial information)”, 2017/C 215/01, 5 July 2017, p. 7: “*Information can be made fairer and more accurate through, for example: appropriate corporate governance arrangements (for instance, certain independent board members or a board committee entrusted with responsibility over sustainability and/or transparency matters) (...)*”.

15 European Commission, Communication, “Guidelines on non-financial reporting: Supplement on climate-related information”, 2019/C 209/01, 20 June 2019, p. 2: “*Without sufficient, reliable and comparable sustainability-related information from investee companies, the financial sector cannot efficiently direct capital to investments that drive solutions to the sustainability crises we face (...)*”. The French version of these guidelines is even more revealing, using the expression “*durabilité de l’entreprise*” (corporate sustainability): « *Si les entreprises susceptibles de recevoir des investissements ne communiquent pas suffisamment d’informations fiables et comparables sur leur durabilité [...]*. »

tion)¹⁶ to sustainability information. But one uncertainty remains: what does sustainability mean?

3.- Environmental sustainability. - Over the last few years, the European Union has stepped up the pace of its legal initiatives to promote environmental sustainability, in line with regulation 2020/852¹⁷ establishing a taxonomy to promote sustainable investment. In the spirit of this text, sustainability is equivalent to environmental sustainability. The taxonomy resulting from this regulation in fact sets environmental sustainability criteria (the social aspect nevertheless comes into play, but only in that, for an activity to be considered sustainable, it must comply with basic social criteria).^{18 and 19} This standard also enriches the environmental reporting required of financial and non-financial companies, since article 8 requires companies covered by the NFRD (and now the CSRD) to publish certain indicators specifying the extent to which their activities are environmentally sustainable within the meaning of the taxonomy.^{20 and 21} In the same vein, that of sustainability from an environmental point of view, we can also mention the so-called “benchmark regulation”,²² defining the conditions for the creation of stock market indices linked to the climate and the energy transition, as well as the proposed regulation

16 It should be noted that prior to the CSRD, numerous studies, including those of the European Union, had established that this information was not in fact devoid of financial significance.

17 Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088.

18 The criteria to be met are as follows: the activity makes an essential contribution to one or more of the six objectives set out in the regulation, *i.e.* mitigation of climate change, adaptation to climate change, sustainable use and protection of water resources, transition to a circular economy, protection and reduction of pollution, protection and restoration of biodiversity and ecosystems (recital 23, art. 3 and 9 of regulation 2020/852); the activity does not cause significant harm to any of the other environmental objectives (recital 20, art. 3 and 17), the activity complies with basic social criteria (recital 19, art. 3 and 18) and the activity meets the technical criteria defined in the delegated acts (art. 10, 11, 12, 13, 14, 19 and 23).

19 Although the creation of a social taxonomy, or even a taxonomy of sustainability in its global vision had been announced, we are still waiting for them at the time of writing.

20 To this end, non-financial companies must publish the proportion of turnover generated by products or services associated with economic activities that can be considered environmentally sustainable, as well as the proportion of capital expenditure and the proportion of operating expenditure relating to assets or processes associated with economic activities that can be considered environmentally sustainable.

21 The CSRD also aims to ensure that the disclosure requirements applicable to companies are consistent with the taxonomy. To this end, the draft standards published by EFRAG consider the indicators that companies must publish on the extent to which their activities are environmentally sustainable according to the taxonomy, as well as the technical review criteria and the taxonomy thresholds relating to the absence of significant harm.

22 Regulation (EU) 2016/1011 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts or to measure the performance of investment funds and amending Directives 2008/48/EC and 2014/17/EU and Regulation (EU) No 596/2014.

on green bonds²³ and the very recent Commission proposal for a directive last March on environmental claims.²⁴

4.- A global vision of sustainability at the heart of the sustainable finance action plan. - Recently, and with the support of the CSRD, a holistic view of sustainability is taking shape. It is in this dimension that this contribution approaches sustainability. Sustainability is the focus of the standards set out in the 2018 Sustainable Finance Action Plan,²⁵ which aims to concentrate savings on “sustainable” activities. In this action plan, the CSRD is presented as a major measure. Other measures in the plan depend on companies’ ability to publish adequate sustainability information: the taxonomy of sustainable investments mentioned above, the publication of information by asset managers (SFDR regulation),²⁶ and the regulation on sustainable benchmarks (benchmark regulation mentioned above). Finally, sustainability in its entirety is also at the heart of the proposal for a Directive on corporate sustainability due diligence (hereafter referred to as the CS3D proposal), often portrayed as the twin sister of the CSRD directive.²⁷

Above all, the SFDR regulation, concerning the publication of sustainability information in the financial services sector, anchors the term “sustainability” in its global sense in the hard law applicable to the private sector. This regulation imposes institutional disclosure obligations on investors (at entity level, concerning policies for integrating sustainability risks into their investment decision-making process and the main negative impacts of investment decisions on sustainability factors), as well as product disclosure obligations (the information required varies according to the product classification).²⁸

As these different standards serve the same idea of sustainability, it is natural that there should be many interdependencies between them. So, for example, an investment fund management company will rely on both the EU’s green taxonomy (taxonomy regulation) and the sustainability information and due diligence plan

23 Proposal for a regulation on European green bonds, COM (2021) 391 final, 6 July 2021.

24 Proposal for a directive on substantiation and communication of explicit environmental claims (Green Claims Directive), COM (2023) 166 final, 22 March 2023.

25 European Commission, Communication, “Action Plan: Financing Sustainable Growth”, COM (2018) 97 final, 8 March 2018.

26 Regulation (EU) 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on sustainability-related disclosures in the financial services sector.

27 Commenting on this directive, French Professor François Guy Trébulle emphasised that “*far beyond mere vigilance, (...) through this directive, sustainability, including climatic sustainability, is placed at the very top of the agenda of the largest companies (...)*” (F.-G. TRÉBULLE, « Vigilance et durabilité : une nécessité ! », *Energy. Environment. Infrastructures*, n° 4, April 2022, reference 4).

28 For all financial products subject to the regulation, financial market participants must provide, in the pre-contractual documentation, information on the consideration of sustainability risks and their possible impact on the profitability of the product (art. 6). In addition, the standard distinguishes two types of products with extra-financial characteristics to which specific disclosure requirements apply: products promoting environmental or social characteristics (art. 8) and products pursuing a sustainable investment objective (art. 9).

published by the companies in which it invests (CSRD and CS3D directives) to fulfil its own obligation to provide sustainability information to end investors (SFDR regulation).

5.- The definition of sustainability factors: a global understanding of sustainability. - Without defining it directly, Article 2 of the SFDR Regulation sets out a definition of “sustainability factors” in relation to the issues they concern: environmental, social and employee matters, respect for human rights and anti-corruption and bribery matters.²⁹ In short, these are the four issues already listed in the NFRD,³⁰ but brought together under a single term: sustainability.

As for the CSRD, it refers successively to the “*dimensions of sustainability*”,³¹ the “*sustainability factors*”,³² and the “*sustainability matters*”,³³ which it then specifies in its first article. This article adds governance issues to the list set out in the SFDR regulation,³⁴ and it has thus been interpreted as renewing the ESG triptych, which is debatable.³⁵

6.- The CSRD’s addition of governance issues to the list: a half-hearted development. - Aspects relating to corporate governance were in fact not absent before. To begin with, it should be noted that the fight against corruption is included in the definition of governance commonly given.³⁶ Secondly, the SFDR regulation, to which the CSRD refers, already mentioned governance, not only in the recitals³⁷ but

²⁹ SFDR Regulation, art. 2, 24.

³⁰ Article 19a. 1. of Directive 2013/34 as it stood between the adoption of the NFRD and the CSRD provided: “1. *Large undertakings (...) shall include in the management report a non-financial statement containing information to the extent necessary for an understanding of the undertaking’s development, performance, position and impact of its activity, relating to, as a minimum, environmental, social and employee matters, respect for human rights, anti-corruption and bribery matters, including: (...)*”.

³¹ CSRD directive, recital 6.

³² *Ibid.*, recital 28 and art. 1, 2), b) (to refer to the sustainability factors set out in Regulation (EU) 2019/2088).

³³ *Ibid.*, p. 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37, 38, 47, 49 and 51.

³⁴ *Ibid.*, recital 28 and art. 1, 2), b), 17): “*‘sustainability matters’ means environmental, social and human rights, and governance factors, including sustainability factors defined in point (24) of Article 2 of Regulation (EU) 2019/2088*”. There is, moreover, a repetition in this definition since the sustainability factors in the SFDR Regulation to which the definition refers already cover environmental, social and human rights factors.

³⁵ The recitals of the Directive, like those of the SFDR Regulation, relate sustainability sometimes to the three dimensions of sustainable development: economic, social and environmental (recital 5 of the CSRD; recital 1 of the SFDR Regulation), and sometimes by summarising the three main sustainability issues in the terms “environmental”, “social” and “governance”, which is reminiscent of the acronym ESG (recital 28 of the CSRD, recital 14 of the SFDR Regulation). For a distinction between ESG and sustainability, see A. WINSTON, “What’s Lost When We Talk ‘ESG’ and Not ‘Sustainability’”, *MIT Sloan Management Review*, 5 May 2022; E. POLLMAN, “The Making and Meaning of ESG”, *European Corporate Governance Institute - Law Working paper* No. 659/2022. For a distinction between ESG and CSR, see M. TIREL, *supra*.

³⁶ Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, Rapport sur les dispositifs de transparence extra financière des sociétés, juillet 2022, p. 47.

³⁷ SFDR Regulation, recital 14: “A sustainability risk means an environmental, social or governance

also in its definition of sustainable investment and in its definition of sustainability risks. Article 2 of this regulation defines sustainable investment as “*an investment in an economic activity that contributes to an environmental objective (...), or to a social objective, (...), or an investment in human capital or economically or socially disadvantaged communities, provided that such investments do not significantly harm any of those objectives and that the investee companies follow good governance practices (...)*”.³⁸ Good governance practices are therefore seen as a prerequisite for meeting environmental and societal challenges. Governance is also present in the definition given in the regulation for “sustainability risk”: “*an environmental, social or governance event or condition that, if it occurs, could cause an actual or a potential material negative impact on the value of the investment*”.³⁹ Finally, and without claiming to be exhaustive, governance aspects were already contained in the corporate governance statement (required by Article 20 of Directive 2013/34).⁴⁰

Nevertheless, the addition of governance to the definition of sustainability factors strengthens the overall view of sustainability. The new disclosure requirements introduced by the CSRD therefore include “*a description of the role of the administrative, management and supervisory bodies in relation to sustainability issues, as well as a description of their expertise and competences in performing that role or the opportunities available to them to acquire that expertise or those competences*”.⁴¹

The CSRD therefore sets out five sustainability issues (environmental, social and personnel issues, respect for human rights, the fight against corruption and bribery, and governance), reviving French Professor Gérard Cornu’s observation that “*terminological definition often follows a model that brings it closer to enumeration or assimilation. There is a temptation to use a single word or formula – a convenient tool – to designate the elements of an enumeration*”.⁴²

7.- A renewal of sustainability accompanied by a redefinition of the obligations of companies. - Far from being a creation *ex nihilo*, the change in

event or condition that, if it occurs, could cause a negative material impact on the value of the investment, as specified in sectoral legislation (...)”.

38 Emphasis added.

39 SFDR Regulation, art. 2, 22).

40 This naturally raises the question of the relationship between the obligation set out in Article 20 of Directive 2013/34 for companies to include a corporate governance statement in their annual report and the obligation to provide information on sustainability set out in Article 19a of the same directive. Article 1. 5) of the CSRD clarifies this point. The second paragraph of this article provides for the link with the sustainability statement: companies subject to the sustainability information statement will be deemed to have complied with the diversity statement when they include this information in their sustainability information and a reference to this information appears in the corporate governance statement.

41 Directive 2013/34 in its consolidated version, art. 19a, 2, c).

42 G. CORNU, “Les définitions dans la loi”, in *Mélanges Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77 ff. The exact quote in its original version is as follows: « *La définition terminologique est souvent opérée suivant un modèle qui la rapproche de l'énumération ou de l'assimilation. La tentation existe de désigner sous un seul mot ou sous une même formule – outil commode – les éléments d'une énumération* ».

terminology brought about by the CSRD is consistent with the body of legislation to which it belongs. In this way, the directive contributes to the renewal of sustainability, and of corporate sustainability in particular (I). In addition to providing market players and society with reliable information, the CSRD aims to “*steer companies towards more sustainable and longer-term development*”.⁴³ Thus, the renewal of sustainability is accompanied by a redefinition of the obligations of companies (II).

I. A renewal of sustainability

8.- Plan. - The concept of “sustainability”, and in particular that of companies, is renewed by the CSRD directive.

Far from delimiting or fencing off, as the etymology of the verb “to define” would have us do,⁴⁴ the definition of sustainability as it emerges from the directive is intended to spread over an exponential number of neighbouring lands. Sustainability is spreading to affect governance factors, as our introduction has shown. Sustainability is now pollinating a growing number of companies, particularly SMEs and non-EU companies.⁴⁵ It is also penetrating the companies, seeking to ensure that environmental, social, human rights and governance issues are levers in decision-making within the companies.

This holistic conception of sustainability culminates in the directive’s reference to “corporate sustainability” (B). This model is supported by the double materiality approach that is the lifeblood of the CSRD system (A).⁴⁶

43 Communication from the Commission, “Action Plan: Financing Sustainable Growth”, *supra*, p. 4.

44 A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 1, éd. Le Robert, 2006, p. 1017: the verb “to define” is borrowed from the Latin term *definire* meaning “to delimit”, “to fix”. As for the noun “definition”, it is borrowed from the Latin derivative *definitio* expressing the “action of fixing”.

45 While the NFRD applied to only around 12,000 companies across Europe, the thresholds for application of the CSRD have been lowered to around 50,000. The CSRD will naturally apply to companies already subject to the NFRD from 1 January 2024. From 1 January 2025, the directive will also apply to companies that exceed two of the three thresholds (250 employees; €40m turnover; €20m balance sheet total). Then, from 2026, small credit institutions and listed SMEs will join the scheme. Finally, from 2028, non-EU companies with a net turnover of more than €150 million in the EU for each of the last two consecutive financial years and which have a subsidiary or branch in the EU will also be subject to the CSRD. According to estimates by the financial data company Refinitiv, published by the *Wall Street Journal* in an article dated 5 April 2023, more than 10,000 foreign companies will be affected.

For the application of the directive to non-European companies, see: insérer ici la référence de l'article de J. DIDRY BARCA publié dans cette revue, lorsqu'elle sera disponible.

46 The “CSRD system” in this contribution refers to the combination of the CSRD Directive and the EFRAG draft standards.

A. The double materiality approach

9.- Scope of the study. - This section does not describe all of the information that must be published, but rather focuses on the double materiality approach and its implications for the information to be communicated. The double materiality approach expands the scope of information that is considered “material” or important, and thus, the information to be published. The scope of this study is limited to cross-sector disclosures (the first set of Draft European Sustainability Reporting Standards (hereafter referred to as “Draft ESRS”)⁴⁷ and we will disregard the simplified version containing minimum requirements for SMEs.⁴⁸

10.- Standardisation of information: the mandatory common sustainability reporting standards. - The introduction of mandatory common sustainability reporting standards is a major development in the CSRD⁴⁹ compared to the framework provided by the NFRD.⁵⁰ Under the NFRD, companies could draw up their own “non-financial statement”,⁵¹ or might rely on national, Union-based or international frameworks (such as the ISSB, TCFD or TNFD). The Commission had drawn up guidelines (first in 2017 on the methodology applicable to the communication of non-financial information, then in 2019 dealing specifically with the climate-related information) but these were non-binding. Companies were therefore free to apply them or ignore them. In contrast, and in order to ensure the comparability of information and the publication of all relevant information,⁵² the CSRD requires companies to publish sustainability information in accordance with a framework of mandatory disclosure standards: the one that will be set by the forthcoming delegated acts adopted by the Commission based on the Efrag’s draft standards. Concerning information common to all business sectors, a draft delegated act was adopted by the European Commission on June 9, 2023. A consultation period to comment on this draft is open until July 7, after which the Commission should adopt the act during the second quarter of 2023. Finally, there will be a scrutiny period, during which the European Parliament and the Council may reject the text.⁵³ The

47 EFRAG (European Financial Reporting Advisory Group) is a not-for-profit association incorporated under Belgian law which provides advice to the European Commission on the adoption of International Financial Reporting Standards. Its mandate has been extended to include sustainability issues. For sustainability reporting, EFRAG’s work is delimited by article 29b of directive 2013/34 (added by art. 1, 8) of the CSRD directive) which lists the subjects and information on which EFRAG’s standards are expected to be more precise. The group proposed a first version of the standards which was put out to public consultation until August 2022 before the final publication of 12 draft horizontal standards in November 2022, called ESRS (*European Sustainability Reporting Standard*). Following public consultation, the number of disclosures has been reduced to 82 (from the initial 136 disclosures covering 620 disclosures) covering a thousand datapoints (indicators).

48 Specific standards for listed SMEs will be the subject of a delegated act scheduled for adoption in 2024.

49 Directive 2013/34 in its consolidated version, art. 19a, 4.

50 Art. 19a, 1. of Directive 2013/34 as it stood between the adoption of the NFRD and the CSRD.

51 *Ibid.* The expression “non-financial statement” disappeared after the CSRD was adopted.

52 CSRD Directive, recital 37.

53 TFEU, art. 290, § 2: to express an objection, the European Parliament acts by a majority of its

standardization framework is therefore still subject to change. This contribution was written before the publication of the draft delegated act, and therefore focuses on EFRAG's draft standards.⁵⁴

11.- The CSRD's endorsement of double materiality⁵⁵. - Understanding what double materiality means is essential for determining the scope of the information to be disclosed. According to the EFRAG, materiality is the criterion for inclusion of specific information in corporate reports. It reflects "(i) the significance of the information in relation to the phenomenon it purports to depict or explain, as well as (ii) its capacity to meet the needs and expectations of the stakeholders of an undertaking and of the undertaking itself, allowing for proper decision-making, and more generally (iii) the needs for transparency corresponding to the public interest".^{56 and 57}

Initially, the approach was that of simple materiality, consisting of reporting on the major impact that environmental and social issues can have on a company. Then, from a perspective focused exclusively on the company, the focus shifted to the impact that the company has on the environment and society. This is an essential aspect of the "strategic war"⁵⁸ being waged by Europeans and Americans on the subject of sustainability reporting. The Americans defending an analysis with the sole focus on the impacts of external sustainability events on the company (known as "simple materiality"), while the European Commission made a commitment on 6 July 2021, when renewing its strategy on sustainable finance, to defend the concept of double materiality at international level.^{59 and 60}

component members, while the Council acts by a qualified majority.

54 The appendix to this contribution puts into perspective the EFRAG drafts and the Commission's draft delegated act, only for the standards used in this contribution.

55 The French term "*double matérialité*" is commonly used, but the French version of the CSRD translates "double materiality" as "*double importance relative*". It could also have been translated as "*double significativité*", in line with the choice made by the Spanish translation of the directive, which prefers the expression "*doble significatividad*". It should also be noted that the concept of materiality is a common one in accounting law. The regularity and fairness of the financial statements are assessed by reference to the knowledge that the directors have of the reality and materiality of the events recorded (French PCG, art. 121-3).

56 EFRAG, working paper, "double materiality conceptual guidelines for standard-setting", January 2022, p. 4.

57 According to Art. 2, 16 of the Directive 2013/34, "material" means "*the status of information where its omission or misstatement could reasonably be expected to influence decisions that users make on the basis of the financial statements of the undertaking. The materiality of individual items shall be assessed in the context of other similar items*".

58 See in particular. P.-H. CONAC, *supra*; B. PARANCE, *supra*.

59 European Commission, Communication "Financing the transition to a sustainable economy", COM (2021) 390 final, 6 July 2021, p. 21.

60 The frameworks developed at international level are for the most part limited to financial materiality (this is notably the case with the ISSB standards).

The NFRD already referred to the impacts of the undertaking's activity,⁶¹ thus adopting a “dual materiality” perspective without expressly naming it. In addition, the above-mentioned 2019 guidelines defined “the concept of materiality” as covering “both financial materiality and materiality in environmental and social terms”,⁶² but the latter referred only to climate. In addition, the SFDR regulation, without directly mentioning double materiality, makes a clear distinction between the integration of “sustainability risks”⁶³ and “principal adverse impacts on sustainability factors”.⁶⁴ The former concern significant actual or potential negative impacts on the value of the investment (which is similar to financial materiality), while the latter concern information on how the company affects society and the environment (which is similar to impact materiality).

The CSRD confirms and supports this pre-existing trend in hard law: from now on, double materiality (combining financial materiality and impact materiality) permeates the reporting process across all sustainability themes.

12.- A core of mandatory information, the rest depending on the outcome of the company's assessment of double materiality. - Of the twelve EFRAG draft standards,⁶⁵ the first, ESRS 1 (setting out the general requirements),⁶⁶ specifies that companies do not have to cover all sustainability issues. Instead, a core set of information must be published by all companies (draft ESRS 1, § 32). This includes general information applying to all sustainability issues (required by the draft ESRS 2),⁶⁷ climate-related requirements (draft ESRS E1),⁶⁸ cross-referenced indicators between the CSRD and other EU legislation⁶⁹ (indicators based on

61 Art. 19a, 1 of Directive 2013/34 as it stood following the NFRD, and before the CSRD, was worded as follows: “1. Large undertakings (...) shall include in the management report a non-financial statement containing information to the extent necessary for an understanding of the undertaking's development, performance, position, and impact of its activity, relating to, as a minimum, environmental, social and employee matters, respect for human rights, anti-corruption and bribery matters (...)”.

62 European Commission, Communication “Guidelines on non-financial reporting: Supplement on climate-related information”, *op. cit.* p. 4.

63 Defined by art. 2, 22 of the SFDR regulation.

64 SFDR regulation, recitals 18 and 20; art. 4, 5. a); art. 7, 1.; art. 19, 1. b).

65 There are two cross-cutting standards, and ten topical standards.

66 The draft horizontal standards are available online at <https://www.efrag.org/lab6>.

67 This standard sets out the company's disclosure requirements, which are cross-cutting in nature. It is structured according to the four pillars of the TCFD. It contains, in particular, the scope covered by sustainability reporting, disclosure requirements relating to governance (including the role and composition of governing bodies, and remuneration elements linked to sustainability), strategy, and the management of impacts, risks and opportunities (information on the materiality analysis process and its results, as well as policies, objectives and the monitoring of results).

68 This standard concerns climate change. It contains a number of disclosures, including remuneration elements linked to the reduction of GHG emissions, transition plans, policies implemented in relation to climate change mitigation and adaptation, and policies linked to energy efficiency. Indicators and targets are also included, such as targets related to the above-mentioned policies, the company's energy consumption and mix, and its gross Scope 1, 2 and 3 emissions.

69 These requirements are set out in appendix C of the ESRS 2 project, which provides a table listing the cross-referenced indicators. These must be declared, regardless of the result of the

regulations applying to financial institutions, such as the SFDR regulation, which themselves require a certain amount of information to meet their own obligations) as well as, for companies with 250 or more employees only, information concerning their own employees⁷⁰. Nevertheless, the draft delegated regulation adopted by the European Commission on June 9 2023 seriously reduces the scope of information that must still be disclosed (independently of the materiality analysis). Indeed, the ESRS 1 standard, as set out in Annex 1 to this draft, reduces the amount of such information by limiting it to the general information set out in the ESRS 2 standard⁷¹. As a result, this proposed version excludes from the scope of mandatory reporting the standards relating to climate and those relating to the company's employees.

For all other sustainability issues (such as biodiversity, pollution and populations, consumers, and workers along the value chain), reporting depends on the outcome of the company's "double materiality" assessment. This dual materiality analysis procedure itself is the subject of reporting: the company must provide information in this respect, disclosing the processes it uses to identify its impacts, risks and opportunities, and to assess those that are significant.⁷²

13.- Double materiality, the criteria for determination of whether a sustainability information has to be included in the undertaking's sustainability report. - Double materiality provides criteria for determination of whether a sustainability topic or information has to be included in the undertaking's sustainability report. If a sustainability topic is material, a related disclosure requirements is compulsory. A sustainability matter shall thus be reported if it is material from

assessment of significance. The table refers to other European Union standards. e.g., concerning the tons of pollutants discharged by the company into water, the table refers to indicator 8 in table 1 of appendix 1 of the technical standards relating to the SFDR regulation adopted by the European Commission (RTS: *Regulatory Technical Standards*). This table specifies how these discharges should be measured.

⁷⁰ This is the information required by standards S1-1 to S1-9 of the ESRS S 1 project, including, e.g.: the characteristics of the salaried workforce, social policies relating to personnel, processes for dialogue with the workforce and its representatives about impacts, objectives for reducing material negative impacts, diversity indicators, adequate salaries.

⁷¹ Draft Commission delegated regulation, annex 1, *European sustainability reporting standards*, § 29, p. 6 : "Irrespective of the outcome of its materiality assessment, the undertaking shall always disclose the information required by ESRS 2 General Disclosures (i.e. all the Disclosure Requirements and data points specified in ESRS 2)". The EFRAG drafts and the European Commission's draft delegated act are put into perspective in the table annexed to this contribution.

⁷² EFRAG, "ESRS 1 General requirements", Draft european sustainability reporting standards, § 49, p. 14.

the impact perspective⁷³ or the financial perspective⁷⁴ or both.⁷⁵ The draft ESRS 1 standard sets out a methodology for companies to carry out their dual materiality analysis and, consequently, to identify the information to be published, considering the short-, medium- and long-term horizons. This process is summarised below for a better understanding of double materiality as defined by the CSRD.

The first step is to identify the actual and potential impacts, both negative and positive, in collaboration with the stakeholders and experts concerned. Firstly, for the impact materiality, the company's impact on people or the environment in the short, medium or long term is taken into account.⁷⁶ Impacts include those caused or contributed to by the undertaking, and those which are directly linked to the undertaking's own operations, products or services through its business relationships. For example, the use of child labour by a mining company will be considered as a negative impact directly linked to the products of a company manufacturing electric vehicles using cobalt extracted by this mining company, through its business relationship with the mining company. Secondly, in terms of financial materiality, a sustainability matter is material if it triggers or may trigger material financial effects on the undertaking (having a material influence on the undertaking's cash flows, development, performance, position, cost of capital or access to finance).⁷⁷ For example, when the undertaking's business model depends, on a natural resource, it is likely to be affected by potential changes in the quality, availability and pricing of that resource. The oil companies' dependence on oil springs to mind. In addition, the financial materiality also includes information on the risks and opportunities attributable to business relationships with other companies: one company may e.g. be affected by the dependence on the natural resources of another if the latter is its supplier. The relationships necessary for the first company's commercial process will thus be weakened.

Finally, the materiality assessment process also encompasses the material impacts or risks arising from actions to address sustainability matters.⁷⁸ This concerns

⁷³ The impact materiality concerns the undertaking's material actual or potential, positive, or negative impacts on people or the environment over the short-, medium- and long-term time horizons. This includes impacts caused or contributed to by the undertaking and impacts which are directly linked to the undertaking's operations, products, and services through its business relationships (EFRAG, Draft European sustainability reporting standards, "Appendix VI, Acronyms and glossary of terms", nov. 2022, p. 18; see also recitals 33 and 38 of the CSRD).

⁷⁴ A sustainability matter is material from a financial perspective if it triggers or may trigger material financial effects on the undertaking (EFRAG, *Ibid.*, p. 15).

⁷⁵ EFRAG, *Ibid.*, p. 13.

⁷⁶ The draft ESRS 1 standard defines the short-term horizon as the period adopted by the undertaking as the reporting period in its financial statements; the medium-term horizon as starting from the end of the short-term period and per above to five years, and the long-term horizon as more than five years (EFRAG, Draft European sustainability reporting standards, "ESRS 1 General requirements", § 82, p. 17). It should be noted that the topical standards may provide for other time horizons: the time horizon for climate change, e.g., is longer.

⁷⁷ EFRAG, *Ibid.*, § 52, p. 12.

⁷⁸ *Ibid.*, § 56, p. 13.

situations in which the implementation of actions by the company, aimed at remedying certain impacts or risks in relation to one sustainability matter, also entails significant risks in relation to one or more other sustainability issues. For example, a company implementing an action plan to decarbonise production that involves abandoning certain products must then consider the material negative impacts of this plan (impacts on the company's workforce if abandoning these products leads to a reduction in human capital requirements and financial impacts due to redundancy payments).

14.- Disclosure of material sustainability information. - Once the risks and opportunities have been identified, the company must determine which of them are material by adopting thresholds to determine which sustainability issues will actually be covered in its sustainability reporting. Once again, the standards indicate what materiality should be based on. With regard to the impact materiality, for actual negative impacts, materiality is based on the severity of the impact (assessed on the basis of the scale, scope and irremediable nature of the impact),⁷⁹ while for potential negative impacts it is based on the severity coupled with the likelihood of the impact⁸⁰ (being specified that severity must take precedence over likelihood in the case of an impact on human rights).⁸¹ As for the assessment of financial materiality, the materiality of risks and opportunities is assessed based on the combination of the likelihood of occurrence and the size of the potential financial effects.⁸²

At the end of this process, if the undertaking concludes that a sustainability matter is material as a result of its materiality assessment, it shall report according to the Disclosure Requirements (including Application Requirements) related to that specific sustainability matter in the corresponding topical ESRS. If, on the other hand, the conclusion is negative and the undertaking therefore omits all the disclosure requirements set out in the associated topical ESRS, then it shall briefly

79 Appendix B of the ESRS 1 project specifies what is meant by scale, scope and irremediability (EFRAG, Draft European sustainability reporting standards, "ESRS 1 General requirements", Appendix B, p. 28). Seriousness is determined by scale (how serious is it, how serious is the negative impact or what is the benefit of the positive impact for people or the environment), scope (the extent of the negative or positive impacts, geographical perimeter or number of people affected, *e.g.*), and irremediability (whether, and to what extent, the negative impacts can be corrected, by restoring the previous state). Each of the 3 characteristics (scale, scope and irremediable nature) can make a negative impact serious. It should be noted that the indicators provided in the appendices are optional.

80 EFRAG, *Ibid*, § 48, p. 11.

81 It is regrettable that there is not the same concern for the environment. However, the link with the environment could be made through the prism of the human right to a healthy environment. In this regard, the Council of Europe recently called on its 46 member states to actively consider recognising, at national level, the right to a clean, healthy and sustainable environment, as a human right (Recommendation CM/Rec(2022)20 of the Committee of Ministers to member States on human rights and the protection of the environment adopted on 27 September 2022).

82 EFRAG, "ESRS 1 General requirements", *supra*, Appendix B, p. 29.

explain the conclusions of its materiality assessment for this topic.⁸³ The Commission's draft delegated regulation referred to above, however, goes back on this point. It replaces the obligation ("it shall") with the possibility ("it may"), leaving companies free to explain or not the negative conclusions of its assessment of the relative importance of a particular topic.⁸⁴ In this version of standardization, companies are no longer legally obliged to explain why a sustainability issue is not considered material for them.

15.- Towards corporate sustainability. - The double materiality approach adopted by the European Union thus shifts the center of gravity from consideration of shareholders' common interests alone (simple materiality) to concern for external interests⁸⁵ by a company that must contribute to the "collective interest"⁸⁶ (double materiality). The directive's reference to "*corporate sustainability*" corroborates this holistic vision of sustainability. The sustainability report is therefore presented as a "model for corporate sustainability" (B).⁸⁷

B. *The corporate sustainability*

16.- A "corporate sustainability"? - The most notable contribution of the CSRD can certainly be seen in the use of the expression "corporate sustainability" and the philosophy behind it. The text refers successively to "corporate sustainability information"⁸⁸ and to "corporate sustainability reporting".^{89 and 90} The eleventh⁹¹ and fifteenth⁹² recitals refer to corporate sustainability without defining it.

83 EFRAG, *Ibid.*, § 38, p. 10; EFRAG, "ESRS 2 General disclosures", § 56, p. 15.

84 Paragraph 57 of ESRS 2, as it would result from the European Commission's delegated act if adopted as it stands, reads as follows: "When all the Disclosure Requirements in a topical ESRS are omitted because the topic is assessed not to be material for the undertaking, the undertaking may provide a brief explanation of the conclusions of its materiality assessment for the topic in question" (annex 1, "European sustainability reporting standards", draft delegated regulation supplementing Directive 2013/34/UE, § 57, p. 52). Paragraph 38 of ESRS 1, as it would result from the delegated act if adopted as it stands, goes in the same direction (*ibid.*, § 31, p. 7).

85 For a study of the concept of "stakeholders" at the heart of the CSRD, see *inclure ici la référence de l'article de Théo Vuarnet publié dans la présente revue.*

86 N. NOTAT, J.-D. SÉNARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, 9 mars 2018, p. 38.

87 The expression is borrowed from French Professor B. PARANCE, in the title of her aforementioned article.

88 CSRD Directive, recitals 11 and 15. In the French version of the text, "corporate sustainability information" is translated as "*informations en matière de durabilité des entreprises*".

89 CSRD Directive, title, recitals 9 and 21. Numerous references are also made in the body of the directive. In the French version of the text, "corporate sustainability reporting" is translated as "*publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises*".

90 J.-B. BARBIERI also made this observation at the stage of the directive proposal (J.-B. BARBIERI, *supra*, p. 99).

91 CSRD Directive, recital 11: "*There has been a very significant increase in demand for corporate sustainability information in recent years, especially on the part of the investment community. (...)*".

92 *Ibid.*, recital 15: "*The Commission report on the review clauses and its accompanying fitness check also identified a significant increase in requests to undertakings for information about sustainability matters aimed at addressing the existing information gap between users' information needs and the*

The above-mentioned 2019 Commission guidelines had in fact already referred to corporate sustainability.⁹³ In addition, the notion of “corporate sustainability”⁹⁴ is at the heart of the “Sustainable Corporate Governance initiative”, which aims to better align the interests of companies, their shareholders, managers, stakeholders and society. It would help companies to better manage sustainability-related matters in their own operations and value chains.⁹⁵

Alongside the expression “corporate sustainability” we find that of “sustainable enterprise” specifically in the discourse of the ILO⁹⁶ which links it to the concept of decent work.⁹⁷ The 2007 International Labour Conference, which founded a program to promote sustainable enterprises,⁹⁸ defines sustainable enterprises as economic entities pursuing profit through fair competition but being socially useful and contributing to social development by providing goods and services produced in accordance with ethical practices.⁹⁹ Enterprises are thus entrusted with the mission “to create a sustainable society through business activities comprehensively reflecting economic, environmental, and social aspects”.¹⁰⁰ While the expression “sustainable enterprise” seems to be confined to ILO discourse, “corporate sustain-

available corporate sustainability information. (...)”

93 European Commission, Communication, “Guidelines on non-financial reporting: Supplement on climate-related information”, *op. cit.* p. 2: “Without sufficient, reliable and comparable sustainability-related information from investee companies, the financial sector cannot efficiently direct capital to investments that drive solutions to the sustainability crises we face (...)”. The French version of these guidelines is even more revealing, using the expression “durabilité de l’entreprise” (corporate sustainability): « Si les entreprises susceptibles de recevoir des investissements ne communiquent pas suffisamment d’informations fiables et comparables sur leur durabilité (...) ».

94 Translated into french by « entreprise durable ».

95 https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance_en.

See also the European Parliament resolution on sustainable corporate governance of 17 December 2020.

96 See in particular: International Labour Conference, 96th session, *Report VI. The promotion of sustainable enterprises*, sixth item on the agenda, Geneva, 2007; International Labour Conference, 98th Session, *Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, Geneva, 2008; International Labour Conference, 99th Session, *Report VI. Employment policies for social justice and fair globalization*, Geneva, 2010; ILO, Report, *Sustainable enterprises: Creating more and better jobs*, 2014.

97 The concept of decent work was born at the eighty-seventh session of the ILC in 1999 (ILO, *Report of the Director-General to the 87th International Labour Conference: Decent Work*, Geneva, 1999). It is one of the organisation’s priorities. Indeed, in his above-mentioned report, the Director-General of the ILO refers to it in these terms: “The primary goal of the ILO today is to promote opportunities for women and men to obtain decent and productive work, in conditions of freedom, equity, security and human dignity”.

98 The strategic framework developed by the ILO to promote job creation through the development of sustainable enterprises is based on the following three pillars: the creation of an environment conducive to sustainable enterprises and employment (1), the creation of sustainable and responsible workplaces (2), and the development of entrepreneurship and economic activity (3).

99 International Labour Conference, 96th session, *Report VI. The promotion of sustainable enterprises*, sixth item on the agenda, Geneva, 2007, p. 6.

100 *Ibid.*

ability” is gradually gaining ground in the literature,¹⁰¹ the work of the UN¹⁰² and is now being incorporated into EU law.

17.- An expected contribution from companies to sustainable development. - Not only does the CSRD tie in with sustainable development from the outset, but above all it seems to set a course for companies: that of making a positive contribution to sustainable development in general,¹⁰³ and to the objectives of sustainable development in particular.¹⁰⁴ The idea of companies making a commitment to sustainable development is not new, and flexible law has been guiding companies in this direction for decades.¹⁰⁵ The Johannesburg Declaration (2002) illustrates

¹⁰¹ See in particular B. SHEEHY, F. FARNETI, “Corporate Social Responsibility, Sustainability, Sustainable Development and Corporate Sustainability: What Is the Difference, and Does It Matter?”, *Sustainability*, 2021, 13, 5965; T. DYLLICK, K. HOCKERTS, “Beyond the Business Case for Corporate Sustainability”, *Business Strategy and the Environment*, March 2002, p. 130.

¹⁰² UN report, *Blueprint for corporate sustainability leadership*, 2010. It should be noted, however, that in the French version of this report the English expression “corporate sustainability” is translated as “développement durable des entreprises” and not as “durabilité des entreprises”.

¹⁰³ While the beginnings of this concept can be found in the 1972 Report of the Club of Rome and the 1972 Stockholm Declaration, the now famous definition of sustainable development was established fifteen years later in the Brundtland Report as development that “meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs” (Brundtland Report, « Our Common Future », 1987, p. 15). On page 34, after recalling the definition of sustainable development, the report states that it is “far from requiring the cessation of economic growth”. The Brundtland report went on to define sustainable development more broadly, but it is a definition that is rarely mentioned: “In its broadest sense, the strategy for sustainable development aims to promote harmony among human beings and between humanity and nature” (p. 50).

¹⁰⁴ In the sixth recital, sustainability is linked to the United Nations 2030 Agenda (resolution of 25 September 2015, A/RES/70/1): “The 2030 Agenda has at its core the UN Sustainable Development Goals (SDGs) and covers the three dimensions of sustainability: economic, social and environmental”. The directive is therefore part of the sustainable development dynamic as it has existed since the 1987 Brundtland Report, which seems logical insofar as the European Union has long affirmed its ambition to be a pioneer in this area and in achieving the various SDGs. Indeed, the explanatory memorandum to the proposed CSRD directive set the objective of the proposal to “contribute to the transition towards a fully sustainable and inclusive economic and financial system in accordance with the European Green Deal and the UN Sustainable Development Goals” (COM/2021/189 final, p. 3).

¹⁰⁵ In the various texts that have contributed to the construction of sustainable development, the role of business in this process has already been emphasised. As early as the Brundtland Report (1987), elements were included in this vision: “Transnational corporations have a special responsibility to smooth the path of industrialization in the nations in which they operate.” (Chairman’s Foreword, §68); “Industry takes materials from the natural resource base and introduces both products and pollution into the human environment. It has the power to improve or damage the environment; it invariably does both” (Chapter 8, § 3); “(...) national governments should clearly define environmental objectives and require industrial companies to implement environmental laws, regulations, incentives and standards” (Chapter 8, p. 171); “Industry’s response to pollution and resource degradation has not been and should not be limited to compliance with regulations. It should accept a broad sense of social responsibility and ensure an awareness of environmental considerations at a levels. Towards this end, all industrial enterprises, trade associations, and labour unions should establish company wide or industry-wide policies concerning resource and environmental management (...)” (Chapter 8, § 61). Agenda 21 (1992) is also clear on this point: it states that “governments should encourage the establishment and operations of sustainably managed enterprises” (point 30.19, p. 414) and point 30.22 states that “business and industry, including transnational corporations, should be encouraged to establish world-wide corporate policies on sustainable development”. Ten years later, the Johannesburg Declaration (2002) shared this vision, extending it to the private sector as a whole, and not just industrial companies: “We agree that in pursuit of its legitimate activities the

this by stating in paragraph 27 that “*in pursuit of its legitimate activities the private sector, including both large and small companies, has a duty to contribute to the evolution of equitable and sustainable communities and societies*”.

There is a plethora of literature highlighting the benefits for companies of moving in this direction.¹⁰⁶ For example, the guide for business action on the SDGs developed by the *SDG Compass*¹⁰⁷ (2018) stresses the competitive advantage that companies will have if they are the first to transform their business model to bring it into line with the SDGs.¹⁰⁸ In the same vein, the comments on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises underlined the economic benefits for business of implementing an environmental management system (reduced operating and insurance costs, improved energy and resource conservation, reduced compliance and liability charges, improved access to capital and skills, improved customer satisfaction, and improved community and public relations).¹⁰⁹

But corporate sustainability reconsiders the company’s place at the heart of sustainability issues, going beyond the company’s interest in committing itself to this path and going beyond minimising its negative impact on society. In that way, the global vision of sustainability promoted by the CSRD supports this, by defining the impact as “*the undertaking’s contribution, negative or positive, to sustainable development*”.¹¹⁰ This dynamic is strongly confirmed by the CS3D proposal, which expresses it unambiguously. The fourteenth recital of the directive states that “*this Directive aims to ensure that companies active in the internal market contribute to sustainable development and the sustainability transition of economies and societies (...)*”.¹¹¹

private sector, including both large and small companies, has a duty to contribute to the evolution of equitable and sustainable communities and societies.” (§ 27). More recently and concomitantly with the development of the seventeen SDGs, the resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015 encourages “all businesses to apply their creativity and innovation to solving sustainable development challenges. (...)” (§ 67).

106 For a summary of the opportunities of the SDGs for the private sector, see e.g. : OECD, Policy note on sustainability, *Business for 2030 : Putting the SDGs at the core*, 2018.

107 Developed by GRI, the UN Global Compact and the World Business Council for Sustainable Development (WBCSD).

108 SDG Compass, *The guide for business action on the SDGS*, 2018, p. 8.

109 OECD, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011 ed., p. 44.

110 EFRAG, *Draft European sustainability reporting standards*, “Appendix VI, Acronyms and glossary of terms”, p. 28. The European Commission’s draft delegated regulation also uses this definition (Annex II, “Acronyms and glossary of terms”, draft delegated regulation supplementing Directive 2013/34/EU, p. 29).

See also, on the notion of impact and its measurement, the report by the French institution France Stratégie published in February 2023 under the title *Impact(s), responsabilité et performance globale*.

111 Commission, Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM (2022) 71 final, 23 February 2022, recital 14.

18.- The corporate sustainability in the CSRD. In the CSRD, we find the expressions “corporate sustainability reporting”¹¹² and ¹¹³ and “corporate sustainability information”.¹¹⁴ It may lead to think that “corporate sustainability information” is the information communicated by companies about sustainability, and not the information regarding the sustainability of the company. As Jean-Baptiste Barbieri underlined at the CSRD proposal stage, the term “sustainability” can refer both to the term that follows it, i.e. “reporting” or “information”, and to the term that precedes it, “corporate”.¹¹⁵ He concludes that “it would therefore be necessary to publish either information on sustainability, in a corporate context (corporate sustainability reporting), or information on corporate sustainability (corporate sustainability reporting)”.¹¹⁶ In our view, the directive takes the latter approach. An additional claim leads to this path: the passage from the activities of the company to the company as a whole. Before the CSRD, extra-financial information included a description by the company of the “impact of its activity”.¹¹⁷ From now on, sustainability information will include information that enables us to understand “the undertaking’s impacts on sustainability matters”.¹¹⁸ It is no longer just the company’s activities that must be sustainable, but the company that must aim for sustainability.

19.- Managing companies to ensure their sustainability. - Companies managed to ensure sustainability, this was the wish announced by Agenda 21 in 1992,¹¹⁹ and the CSRD directive gives concrete expression to this today. In the words of French Professor Benoît Lecourt, “this new term ‘sustainability’ (...) sets the tone and in itself reveals the ambitious nature of the text: the aim is to go beyond the publication of information relating to environmental and social issues and to publish information on the way in which large companies are managed (...)”.¹²⁰

¹¹² Which is translated in french as “*publication d’informations en matière de durabilité par les entreprises*”.

¹¹³ Directive CSRD, title of the directive, recitals. 9 and 21.

¹¹⁴ Which is translated as “*informations en matière de durabilité des entreprises*”.

¹¹⁵ J.-B. BARBIERI, *op. cit.* p. 99.

¹¹⁶ *Ibid.* The exact quote in its original version is as follows: « *Il faudrait donc publier soit des informations quant à la durabilité, dans un contexte sociétaire (corporate sustainability reporting), soit des informations sur la durabilité sociétaire (corporate sustainability reporting).* »

¹¹⁷ Art. 19a, 1 of Directive 2013/34 as it stood between the adoption of the NFRD and the CSRD, read as follows: “1. *Large undertakings (...) shall include in the management report a non-financial statement containing information to the extent necessary for an understanding of the undertaking’s development, performance, position and impact of its activity, (...)*”.

¹¹⁸ Art. 19a of Directive 2013/34 in its consolidated version now refers to “*the undertaking’s impacts on sustainability matters (...)*” (art. 19a, 1.; art. 19a, 2, a), iv)).

¹¹⁹ UN, Rio Earth Summit, “Agenda 21”, 1992, point 30.19: “*Governments should encourage the establishment and operations of sustainably managed enterprises*”. In the French version : « *Les gouvernements devraient faciliter la création et le fonctionnement d’entreprises gérées de façon à assurer leur durabilité.* »

¹²⁰ B. LECOURT, *supra*, p. 639. The exact quote in its original version is as follows: « *Ce nouveau terme “durabilité” [...] donne le ton et révèle à lui seul le caractère ambitieux du texte : il s’agit d’aller au-delà de la publication d’informations relatives aux questions environnementales et sociales et de publier des informations sur la façon dont les grandes sociétés sont gérées [...].*”

Indeed, the CSRD Directive affects the management of companies by requiring the publication of information on the sustainability targets set by them and the progress made towards achieving them, the business strategy, and information about it, and the resilience of the business model and strategy in relation to risks related to sustainability matters.¹²¹ The fourteenth recital refers to “the efforts of undertakings to ensure that their business models and activities are sustainable”. The structure of the draft ESRS also reflects the directive’s managerial approach. Each standard is divided into three pillars: general disclosures (governance, business model and strategy); impact, risk and opportunity management, and metrics and targets.¹²² Finally, it is not insignificant that this information must be published in the management report.

20.- Towards guiding the behaviour of companies. - In addition to informing market players, the CSRD aims to “steer companies in a more sustainable and long-term direction”.¹²³ The directive thus goes beyond a simple reporting obligation, as it contains the seeds of an obligation for companies to have a sustainability strategy with specified objectives. The CSRD’s holistic vision of sustainability is thus accompanied by a redefinition of the obligations of companies (II).

I. A redefinition of obligations

21.- Plan. - Formally, the CSRD contains disclosure requirements, as was also provided for in the NFRD. However, the obligations have been strengthened, since they are no longer subject to the “*comply or explain*” principle. Moreover, the disclosure requirements are more action-oriented than before (A). The monitoring of compliance with these obligations has also been significantly strengthened, although the penalties for non-compliance have not been standardised across Europe. The change in terminology, abandoning the term “extra-financial”, reflects the desire to make sustainability information as important as the information provided in the financial statements, and to place it in an accounting dynamic, in line with what is required for the latter. The CSRD therefore requires assurance of sustainability reporting (B).

In the same vein, see N. CUZACQ, *supra*, p. 82: “in the future, management and the law will have to refine the features of a sustainable company”, “the European Union is beginning to draw up a standard for a sustainable company (...)”.

¹²¹ CSRD Directive, recital 30; Directive 2013/34 in its consolidated version, art. 19a, 2, a).

¹²² This structure is also in line with the ISSB and TCFD frameworks.

¹²³ European commission, Communication, “Action Plan: Financing Sustainable Growth”, *op. cit.*, p. 3: “Corporate transparency on sustainability will not only inform market participants, but also help to steer companies in a more sustainable and long-term direction”.

A. Strengthened and action-oriented reporting obligations

22.- A strengthening of obligations by abandoning the “comply or explain” principle¹²⁴. - The obligations on companies are strengthened, not only because the fields covered by the information are multiplied (this has been studied above), but also because the CSRD clears the way by abandoning the “comply or explain” principle¹²⁵ which prevailed under the NFRD. The NFRD left some degree of freedom for companies: if an undertaking did not apply a policy relating to one of the “extra-financial” risks, the statement had to clearly explain the reasons for this failure. The provision for this in the old version of article 19a 1. of directive 2013/34 has not been reproduced by the CSRD, thus indicating renunciation of this principle. In the EFRAG’s draft standard setting out the general requirements (ESRS 1), the rule is as follows: “When reporting on policies, actions and targets in relation to a sustainability matter, the undertaking shall include the information prescribed by all the Disclosure Requirements in the topical ESRS related to that matter and in the corresponding Disclosure Contents on policies, actions, and targets required under ESRS 2 (including their datapoints). However, if the undertaking cannot disclose the information prescribed by either the Disclosure Requirements in the topical ESRS or the Disclosure Contents in ESRS 2 (including their datapoints) on policies, actions and targets, because it has not implemented the respective policies, actions and targets, it shall disclose this to be the case and it may report a timeframe in which it aims to have these in place”.¹²⁶ Thus, the company must disclose that it has not implemented the necessary policies and actions: the text no longer leaves room for justification.

However, residual traces of the mechanism remain. On the one hand, for the first three years of the application of the directive there is an exemption for undertakings from the obligation to provide information on the entire value chain,¹²⁷ on condition that an enhanced “comply or explain” is provided,¹²⁸ and ¹²⁹ but the aim is ultimately to abandon the mechanism. On the other hand, a transitional regime for SMEs listed on regulated markets is provided for: until 2028, they may decide not to include in their management report the sustainability information. In such cases,

¹²⁴ For a detailed study of the residue of the “comply or explain” mechanism in the CSRD system, see C. TREBERT, *insérer la référence exacte de son article dans la présente revue lorsqu’elle sera disponible*.

¹²⁵ Art. 19a 1. of Directive 2013/34 as it stood between the adoption of the NFRD and the CSRD, read as follows: “Where the undertaking does not pursue policies in relation to one or more of those matters, the non-financial statement shall provide a clear and reasoned explanation for not doing so”. In French law, this is found in art. R. 225-105 I of the French Commercial Code.

¹²⁶ EFRAG, Draft European sustainability reporting standards, “ESRS 1 General requirements”, § 34, p. 10.

¹²⁷ Only in the event that not all the necessary information regarding its value chain is available.

¹²⁸ Directive 2013/34 in its consolidated version, art. 19a 3; Directive CSRD, recital 33.

¹²⁹ The undertaking shall explain the efforts made to obtain the necessary information about its value chain, the reasons why not all of the necessary information could be obtained, and its plans to obtain the necessary information in the future.

the undertaking shall, nevertheless, briefly state in its management report why the sustainability reporting was not provided.¹³⁰ In addition, companies are allowed a certain degree of freedom. In particular, they may deviate from the definitions of the short, medium and long term set out in the draft standards, provided that the company discloses the reasons justifying the application of its own definitions rather than that of the draft standard.¹³¹

Finally, the CSRD will not have been an opportunity to definitively remove the corporate governance statement from the “comply or explain”. The latter still applies to the diversity policy set out in Article 20 of the consolidated Directive 2013/34.¹³²

23.- Action-oriented information obligations. - Formally, the CSRD system includes information obligations, multiplying their number compared to the NFRD system. In substance however, the border between obligations to inform and obligations to act sometimes seems very fine.

Firstly, to be effective, the transparency obligation requires reporting to be organised within the company and therefore implies several obligations¹³³ (implementation of management tools, control of the effectiveness of the information system, selection of information, *etc.*).¹³⁴ In this respect, the *Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris*¹³⁵ stressed in a recent report that, for the most part, reporting obligations require underlying organisational rules.¹³⁶

Above all, the materiality assessment method described above allows the identification of the negative points that need to be corrected and acted upon. Identifying a risk or an opportunity is in fact the first step in materiality assessment, which leads companies to identify elements that they might find difficult to display with pride. For example, the company of our previous example (I.-,A.-), which have a business relationship with a mine in which children were exploited, would probably

¹³⁰ Directive 2013/34 in its consolidated version, art. 19a 7.

¹³¹ EFRAG, Draft European sustainability reporting standards, “ESRS 2 General disclosures”, *op. cit.* p. 6: when it has deviated from the medium- or long-term time horizons defined by draft ESRS 1, the undertaking shall describe its definitions of each horizon and the reasons for applying those definitions. The ESRS 2 standard, as set out in Annex 1 to the Commission’s draft delegated regulation, is also along these lines (see Annex 1, “European sustainability reporting standards”, draft delegated regulation supplementing Directive 2013/34/UE, § 9, p. 41).

¹³² Article 20, 1, f) of the Directive 2013/34 in its consolidated version: “(...) *If no such policy is applied, the statement shall contain an explanation as to why that is the case*”.

¹³³ For a study of obligations to act in company law, see S. KOUHAIZ, *Les obligations de faire en droit des sociétés*, IRJS Éditions, 2020, 532 pp.

¹³⁴ This comment is not specific to the CSRD; the NFRD was already moving in this direction, in particular by requiring the publication of “non-financial key performance indicators” (the CSRD now refers to “indicators” as standardised by the information standards). Such publication of information requires the prior development of these indicators as well as the tools and methods for monitoring their development.

¹³⁵ French institution that produces legal analyses and makes them public. It is made up of lawyers, academics and other qualified personalities.

¹³⁶ Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, *op. cit.* p. 48.

prefer to change its commercial partner rather than risk seriously damaging its reputation disclosing this situation.

Finally, the disclosure of information on strategy, targets and policies presupposes the existence of such elements, unless it is assumed that nothing will be done in all of these. Undertakings are not directly bound by the CSRD to have policies on sustainability issues. According to the EFRAG's draft ESRS 1, the undertaking will be legally obliged ("shall") to communicate that it has not implemented the policies and actions necessary to obtain the required information on sustainability, and it will be able ("may") to indicate the timeframe within which it aims to put these policies and actions in place.^{137 and 138} Paragraph 34 of the draft ESRS 1 reads as follows: *"if the undertaking cannot disclose the information prescribed (...) because it has not implemented the respective policies, actions and targets, it shall disclose this to be the case and it may report a timeframe in which it aims to have these in place"*.¹³⁹ This wording in terms of possibility, "it may",¹⁴⁰ qualifies the observation that could have been made of a clearly substantial change. This wording is also used in the various draft topical standards.¹⁴¹

24.- Communication of transition plans. - In the same vein, companies must report on their plans for the compatibility of their business model and strategy with limiting global warming and the objective of climate neutrality.¹⁴² On this point, the recitals are more cautious than the body of the directive, since, although recital 30 refers to *"any plans [the undertakings] may have"*,¹⁴³ the information provided in Article 1 of the CSRD includes *"a brief description of the undertaking's business model and strategy, indicating: (...) the plans of the undertaking (...) to ensure that*

¹³⁷ EFRAG, Draft European sustainability reporting standards, "ESRS 1 General requirements", § 34, p. 10 : *"if the undertaking cannot disclose the information prescribed by either the Disclosure Requirements in the topical ESRS or the Disclosure Contents in ESRS 2 (including their datapoints) on policies, actions and targets, because it has not implemented the respective policies, actions and targets, it shall disclose this to be the case and it may report a timeframe in which it aims to have these in place"*.

¹³⁸ The Commission's draft delegated regulation published in June 2023 is also along these lines. See the comparative table appended to this contribution.

¹³⁹ EFRAG, "ESRS 1 General requirements", *Draft european sustainability reporting standards*, § 34, p. 10.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 5: "may disclose – indicates voluntary disclosure to encourage good practice".

¹⁴¹ By way of illustration, for information relating to the negative impact on workers and the channels available to them for reporting their concerns, it is stipulated that if the company cannot disclose the required information because it has not adopted a whistleblowing channel for workers, then it *must* disclose this and *may at the same time* indicate the timeframe within which it intends to set up this system (Efrag, Draft European sustainability reporting standards, "ESRS S1 Own workforce", p. 11).

¹⁴² Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and of the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999, known as the "European Climate Act", Article 1 of which establishes a binding objective of climate neutrality in the Union by 2050 with a view to achieving the long-term temperature objective set out in Article 2(1)(a) of the Paris Agreement.

¹⁴³ CSRD Directive, recital 30.

its business model and strategy are compatible with the transition to a sustainable economy and with the limiting of global warming to 1,5 °C in line with the Paris Agreement (...),¹⁴⁴ thus abandoning the any reference to eventuality. This provision could be read as an implicit obligation for companies to adopt a climate or transition plan.¹⁴⁵ Article 15 of the CS3D proposal requires companies to adopt such a plan.

In addition, the draft standard ESRS E1, which it is not yet known whether it will be part of the information that will always be required to be published as explained above (I.A), (I.-, A.-), sets out detailed requirements for the content of these plans.¹⁴⁶ and ¹⁴⁷ Paragraph 16 of this standard states that “*in case the undertaking does not have a transition plan in place, it shall indicate whether and, if so, when it will adopt a transition plan*”¹⁴⁸. Formally, therefore, there is no obligation for a company to draw up such a plan. On the other hand, if it does not, it must indicate this in the management report. Moreover, if it communicates its intention to introduce a climate plan, it cannot simply justify that it intends to initiate the process but must back up this information with a concrete data: the planned implementation date. In this situation, companies are subject to the obligation to set a deadline, but the choice of the deadline remains up to them. A question arises: what will be the legal consequences for a company that has not adopted a climate plan once the deadline, previously set by the company in a previous management report, has passed? This is something that activist shareholders and civil society could be able to mobilise.

As a reminder, the company is not directly obliged by the CSRD to implement the policies raised by the latter. In substance, however, as justifications or deliberately vague promises are not allowed, the information “the company has not adopted or implemented a transition plan and does not intend to adopt one” could be

¹⁴⁴ Directive CSRD, art. 1. 4; Directive 2013/34 in its consolidated version, art. 19a, 2, a).

¹⁴⁵ T. ARONS, M. LOKIN, “The Corporate Climate Transition Plan: How to Ensure Companies are Paris - Proof”, *Tijdschrift Ondernemingsrecht* 2023/35, april 2023, p. 249.

¹⁴⁶ EFRAG, Draft European sustainability reporting standards, “ESRS E1 Climate change”, § 15, p. 6; *Ibid*, Appendix B, p. 21.

In addition, the transition plan is defined by EFRAG as “an aspect of the undertaking’s overall strategy that lays out the entity’s targets and actions for its transition towards a lower-carbon economy, including actions such as reducing its GHG emissions and with the objective of limiting climate change to 1.5° C and climate neutrality” (*Ibid.*, Annex A, p. 20).

¹⁴⁷ The draft delegated regulation proposed by the European Commission in June 2023 includes the requirements for the content of such plans, but unlike the EFRAG’s draft, it excludes ESRS E1 from the information that is still mandatory.

¹⁴⁸ EFRAG, “ESRS E1 Climate change”, *Draft european sustainability reporting standards*, § 16, p. 6.; Annex 1, “European sustainability reporting standards”, draft delegated regulation supplementing Directive 2013/34/UE, § 17, p. 72.

very poorly received by the information users. Indeed, the fears associated with the climate emergency are spreading to consumers,¹⁴⁹ investors¹⁵⁰ and employees¹⁵¹ alike.

Finally, the European Parliament's position adopted on June 2023 on the "CS3D" proposal¹⁵² reveals the influence of the "CSRD" Directive (obligations to say) on the future of "CS3D" (obligations to act). In particular, the European Parliament has adopted an amendment proposed by the ENVI Committee last February¹⁵³ to Article 15 of the "CS3D" proposal. This amendment substantially aligns Article 15 (on climate transition plans) with the "CSRD" Directive.¹⁵⁴ It plans to include in this article a reference to the disclosure requirements set out in the "CSRD" directive (the proposed amendment especially mentions Articles 19a 2, a), iii) and 29a, 2, a, iii) of Directive 2013/34 in its consolidated version). In addition, it adds to article 15 a description of

149 A whole range of semantics are being used to describe these consumers: *consom'actor*, *committed consumer*, *responsible consumer*, *citizen or ethical consumer*, *etc.* By way of illustration, Eurobarometer 468 highlights the trend towards awareness of the individual and voluntary role that consumers can play. The response to question QD5.1 shows that more than eight out of ten Europeans (87 %) agree that, as individuals, they can play a role in protecting the environment (Special Eurobarometer, 468 "Attitudes of European citizens towards the environment", 2017, p. 12). Furthermore, 7 out of 10 French people say they see the link between their consumption choices and the future of the planet, according to the fifteenth edition of the *GreenFlex* and *ADEME* Responsible Consumption Barometer published in 2022 (in French).

150 For a recent example, in April 2023, a coalition of 34 responsible investors asked the French Minister for the Economy to use the reindustrialisation bill to regulate the climate resolutions submitted by companies to a shareholder vote. They are calling for certain key indicators to be communicated by management to shareholders on a mandatory basis (e.g. the company's net-zero trajectory by 2050 and its short- and medium-term greenhouse gas emission reduction targets for the three scopes). They are also calling for a review of the legislative framework to facilitate such "*say on climate*".

151 Environmentally aware employees are no longer confining their environmental responsibility to the private sphere and now want to extend it to the workplace. In France, a "Manifesto for an Ecological" Awakening ("*manifeste pour un reveil écologique*") was published in 2019 on the initiative of several students. It calls for people to work for employers whose activities are consistent with the ecological emergency. It has received a considerable response (more than 31,000 students have signed it). In addition, a study conducted by *Ekodev* and published in 2017 revealed that almost 80% of employees consider CSR to be important in the life of their company and would like to become more involved in these initiatives. There is therefore a challenge in terms of internal and external employer brand.

152 Amendments (1) adopted by the European Parliament on 1 June 2023 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)). Available online here: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html.

153 European Parliament, Opinion of the Committee on the Environment, Public Health and Food Safety for the Committee on Legal Affairs on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, 10 Feb. 2023, p. 53. Available online: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/ENVI-AD-734465_EN.pdf.

154 It should be noted that the report also proposes aligning the scope of these two directives, taking as a reference the more ambitious scope (that of CSRD directive).

the content required for these plans,¹⁵⁵ clearly aligning itself with the body of legislation resulting from the “CSRD” directive.¹⁵⁶

25.- The role of the Board of Directors and management bodies in relation to sustainability issues. - Under the CSRD, information must also be disclosed on the role of the Board of Directors (BoDs) and senior management in relation to sustainability matters.¹⁵⁷ BoDs are also required to provide information on how the undertaking’s business model and strategy take account of the interests of the undertaking’s stakeholders and of the impacts of the undertaking on sustainability matters.¹⁵⁸ Finally, there is only one little step to take to achieve the “directors’ duty of care” proposed in Article 25 of the CS3D proposal. This article states that sustainability issues must be considered as a part of directors’ duties¹⁵⁹ (“*directors of companies (...) take into account the consequences of their decisions for sustainability matters, including, where applicable, human rights, climate change and environmental consequences, including in the short, medium and long term*”). Although some fears have been expressed about the adoption of Article 25 in view

¹⁵⁵ The proposed wording by the CS3D proposal of the second paragraph of this Article 15 is as follows: “*This plan shall include a description of: (a) the resilience of the company’s business model and strategy to risks related to climate matters; (b) the opportunities for the company related to climate matters; (c) an identification and explanation of decarbonization levers within the company’s operations and value chain, including the exposure of the company to coal-, oil- and gas-related activities, as referred to in Articles 19a(2), point (a)(iii), and 29a(2), point (a)(iii), of Directive 2013/34/EU; (d) how the company’s business model and strategy take account of the interests of the company’s stakeholders and of the impacts of the company on climate change; (e) how the company’s strategy has been implemented and will be implemented with regard to climate matters, including related financial and investment plans; (f) the time-bound, science-based targets related to climate change set by the company for scope 1, 2 and, where relevant, 3 emissions, including absolute emission reduction targets for greenhouse gas for 2030 and in five-year steps up to 2050, a description of the progress the company has made towards achieving those targets; (g) a description of the role of the administrative, management and supervisory bodies with regard to climate matters*”.

There is a clear parallel with the content of the articles expressly cited by the amendment, but also with Article 19a, 2, a), iv) and v) of the consolidated Directive 2013/34, as well as with recitals 30 and 47 of the CRSD Directive and with paragraph 15 of the draft ESRS E and Annex B specifying this latter.

¹⁵⁶ There is a clear parallel with the content of the articles expressly cited by the amendment, but also with Article 19a, 2, a), iv) and v) of the consolidated Directive 2013/34, as well as with recitals 30 and 47 of the CRSD Directive and with paragraph 15 of the draft ESRS E and Annex B specifying this latter.

¹⁵⁷ Directive 2013/34 in its consolidated version, Art. 19a, 2, c).

¹⁵⁸ *Ibid.*, Art. 19a, 2, a), iv).

¹⁵⁹ See M. OLAERTS, “Corporate sustainability and the duty of care of directors”, *Ondernemingsrecht* 2023/38, April 2023, p. 281. The author stresses in this respect that these developments are in line with the directions taken by French, Dutch and German law. Article L. 225-64 of the French Commercial Code recently introduced consideration of social, environmental, cultural and sporting issues. This article, which applies to French public companies (SA’s), states that: “[*The Board of Directors*] determines the direction of the company’s business and ensures that it is implemented in accordance with its corporate interests, considering the social, environmental, cultural and sporting aspects of its business” (In French original version : « [*Le conseil d’administration*] détermine les orientations de l’activité de la société et veille à leur mise en œuvre, conformément à son intérêt social, en considérant les enjeux sociaux, environnementaux, culturels et sportifs de son activité »).

of the Council's position on the matter,¹⁶⁰ the CSRD Directive, for its part, has been adopted. Thus, the Boards of Directors of large companies will have to take sustainability into account when defining their strategy, even in the absence of Article 25 of the CS₃D proposal.

26.- Monitoring compliance with obligations. - The obligations imposed by the CSRD are therefore obligations to say, freed from the “comply or explain” principle, and strongly oriented towards action. The monitoring of compliance with these obligations has also been significantly strengthened, although the penalties for non-compliance have not been standardised at European level (B).

B. More controlled enforcement of obligations with contrasting consequences

27.- Verification and assurance of sustainability information. - Under the old regime (NFRD), European Union law allowed, but did not require, Member States to introduce verification of extra-financial information by an independent third party. Only three states had introduced it: France,¹⁶¹ Italy and Spain. As for the CSRD directive, it requires assurance of sustainability information, which will be added to the auditing of accounts. On the basis of a limited assurance mission in the first instance, the statutory auditors or independent assurance service providers will have to issue an opinion on the compliance of the sustainability information with the directive requirements (and standardisation) and the process of identifying the information to be published carried out by the undertaking (described above, *I.A*). Ultimately, the aim is to have a similar level of assurance for financial and sustainability information through a reasonable assurance engagement.¹⁶² The Directive lists several requirements to which independent assurance providers will be subjected,¹⁶³ which will not be detailed in this contribution.

In the initial version of the drafts ESRS, a rebuttable materiality presumption was established, whereby all sustainability information was presumed to be material and therefore had to be disclosed by the undertaking unless there was evidence of the contrary. This presumption has been removed in the final version of the draft

¹⁶⁰ Article 25 was deleted in the Council's compromise text published on 30 November 2022.

¹⁶¹ Under the French system, the statutory auditor draws up a certificate attesting to the presence of the information in the management report (C. com., art. L. 823- 10, para. 4). In addition, the information contained in the DPEF (“*declaration de performance extra financière*”) is verified by an independent third-party organisation (OTI), whose opinion on the conformity and fairness of this declaration is sent to shareholders at the same time as the management report when companies exceed certain thresholds (€100 million in total assets or sales and 500 employees) (C. com., art. L. 225-102-1 V). Listed companies that do not meet these thresholds are not required to do so.

¹⁶² According to the sixtieth recital of the CSRD Directive, the conclusion of a limited assurance engagement is usually provided in a negative form of expression by stating that no matter has been identified by the practitioner to conclude that the subject matter is materially misstated. In a limited assurance engagement, the auditor performs fewer tests than in a reasonable assurance engagement.

¹⁶³ CSRD Directive, recital 61 and following.

standards published in November 2022. As a result, sustainability information assurance is paramount, as the publication of many disclosures depends on the undertaking's own assessment of the materiality of these matters. An undertaking's silence on an aspect of a topical standard that isn't part of the core information which is always mandatory will be taken as a negative conclusion of its assessment of the materiality of the issue. It will only have to explain this if it omits all the disclosure requirements of a thematic standard.¹⁶⁴ As for the European Commission's draft delegated regulation, it leaves it up to companies whether or not to explain the negative conclusions of its assessment of the materiality of a particular topic¹⁶⁵. Consequently, in order to avoid having to disclose information on a sustainability issue, a company could be tempted to distort the assessment of the materiality of this thorny issue.

This evolution introduced by the directive is nevertheless contrasted by the lack of uniformity at European level regarding the penalties applied in the event of poor or non-execution of the obligations resulting from the directive.

28.- The legal consequences of an assurance engagement revealing non-compliance with the requirements of the Directive. - The certification of information makes it possible to reveal false information so that sanctions can be applied accordingly.

The reputational sanction of “*name and shame*”¹⁶⁶ is common to all companies in the EU. In the event of a notice of non-compliance, or insufficient compliance, this notice will accompany the publication of the sustainability report. Publicity is wide-ranging in that all companies covered by the directive will have to make their management report public by posting it free of charge on the company's website.¹⁶⁷ Market players (consumers, investors, but also employees,¹⁶⁸ as noted above) are expected to react.

¹⁶⁴ EFRAG, Draft European sustainability reporting standards, “ESRS 1 General requirements”, § 38, p. 10.

¹⁶⁵ See § 14 of this contribution.

¹⁶⁶ See N. CUZACQ, “Le mécanisme du Name and Shame ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises”, *RTD com*, 2017, p.473.

¹⁶⁷ In France, the DPEF is published on the website within eight months of the end of the financial year and must be kept online for five years (art. R. 225-105-1, III, of the French Commercial Code).

¹⁶⁸ However, the economic penalty is not so obvious. As far as consumer choices are concerned, consumers still need to be offered accessible alternatives, and the inherent limits of purchasing power are constantly recalled in the debates. Secondly, as far as employees are concerned, while resignation allows an employee to terminate an employment contract on his or her own initiative, subject to certain conditions being met, it seems clear that the choice of leaving one's company is a difficult one, since an employee who resigns forfeits his or her salary and does not benefit from severance pay. Labour law could make this thorny decision easier for employees by introducing a conscience resignation clause (as exists for journalists) for the benefit of employees more generally. Following the example of consumers who boycott certain brands, employees could thus exercise a power of influence over companies. See I. VACARIE, « *L'implication écologique du salarié* » in *Droit du travail et droit de l'environnement*, Actes du Colloque de la SFDE, Toulouse, 30 September-1 October 1993. Collection « Droit et économie de l'environnement », 1994, p. 123.

29.- A lack of uniformity of sanctions at EU level. - Whether it is a question of sanctioning company bodies for inadequate reporting or sanctioning inadequate or non-compliant sustainability reporting assurance, there is no standardisation of sanctions at EU level.

Firstly, concerning the sanctioning of company bodies in the event of inadequate reporting, article 33 of Directive 2013/34/EU in its consolidated version formulates the collective responsibility of the administrative, management and supervisory bodies of companies. They are responsible for ensuring that the management information is drawn up and published in accordance with the requirements of the CSRD directive. Such responsibility already existed under the NFRD.

Then, the CSRD proposal was intended to strengthen the system of penalties provided for in Directive 2013/34 (accounting directive) by specifying the minimum types of sanctions and administrative measures that Member States should provide in the case of infringements of the Directive's requirements. It was proposed to add a second paragraph to article 51 of the Directive 2013/34, requiring Member States to provide for at least three administrative measures and sanctions: a public statement indicating the natural person or the legal entity responsible and the nature of the infringement, an order requiring this latter to cease the conduct constituting the infringement and to desist from any repetition of that conduct, and administrative pecuniary sanctions. The following paragraph of the same article specified the information and circumstances to be taken into account when determining the type and level of administrative measures and penalties.¹⁶⁹

But this step forward came up against a Council amendment rejecting it. There is no trace of this change in the final text of the "CSRD" directive, as the provision was deleted by a Council amendment.¹⁷⁰ Member States thus have a wide margin of maneuver to define the penalties in the case of infringements of the national provisions transposing the sustainability reporting requirements of the Accounting

¹⁶⁹ Proposal for a directive CSRD, art. 1, 12): "*Amendments to Directive 2013/34/EU (...) Article 51 is replaced by the following: (...)*

2. In case of a breach of the national provisions transposing Articles 19a, 19d and 29a, Member States shall provide for a least the following administrative measures and sanctions: (a) a public statement indicating the natural person or the legal entity responsible and the nature of the infringement; (b) an order requiring the natural person or the legal entity responsible to cease the conduct constituting the infringement and to desist from any repetition of that conduct; (c) administrative pecuniary sanctions.

3. Member States shall ensure that, when determining the type and level of penalties, administrative sanctions or measures referred to in paragraph 2, all relevant circumstances are taken into account, including: (a) the gravity and the duration of the breach; (b) the degree of responsibility of the natural person or legal entity responsible; (c) the financial strength of the natural person or legal entity responsible; (d) the importance of profits gained or losses avoided by the natural person or legal entity responsible, in so far as such profits or losses can be determined; (e) the losses sustained by third parties as a result of the breach, in so far as those losses can be determined; (f) the level of cooperation of the natural person or legal entity responsible with the competent authority; (g) previous infringements by the natural person or legal entity responsible."

¹⁷⁰ Council of the European Union, Document ST_6292_2022_INIT 18 February 2022, p. 6.

Directive. The sole condition that they take “all measures necessary to ensure that those penalties are enforced” and that “the penalties provided for [are] effective, proportionate and dissuasive”.¹⁷¹

Secondly, there is a similar requirement regarding the sanctioning of non-compliant sustainability information assurance. After detecting inadequate implementation of sustainability assurance thanks to an effective investigation system, member States shall apply “effective, proportionate and dissuasive sanctions in respect of statutory auditors and audit firms, where statutory audits or assurance of sustainability reporting are not carried out in conformity with the provisions adopted in the implementation of this Directive”.¹⁷²

As a result, the nature and level of penalties may differ from one Member State to another.

30.- Penalties envisaged in France when the directive is transposed. - Currently in France, there are no specific penalties for non-compliance with the French provisions transposing the NFRD Directive,¹⁷³ apart from a summary injunction procedure. Under this procedure, any person may ask the president of the commercial court, acting in summary proceedings, to order the board of directors or the management board to disclose the non-financial information required in the management report, subject to a penalty payment if necessary.¹⁷⁴ Where this request is granted, the penalty payment and the costs of the proceedings are to be borne, individually or jointly as the case may be, by the directors or members of the Management Board. Other sanctions, not specifically created to ensure compliance with the extra-financial report, are possible but often have to comply with strict conditions. They have been described in the legal literature, to which this contribution refers.¹⁷⁵

As part of the transposition of the CSRD Directive, Article 8 of the French draft legislation on green industry¹⁷⁶ provides for a mechanism to exclude economic operators who do not comply with sustainability reporting obligations from public

¹⁷¹ Directive 2013/24 in its consolidated version, art. 51.

¹⁷² CSRD Directive, art. 3, 20), amending art. 30 of Directive 2006/43/EC.

¹⁷³ French law requires companies to publish a « *declaration de performance extra-financière* » whose acronym is « DPEF » (a declaration of extra-financial performance) in their management report.

¹⁷⁴ Art. L. 225-102-4, II, of the French Commercial Code.

¹⁷⁵ See: P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement*, Bruylant, 2013, 878 pp. in particular p. 522-550 ; V. MERCIER, « La publication d’informations extra-financières devient un outil de pilotage stratégique de l’entreprise », in B. BRIGNON, I. GROSSI (dir.), *Les nouvelles contraintes des sociétés*, Joly, 2018, p. 65-85; A.-S. EPSTEIN, « Chapitre 14. Les objectifs climatiques publiés par les entreprises, nouvel Eldorado de la régulation par l’information », in C. COUNIL (dir.), *La fabrique d’un droit climatique au service de la trajectoire « 1,5 »*, Pedone, 2021, p. 293-322, in particular p. 304-316; Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, *op. cit.*, in particular p. 61-70.

¹⁷⁶ At the time of writing, the final stage in the process of adopting the law (“*loi industrie verte*”) is the presentation of the draft legislation to the French Council of Ministers on 16 May 2023.

procurement procedures and concession contracts. A similar mechanism yet exists in French law for due diligence plans: the Climate Resilience Act has effectively introduced the possibility of excluding companies that do not draw up a due diligence plan from public procurement and concession procedures.¹⁷⁷

Ultimately, making sustainability information reliable is one of the aspirations of the CSRD, which imposes the control and assurance of such information. This very substantial development introduced by the directive must, however, be qualified by the lack of ambition at European level regarding the sanctions attached to non-compliance with the directive's requirements. This weakness could be remedied by the future CS3D directive, in terms of the sanctions attached to the obligations to act, if the trialogue were equal to the scale of the sustainability challenges.¹⁷⁸ *“How are individuals in the real world to be persuaded or made to act in the common interest? The answer lies partly in (...) law enforcement. (...) Well-enforced laws and strict liability legislation can control harmful side effects”*.¹⁷⁹ The Brundtland Report recommended this as early as 1987.

Conclusion

31.- From extra-financial information to sustainability information, the evolution is not simply a change of term.

Far from being limited to a list of five factors, as a hasty reading of Article 2 of the CSRD might lead to conclude, sustainability raises the question of the contribution of the company, and the law governing it, to the sustainable development of societies. The sustainability penetrates the companies, through the channel of “corporate sustainability”, inviting them to act, and not just to communicate. This renewal of sustainability is reinforced by a redefinition of the obligations placed on companies: the fields covered by the required information are multiplied, the “*comply or explain*” approach is largely abandoned, and the information is controlled.

However, the scope of the CSRD system remains uncertain at the time of writing, as the draft delegated regulation published last June by the Commission clearly weakens it. The mandatory nature of certain disclosures has been abandoned (in particular those relating to the company's climate or employees, but also an explanation of why the company considers that a particular sustainability issue is not

¹⁷⁷ French law, “Loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets”, art. 35.

¹⁷⁸ However, in the proposal for a directive as of the date of publication of this contribution, climate change is the subject of a specific provision (art. 15 mentioned above), which is not covered by art. 22 providing for a civil liability mechanism in the event of non-compliance with the due diligence obligations set out in articles 7 and 8 of the proposal. To date, the text does not yet appear to be equal to the scale of the sustainability challenges. See A. STEVIGNON, « L'article 15 de la proposition de directive sur le devoir de vigilance : signe d'un renforcement normatif de la RSE ? », *RLDA* 7657, n° 189, février 2023, p. 15-21.

¹⁷⁹ Brundtland Report, *op. cit.*, Chapter 2, § 16 and 20.

material for it). Finally, while it maintains the publication requirement for the materiality assessment process, the draft delegated act nevertheless introduces some flexibility into this process. The binding force of the system is thus undermined.

The implications of the change in terminology have been examined in this contribution, but the choice made by French law of the term “*durabilité*” to replace the former term (“*extra-financier*”), could have been questioned. In English, a distinction is made between the term “durability” (to evoke the durability of a product over time) and the term “sustainability”, which corresponds to sustainability in its global vision. In French, we use the same term for two different meanings. In the context of the CSRD system, the two English terms are used. For example, the draft ESRS E5 standard uses the term “durability” to designate the sustainability of products in the context of the circular economy,¹⁸⁰ while the draft ESRS E3 standard (about water and marine resources) refers to the “*sustainable use of the oceans and seas*”¹⁸¹ to designate the sustainable use, in a broad sense, of water resources.

The use of the same French term “*durabilité*” to designate both “durability” and “sustainability” raises questions and reopens the now well-established lexicological debate concerning the choice of “*durable*” rather than “*soutenable*” when it came to translating “sustainable development”.¹⁸² In this respect, the French CSR platform (France *stratégie* – *Plateforme RSE*) expressed regret, before the adoption of the CSRD, that the French version of the proposal directive had been translated by the term “*durabilité*” and not “*soutenabilité*”. In her view, the latter term more clearly reflects the environmental and social issues at stake.¹⁸³

¹⁸⁰ EFRAG, Draft European sustainability reporting standards, “ESRS E5 Resource use and circular economy”, p. 8, 11 and 12: refers to *durability* as a design principle of the circular economy. Annex VI (glossary) also defines “durability” as the ability of a product, component or material to remain functional when used as intended. It should be noted that the definition given is consistent with that set out in directive 2019/771.

¹⁸¹ EFRAG, Draft European sustainability reporting standards, “ESRS E3 Water and marine resources”, p. 5.

¹⁸² See in particular. G. MONEDIAIRE, “Développement durable”, in M. TORRE-SCHAUB et al (dir.), *Dictionnaire juridique du changement climatique*, éd. Mare & Martin, 2022, p. 180: “*It has been suggested that the word ‘sustainable’ (...) or ‘bearable’ or ‘responsible’ should be substituted. The objection to the word durable is that it suggests the possibility of infinite growth in a finite world, whereas the other adjectives draw attention to the concept of limits*”. The exact quote in its original version is as follows: “*Il a été proposé de lui substituer « soutenable » (...) ou « supportable », ou encore « responsable ». Le grief à l’égard du mot durable tient à ce qu’il laisserait supposer la possibilité d’une croissance infinie dans un monde fini, alors que les autres adjectifs attireraient l’attention sur le concept de limites*”.

See also A. VAN LANG, “Droit et transition écologique”, in *Dictionnaire des transitions écologiques*, op. cit., p. 300-309: the author advocates the use of “ecological transition” rather than sustainable development.

¹⁸³ France Stratégie, Rapport, *La RSE, un enjeu européen*, 2021, p. 10: “*the CSR Platform stresses the importance of the choice of words, and regrets that the French version of the proposal directive currently available has been translated by the term ‘durabilité’ and not ‘soutenabilité’, which more clearly takes account of environmental and social issues*”. The exact quote in its original version is as follows: “*La Plateforme RSE souligne l’importance du choix des mots, et regrette que la version française actuellement disponible du projet de directive ait été traduite par le terme “durabilité” et non*

Anyway, the French word “*durabilité*” is becoming more firmly rooted in the legal vocabulary resulting from the French translation of European Union legal acts in recent years with the multiplication of sustainability texts. There seems to be a real “path dependence”,¹⁸⁴ making the change of this French term “*durabilité*” very difficult.

pas “soutenable” qui rend compte plus clairement des enjeux environnementaux et sociaux ».

¹⁸⁴ This concept has its origins in management science, particularly in the evolutionary theory of the firm (R. NELSON et S. WINTER, *An Evolutionary Theory of Economic Change*, 1982), which suggests that strategic and organizational decisions are part of a historically constrained trajectory. The idea was then taken up and theorised in economic science with an article published in the *American Economic Review* in 1985 and written by Paul David, an American economist (who called this phenomenon “*path dependency*”). Initial choices can lock in evolutionary possibilities: an initial decision, even a fortuitous one, can trigger a self-reinforcing mechanism. This reasoning can be transposed to our thinking on the choice of the term “*sustainable*”.

Annex: table comparing the standards resulting from EFRAG's drafts with those resulting from the Commission's draft delegated regulation, only for the paragraphs used in this contribution.

<p>DOCUMENT LEGEND:</p> <p>Roman: content unchanged, whether formally (word-for-word) or substantially (reworded but without any substantial change in content).</p> <p>Bold: change introduced by the Commission's draft delegated regulation.</p> <p><i>Italic:</i> deletion by the Commission's draft delegated regulation.</p> <p><u>Underline:</u> added by the Commission's draft delegated regulation.</p>
--

To determine which information must be disclosed based on a double-materiality analysis, and which information is always mandatory, regardless of the outcome of this analysis:

EFRAG, DRAFT ESRS 1 ¹	EUROPEAN COMMISSION, DRAFT DELEGATED REGULATION, ANNEX 1, DRAFT ESRS 1 ²
§ 31. "For this purpose, a sustainability matter is 'material' for the undertaking when it meets the criteria defined for impact materiality (see section 3.4 of this [draft] Standard) or financial materiality (see section 3.5 of this [draft] Standard) or both."	§ 28. "A sustainability matter is 'material' when it meets the criteria defined for impact materiality (see section 3.4 of this Standard) or financial materiality (see section 3.5 of this Standard) or both."
§ 32. "Irrespective of the outcome of the materiality assessment, the undertaking shall always disclose the following information: (a) [draft] ESRS 2, i.e., all its Disclosure Requirements (including their datapoints); (b) <i>the datapoints prescribed in topical [draft] ESRS that are listed in [draft] ESRS 2 Appendix C List of datapoints in cross-cutting and [draft] topical standards that are required by EU law which stem from other EU legislation;</i> (c) [draft] ESRS E1, i.e., all its Disclosure Requirements (including their datapoints); and (d) only for undertakings with 250 or more employees, the Disclosure Requirements ESRS S1-1 to S1-9 (including their datapoints) in [draft] ESRS S1 Own workforce."	§ 29. "Irrespective of the outcome of its materiality assessment, the undertaking shall always disclose the information required by ESRS 2 General Disclosures (i.e. all the Disclosure Requirements and data points specified in ESRS 2)." (...)

¹ Source: <https://www.efrag.org/lab6>

² Source: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13765-European-sustainability-reporting-standards-first-set_en

<p>§ 34. “When reporting on policies, actions and targets in relation to a sustainability matter, the undertaking shall include the information prescribed by all the Disclosure Requirements in the topical ESRS related to that matter and in the corresponding Disclosure Contents on policies, actions, and targets required under ESRS 2 (including their datapoints). However, if the undertaking cannot disclose the information prescribed by either the Disclosure Requirements in the topical ESRS or the Disclosure Contents in ESRS 2 (including their datapoints) on policies, actions and targets, because it has not implemented the respective policies, actions and targets, it shall disclose this to be the case and it may report a timeframe in which it aims to have these in place.” § 34. “When reporting on policies, actions and targets in relation to a sustainability matter, the undertaking shall include the information prescribed by all the Disclosure Requirements in the topical ESRS related to that matter and in the corresponding Disclosure Contents on policies, actions, and targets required under ESRS 2 (including their datapoints). However, if the undertaking cannot disclose the information prescribed by either the Disclosure Requirements in the topical ESRS or the Disclosure Contents in ESRS 2 (including their datapoints) on policies, actions and targets, because it has not implemented the respective policies, actions and targets, it shall³ disclose this to be the case and it may report a timeframe in which it aims to have these in place.”</p>	<p>§ 32. “Subject to paragraph 33, when disclosing information on policies, actions and targets in relation to a sustainability matter that has been assessed to be material, the undertaking shall include the information prescribed by all the Disclosure Requirements and datapoints in the topical and sector-specific ESRS related to that matter and in the corresponding Minimum Disclosure Requirement on policies, actions, and targets required under ESRS 2. If the undertaking cannot disclose the information prescribed by either the Disclosure Requirements and datapoints in the topical or sector-specific ESRS, or the Minimum Disclosure Requirements in ESRS 2 on policies, actions and targets, because it has not adopted the respective policies, implemented the respective actions or set the respective targets, it shall disclose this to be the case and it may report a timeframe in which it aims to have these in place.”</p>
<p>§ 35. “When reporting on metrics for a material sustainability matter according to the Metrics and targets section of the relevant [draft] topical ESRS, the undertaking: (a) shall include the information prescribed by a Disclosure Requirement, if it assesses such information to be material; and (b) may omit the information prescribed by a datapoint of a Disclosure Requirement, if it assesses such information to be not material, and concludes that such information is not needed to meet the objective of the Disclosure Requirement.”</p>	<p>§ 33. “When disclosing information on metrics for a material sustainability matter according to the Metrics and Targets section of the relevant topical ESRS <u>and when disclosing the datapoints that derive from other EU legislation listed in Appendix B of ESRS 2</u>, the undertaking: (a) shall include the information prescribed by a Disclosure Requirement, if it assesses such information to be material; and (b) may omit the information prescribed by a datapoint of a Disclosure Requirement, if it assesses such information to be not material, and concludes that such information is not needed to meet the objective of the Disclosure Requirement.”</p>

3 Emphasis added.

<p>§ 38. “If the undertaking concludes that a topic is not material and therefore it omits all the Disclosure Requirements in a [draft] topical ESRS, it shall briefly explain the conclusions of its materiality assessment for the topic (see [draft] ESRS 2 IRO-2 Disclosure Requirements in ESRS covered by the undertaking’s sustainability statements). <i>In this case, the undertaking shall nevertheless report the information referred to in paragraph 32</i>”.</p>	<p>§ 31. “If the undertaking concludes that a topic is not material and therefore it omits all the Disclosure Requirements in a topical ESRS, it may briefly explain the conclusions of its materiality assessment for that topic (see ESRS 2 IRO-2 Disclosure Requirements in ESRS covered by the undertaking’s sustainability statement) (...)”</p>
<p>§ 39. “When reporting on metrics, if the undertaking omits information prescribed by either a Disclosure Requirement or a datapoint of a Disclosure Requirement in the Metrics and Targets section of a [draft] topical ESRS, such information is considered to be implicitly reported as ‘not material’ for the undertaking”.</p>	<p>§ 36. “When reporting on metrics <u>and when disclosing the datapoints that derive from other EU legislation listed in Appendix B of ESRS 2</u>, if the undertaking omits information prescribed by either a Disclosure Requirement or a datapoint of a Disclosure Requirement in the Metrics and Targets section of a topical ESRS, such information is considered to be implicitly reported as ‘not material’ for the undertaking.”</p>

For disclosure obligations concerning the analysis of the materiality of a sustainability theme:

<p>EFRAG, DRAFT ESRS 2</p>	<p>EUROPEAN COMMISSION, DRAFT DELEGATED REGULATION, ANNEX 1, DRAFT ESRS 2</p>
<p>§ 49. “The undertaking shall disclose its processes to identify its impacts, risks and opportunities and to assess which ones are material”.</p>	<p>§ 51. “The undertaking shall disclose its process to identify its impacts, risks and opportunities and to assess which ones are material.”</p>
<p>§ 56. “When all the Disclosure Requirements in a [draft] topical ESRS are omitted as the topic is assessed not to be material for the undertaking, the undertaking shall report a brief explanation of the conclusions of its materiality assessment for the topic.”</p>	<p>§ 57. “When all the Disclosure Requirements in a topical ESRS are omitted because the topic is assessed not to be material for the undertaking, the undertaking may provide a brief explanation of the conclusions of its materiality assessment for the topic in question.”</p>

For the publication of the transition plan:

<p>EFRAG, DRAFT ESRS E1</p>	<p>EUROPEAN COMMISSION, DRAFT DELEGATED REGULATION, ANNEX 1, DRAFT ESRS E1</p>
<p>§ 16. “In case the undertaking does not have a transition plan in place, it shall indicate whether and, if so, when it will adopt a transition plan.”</p>	<p>§ 17. “In case the undertaking does not have a transition plan in place, it shall indicate whether and, if so, when it will adopt a transition plan.”</p>

**From non-financial information to
corporate sustainability information:
formal or substantial evolution?**

***De l'information non financière à l'information
en matière de durabilité des entreprises :
évolution formelle ou substantielle ?***

Rémi DALMAU

*Professeur à l'Université de Lorraine (Nancy)
Institut François Gény*

I will not go back over what Manon Desbat has presented in full detail about the change in terminology.¹ The change in terminology from “extra-financial” (see NFRD regulation) to “sustainability” is not simply a change in vocabulary but represents a relatively substantial development. I would like to concentrate my remarks on the aims of CSRD. The purpose of this new directive is to broaden the scope of the reporting obligations and create a standardized framework for reporting. Thus, I will simply present two sets of comments.

Firstly, the “duty to report”² that we are accustomed to seeing in the existing non-financial reporting is considerably more thorough. This evolution brought about by the CSRD could have a significant impact on the business approach. It is hoped that the new reporting requirements will lead the companies concerned to “do” things differently. And secondly, the other main objective of CSRD is to standardize the communication of sustainability information to render it comparable and usable by the stakeholders and even the States.

In other words, the CSRD should encourage companies to “do” things differently (I), and the standardization of the information will have consequences (II).

I – Reporting on sustainability to encourage doing

As has already been pointed out, three elements have been added by the CSRD to the previous non-financial reporting obligations. The change in terminology is accompanied by a broadening of the information to be transmitted (A). This leads to observing that the information required by CSRD is also linked to corporate due diligence and other provisions, especially under French law (B).

¹ The oral form has been kept.

² Using this wording, I. PARACHKÉVOVA, « D'un reporting à l'autre : où va l'entreprise », *BJS*, 2017, p. 585.

A) *The effect of broadening the information required*

Firstly, CSRD requires companies to set objectives of sustainable development and climate change. Having to present these objectives and communicate on them may well mean that the company's strategy needs to be adjusted. Description and measurement should lead to a change in the way of conducting business only because the companies must declare objectives that will be under analysis by the recipients of the information.

Secondly, the directive requires a sustainability analysis to be carried out throughout the value chain. The analysis is designed to combine the financial aspect with the environmental and social/societal aspects. For companies, this implies establishing a link between the financial and non-financial dimensions of their activities and publishing the impact of sustainability issues on their earnings (financial or internal dimension). Thus, the sustainability report must describe the due diligence procedure implemented by the company concerning sustainability issues, the actual or potential impacts resulting from the company's activities, and its value chain, including the products and services of its business relationships and its supply chain. Finally, the company must highlight the steps taken to identify and monitor these impacts and the actions taken to mitigate them. The mere fact that a company must publish such information implies that a reflection is necessary to identify the relevant information, process it, and then inform the public. In addition, the analysis is broadened by the double materiality principle: the company must assess the positive and negative externalities of its activities in terms of sustainability, both for the company itself and for third parties. All this should have a side effect, and in the best-case scenario will lead to a change in behavior. Disclosure of the information in question puts the company under the scrutiny of the outside world and enables it to be compared with other companies.

Thirdly, and this is probably the most important, the directive requires disclosure on how Corporate Governance takes sustainability into account.³ It was not the case under previous legislation, mainly NFRD regulation and, for example, in France.⁴ What is noteworthy is that the directive demands that the degree of involvement of management teams be established, as well as describing the incentives for managers and their expertise over sustainability. The directive also requires outlining how corporate governance processes take sustainability into account. Describing all this would seem to be an obligation to organize the governance underlying the reporting obligation. Therefore, the new reporting obligation could influence the company's business model.⁵

³ CSRD 2022, Art. 29 bis. 2. c.

⁴ See L. 225-102-1 of the commercial Code.

⁵ V. M. TIREL, « Prendre le droit de la RSE au sérieux », *BJS*, nov. 2022, p. 41.

B) Using reporting to compel action

The obligation to report and reveal imposed by the CSRD will also be used directly to impose an obligation to act in the context of the coming Corporate Sustainability Due Diligence directive. We are familiar with this in French law where this duty already exists. The cross-references in the French provisions between texts governing extra financial reporting and duty of vigilance directly⁶ make the relationship obvious.

And, for sure, there are significant overlaps between CSRD information requirements and the enforcement of corporate sustainability due diligence. For example, due diligence on the value chain is at the core of the corporate due diligence plan. The same is true for governance and climate, which are included in the proposed directive on corporate sustainability due diligence (articles 25⁷ and 15 respectively).⁸

However, the scope of the contemplated corporate due diligence directive and the existing French provisions are less ambitious (whether in the future directive or currently in national law) than the obligation to report on sustainability. The CSRD thresholds are in fact lower, and the new directive has lowered them even further.

If we focus only on France, it could be added that the CSRD information could be useful. According to article 1833 of the Civil Code as amended by the 2019 PACTE Act,⁹ “social and environmental issues” must be considered in the management of companies. The information that the CSRD directive requires to be verified is necessarily linked to that provision applicable to all types of companies governed by French law. And companies that are subject to the CSRD directive will therefore be inclined to take these factors into account in their strategy and key decisions.

II - Reporting becomes standardized

As I said, the other aim of the CSRD directive is to create a standardized sustainability information. The idea is to create a common European standard framework based on an accounting logic to compete with the one envisioned in the United States, which (A), the consequences of which need to be estimated (B).

6 Except in the case of listed companies, as highlighted by the HCJP report, see RA51, July 2022, <https://hcjp.fr/societes>

7 V. A. STEVIGNON, « l'article 15 de la proposition de directive sur le devoir de vigilance : signe d'un renforcement normatif de la RSE ? », *RLDA*, n° 189, 1^{er} fev. 2023.

8 V. B. PARENCE, préc., spéc. n° 14 et s.

9 G. LERAY, « Quelques réflexions civilistes sur la notion d'« enjeux environnementaux » dans l'article 1833 du Code civil », *RTD com.*, 2021, p. 513 ; H. LE NABASQUE, « À propos de la réforme de l'article 1833 du Code civil », *BJS*, sept. 2019, p. 1.

A) *An accounting approach to sustainability information*

The CSRD entrusted EFRAG organization with the task of standardizing sustainability information to overcome the difficulties of the previous reporting system under the NFRD regulations. In France, for example, article R. 225-105 of the Commercial Code only gives a list of areas in which extra-financial information is relevant. And there was no provision for any control or standardization of the information. As could be expected, the information published was partial, unsound, and led to greenwashing.¹⁰ The unreliability of the information was then transmitted to the SRI ratings given to companies, whose reputability was also questionable.

The EFRAG's mission is designed as a response to these criticisms. The standardization body is responsible for creating a common, standardized reporting matrix, which will be adopted by the Commission by means of delegated acts. It will help to determine what information should be sought and how it should be produced and presented to the public¹¹ even if the whole process is largely based on a “comply or explain” analysis as regards the relevance of the information. The objective is to standardize accounting-type information to ensure confidence in and use of the information. In fact, the directive states that the information must be “comparable and reliable”¹² with a status comparable to that of financial information.¹³ Moreover, CSRD has links with the regulation on the publication of information in financial matters (of 2019 amended in 2020).

Thus, in the CSRD, “accounting logics” goes beyond its usual boundaries (balance sheet, profit and loss account, and annexes) to reach the other information that third parties need. The directive accordingly imposes an accounting and analysis logic based on indicators,¹⁴ but also monetized indicators for accounting for natural resources or natural capital.¹⁵ In addition, the information published must receive an assurance of compliance from a qualified third party, as is the case with independent auditors. Although this review is initially limited, after an initial assessment in 2028, there will no doubt be an increase in the level of requirement.

B) *Consequences*

As we have seen, the directive tends to introduce an accounting-like standardization of information on sustainability with the creation of indicators.¹⁶ The introduction of this standardized information may have several consequences that today we can only try to guess.

¹⁰ See cons. 13 of the CSRD.

¹¹ E.g., use of m³, water, gas, days of downtime, etc.

¹² Art. 29b 2.

¹³ Recital 37.

¹⁴ Art. 19 and 29. a. 2, h; recital 33: e.g., greenhouse gas emissions/revenue.

¹⁵ See recital 44.

¹⁶ Art. 19 bis. 2, h.

Some scholars, such as our colleague Jennyfer Bardy,¹⁷ are calling for a change in the way corporate profits are calculated. Their idea is to take social and environmental issues into accounting. And it is plausible that the standardization of information imposed by the CSRD could make this change possible. If this idea is adopted, it could lead to a more far-reaching change in business behavior. Nevertheless, it is not sure that this could happen in the foreseeable future. A parallel can be drawn with GDP. We know that it is a partial and poor indicator that does not consider the social and environmental aspects of the activities. Alternatives have been proposed, but it nonetheless remains “The” benchmark.

Without radically changing the calculation of the profit generated by companies, actions can be carried out through other channels. Direct taxation (essentially the corporate income tax) for example. Direct taxation for companies is based on accounting. Schematically, tax law applies its rules to the result established in accordance with accounting rules to produce the taxable profit. Is it possible to use this transition from accounting profit to taxable profit by introducing CSRD indicators in tax law to vary the tax burden? This could be done in two ways: either by directly reinternalizing negative externalities (considering the costs to society of activities) through the calculation of taxable profit, or more simply by varying the tax rate in the light of CSRD indicators.

Finally, another consequence could be considered, especially in France. Standardized and controlled information on sustainability could be used by shareholders or third parties, even outside the scope of accounting, tax law, or due diligence. Based on the information provided by the company on sustainability, it may be possible to seek the liability of the directors (*présidents, gérants, administrateurs*) based on article 1833 of the Civil Code already mentioned. This article states that “*a company is managed in its social interest, taking into account the social and environmental challenges of its business*”.¹⁸ If, after one or more management decisions, it becomes clear that the consolidated sustainability indicators are deteriorating, it will be a serious indication or even proof that social and environmental challenges have not been well considered. Obviously, to achieve this, all the other conditions of civil liability must be met. However, when there is evidence that sustainability has been set aside by the management, litigators will try and some of them will succeed.

17 J. BARDY, « Approche comptable de la RSE », *RLDA*, n° 189, 1st feb. 2023.

18 My translation.

What normativity for stakeholders' capitalism under CSRD?

Théo VUARNET

*Doctorant contractuel
École de droit de la Sorbonne*

The Corporate Sustainability Reporting Directive,¹ known as CSRD, is sparking an impressive terminological renewal in company law. The directive aims to introduce a broad array of newly defined terms to facilitate the comparison of reported information among companies. The text is therefore outstandingly rich in new categories and concepts.

To enhance the standardization process, the directive grants the European Commission the power to adopt delegated acts.² In this regard, the European consultative group named EFRAG has already published twelve very detailed proposals, the ESRS,³ which specifies the content of sustainability reporting. While these proposals have yet to be approved, they offer valuable insights into the overall coherence of the reporting standards.

Even if French law has often been a pioneer in terms of social and environmental reporting,⁴ the actual French regime is encountering problems of effectiveness. The text contains certain formal constraints and as stated in recital 13 of CSRD, “many undertakings do not disclose material information on all major sustainability-related topic”. This situation undermines the reliability of any company statement and fuels the risk of greenwashing.

In order to highlight the challenges related to normativity, we opted to concentrate on stakeholders, with a specific focus on “users,” “stakeholders,” and the concept of stakeholders’ “interests”. Despite the expectations raised by the establishment of a “stakeholder capitalism”,⁵ the notion is raising a normativity issue (1).

1 Directive (EU) 2022/2464 of the European Parliament and of the Council of 14 Dec. 2022 amending Regulation (EU) No 537/2014 and Directives 2004/109/EC, 2006/43/EC and 2013/34/EU as regards corporate sustainability reporting.

2 See Directive (EU) 2022/2464, recital 54.

3 “*European Sustainability Reporting Standards*”.

4 Loi n° 2001-420 of 15 May 2001, *loi sur les nouvelles régulations économiques*, had required companies to publish information on “the way in which society takes into account the social and environmental consequences of its activity” (art. L. 225-102-1 C.com.) before the reporting obligations on social responsibility of the 2001 Green Paper in the 2001 Green Paper (Green Paper “Promoting a European framework for the social responsibility of undertakings”, Commission of the European Communities, 18 July 2001, p. 18). Similarly, Law No. 2017-399 of 27 March 2017 on the duty of vigilance of parent companies prev. was a pioneer. On these points, see C. MALECKI, “L’information non financière”, *RLDA* 2021, n° 176, p. 19.

5 On the debates sparked by aborted projects, see P.-H. CONAC, « Les projets de normes durabilité ESRS (European Union Sustainability Reporting Standards) de l’EFRAG renoncent à promouvoir le

CSRD is embedding the category of “users” of corporate reporting information. Defined in the Directives’ recitals and in EFRAG proposed norms, the users of the information are distinct from the company’s stakeholders. They represent a distinct subset of stakeholders with a specific interest in accessing information (II). This standard is major step forward in understanding more concretely the different stakeholders’ expectations. Indeed, the Directive assigns a more concrete role to the company’s stakeholders. Article 19a 2 a) iv) requires companies to indicate how the undertaking’s business model and strategy take account of the interests of the undertaking’s stakeholders. However, the content of this obligation is tempered (III) in the proposals for delegated acts sent by EFRAG to the Commission.

I° The normativity issue raised by the term “stakeholders” in French Law

Considering the social and environmental shift recently taken by French company law, stakeholders and governance is a paradox. On the one hand, stakeholders are an important part of the definition of CSR⁶ and the concept of stakeholders designates one of the most influential CSR theories.⁷ On the other hand, while the interest of scholars in stakeholders’ capitalism under company law is raising,⁸ stakeholders have never had a preponderant role in governance.

The concept of stakeholders encompasses “any group or individual who can affect or is affected by the achievement of the organization’s objectives”.⁹ This broad scope has been identified as the primary theoretical obstacle to considering stakeholders’ interests in company law. This argument was debated prior to the adoption of the French Grenelle II Act.¹⁰ Several years later, following the enactment of the

‘capitalisme des parties prenantes’ », *Rev. sociétés* 2023. 56.

6 See the definition now being considered a reference: Commission of the European Communities, “Green Paper – Promoting a European framework for corporate social responsibility”, 18 July 2001, § 20: The 2001 Green Deal defined CSR as “Most definitions of corporate social responsibility describe it as a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis.”

7 E. FREEMAN *et al.*, *Stakeholder Theory: Concepts and Strategies*, Cambridge, 2018. F.-G. TREBULLE, « Stakeholders Theory et droit des sociétés », part. 1: *BJS* 2006, n° 12, p. 1337 ; part. 2: *BJS* 2007, n° 1, p. 7.

8 See C. HANNOUN, « Le droit des sociétés à l’épreuve de la modernité », in *Mélanges B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 309; N. CUZACQ, « Quelle place peut-on octroyer aux parties prenantes dans le puzzle de la gouvernance des sociétés ? », *D.* 2017.1844; V. MERCIER, « Le rôle des parties prenantes dans l’évolution du droit des sociétés », *BJS* 2019, n° 11, p. 44. See also, IFA, « Le conseil d’administration et l’information extrafinancière », avril 2021, p. 33.

9 E. FREEMAN, *Strategic management: A Stakeholder approach*, Cambridge 1984, reprint 2010, p. 46: “A stakeholder in an organization is (by definition) any group or individual who can affect or is affected by the achievement of the organization’s objectives”.

10 Loi n° 2010-788 of 12 July 2010 *portant engagement national pour l’environnement*. At the time, in order to refrain from establishing a consultation of stakeholders in company law, parliamentary work (Ph. MARINI, Report n° 703 made on behalf of the *Commission des finances du Sénat*, tabled on September 14, 2010, p. 248) had pointed to the “weak legal scope” of concepts such as those of “stakeholders” and their “particularly vague nature”. The *Commission des finances du Sénat* was

due diligence Act in 2017,¹¹ the *Conseil constitutionnel* had to assess the constitutionality of the stakeholders' concept.¹² The court emphasized the "incentive effect" of the rule and concluded that, "under these circumstances," the law did not violate the objective of making laws accessible and comprehensible. Consequently, one could argue that the lack of precision in the term hinders the establishment of mandatory provisions regarding stakeholders' involvement in governance.

II° The development of a standard of stakeholders with a specific interest in information

In the NFRD system, non-financial information and undertakings obligations were mainly designed to fit investors and shareholders' expectations.¹³ CSRD breaks with this logic and considerably broadens the so called "users" of reported information.

The conventional user of corporate sustainability reporting is no longer limited to investors. In recent years, there has been a shift where climate activists, for instance, have become shareholders and exercised their shareholder rights.¹⁴ In recognition of this changing landscape, the recitals of the CSRD significantly expand the scope of users of reported information¹⁵ First, the information published by companies is now also expressly addressed to trade unions and workers' representatives. But even more, "all citizens would benefit from a stable, sustainable and inclusive economic system". The category of users then also includes "civil society actors, including non-governmental organisations and social partners, which wish to better hold undertakings to account for their impacts on people and the environment".¹⁶ CSRD preamble is giving these stakeholders a certain legitimacy. There is no doubt that the targeted users will take advantage of this new status in the context of litigation.¹⁷

The term user is of critical importance in EFRAG's proposals.¹⁸ In ESRS 1, the user stands for stakeholders with a specific interest in the undertaking's infor-

concerned that "any association or customer, supplier, partner, or observer who had contact with the company could thus request to include its opinion in the management report".

11 Loi n° 2017-399 of 27 March 2017 *relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

12 Decision n° 2017-750 DC of 23 March 2017 *loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

13 Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups Text with EEA relevance known as NFRD, see recital 3.

14 Club des juristes, « Note de suivi du rapport "Activisme actionnarial" », chaired by M. PRADA, 2022, p. 7.

15 Directive (EU) 2022/2464 above.

16 Directive (EU) 2022/2464 above, recital 9.

17 A.-M. ILCHEVA, « La RSE dans le secteur des industries extractives », *RLDA* 2023, n° 189, p. 50.

18 EFRAG has proposed a set of sustainability reporting standards. According to the Directive, v.

mation. After a more exhaustive list of possible users of information,¹⁹ the ESRS 1 provides: “Sustainability information is relevant when it may make a difference in the decisions of users under a double materiality approach”.²⁰ In accordance with the idea set out in the recitals,²¹ the relevance of the information to be reported by undertakings is assessed in the light of the impact of the information on users’ decisions.

The foundation of such a standard to assess the relevance of reporting information is a major step forward. Following the EFRAG logic, users may have an even more central place than the one expressly granted in the recitals. Indeed, the directives’ Article 19a § 1²² provides that undertakings “shall include in the management report information necessary to understand the undertaking’s impacts on sustainability matters, and information necessary to understand how sustainability matters affect the undertaking’s development, performance and position”. Considering the above, who else but a user should be able to understand the impact of the business and how sustainability issues affect business development? Users listed in the Directive and the draft delegated acts do not necessarily have the financial means of an investor. The information published by companies will have to be adapted to these new recipients.

III° The content of the obligation to take account of the interests of stakeholders

The most obvious entry of stakeholders into European company law is certainly that of Article 19a 2 a) iv).²³ This text requires companies to indicate “how the undertaking’s business model and strategy take account of the interests of the undertaking’s stakeholders.”

At first sight, this text faces the same criticisms as the aforementioned ones.²⁴ First, the obligation to indicate “how” has more than an incentive effect. Secondly, the Directive does not define the concept of stakeholders. It seems difficult to conceive of taking into account the “interests” of stakeholders without knowing precisely which stakeholders are concerned. In this regard, it would have been ben-

Directive (EU) 2022/2464 prev., Art. 29b 1, the Commission should use this guidance to specify by 30 June 2023 the information to be disclosed by companies in relation to all information areas and sustainability issues.

19 EFRAG, “ESRS 1 – General requirements”, § 26, b): “users of sustainability statements: primary users of general-purpose financial reporting (existing and potential investors, lenders and other creditors, including asset managers, credit institutions, insurance undertakings), as well as other users, including the undertaking’s business partners, trade unions and social partners, civil society and non-governmental organisations, governments, analysts and academics”.

20 ESRS 1 prev., v. spec. QC 1.

21 Directive (EU) 2022/2464 above, especially Recitals 44, 46 and 55.

22 Directive (EU) 2022/2464 above.

23 Directive (EU) 2022/2464 above.

24 See part I above.

eficial to include a definition of the stakeholders in the directive. This omission is particularly unfortunate considering that the proposal for a directive on the corporate duty of care on sustainability includes a comprehensive list of the stakeholders affected by the directive in the section dedicated to definitions.²⁵

The standards proposed to the Commission by EFRAG²⁶ are filling the gap. Apart from users, stakeholders are defined in ESRS 1, § 26 as “individuals or groups whose interests are affected or could be affected – positively or negatively – by the undertaking’s activities and its direct and indirect business relationships across its value chain”.

EFRAG’s standards also encompass the concept of stakeholder “interests”. According to the ESRS 1 proposal, stakeholder interests are evaluated through the lens of materiality assessment regarding potential negative impacts.²⁷ In essence, under the EFRAG standards (and possibly under the Directive as well), a stakeholder’s interest primarily lies in avoiding adverse effects caused by the company’s operations.²⁸ Consequently, the requirement to consider stakeholder interests necessitates a thorough examination of the impact of the company’s activities. As a result, the provision outlined in Article 19a §2 (a) (iv) gains significant clarification.

The proposals for delegated acts take additional steps and introduce a dialogue mechanism for evaluating the impact of company activities.²⁹ Consequently, companies are encouraged to actively engage with their stakeholders to identify their respective interests. In essence, this dialogue process aligns with the overall proposed standards, requiring companies to engage in discussions to ascertain whether their activities are negatively affecting their stakeholders.

Considering this standpoint, it is reasonable for company law scholars to raise questions regarding the establishment of a structured dialogue between companies and stakeholders.³⁰ Nevertheless, the existing dialogue framework outlined in the ESRS standards primarily focuses on assessing stakeholders’ interests rather than actively incorporating them. Integrating stakeholder interests into the decision-making process remains predominantly internal to the company. For now, European law does not mandate a formal institutionalization of this consideration.

25 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on corporate sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, 23 Feb. 2022.

26 Under Articles 29b and 49 of Directive (EU) 2022/2464 above.

27 ESRS 1 prev., not. § 28, § 46 and § 62.

28 In this respect, it is important to underline the fact that neither Article 19a § 2 a) iv) of the Directive nor the EFRAG standards have required the “expectations” of stakeholders to be taken into account, as ISO 26000 standards do, for example.

29 ESRS 1 above, Appendix B. On this point: B. LECOURT, « La “directive RSE 2” (“directive CSRD”) : le nouveau visage de l’information en matière environnementale et sociale », *Rev. sociétés* 2023, 639.

30 J.-J. DAIGRE, « Vers un “conseil des parties prenantes” dans les grandes sociétés ? », *JCP E* 2022, n° 51-52, ét. n° 1411 ; P. H. CONAC, « Les projets de normes de durabilité ESRS de l’EFRAG et leur conception de la gouvernance d’entreprise et du rôle des parties prenantes », *Rev. sociétés*, 2022, 576.

The conclusion drawn from this concise overview of stakeholder interest integration in the Directive may appear somewhat paradoxical. The normative force of the CSRD Directive largely relies on the inseparable unity of its text, recitals, and implementing rules. The logical coherence established by the implementing rules, the selected examples, and the underlying theoretical assumptions expressed in the recitals prove to be crucial elements for reading and interpreting the provisions, thus contributing to their normativity. Ahead of the transposition, the French financial markets authority (AMF) now urges listed companies to consider, “to the best of their ability” the “new requirements” and “new standards” arising from the directive.³¹ The EFRAG proposals, which undoubtedly enrich the Directive, also present a significant challenge for the Commission: ensuring improved accessibility of information and establishing more direct connections between the implementing rules and the Directive’s text.

³¹ AMF, « Dialogue actionnarial sur les questions environnementales et climatiques », mars 8 2023.

Le régime de l'information consolidée en matière de durabilité au sein des groupes de sociétés à l'aune de la directive CSRD

Emma MIGLIETTA

Doctorante à l'École de droit de la Sorbonne¹

Abstract:

The principle of independence of legal persons within corporate groups means that the rights and obligations of each company in the group are assessed individually, without taking account of the fact that they belong to the group. However, in terms of reporting obligations, the CSRD directive provides for a derogatory system of “consolidated sustainability reporting” for groups of companies. In essence, this requires the dominant company to provide sustainability information on behalf of all group companies under its control.

This logic is not new, and has its origins in the system of consolidated accounts which, in terms of financial reporting, obliges the parent company to communicate on the financial position and results of group companies as if they were a single entity. This substantial approach to accounting law, which aims to communicate information that is useful for economic decision-making, seeks to reflect the reality of transactions, beyond their legal form. From this point of view, the group is considered to be a single entity, due to the dominant company's power of control over the resources of its subsidiaries. This logic has permeated company law, and the obligation to draw up consolidated financial statements is enshrined both in European Union directives and in the French Commercial Code. The legal basis for this is the control of the dominant company, i.e. the power of the parent company to impose its views on its subsidiaries at shareholders' meetings, and to exert influence over the management of its subsidiaries.

The consolidated reporting regime had been extended to non-financial information since the NFRD directive in 2014, at European level, and since the law of July 12, 2010, in domestic law. It is set out in Article 29 bis of the CSRD Directive, with a few changes. Consolidated sustainability information reveals an extension of the consolidation logic. Indeed, consolidated sustainability reporting requires the publication of strategic and qualitative information that goes far beyond the scope of financial data required for consolidated accounts. Moreover, unlike the obligation to draw up consolidated financial statements, the system provides for an exemption from the obligation to provide information, on an individual basis, at the level of each subsidiary, so that the obligation only weighs on the head company of the group. We have thus moved from a purely informative and descriptive consolidation logic to the obligation for the head company of the group to report on the environmental and social consequences of the activity of the companies in the group.

As a result, the consolidation of information within groups obliges, to a certain extent, the head companies to assume the risks generated by the activity of all the companies included in the scope of consolidation and, above all, the measures implemented to deal with them. Stakeholders of the parent company or of one of the group's subsidiaries will theoretically be able to have an overall view of the activities of the companies in the group, without the head company being able to conceal activities with harmful social and environmental consequences within a subsidiary. This is all the more true given that the scope of consolidation is broadly understood, since the consolidation thresholds are calculated and added up at the level of all the companies in the group, on the one hand, and that the CSRD directive provides for the inclusion of non-European parent companies which carry out an activity in the European Union through a subsidiary or branch, on the other. However, this observation must be tempered by the conditions under which the information obligation is implemented. Although the CSRD requires that information be traceable, this is hardly sufficient to ensure that the consolidated

¹ L'auteure de ces lignes remercie sincèrement le Centre Sorbonne-Affaires Finance, et tout particulièrement Romain Dumont et le Professeur Schlumberger, de lui avoir permis d'intervenir dans le cadre de ce colloque ainsi que la Professeure Jullian pour ses précieux conseils dans le cadre de la réalisation de ce travail.

sustainability report remains comprehensive. The provision of global data on the environmental and social risks generated by the activities of group companies leaves considerable scope for concealing individual data, specific to the sustainability impacts of each subsidiary, and encourages deceptive transparency. It therefore seems essential to require that subsidiaries be exempted from the requirement to provide detailed information on a subsidiary-by-subsi- diary basis, to ensure that the consolidated reporting system is not just a tool for optimizing information within groups.

Introduction

Le principe de l'autonomie juridique des sociétés d'un groupe conduit à appré- cier les droits et obligations de chaque société du groupe – société mère ou filiale – de manière individuelle, sans prendre en compte leur appartenance au groupe. On sait pourtant que « *l'édifice aujourd'hui se lézarde*² » et que le dogme de l'autonomie de la personnalité morale ne reçoit plus le même écho qu'autrefois. Viennent inévita- blement à l'esprit les nombreux bouleversements qui se sont produits ces dernières années dans le sens d'une plus grande responsabilisation de la société mère pour les actes commis par ses filiales, que l'on pense au devoir de vigilance instauré par la loi du 27 mars 2017 ou au régime de responsabilité pour faute caractérisée mis en place par la loi Grenelle II dans le domaine environnemental.

Ce phénomène d'imputation d'obligations particulières sur les épaules des so- ciétés têtes de groupe s'illustre particulièrement dans le domaine des obligations d'information qui pèsent classiquement sur les dirigeants sociaux au titre de la gou- vernance. La directive CSRD, publiée le 14 décembre 2022, en donne une nouvelle illustration. Alors que cette dernière renforce l'obligation d'information qui pèse sur les dirigeants de sociétés³ concernant les questions de durabilité, de droits environ- nementaux, de droits sociaux, de droits de l'Homme et de gouvernance, elle prévoit un régime dérogatoire « *de l'information consolidée en matière de durabilité*⁴ » pour les groupes de sociétés. L'article 29 bis de la directive met alors à la charge de la so- ciété mère d'un groupe l'obligation de fournir, « *dans le rapport consolidé de gestion, les informations nécessaires à la compréhension des incidences du groupe sur les questions de durabilité, ainsi que les informations nécessaires à la compréhension de la manière dont les questions de durabilité influent sur l'évolution des affaires, les résultats et la situation du groupe*⁵ ». La référence au « *groupe* » implique que la société mère délivre des informations qui dépassent son périmètre pour y inclure des informations stratégiques sur l'ensemble des sociétés du groupe soumises à son contrôle. Dès lors, comment expliquer qu'une telle obligation soit mise à la charge de la société contrôlante, pour le compte de l'ensemble des sociétés soumises à son contrôle, au regard du principe de l'autonomie de chaque société du groupe ?

2 F.-X. LUCAS, préf. in N. PELLETIER, *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, LGDJ, 2013, p. VI.

3 En effet, ces informations doivent être intégrées dans le rapport de gestion dont la production pèse sur les dirigeants.

4 Selon le titre même de l'article 29 bis de la directive.

5 Directive (UE) n° 2022/2464, art. 29 bis, § 1.

La réponse à cette question doit être recherchée du côté de la notion de consolidation. Cette dernière désigne, au sens commun, « l'action de réunir en un tout⁶ ». Cette première acception donne un éclairage sur ce que recouvre la notion en droit. La consolidation des comptes est une technique de comptabilité qui consiste à présenter les patrimoines des sociétés du groupe, leur situation financière et leurs résultats « *comme s'il ne s'agissait que d'une seule et même entreprise*⁷ ». De technique comptable, la consolidation des comptes est ensuite devenue une obligation légale pour les sociétés têtes de groupe, insérée à l'article L. 233-16 du Code de commerce. Elle offre une vision globale de la situation financière et de la performance du groupe pour les investisseurs mais aussi pour les dirigeants et les actionnaires du groupe, en délivrant une information qui dépasse les frontières légales de chaque société du groupe. C'est cette même logique qui fonde le régime de l'information consolidée en matière extra-financière afin d'offrir une vision globale des risques générés par l'activité des sociétés du groupe et des mesures adoptées pour y répondre.

À ce titre, le régime de l'information consolidée en matière de durabilité offre des perspectives de responsabilisation des sociétés têtes de groupe concernant la politique mise en œuvre sur les questions sociales, environnementales et de gouvernance. Toutefois, ces perspectives doivent être confrontées à l'analyse concrète des conditions attachées au régime de l'information consolidée, à l'aune de la directive *CSRD*, afin de déterminer si elles permettent réellement de lever le voile, tant sur les risques générés par l'activité des sociétés du groupe que sur les procédures de diligence mises en œuvre pour y répondre.

Ainsi, c'est au regard de la logique particulière de la consolidation des comptes, technique de droit comptable, que doit s'analyser le fondement du régime de l'information consolidée en matière de durabilité (I). Si ce régime offre des perspectives de responsabilisation à l'égard des sociétés têtes de groupe, fondées sur l'obligation de lever le voile sur les risques générés par les sociétés d'un groupe, ses conditions de mise en œuvre viennent largement en amoindrir la portée (II).

I. Les fondements du régime de l'information consolidée en matière de durabilité : une logique particulière d'imputation influencée par le droit comptable

La technique de la consolidation des comptes témoigne d'une logique particulière propre au droit comptable, dont on oppose volontiers la logique substantielle à celle, plus formaliste, du droit des sociétés (A). Pourtant, cette technique a trouvé une traduction en droit des sociétés à travers l'imputation d'une obligation d'information consolidée sur les épaules des sociétés contrôlantes (B).

⁶ <https://www.cnrtl.fr/definition/consolidation>

⁷ D. MESPLE-LASSALE, *La consolidation des comptes*, 3^e éd., Paris, Maxima Laurent Du Mesnil Éditeur, 2013, p. 11.

A. La consolidation, technique de droit comptable

Comme évoqué en introduction, la consolidation désigne « une technique comptable par laquelle un groupe composé par la société mère et les sociétés contrôlées établit des comptes uniques représentant leur situation financière économique globale sans tenir compte de leurs structures juridiques⁸ ». La technique a ainsi pour but de donner une image aussi juste que possible de l'état financier et de la performance du groupe, appréhendé comme une entité unique. À cette fin, « les sociétés qui le composent sont alors traitées, fictivement, comme une seule et même entité comptable⁹ ». L'approche du droit comptable diffère ainsi sensiblement de l'approche du droit des sociétés en prenant en compte l'entité que représente le groupe et non les différentes sociétés qui le composent. Il s'agit alors de réunir ce que le droit a séparé pour répondre à des objectifs spécifiques à la comptabilité.

En effet, la comptabilité contemporaine est fondée sur le principe d'image fidèle. Cette notion procède du principe anglo-saxon *true and fair view*¹⁰ qui évoque l'idée de loyauté dans l'établissement des comptes. Il s'agit en substance « d'obtenir une image raisonnablement conforme à la réalité du patrimoine, de la situation financière et des résultats de la société¹¹ ». La portée de ce principe ne conduit pas purement et simplement à édicter une suprématie de l'économique sur le juridique. Toutefois, « ce principe institue [...] une dualité des règles d'analyse des faits économiques et de traduction comptable de ces derniers ; à l'analyse formelle respectant les catégories juridiques préétablies se superpose une analyse substantielle, qui tantôt confirme, tantôt invalide cette première analyse formelle ou supplée les carences de cette dernière¹² ». Le principe d'image fidèle trouve une traduction spécifique à travers le principe « *substance over form* » dont les comptes consolidés constituent la première manifestation¹³. Il signifie que « les méthodes comptables d'une entreprise ne doivent pas se limiter à exprimer la forme juridique des événements et des transactions, elles doivent également traduire leur réalité économique¹⁴ ». Cette technique invite ainsi à une analyse substantielle fondée, non plus sur la propriété d'un bien, mais sur le contrôle économique d'une ressource¹⁵. Appliquée aux

8 D. MESPLE-LASSALE, *La consolidation des comptes*, préc., p. 11.

9 A. LECOURT, « Groupes de sociétés », *Rép. Sociétés*, Dalloz, 2021 (actualisation 2023), n° 136.

10 V. en ce sens : Ch. LAUZAIGHEIN, J.-L. NAVARRO, D. NECHELIS, *Droit comptable*, 3^e éd., Dalloz, 2004, p. 334, n° 361.

11 E. CRUVELIER, « Comptabilité », *Rép. dr. commercial*, Dalloz, 2010 (actualisation 2016), n° 92.

12 J.-L. MEDUS, « De quelques problématiques contemporaines de droit comptable (1^{re} partie) », *LPA*, 4. fév. 1999, p. 13.

13 V. en ce sens : J. GASBAOUI, *Normes comptables et droit privé, analyse juridique des documents comptables*, PUAM, 2014, p. 125, n° 214.

14 E. CRUVELIER, « Comptabilité », *Rép. dr. commercial*, Dalloz, 2010, n° 82.

15 V. en ce sens : E. CRUVELIER, « Comptabilité », préc., n° 82 : « À l'approche patrimoniale du droit comptable français, issue du droit romain et fondée sur la question de savoir si l'entreprise est juridiquement propriétaire du bien, le principe *substance over form* oppose une conception économique reposant sur le contrôle économique de la ressource. » V. également, J. GASBAOUI, *Normes comptables et droit privé, analyse juridique des documents comptables*, préc., p. 142, n° 252 : « Les qualifications

groupes, l'analyse permet de considérer les actifs détenus par les sociétés filiales comme la « substance » et le patrimoine de la société mère comme la « forme¹⁶ ». Le droit comptable considère alors que la société mère, en vertu de sa qualité d'actionnaire majoritaire des filiales, est en mesure de contrôler leurs ressources. Dans cette mesure, le groupe est considéré comme une « entité comptable » pour la communication de l'information financière, entité qui s'oppose frontalement aux catégories juridiques établies en droit des sociétés.

Cette opposition s'explique par les objectifs spécifiques poursuivis par le droit comptable. En effet, selon le cadre conceptuel du référentiel IFRS, « l'objectif de l'information financière à usage général est de fournir des informations sur l'entité présentant l'information financière qui soient utiles aux investisseurs actuels et futurs, aux prêteurs et aux autres créanciers pour prendre des décisions quant à la fourniture de ressources à l'entité¹⁷ ». C'est donc l'utilité de l'information qui guide le régime de l'information comptable. Par essence, « les documents comptables sont conçus comme une information financière. Ils doivent être utiles à la prise de décision économique¹⁸ ». Or, « en assignant à la comptabilité cet objectif, le législateur lui donne une finalité qui lui est propre, et lui permet de s'organiser en un corps de règles destiné à le satisfaire¹⁹ ». Des auteurs ont alors souligné la différence fondamentale qui sépare l'approche comptable et l'approche du droit des sociétés dans la mesure où « ce n'est plus la forme juridique de l'entité qui détermine sa soumission à l'obligation de publication de l'information comptable, mais l'utilité de cette information pour les utilisateurs indépendamment de la forme juridique de l'entité concernée²⁰ ». Ainsi, la vision utilitariste de l'information en droit comptable conduit à envisager l'entité de groupe indépendamment des différentes sociétés qui le composent. Cette vision a peu à peu pénétré le droit des sociétés²¹.

comptables [...] s'inscrivent pleinement dans ce que l'école du droit économique qualifie d'analyse substantielle [...]. Imposées par l'image fidèle, elles doivent être aussi proches que faire se peut de la réalité. Ainsi, le critère déterminant n'est pas l'existence d'un bien mais l'existence d'une ressource. »

16 V. en ce sens : J. GASBAOUI, *Normes comptables et droit privé, analyse juridique des documents comptables*, préc., p. 125, n° 214.

17 E. TORT, L. ESCAFFRE, « Chapitre 1. Le cadre conceptuel » in E. TORT, L. ESCAFFRE (dir.), *Améliorer l'information financière en IFRS. Politique comptable et communication financière*, Dunod, 2012, p. 1 et s.

18 J. GASBAOUI, *Normes comptables et droit privé, analyse juridique des documents comptables*, préc., p. 39, n° 40.

19 *Ibid.*, p. 30, n° 21.

20 F. PASQUALINI, D. BURBI, « Droit comptable européen et normes IFRS : une scission entre le droit et le chiffre ? », *Rev. sociétés* 2013, p. 259, spéc. n° 9.

21 L'imprégnation de la logique comptable en droit des sociétés apparaît particulièrement à la lumière de l'article L. 233-21 du Code de commerce qui dispose que « les comptes consolidés doivent être réguliers et sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation ».

B. L'imputation d'une obligation d'information financière consolidée à la charge des sociétés contrôlantes en droit des sociétés

La loi du 3 janvier 1985²² a inséré dans le Code de commerce l'obligation d'établissement et de publication de comptes consolidés et d'un rapport sur la gestion du groupe à l'article L. 233-16 du Code de commerce. La consolidation de l'information comptable passe, en droit des sociétés, par l'imputation de l'obligation de fournir une information sur les résultats et la situation financière des sociétés du groupe, à la charge de la société mère. Les comptes consolidés comprennent le bilan et le compte de résultat consolidés ainsi qu'une annexe²³. Ils ne sont pas « *une simple superposition des comptes annuels individuels*²⁴ ». L'idée est de procéder à l'élimination des opérations internes, effectuées entre les sociétés d'un même groupe – transactions commerciales, dividendes, financement – « *pour ne retenir dans les comptes consolidés que les transactions réalisées avec les tiers hors groupe*²⁵ ». Une fois débarrassé de ces écritures, il sera alors permis de juger la performance du groupe. Par ailleurs, l'article L. 233-16 du Code de commerce fait état d'un rapport sur la gestion du groupe. Ce dernier doit « *expose[r] la situation de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation, son évolution prévisible, les événements importants survenus entre la date de clôture de l'exercice de consolidation et la date à laquelle les comptes consolidés sont établis ainsi que ses activités en matière de recherche et de développement*²⁶ ». Il s'agit donc d'un document dans lequel l'organe de direction de la société mère rend compte aux actionnaires de la société mère de la gestion du groupe au cours de l'exercice écoulé et communique toutes les informations significatives sur le groupe et ses perspectives d'évolution, en plus de la communication des comptes consolidés. Ces obligations d'information particulières, qui pèsent sur les sociétés têtes de groupe, tendent ainsi à dépasser le principe de l'autonomie de chaque société du groupe. En effet, à travers l'obligation d'établir des comptes consolidés et un rapport de gestion sur le groupe, « *on unit ce qui est séparé au prix du dépassement des frontières légales séparant chaque entité pour fournir aux associés, aux salariés, aux créanciers, aux clients, une information économique et financière sur le groupe tout entier*²⁷... »

L'imputation de cette obligation d'information consolidée se fonde sur la qualité d'actionnaire majoritaire de la société mère qui est en mesure de contrôler les ressources de ses filiales, au sens du droit comptable. Cette considération trouve une traduction en droit des sociétés. Ainsi, selon l'article L. 233-16 du Code de commerce, c'est le contrôle qui fonde l'obligation d'établir des comptes consolidés et

22 Loi n° 85-11 du 3 janvier 1985.

23 C. com., art. L. 233-20.

24 A. LECOURT, note ss Cass. crim. 17 févr. 2021, n° 20-82.068, *RTD com.* 2021, p. 599.

25 I. ANDERNACK, « Comptes consolidés : règlement CRC n° 99-02 », *Rép. sociétés*, Dalloz, 2011 (mise à jour 2014), n° 73.

26 C. com., art. L. 233-16.

27 A. VIANDIER, *Droit comptable*, Dalloz, 2^e éd., 1993, p. 317, n° 263.

qui détermine le périmètre de la consolidation. Ce dernier est entendu largement. Il résulte « soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise », « soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise », soit « du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet »²⁸. On retrouve, dans les deux premières hypothèses, les traces du contrôle tel qu'il est envisagé par l'article L. 233-3 du Code de commerce, avec, d'une part, le « contrôle en assemblée²⁹ » et, d'autre part, le « contrôle directorial³⁰ », qui découlent de la détention de la majorité du capital d'une autre société. La dernière hypothèse de contrôle envisagée repose, quant à elle plus largement, sur l'existence de liens statutaires ou conventionnels qui permettrait à la société mère d'exercer une influence dominante sur une autre société. Derrière ces trois formes de contrôle, c'est le pouvoir de la société mère d'imposer ses vues en assemblées d'actionnaires au sein de ses filiales et d'exercer une influence sur la direction de ses filiales qui semble être visé. L'idée sous-jacente serait alors que le pouvoir exercé par la société mère au sein des sociétés comprises dans le périmètre de consolidation exige que l'on prenne en compte l'ensemble de ces sociétés pour la communication de l'information financière, à défaut de quoi cette information ne serait pas utile pour les parties prenantes. En d'autres termes, l'utilité de l'information financière s'infère d'une représentation réaliste du groupe qui prend en compte les rapports de pouvoir et la capacité de la société mère à décider au sein des sociétés sur lesquelles elle exerce un contrôle. En vertu de ce pouvoir, la société mère est en mesure d'orienter leurs ressources, ce qui en fait la mieux placée pour donner une information pertinente sur la situation financière des sociétés du groupe.

Le régime de consolidation de l'information due par les sociétés têtes de groupe, alors cantonné à une logique financière, a ensuite été étendu en matière d'informations extra-financières. Il offre des perspectives de responsabilisation des sociétés têtes de groupe légitimes mais largement amoindries par des conditions de mise en œuvre qui ne permettent pas, en l'état, d'améliorer la transparence sur les activités des groupes.

²⁸ C. com., art. L. 233-16.

²⁹ Selon la distinction réalisée par Etienne Casimir dans sa thèse, E. CASIMIR, *Les catégories d'actionnaires*, th. Université Panthéon-Assas, 2015, p. 247 et s. En vertu de cette forme de contrôle, la possibilité de nommer et révoquer les dirigeants permet à l'actionnaire majoritaire d'exercer une influence sur la direction de la société.

³⁰ *Ibid.*

II. L'extension de la logique de consolidation à l'information extra-financière : vers une responsabilisation des sociétés têtes de groupe ?

L'extension de la logique de consolidation à l'information exigée en matière de durabilité est une source de responsabilisation des sociétés têtes de groupe pour les activités menées par leurs filiales (A). Toutefois, l'analyse des conditions de mise en œuvre du régime de l'information consolidée vient amoindrir cette perspective (B).

A. L'extension de la logique de consolidation, source potentielle de responsabilisation des sociétés têtes de groupe

À mesure que les obligations d'information qui pèsent sur les dirigeants sociaux se sont multipliées, passant d'une logique purement financière à une obligation de rendre des comptes sur les conséquences environnementales et sociales de l'activité de leur société, le régime de l'information consolidée s'est banalisé³¹. En droit interne, la loi du 12 juillet 2010 a ainsi exigé que les informations extra-financières demandées aux dirigeants sur le fondement de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce soient « consolidées » lorsqu'elles sont données par la société dominante « et portent 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'elles contrôlent au sens de l'article L. 233-3 », tandis que la loi Warsmann II du 22 mars 2012 a ajouté une exonération pour les filiales et sociétés contrôlées, auparavant tenues de publier individuellement des informations sociales et environnementales. En substance, l'article 29 bis de la directive CSRD reprend ce régime qui repose sur une appropriation de la logique des comptes consolidés. En effet, en droit interne, l'article L. 225-102-1, II dispose que les sociétés qui sont tenues d'établir des comptes consolidés conformément à l'article L. 233-16 du Code de commerce sont également tenues de publier une déclaration consolidée de performance extra-financière pour le compte de l'ensemble des sociétés comprises dans le périmètre de consolidation. La construction de cet alinéa exprime ainsi, très clairement, le lien de filiation entre l'obligation pour les sociétés têtes de groupe d'établir des comptes consolidés et l'obligation de publier une déclaration consolidée de performance extra-financière. Cela signifie, par ailleurs, que le champ d'application de l'obligation de fournir une information consolidée en matière de durabilité est calqué sur le champ d'application de l'obligation d'établir des états financiers consolidés. Ce lien de filiation apparaît également à travers une identité de support dans la mesure où ces deux types d'informations doivent figurer dans le rapport de gestion ou « rapport consolidé de gestion³² », selon les termes de la directive. Il s'agit donc, pour les sociétés consolidantes, de rendre compte de la gestion du groupe, tant sur le plan financier que sur le plan des incidences extra-financières de l'activité des sociétés du groupe.

31 V. en ce sens : D. VIDAL, note ss. Cass. soc., 6 déc. 1994, n° 92-21.437, *Rev. sociétés* 1995, p. 725.

32 Directive (UE) n° 2022/2464, art. 29 bis, § 1.

Toutefois, la logique de la consolidation de l'information en matière de durabilité repose également sur une extension de la logique de consolidation comptable, et ce à deux égards. D'une part, au regard de la nature et de l'importance des informations exigées à ce titre, d'autre part, au regard du régime d'exemption mis en œuvre au bénéfice des filiales comprises dans le périmètre de la consolidation.

Premièrement, le régime de l'information consolidée en matière de durabilité repose sur la publication d'informations qui dépassent largement le champ des données financières exigées au titre de la consolidation des comptes. En effet, la liste dressée par l'article 29 bis de la directive s'avère extrêmement fournie. En substance, l'article indique que les informations exigées au titre de la durabilité doivent recouvrir une brève description du modèle commercial et de la stratégie du groupe ; une description des objectifs que s'est fixés le groupe en matière de durabilité ; une description du rôle des organes d'administration, de direction et de surveillance concernant ces questions ; une description des politiques du groupe en ce qui concerne les questions de durabilité ; une description de la procédure de diligence raisonnable mise en œuvre par le groupe concernant les questions de durabilité ainsi qu'une description des principales incidences négatives et des principaux risques générés par l'activité du groupe qui sont liés aux questions de durabilité. L'obligation d'information consolidée ne porte alors plus seulement sur des données financières quantitatives et rétrospectives mais concerne désormais des informations, extrêmement denses, tant « *prospectives et rétrospectives* » que « *qualitatives et quantitatives* »³³ sur les incidences de l'activité des sociétés du groupe en matière de durabilité et les politiques mises en œuvre pour y remédier. Cela marque le passage d'une simple obligation d'établir des comptes consolidés à une obligation de rendre des comptes sur les incidences de l'activité des sociétés du groupe et la politique prévue en matière de durabilité. Ce changement d'approche accentue le constat, dressé précédemment, d'une prise en compte du pouvoir de la société mère par le droit des sociétés. La nature stratégique et qualitative des informations demandées invite à penser que le législateur considère la société mère comme le véritable décideur au sein du groupe car cela revient à considérer qu'en vertu du pouvoir qu'elle détient sur les sociétés comprises dans le périmètre de consolidation, elle est la plus légitime pour délivrer ces informations.

Deuxièmement, le régime de l'information consolidée en matière de durabilité repose sur une extension de la logique d'imputation mise en œuvre dans la consolidation des comptes vers une logique d'« imputation-exonération ». En effet, contrairement à l'obligation d'établir des comptes consolidés³⁴, l'obligation de fournir une information consolidée en matière de durabilité s'accompagne d'une exemption de l'obligation de fournir l'information, de manière individuelle, au niveau de chaque filiale. Ainsi, la directive CSRD reprend l'idée, déjà présente dans la directive NFRD

33 Directive (UE) n° 2022/2464, cons. 33.

34 En effet, l'obligation d'établir des comptes consolidés n'exonère pas les filiales comprises dans le périmètre de consolidation de leur obligation d'établir des comptes individuels.

depuis 2014³⁵ et en droit français depuis 2012³⁶, selon laquelle une filiale peut être exemptée de l'obligation de publier les informations exigées en matière de durabilité dès lors que la société qui la contrôle publie une déclaration consolidée³⁷. L'exonération des filiales en matière d'information durable aboutit à renforcer l'idée d'une certaine responsabilisation de la société mère qui est la seule à devoir rendre des comptes sur la politique menée, au sein du groupe, sur les questions de durabilité. En ce sens, le Professeur François-Guy Trébulle souligne qu'« *en plaçant le groupe au centre, le législateur européen le reconnaît et, potentiellement, l'expose à se voir pris en compte pour le meilleur comme pour le pire, dès lors qu'il doit mettre en place et en œuvre des procédures de "diligence raisonnable" et qu'il pourrait lui être reproché de ne pas l'avoir fait ou de l'avoir fait sans succès* »³⁸. À ce stade, un parallèle peut d'ailleurs être dressé avec l'obligation d'établir un plan de vigilance introduite par la loi du 27 mars 2017³⁹ qui repose sur la même logique d'imputation-exonération et dont le régime prévoit expressément que le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce « *engage la responsabilité de son auteur* » dans les conditions de droit commun posées par les articles 1240 et 1241 du Code civil. Or, l'établissement d'un plan de vigilance repose tant sur l'identification des risques, c'est-à-dire une « *obligation de dire*⁴⁰ », que sur « *l'obligation de prendre les mesures de vigilance raisonnables pour éviter les dommages pouvant naître de ces risques* », c'est-à-dire une « *obligation d'agir* »⁴¹ à la charge des sociétés têtes de groupe pour le compte de l'ensemble des sociétés comprises dans le périmètre. Cette loi a alors établi un lien direct entre l'obligation d'information consolidée qui pèse sur la société mère d'un groupe et sa responsabilité soulignant, par-là, le lien fondamental entre la technique de la consolidation et l'imputation de la responsabilité au sein des groupes.

B. Une responsabilisation limitée par une transparence en trompe-l'œil

L'adoption d'une logique de consolidation dans le cadre de l'information exigée en matière de durabilité a pour principal intérêt d'éviter la stratégie d'externalisation des risques qui peut être menée au sein de certains groupes de sociétés. En effet, l'extension du périmètre de l'information due par la société mère d'un groupe à l'ensemble des sociétés incluses dans le périmètre de consolidation permet d'éviter la stratégie qui consiste à isoler les activités non durables d'un groupe au sein d'une

35 Directive (UE) n° 2014/95.

36 Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives.

37 V. C. com., art. L. 225-102-1.

38 F.-G. TREBULLE, « Les frontières de l'entreprise vues au prisme des enjeux environnementaux », *CDE* 2017, dossier 29.

39 Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

40 M. TIREL, « Prendre le droit de la RSE au sérieux », *BJS*, nov. 2022, p. 41.

41 *Ibid.*

société « *pour créer un effet d'optique*⁴² ». Les parties prenantes de la société mère ou d'une des filiales du groupe pourront disposer d'une vision d'ensemble de l'activité des sociétés du groupe, sans que la société tête de groupe puisse occulter des activités aux conséquences sociales et environnementales néfastes au sein d'une filiale « *poubelle* ». Dès lors, la consolidation de l'information au sein des groupes oblige, dans une certaine mesure, les sociétés têtes de groupe à assumer les risques générés par l'activité de l'ensemble des sociétés comprises dans le périmètre de la consolidation et surtout, les mesures mises en œuvre pour y faire face. À ce titre, l'imputation d'une obligation d'information consolidée sur les épaules des sociétés têtes de groupe paraît légitime au regard du pouvoir de décision qu'elles détiennent dans les sociétés comprises dans le périmètre de consolidation. Il faut toutefois relever que, dans ce cadre, les sociétés consolidantes risqueraient uniquement une responsabilité indirecte au titre du manquement aux obligations d'information consolidées, sans que la directive n'y fasse toutefois expressément référence⁴³.

Toutefois, l'idée d'une responsabilisation des sociétés têtes de groupe à travers une obligation de transparence accrue doit être confrontée aux conditions de mise en œuvre du régime de l'information consolidée en matière de durabilité pour mesurer son effectivité. Il faut, dès lors, se demander si ces conditions permettent de lever le voile sur les incidences des activités des sociétés du groupe en matière de durabilité et sur les mesures de diligence prévues à cet égard.

Dans un premier temps, l'on pourra faire valoir que le choix des législateurs français et européen de faire coïncider entreprise et groupe pour le calcul des seuils⁴⁴ qui font entrer une entreprise dans le champ de l'obligation de fournir des informations en matière de durabilité œuvre en ce sens. En effet, le régime de l'information repose sur la prise en compte de l'entité de groupe soumise au contrôle de la société dominante pour déterminer si une société tête de groupe doit délivrer une information consolidée. Ainsi, les indicateurs retenus par le législateur – à savoir le bilan, le chiffre d'affaires et le nombre de salariés – sont calculés et additionnés au niveau de l'ensemble des sociétés du groupe. En pratique donc, ces seuils seront souvent dépassés dans les groupes de sociétés⁴⁵ et de nombreux groupes seront soumis à

42 N. CUZACQ, « Les nouveautés issues du décret n° 2012-557 du 24 avril 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale », *RDT* 2013, p. 15.

43 En droit interne, l'article L. 225-102-1, IV, du Code de commerce prévoit simplement que « *lorsque le rapport prévu au deuxième alinéa de l'article L. 225-100 ne comporte pas la déclaration prévue au I ou au II du présent article, toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de communiquer les informations mentionnées au III ou à l'article L. 22-10-36. 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* ».

44 L'article L. 225-102-1, II invite à considérer « *le total du bilan ou du chiffre d'affaires et le nombre de salariés de l'ensemble des entreprises comprises dans le périmètre de consolidation excèdent les seuils mentionnés au I.* » L'article 29 bis de la directive vise, quant à lui, « *les entreprises mères d'un grand groupe* ». La définition du grand groupe se fait, selon l'article 3 § 7 de la directive 2013/34/UE, en calculant les seuils de bilan, chiffre d'affaires et nombre de salariés « *sur une base consolidée* ».

45 V. en ce sens, N. CUZACQ, « Le nouveau visage du reporting extra-financier français », *Rev.*

cette obligation d'information consolidée. Le constat est d'autant plus vrai que la directive CSRD a prévu de faire entrer dans ce périmètre les sociétés non européennes qui exercent une activité dans l'Union européenne au travers d'une filiale ou d'une succursale. Ainsi, même si la société dominante d'un groupe n'a pas son siège social au sein d'un État membre de l'Union européenne, la présence de l'une de ses filiales sur le territoire de l'un des États membres déclenche le calcul des seuils de l'obligation d'information au niveau du groupe⁴⁶. On regrettera toutefois que le périmètre retenu ne coïncide pas avec celui exigé au titre du devoir de vigilance⁴⁷, qui présente un lien de filiation évident avec l'obligation d'information consolidée en matière de durabilité. En conséquence, une même société mère pourra se retrouver soumise à l'une des obligations sans être soumise à l'autre. Cette absence d'alignement crée une disparité entre les informations communiquées aux différentes parties prenantes et une confusion qui nuit à leur bonne compréhension des incidences de l'activité du groupe en matière de durabilité.

Dans un deuxième temps, il faut souligner les efforts déployés par le législateur européen qui a adopté, à l'occasion de la directive CSRD, des mesures pour que l'exemption des filiales ne conduise pas à une déperdition des informations. Ainsi, l'article 29 bis de la directive introduit une obligation de traçabilité de l'information consolidée⁴⁸ et prévoit que l'exemption dont bénéficient les filiales est conditionnée à la fourniture d'un certain nombre d'informations dans le rapport de gestion, à savoir le nom et le siège de l'entreprise mère qui publie les informations au niveau du groupe, les liens internet vers le rapport consolidé de gestion de l'entreprise mère et, le cas échéant, l'information selon laquelle l'entreprise mère est exemptée de l'obligation d'établir une information consolidée en matière de durabilité. Dans ce cas, l'article laisse une option aux États membres et précise que « *l'État membre du droit national duquel l'entreprise mère exemptée relève peut exiger que le rapport consolidé de gestion ou, le cas échéant, le rapport consolidé de durabilité de l'entreprise mère soit publié dans une langue reconnue par cet État membre et que toute traduction nécessaire soit fournie dans cette langue*⁴⁹ ». La directive réhabilite alors l'obligation de traçabilité prévue en droit interne avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 19 juillet 2017⁵⁰. Cette ordonnance avait, en effet, supprimé l'obligation d'indiquer,

sociétés 2018, p. 347, spéc. n° 15.

46 Directive (UE) n° 2022/2464, art. 40 bis. Pour des développements sur l'application extraterritoriale de la directive au sein des groupes, v. l'article de J. DIDRY-BARCA dans ce numéro.

47 En effet, le domaine d'application de l'obligation de vigilance est uniquement fondé sur un critère d'effectifs en vertu de l'article L. 225-102-4, I du Code de commerce qui vise « *toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger* ».

48 Directive (UE) n° 2022/2464, art. 29 bis, § 8, a).

49 Directive (UE) n° 2022/2464, art. 29 bis, § 8.

50 Cette ordonnance a entraîné la suppression de l'obligation d'indiquer, pour les filiales, comment accéder aux informations publiées par la société mère, dans leur rapport de gestion à la suite de la transposition de la directive *NFRD*.

pour les filiales, comment accéder aux informations publiées par la société mère, dans leur rapport de gestion à la suite de la transposition de la directive NFRD. La réintroduction de ces exigences est à saluer dans la mesure où elles permettent de contrebalancer la déperdition d'informations au niveau de chaque filiale. Toutefois, est-elle suffisante ?

Le caractère global de la déclaration consolidée en matière de durabilité, maintenu par principe dans la directive CSRD, invite à donner une réponse négative. L'information consolidée en matière de durabilité porte alors, à titre d'illustration, sur « *le modèle commercial et [...] la stratégie du groupe*⁵¹ », les « *objectifs assortis d'échéances que s'est fixés le groupe en matière de durabilité* »⁵², les « *politiques du groupe en ce qui concerne les questions de durabilité*⁵³ », ou encore les « *principaux risques pour le groupe qui sont liés aux questions de durabilité*⁵⁴ ». Ce n'est que par exception, si l'entreprise déclarante constate des différences importantes entre la situation d'une filiation et la situation du groupe au regard des risques et des incidences identifiés, qu'elle devra donner une explication adéquate au niveau de la filiale. Cette logique d'exception laisse une marge de manœuvre importante pour dissimuler des données individuelles, propres aux incidences de chaque filiale en matière de durabilité, à travers la communication de données à caractère uniquement global. Ainsi, « *le risque existe que l'on aboutisse à des rapports consolidés sans réel intérêt, les informations apportées par les filiales ou les sociétés contrôlées se révélant en définitive parcellaires*⁵⁵ ». Pourtant, le droit français semblait avoir pris les précautions nécessaires face à ce risque de dilution de l'information au sein des groupes. En effet, avant l'ordonnance du 19 juillet 2017, l'ancien article L. 225-102-1, al. 6 accordait une exemption aux sociétés entrant dans le champ des comptes consolidés à condition que la société contrôlante délivre une information détaillée, par filiale. Toutefois, cette condition a été supprimée par l'ordonnance du 19 juillet 2017 intervenue en transposition de la directive NFRD⁵⁶. Dans ces conditions, l'information consolidée, censée être un instrument au service d'une meilleure transparence sur les incidences de l'activité des groupes en matière de durabilité, se révèle plutôt être un instrument d'optimisation de la gestion de l'information au sein des groupes.

Rappelons que le régime de l'information consolidée repose sur le souci de délivrer une information utile aux différentes parties prenantes qui leur permet de

51 Directive (UE) n° 2022/2464, art. 29 bis, § 2, a).

52 Directive (UE) n° 2022/2464, art. 29 bis, § 2, b).

53 Directive (UE) n° 2022/2464, art. 29 bis, § 2, d).

54 Directive (UE) n° 2022/2464, art. 29 bis, § 2, g).

55 Rapp. AN n° 3724, 20 sept. 2011, avis fait au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur la proposition de loi de J.-L. WARSMANN relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives (n° 3706), par S. GROUARD.

56 Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

comprendre, au mieux, les incidences des filiales sur les questions de durabilité et la gestion de ces incidences. Il paraît donc nécessaire d'exiger de la société mère une information détaillée, filiale par filiale, afin de ne pas permettre aux groupes de masquer les incidences de l'activité de chaque société du groupe grâce à une présentation globale de ces dernières. C'est à cette seule condition que le régime de l'information consolidée pourra être un outil de responsabilisation des sociétés têtes de groupe et présentera un réel intérêt pour les parties prenantes.

The application of the CSRD to third-country undertakings¹

Julien DIDRY-BARCA

*Doctorant contractuel en droit privé au sein
de l'École de droit de la Sorbonne*

Résumé :

L'extension des obligations d'information en matière de durabilité aux entreprises de pays tiers est présentée comme l'un des principaux apports de la directive CSRD, permettant de saisir les impacts sociaux et environnementaux du groupe transnational de sociétés. L'effectivité de la directive à l'égard de ces groupes semble toutefois relative. D'un côté, la directive saisit le groupe comme unité au travers de la filiale européenne en l'obligeant à publier une information couvrant le groupe entier. Mais d'un autre côté, elle laisse une large place à l'autonomie de la filiale en retenant une limitation de l'obligation au stade de l'exécution : si la société mère ne lui fournit pas l'information, la filiale peut se contenter de publier une information partielle accompagnée du refus de la société mère. La directive se contente donc d'exercer une contrainte réputationnelle sur le groupe transnational. Ce manque d'effectivité invite à réfléchir à des moyens d'y remédier, dont le principal semble être une restriction de l'accès au marché européen en l'absence d'une information consolidée suffisante en matière de durabilité. Parallèlement, la directive CSRD pourrait se trouver renforcée par la multiplication des obligations « ascendantes » en matière de durabilité, invitant le groupe transnational à rationaliser la publication d'information afin de satisfaire les exigences des différents systèmes auxquels il est soumis.

Abstract:

The extension of the sustainability reporting obligations to non-EU companies is presented as one of the CSRD's major contributions, making it possible to grasp the social and environmental impacts of transnational corporate groups. However, the effectiveness of the Directive with regard to these groups seems relative. On the one hand, the Directive captures the group as a unit through the European subsidiary, binding it to publish consolidated information at a global level. On the other hand, it leaves room for the subsidiary's autonomy, by limiting the obligation at the performance stage: if the parent company fails to provide the information, the subsidiary can simply publish a partial information, accompanied by the parent company's refusal. The Directive therefore imposes a merely reputational constraint on the transnational group. This lack of effectiveness calls for remedies, the main one being restricting access to the European market in the absence of sufficient consolidated sustainability information. At the same time, the CSRD could be strengthened by the multiplication of "bottom-up" sustainability obligations, inviting the transnational group to rationalize the publication of information in order to meet the requirements of the various systems to which it is subject.

¹ This article is a revised version of a speech given at the conference "Directive CSRD : durabilité et régulation de l'entreprise sociétaire" organised at the University of Paris 1 by the Sorbonne Affaires/ Finance department of the IRJS on 14 April 2023. A French version of this article is to be published in the next issue of the *Revue trimestrielle de droit financier*. I would like to thank the organisers of the event, M. R. DUMONT and Prof. E. SCHLUMBERGER, the co-directors of the department, Prof. A.-Cl. ROUAUD and D. PORACCHIA, and Prof. E. PATAUT, for his insightful advice.

The phenomenon of transnational corporate groups,² through its fragmentation across different systems, poses a serious challenge to the orientation of corporate behavior.³ Nevertheless, the global dimension of the social and environmental impacts of their activities must be addressed.

The CSRD offers to capture transnational corporate groups by imposing a consolidated reporting obligation on companies from countries outside the European Union. The choice of the term “undertakings”, used in the Directive, admittedly allows for a certain amount of leeway as to the legal form of the activity.⁴ But the application criteria are demanding: an annual net turnover of at least 150 million euros and the establishment of a subsidiary or branch that is itself listed or exceeds certain size criteria.⁵ It is therefore admissible to see the transnational group as the core target of the Directive, as it is hard to imagine that an activity of the magnitude of those in question would not be carried out in a corporate form. More specifically, the Directive is intended to cover the group whose parent company is located outside the Union and whose activity is carried out through one or more subsidiaries located in the Union. Some authors have therefore highlighted the extraterritoriality of the Directive as one of the main innovations in regard to the NFRD,⁶ its predecessor. Extraterritoriality would refer to the situation in which “one of the conditions or ef-

2 F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité Générale. Cours général de droit international privé », *Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 213, 1979, n° 200, p. 292 : For the author, compared with “multinational”, “the epithet transnational refers more correctly to a form of autonomy that companies with establishments scattered across the territories of several states have been able to conquer in relation to each of them”. See, also, n° 232, p. 337, on the “transnational corporate group”.

3 On international law being tested by transnational corporate groups: J.-P. LABORDE, « Droit international privé et groupes internationaux de sociétés : une mise à l'épreuve réciproque », in *Mélanges J. Derrupé*, Joly, Litec, 1991, p. 49. See also: X. BOUCOBZA, Y.-M. SERINET, « La régulation des groupes internationaux de sociétés : universalité de la *compliance* versus contrôles nationaux », *JDI* 2019, doct. 1, n° 38.

4 L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, ADI poche, 2019, n° 28, p. 91. For a historical point of view, see J. HILAIRE, « Des institutions essentielles non définies par la loi : la famille et l'entreprise », in *Mélanges P. Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 65.

5 The subsidiary must meet the criteria of large undertakings set out in Article 3, 4. Of D. 2013/34/ EU of June 26, 2013, while the branch must generate sales in excess of €40 million.

6 B. LECOURT, « La “directive RSE 2” (“directive CSRD”) : le nouveau visage de l'information en matière environnementale et sociale », *Rev. sociétés* 2022, p. 639 ; B. FRANÇOIS, « RSE : un nouveau pallier a été franchi », *Rev. sociétés* 2023, p. 62 ; B. PARANCE, « La directive CSRD, nouveau modèle de reporting extra-financier au service de la durabilité des entreprises », *JCP E* 2023, 1033, n° 21 ; J.-M. MOULIN, « L'irrésistible ascension de la “RSE” (premières vues sur la directive CSRD) », *RDBF* janv.-févr. 2023, ét. 1 ; E. RAPONE, J. DESSARD JACQUES, G. KOUADJE, « Directive CSRD : quels enjeux de gouvernance et sociaux anticiper ? », *JCP E* 2023, 1057, n° 5.

facts of the legal command is located outside of its country of origin”,⁷ whether it is a law (normative extraterritoriality) or a judgement (decisional extraterritoriality).⁸

The main problem does not, however, seem to be the extraterritoriality of the Directive *per se*. Extraterritoriality would have “lost its exorbitance”⁹ because of the reaction of States to the “transnationalisation of economic relations”.¹⁰ This observation is even truer when it comes to sustainability issues, which are global in nature.¹¹ However, the singular structure of the transnational corporate group continues to pose a double challenge. First, in terms of corporate law, the regulation of the group must deal with the legal autonomy of the companies that compose it. Secondly, in terms of international law, the principle of State sovereignty reintroduces the problem of the territorial scope of the rule. In a classical conception of State sovereignty, which stems from the *Lotus* judgement handed down by the Permanent International Court of Justice (PICJ) in 1927,¹² a distinction must be made between the normative competence of a State and its competence to enforce.¹³ While it is free to prescribe rules without being constrained by territorial limits, the State cannot compel their application by the mean of a material act of enforcement carried out in the territory of another State.¹⁴ It is not so much the principle of extraterritorial application as the degree of constraint of the transnational group that is scrutinized.

Point (20) of the Directive shows that the justification of its application to third-country companies is a desire to ensure a minimum of protection, but, above all, reasonable competition (level playing field) between European and non-European operators.¹⁵ For the foreign companies concerned, Chapter 9a of the Accounting Directive requires the European subsidiary to publish information that cover the entire group, based on the information available and, if necessary, by asking the

7 L. D'AVOUT, « L'extraterritorialité dans les relations d'affaires », *JCP G* 2015, doct. 1112, n° 1. See also: F. RIGAU, *loc. cit.*: “Extraterritoriality means that the application of a norm of economic law which takes hold of or attempts to take hold of facts located outside the territory of the State from which this norm emanates”.

8 L. D'AVOUT, “L'extraterritorialité dans les relations d'affaires”, *op. cit.*, n° 5.

9 L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, p. 72, note 90.

10 F. RIGAU, *loc. cit.*

11 M. TIREL, « Prendre le droit de la RSE au sérieux », *BJS* nov. 2022, p. 41.

12 PICJ, 7 sept. 1927, pub. de la PPJI, série A, n° 10 ; *Rev. crit. DIP* 1928, p. 377, note H. DONNEDIEU DE VABRES.

13 On the distinction between normative or substantial territoriality and formal or operational territoriality: L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, n° 43 et s., p. 129; J. GROUX, « Territorialité et droit communautaire », *RTD eur.* 1987, p. 5.

14 P. MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979, 1, p. 547 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, 5^e éd., PUF, 2021, n° 61, p. 92 et s.

15 D. (UE) 2022/2464, 14 December 2022, (20): “Third-country undertakings which have a significant activity on the territory of the Union should also be required to provide sustainability information, especially on their impacts on social and environmental matters, in order to ensure that third-country undertakings are accountable for their impacts on people and the environment and that there is a level playing field for companies operating in the internal market”.

parent company for additional information. If the parent company refuses to provide the requested information, the subsidiary must publish the available information together with this refusal.¹⁶ Similarly, if the parent company refuses to provide the subsidiary with an assurance opinion of the information provided, the subsidiary shall accompany the sustainability report with this refusal.¹⁷ This mechanism is found almost identically in the so-called CbCR directive on corporate tax disclosure.¹⁸ It allows the CSRD to approach the group not from the top, as in most consolidation mechanisms, but from the bottom up, starting with the subsidiary and working up to the parent company. But does the CSRD achieve its objective? Is the use of disclosure requirements sufficient to overcome the difficulties posed by the regulation of the transnational group? The assessment of the effects of the CSRD with regard to third-country undertakings is all the more fundamental since the European legislator plans to include these operators in the scope of the future European duty of diligence of the CSDD proposal.¹⁹

The effectiveness of the application of the Directive to third-country undertakings seems questionable. Through the scope of the information, the Directive apprehends the group as a unit (I). It leaves, however, a large place to the autonomy of the subsidiary in the performance of the reporting obligation (II). The result is a lack of effectiveness, which calls for a consideration of possible remedies (III).

I.- The group understood as a unit through the scope of the information

To understand the CSRD's approach to the corporate group, we need to return to the connecting factors used in the Directive. Most recent laws providing for extra-territorial ESG reporting requirements, such as the UK Modern Slavery Act²⁰ or the Dutch Child Labor Due Diligence Law,²¹ refer to a criterion relating to the conduct of a business or part of a business in the country.²² Moreover, the CSDD proposal only requires a criterion relating to annual net turnover in the Union²³. However, the CSRD adds a second criterion: an establishment in the Union.²⁴

¹⁶ D. 2013/34/UE, June 26, 2013, art. 40b, 2.

¹⁷ D. 2013/34/UE, June 26, 2013, art. 40b, 3.

¹⁸ D. (UE) 2021/2101, November 24, 2021, Chapter 10b of D. 2013/34/UE June 26, 2013.

¹⁹ Directive proposal (UE) 2022/0051 (COD), Feb. 23, 2022, art. 2, 5.

²⁰ *Modern Slavery Act* (2015), sect. 54, (12), (a).

²¹ *Wet zorgplicht kinderarbeid*, Oct. 24, 2019, art. 4.

²² For other examples of linking criteria used by non-financial information systems, see L. DUBIN, « *Entreprise multinationale* », *Rep. dr. inter. Dalloz*, nov. 2021, n° 74 s. On the connecting factors and the extraterritoriality of European Union law, see « *Rapport sur l'extraterritorialité du droit de l'Union européenne* », HCJP, mai 2022, p. 49.

²³ Directive proposal (UE) 2022/0051 (COD), Feb. 23, 2022, art. 2, 5.

²⁴ See, however, D. (UE) 2022/2464, Dec. 14, 2022, (81), stating that the Commission should present a report to the European Parliament and the Council assessing, *inter alia*, how to extend the requirements of the Directive to “third-country undertakings operating directly on the Union

By making its application conditional to the presence of a subsidiary or branch in the Union, the CSRD seems to provide a convenient imputation point for the reporting obligations. The Directive thus circumvents the difficulty posed by the principle of State sovereignty. This principle does not directly prevent the European Union from imposing an obligation on a third-country company; it only prevents a constraint from being exercised on the parent company established in a non-European State. Moreover, this limitation does not, in itself, exclude all effectiveness of the enactment of a norm binding the parent company: the enforcement of the decision sanctioning the violation of the rule could be carried out on its local assets or on the territory of a foreign country as long as it recognizes the application of the extraterritorial norm.²⁵ But these solutions remain contingent. On the contrary, by focusing on the subsidiary from the moment of the enactment of the obligation, the European legislator proceeds to a self-limitation of its normative competence in order to ensure the effectiveness of the obligations that it enacts.²⁶

This effectiveness may seem counterintuitive. Doesn't focusing the obligations on the European subsidiary means that the Directive simply does not apply to third-country undertakings? In reality, the Directive applies to the group through the scope of the information required. It does not matter whether the subsidiary is the only one required to provide information: it must be established at a consolidated level. Without directly binding the foreign parent company, the Directive makes it possible to exert a reputational constraint on the entire group. Therefore, it allows the group to be considered as a single entity in terms of information, despite the apparent territoriality of the obligations.²⁷ The positive self-limitation of the European legislator thus makes it possible to relativize the legal autonomy of the companies that compose the group, by treating the European subsidiary as a gateway to the group. Through this logic, the CSRD participates in a renewal of the "technical expression" of extraterritoriality, characterized by what has been called a "regulatory extraterritoriality" whose core target is the transnational undertaking.²⁸ This method is characterized by the establishment of a framework that relies on a spontaneous orientation of behavior.²⁹ In this respect, reporting obligations are a minimal expression of the phenomenon, alongside vigilance obligations and compliance mechanisms.

internal market without a subsidiary undertaking or a branch on the territory of the Union".

25 This recognition may take the form of the exequatur of the foreign decision, at the judicial level, or by the declaration of the applicability or the effective application of the foreign law. See on this subject: L. D'AVOUT, « L'extraterritorialité dans les relations d'affaires », *op. cit.*, n° 13.

26 Highlighting a phenomenon of "positive self limitation" of State law towards transnational corporate groups, resulting in the possibility of compelling the subsidiary located on the national territory in the event of a decision concerning the foreign parent company: C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. A. LYON-CAEN, LGDJ, 1991, n° 401 s., p. 262 s.

27 One can speak of "secondary" extraterritoriality: J.-M. JACQUET, « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce internationale », *JDI Clunet* 1985, p. 333.

28 L. D'AVOUT, « L'extraterritorialité dans les relations d'affaires », *op. cit.*, n° 7.

29 *Ibid.*

The information should then allow an original form of international justiciability of the corporate group. A citizen of the home state of the parent company or of a sister company could take advantage of the obligation of the European subsidiary to obtain consolidated information that would potentially not be available to them under domestic law. The action tends toward an injunction addressed to the subsidiary to publish the requested information or the refusal of the parent company to provide it. Assuming that the subsidiary is registered in the territory of a Member State, the jurisdiction of the local court would be founded, pursuant to Article 4 of the Brussels I *bis*³⁰ Regulation. Similarly, the applicability of the obligation should be justified by the application of the *lex societatis*³¹.

The focus of the obligations on the subsidiary, far from constituting a renunciation of the application of the Directive to transnational groups, thus constitutes a positive self-limitation of the European Union allowing it to apprehend the groups through information. However, the Directive limits the degree of constraint of the subsidiary at the stage of the performance of the obligation, a limitation that cannot be explained by the principle of sovereignty.

II.- The group understood as a plurality in the performance of the obligation

At the stage of the performance of the obligations, Article 4ob allows the subsidiary to rely on the parent company's refusal to publish partial information or information without an assurance opinion. However, simply requiring consolidated information, or even match this obligation with an administrative sanction, would not have violated the sovereignty of the third-country, since the constraint concerns the European subsidiary. Such a method can be found in the Directive 98/59,³² creating an obligation to provide information in case of collective redundancies. Article 2, §4, states that "in considering alleged breaches of the information, consultation and notification requirements laid down by the Directive, account shall not be taken of any defense on the part of the employer on the ground that the necessary information has not been provided to the employer by the undertaking which took the decision leading to collective redundancies". In other words, in the context of a corporate group, the employing subsidiary cannot rely on the refusal of the parent company that made the decision to make the redundancies in order to justify the violation of its obligation to inform. A provision of this type, if included in the CSRD, would have allowed consolidated information to reach its full potential.³³

30 R. (UE) n° 1215/2012, Dec. 12, 2012, art. 4.

31 Provided, however, that the obligation to inform about sustainability is governed by the *lex societatis*, which is not at all obvious in view of the issues raised by CSR. See, on the French law on duty of diligence: E. PATAUT, « Le devoir de vigilance. Aspects de droit international privé », *Dr. social* 2017, p. 833. On the extension of the scope of *lex societatis* by "the law of extra-financial transparency of companies", see L. D'AVOUT, *L'entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, n° 145, p. 395.

32 D. 98/59, July 20, 1998.

33 See, on the potential of this provision in the apprehension of the group of companies in

This limitation has a different explanation than the sovereignty principle. First, it is explained by political considerations: the European legislator may be reluctant to impose additional burden on non-European companies.³⁴ Secondly, from a technical standpoint, this limit would express a broad conception of the autonomy of the legal entities making up the group. The subsidiary, which is legally autonomous, theoretically does not have access to the consolidated information, due to the absence of control over the other companies in the group. In this respect, depriving it of the possibility to avail itself of its parent company's refusal would be tantamount to ignoring its autonomy in relation to the head of the group, which is the holder of the requested information.

This limitation falls in the context of the overcoming of the dichotomy between territoriality and extraterritoriality of the rule of law.³⁵ Today, a more refined perception is emerging, based on a gradation of the influence of the norm on *de facto* situations: "the more the effectiveness of the rule rubs off outside its local sphere of relevance, the more its rationality decreases from the international point of view, which exposes its author to a greater duty of justification and to circumspection in its implementation".³⁶ It is therefore understandable that the universalist ambition of the European legislator is tempered by a certain prudence, inspired by a reflection on the legitimacy of its norms. However, the final result is puzzling: the information that makes it possible to apprehend the group is in fact optional, as is the publication of an assurance opinion. It results in weakened comparability and reliability of the information provided by third-country undertakings.

The unitary conception of the group within the scope of the obligation to provide information seems almost deactivated by the broad conception of the legal autonomy of its components at the stage of the performance of the obligation. This weakened effectiveness of the Directive with regard to third-country undertakings calls for a reflection on the remedies that can be applied to it.

III.- Remedies to the weakened effectiveness of the Directive towards third-country undertakings

As it stands, the effectiveness of the CSRD is based on an incentive effect towards foreign parent companies,³⁷ by means of a double reputational mechanism: *name*

matters of collective redundancies: E. PATAUT, « Le licenciement dans les groupes internationaux de sociétés », *RDT* 2011, p. 14.

34 For C. HANNOUN, negative self-limitation would find its source in a principle of international freedom of economic activities. See C. HANNOUN, *op. cit.*, n° 407, p. 267: "Self-limitation could here find its source in the idea that certain rules are conceived for reasons specific to the country which has enacted them, and confer rights only within the borders of this country. Towards these rules, the principle of international freedom of economic activities prevails beyond the border".

35 See above.

36 L. D'AVOUT, « L'extraterritorialité dans les relations d'affaires », *op. cit.*, n° 20.

37 D. (UE) 2022/2464, Dec. 14, 2022, (20).

and shame firstly, through the publication by the subsidiary of the refusal to provide information or the assurance opinion; *name and praise* secondly, through an annual communication from the Commission on third-country undertakings publishing information on sustainability.³⁸ However, there are doubts about the adequacy of such an approach to the issues at stake, particularly towards private companies, for which reputational risk is relative.³⁹ Various mechanisms could strengthen the Directive effectiveness.

On the one hand, sustainability could be a condition to access the European market for third-country undertakings. Inspired by the “Brussels effect” described by A. Bradford,⁴⁰ the report of the Legal High Committee for Financial Markets of Paris on the extraterritoriality of EU law proposes to explore this method.⁴¹ Consolidated information on sustainability at the global level could constitute, firstly, a condition for approval when the activity is subject to such a requirement. It could then be a condition to respond to a public call for tender. As an example, the French “Climate and Resilience” law provides for an optional prohibition on bidding in the event of failure to publish a due diligence plan.⁴²

On the other hand, the obligation of the CSRD could be supported by its articulation with other national legislations on sustainability. In a context of multiplication of bottom-up obligations,⁴³ starting from local subsidiaries, a single publication can meet the requirements of different systems simultaneously. However, the information must be designed in such a way at group level. In regard to the CSRD, it is possible to think that information published in a third country would become “available” in the sense of the Directive and could be collected by the subsidiary without waiting for its communication by the parent company. Similarly, the preparation of consolidated information by the foreign parent company makes it possible to exempt the subsidiary from its own obligation, as long as it is included in the scope of this information.⁴⁴

At the crossroads of information, diligence or compliance obligations relating to social and environmental issues, the corporate group is led to rationalize the ar-

38 D. (UE) 2022/2464, Dec. 14, 2022, (20): “The Commission should make publicly available on its website a list of the third-country undertakings that have published a sustainability report”.

39 F. DRUMMOND, « Des limites de la portée normative des obligations d’information », *BJB* mars 2023, p. 1. See however, on the idea of soft enforcement attached to reporting: M. LAROUER, *Les codes de conduite, sources du droit*, préf. P. DEUMIER, Dalloz, 2018, n° 285 s., p. 381 s. ; L. D’AVOUT, *L’entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, n° 266, p. 698.

40 A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020.

41 « Rapport sur l’extraterritorialité du droit de l’Union européenne », HCJP, mai 2022, 4. 1., p. 62.

42 L. of Aug. 22, 2021 on combating climate change and strengthening resilience to its effects, art. 35. See N. CUZACQ, « La RSE, le masque et la plume », *Rev. sociétés* 2023, p. 71, n° 26.

43 More generally, on the “addition of legislation” in terms of compliance, see X. BOUCOBZA, Y.-M. SERINET, *op. cit.*

44 D. 2013/34/UE, June 26, 2013, art. 19b, 9. However, the specific issues of consolidation must be taken into account: in this regard, see the contribution of E. MIGLIETTA to this review.

ticulation of the different systems through dedicated governance tools at the global level.⁴⁵ Therefore, while the Directive seemed to aggravate the alterity within the group, the internationalization of sustainability obligations reintroduces, in a contrary movement, an integration through the governance of the group, aiming at the “compatibility of the simultaneously applicable legal regimes”.⁴⁶ In this context, the Directive paves the way for such an articulation by making it possible, through implementing acts of the Commission, to recognize the equivalence of given systems in terms of information or its assurance.⁴⁷ Similarly, as provided for in the Directive,⁴⁸ EFRAG’s draft standards reflect the consideration of international standards, facilitating harmonization at the global level.⁴⁹ It thus illustrates the responsibility of legislators and regulators to rationalize upstream the disclosure requirements for corporate groups.⁵⁰

To conclude, an in-depth analysis of the Directive leaves doubts as to its effectiveness towards third-country undertakings. It seems to reflect an excess of caution, or a lack of ambition, which raises concerns for the future Directive on the European duty of diligence. We will have to wait to observe its effects, since third-country undertakings will only be required to draw up a sustainability report at the beginning of 2029 for the 2028 financial year. However, it is to be hoped that the insertion of this reporting obligation into the international order will reinforce its effects. In that regard, the internationalization of the ESG obligations certainly constitutes a new challenge for the governance of transnational groups, and, at the same time, an opportunity for the European legislator to give its rules the necessary scope to address the issues at stake.

45 L. D’AVOUT, *L’entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, n° 298, p. 768: “for their principal actor and addressee – the international corporate group, the predominant form of organization of the large global enterprise – this work of coordinating laws and merging their constraints into harmonized rules of conduct is, strictly speaking, a necessity”. On the subject of group governance, see: P. LE CANNU, « Les organes de groupe », *LPA* 4 mai 2001, p. 43.

46 L. D’AVOUT, *L’entreprise et les conflits internationaux de lois*, *op. cit.*, n° 297, p. 768. See also: H. MUIR WATT, « La globalisation et le droit international privé », in *Mélanges Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 591, n° 14, p. 601.

47 D. 2013/34/UE, June 26, 2013, art. 40b, 2., al. 2 and 3., al. 1.

48 See (43) of the CSRD, referring to the *Global Reporting Initiative*, the *Sustainability Accounting Standards Board*, the *International Integrated Reporting Council*, the *International Accounting Standards Board*, de la *Task Force on Climate-related Financial Disclosures*, the *Carbon Disclosure Standard Board*, le *Carbon Disclosure Project* and the works of the ISSB and IASB.

49 C. NOUEL, « Directive CSRD : la durabilité au cœur de la stratégie et de la gouvernance des entreprises », *BJS* mars 2023, p. 53, p. 63 ; P.-H. CONAC, « Les projets de normes de durabilité ESRS de l’EFRAG et leur conception de la gouvernance d’entreprise », *Rev. sociétés* 2022, p. 576.

50 L. D’AVOUT, « L’extraterritorialité dans les relations d’affaires », *op. cit.*, n° 21. On the role of these conciliation processes in relation to the bilateral rule of conflict, see H. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 22, p. 605.

Preparing sustainability reporting: what framework?¹

Carla TREBERT

PhD candidate in Private Law

Paris 1 Panthéon-Sorbonne University

Résumé :

Adoptée après la mise en application des textes relatifs à la finance durable, mais avant la proposition de directive sur le devoir de vigilance, la CSRD vient parfaire l'édifice législatif sur lequel l'Europe construit sa stratégie en matière de durabilité dans le prolongement du Green Deal. Elle est porteuse d'avancées majeures puisqu'elle renforce les exigences entourant le reporting de durabilité, mais reste laconique sur la phase pourtant cruciale d'élaboration de l'information préalablement à la publication. Cet article tente d'esquisser, à l'aune de l'obligation de s'informer pour informer, un régime afin d'encadrer ce travail préalable. Si cette piste soulève davantage de questions qu'elle n'apporte de réponses, elle permet au moins de mettre en lumière la manière dont la substance et le périmètre de l'information influent sur le comportement que l'on peut attendre de la part des entreprises assujetties.

Mots-clés : *directive CSRD – EFRAG – reporting de durabilité – obligation de dire – transparence – double matérialité – élaboration de l'information de durabilité – s'informer pour informer – qualité de l'information – réflexivité – potestativité – charge administrative – coûts et efforts – proportion – adaptation – chaîne de valeur.*

Abstract:

Adopted after the implementation of the texts relating to sustainable finance, but before the proposal for a directive on due diligence, the CSRD completes the legislative edifice on which the European Union is building its sustainability strategy in the wake of the Green Deal. It represents a major step forward, as it strengthens the requirements for sustainability reporting, but remains silent on the crucial phase of preparing information prior to publication. This article attempts to sketch out, in the light of the obligation to obtain information in order to inform others, a framework for this preliminary work. While this approach raises more questions than it answers, it does at least shed light on the way in which the substance and scope of the required information influence the behaviour that can be expected from the undertakings subject to the CSRD.

Keywords: CSRD – EFRAG – sustainability reporting – obligation to disclose – transparency – double materiality – preparing sustainability information – obtain information in order to inform others – qualitative information – reflexivity – arbitrariness – administrative burden – cost and efforts – proportionality – relevance – value chain.

¹ This article is a revised version of a speech given at the conference “Directive CSRD: durabilité et régulation de l'entreprise sociétaire” organised at the University of Paris 1 by the Sorbonne-Affaires/ Finance Department of the IRJS on 14 April 2023. A French version of this article has been published: C. TREBERT, « L'élaboration de l'information en matière de durabilité : quel encadrement ? », *RTDF* 2/2023, n° N6o86BZG. I would like to thank the organisers of the event, Romain Dumont (MCF) and Edmond Schlumberger (Prof.), and the co-directors of the department, Anne-Claire Rouaud (Prof.) and Didier Poracchia (Prof.). My most grateful thanks go to Judith Rochfeld (Prof.) and Ruth Sefton-Green (MCF) for their precious help and insightful comments on earlier drafts of this article. All remaining errors are my own.

“It is better to be making the news than taking it; to be an actor rather than a critic.”²

Introduction

1.- Amending the 2013 *Accounting Directive*³ and replacing the 2014 *Non-Financial Reporting Directive* (hereinafter “NFRD”),⁴ the 2022 *Corporate Sustainability Reporting Directive* (hereinafter “CSRD”) ⁵ requires certain undertakings⁶ to include sustainability information in their annual reports. The CSRD is at the heart of Europe’s sustainability strategy, as it is the cornerstone of a series of texts whose effectiveness depends on compliance with the reporting obligations set out in the CSRD.⁷ Such is the case with the *Sustainable Finance Disclosure Regulation* (hereinafter “SFDR”), which aims to combat greenwashing in financial markets by introducing disclosure requirements on the policies of financial market participants and financial advisers as well as on financial products.⁸ The same applies to the *Taxonomy Regulation*, which creates a classification system for environmentally sustainable economic activities, which applies to undertakings covered by the

2 W. S. CHURCHILL, *The Story of the Malakand Field Force. An Episode of Frontier War*, 1898, Ch. VIII, online: <https://www.gutenberg.org/files/9404/9404-h/9404-h.htm>.

3 EP and Council, dir. 2013/34/EU, 26 June 2013, on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, *OJEU* L 182, 29 June 2013, p. 19-76.

4 EP and Council, dir. 2014/95/EU, 22 Oct. 2014, amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups, *OJEU* L 330, 15 Nov. 2014, p. 1-9.

5 EP and Council, dir. (EU) 2022/2464, 14 Dec 2022, amending Regulation (EU) No 537/2014 and Directives 2004/109/EC, 2006/43/EC and 2013/34/EU as regards corporate sustainability reporting, *OJEU* L 322, 16 Dec. 2022, p. 15-80.

6 More precisely, to large undertakings (those exceeding two of the following three thresholds: €20,000,000 balance sheet total; €40,000,000 net sales; 250 employees on average during the financial year), as well as to SMEs (those exceeding at least two of the following thresholds: 350,000 in balance sheet total; €700,000 in net sales; 10 employees on average over the financial year) but on condition that these SMEs are public interest entities (which covers listed undertakings, credit institutions, insurance undertakings and any undertaking designated as such by a Member State), as well as parent undertakings of a large group (those exceeding two of the three thresholds for large undertakings). To this must be added the corporate form (for France, the *société anonyme*, the *société en commandite par actions*, the *société à responsabilité limitée*, the *société par actions simplifiée*). For the sake of brevity, the entities subject to these requirements will be referred to in this article as “undertaking” and “group”. *Adde*, in this issue, regarding the liability of third country undertakings, see the article by J. DIDRY-BARCA, “The application of the CSRD to third-country undertakings”, p. 133, regarding the exemption of subsidiaries, see the article by E. MIGLIETTA, “Le régime de l’information consolidée en matière de durabilité au sein des groupes de sociétés à l’aune de la directive CSRD”, p. 119.

7 J.-M. MOULIN, «L’irrésistible ascension de la RSE (premières vues sur la directive CSRD)», *RD bancaire et fin.* 2023, study 1, spec. n° 14 seq. On the European strategy, see European Commission, Action Plan: Financing Sustainable Growth, 8 March 2018, COM(2018) 97 final; The Green Deal for Europe, 11 Dec. 2019, COM(2019) 640 final; Financing the transition to a sustainable economy, 6 July 2021, COM(2021) 390 final.

8 EP and Council, reg. 2019/2088 (EU), 27 Nov. 2019, on sustainability disclosure in the financial services sector, *OJEU* L 317, 9 Dec. 2019, p. 1-16.

CSRD.⁹ Without qualitative sustainability information provided by undertakings receiving financing, entities operating on the financial markets will not be able to meet their own obligations. Above all, and more concretely, it will not be possible to redirect financial flows towards sustainable activities and undertakings.

2.- As well as seeking to make finance more sustainable, the CSRD serves another, more indirect purpose: to make the undertakings concerned more accountable.¹⁰ It should therefore be read in conjunction with the proposal for a *Directive on Corporate Sustainability Due Diligence* of February 2022.¹¹ According to the directive, the absence of information would lead to “an accountability deficit” which “could lead to lower levels of citizen trust in businesses.”¹² Conversely, producing information in this area would make undertakings aware of the risks and impacts associated with their activities and, at the same time, take the measure of their responsibilities.¹³ This information could then serve as a basis for dialogue with civil society actors, or even help to prove corporate failings in the event of litigation, particularly when it comes to uncovering fraudulent green claims by undertakings.¹⁴

9 EP and Council, reg. 2020/852 (EU), 18 June 2020, on the establishment of a framework to encourage sustainable investment, *OJEU* L 198, 22 June 2020, p. 13-43, hereinafter “the Taxonomy Regulation”, spec. art. 8.

10 The accounting consequences of which have not yet been drawn, as ESG factors do not yet have an impact on the calculation of an undertaking’s profit: in this regard, J. BARDY, “Approche comptable de la RSE”, *RLDA* févr. 2023, suppl. au n° 189, p. 28; v. égal. O. BUISINE, «RSE et comptabilité environnementale», *BJS* sept. 2021, n° 200k5, spec. p. 62 seq.

11 EP resolution, 10 March 2021, with recommendations to the Commission on due diligence and corporate accountability, *OJEU* C 474 of 24 Nov. 2021, p. 11-40; Prop. of dir. of the EP and of the Council, 23 Feb. 2022, on Corporate Sustainability Due Diligence, COM/2022/71 final. For further developments on the European duty of care and its links with the CSRD, see p. DE GIOIA CARABELLESE, L. MACRÌ. “CSRD and CSDD: How the Sustainability Regulatory Evolution Impacts on Sustainable and Green Investments”, *European Company Law Journal*, 2023, vol. 20, n° 3, p. 1-2; see also the article by M. DE PINIEUX in this issue, “Human rights due diligence: complementarity and synergy between the CSRD, the draft CSDDD and the proposal for a regulation on prohibiting products made with forced labour on the Union market”, p. 185.

12 CSRD, Recital 14.

13 S. PIERSON, M. FOURNIER DE SAINT JEAN, «L’impact de la durabilité sur la stratégie et le fonctionnement interne des entreprises», *CDE* 2022, dossier 6. The regulation of operators through information is not new, particularly in financial markets law (see J.-B. POULLE, “La régulation par l’information en droit des marchés financiers”, *LPA* 21 Jan. 2009, n° PA200901505, p. 6, spec. n° 23-26); on the use of transparency in CSR and its links with reflexive law, see V. JENTSCH. “Corporate Social Responsibility between Self-Regulation and Government Intervention: Monitoring, Enforcement and Transparency”, *European Business Law Review*, vol. 31, n° 2, 2020, p. 285-302, spec. p. 296 and references cited by the author; see also. D. HESS, “Social Reporting: A Reflexive Law Approach to Corporate Social Responsiveness”, 25 *Journal of Corporation Law* 41-84 (1999); D. HESS, “Regulating Corporate Social Performance: A New Look at Social Accounting, Auditing, and Reporting”, 11(2) *Business Ethics Quarterly*, 307-330. As regards the theoretical foundations of informational regulation in environmental matters, see the paper by A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, op. cit. p. 419 seq. with special reference to p. 434 seq. Adde D. BESSIRE, “Gouvernance d’entreprise : que cache le discours sur la transparence ?”, research paper n° 2003-03, Laboratoire orléanais de gestion, Jan. 2003 (online: <https://www.researchgate.net/publication/46449740>), spec. p. 10: based on the writings of M. Foucault, the author draws a parallel between making undertakings transparent and J. Bentham’s Panopticon with a view to disciplining them from within.

14 CSRD, Recital 14; Prop. for a dir. of the EP and of the Council, 22 March 2023, on the justification

3.- With this legislative context in mind, the CSRD aims to harmonise the sustainability information provided by undertakings in order to improve its comparability.¹⁵ It thus seeks to meet the needs of the two categories of addressees identified as a priority: investors and civil society actors.¹⁶ To do this, it first extends the obligations to large unlisted undertakings and small and medium-sized listed undertakings.¹⁷ Secondly, it requires the information to be of high quality, *i.e.* reliable and relevant, but also understandable, comparable and verifiable.¹⁸ Lastly, it sets out a much more detailed list of points that must be covered by the statement, which must be both retrospective and prospective and thus linked to different time horizons.¹⁹ To ensure the quality of the information, the audit committee, which has been mandatory since 2006, is expected to monitor the preparation of sustainability information in the same way as financial information.²⁰ Externally, the information should be subject to a control giving rise to an assurance opinion, the level of which should gradually be increased.²¹

4.- In order to guide preparers and auditors of information and to standardise it as much as possible so as to make it truly comparable, mandatory standards adopted by the Commission will replace the former non-binding guidelines.²² These standards will be based on the work of the European Financial Reporting Advisory Group (hereinafter “EFRAG”), which has already published a first set of projects

and communication of explicit environmental claims, COM(2023) 166 final.

¹⁵ CSRD, Recital 10.

¹⁶ CSRD, Recitals 9, 11, 12; shareholders are therefore no longer the primary addressees. V. Draft ESRS 1, *General requirements*, which lists several categories of stakeholders: users of information and affected stakeholders (p. 9, §26), to which should be added nature, silent stakeholders and the classic categories (p. 28, §AR 1-2). On these notions, see also Th. VUARNET’s article in this issue, “What normativity for stakeholders’ capitalism under CSRD?”, p. 113.

¹⁷ CSRD, Recital 18: this extension of the scope of application to unlisted undertakings is “essentially motivated by concerns relating to the impact and responsibility of these undertakings, including throughout their value chain”.

¹⁸ Accounting Directive, art. 29b(2)(1). For a definition of each of these terms, see Draft ESRS 1, p. 8, §23, and p. 35 seq. QC. 1 seq.

¹⁹ For the list of areas of information: see Accounting Directive, art. 19a(2), and 29a(2); on the nature of the information, see Accounting Directive, art. 29b(3): “The reporting standards... shall specify the prospective, retrospective, qualitative and quantitative information, if any, that undertakings must disclose”; art. 19a(2) and 29a(2): “The information... shall include information relating to short-, medium- and long-term time horizons, as appropriate”.

²⁰ Dir. 2006/43/EC of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, OJEU L 157 of 9 June 2006, p. 87-107, as amended by the CSRD, art. 39(6).

²¹ Article 28a of Directive 2006/43/EC provides that the statutory auditor or audit firm shall present the results of the assurance on the sustainability information in an assurance report prepared in accordance with the assurance standards set out in Article 26a of the Directive. Article 26a provides for the adoption by the Commission of limited assurance standards by 1^{er} Oct. 2026 and reasonable assurance standards by 1^{er} Oct. 2028, if this proves feasible for auditors and audit firms as well as for undertakings. For the time being, the transition from limited assurance to reasonable assurance has not been fully achieved. For an explanation of the difference between reasonable assurance and limited assurance, see Recital 60 of the CSRD.

²² For standards for preparers of information, see Accounting Directive 2006/43/EC, art. 29b, 29c and 40c; for standards for controllers of information, see Accounting Directive 2006/43/EC, art. 26a.

in November 2022, consisting of twelve standards.²³ Two of these standards are cross-cutting and therefore concern all sustainability issues. The first standard provides for general requirements and the second for general information.²⁴ The next ten are topical. Five relate to the environmental factors listed in Article 29b(2)(a) of the *Consolidated Accounting Directive*, namely climate change mitigation and adaptation, pollution, water and marine resources, biodiversity and ecosystems, and resource use and the circular economy.²⁵ Four others relate to factors linked to social and human rights set out in point (2)(b) of the said Article. They are not organised by theme but according to the persons potentially affected. The first concerns the undertaking's own workforce, the second workers in the value chain, the third affected communities and the fourth consumers and end users.²⁶ The last topical project relates to the governance factors referred to in point (2)(c) of the Article.²⁷

5.- In short, the CSRD is interested in the finished product, which is the sustainability information, and in the auditing of accounts carried out *a posteriori*. On the other hand, it does not say much about the *preliminary phase* of preparing the information. This preliminary work only appears once in the text in the form of additional disclosure: undertakings are required to describe “the process carried out to identify the information that they have included in the management report.”²⁸ The purpose of this provision is to make the methods and procedures used to prepare the information more transparent. However, its scope is open to discussion, since it refers to the paragraph on the principle of double materiality.²⁹ This

23 Accounting Directive, art. 49(3b). The draft ESRS are available on EFRAG's website (<https://www.efrag.org/lab6>). For a commentary on the *Exposure drafts ESRS* of Apr. 2022, see P.-H. CONAC, “Les projets de normes de durabilité ESRS de l'EFRAG et leur conception de la gouvernance d'entreprise”, *Rev. soc.* 2022, p. 576, and the *Drafts ESRS* of Nov. 2022, P.-H. CONAC, “EFRAG's draft European Union Sustainability Reporting Standards (ESRS) renounce the promotion of ‘stakeholder capitalism’”, *Rev. soc.* 2023, p. 56. Available only in English, any translations will be our own, with a difficulty linked to the fact that the vocabulary used by the Draft ESRS does not always seem to be aligned with that of the CSRD, and therefore uncertainties as to the correspondences that can be established between the text of the above-mentioned directive and the standards (*e.g.*, the indicators in art. 19a(2)(f) and 29a(2)(f) seem to have been translated by the expression *metrics*, which seems both less broad and broader). As regards the timetable, the Commission has until 30 June 2023 to adopt standards relating at least to the information that financial market participants subject to the obligations under the SFDR need in order to comply with their obligations and until 30 June 2024 to adopt the supplementary standards, the sector-specific standards and the standards applicable to SMEs (see aforementioned Accounting Directive, Art. 29b(1) and 29c(1)).

24 Draft ESRS 1, above; Draft ESRS 2, *General disclosures*.

25 Draft ESRS E1, Climate change ; Draft ESRS E2, Pollution ; Draft ESRS E3, Water and marine resources ; Draft ESRS E4, Biodiversity and ecosystems ; Draft ESRS E5, Resource use and circular economy.

26 Draft ESRS S1, Own workforce ; Draft ESRS S2, Workers in the value chain ; Draft ESRS S3, Affected communities ; Draft ESRS S4, Consumers and end-users.

27 Draft ESRS G1, *Business conduct*.

28 Accounting Directive, art. 19a(2) and 29a(2).

29 Articles 19a(2) and 29a(2) provides that this is the process for determining “the information which they have included in the annual report in accordance with *paragraph 1 of this Article* [emphasis added]”.

principle was already present in the NFRD.³⁰ It requires an undertaking to provide information only to the extent necessary to understand its impact on sustainability matters (impact materiality) on the one hand, or to understand how sustainability matters affect its situation, results and the development of its business (financial materiality) on the other.³¹ The materiality of a piece of information thus determines its inclusion in the management report, and its evaluation is the final stage in the preparation process. The undertaking would therefore only be obliged to disclose the process implemented during this final phase of preparation.³² The consequence would be that the phase of information preparation would be governed simply by transparency, possibly fragmented, with no substantial regulation.

6.- This preliminary observation is reductive for at least two reasons. Firstly, the preliminary work involved in compiling data and constructing information is crucial. The quality of the finished product depends on it. It is one thing to entrust undertakings with the task of producing information, leaving them free to decide how to go about it, but it is quite another not to demand anything of them in terms of the effectiveness and quality of the processes used. To neglect this process is to run the risk of obtaining mediocre information. This is the exact opposite of the stated objectives of the CSRD, which relies on the quality of information to guide the behaviour of undertakings, and the financial flows towards the most sustainable of them.

7.- Secondly, unlike more traditional information obligations, the reporting obligation has a specific feature: the undertaking must inform others about itself, in such a way that its object and subject merge. It is therefore a reflexive obligation: I have to say what I do. Information depends as much on what the undertaking does, as on what it says it has done. Therefore, the undertaking controls what it says about itself: the information depends on its will, or goodwill, which makes it arbitrary.³³ The arbitrary dimension of information is reinforced by the fact that

30 See in this sense, Accounting Directive, art. 19a(1) and 29a(1), as well as the European Commission's guidelines: Guidelines on non-financial information, C/2017/4234, OJEU C 215 of 5 July 2017, p. 1-20, spec. p. 5; Guidelines on non-financial information: Supplement on climate-related information, C/2019/4490, OJEU C 209 of 20 June 2019, p. 1-30, spec. p. 4.

31 Accounting Directive, art. 19a(1) and 29a(1). In contrast to simple materiality, which focuses on the relevance of information in financial terms alone, as advocated by the standards of the *International Sustainability Standards Board*, double materiality is "thus aligned with the provisions of article 1833 of the Civil Code" (C. NOUËL, "Directive CSRD: la durabilité au cœur de la stratégie et de la gouvernance des entreprises", *BJS* mars 2023, n° BJS201v6, p. 62). For further developments on double materiality, see the article by M. DESBAT in this issue, "From non-financial reporting to corporate sustainability reporting: formal or substantial evolution?", p. 69.

32 For more details on the obligation to provide information relating to this procedure, see Draft ESRS 1, p. 9 seq. and p. 41 and Draft ESRS 2, p. 14-15.

33 v° Potestatif, -ve, in G. CORNU et al (dir.), *Vocabulaire juridique*, 12th edn, PUF, 2018. The 'potestativité' is a French concept that has no equivalent in Anglo-American legal scholarship. It is consequently hardly translatable. The adjective 'potestative' exists in English but being obsolete, it will not be used here. To avoid making reading too difficult, I chose —a bit arbitrarily perhaps— the term 'arbitrariness' and the adjective 'arbitrary' to refer to the French concept of 'potestativité' and the related adjective 'potestatif, -ve'.

there is total informational asymmetry between the recipients of the information and the undertaking. This is not a simple asymmetry in access to, or understanding of, information, but a much greater asymmetry, since the undertaking *creates* the information it must transmit, and which holds the data to do so.³⁴ There is therefore a latent conflict of interest. The principle of double materiality requires the undertaking to include information about the influence of its activities on sustainability issues and, conversely, about the influence of sustainability issues on its activities. For both, one would think that it would be in the undertaking's best interests to map them correctly. However, the undertaking may succumb to the temptation to play them down, since its reputation and, by extension, its financing, depend on it; there is a risk that the undertaking will only say what it is willing to say.

8.- This is ever more the case as it is clear that the CSRD does not impose any substantive obligation requiring undertakings to become effectively sustainable.³⁵ It only imposes a formal obligation, an obligation to disclose.³⁶ However, by requiring the undertaking to provide qualitative information, and in particular reliable and relevant information,³⁷ it seems, implicitly but necessarily, to impose on the undertaking a behavioural obligation relating to the preparation of this information. Controlling the preparation of information would provide an anchor point to ensure its quality and at the same time avoid the pitfall of arbitrariness. This means that the undertaking can do what it wants as long as it says what it does.

9.- The question thus becomes one of how to regulate the preliminary work, and the answer may lie in sketching out the first lines of a regime for the development of information, which is what this contribution will attempt to do. There are several conceivable ways of doing this.³⁸ The one chosen here is based on the obligation to obtain information in order to inform others. This mechanism was

34 On the production of information, see A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, pref. G. J. Martin, thesis Nice [2014], Institut Universitaire Varenne, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, p. 245 seq.

35 Such an obligation is contained in the aforementioned proposal for a directive on the duty of care of undertakings.

36 On the distinction between acting and saying, see the article by M. DESBAT in this issue, "From non-financial reporting to corporate sustainability reporting: formal or substantial evolution?", p. 69.

37 These are the two fundamental characteristics of information quality (see ESRS 1, p. 8, para. 23).

38 Notably that of the civil liability of the declaring undertaking that caused damage due to insufficient or misleading information (see in particular A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, op. cit. p. 639 seq.), but also that of the annulment of contracts allowing the financing of declaring undertakings due to a defect in consent caused by the poor quality of the information. Financial law and the transparency obligations of listed undertakings should also not be overlooked, as sustainability information has officially been included in the so-called Transparency Directive, 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council, 15 December 2004, OJEU L 390, 31 December 2004, p. 38-57 (CSRD, art. 2). It must therefore now be monitored in the same way as financial information by the financial market regulatory authorities, which previously posed difficulties in certain Member States where the national authorities considered themselves incompetent to supervise non-financial information (*Fitness Check on the EU framework for public reporting by companies*, SWD(2021) 81 final, 21 April 2021, p. 58).

invented by French civil law judges for a very specific purpose: to sanction the illegitimate ignorance of the debtor of an obligation to inform, the person who did not know but should have known.³⁹ In civil law, it takes the form of an exception to the principle that prior knowledge of the information is a condition for the existence of the obligation to inform.⁴⁰ This exception is most often justified by the fact that the debtor of the duty to inform is acting in the course of business.⁴¹ In the context of the CSRD, since it is a matter of providing information about one's own practices, it would be justified by the reflexive nature of the obligation to inform.⁴²

10.- That said, the obligation to obtain information in order to inform others is not without limits. Whether in French civil law or in the context of the CSRD, if it were to be recognised, it would rather be an obligation of means: the debtor of the obligation to inform would be required to use diligent means to seek out and/or formulate the information.⁴³ The undertaking's preparation of sustainability information should therefore be assessed against the yardstick of reasonableness. This is, moreover, what the European legislator invites us to do, as reference is made to the "administrative burden" on reporting undertakings, which must not be "disproportionate."⁴⁴ Thus, if we accept that this "administrative burden" should be approached from the angle of an obligation to obtain information in order to inform others, we should ask ourselves what would be the reasonable means that the reporting undertaking should use to prepare its sustainability statements.

39 It is used in both contractual and non-contractual matters. In contract law, art. 1112-1 of the C. civ. refers only to the case where a person knows information and not where he ought to have known it. However, this should not prevent the case law under the old law (e.g., Cass. civ. 1^{re}, 7 Apr. 1998, n° 96-16.148, *Bull.* I n° 150 p. 99 : *RTD civ.* 1998. 84, obs. J. Mestre, 1st March 2005, n° 04-10.063, *Bull.* I n° 109 p. 94; *RDC* 2005. 1051, obs. D. FENOUILLET) be maintained (see M. FABRE-MAGNAN, «Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme», *JCP G* 2016, news. 706). In the extra-contractual field, the Cour de cassation has ruled on the basis of articles 1382 and 1383 of the C. civ. that a person who has agreed to provide information has a duty to inform himself in order to provide information with full knowledge of the facts (Cass. civ. 2^e, 19 Oct. 1994, n° 92-21.543, *Bull.* II n° 200 p. 115, 19 June 1996, n° 94-12.777, *Bull.* II n° 161 p. 97, Cass. civ. 1^{re}, 20 Dec. 2012, 11-28.202, *Bull.* I, n° 274, 16 Apr. 2015, 14-14.012, unpublished).

40 V. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SÉRINET, *La formation du contrat*, t. 1 : *Le contrat, le consentement*, 4^e éd., LGDJ : Lextenso éditions, coll. *Traité de droit civil*, 2013, p. 1387 seq., §1706 et seq, spec. §1713 seq.; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, pref. J. GHESTIN, thesis Paris 1, LGDJ, 1992, p. 190-197, n° 244-251.

41 M. FABRE-MAGNAN, above-mentioned thesis, p. 192, n° 247.

42 In accounting matters, this exception could even become the principle insofar as the true and fair view provided by the accounting documents is constructed by the entity. In fact, "the true and fair view, if we conceive of it as objective, is a chimera. Only a duty of curiosity, which flows naturally from the duty to inform, would make it possible to achieve the objective of a true and fair view. Thus, imposing an obligation on the debtor of accounting documents to know his undertaking and the transactions to which it is a party is part of the true and fair view" (J. GASBAOUI, *Normes comptables et droit privé : analyse juridique des documents comptables*, pref. J. Mestre, Aix thesis [2012], PUAM, 2014, p. 210, n° 417).

43 M. FABRE-MAGNAN, above-mentioned thesis, p. 196-197, n° 151.

44 Accounting Directive, art. 29b(3).

11.- To answer this question, we must rely on the Accounting Directive as amended by the CSRD and as supplemented by the Commission's reporting standards.⁴⁵ As these standards have not yet been definitively adopted, the draft standards published by EFRAG will serve as a basis for the research conducted here, the conclusions of which can only be provisional. More specifically, the second and third paragraphs of Articles 19a and 29a will be examined in detail.⁴⁶ These provisions have an impact on the preparatory work which is the responsibility of the undertaking. The second paragraph, by listing the areas in which the undertaking must provide information, informs us of the substance of the information to be provided (Part I), while the third, by providing for a certain perimeter within which the undertaking must provide information, sheds light on its scope (Part II).

Part I. Preparing the information in the light of its substance

12.- The second paragraph of Articles 19a and 29a lists a number of areas in which the undertaking must provide information, supplemented by a list of topics provided for in Article 29b(2). The information listed is provided in the abstract, and it is up to each reporting undertaking to give it concrete content by presenting it in a dedicated section of their management report.⁴⁷ These areas are quite varied: they range from the undertaking's strategy and business model to its sustainability policies and organisation, including plans, objectives, actions and measures, as well as the description and management of the main risks, both those to which it is exposed and those to which it exposes others.⁴⁸

13.- On reading these provisions, a fairly intuitive observation can be made: the work required to prepare this information is not the same depending on the type of information concerned, due to its degree of arbitrariness, which varies according to the fields of information envisaged. This gradation in the degree of arbitrariness leads to distinguish two categories of information. Although this distinction is not expressly formulated in the text, it seems possible to draw legal consequences from it in terms of expected behaviour from the undertaking. This difference in the degree of arbitrariness of information (A) may therefore lead to a divergence in the framework for its preparation (B).

45 Accounting Directive, art. 29b and 29c.

46 Art. respectively applicable to the sustainability information due by the reporting undertaking and to the consolidated information due by the reporting parent undertaking concerning the group at the head of which it is located.

47 Accounting Directive, art. 19a(1) and 29a(1): "The information referred to in the first subparagraph shall be clearly identifiable within the [where applicable consolidated] management report, through a dedicated section of the [where applicable consolidated] management report".

48 The list is given in Articles 19a(2) and 29a(2) of the Accounting Directive. The list is exactly the same whether the information is consolidated or not. Article 19a(6), however, provides for a reduced list of information for small and medium-sized undertakings, which may, if they so wish, benefit from a lighter regime.

A.- A difference in the degree of arbitrariness of the information

14.- All information that an undertaking must provide as part of its sustainability report has an arbitrary dimension.⁴⁹ Its quality, and above all its relevance and reliability, depends on the goodwill of the undertaking in fulfilling its obligation to provide information. But some information is doubly dependent on the goodwill of the undertaking, because its very existence is conditional on the more or less sustainable orientation that the undertaking may give to its activities, and therefore on one or more decisions to give concrete form to this orientation, which it is free to take, or not. Other information exists independently of any decision by the undertaking in this direction. Its existence depends on a certain reality that is beyond the undertaking's control. It is this reality that the undertaking must reflect in its report, which may obviously be done with varying degrees of rigour. Thus, whatever the information in question, the undertaking has the power to control it; but this will either condition the existence and content of the information, or only its content.

15.- This distinction is not absolute. More precisely, information of the first category is likely to fall into the second category. In fact, once the decision which conditions the existence of the information has been taken and the information therefore exists, it integrates this reality which means that it partly escapes the arbitrariness of the undertaking. Once it has been constructed by the undertaking, the information enters the sphere of the given. A shift from the first category to the second can be observed, as and when the undertaking takes decisions for which it will have to be accountable. It is with this reservation in mind that an attempt to classify the information listed in paragraph 2 of Articles 19a and 29a of the Accounting Directive can be made.

16.- The first category includes all information whose very existence depends on the goodwill of the undertaking, foremost among which is information concerning the undertaking's strategy and business model, viewed through the prism of sustainability. The directive requires that, first of all, the undertaking describe the plans, whether in terms of actions or financing, that it has defined to ensure the compatibility of its business model and strategy with the transition to a sustainable economy and the objectives of limiting global warming to 1.5°C and achieving climate neutrality by 2050.⁵⁰ It must then describe how its business model and strategy take into account the interests of its stakeholders and its impact on sustainability matters.⁵¹ Finally, it must describe how it has implemented its strategy with regard to the latter.⁵²

49 See above n° 7.

50 Accounting Directive, art 19a(2)(a)(iii) and 29a(2)(a)(iii).

51 Accounting Directive, art. 19a(2)(a)(iv) and 29a(2)(a)(iv).

52 Accounting Directive, art. 19a(2)(a)(v) and 29a(2)(a)(v).

17.- To this can be added everything that has to do with the undertaking's organisation and governance. For example, it should describe the role it has assigned to its governing bodies with regard to sustainability issues, their expertise and skills in this area and the opportunities they are given to acquire this expertise and skills.⁵³ The undertaking must also provide information on the existence of incentive systems relating to sustainability issues that are offered to its members.⁵⁴ It must also describe the main features of its internal control and risk management systems, its activities and commitments relating to the exercise of its political influence and the management and quality of its relations with its customers and suppliers.⁵⁵

18.- In addition to these two types of systemic information, the directive requires undertakings to provide more specific information. For example, it must describe the time-bound objectives it has set itself⁵⁶ and the sustainability policies it has adopted.⁵⁷ It must also describe the due diligence procedure it implements in this area.⁵⁸ Finally, there is the information relating to its attitude to impacts and risks. It must describe the measures it has taken, both to identify and monitor⁵⁹ actual or potential negative impacts, and to prevent, mitigate, correct or eliminate them.⁶⁰ It must also describe how it manages the risks associated with its own sustainability matters.⁶¹ Finally, we should mention the set of indicators used in each area of information that the undertaking may choose to assess itself.⁶²

19.- In the second category, we find information whose existence does not depend on the goodwill of the undertaking. This includes the degree of resilience of the business model and strategy,⁶³ the opportunities presented by sustainability matters,⁶⁴ the undertaking's exposure to coal, oil and gas activities⁶⁵ and a description of the undertaking's main dependencies on sustainability matters.⁶⁶ To this should be added a description of the undertaking's main impacts, actual or

53 Accounting Directive, art. 19a(2)(c) and 29a(2)(c) and 29b(2)(c)(i).

54 Accounting Directive, art. 19a(2)(e) and 29a(2)(e).

55 Accounting Directive, art. 29b(2)(c), spec. (ii), (iv) and (v).

56 Accounting Directive, art. 19a(2)(b) and 29a(2)(b). The Articles specify that this includes, "where appropriate, absolute greenhouse gas emission reduction targets for at least 2030 and 2050".

57 Accounting Directive, art. 19a(2)(d) and 29a(2)(d).

58 Accounting Directive, art. 19a(2)(f)(i) and 29a(2)(f)(i). On this point, a distinction must be made according to whether the undertaking is obliged by EU requirements to adopt and implement such a procedure or whether it does so on a voluntary basis. In the first hypothesis, the information is no longer truly arbitrary since the undertaking is, at least theoretically, assumed to have taken the decision to introduce a due diligence procedure in order to comply with the legal requirements.

59 Accounting Directive, art. 19a(2)(f)(ii) and 29a(2)(f)(ii).

60 Accounting Directive, art. 19a(2)(f)(iii) and 29a(2)(f)(iii).

61 Accounting Directive, art. 19a(2)(g) and 29a(2)(g).

62 Accounting Directive, art. 19a(2)(h) and 29a(2)(h).

63 Accounting Directive, art. 19a(2)(a)(i) and 29a(2)(a)(i).

64 Accounting Directive, art. 19a(2)(a)(ii) and 29a(2)(a)(ii).

65 Accounting Directive, art. 19a(2)(a)(iii), *in fine* and 29a(2)(a)(iii), *in fine*.

66 Accounting Directive, art. 19a(2)(g) and 29a(2)(g).

potential, as well as the main risks it faces.⁶⁷ Finally, information is required on the progress made, both in achieving the sustainability objectives set⁶⁸ and in the results obtained from the measures taken to prevent, mitigate, correct or eliminate negative impacts.⁶⁹

20.- Each time, it is a question of drawing up a factual report or taking stock of the actions and policies implemented. Of course, the content of this report will depend on the choices previously made by the undertaking, and therefore on the decisions it may have taken. But, unlike information in the first category, these decisions have no influence on the existence of the information itself. For example, the degree of resilience of the business model and strategy may be more or less robust depending on whether or not the undertaking has taken ESG issues into account. But whether or not it has taken ESG issues into account, its business model and strategy will always have a certain degree of resilience. Whether the undertaking has mapped the risks correctly or not, whether it has assessed the progress it has made in achieving its objectives, this information exists beyond its control.

21.- To sum up, these two categories of information differ in degree rather than in kind. They are all arbitrary, but pieces of information belonging to the first category are arbitrary to a higher degree than those of the second category.⁷⁰ This intuitive distinction is obviously not perfect. It is based on a simplification that is crude in some respects, and only partially reflects the complexity of the situation. It does, however, appear to be of undeniable interest from a legal point of view: by highlighting the difference in the degree of arbitrariness of the information, it calls for a distinction in the legal framework of the undertaking's prior work, *i.e.* what can be expected of the undertaking under the obligation to obtain information in order to inform others.

B.- A divergence in the way information is prepared

22.- At first glance, the wording of Articles 19a and 29a of the Accounting Directive suggests that all the information listed must appear in the management report of the undertaking or group, provided of course that it has passed the double materiality test provided for in paragraph 1.⁷¹ As no distinction is made according to whether a prior decision is necessary to give rise to the information, there would be

67 Accounting Directive, art. 19a(2)(f)(ii) and (g) and 29a(2)(f)(ii) and (g).

68 Accounting Directive, art. 19a(2)(b) and 29a(2)(b).

69 Accounting Directive, art. 19a(2)(f)(iii) and 29a(2)(f)(iii)

70 In much the same way as a condition may be purely arbitrary, and depend "solely on the goodwill of one of the parties", or merely arbitrary, and depend "on an event whose realisation is undoubtedly voluntary on the part of one of the parties, but at the cost of a decision which depends on contingencies" (see "Potestatif, -ve", in G. CORNU (ed.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*).

71 As a reminder, the only information that needs to be included is "information that provides an understanding of the undertaking's impact on sustainability issues, as well as information that provides an understanding of how sustainability issues affect the development of the undertaking's business, results and position", the others need not be mentioned.

no need to distinguish. From the point of view of the prior work that the undertaking must provide, this would mean that it must be done regardless. As the choice of information to be transmitted is not left to the discretion of undertakings, they would have to comply with the text and communicate all the information required.

23.- However, the behaviour required to produce the information is not the same for each of these two types of information. In the case of information arbitrary to a lower degree, it is essentially a matter of enquiry and investigation: the undertaking must search for or compile data, cross-reference it where necessary, analyse it and then present this analysis in the form of intelligible information. In the case of information arbitrary to a higher degree, this preliminary work takes a particular turn: it is more a matter of asking and trying to answer questions. In short, the obligation to obtain information is limited, at best, to an obligation to reflect,⁷² if not to a simple invitation to reflect, which may eventually lead to the undertaking taking a decision. It is therefore not obvious that the adage *Ubi lex non distinguit* can be applied unreservedly here, because a preliminary question arises concerning information arbitrary to a higher degree. What happens if an undertaking has not taken the decision that determines the existence of the information for which it is accountable? Before looking at the ways in which the duty to inform is enforced (2), it is necessary to understand the consequences that the need for a prior decision may have on the substance of the duty to inform (1).

1) When a prior decision is necessary

24.- On the basis of the provisions of the directive, or more precisely the national texts that will transpose it, can we force an undertaking to reflect and take a decision? What if the undertaking does not adopt a sustainability policy, does not set itself objectives or does not assign a sustainability role to its governing bodies? Does the obligation to inform include an obligation to decide? The text requires the undertaking to describe its policy, objectives and plans, but not explicitly to write them down.⁷³ Is it possible to go beyond this? The question arises insofar as

72 On the power of reporting obligations, see M. TIREL, “Prendre la RSE au sérieux”, *BJS* nov. 2022, n° BJS201m1, spec. p. 49.

73 Articles 19a and 29a each use the word “description”, except for two areas: indicators [art. 19a(2)(h) and art. 29a(2)(h)], and incentive systems linked to sustainability issues, for which “information on [their] existence” only must be given, but not a priori on their modalities [art. 19a(2)(e) and art. 29a(2)(e)].

the *comply or explain* rule⁷⁴ which existed under the NFRD⁷⁵ was abandoned with the adoption of the CSRD. While the previous rule gave undertakings the choice of whether or not to apply a policy, this may no longer be the case.

25.- Before looking at the state of the law after the reform, it is important to understand the mechanism that prevailed before. If an undertaking had chosen not to adopt a policy, the NFRD did not relieve it of any obligation to inform. Simply, the object of the obligation changed: the description of the policies was replaced by a clear and reasoned explanation of not doing so. If, on the other hand, the undertaking had chosen to adopt a policy,⁷⁶ it would have to describe it. This mechanism was not maintained with the 2022 reform. Point 36 of the CSRD's recitals spells out: "The different treatment of disclosures on the policies that undertakings may have, compared to the other reporting areas included in those Articles, has created confusion among reporting undertakings and has not helped to improve the quality of the reported information." The *comply or explain* mechanism has thus disappeared from the text of Articles 19a and 29a, at least in the general provisions. It is found on two occasions, in relation to SMEs and the value chain, for which the mechanism is reinstated but only on a provisional basis.⁷⁷ The new wording thus seems to establish as a principle the prohibition on the use of explanations in place of the information requested, while explicitly providing for detailed and temporary exceptions.⁷⁸

26.- Such an interpretation is possible, but the question remains as to what should be required of the undertaking if it has not adopted policies, plans, objec-

74 A. COURET, "The 'Comply or explain' principle: From a simple financial markets regulation to a wide method of regulation", *RTDF* 2010, n° 4, p. 4-11; on the reception of the principle in the French C. com. see, in particular, P. DEUMIER, "Le principe 'appliquer ou expliquer', appliquer la norme autrement ?", *RTD civ.* 2013, p. 79; P. Durand-Barthez, "Le principe 'appliquer ou expliquer'", *CDE* 2016, n° 2, p. 25-31; A. COURET, "Comply or explain: the French destiny of the principle", *BJS* March 2017, n° 116c8, p. 202. For a French history of the principle, see J.-B. POULLE, "L'apparition du principe se conformer ou expliquer en droit français", *RTDF* 2008, n° 1, p. 41-47; for an English history of the principle and the reasons for its spread, see I. MACNEIL, I.-M. ESSE, "The Emergence of 'Comply or Explain' as a global model for Corporate governance Codes", *European Business Law Review* 2022, vol. 33, n° 1, p. 1-56.

75 Accounting Directive, art. 19a(1) and 29a(1), in their version resulting from the NFRD: "Where the undertaking does not pursue policies in relation to one or more of those matters, the non-financial statement shall provide a clear and reasoned explanation for not doing so." While the mechanism was explicitly aimed at only one of the areas of information covered by the NFRD, *i.e.* policies, it could logically be extended to the description of the results of these policies (former Articles 19a(1)(c) and 29a(1)(c)), as well as to due diligence procedures insofar as these were conceived as an integral part of the policies (former Articles 19a(1)(b) and 29a(1)(b)).

76 And to apply it! Since the old article stipulated that only if an undertaking did not apply a policy would it have to explain itself, a literal interpretation could lead to the conclusion that a policy adopted but not applied should not appear in the non-financial declaration.

77 For financial years starting before 1st January 2028 in the case of SMEs (Art. 19a(7) of the Accounting Directive) and for the first three years of application of the measures to be adopted by the Member States in accordance with Article 5(2) of Directive (EU) 2022/2464 (Art. 19a(3) and 29a(3)).

78 This interpretation is supported by the letter of the text, which explicitly states that it is "by way of derogation" that the *comply or explain* mechanism is provided for SMEs (Article 19a(7) of the Accounting Directive).

tives or organisation to take ESG issues into account. There are several possible responses. On the one hand, some might consider that, where the information does not exist because the undertaking has not taken a decision to create it, the undertaking can simply remain silent. However, such an option seems to have to be ruled out as it would contradict too directly the objective of harmonisation pursued by the CSRD and would lead to a regression in relation to the previous state of the law.

27.- On the other hand, the most exacting response would be to force the undertaking to adopt and implement a decision, whatever it may be, whenever that decision conditions the possibility of being held to account for it. By adding to the formal obligation to disclose a substantive obligation to act, with the aim of then being able to say what has been done, this approach would actually result in the undertaking being obliged to take action in favour of sustainability. However, this is arguably not the aim of the reform proposed by the European legislator: although the CSRD is part of a trend towards making undertakings more responsible,⁷⁹ its stated ambition is to meet the needs of users and the market for sustainability information and not to impose an obligation on undertakings to act.⁸⁰ Effective consideration of sustainability issues is conceived only as a desirable and desired side-effect of regulation through information, and not as an obligation *per se*.⁸¹

28.- Between these two directions, which therefore seem doomed, at least two other paths can still be explored. The first would be to allow the undertaking to explain itself when it has not taken the necessary prior decision to which the information relates in certain areas. However, this route appears to be blocked, as it would lead to an extension of the *comply or explain* mechanism introduced by the NFRD, even though it has been abolished by the CSRD. The second option would be to give undertakings a free hand when it comes to taking decisions, but require them to be transparent and to state explicitly that they have not taken the decision in question. This would require the undertaking to confess, admit or say that it did not do so.⁸² Not having a policy is still a policy; not having objectives, plans or competent bodies is still valuable information for investors and civil society actors. In this case, the *comply or explain* approach would be replaced by a *comply or not, but say so* approach.⁸³ The difference with the previous approach is that the undertaking would

79 See above, n° 2.

80 The European legislator itself admits this when it explains that undertakings “should also be required to publish *any* plans they may have drawn up... [our emphasis]” (CSRD, Recital 30).

81 See above, n° 2 and the references cited in fn. n° 11.

82 If “to confess is to acknowledge one’s guilt”, in this case it is more a question of “confessing in order not to be guilty” (F. GROS, “Coopérer contre soi-même” in A. GARAPON, P. SERVAN-SCHREIBER (eds.), *Deals de justice*, PUF, 2020, p. 158-159).

83 To our knowledge, the contours of this variant of the *comply or explain* mechanism have not been clearly identified. The French legislator seems to have already used it in the area of solidarity-based entrepreneurship (H. DURAND, “Le principe ‘comply or explain’ appliqué aux entreprises sociales et solidaires: se conformer, sans pouvoir se justifier”, *D.* 2014, p. 641) and for the corporate governance code in arts. L. 225-37 and L. 225-68 of the C. com. by instituting the variant *apply or explain, and if you apply, comply or explain* (B. FASTERLING, J.-C. DUHAMEL, “Le *comply or explain* :

not be able to replace the expected information with relatively free explanations. It would be required to be more transparent: it would have to say what it does and what it does not do, without being able to expand on the reasons for its failure to do so. On the one hand, this would prevent explanations that sometimes border on greenwashing and improve comparability between undertakings. On the other hand, it would be highly likely that, in practice, undertakings would provide explanations of their own accord, without it being clear what sanction(s) might apply.

29.- A study of the draft standards published by EFRAG shows that a combination of the *comply or explain* and *comply or not, but say so* approaches seems to have been chosen. This is firstly evidenced by the requirements regarding policies and the actions that derive from these policies. Each topical section dedicated to them⁸⁴ must be read and applied in consideration of the provisions of the general standard which requires that, if the undertaking cannot publish the information on the policies and actions required, because it has not adopted policies and/or actions with regard to the sustainability matter concerned, it must disclose this to be the case and provide the reasons why it has not done so.⁸⁵ It is also stipulated that the undertaking may indicate the deadline by which it intends to adopt such measures.⁸⁶ It is therefore a case of mandatory *comply or explain*, with optional disclosure of the timetable for adoption or implementation. For some policies, on the other hand, the mechanism is more like *comply or not, but say so*. This is the case for anti-corruption and protection of whistleblowers: if the undertaking does not have a policy in these areas, it must only indicate whether it intends to adopt them and, if so, according to what timetable.⁸⁷ Secondly, if the undertaking has not adopted measurable objectives based on results, the information required varies according to the undertaking's intention: if it intends to adopt them, it must say so and specify the timetable; if it does not intend to adopt them, it must explain why.⁸⁸ Finally, with regard to the transition plans provided for in Articles 19a(2)(a)(iii) and 29a(2)(a)(iii), the standards provide for a similar mechanism. The standard

la transparence conformiste en droit des sociétés”, *RIDE* 2009, n° 2, p. 129-157, specs. nos. 7, 10 seq.), also formulated by the triptych *apply or explain, comply or disclose, disclose and explain* (A. COURET, “The ‘Comply or explain’ principle: From a simple financial markets regulation to a wide method of regulation”, *op. cit.* specs. n°s 11-24).

84 Draft ESRS E1 *op. cit.*, DR E1-2, p. 8, §20-23 and DR E1-3, p. 8, §24-27; Draft ESRS E2 *op. cit.*, DR E2-1, p. 5-6, §11-14 and DR E2-2, p. 6, §15-18; Draft ESRS E3 *op. cit.*, DR E3-1, p. 5-6, §8-13 and DR E3-2, p. 6, §14-18, DR E3-1, p. 5-6, §8-13 and DR E3-2, p. 6, §14-18; Draft ESRS E4 *op. cit.*, DR E4-2, p. 9-10, §23-27 and DR E4-3, p. 10, §28-31; Draft ESRS E5 *op. cit.*, DR E5-1, p. 5-6, §12-16 and DR E5-2, p. 6, §17-21; Draft ESRS S1 *op. cit.*, DR S1-1, p. 9-10, §23-27 and DR E5-2, p. 6, §17-21, DR S1-1, p. 9-10, §19-25 and DR S1-4, p. 11-12, §36-44; Draft ESRS S2 *op. cit.*, DR S2-1, p. 6-7, §14-19 and DR S2-4, p. 9-10, §30-39; Draft ESRS S3 *op. cit.*, DR S3-1, p. 6-7, §14-19 and DR S3-4, p. 9-10, §30-39, DR S3-1, p. 6-7, §12-17 and DR S3-4, p. 8-9, §29-38; Draft ESRS S4, DR S4-1, p. 6, §12-16 and DR S4-4, p. 8-9, §27-36; Draft ESRS G1, DR G1-1, p. 5, §7-10.

85 Draft ESRS 2, p. 16, §60.

86 Draft ESRS 2, p. 16, §60.

87 Draft ESRS G1, p. 5, §2(b) and (d); another example can be found in the standard applicable to the use of water and marine resources (Draft, ESRS E3, p. 6, §13).

88 Draft ESRS 2, p. 19, §79(a).

on climate change states that if an undertaking does not have a climate change plan, it must indicate whether and, if so, when it will adopt one, without being given the opportunity to explain.⁸⁹ EFRAG has considered another transition plan in the standard on biodiversity and ecosystems not specifically provided for by the CSRD. In this case, if the undertaking does not have such a plan in place, it must explain its ambitions in this area and indicate if and when it will be adopted.⁹⁰ The undertaking must therefore provide explanations, not for the reasons why it does not have a plan, but as to its ambitions.

30.- Broadly speaking, it can be concluded from this review of EFRAG's draft standards that a combination of the *comply or explain* and *comply or not, but say so* approaches, with either an obligation or an option to specify a timetable, has been chosen for all information arbitrary to a high degree. If we adhere to this interpretation, there is no doubt that the logic of *comply or explain* and its variants remains, even if it has officially been abandoned.⁹¹ Once the existence of the information has been established, the framework within which the preliminary work is carried out, *i.e.* the procedures for fulfilling the obligation to provide information still needs to be established.

2) When a prior decision is not needed or was taken

31.- In the case of information belonging to the second category, as well as information belonging to the first category, but which has become part of the second as a result of a decision taken by the undertaking, the question arises: what are the reasonable means that the undertaking should use to prepare the information? In the case of information whose degree of arbitrariness was originally high but became lower, it is essentially a question of reformulating the information so as to make it intelligible. A narrative is therefore expected. This category does not call for much more detailed observation. On the other hand, when it comes to information which, by its very nature, is weakly arbitrary, the undertaking will also have to put it into a story, but this is preceded by a preliminary phase of data collection and analysis, and therefore by the allocation of resources, be they technical, scientific, organisational, human and/or financial. Whether it is to establish its degree of resilience, map its impacts or risks, or assess its progress or the results of the actions and measures it has put in place, the undertaking will have to investigate and gather the necessary data, cross-reference and then analyse it before it can deliver the expected information to investors and civil society actors.

⁸⁹ Draft ESRS E1, p. 7, §16.

⁹⁰ Draft ESRS E4, p. 6, §18.

⁹¹ This raises the question of whether EFRAG's draft standards comply with the text of the Directive. Article 290 of the TFEU, which governs the exercise of delegated powers, provides for a complex regime (see S. THIERY, *Les actes délégués en droit de l'Union européenne*, pref. B. BRUNESSEN, thesis, Rennes [2018], Bruylant, 2020, spec. p. 139 seq., n° 147 seq.). However, this would require a more detailed examination, which will not be carried out in the context of this study.

32.- However, Articles 19a and 29a of the directive are silent on the extent of the resources to be deployed. The chapter on information standards provides a clue. These standards are assigned the objective of guaranteeing “the quality of reported information, by requiring that it is understandable, relevant, verifiable, comparable and represented in a faithful manner”.⁹² It is also specified that these standards “shall avoid imposing a disproportionate administrative burden on undertakings”.⁹³ The burden referred to in fact refers to the cost and effort involved in preparing the information.⁹⁴ The proportionality requirement laid down is directed at the Commission, which will have to take account of existing frameworks when adopting the delegated acts so as not to multiply the divergences and make the reporting work too complex for undertakings subject to other reference frameworks.⁹⁵

33.- Consequently, while this proportionality requirement is not imposed directly on undertakings, it does call for a balancing of means and ends when judging the rigour of the information produced. The means to be provided, *i.e.* the cost and effort involved, must be proportionate to the ends, *i.e.* the quality of the information and, by extension, the needs of users such as investors and civil society actors. There is therefore a balancing standard weighing the interests of the recipients of the information and those of the undertakings subject to it. This standard provides a norm of behaviour for undertakings’ reporting. If it is understood that the quality of information must neither lead to the ruin of the undertaking, nor be sacrificed on the altar of profitability, it remains however difficult to say, given the indeterminacy intrinsic to any standard, what means should be implemented between these two extremes.

34.- What is certain is that, to provide qualitative information, the undertaking will have to make an effort, particularly when it comes to describing the main risks and the main negative impacts.⁹⁶ This description is essential because the rest of the information, first and foremost the assessment of its materiality, depends on it. To be able to describe only the *main* risks and impacts,⁹⁷ it is necessary to have first identified all of them, which requires an excellent practical knowledge of the undertaking’s activities. It is therefore necessary to put in place mechanisms for alerting, both internally and to those outside who are potentially affected by the undertaking’s activities. Staff must also be made aware of the need to alert their superiors if necessary. Once risks and impacts have been identified, they need to

92 Accounting Directive, art. 29b(2).

93 Accounting Directive, art. 29b(2).

94 CSRD, Recital 46.

95 It is even obliged to do so in respect of certain international standards by virtue of Article 29b(5) (a) of the Accounting Directive, to which point 2(1) refers. The European legislator, in Recital 43 of the CSRD, also invites it to take account of the above-mentioned non-binding guidelines that it has already adopted in 2017 and 2019 in accordance with art. 2 of the NFRD.

96 Accounting Directive, art. 19a(f)(ii) and (g) and 29a(f)(ii) and (g).

97 For a description of risk management procedures, see ISO 31000:2018, Risk management: Guidelines.

be analysed and evaluated to distinguish the main ones from the others, according to their degree of seriousness and probability.⁹⁸ This risks and impacts assessment requires, for some of them, a very good scientific knowledge. In this respect, it may seem salutary that the CSRD requires an undertaking to accompany any sustainability objectives with “a statement of whether the undertaking’s targets related to environmental factors are based on conclusive scientific evidence.”⁹⁹ It is therefore essential that the members of the governing bodies collectively have a genuine understanding of ESG issues and sound expertise in dealing with them.

35.- Therefore, to be effective, the obligation to inform should include an obligation to train and develop the appropriate skills as well as an obligation to collect information. However, the text is rather disappointing in this respect. With regard to training, it states that the reporting undertaking must describe the role assigned to the management, administrative and supervisory bodies with regard to sustainability, their expertise and skills in exercising this role or the opportunities available to them to acquire such expertise or skills.¹⁰⁰ It is therefore entirely possible for board members to be completely incompetent or not have access to experts, even though they have a collective responsibility to ensure that sustainability information is prepared and published in accordance with the Directive and the disclosure standards.¹⁰¹ We can only hope that the liability they incur under national laws will lead the undertaking to do some training. As for the audit committee, while it must include at least one member with accounting and/or auditing expertise, nothing is specified about its sustainability expertise, even though its remit has been extended to this area.¹⁰²

36.- As for the obligation to collect information, while the Directive certainly stipulates that the “management of the undertaking shall inform the workers’ representatives at the appropriate level and discuss with them the relevant information and the means of obtaining and verifying sustainability informations”,¹⁰³ EFRAG’s draft standards seem to be more accommodating. They provide that if an undertaking cannot say how it takes into account the views of its own workforce, workers in its value chain, affected communities and consumers and end-users, because it has not adopted a general process to engage with these persons, it must only say so and may indicate the timeframe within which it intends to put such a procedure in place.¹⁰⁴ With regard more specifically to channels available to the above-mentioned

⁹⁸ In terms of impact, severity must be assessed with regard to the seriousness of the impact, its scale and its irremediable nature (CSRD, Recital 31; Draft ESRS 1, p. 28, §AR 5).

⁹⁹ Accounting Directive, art. 19a(2)(b) and 29a(2)(b).

¹⁰⁰ Accounting Directive, art. 19a(2)(c) and 29a(2)(c).

¹⁰¹ Accounting Directive, art. 33.

¹⁰² Dir. 2006/43/EC, art. 39, spec. (1) and (6). However, para. (4a) of this article provides that the functions assigned to the audit committee in relation to sustainability may be performed by the administrative or supervisory bodies or by a specialised committee set up by these bodies.

¹⁰³ Accounting Directive, art. 19a(5) and 29a(6).

¹⁰⁴ Draft ESRS S1, DR S1-2, p. 10, §30; Draft ESRS S2, DR S2-2, p. 8, §24; Draft ESRS S3, DR S3-2,

persons to raise concerns, it is provided in the same way that, if the undertaking is not in a position to communicate this information because it has not put them in place, it must say so and may indicate a timetable.¹⁰⁵ It is therefore a case of *comply or not, but say so*. On this point, it would seem that the interests of the undertakings subject to the obligation are taken into account to a greater extent in the balance that must be struck between their own interests and those of the recipients of the information.

37.- Finally, with regard to the analysis of any information collected, the undertaking must describe “the main features of [its] internal control and risk management systems, in relation to the sustainability reporting and decision-making process.”¹⁰⁶ It is required to disclose its methodology and how it takes into account the results of these procedures.¹⁰⁷ It must also explain how it assesses the materiality of the information and, as such, how it evaluates the severity and likelihood of the negative impacts as well as the likelihood of the financial effects resulting from the risks and opportunities.¹⁰⁸ However, this is merely a disclosure without any substantive requirement as to the methods used.

38.- Ultimately, this analysis shows that the information will certainly be reliable, in that it will correctly reflect the level of in-house training and information, but it will not be credible if this level is low. An undertaking can hardly claim to provide information on its impacts and risks if it has not mapped them on the basis of conclusive data using a rigorous method. The Directive seems to rely on the attention that undertakings will pay to their reputation, with no guarantee that this type of process will be truly effective. Furthermore, differences in rigour and methods between undertakings can only lead to information that is difficult to compare.

39.- We have just seen how the substance of the information requested influences the legal requirements regarding the work involved in preparing this information. This is also the case for the scope of the information defined by the text. By extending its scope beyond the traditional boundaries of the undertaking, it also modifies the preparation of sustainability information.

p. 7, §23; Draft ESRS S4, DR S4-2, p. 7, §21.

¹⁰⁵ Draft ESRS S1, DR S1-3, p. 11, §35; Draft ESRS S2, DR S2-3, p. 9, §29; Draft ESRS S3, DR S3-3, p. 8, §28; Draft ESRS S4, DR S4-3, p. 8, §26.

¹⁰⁶ Accounting Directive, art. 29b(2)(c).

¹⁰⁷ Draft ESRS 2, DR GOV-5, p. 10, §32-34.

¹⁰⁸ Draft ESRS 1, p. 9-13, §25-61; Draft ESRS 2, DRs IRO-1 and IRO-2, p. 14-15, §49-52.

Part II. Preparing the information in the light of its scope

40.- The CSRD has changed the scope of the reporting obligation, extending it to cover the entire value chain. This extension already existed under the NFRD, but only for a specific area of information, namely the description of risks.¹⁰⁹ All areas are now covered by this extended scope. The section of the management report devoted to sustainability must therefore contain “information about the undertaking’s [or group’s] own operations and about its value chain, including its products and services, its business relationships and its supply chain.”¹¹⁰ The CSRD has supplemented this general provision with a special clause on negative impacts, which must be reported if they are “connected with the undertaking’s [or group’s] own operations and with its value chain.”¹¹¹

41.- This new scope gives rise to at least two difficulties of interpretation. The first relates to its definition, which in practice determines the scope of reporting for each undertaking (A). The second relates to the meaning to be given to the expression “where appropriate” used by the European legislator to introduce the extension of the scope and which seems to condition it (B).

A) An indefinite extension of the scope

42.- The scope of accountability provided for in the CSRD seems to contain two sub-areas: that of the undertaking’s own operations and that of the value chain. Originating in management literature,¹¹² the concept of value chain made its appearance a few years ago in law.¹¹³ For the moment, it does not have a stable

109 Accounting Directive, art. 19a(1)(d) and 29a(1)(d) : the non-financial statement thus had to include “the principal risks relating to [environmental issues, social and personnel issues, respect for human rights and the fight against corruption] in connection with the activities of the undertaking [or group], including, where relevant and proportionate, the undertaking’s business relationships, products or services, which are likely to have an adverse impact in these areas, and the way in which the undertaking [or group] manages these risks”.

110 Accounting Directive, art. 19a(3) and 29a(3).

111 Accounting Directive, art. 19a(1)(f)(ii) and 29a(1)(f)(ii).

112 It first appeared in an article by M. PORTER and V. MILLAR in 1985. Millar in a 1985 article aimed at modelling the creation of value within an undertaking (“How information gives you competitive advantage”, *Harvard Business Review*, vol. 63, 4, p. 149-174). Porter and Millar defined the value chain as a system of interdependent activities and considered that the value chain of an undertaking in a given sector is part of a wider set of activities which they called the “value system” and which includes the undertaking’s supply chain and distribution chain (p. 150). The meaning of the concept has thus evolved to correspond, more or less, to what these inventors meant by “value system”.

113 See e.g. and to stick to the main international texts: UN, *Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2011 (mentioned twice on p. 17 and 21, the notion is not defined but seems to refer to impacts to which it has not contributed but which arise “directly from its activities, products or services through its business relationships” [p. 17, 20]); OECD, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011 (the notion is not mentioned but it appears in hollow in various places, spec. p. 23, §12 which refers to the impact “directly related to their activities, products or services by virtue of a business relationship”); OECD, *Guide on Due Diligence for Responsible Business Conduct*, 2018 (the expression is used twice at p. 67-68 without being defined). See also the above-mentioned directive on European duty of care, in which the term is used 112 times, 45 times in the explanatory

definition and the European legislator, in the Directive analysed, has refrained from clearly specifying its content. Although not explicitly mentioned by the NFRD, its presence was perceptible since the text referred to the company's business relations, products or services.¹¹⁴ The CSRD added to this list the supply chain.¹¹⁵ The value chain would thus include, in particular, the undertaking's products and services, its business relations and supply chain,¹¹⁶ whether or not they are located in the EU.¹¹⁷ A definition can also be found in the EFRAG's drafts.¹¹⁸ This would be "all the activities, resources and relationships linked to the undertaking's business model(s) and the external environment in which it operates,"¹¹⁹ these external environments being financial, geographical, geopolitical and regulatory.¹²⁰ From the list proposed by the legislator combined with this first definition, we can therefore deduce that the value chain extends horizontally: upstream from the undertaking, towards the supply chain; downstream, towards its products and services. But we can also consider that it spreads in all directions, through the business relationships maintained by the undertaking. While EFRAG's definition of the supply chain is fairly standard,¹²¹ its conception of these business relationships is confusing.¹²² In particular, it includes "entities in the value chain" so that, according to EFRAG, business relationships extend beyond the chain, even though included in the Directive. An additional layer of confusion is introduced by EFRAG's definition of "actors in the value chain", which covers upstream and downstream actors but leaves out the external environments previously mentioned.¹²³

memorandum, 35 times in the Recitals and 23 times in the articles, and a definition is given in Article 2(h); on this point, see L. VENTURA, "Corporate Sustainability Due Diligence and the New Boundaries of the Firms in the European Union", *European Business Law Review*, 2023, vol. 34, n° 2, p. 239-268.

114 The non-financial statement had to cover only risks relating to "the undertaking's business relationships, products or services" (former Accounting Directive, art. 19a(1)(d) and 29a(1)(d)); the supply chain was not mentioned.

115 However, this addition seems more declarative than prescriptive, since the European Commission, in its 2017 guidelines, appears to include in the "business relationships" referred to by the NFRD the supply chain, the subcontracting chain, commercial relationships and "other aspects" (Guidelines on non-financial information, 2017, p. 12-13).

116 Accounting Directive, art. 19a(3) and 29a(3).

117 CSRD, Recital 33.

118 Draft ESRS 1, p. 26-27.

119 Draft ESRS 1, p. 26: "Value chain is the full range of activities, resources and relationships related to the under-taking's business model(s) and the external environment in which it operates".

120 Draft ESRS 1, p. 26-27.

121 Draft ESRS 1, p. 26: "The full range of activities or processes carried out by entities upstream from the undertaking, which provide products or services that are used in the development of the undertaking's own products or services. This includes upstream entities with which the undertaking has a direct relationship (often referred to as a first-tier supplier) or an indirect business relationship."

122 Draft ESRS 1, p. 25: "The relationships the undertaking has with business partners, entities in its value chain, and any other non-State or State entity directly linked to its business operations, products or services..."

123 Draft ESRS 1, p. 25: "Actors in the value chain are individuals or entities in the upstream or downstream value chain..."

43.- While the texts do not provide a clear positive definition of the value chain, neither do they offer an unequivocal negative definition. The Directive contrasts the value chain with the undertaking's own operations, but without defining them. These operations would be those carried out by the undertaking itself, or by the group in the case of consolidated information – so that the perimeter of the value chain should not be confused with that of the group.¹²⁴ It is not specified whether they include activities carried out by others on behalf of the undertaking, *i.e.* in short all outsourcing hypotheses, or whether these should rather be included within the value chain. Furthermore, although the undertaking's own operations appear to be opposed to the value chain, it is not certain that they should be excluded. Indeed, the CSRD's recitals and the EFRAG's drafts include the undertaking's "own operations" within its chain.¹²⁵

44.- Behind all these provisions lies a landscape that is hazy, to say the least. No criteria are specified to distinguish between what should be included within or excluded of the perimeter of the value chain. Where should the undertaking stop? Are tier 10 suppliers concerned? What about tier 100 suppliers? What about their own customers' customers? And end consumers? And all its partners, be they commercial, financial, governmental or associative? Assuming that these people fall within the scope of reporting, should all their activities be taken into account, or only those related to the reporting undertaking? While the directive does not answer these questions, EFRAG's drafts suggest a series of cumulative criteria. They define the value chain as follows: "A value chain encompasses the activities, resources and relationships the undertaking uses and relies on to create its products or services from conception to delivery, consumption and end-of-life."¹²⁶ These are the activities, resources and relationships required to create the product or service, from conception to end-of-life (i), that the undertaking uses (ii) and relies on (iii). While the criteria of purpose and use do not pose any particular problem, the latter is more difficult to define because the verb *rely on* can be understood in two ways, each of which conveys a different meaning. The first would in fact refer to use and would therefore be redundant with the previous criterion. The second would refer to dependence, in the sense of the absence of an alternative solution. Stricter than the previous one, it would render it useless. This difficulty needs to be combined with the definition given by EFRAG of actors in the value chain, mentioned above, which only mentions the use criterion.¹²⁷ The idea that emerges from this other defi-

124 For more details on the scope of consolidation, see the article by E. MIGLIETTA, "Le régime de l'information consolidée en matière de durabilité au sein des groupes de sociétés à l'aune de la directive CSRD", p. 119.

125 CSRD, Recital 33; Draft ESRS 1, p. 26: "Relevant activities, resources and relationships include: a) those in the undertaking's operations..."

126 Draft ESRS 1, p. 26.

127 Draft ESRS 1, p. 25: "The entity is considered downstream from the undertaking (*e.g.*, distributors, customers) when it *receives* products or services from the undertaking; it is considered upstream from the undertaking (*e.g.*, suppliers) when it provides products or services that are *used* in the development of the undertaking's own products or services.

dition is that, as soon as the undertaking uses the products or services of another, or another uses the products or services of the undertaking, that other must be included in its value chain. In addition to all this, there is the practical detail that an undertaking may have multiple value chains. EFRAG only requires a description of the key value chains,¹²⁸ which means that the undertaking will have to determine which of all its value chains are more important, again with an irreducible element of discretion.

45.- This review of the Directive and the draft standards shows that the definition of the value chain is far from clear and fixed, and that the criteria for defining the scope of reporting are still in draft form.¹²⁹ In very practical terms, this jeopardises the correct delimitation by undertakings of their value chains, and hence the standardisation of the resulting information, which is necessary if it is to be comparable and therefore of high quality. In any event, the undertaking must indicate what its “general basis of preparation” is, that enables us to understand how it prepares its sustainability statement. It must indicate to what extent the information covers its upstream and downstream value chain.¹³⁰ This recourse to a new form of transparency suggests that, ultimately, each undertaking will be able to determine the extent of its value chain in a relatively discretionary manner, with the onus on it to be transparent about the choice it has made. Should this interpretation be the one adopted from the text of the directive and EFRAG’s drafts, it will limit the interest of a more precise definition of the perimeter, and with it the hope of having information delivered according to coherent and identical criteria for all undertakings.

46.- To this indeterminacy of the extended scope, it seems necessary to add a condition induced by the expression used to introduce this requirement. It is provided that “*where applicable*, the information referred to in paragraphs 1 and 2 shall contain information on the undertaking’s [or group’s] own activities and value chain.”¹³¹ The extension of the scope of reporting is therefore conditioned by something, but by what?

B) A conditional extension of the scope

47.- Before exploring the different possible meanings of the expression “where applicable,” it should be noted that it is not used in the special provision concerning

¹²⁸ Draft ESRS 2, p. 12, para. 39(c).

¹²⁹ Not to mention the consistency that will have to be found between the CSRD and the related standards and other European texts, in particular the above-mentioned directive on the duty of vigilance.

¹³⁰ Draft ESRS 2, p. 5, § 5(c). It is also stipulated that in the presentation of this information, it may distinguish between (a) the extent to which its assessment of the relative importance of impacts, risks and opportunities extends to its value chain; (b) the extent to which its policies, actions and objectives extend to its value chain; and (c) the extent to which it includes data relating to the value chain in the publication of indicators (*Ibid.*, p. 22, §AR 1).

¹³¹ Accounting Directive, art. 19a(3) art. 29a(3).

the main negative impacts.¹³² It would therefore seem that for this area of information, the extension of the scope of reporting to the value chain is unconditionally mandatory, whereas for others, it remains mandatory but is subject to one (or more) reservation(s).

48.- That being said, the ambiguity of the expression “where applicable” forces us to consider several interpretations. Intuitively, this condition seems to refer to the existence of a value chain in practice. However, this first interpretation would be a little absurd, or at least not discriminating in practice, because what undertaking has no customers, suppliers or relationships of any kind? Alternatively, it could be taken to mean “if it is appropriate, if it is relevant.” The criterion could therefore be that of the importance of the information, which would in fact refer to the double materiality provided for in the first paragraph of the articles relating to sustainability information. However, such a reservation would be unnecessary since the provision already expressly refers to that paragraph. Should we deduce from this that it is simply redundant, or an introductory proposal devoid of any normative value?

49.- This would be too hasty, as its scope can also be understood in the light of the previous provision resulting from the NFRD. It provided for three reservations. The first, implicit, referred to the materiality of information, which concerned all areas of information.¹³³ The next two, explicitly mentioned, referred only to the main risks associated with social and environmental issues in relation to the undertaking’s business relationships and products or services: these were to be described where relevant and proportionate.¹³⁴

50.- The expression “where applicable” can therefore be seen as the reintroduction of this series of reservations. In addition to the reservation relating to the materiality of the information, which must be renewed in view of the reference made by the Article to the paragraph providing for it, a second series of reservations will be found in the article relating to the information standards that the Commission will have to adopt. It stipulates that the standards “shall specify the information to be published on value chains which is proportionate and relevant to the capacities and the characteristics of undertakings in value chains, and to the scale and complexity of their activities.”¹³⁵

51.- Thus, in line with the NFRD, information on the value chain must be proportionate. This requirement echoes the standard of balancing the interests of reporting undertakings against the interests of users referred to earlier.¹³⁶ Here, however, it is not the “administrative burden” that must avoid being “dispropor-

¹³² See above n° 40.

¹³³ Former Accounting Directive, art. 19a(1) and 29a(1): “to the extent necessary for an understanding of the undertaking’s [or group’s] development, performance, position and impact of its activity”.

¹³⁴ Previous Accounting Directive, art. 19a(1)(d) and 29a(1)(d): “where relevant and proportionate”.

¹³⁵ Accounting Directive, art. 29b(4).

¹³⁶ See above, n°s 32-33.

tionate” but the “information” that must be “proportionate.” It is not certain that this difference in wording should lead to a difference in meaning. The underlying question is still the same: information must be qualitative, but at what price?

52.- The text then sets out a relevance reservation. The information must therefore be relevant. This pertinence should not, however, be understood as the ability to achieve the aim pursued, *i.e.* the quality of the information,¹³⁷ but rather its suitability in relation to the situation of the undertaking. More precisely, the information must be relevant “to the capacities and characteristics of the undertakings in the chain” and “to the scale and complexity of their activities.”¹³⁸ Relevance as understood in this way is largely confused with the previous proviso, which may cast doubt on its practical usefulness.

53.- There is another point that should be highlighted. It is specified that, to assess the relevance and proportionality of the means, account must be taken not only of the reporting undertakings, which are obliged to report, but also of the undertakings “in the value chain.” The CSRD seems to exclude its own activities from the value chain, whereas EFRAG and the recitals seem to include them.¹³⁹ If we stick to the only text currently in positive law, this would mean that the proportionate and appropriate nature of the means would not be assessed on the basis of the reporting undertaking, which is required to implement them, but on the basis of the actors in its chain, who are not required to report. This paradoxical situation, to say the least, raises questions about the Directive’s presuppositions regarding the preparation of information about the chain. Is it intended to distribute the production of information among the various entities concerned? If the burden of *publication* falls solely on the reporting undertakings, the burden of *preparation* could be shared. This would make sense, as each undertaking in the chain is best placed to produce high-quality information about itself at the lowest possible cost. But, in this case, this distribution, and any transfers of liability it might entail, would need to be more clearly organised. Moreover, it is regrettable that the opportunity to regulate the clauses governing the production of information throughout the chain has not been seized by the European legislator, even though they are already used in practice.¹⁴⁰

54.- This implicit sharing of the preparatory work relating to the value chain seems to be supported by a reading of the rest of the paragraph providing for in-

137 As suggested by the use of the adjective ‘*adaptées*’ in the French version.

138 Accounting Directive, art. 29b(4).

139 See above n° 43.

140 All the more so since the Commission, in its explanatory memorandum which preceded the 2021 CSRD proposal, seemed to have this breakdown in mind (above-mentioned proposal, 21 April 2021, COM(2021) 189 final, p. 4: “It will provide clarity and certainty as to the sustainability information that preparers must publish and will make it easier for them to obtain the information they need for this purpose from their own business partners (suppliers, customers and investees)”).

formation standards mentioned above.¹⁴¹ Under the terms of its provisions, and assuming that the actor in the chain is not subject to declaration or is a supplier from an emerging economy or market, it is stipulated that the standards “take account of the difficulties that undertakings may encounter in gathering information” from them.¹⁴² If the actor in the chain is an SME subject to declaration – and therefore benefiting from a lighter regime – the standards must not require information about them that goes beyond this lighter regime.¹⁴³ There remains the hypothesis, not regulated by the text, where the actor in the chain to be included is a large undertaking subject to the same publication requirements as the reporting undertaking. In this case, and in the absence of an explicit prohibition, it seems possible that the reporting undertaking could rely on the information disclosed by such an actor in its own statement.

55.- In view of all these uncertainties, it should be noted in conclusion that a transitional regime has been put in place for the first three years of application of the standards transposing the directive into national law.¹⁴⁴ The undertaking must explain the efforts made, the reasons for their failure and what it intends to do to obtain the information in the future. Although this is temporary, it undoubtedly marks a return to the logic of the *comply or explain* principle.

56.- In conclusion, the CSRD and the draft standards leave the reader wondering. We understand the pragmatic approach of the legislator, who does not want to put European undertakings at a disadvantage in international competition by imposing an additional administrative burden. We also understand the use of framework concepts such as disproportionality, relevance and materiality, whose intrinsic indeterminacy allows the requirements to be modulated according to the strength of the undertakings. However, it has to be said that there is no single answer to the research question that prompted these developments. The threat of reputational sanction, which consists of forcing undertakings to publicly admit their shortcomings, through a kind of self-denunciation, seems to have found another fertile ground to grow on. It seems that every time the *comply or explain* principle or one of its variants comes back into play, we will have to be content with greater transparency. This will certainly give a true and fair view of undertakings, but it will not provide rigorous and credible information about their sustainability impacts, risks and opportunities. It is to be hoped that this will be sufficient to properly guide investors’ choices and provide civil society actors with congruent arguments that

¹⁴¹ Accounting Directive, art. 29b(4).

¹⁴² Accounting Directive, art. 29b(4).

¹⁴³ Accounting Directive, art. 29b(4).

¹⁴⁴ Accounting Directive, art. 19a(3) and 29a(3).

can form the basis of a dialogue with undertakings about their socio-environmental performance.¹⁴⁵ But this is doubtful...

May 30th, 2023

¹⁴⁵ F. DRUMMOND, « Des limites de la portée normative des obligations d'information », *BJB* janv. 2022, n° BJB20018. It should be added that the CSRD seems to conceive of the recipient of the information as a rational economic agent, whereas his cognitive biases will certainly lead him to perceive, and therefore to receive, the information differently, which amounts to questioning 'the real effectiveness of this act of information', the point of knowing whether 'the objective pursued by the provision of this information has been achieved' (P.-E. AUDIT, « De quelques enseignements de l'analyse comportementale du droit en matière d'information du contractant », *RTD civ.* 2021, p. 545).

La Directive du 14 décembre 2022 concernant la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises : quels fondements pour quelles critiques ?

Aude-Solveig EPSTEIN¹

Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre

Visiting Assistant Professor à NYU Abu Dhabi

Résumé :

La Directive du 14 décembre 2022 concernant la publication d'informations en matière de durabilité pousse les grandes entreprises européennes à identifier, et par-là espère-t-on à prévenir ou limiter, les risques écologiques et sociaux de leurs activités. Sont concernées non seulement les atteintes à l'environnement et aux droits humains qui pourraient menacer la solidité financière des entreprises concernées, mais aussi celles qui exposent les droits de l'homme et l'environnement à des risques intrinsèquement significatifs, indépendamment de leurs ramifications financières éventuelles. La finalité prônée à cette transparence imposée est de rendre le tissu productif européen plus soutenable. Les commentateurs insistent généralement sur le rôle des parties prenantes dans ce gain de soutenabilité : la mise en transparence des pratiques des entreprises est supposée renforcer le pouvoir de pression et de négociation des syndicats et associations. Toutefois, l'enjeu du *reporting* institué par la Directive du 14 décembre 2022 n'est pas seulement d'informer les tiers, ou d'infuser dans l'entreprise la crainte de pressions externes, mais aussi de pousser les dirigeants d'entreprise à réfléchir plus avant au modèle d'affaires choisi et à la configuration de la chaîne de valeur associée. En d'autres termes, le modèle de gouvernance qui inspire la fabrique du droit européen du *reporting* sur la durabilité n'est pas seulement celui du Panoptique benthamien, mais aussi le précepte gestionnaire qui veut que l'« on (ne) gère (que) ce que l'on mesure ». Deux logiques distinctes sous-tendent ainsi la régulation par l'information à l'œuvre : l'amélioration des pratiques des entreprises est réputée procéder tantôt de pressions externes ou du risque de telles pressions (gouvernance par les parties prenantes ou par la seule transparence), tantôt de la réflexion interne (gouvernance réflexive). Bien que ces deux ressorts de la régulation par l'information soient théoriquement compatibles, leur articulation pratique pose des problèmes. Ainsi, une réglementation minutieuse du mode de fabrication des informations pourrait à la fois favoriser la comparabilité des données dont se nourrissent les pressions externes, et alimenter une mise en conformité de pure forme, au détriment d'une réelle réflexion sur la stratégie de l'entreprise et son modèle d'affaires. Si les entreprises conservent une réelle marge de manœuvre dans la fabrique de l'information sur la durabilité, c'est ainsi afin d'éviter de sacrifier la gouvernance réflexive sur l'autel de la gouvernance par les parties prenantes. L'espoir placé dans une telle régulation par l'information pourra sembler, à certains, comme un vœu pieu. Plutôt que de supplier les grandes entreprises multinationales de réinterroger leurs pratiques et leurs modèles d'affaires, pourquoi ne pas les contraindre à le faire ? La régulation par l'information n'est assurément pas une panacée, mais elle est peut-être l'une des rares options effectivement disponibles aujourd'hui pour rendre les pratiques des grandes entreprises plus compatibles avec les objectifs écologiques collectifs (à côté des subventions publiques et de la commande publique). Dans cette perspective, et compte tenu des débats persistants sur ce en quoi consiste une production durable, l'écueil fondamental de la Directive n'est peut-être pas d'avoir conservé l'orientation réflexive des textes qui l'avaient précédée, mais de l'avoir insuffisamment « outillée ». En effet, le texte ne garantit pas que les dirigeants des grandes entreprises réfléchissent vraiment au modèle d'affaires des entreprises qu'ils dirigent, et à sa compatibilité avec les limites des écosystèmes. Cet article propose plusieurs pistes afin d'y remédier et, ce faisant, d'amplifier la réflexivité environnementale des grands groupes.

Mots clés : Régulation par l'information – *Reporting* durabilité des entreprises – Responsabilité sociale des entreprises – Droit de l'Union européenne

¹ Le style oral de la contribution a été conservé.

Abstract:

The European Directive of December 14, 2022 regarding sustainability reporting requires that large European undertakings identify, and thereby hopefully prevent or limit, the environmental and social risks associated with their activities. This requirement applies not only to environmental damages and human rights abuses that could threaten the financial situation of regulated companies, but also to those which expose human rights and the environment to intrinsically significant risks, irrespective of their possible financial ramifications. The aim of this mandatory transparency is to make European production more sustainable. Analysts generally insist on the role of stakeholders in this transformation: increased transparency on corporate practices is said to bolster the bargaining power of trade unions and associations. However, the underlying philosophy of sustainability reporting in the EU is not only to inform third parties, or to infuse the company with the fear of possible external pressure, but also to push corporate managers to seriously reflect on the sustainability of the corporate business model and of the associated value chain. In other words, the governance model inspiring the making of European sustainability reporting law in Europe is not only that of the Benthamian Panopticon, but also the managerial precept that «you (only) manage what you measure». Two distinct logics thus underpin the European legislation on governance through sustainability disclosure : the improvement of corporate practices is deemed to be the result of both external pressure or the risk thereof (governance by stakeholders or by transparency alone), and internal reflection (reflexive governance). Although these two dimensions are theoretically compatible, their articulation raises issues in practice. For example, a meticulous regulation of the way in which information ought to be produced could both promote the comparability of data on which external pressure feeds, and fuel a tick-in-the box approach to compliance, to the detriment of genuine reflection on the company's strategy and business model. Some may doubt that governance through disclosure will live up to its promise, all the more so if companies can choose to a large extent which information to disclose and in what format. Rather than begging large multinationals to rethink their practices and business models, why not compel them to do so? Disclosure-based governance is certainly not a panacea, but it is perhaps one of the few options we have today at domestic and regional level to make the practices of large multinational corporations more sustainable (alongside the use of public subsidies and public procurement). From this perspective, the fundamental pitfall of the new Directive on sustainability reporting is perhaps not so much its continued reliance on reflexive governance, but rather the lack of tools to secure genuine reflection at the top of large undertakings. This article suggests reform avenues to remedy this situation, and thereby to boost the environmental reflexivity of large undertakings.

Keywords: Transparency-based governance – Corporate sustainability reporting; Corporate social responsibility; EU Law

Qu'il est réjouissant d'entendre une nouvelle génération de chercheurs sonder les potentialités du *reporting* environnemental pour répondre à la crise écologique² ! C'est un sujet que je connais bien pour lui avoir consacré ma thèse de doctorat, mais celle-ci a été publiée en 2015³, et tant de choses ont changé depuis lors... À commencer par l'adoption de la Directive du 14 décembre 2022 concernant la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises.

Carla Trebert, dont il m'a été demandé de commenter la contribution⁴, fait de cette Directive une lecture très critique. À la suivre, la nouvelle Directive n'est pas en

² Bien que la nouvelle Directive impose des obligations d'information sur des enjeux non seulement écologiques mais aussi sociaux, liés aux droits de l'homme, et aux facteurs de gouvernance, la présente contribution est centrée sur les informations environnementales.

³ A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise : Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, LGDJ/ Institut Universitaire Varenne (Collection des thèses), Paris, 2015, 964 p.

⁴ Les positions ici exprimées sont issues de la lecture du texte que Mme Trebert a communiqué avant la conférence dont les actes sont reproduits dans le présent dossier.

mesure de fournir aux investisseurs des informations fiables et comparables, et elle risque dès lors de ne pas œuvrer suffisamment à la redirection des flux financiers vers des activités économiques durables. Madame Trebert maîtrise la nouvelle Directive dans le détail, et sa démonstration experte est fort bien menée. Toutefois, elle s'appuie sur des hypothèses dont il me semble utile de se distancier si l'on entend bien cibler les critiques à adresser à la Directive. D'un côté, elle tend à présenter l'implication active des entreprises dans la transition écologique, par l'adoption de bonnes pratiques allant au-delà de leurs obligations légales, comme une nécessité essentiellement financière : il faudrait enrôler le secteur privé dans le financement de la transition écologique dans la mesure où le secteur public n'aurait pas les moyens d'en payer seul le coût. De l'autre, elle appréhende le *reporting* environnemental comme un outil principalement destiné à répondre aux attentes des investisseurs, dont elle tend à présumer l'intérêt pour les questions d'environnement.

Même si de tels présupposés sont relativement fréquents, il est important de les tenir pour ce qu'ils sont : un discours possible sur les raisons d'être, les tenants et les aboutissants du *reporting* environnemental. Toutefois, d'autres discours sont disponibles (I), et le besoin de répondre à l'intérêt préexistant des investisseurs n'est pas le discours qui a jusqu'ici dominé l'élaboration de la réglementation sur le *reporting* environnemental des entreprises. Bien plutôt, le discours qui semble avoir eu la plus grande influence sur le cadre réglementaire du *reporting* durabilité est celui selon lequel il importerait de faire réfléchir les dirigeants des grandes entreprises sur leurs impacts écologiques. Avant même de chercher à informer les tiers, une certaine transparence environnementale a ainsi été imposée aux grandes entreprises d'abord afin de favoriser leur responsabilisation par l'intermédiaire d'un regain de réflexion (II). Il y a de bonnes raisons de tenir cette approche pour insuffisante à répondre à la crise écologique actuelle. Afin, par exemple, de réduire les émissions de gaz à effet de serre de moitié entre 2010 et 2030, comme y invite le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), il est plus utile de *diminuer la production et la consommation* de ressources non nécessaires, que d'encourager les géants des énergies fossiles ou de l'agro-industrie à *se poser des questions* sur la moralité dans les affaires ou sur les avantages économiques à retirer d'un positionnement plus éco-responsable ! Il faut toutefois prendre garde à ne pas disqualifier trop vite l'ambition d'amener les dirigeants des grandes entreprises à la réflexion écologique : des modalités plus directes d'intervention publique sont certes disponibles en théorie, mais en pratique les pouvoirs publics sont très réticents à imposer aux entreprises, même – voire surtout – aux plus grandes d'entre elles, de payer le prix effectif du coût environnemental de leurs activités. Dans ce contexte, plutôt que de condamner tout bonnement le programme d'auto-régulation réflexive de l'entreprise dont la nouvelle Directive se fait l'écho, il importe de s'interroger sur les conditions dans lesquelles l'obligation de *reporting* environnemental pourrait au moins servir à amplifier la réflexivité environnementale des grands groupes (III).

I.- Les discours contrastés sur les finalités du *reporting* environnemental

Ces vingt dernières années, le discours selon lequel le *reporting* environnemental serait une variété de l'information financière a eu le vent en poupe. Plusieurs facteurs y ont concouru. Au plan juridique, on peut relever le fait que, bien souvent, les pouvoirs publics ont sollicité la publication des informations sur les questions environnementales dans le rapport annuel de la société, soit un support classiquement destiné aux marchés financiers. Ainsi, en France, lors de l'adoption de la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, qui a inauguré le *reporting* environnemental en droit des sociétés, il a été décidé d'inscrire les informations sur les facteurs environnementaux dans le rapport de gestion des sociétés cotées⁵. La corrélation chronologique entre le développement de l'investissement socialement responsable et du *reporting* durabilité a également alimenté la tendance à assimiler l'information environnementale à une information financière en puissance. Cette corrélation fut effectivement souvent présentée comme une relation de cause à effet : de par le monde, les entreprises seraient de plus en plus nombreuses à publier des rapports développement durable et assimilés en vue de répondre aux demandes des investisseurs lesquels, présumait-on, seraient de plus en plus prompts à prendre en considération ces informations dans leurs décisions de placement et leurs stratégies d'engagement actionnarial. Le principal destinataire du *reporting* environnemental, ce serait donc les investisseurs. Les efforts importants consentis par les « entrepreneurs de la RSE » (notamment un certain nombre de cabinets de conseil) pour convaincre de la rentabilité de l'investissement socialement responsable⁶ ?contribuèrent à la transformation de ce discours en un *leitmotiv*, et au brouillage consécutif de la ligne de partage entre l'information financière et l'information extra-financière⁷. La crise que l'investissement socialement responsable traverse actuellement alimente toutefois une prise de distance critique avec ce type de discours. Non seulement les allégations d'investissement socialement responsable sont accusées d'être du *greenwashing*⁸, mais la finance durable est blâmée pour sa contribution à un « capitalisme woke » sacrifiant l'efficacité économique au profit de la satisfaction des préférences politiques d'une poignée de dirigeants⁹. Le contexte est ainsi particulièrement propice à la redécouverte d'autres cadres d'analyse de l'essor du *reporting* environnemental.

5 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, art. 116.

6 Pour une présentation générale des biais méthodologiques qui entachent nombre d'études sur l'importance quantitative de l'investissement socialement responsable et notamment l'utilisation non questionnée des données fournies par des « entrepreneurs de la RSE » intéressés à l'expansion du marché de l'ISR, v. A. ACQUIER et J.-P. GOND, « Les enjeux théoriques de la marchandisation de la responsabilité sociale de l'entreprise », *Gestion*, 2006, vol. 31, n° 2, p. 83.

7 A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, op. cit., n° 156 et s., p. 150 et s.

8 A.-S. EPSTEIN, « Le financement socialement responsable : un instrument de la pérennité de l'entreprise ? », in G. BARGAIN & F. JURIEDIEU (dir.), *La pérennité de l'entreprise*, LGDJ, 2022, p. 97.

9 V. par ex. K. BRYAN, "US investors ditch green funds as "woke capitalism" backlash bites", *The Financial Times*, 28 avr. 2023.

L'obligation de *reporting* environnemental peut également s'interpréter comme une ramification du *pouvoir* des très grandes entreprises : ayant acquis le pouvoir – fondamentalement politique – de déterminer, dans une large mesure, le niveau de risque écologique acceptable¹⁰, celles-ci hériteraient par la même occasion de la responsabilité d'au moins rendre des comptes à la société sur l'usage qu'elles font des ressources que cette dernière met à leur disposition¹¹. Dans cette perspective, l'information environnementale ne serait donc pas destinée d'abord ou seulement aux investisseurs ; la liste des destinataires s'étendrait au public dans son ensemble. Le ciblage des obligations de *reporting* sur les grandes entreprises peut se recommander d'une telle approche. Suivant ce modèle, le choix des pouvoirs publics de souvent exiger que les informations environnementales soient publiées dans le rapport annuel refléterait surtout la volonté d'user d'un support public et accessible¹². Ce cadre d'analyse de la transparence environnementale imposée invite alors à faire entrer le droit des sociétés en résonance avec le droit de l'environnement. Le pouvoir d'exercer sur ce bien commun qu'est l'environnement des impacts négatifs significatifs crée une obligation de reddition de comptes qui pèse sur les autorités publiques en vertu du droit de l'environnement¹³, et sur les plus grandes entreprises en vertu du droit des sociétés. Le *reporting* environnemental des entreprises constitue, dans ce courant d'analyse, un premier pas vers la démocratisation des pouvoirs privés économiques¹⁴.

10 Le droit de l'environnement actuel est doté d'une efficacité écologique très limitée. Même dans les régions où il est apparemment assez exigeant, il est en réalité désamorcé par quantité de dérogations, ainsi que par un manque structurel de moyens d'inspection et de répression. Sur cette problématique, et ses conséquences pour l'évolution du droit économique, v. not. A.-S. EPSTEIN, « Avant-propos : Le droit économique devrait devenir un levier de la transition écologique », in A.-S. EPSTEIN & M. NIOCHE, *Le droit économique, levier de la transition écologique ?*, Bruylant, 2022, p. 9.

11 V. not. R. NADER, M. GREEN et J. SELIGMAN, *Taming the giant corporation*, W. W. Norton & Company, 1976 ; P. ABADIE, *Entreprise responsable et environnement : recherche d'une systématisation en droit français et américain*, Bruylant, 2013 ; J.-P. ROBÉ, *Property, Power and Politics: Why We Need to Rethink the World Power System*, Bristol University Press, 2020. Sur la transformation historique des arguments en faveur du *reporting* environnemental entre les années 1970 (domination d'un discours politique) et la décennie suivante (prévalence d'un discours marchand), v. A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, op. cit., n° 48, p. 57 et s.

12 Tant loi NRE (v. A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, op. cit., n° 378, p. 306) que la nouvelle Directive (Préambule, consid. 55) ont pris le parti d'inclure les informations environnementales dans le rapport de gestion en considération de la publicité dont il est censé bénéficier. Entre les deux, l'article 1^{er} de la Directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 modifiant la Directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières a pris un parti différent : laisser les entreprises choisir entre la publication dans le rapport de gestion et dans un autre support sur Internet. Toutefois, l'absence de renvoi à un support réglementé avait entre autres inconvénients suscité des doutes sur le régime juridique applicable (A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, n° 375, p. 364 et s.).

13 Charte de l'environnement, art. 7, C. envir., art. L. 120-1 et s.

14 V. not. A.-S. EPSTEIN, « Le droit à l'information », in J. ROCHFELD, M. CORNU et G. J. MARTIN (dir.), *Échelle de communalité – Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Rapport pour la Mission Droit & Justice du Ministère de la Justice, 2021, p. 342 ; et « Acquis et potentialités démocratiques du droit de l'environnement », in T. PERROUD et T. BOCCON-GIBOD (dir.), *La comédie des communs*, Hermann, 2023 (à paraître).

Un troisième discours a cours aujourd’hui, qui insiste non pas sur la vocation financière ou politique du *reporting* environnemental, mais sur sa fonction réflexive¹⁵. L’enjeu de la communication environnementale de l’entreprise n’est pas ici d’informer les tiers (investisseurs ou public), mais de pousser les cadres et les acteurs de l’entreprise à réfléchir aux impacts écologiques des activités de cette dernière afin de mieux les gérer, selon le précepte qui veut que « l’on gère ce que l’on mesure ». Le recours à ce mode réflexif de gouvernance des conduites est recommandé pour surmonter deux écueils allégués : d’une part, l’impossibilité pour l’État libéral de transformer les organisations depuis l’extérieur, de l’autre l’incertitude fondamentale de nos sociétés sur les solutions à adopter pour faire face à la crise écologique. L’absence de consensus sociétal sur les réponses à mettre en œuvre, et les arbitrages à opérer, justifierait de déléguer aux grandes organisations le soin d’expérimenter, à leur échelle, des compromis entre intérêts sociaux, économiques et écologiques. Dans cette approche, le principal destinataire de l’information de l’entreprise ne serait autre que la direction de l’entreprise elle-même.

En somme, il n’y a pas une seule manière de comprendre les finalités du *reporting* environnemental, ni donc de circonscrire son régime juridique idéal. Pour rendre compte de cette pluralité, j’ai proposé, dans l’ouvrage issu de ma thèse, de penser le *reporting* comme un outil de régulation destiné à améliorer la gestion des impacts environnementaux de l’entreprise, et susceptible d’opérer selon trois ressorts principaux : (a) l’amélioration de l’information à la disposition des dirigeants et des cadres (la responsabilisation réflexive) ; (b) la surveillance exercée par des actionnaires, des investisseurs, des associations, des riverains, etc. (la gouvernance par les parties intéressées) ; (c) et l’impression des acteurs de l’entreprise que leurs décisions sont scrutées du simple fait qu’elles sont rendues publiques (la régulation par la transparence). Or, en France comme en Europe, la réglementation sur le *reporting* n’a jamais poursuivi l’objectif exclusif ou ne serait-ce que prioritaire de rendre possible une gouvernance par les parties intéressées ; c’est plutôt la compréhension du *reporting* comme un levier d’une responsabilisation réflexive des grands groupes qui a dominé la fabrique réglementaire.

II.- Une réglementation d’abord destinée à favoriser la responsabilisation réflexive des grands groupes

Voilà plusieurs décennies que les actionnaires et les parties prenantes des grands groupes se plaignent de ce que les informations environnementales publiées par ces derniers ne répondent pas à leurs attentes¹⁶. Et pour cause ! Les obligations de

15 A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, op. cit., n° 489, p. 450 et s.

16 Résumant la situation, Pierre-Henri Conac écrit ainsi que : « Les ONG, mais aussi l’ESMA, estiment que les marges de manœuvre laissées aux États membres et aux entreprises sont trop étendues et empêchent les parties prenantes de pouvoir effectuer une réelle comparaison entre les informations extra-financières publiées par les différentes entreprises. Ce reproche récurrent n’est pas infondé, d’autant plus que les standards ne sont pas toujours appliqués en totalité, mais n’est pas nécessairement lié à une mauvaise volonté des entreprises. Il résulte aussi de l’absence

rendre publiques ces données n'ont pas été taillées d'abord pour fournir aux tiers des informations fiables et comparables, mais plutôt pour pousser les entreprises déclarantes, qui sont généralement des sociétés mères relevant du secteur des services, et qui n'ont à ce titre jamais été soumises au droit de l'environnement, à commencer à réfléchir aux conséquences environnementales de leurs décisions. Il s'est agi de les inciter à agir pour diminuer leurs impacts négatifs, voire en vue d'augmenter leurs impacts positifs, mais sans préjuger des actions à entreprendre, ni des intérêts à faire prévaloir. Le droit positif a ainsi fait triompher une logique inversée par rapport à celle que Mme Trebert appelle de ses vœux : plutôt que d'inviter les dirigeants des grandes entreprises à « s'informer pour informer » les tiers, il s'agissait de les inviter à « informer les tiers en vue de s'informer ».

Dans cette logique, les textes étaient traditionnellement peu diserts sur les méthodes d'élaboration des informations. Avec la Directive 2014/95 du 22 octobre 2014, le législateur européen a eu beau exprimer l'ambition de remédier à la grande diversité des pratiques des entreprises en matière de *reporting* sur les sujets de durabilité¹⁷, il s'est pourtant abstenu de fixer des indicateurs précis et comparables¹⁸. Les pouvoirs publics français eux-mêmes, lorsqu'ils transposèrent cette Directive en droit interne, s'abstinrent de régir en détail le contenu de la déclaration de performance extra-financière¹⁹. Ils exigèrent par exemple des entreprises qu'elles diffusent, au titre de l'évaluation de leur contribution au changement climatique, des informations sur « les postes significatifs d'émissions de gaz à effet de serre générés du fait de l'activité de la société, notamment par l'usage des biens et services qu'elle produit ». Rien ne fut dit de la nature des gaz à effet de serre pris en compte, du seuil à partir duquel les émissions seraient considérées comme significatives, des méthodes d'établissement des données d'émission ou des indicateurs utilisés. Les obligations d'information environnementale imposées par le droit des sociétés affichaient ainsi un contraste saisissant avec celles prescrites en droit de l'environnement.

de référentiel unique, de la difficulté d'évaluer les impacts d'opérations complexes ou de la grande diversité des entreprises et des unités de mesures choisies. Une comparabilité parfaite est illusoire car elle impliquerait un degré d'harmonisation très élevé. Par exemple, la définition d'un accident du travail varie selon les pays pour un même fait. » (P.-H. CONAC, « Les réponses à la Consultation publique sur la révision de la Directive extra-financière révèlent un consensus moins large qu'il n'y paraît », *Revue des sociétés* 2020, p. 578).

17 V. par ex. le considérant 21 du préambule de la Directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 modifiant la Directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

18 Pour mémoire, le texte invite les grandes entreprises à procéder à « une description des politiques appliquées par l'entreprise en ce qui concerne ces questions, y compris les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre », « les résultats de ces politiques », « les principaux risques liés à ces questions en rapport avec les activités de l'entreprise, y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les relations d'affaires, les produits ou les services de l'entreprise, qui sont susceptibles d'entraîner des incidences négatives dans ces domaines, et la manière dont l'entreprise gère ces risques » et, enfin, « les indicateurs clés de performance de nature non financière concernant les activités en question ». L'article 2 de la Directive a simplement invité la Commission européenne à élaborer des lignes directrices sur la méthodologie applicable à la communication des informations non financières, tout en précisant qu'elles étaient destinées à demeurer non contraignantes.

19 C. com., art. L. 225-102-1 et R. 225-105.

Le *reporting* environnemental n'est, en effet, pas une création du droit des sociétés ! Il a d'abord émergé en droit de l'environnement, où il continue de jouer un rôle fondamental, d'abord pour permettre aux autorités administratives de surveiller les impacts environnementaux des entités réglementées, ensuite pour assurer le droit à l'information environnementale du public²⁰. De longue date, le droit de l'environnement a par conséquent compris de longs textes très détaillés intégralement destinés à préciser les méthodes d'élaboration, les indicateurs, les méthodes de surveillance et de vérification que les industriels doivent employer pour élaborer les données sur les impacts environnementaux de leurs activités qu'ils ont à communiquer à l'administration, à charge pour cette dernière de rendre ces données ensuite accessibles au public²¹. Ce degré de détail répond aux besoins informationnels d'un destinataire bien identifié : l'Administration. Par contraste, le *reporting* du droit des sociétés a longtemps été surtout destiné à sensibiliser les acteurs au plus haut niveau des groupes, et à les convaincre de l'opportunité de mieux prendre en considération les impacts écologiques de l'entreprise. Dépourvue de destinataire externe unique aux besoins informationnels précis, destinée à soutenir l'expérimentation de nouvelles articulations entre le profit et la protection de l'environnement, l'information pouvait demeurer relativement peu normalisée²².

La nouvelle Directive européenne rompt-elle avec cette dynamique réflexive qui caractérisait jusque-là la réglementation du *reporting* environnemental en droit français et européen des sociétés ? De prime abord, la réponse peut sembler positive. En effet, le texte de la nouvelle Directive est non seulement très long, mais il donne en plus à la Commission européenne le mandat d'adopter des actes délégués pour définir des normes d'information en matière de durabilité. La Commission doit en outre veiller à ce que ces normes « incluent au moins les informations dont les acteurs des marchés financiers soumis aux obligations de publication d'informations prévues par le règlement (UE) 2019/2088 ont besoin pour se conformer à ces obligations »²³. Le texte pourrait ainsi sembler standardiser le contenu des informations demandées en les alignant sur les besoins informationnels des investisseurs. Pourtant, à y regarder de plus près, la nouvelle Directive semble ici moins destinée à satisfaire les attentes informationnelles des investisseurs, qu'à leur permettre de s'acquitter de leurs propres obligations réglementaires. En outre, d'autres destinataires potentiels de l'information sont identifiés, « notamment les acteurs de la so-

20 Sur ce droit, et son lien avec les obligations de *reporting* environnemental issues du droit des sociétés, v. par ex. A.-S. EPSTEIN, « La densification normative du droit à l'information en matière environnementale », in C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative*, Mare et Martin, 2013, p. 861.

21 V. par exemple le règlement n° 601/2012 du 21 juin 2012 relatif à la surveillance et à la déclaration des émissions de gaz à effet de serre au titre de la Directive 2003/87/CE.

22 La liberté à l'œuvre n'a toutefois jamais complètement exclu la possibilité de sanctionner les mensonges et déloyautés les plus manifestes, v. A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, op. cit., spéc. n° 465, p. 311 et s.

23 Directive (UE) 2022/2464 du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) n° 537/2014 et les Directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, Chapitre VI bis sur les normes d'information en matière de durabilité.

ciété civile, les syndicats et les représentants des travailleurs »²⁴. En somme, le texte n'érige pas les investisseurs, ou plus largement une catégorie particulière d'acteurs, au rang de principal destinataire des données. Il en résulte par nature une certaine latitude laissée aux entreprises pour déterminer quelles informations sont à restituer. En effet, le texte énonce un principe, dorénavant bien connu, de double matérialité, ce qui signifie que seules les informations qui sont significatives d'un point de vue financier ou de durabilité sont à publier. La consécration d'un tel filtrage semble vouée à limiter la comparabilité des données publiées dans le temps et entre entreprises, surtout si aucun destinataire n'est désigné pour guider l'entreprise dans le choix des informations significatives du point de vue de la durabilité²⁵. Par ailleurs, il n'est pas évident que la Commission standardisera les méthodes d'élaboration des informations, ni même tous les indicateurs. Le législateur européen semble ainsi refuser de satisfaire le besoin d'automatisation dans le traitement de l'information que plébiscitent ceux qui, actionnaires ou parties prenantes, entendent s'ériger en censeurs des entreprises non conformes. À la place, la nouvelle Directive semble plutôt chercher à sensibiliser et à faire réfléchir les acteurs de l'entreprise émettrice, les y incitant par l'accent mis sur le besoin de répondre aux attentes informationnelles des parties prenantes, et l'invitation lancée à dialoguer avec ces dernières²⁶. La gouvernance promue reste ainsi essentiellement réflexive, mais les entreprises sont invitées à y impliquer les tiers afin d'approfondir leurs questionnements sur l'adaptation de leurs activités et de leurs modèles économiques.

Demander aux grandes entreprises multinationales de réinterroger leurs pratiques et leurs modèles d'affaire pourra sembler insuffisant à certains. Plutôt que de les en supplier, pourquoi ne pas les y contraindre ? Certes, mais en pratique, les

24 Consid. 14 de la Directive (UE) 2022/2464 du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) n° 537/2014 et les Directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises.

25 De manière plus nuancée, Benoît Lecourt a observé que : « Désormais, avec la nouvelle Directive, les sociétés doivent inclure dans le rapport de gestion les informations nécessaires pour comprendre l'impact de l'entreprise sur les questions de développement durable, ainsi que les informations nécessaires pour comprendre comment les enjeux de la durabilité affectent le développement, les performances et la position de l'entreprise. La formule contient encore une certaine part de subjectivité. Pourtant, étant donné que les informations à publier sont beaucoup plus détaillées et que les normes de *reporting* dont elles font l'objet sont nombreuses et précises (la Directive fixant plusieurs thèmes obligatoires par facteur de durabilité), la sélection des informations au regard de leur pertinence devrait être moins difficile. Il reste que les sociétés devront bien cibler ce qui mérite d'être publié et éviter de noyer les utilisateurs sous un flot d'informations. Aussi serait-il souhaitable de mettre à leur disposition des outils méthodologiques. » (B. LECOURT, « La "Directive RSE 2" ("Directive CSRD") : le nouveau visage de l'information en matière environnementale et sociale », *Revue des sociétés* 2022, p. 639).

26 V. en ce sens le considérant 14 de la Directive qui note que « l'absence d'informations en matière de durabilité fournies par les entreprises limite également la capacité des parties prenantes, notamment les acteurs de la société civile, les syndicats et les représentants des travailleurs, à entamer un dialogue avec les entreprises sur les questions de durabilité » ; ou encore son considérant 3 qui note que « la publication d'informations liées au climat [...] permet notamment de sensibiliser davantage aux risques et aux opportunités liés au climat et d'en améliorer la compréhension au sein de l'entreprise, de diversifier la base d'investisseurs, de réduire le coût du capital et de favoriser un dialogue plus constructif avec toutes les parties prenantes. »

États sont globalement très réticents à faire supporter aux entreprises de nouvelles obligations environnementales : selon les cas, ils préfèrent attendre qu'elles aient pris suffisamment d'avance pour « éco-moderniser²⁷ » leur outil industriel, ou alors prendre en charge eux-mêmes les coûts des réformes à travers des aides d'État²⁸. Cette situation n'est pas seulement le fruit du lobbying efficace de certaines entreprises ; elle résulte aussi du risque juridique auquel s'exposent, sur le fondement du droit international des investissements, les États désireux « d'échouer » les actifs corporatifs avant qu'ils aient été amortis (*stranded assets*)²⁹. Dans ce contexte de transition, la régulation par l'information n'est sans doute pas une panacée, mais elle pourrait être, à côté des subventions publiques et de la commande publique, la seule option disponible pour tenter d'impulser un changement au niveau de la direction des plus grandes groupes transnationaux.

Dans cette perspective, l'écueil fondamental de la Directive n'est alors peut-être pas d'avoir conservé l'orientation réflexive des textes qui l'avaient précédée, mais de l'avoir insuffisamment « outillée ». En effet, le texte ne garantit pas que les dirigeants des grandes entreprises réfléchissent *vraiment* au modèle d'affaire des entreprises qu'ils dirigent, et à sa compatibilité avec les limites des écosystèmes. Comment y remédier ?

III.- Comment amplifier la réflexivité environnementale des grands groupes ?

Le risque existe que, sous prétexte de réflexivité, les obligations instituées par la nouvelle Directive soient en réalité illusoires, et plus précisément qu'elles ne créent qu'une contrainte formelle, insusceptible de faire mûrir la réflexion à la tête des entreprises. En effet, en l'état actuel des textes, les dirigeants semblent fondés à décider seuls des informations environnementales à restituer et des priorités stratégiques de l'entreprise en ce qui concerne ses impacts sur l'environnement, sans avoir ne serait-ce qu'à motiver leurs choix, ni *a fortiori* à les soumettre à la discussion des parties intéressées³⁰. La prétendue communication environnementale risque ainsi

27 Sur l'éco-modernisation, v. not. J. BERRY, "Ecological Modernization", in J. S. DRYZEK et D. SCHLOSBERG (dir.), *Debating the Earth: The Environmental Politics Reader*, Oxford University Press, 1998, 2nd ed. 2005, p. 304.

28 C'est ainsi que le Président de la République française a annoncé récemment l'accélération des aides d'État pour l'écologisation du tissu industriel français et la nécessité de mettre en « pause » la réglementation environnementale européenne (v. not. A. TONNELIER, E. CONESA & V. MALINGRE, « Industrie : Macron appelle à une "pause" dans la réglementation environnementale européenne », *Le Monde*, 12 mai 2023)

29 V. ainsi les contentieux en cours sur le fondement du Traité sur la charte de l'énergie et, plus largement, A. DE NANTEUIL, « La conciliation entre la protection des investissements et l'objectif de transition écologique », in A.-S. EPSTEIN et M. NIOCHE (dir.), *Le droit économique, levier de la transition écologique ?*, Bruylant, 2022.

30 Le code de gouvernement d'entreprise AFEP-MEDEF embrasse, sans surprise, ce même unilatéralisme (B. FRANÇOIS, « La RSE et les enjeux climatiques au cœur de la version révisée du Code AFEP-MEDEF », *Revue des sociétés* 2023, p. 258, qui note que : « la question de la 'consultation' des parties prenantes par les instances de la société n'est pas évoquée par le code AFEP-MEDEF. Or,

de virer au monologue. Or, l'unilatéralisme expose à des risques de biais, voire de manipulation, que la motivation des décisions prises et la discussion avec les tiers intéressés, pourraient aider à prévenir. Quel universitaire nierait que c'est de l'échange des idées et de la mise à l'épreuve des hypothèses qu'émergent les réflexions les plus stimulantes ?

Pourtant, la période est au verrouillage du pouvoir écologique dans les mains des dirigeants d'entreprises. D'un côté, les initiatives par lesquelles les actionnaires tentent de peser davantage sur la politique climatique des grands groupes restent globalement infructueuses³¹. De l'autre, alors que la première version des normes de *reporting* sur la durabilité de l'EFRAG proposait d'inciter clairement les dirigeants à faire entrer les parties prenantes dans les organes de gouvernance de l'entreprise, l'EFRAG a finalement pris le parti de ne pas utiliser la réforme du *reporting* à des fins de transformation des règles relatives à la gouvernance³². Les enjeux de gouvernance, mais aussi de responsabilité écologique de la société et de ses dirigeants, ont globalement été renvoyés à des textes ultérieurs³³. En déconnectant ainsi les règles procédurales de *reporting* et les règles substantielles de gouvernance et de responsabilité, la nouvelle Directive s'abstient d'inciter les dirigeants des grandes entreprises à se saisir pleinement de la question de l'ajustement de l'entreprise à la crise écologique.

La vérification par un tiers auditeur de la seule *véracité* des informations communiquées ne permettra pas de prémunir les entreprises contre les écueils d'une gouvernance solipsiste des risques écologiques. Essentiellement formelle et d'une ambition limitée, cette vérification ne saurait, par exemple, mettre au jour le risque que les dirigeants sanctuarisent des standards environnementaux peu ambitieux, et qu'ils retardent excessivement la réflexion sur la transformation du modèle économique de l'entreprise, mettant par-là la résilience de cette dernière en péril.

En attendant que la législation européenne fasse peut-être évoluer les devoirs des grands groupes et de leurs dirigeants, les parties prenantes semblent de plus en

qu'il s'agisse du plan de vigilance ou du rapport de durabilité, la formalisation du dialogue avec ces parties est impérieuse. Sans cela, le devoir de vigilance ne sera qu'une obligation de pure forme, et non un dispositif de réduction des risques au quotidien. »)

31 V. ainsi le débat sur les résolutions relatives au « *say on climate* ».

32 Au fil des consultations, les normes proposées par l'EFRAG ont évolué vers une moindre place laissée à la discussion avec les parties prenantes (P.-H. CONAC, « Les projets de normes durabilité ESRS (European Union Sustainability Reporting Standards) de l'EFRAG renoncent à promouvoir le "capitalisme des parties prenantes" », *Revue des sociétés*, 2023, p. 56), même s'il reste quelques traces d'une participation possible des parties prenantes. V. par ex. EFRAG, *Draft European Sustainability Reporting Standards, ESRS 1: General Requirements*, nov. 2022, § 3.1 : « *Engagement with affected stakeholders is central to the undertaking's on-going due diligence process [...] and sustainability materiality assessment.* »

33 V. not. Proposition de Directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la Directive (UE) 2019/1937, 23 févr. 2022, COM(2022) 71 final, 2022/0051(COD) ; Proposition de Directive relative à la protection de l'environnement par le droit pénal et remplaçant la Directive 2008/99/CE, 15 déc. 2021, COM(2021) 851 final, 2021/0422(COD).

plus trouver dans le contentieux une opportunité de participer, depuis l'extérieur, à la réflexion écologique des grandes entreprises. Invoquant la méconnaissance, selon les cas, du devoir de vigilance ou du droit commun de la responsabilité civile ou pénale, elles transforment les prétoires en espaces de mise en débat des choix écologiques des dirigeants des grands groupes³⁴. Dans un tel contexte, nombre d'entreprises préfèrent internaliser la critique, par la constitution de comités RSE³⁵, de comités de parties prenantes et/ou la signature d'accords-cadres mondiaux avec les fédérations syndicales internationales³⁶.

Au fil du temps, des arguments nombreux ont été mis en avant pour refuser une réforme du droit des sociétés qui donnerait plus de place aux parties prenantes³⁷. Le plus convaincant concerne le risque d'arbitraire et d'inefficacité économique qui résulterait de l'attribution aux dirigeants d'une mission de promotion des intérêts des parties prenantes. Le raisonnement est le suivant. Nul ne pourrait servir plus d'un maître à la fois sans être irresponsable. Pour cette raison il importerait de réduire le champ des intérêts devant guider l'action des dirigeants. Il serait légitime de leur demander de poursuivre seulement l'intérêt des actionnaires dans la mesure où ces derniers seraient en position de créanciers résiduels, et donc structurellement intéressés à l'efficacité économique de l'entreprise, tandis que les intérêts des autres parties intéressées et de l'environnement seraient protégés par d'autres voies (légales et/ou contractuelles). Séduisante en théorie, cette approche manque toutefois de prise avec le réel³⁸. Outre qu'elle postule un monde sans chômage involontaire ni externalités environnementales, elle passe à côté du fait que la gouvernance de l'entreprise avec ses parties prenantes écologiques est déjà une réalité en voie d'expansion en France et en Europe, même si c'est sous des formes qui, on l'a évoqué, sont encore souvent volontaires et/ou conflictuelles. Il peut ainsi sembler trop tard pour questionner l'opportunité d'une gouvernance des impacts écologiques de l'entreprise qui impliquerait les parties prenantes. L'heure est plutôt à l'organisation des

34 En France, v. not. la dizaine d'actions intentées sur le fondement de la loi française du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. À l'étranger, v. également les actions climatiques intentées contre Shell et ses dirigeants. Appelant à considérer les contentieux climatiques comme une forme de participation des acteurs de la société civile, v. J. ROCHFELD, « Participation citoyenne et contre-pouvoirs dans la transition écologique des entreprises », in A.-S. EPSTEIN & M.-A. CHARDEAUX (dir.), *Le droit économique de l'environnement : Acteurs et méthodes*, Mare et Martin, 2023 (à paraître).

35 Sur le développement desquels, v. not. Autorité des marchés financiers, Rapport 2022 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées, 1^{er} déc. 2022.

36 Ces accords contiennent de plus en plus de clauses environnementales, ils sont généralement disponibles sur le site des fédérations syndicales internationales signataires.

37 V. notamment M. FRIEDMAN, "The social responsibility of business is to increase its profits", *The New York Times*, 13 sept. 1970; L. BEBCHUK, "The illusory promise of stakeholder governance", *Cornell Law Review*, 2020, vol. 106, p. 91; et P.-H. CONAC, « La société et l'intérêt collectif : la France seule au monde ? », *Revue des sociétés* 2018, p. 558 ; « Les projets de normes de durabilité ESRS de l'EFRAG et leur conception de la gouvernance d'entreprise », *Revue des sociétés* 2022, p. 576.

38 V. pour plus de détails A.-S. EPSTEIN, *Information environnementale et entreprise*, op. cit., spéc. n° 630, p. 587 et s.

modalités d'une telle implication des parties prenantes, de façon à en prévenir les dérives possibles³⁹.

Dans cette quête des modalités d'une gouvernance partenariale des ressources environnementales impactées par l'action des grandes entreprises, les analystes ne devraient pas se focaliser sur l'enjeu de la participation des parties prenantes aux *organes de gestion de la société*. Le droit de l'environnement témoigne en effet d'autres modalités possibles d'association des parties prenantes, y compris sous des formes institutionnalisées. Ainsi, les comités de suivi de site qui suivent le fonctionnement des différents établissements implantés dans un même bassin industriel⁴⁰ ou les comités de bassin qui associent les parties intéressées à la gestion de la ressource en eau⁴¹ illustrent qu'une gouvernance écologique peut être instituée à l'échelle non pas de la société ou de l'entreprise mais des écosystèmes et des risques environnementaux. Sous d'autres cieux, la personnification de certains éléments naturels a été mobilisée afin de rendre possible une gouvernance partenariale, réunissant toutes les parties intéressées⁴². Une meilleure connaissance des dispositifs conçus en droit de l'environnement en vue de promouvoir le droit à l'information et à la participation du public en matière environnementale aiderait à mieux comprendre si et dans quelle mesure la crise écologique appelle une transformation des modèles actuels de gouvernance d'entreprise⁴³.

39 Dans le silence de la loi, l'Institut français des administrateurs s'est par exemple doté en 2021 d'un code de bonnes pratiques sur les comités de parties prenantes.

40 C. envir., art. L. 125-1 et s.

41 Dans chaque bassin hydrographique, un comité de bassin doit être créé qui réunit quatre collèges représentant respectivement les élus nationaux et locaux, des représentants des usagers non économiques de l'eau, des usagers économiques de l'eau, et des représentants de l'État, et définissant les orientations de l'action de l'agence de l'eau (C. envir., art. L. 213-8 et s.)

42 Commentant l'arrêt de la Cour suprême colombienne attribuant la personnalité juridique au fleuve Atrato (Constitutional Court of Colombia, November 10, 2016, Judgment T-622/16, *Center for Social Justice Studies et al. v. Presidency of the Republic et al.*) un auteur souligne que l'arrêt vient imposer la mise en place d'une gouvernance partenariale du fleuve : « *Based on the superior constitutional interest in the environment and the notion of biocultural rights, it adopted an ecocentric approach, declaring the Atrato to be a subject of rights, entitled to protection, conservation, maintenance and restoration; and entrusting the government, together with the communities inhabiting the Atrato region, with the legal representation of the river. To this end, the ruling mandates each side to select one representative. These, in turn, are tasked to form a commission of guardians, consisting of these representatives and an advisory group, including environmental organisations. Perhaps the most distinctive feature of the Atrato decision is that it couples the river's legal recognition with a comprehensive set of procedural orders to the respondent state entities regarding the formulation of public policies to protect the rights of the river as well as an interinstitutional monitoring mechanism to follow up on their implementation.* » (P. WESCHE, "Impacts of the Colombian Atrato River Decision", *Journal of Environmental Law*, nov. 2021, vol. 33, n° 3, p. 531).

43 Sur ce point, v. le cycle de webinaires que j'ai co-organisé avec Grégoire Leray sur la gouvernance d'entreprise soutenable, et dont les actes ont été publiés à la *Revue internationale de droit économique* (2021/2, t. XXXV).

Human rights due diligence: complementarity and synergy between the CSRD, the draft CSDDD and the proposal for a regulation on prohibiting products made with forced labour on the Union market

Marie DE PINIEUX

Docteure en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Qualifiée aux fonctions de Maître de
Conférences – Section 01 du CNU

L'autrice de ces lignes remercie chaleureusement le Centre Sorbonne-Affaires Finance – et tout particulièrement Romain Dumont et le Professeur Schlumberger – de lui avoir permis d'intervenir dans le cadre de ce colloque ainsi que la Professeure Danis-Fatôme pour ses précieux conseils dans le cadre de la réalisation de ce travail.

Abstract:

HRDD as a tool to address human rights risks in global supply chains – Human rights due diligence (HRDD) is a key concept in the Business and human rights (BHR) field. It was introduced by the Guiding Principles on Business and Human rights (UNGPs), which were endorsed by the Human Rights Council in 2011. HRDD is described as a process by which companies might (i) assess their adverse human rights impacts; (ii) take appropriate measures to prevent and mitigate adverse impacts; (iii) monitor the effectiveness of their response; and (iv) publicly communicate on their process. Pursuant to their obligation to protect against human rights abuses by third parties, including business actors, some States have started legalizing the human rights expectations of business enterprises. Various legal attempts to “harden” HRDD, which has initially relied on voluntary initiatives and self-regulation by business actors, have begun to emerge recently.

This paper focuses on three laws that the E.U passed or will pass soon to legalize HRDD, namely the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD), the Corporate Sustainability Due diligence directive (CSDDD) and the Proposal for a regulation on prohibiting products made with forced labour on the Union market. It tries to assess their main strengths and shortcomings as a “driver” of HRDD in supply chains.

Hardening soft law: HRDD through transparency and corporate disclosure – In the E.U, HRDD has been mainly fostered indirectly through transparency by imposing reporting obligations on lead firms. This paper first examines how and if corporate disclosure obligations could improve respect for human rights in global supply chains. It concludes that while the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) will address some of the shortcomings of the Non-Financial Reporting Directive (NFRD) and could have a positive impact, corporate disclosure obligations remain insufficient to transform deeply corporate behaviour and generate substantive human rights compliance. This directive does not impose a legal obligation on companies to conduct HRDD. Companies only have the obligation to declare in a public report what they do for assessing, preventing, and redressing human rights abuses. The CSRD relies on the idea that transparency could incentivize and encourage companies to undertake a meaningful human rights due diligence process. Otherwise, companies would expose themselves to “name and shame” campaigns from civil society, boycotts from consumers or divestment from investors. Leaving the “watchdog role” to these actors is however unsatisfactory because their reactions are unpredictable¹. Besides, the CSRD does not provide any compensation for victims of human rights abuses.

¹ R. CHAMBERS, A. Y. VASTARDIS, « Human Rights Disclosure and Due Diligence Laws: The Role of Regulatory Oversight in Ensuring Corporate Accountability », *Chicago Journal of International Law* 21, n° 2 (Winter 2021): 323-366

Going beyond transparency: mandatory HRDD – The Commission recognized that transparency alone would not be sufficient to address human rights risks in supply chains and is considering adding “a substantive corporate duty”² for some business actors to carry out HRDD like in France, Germany or in the Netherlands. Companies are not fostered indirectly to perform human rights due diligence, like with the CSRD. They would have to take substantive actions namely identify, prevent and remedy human rights abuses. Transparency is just one aspect of what the law requires from companies, the last stage of the HRDD process, which is more in line with the UNGPs. It would be an important step in terms of strengthening human rights due diligence in supply chains. This paper contends however that without strong enforcement mechanisms and safeguard to ensure that HRDD is conducted properly by lead companies, the value-added of the CSDDD to the BHR framework would be limited.

Oversight and enforcement mechanisms: administrative supervision and judicial enforcement – accountability for failing to conduct HRDD – In this regard, the draft CSDDD provides for an administrative supervision by public authorities – like in Germany, the Netherlands and Norway – and for judicial enforcement through civil liability. It is a step-up compared to the CSRD which mainly relies on civil society, consumers, and investors.

Supervisory authorities would be empowered to carry out investigations, order the “cessation of infringements” on the Directive, “abstention from any repetition of the relevant conduct” or to impose “pecuniary sanctions”³. Pursuant to the Proposal for a regulation on prohibiting products made with forced labour on the Union market, they could further decide that an economic operator must be prohibited from placing its goods tainted by forced labour on the European market or shall withdraw its products from the market. This paper argues that this proposal could usefully complement the CSRD and the draft CSDDD⁴. This proposal would force EU-based companies to meaningfully address forced labour concerns in their HRDD process. However, the proposal suffers from shortcomings that the article tries to identify (burden of proof, remedies for victims etc).

Article 22 of the draft CSDDD sets up a mechanism of civil liability for the damage resulting from human rights and environmental impact. If compensation for human rights abuses is crucial, the paper highlights some limitations that could undermined its effectiveness.

Overall, this article concludes that the CSDDD and the proposal for a Regulation on prohibiting products made with forced labour on the Union market make a compelling addition to disclosure obligations. However, if they would reach their aims and transform corporate behaviour, they must provide for proper oversight and strong enforcement mechanisms. In this regard, some improvements should be considered by the E.U.⁵

Keywords: Business actors - Human rights due diligence - CSRD - CSDD - Proposal for a regulation on prohibiting products made with forced labour on the Union Market.

Résumé :

Le processus de vigilance raisonnable est devenu l'un des principaux outils permettant d'impulser le respect des droits humains au sein de l'entreprise mondialisée. S'il trouve ses origines au sein d'instruments de soft law, la Directive « CSRD », la proposition de Directive « CSDD » et la proposition de Règlement « travail forcé », à l'image de certaines législations nationales, cherchent dorénavant à l'imposer aux acteurs économiques. Ces textes, qui s'imbriquent les uns aux autres, y contribuent chacun à leur manière, par l'intermédiaire de leviers différents. Il en résulte une véritable complémentarité et synergie.

Mots-clés : Entreprise mondialisée - Vigilance - droits humains - CSRD - CSDD - Règlement travail forcé

1.- Le processus de vigilance raisonnable s'est progressivement imposé comme l'un des principaux leviers permettant d'impulser le respect des droits humains

² See CSDDD.

³ Art. 18 CSDDD

⁴ See European Parliament, *Trade-related policy options of a ban on forced labour products*, Nov. 2022, p. 7

⁵ Note de l'auteur : la forme orale de la présentation a été conservée.

au sein de l'entreprise mondialisée. Le « *concept* » de vigilance raisonnable est désormais bien connu. Il trouve sa source dans les instruments de *soft law* et plus particulièrement dans les Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Il fut par la suite repris et nourri par les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales ou encore par la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT⁶. L'entité débitrice se voit enjoindre d'identifier les risques que ses activités, celles du groupe et celles de sa chaîne d'approvisionnement font peser sur les droits de l'homme ; de prévenir ces risques ; d'y remédier et d'y mettre un terme lorsqu'ils surviennent et de communiquer publiquement sur la procédure de vigilance déployée.

Il revenait alors aux États, à qui il incombe en premier lieu de protéger les personnes contre les activités économiques⁷, d'extraire cette exigence de vigilance de la sphère de la *soft law* et de l'imposer aux entreprises dans le cadre de leurs activités.

2.- La vigilance en matière de droits de l'homme recherchée par le biais d'une obligation de *reporting* – Différents leviers ont été utilisés par l'Union européenne afin d'imposer le déploiement du processus de vigilance au sein de l'entreprise mondialisée. L'obligation de *reporting* constitue l'un d'entre eux. La Directive « *CSRD* », reprenant tout en affinant l'exigence qui avait été posée antérieurement par la Directive « *NFRD* »⁸, requiert de la société débitrice qu'elle décrive le processus de diligence raisonnable qu'elle a mis en œuvre concernant les enjeux de durabilité et notamment les droits sociaux et les droits humains⁹. Elle est ainsi en principe tenue de préciser les principales incidences négatives sur les droits de l'homme liées à ses « *propres activités* », « *à sa chaîne de valeur, y compris ses produits et services, ses relations d'affaires et sa chaîne d'approvisionnement* » ainsi que les mesures adoptées pour « *recenser et surveiller* » les incidences négatives identifiées et celles adoptées pour les « *prévenir* », les « *atténuer* », les « *corriger* » et les « *éliminer* ».

3.- Fonctionnement de l'obligation de *reporting* – L'idée générale est qu'en imposant à la société mère ou à l'entreprise donneuse d'ordre de décrire publiquement son processus de vigilance en matière de droits de l'homme et donc la manière dont elle gère les risques d'atteintes aux droits de l'homme au sein du groupe et de la chaîne d'approvisionnement, elle serait *indirectement* et *par ricochet* incitée à les gérer *effectivement*¹⁰. Elle prendrait sinon le risque d'être *stigmatisée* par les ONG et d'être *mise à l'écart* par les investisseurs (*screening*, désinvestissement, etc.) et les

6 V. en ce sens, District Court of the Hague, *Milieudefensie et al v. Royal Dutch Shell PLC*, 26 mai 2021.

7 Principe 1 des *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*.

8 V. directive *CSRD*, § 31.

9 V. art. 29 *ter*.

10 V. par ex. K. BUHMANN, « Neglecting the Proactive Aspect of Human Rights Due Diligence? A Critical Appraisal of the EU's Non-Financial Reporting Directive as a Pillar One Avenue for Promoting Pillar Two Action », *Bus. & HUM. RTS. J.*, n° 3(1), 2018, 23, 35.

consommateurs (boycott), eux-mêmes fortement incités par le biais du règlement « *Disclosure*¹¹ » pour les premiers et par la future directive « *Green Claims*¹² » pour les seconds, à modifier leurs arbitrages sur le marché et à privilégier les entreprises les plus vertueuses¹³. Autrement dit, l'obligation de *reporting* qui n'est à la base qu'une obligation d'informer, de « *dire* », se transformerait par le biais des pressions exercées par les parties prenantes en un devoir d'*agir*.

4.- Un dispositif amélioré – La « *force motrice* » de l'obligation de *reporting* étant largement tributaire d'une réaction des acteurs de la société civile et du marché, le législateur européen a par conséquent cherché à stimuler une réaction de leur part. Il était alors nécessaire de remédier aux lacunes de la Directive « *NFRD* » qui, de l'aveu même de la Commission, avait entraîné un « *changement limité dans les politiques des entreprises*¹⁴ », en garantissant la publication par l'entreprise d'une information *pertinente, comparable, fiable et accessible*¹⁵. La Directive « *CSRD* » prévoit dans cette perspective une standardisation de l'information diffusée et donc un tronc commun d'informations que toutes les entités débitrices seront normalement tenues de produire. La Commission avait en effet relevé que sous l'empire de la Directive « *NFRD* », de nombreuses entreprises ne publiaient pas « *d'informations significatives sur tous les sujets majeurs liés à la durabilité*¹⁶ ». Elle impose en outre le contrôle de l'information diffusée par un commissaire aux comptes ou un organisme tiers indépendant afin de favoriser la crédibilité du *reporting*¹⁷. Elle facilite également l'accès des parties prenantes à l'information en prévoyant son insertion dans un support unique et informatisé¹⁸.

5.- Les lacunes persistantes – La Directive *CSRD* sera toutefois à elle-seule insuffisante pour impulser le respect des droits de l'homme au sein de l'entreprise mondialisée. Outre le fait qu'elle n'impose qu'une obligation d'informer et non de fond, n'est-il pas quelque peu illusoire de faire dépendre l'effectivité de la vigilance d'une réaction de l'opinion publique et du marché ? Cette réaction ne s'est-elle pas avérée par le passé fluctuante et aléatoire¹⁹ ? Or il est très incertain que la directive *CSRD* parvienne à y remédier. Si certes l'accès des parties prenantes à l'information

11 Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers.

12 *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on substantiation and communication of explicit environmental claims (Green Claims Directive)*, COM/2023/166 final.

13 V. la directive *NFRD*, § 3 : la directive répond « *aux besoins des investisseurs et des autres parties prenantes* » ainsi qu'à « *la nécessité de fournir aux consommateurs un accès facile aux informations relatives à l'incidence des entreprises sur la société* ».

14 Préambule de la directive *CSRD*.

15 V. cons. 13

16 *Idem*.

17 v. not. T. DUCHESNE, « La transparence en droit des affaires : la délicate question du contrôle de l'information sur la durabilité », in *Dossier : la transparence*, à paraître.

18 Article 29 quinquies « *Format d'information électronique unique* »

19 V. not. A. CHILTON, G. SARFATY, "The limitations of supply chains disclosure regimes", *Stan J Int'l L*, 2017, n° 1, p. 1-54.

pourrait être facilité, on peut en revanche être plus sceptique concernant la pertinence des informations diffusées ainsi que leur fiabilité. Concernant la pertinence des informations produites, le projet d'acte délégué publié par la Commission en juin 2023 entend revoir certaines exigences à la baisse en différant par exemple dans le temps la publication de certaines informations (situation des travailleurs dans la chaîne d'approvisionnement, impact sur les communautés autochtones, etc.) et surtout en n'imposant la publication de certaines informations que lorsque cela est jugé pertinent par l'entreprise²⁰. N'y-a-t-il alors pas un risque d'arbitraire ? Concernant la fiabilité des informations diffusées, pourtant essentielle, rappelons que la directive *CSRD* n'envisage à l'heure actuelle qu'un contrôle superficiel. Elle ne prévoit notamment qu'une mission d'assurance « limitée » qui s'exprime « sous une forme négative, par laquelle le praticien déclare n'avoir constaté aucun élément lui permettant de conclure que l'objet de l'audit est entaché d'inexactitudes significatives²¹ ». La mission d'assurance pourrait certes devenir « raisonnable » à partir de 2028 mais seulement si la Commission le juge opportun²². Il n'y a donc aucune certitude. Relevons en outre que la directive *CSRD*, et contrairement à ce qui avait été préconisé dans le cadre des travaux préparatoires²³, ne sanctionne pas directement l'entreprise qui n'aurait pas convenablement diffusé les informations exigées et se contente de renvoyer aux droits nationaux. Dans ces conditions, l'obligation de *reporting* sera-t-elle véritablement à même d'inciter les parties prenantes à faire pression sur l'entreprise afin qu'elle mette en œuvre un processus de vigilance robuste et efficace ? Il est permis d'en douter. Ajoutons à cela que la directive *CSRD* n'est source d'aucune obligation de réparation des atteintes aux droits de l'homme et que les victimes demeurent par conséquent exclues du dispositif.

6.- La vigilance en matière de droits de l'homme recherchée par le biais d'une obligation de fond – Consciente des insuffisances de la directive *CSRD*, l'Union Européenne, à l'image de la France, de l'Allemagne, des Pays-Bas, de la Norvège ou encore de la Suisse²⁴, entend compléter l'obligation de *reporting* par une *obligation de fond*²⁵. Cette obligation trouve notamment²⁶ sa source dans la proposition de directive de la Commission européenne du 23 février 2022²⁷. Contrairement

20 Draft commission delegated regulation, Explanatory Memorandum.

21 Cons. 60.

22 Art. 26 bis.

23 V. art. 51 de la proposition de Directive *CSRD*.

24 V. not. ADI/ILA Paris, *Entreprises et droits de la personne humaine*, Livre Blanc 8.

25 V. exposé des motifs, proposition de directive *CSDD*.

26 Il existe déjà des obligations de vigilance au sein de l'Union européenne dans le domaine des minerais de conflit et de l'importation de bois ; V. not. Règlement UE 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 *fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque* ; et Règlement n° 995/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 *établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché*.

27 Le texte fait actuellement l'objet de discussions au sein de l'Union européenne et tant le Conseil que le Parlement européen lui ont déjà apporté des modifications.

à la directive *CSRD*, la proposition de directive *CSDD* impose *directement*, et non plus de manière détournée, à certaines entreprises de mettre en œuvre un processus de vigilance et donc d'*identifier* (art. 6), de *prévenir* (art. 7), de *remédier* (art. 8) aux incidences négatives sur les droits de l'homme que pourraient avoir leurs activités, celles des sociétés qu'elles contrôlent ainsi que celles de leurs *relations commerciales bien établies* et de communiquer sur ce processus (art. 11). La Commission a à cet égard relevé la *complémentarité* des deux initiatives, l'obligation de vigilance agissant en *amont*, celle de *reporting* n'intervenant plus qu'*en aval*. En effet, la directive *CSRD* « *couvrira la dernière étape du devoir de vigilance, à savoir l'étape de publication, pour les entreprises qui sont également couvertes par la CSRD*²⁸ ». L'obligation de *reporting* ne constituera ainsi plus pour certaines entreprises qu'une étape – la dernière étape – d'une obligation de fond et ce conformément à ce que prévoient les Principes directeurs de l'ONU et de l'OCDE²⁹. On peut toutefois regretter l'absence d'alignement du champ d'application personnel des deux textes qui pourra en pratique être source de complexité³⁰.

7.- Effectivité de l'obligation de fond – Il ne suffit toutefois pas d'imposer une obligation de fond à certaines entreprises. Encore faut-il s'assurer de sa bonne mise en œuvre et prévoir des sanctions lorsque tel n'est pas le cas. La proposition de directive *CSDD* fait à cet égard intervenir deux acteurs qui seront chargés de veiller à l'*effectivité* de cette obligation substantielle et donc de veiller au déploiement d'un mécanisme de vigilance suffisamment robuste et efficace au sein de l'entreprise mondialisée. Il s'agit d'une part des autorités de contrôle (I) et d'autre part, du juge (II). L'effectivité du devoir de vigilance ne sera donc plus uniquement tributaire d'une réaction des acteurs du marché et de la société civile, comme dans le cadre de la directive *CSRD*.

La proposition de directive *CSDD* marque ce faisant un tournant important et contribue à une réappropriation par l'État de ses fonctions régaliennes de commandement et de contrôle que la mondialisation a eu pour effet d'affaiblir³¹.

I.- Les autorités de contrôle, gardiennes du devoir de vigilance

8.- Contrairement à la directive *CSRD* qui se borne à prévoir le contrôle de la fiabilité des informations publiées par l'entreprise, l'article 17 de la proposition de

²⁸ Pour les sociétés non couvertes par la directive *CSRD*, l'article 11 prévoit que le *reporting* se fera dans des conditions qui seront précisées ultérieurement par la Commission.

²⁹ En revanche, en ce qui concerne les entreprises qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive *CSDD* – telles que les PME cotées – elles ne seront exhortées à recourir à la vigilance que par le biais de l'obligation de *reporting* prévue par la directive *CSRD*.

³⁰ V. not. le *Rapport sur les dispositifs de transparence extra-financière des sociétés* du Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris, juill. 2022.

³¹ V. not. J. NOLAN, "Hardening Soft Law: are the emerging corporate social disclosure and due diligence laws capable of generating substantive compliance with human rights norms?", *Revista de Direito Internacional* 2018, 15(2), p. 69.

directive CSDD impose aux États membres de désigner une autorité de contrôle qui sera chargée de surveiller le respect de leurs obligations de vigilance par les entreprises. La Commission s'inspire ce faisant de ce qui existe en Allemagne, le *Federal Office for Economic Affairs and Export Control* (BAFA) étant chargé de contrôler la bonne mise en œuvre de la *German Supply Chain due diligence Act* ; en Norvège, la loi sur le travail décent et les droits de l'homme (« *Norway Transparency Act* ») ayant été placée sous la supervision de la *Consumer protection authority*³²; ou encore aux Pays-Bas où la *Dutch Child Labor Act* a été placée sous l'autorité du *Toezichthouder* (art. 3).

9.- Ces autorités de contrôle pourraient, à certaines conditions (B), contribuer à une meilleure mise en œuvre du devoir de vigilance au sein de l'entreprise mondialisée, de nombreuses prérogatives leur étant conférées (A).

A.- Les pouvoirs des autorités de contrôle

10.- **Des pouvoirs importants** – Les articles 18 et 20 de la proposition de directive CSDD confèrent à ces autorités de nombreux pouvoirs. Elles seront chargées de mener des *enquêtes*, d'ordonner la *cessation* des infractions à la directive, d'imposer l'adoption de *mesures correctives* et de *punir* les entreprises en cas de manquement à leurs obligations de vigilance. Les autorités de contrôle auront à cet égard la possibilité de recourir à un large panel de sanctions ; la condamnation de l'entreprise par les autorités de contrôle pouvant elle-même, à son tour, déclencher une autre sanction : l'impossibilité de bénéficier d'une aide publique³³.

11.- **Sanctions pécuniaires** – Tout comme le prévoient la *German Supply Chain due diligence Act*³⁴ et la *Dutch child Act*, la proposition de directive CSDD donne la possibilité aux autorités de contrôle d'infliger des sanctions financières aux entreprises. L'article 20 précise que leur montant sera fondé sur le chiffre d'affaires de l'entreprise.

Compte tenu de la longueur et de la complexité des procédures judiciaires dès lors que les atteintes aux droits de l'homme surviennent au sein de l'entreprise mondialisée, il pourrait être intéressant d'envisager d'accorder une partie des sommes

32 *Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions.*

33 L'article 24 de la directive CSDD dispose que « les États membres veillent à ce que les entreprises sollicitant une aide publique certifient qu'aucune sanction ne leur a été infligée pour non-respect des obligations prévues par la présente directive ».

34 Sect. 24.

perçues aux victimes³⁵. Aux États-Unis³⁶, la Section 308(a) de la loi *Sarbanes-Oxley* adoptée en 2002 donne la possibilité à la *Securities and Exchange Commission* (SEC) de reverser, dans certaines circonstances, une partie de l'amende perçue aux investisseurs ayant souffert de certaines infractions économiques – le *Fair Funds for Investors*³⁷. Les États membres de l'Union européenne pourraient ainsi s'inspirer de ce mécanisme et le transposer dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme.

12.- Autres sanctions : l'exclusion de la commande publique ? – Les sanctions pécuniaires prévues par la proposition de directive ne sont pas exhaustives. Elles peuvent au contraire être complétées par d'autres sanctions à condition que ces dernières soient « *effectives, proportionnées et dissuasives*³⁸ ». L'exclusion de la commande publique pourrait à ce titre être envisagée par les États membres, comme l'avait d'ailleurs recommandé le Parlement européen dans sa Résolution du 10 mars 2021. Dans la mesure où certaines entreprises reçoivent des sommes très importantes au titre des marchés publics, cette sanction constituerait un puissant levier pour les inciter à respecter les droits humains dans le cadre de leurs activités³⁹. L'exclusion de la commande publique est d'ailleurs déjà prévue par le *German Supply Chain due diligence Act* allemand (sect. 20). Le droit français donne également la possibilité aux acheteurs publics – il s'agit donc d'une *option* et non d'une obligation – d'exclure de la procédure de passation du marché la société qui n'aurait pas publié son plan de vigilance dans les conditions prévues par l'article L.225-102-4 du Code de commerce (art. L. 2141-7-1 CCP).

13.- Le retrait des biens du marché – Les autorités de contrôle pourraient en outre avoir la possibilité de prononcer une autre sanction, elle aussi dissuasive : le retrait, aux frais de l'entreprise, des biens issus du travail forcé qu'elle aurait placés sur le marché européen. Cette sanction trouve sa source non pas dans la proposition de directive CSDD mais dans une proposition de Règlement visant à *interdire la mise en circulation sur le marché de biens fabriqués à partir de travail forcé*, qui a

35 En ce sens, v. not. les recommandations de Shift : <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-11/ohchr-shift-enforcement-of-mhrdd.pdf>, p. 23. Le rapport évoque également une autre possibilité. Une partie de l'amende pourrait être utilisée par l'Union Européenne afin de contribuer à la mise en place d'une inspection du travail efficace dans le pays où le dommage est survenu. Les victimes ne sont certes pas indemnisées mais le système contribue à prévenir d'autres dommages, *ibid.* p. 23.

36 V. également en Angleterre, les *UK Compensation Principles for overseas victims of economic crimes* qui octroient la possibilité au *Serious Fraud office* d'indemniser les victimes à l'étranger de certaines infractions économiques.

37 *Report Pursuant to Section 308(c) of the Sarbanes Oxley Act of 2002* ; <https://www.sec.gov/news/studies/sox308creport.pdf>

38 Art. 20

39 V. not. O. MARTIN-ORTEGA, C. O'BRIEN METHVEN, "Advancing Respect for Labour Rights Globally through Public Procurement", *Politics and Governance* 5.4, 2017, p. 69-79 ; M. DE PINIEUX, « La commande publique, un outil au service de la lutte contre le changement climatique : l'exemple américain (commentaire de la Federal Supplier Climate Risks and Resilience Rule) », *BDEI*, n° 104, mars 2023.

été publiée en septembre 2022 par la Commission européenne et qui pourrait venir utilement compléter la directive *CSRD* et la proposition de directive *CSDD*.

14.- Influence américaine – Ce règlement s’inspire de la section 307 du *Tariff act* américain qui autorise les autorités douanières – l’*US Customs and Border Protection* – à refuser l’entrée aux États-Unis de marchandises dont le processus de fabrication aurait impliqué du travail coercitif (*Withhold Release Orders* – *WRO*). Le Canada⁴⁰ et le Mexique⁴¹ se sont également dotés d’un système similaire sous l’influence d’un accord de libre-échange entré en vigueur en juillet 2020 (*Canada-United States-Mexico Agreement*).

15.- Potentiel – Cette sanction – l’interdiction de faire entrer un bien sur le territoire et l’obligation de le retirer du marché – recèle un potentiel important⁴². Elle pourrait notamment contribuer à renforcer l’effectivité du devoir de vigilance. Afin d’éviter d’être sanctionnées et donc de subir des pertes financières qui pourraient être lourdes, les entreprises seraient incitées à déployer en amont un processus de vigilance particulièrement robuste et efficace afin de s’assurer que leur chaîne d’approvisionnement est exempte de travail forcé⁴³. Elles le seraient peut-être d’autant plus que les autorités de contrôle pourront tenir compte du sérieux des mesures de vigilance mises en œuvre par l’entreprise avant de décider de déclencher des poursuites⁴⁴. Il est en outre intéressant de relever que contrairement à la directive *CSRD* et à la proposition de directive *CSDD* qui ne s’appliquent qu’à une poignée d’entreprises, ce règlement a vocation à s’appliquer à *tous* les opérateurs économiques (art. 3). Sans leur imposer *directement* de faire preuve de vigilance, il incitera *indirectement* l’ensemble des entreprises – y compris celles qui n’entrent donc pas dans le champ d’application des directives *CSRD* et *CSDD* – à mettre en place un processus de vigilance en matière de travail forcé afin d’éviter d’être frappées par cette sanction. De nouveau, on perçoit ainsi la complémentarité et la synergie qui

40 V. section 136 of the *Customs Tariff* ; *Canada Border Services Agency* ; <https://mcmillan.ca/insights/canada-poised-to-increase-regulation-of-forced-labour-in-supply-chains/>

41 *Administrative regulation that sets forth the goods which importation is subject to regulation by the Ministry of Labor and Social Welfare* (the « Forced Labor Regulation »). Ce texte est entré en vigueur le 18 mai 2023. V. not. *Ropes&Gray, Mexico Bans Import made with forced labor in alignment with the USMCA*, March 6, 2023.

42 V. par exemple, aux États-Unis, l’affaire *Top Glove* qui illustre les retombées positives que peut en pratique avoir cette sanction : en juillet 2020, la CBP avait émis un *WRO* contre l’entreprise malaisienne *Top Glove*. Le « *ban* » fut levé en septembre 2021 car entre temps, l’entreprise avait mis en place des mesures ayant permis de mettre un terme au travail forcé dans ses usines ; elle indemnisa également à hauteur de 36 millions de dollars les travailleurs concernés.

43 V. not. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_22_5416; V. également § 22 du préambule de la proposition de Règlement « travail forcé » : « Grâce à l’exercice de ce devoir de vigilance, l’opérateur économique devrait être moins exposé au risque de travail forcé dans ses activités et dans ses chaînes de valeur. Un devoir de vigilance correctement exercé signifie que tout problème lié au travail forcé dans la chaîne de valeur aura été décelé et traité conformément à la législation pertinente de l’Union et aux normes internationales. »

44 Article 4-3 – le seul fait de mettre en place un processus de vigilance ne devrait toutefois pas permettre à l’entreprise de ne pas faire l’objet d’une enquête. Encore faut-il que ce processus de vigilance soit sérieux et robuste.

existent entre ces textes qui contribuent, chacun à leur manière, à impulser le devoir de vigilance au sein de l'entreprise mondialisée.

16.- Un texte perfectible – La proposition de Règlement, aussi stimulante soit-elle, n'en demeure pas moins perfectible. Deux pistes d'amélioration pourraient notamment être envisagées. La première concerne la charge de la preuve. Celle-ci repose actuellement entièrement sur les autorités de contrôle (art.6), ce qui selon une étude réalisée à la demande du Parlement européen « *may hinder the successful implementation of a forced labour products prohibition due to enforcement difficulties* »⁴⁵. La proposition de Règlement impose certes aux entreprises de transmettre à ces autorités les informations dont elles pourraient avoir besoin dans le cadre de leurs enquêtes (art. 5)⁴⁶ et leur reconnaît des pouvoirs d'inspection importants (art. 5)⁴⁷. Il n'en serait pas moins possible d'envisager une *présomption*, au moins dans quelques cas de figure, lorsque les biens proviennent de certains pays. Cette présomption se justifierait d'autant plus que l'article 11 invite la Commission à établir une base de données des zones géographiques et des produits à risques. L'importation de produits en provenance de certaines de ces zones et notamment de celles où le travail forcé est massivement imposé par l'État, pourrait donc entraîner un renversement de la charge de la preuve. C'est l'option qui a été retenue aux États-Unis par l'*Uyghur Forced Labor Prevention Act* adopté en décembre 2021 par l'Administration « Biden-Harris ». Il appartient alors à l'importateur de démontrer que le processus de fabrication est exempt de travail forcé afin de se dégager de la présomption⁴⁸.

La seconde piste d'amélioration concerne le sort des victimes de travail forcé qui n'est pas abordé par la proposition de Règlement. Ce silence est particulièrement problématique et la proposition de texte ne pourra que difficilement parvenir à l'objectif escompté, à savoir garantir des conditions de travail décentes au sein de l'entreprise mondialisée, s'il n'est pas remédié à cette lacune⁴⁹. Les entreprises devraient être tenues, dans la mesure du possible, de s'assurer qu'il a été mis un terme au travail forcé et que les victimes ont reçu une compensation⁵⁰. Il pourrait s'agir à cet égard d'une condition nécessaire à la levée de l'interdiction de mettre leurs biens

45 European Parliament, *Trade-related policy options of a ban on forced labour products*, Nov. 2022, p. 8.

46 Elles disposent en principe d'un délai de 15 jours pour s'exécuter.

47 « *Competent authorities may carry out all necessary checks and inspections including investigations in third countries, provided that the economic operators concerned give their consent and that the government of the Member State or third country in which the inspections are to take place has been officially notified and raises no objection* ».

48 V. not. E. MONARD et al., "Measures banning products made with forced labor : US, EU and UK Approach", *Global Trade Policy Blog*, Nov. 2022

49 Anti-Slavery, "Improving the EU regulation to ban forced labour products: a model law", 10 November 2022.

50 V. I. PIETROPAOLI, "A model law with the key elements for an EU Regulation to prohibit the import and export of products made or transported with forced labour", *BIICL Blog*, 10 November 2022.

en circulation sur le marché européen⁵¹. Certains ont également préconisé d'infliger une amende à l'importateur qui aurait violé l'article 3 afin de pouvoir en reverser une partie aux victimes⁵². On pourrait aussi considérer que l'entreprise qui a été condamnée par une autorité de contrôle sur le fondement du Règlement « travail forcé » est *présumée* avoir manqué au devoir de vigilance qui lui est imposé par la proposition de directive CSDD – à condition toutefois d'entrer dans son champ d'application personnel⁵³. Sa responsabilité civile pourrait dès lors être activée plus aisément par les victimes sur le fondement de l'article 22 de la proposition de directive CSDD⁵⁴. Quelle que soit l'option retenue, il est indispensable que la situation des victimes de travail forcé soit envisagée par la proposition de Règlement.

17.- Interrogations – Que faire des biens qui ont été retirés du marché ? La Commission semble envisager leur destruction mais cette option est-elle réellement satisfaisante ? La question mérite d'être posée et ce d'autant plus que certains ont proposé des alternatives intéressantes comme celle de donner les biens litigieux à des œuvres caritatives⁵⁵. Cette sanction ne pourrait-elle pas en outre avoir des répercussions sur les travailleurs de la chaîne d'approvisionnement et entraîner, par exemple, des fermetures d'usines qui les laisseraient dans une situation encore plus difficile⁵⁶ ? Plus encore, ne pourrait-elle pas également entrer en conflit avec d'autres politiques publiques et notamment avec la lutte contre le dérèglement climatique ? 40 % du polysilicium mondial qui est utilisé dans le cadre de la fabrication des panneaux solaires, est produit au Xinjiang⁵⁷. Aux États-Unis, de nombreux panneaux photovoltaïques ont ainsi été saisis à la frontière car ils auraient été fabriqués par des entreprises chinoises ayant eu recours au travail forcé des Ouïghours, ce qui aurait

51 *Ibid.*, art. 16, “Remediation” ; V. aussi BRIEFING Requested by the DROI Subcommittee (European Parliament), Commission Proposal for a Regulation on prohibiting products made with forced labour on the Union market: The issue of remedies, 2023, p. 10.

52 V. not. Anti-Slavery International & European Center for Constitutional and Human Rights. (2021). *Anti-Slavery International and European Center for Constitutional and Human Rights' position on import controls to address forced labour in supply chains* [Briefing Note]

53 BRIEFING Requested by the DROI Subcommittee (European Parliament), Commission Proposal for a Regulation on prohibiting products made with forced labour on the Union market: The issue of remedies, *op. cit.*, p. 10.

54 V. *infra*.

55 V. les propositions de l'ABA : D. V. SNYDER, S. MASLOW, S. DADUSH, “Balancing Buyer and Supplier Responsibilities: Model Contract Clauses to Protect Workers in International Supply Chains”, Version 2.0 (April 19, 2021). 77 *Business Lawyer* (ABA), (Winter 2021 - 2022), American University, WCL Research Paper n° 2021-15, Rutgers Law School Research Paper n° Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3829782> ; également, M. DE PINIEUX, « Le contrat, un outil au service de la mise en œuvre du devoir de vigilance en matière de droits humains: réflexions à partir des travaux de l'American Bar Association », *RLDA* 194, juin 2023.

56 Anti-Slavery International & European Center for Constitutional and Human Rights. (2021). *Anti-Slavery International and European Center for Constitutional and Human Rights' position on import controls to address forced labour in supply chains*, *op. cit.*, p. 4

57 V. <https://www.reuters.com/world/china/exclusive-us-blocks-more-than-1000-solar-shipments-over-chinese-slave-labor-2022-11-11/> V. également, British Academy, « *The Energy of Freedom? Solar energy, modern slavery, and the just transition* » – <https://www.thebritishacademy.ac.uk/documents/4198/Just-transitions-energy-freedom.pdf>.

pour effet de ralentir la transition énergétique⁵⁸. N'y-a-t-il pas enfin un risque que cette sanction soit dévoyée et utilisée comme une *arme commerciale* contre certains pays ? Cette crainte a été exprimée par plusieurs auteurs qui relèvent qu'aux États-Unis la plupart des WRO ont été émis contre des produits en provenance de Chine et ce alors que le travail forcé est endémique dans d'autres régions du monde⁵⁹.

B.- Le fonctionnement des autorités de contrôle

18.- Des expériences passées décevantes – Les autorités de contrôle, compte tenu des pouvoirs dont elles sont investies et du panel de sanctions qu'elles peuvent prononcer, pourraient contribuer à une meilleure effectivité du devoir de vigilance au sein de l'entreprise mondialisée. Il convient néanmoins de faire preuve de prudence. Des autorités de contrôle furent déjà instaurées par le passé dans des domaines similaires et certaines de ces expériences se sont avérées plutôt décevantes⁶⁰. C'est d'ailleurs pourquoi leur mise en place par la proposition de directive CSDD est assez controversée⁶¹.

19.- Les garanties de leur efficacité – Le rôle qui sera joué par ces autorités dépendra en pratique de plusieurs facteurs. La proposition de directive CSDD⁶² indique à cet égard qu'elles devront être *indépendantes* vis-à-vis des acteurs du marché ; être *transparentes* et peut-être surtout jouir de *ressources financières suffisantes* pour permettre leur bon fonctionnement. Si ces prévisions sont essentielles, on regrettera en revanche l'absence de référence à la nécessité de jouir d'une *expertise* dans le domaine des droits de l'homme. Ce silence pourrait s'avérer d'autant plus problématique que l'article 17 de la proposition de directive CSDD autorise les États à désigner comme autorité de contrôle, « *les autorités chargées de la surveillance des entreprises financières réglementées* », et donc des autorités qui n'ont pas toujours les compétences requises dans le domaine des droits de l'homme et de l'environnement.

58 V. l'*Inflation Reduction Act* promulgué en 2022

59 Alors que seulement 3.9 % des biens figurant sur l'*U.S. Department of Labour's List of Goods Produced by Child or Forced Labor* viennent de Chine, 57 % des WRO qui ont été émis depuis 2015 concernent des producteurs chinois ; V. not. <https://gflc.ca/wp-content/uploads/2020/10/Forced-Labour-Import-Bans.pdf>, p. 2.

60 V. not. les autorités de contrôle du Règlement relatif aux minerais de conflit et celles mises en place par le Règlement relatif à l'importation de bois.

61 Sherpa, « *Creating a Public Authority to Enforce the Duty of Vigilance Law: A Step Backward ?* »

<https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2021/05/2021.05-Position-Paper-DV-Public-Enforcement.pdf>

62 On retrouve des injonctions similaires dans le Règlement « travail forcé » : « *Member States shall ensure that the designated competent authorities exercise their powers impartially, transparently and with due respect for obligations of professional secrecy. Member States shall ensure that their competent authorities have the necessary powers and resources to carry out the investigations, including sufficient budgetary and other resources and coordinate closely with the national labour inspections and judicial and law enforcement authorities, including those responsible for the fight against trafficking in human beings* », Art. 12.

Qu'une autorité de contrôle soit spécifiquement créée pour veiller au respect du devoir de vigilance – sur le modèle de l'Agence Française Anticorruption (AFA) – ou que cette initiative soit confiée à une autorité préexistante, il est en tout cas indispensable que ces différentes conditions soient respectées. À défaut, leur valeur ajoutée pourrait être limitée. Il serait en outre intéressant de confier la supervision de la Directive CSDD et celle du Règlement *travail forcé* à une seule et même autorité. Un éparpillement de la mission de contrôle du respect du devoir de vigilance pourrait sinon aboutir à des solutions contradictoires entre les différentes autorités, ce qui n'est guère souhaitable.

II.- Le juge, garant du devoir de vigilance

20.- La possibilité de saisir le juge est prévue à l'article 22 de la proposition de directive qui envisage la responsabilité civile de la société chef de file en cas de violation de son obligation de vigilance⁶³. Cette disposition est essentielle puisqu'il s'agit de l'une des seules qui envisage expressément le sort des victimes⁶⁴.

L'article 22, qui aura très certainement vocation à évoluer prochainement, appelle toutefois au moins deux remarques. La première concerne la charge de la preuve (A) ; la seconde, les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité (B).

A.- La charge de la preuve

21.- **Le silence gardé sur la charge de la preuve** – L'article 22 demeure silencieux concernant la charge de la preuve et laisse aux États le soin de régler cette question, de sorte qu'elle reposera le plus souvent sur la victime⁶⁵.

22.- **Un silence regrettable** – Cette règle peut parfois s'avérer problématique dans le contentieux des « entreprises et des droits de l'homme » compte tenu de l'asymétrie d'accès aux informations entre les parties. Les victimes n'ont en effet pas toujours accès aux documents qui leur permettraient de prouver que la société chef de file a manqué à son devoir de vigilance (compte rendu de réunion, de visite, etc.) ; une difficulté à laquelle la publication des plans de vigilance et des rapports de durabilité ne permet souvent pas de remédier compte tenu de la généralité des informations diffusées⁶⁶. Cette barrière a d'ailleurs été mise en avant par la Cour suprême anglaise dans l'arrêt *Okpabi v. Shell*⁶⁷. On regrettera par conséquent que

63 V. not. A. DANIS-FATÔME, « La responsabilité civile dans la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance », *D.* 2022. 1107.

64 V. également l'art.8.

65 V. not. European Union Agency for Fundamental Rights, *Business and Human Rights – Access to remedy* – Report, 2020.

66 V. not. <https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2022/10/Sherpa-September-2022-The-EU-Commissions-draft-directive-on-corporate-sustainability-due-diligence.pdf>

67 « The issues in the present cases fall into two segments. The first segment concerns the responsibility of the defendant as a parent company for ensuring the observance of proper standards

la Commission ne se soit pas saisie de l'occasion pour, par exemple, instaurer une présomption. Cette solution a été préconisée à plusieurs reprises au niveau national dans les travaux relatifs au « *devoir de vigilance*⁶⁸ » et est également envisagée par l'article 7 du projet de traité international sur les entreprises et les droits de l'homme⁶⁹. Elle existe surtout déjà en matière de corruption, en Angleterre, au sein du *Bribery Act*⁷⁰.

Il serait donc possible de s'en inspirer afin d'imposer à la société chef de file de démontrer que la procédure de vigilance déployée était suffisante pour prévenir et remédier aux atteintes aux droits de l'homme. Cette solution est cohérente avec le fait que l'entreprise est la mieux à même de démontrer que les mesures adoptées étaient satisfaisantes. Une telle présomption l'inciterait en outre à déployer un processus de vigilance véritablement efficace et permettrait de lutter contre les démarches cosmétiques⁷¹.

23.- L'existence d'alternatives ? – Certaines dispositions du droit positif pourraient d'ores-et-déjà permettre de remédier à cette asymétrie d'accès aux informations entre les parties. Il a par exemple été proposé de recourir, dans certaines circonstances, à l'article 145 du Code de procédure civile qui dispose que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* »⁷². Ne pourrait-on pas également se tourner vers l'article L. 113-1 du Code de la consommation qui demeure pour l'instant peu utilisé ? Il reconnaît après tout au consommateur « *qui a connaissance d'éléments sérieux mettant en doute le fait*

of health and safety by its overseas subsidiaries. Resolution of this issue will be likely to involve an inquiry into what part the defendant played in controlling the operations of the group, what its directors and employees knew or ought to have known, what action was taken and not taken, whether the defendant owed a duty of care to employees of group companies overseas and whether, if so, that duty was broken. *Much of the evidence material to this inquiry would, in the ordinary way, be documentary and much of it would be found in the offices of the parent company, including minutes of meetings, reports by directors and employees on visits overseas and correspondence* ». V. également l'arrêt de la British High Court qui a ordonné en mars 2022 à une filiale anglaise de *Barrick Gold corporation* de communiquer de nombreux documents dans le cadre du litige <https://www.leighday.co.uk/media/rzmkowaa/shell-judgment-12221.pdf>

68 v. not. France, Suisse, Angleterre et Pays-Bas

69 Art. 7.5. *Legally Binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*.

70 *Bribery Act* – Article 7-2 : « *it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct* » ; A. RAMASASTRY, « Closing the governance gap in the business and human rights arena : lessons from the anti-corruption movement », in S. DEVA, D. BILCHITZ, *Human rights obligations of Business*, Cambridge University press, 2013 p. 162 et s.

71 V. not. R. McCOQUODALE, « Corporate duty to prevent human rights impacts – a way forward for UK legislation? », 12 March 2020.

72 Sur l'utilisation de cet article, V. par exemple, l'intervention de la Professeure Danis-Fatôme dans le cadre du colloque organisé le 24 mars 2023 à l'Université d'Aix-en-Provence, sous la direction de Madame Isabelle Grossi.

que ce bien a été fabriqué dans des conditions respectueuses des conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux », le droit de demander au fabricant, au producteur ou au distributeur d'un produit « toute information dont il dispose portant sur un des éléments ci-après : origine géographique des matériaux et composants utilisés dans la fabrication, contrôles de qualité et audits, organisation de la chaîne de production et identité, implantation géographique et qualités du fabricant, de ses sous-traitants et fournisseurs ». Cet article pourrait ainsi dans certains cas de figure faciliter l'accès à des informations qui sont entre les mains de l'entreprise.

B.- Les conditions de la responsabilité civile

24.- **L'article 22, une clause de « safe harbour »⁷³ ?** – Des inquiétudes ont été exprimées concernant l'article 22 § 2 de la proposition de directive CSDD. Une lecture rapide de cette disposition pourrait en effet donner l'impression qu'il suffirait à la société chef de file d'obtenir des garanties contractuelles de la part de son fournisseur et de recourir à l'audit, pour que sa responsabilité soit écartée lorsqu'un dommage survient au sein de la chaîne d'approvisionnement⁷⁴.

25.- Une lecture attentive de l'article 22 commande toutefois d'écarter cette interprétation. Il précise que la responsabilité de la société chef de file pourra être retenue s'il était « déraisonnable » compte tenu « des circonstances de l'espèce, de s'attendre à ce que les mesures effectivement prises, y compris en ce qui concerne la vérification du respect, soient suffisantes pour prévenir, atténuer, supprimer ou réduire au minimum l'incidence négative ». La société chef de file ne pourra donc guère se contenter de recourir au contrat. Encore faudra-t-il qu'elle s'assure de son efficacité en tant qu'outil de mise en œuvre de son devoir de vigilance. C'est ce qu'a d'ailleurs fort bien rappelé le juge anglais dans l'affaire *Hamida Begum v Maran* du 10 mars 2021. En l'espèce, la *Court of Appeal of England and Wales* avait été saisie par la veuve d'un travailleur bangladais décédé sur le chantier de démantèlement d'un navire. Alors que l'entreprise avait soutenu qu'elle avait tenté de préserver la santé des travailleurs par le biais de clauses contractuelles et qu'elle n'avait donc pas manqué à son *duty of care*, la Cour considéra quant à elle que cette initiative était insuffisante. L'entreprise aurait dû s'assurer que le contrat permettait de garantir effectivement que le navire avait été détruit dans des conditions respectueuses de la santé des travailleurs⁷⁵, plutôt que de se contenter de recourir à des « clauses stan-

73 L. SMIT, C. BRIGHT & S. NEELY, « Muddying the Waters: The Concept of a 'Safe Harbour' in Understanding Human Rights Due Diligence », *Business and Human Rights Journal*, 2023, 8(1), 1-17.

74 Human Rights Watch, « EU: Disappointing Draft on Corporate Due Diligence », 28 February 2022, <https://www.hrw.org/news/2022/02/28/eu-disappointing-draft-corporate-due-diligence#>

75 <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2021/326.html> – « §68 Clause 22 imposed an obligation on the buyer (in this case Hsejar) to confirm that they would only sell to a yard that would perform the demolition “in accordance with good health and safety working practices...” In other words, the inclusion of provisions requiring safe demolition in the contract of sale was well within the reasonable control of the Appellant. The evidence was that clauses like clause 22 were standard, so

dards » dont elle ne pouvait ignorer l'efficacité limitée. Le contrat, affirma la Cour, doit être « *more than words on a piece of paper*⁷⁶ ».

25. À cet égard, l'*American Bar Association* (ABA) a publié en 2021 un certain nombre de clauses contractuelles types sur lesquelles les entreprises pourraient prendre appui afin de s'assurer de l'efficacité du contrat en tant qu'outil de mise en œuvre du devoir de vigilance au sein de l'entreprise mondialisée⁷⁷. Parmi les différentes clauses préconisées, deux sont indispensables : l'obligation pour le donneur d'ordre d'apporter son *soutien* à ses fournisseurs et sous-traitants et donc de ne pas se décharger entièrement de ses obligations en matière de droits de l'homme sur ses cocontractants, et le devoir d'adopter des *pratiques commerciales responsables*⁷⁸.

26.- **Propos conclusifs** – La Directive *CSRD*, la proposition de Directive *vigilance* et celle de Règlement *travail forcé* contribuent chacune par le biais de leviers différents, à impulser le déploiement d'un processus de vigilance au sein de l'entreprise mondialisée. L'obligation de *reporting* portée par la Directive *CSRD* est toutefois à elle-seule insuffisante pour y parvenir. Les propositions de Directive *CSDD* et de Règlement *travail forcé* viendront donc utilement la compléter en prévoyant une obligation de fond et peut-être surtout des mécanismes de contrôle et des sanctions en cas de manquement à cette obligation. L'effectivité de la vigilance ne sera donc plus uniquement tributaire d'une réaction de la société civile, des investisseurs ou encore des consommateurs mais dépendra aussi des autorités de contrôle ainsi que du juge.

Cette réappropriation par l'État de ses fonctions régaliennes de commandement et de contrôle est extrêmement positive et la protection des droits de l'homme au sein de l'entreprise mondialisée, pourrait en ressortir renforcée.

ensuring that they had real force might perhaps become standard too. § 69 The problem is that, on the evidence, both Hsejar, the buyer, and the Appellant, the seller of the vessel, *knew that clauses like clause 22 would be entirely ignored*. That appears to be part of the unhappy reality of the shipbreaking business: everyone turns a blind eye to what they know will actually happen. A seller in the position of the Appellant would have no interest in ensuring the performance of clause 22 as it stands, and a buyer in the position of Hsejar could therefore be in breach of that provision without any sanction. Even if it was in breach of clause 22, it would argue that the seller had suffered no loss as a result. However, *if the payment arrangements had been different, then both buyer and seller would have had a very real interest in ensuring that provisions like clause 22 were more than words on a piece of paper* ».

76 *Idem*.

77 V. *Balancing buyer and supplier responsibilities, Model Contract Clauses to Protect Workers in International Supply Chains*, Version 2.0, *op. cit.*

78 M. DE PINIEUX, « Le contrat, un outil au service de la mise en œuvre du devoir de vigilance en matière de droits humains : réflexions à partir des travaux de l'*American Bar Association* », *op. cit.*

Canadian Perspectives on Environmental Information Obligations: The Precariousness of a Fragile Balance

Perspectives canadiennes sur les obligations d'information en matière environnementale : la précarité d'un équilibre fragile

William Gabriel RIOUX

*Avocat au Barreau du Québec et candidat au doctorat en droit
Université de Montréal et Université Paris I Panthéon Sorbonne*

Abstract:

In spring 2017, the Canadian Securities Administrators (CSA) launched a major review of information provided by reporting issuers on climate-related risks. The review exposed several concerns, leading the CSA to demand greater and – most importantly – more uniform disclosure by companies of their action regarding environmental matters. Consequently, the CSA published the Proposed National Instrument 51-107 *Disclosure of Climate-related Matters* (“NI 51-107”) in fall 2021. Considering the adoption of the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) in Europe, this article aims to paint a succinct portrait of the Canadian context for non-financial reporting and to illustrate the delicate balance between the current climate crisis and Quebec and Canadian securities legislation.

Keywords: Canada – Quebec – Securities – Financial Markets – Efficiency – Governance – Regulation – Environment – Climate crisis.

Résumé :

Au printemps 2017, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ci-après, les « ACVM ») ont lancé un projet d'envergure visant à examiner l'information fournie par les émetteurs assujettis sur les risques associés aux changements climatiques. Au terme de cet examen, les ACVM ont mis en lumière plusieurs constats préoccupants et exhortent une divulgation plus accrue et surtout plus uniforme des stratégies d'action mises de l'avant par les entreprises en matière environnementale. C'est dans ce contexte qu'à l'automne 2021, le Projet de Règlement 51 107 sur l'information liée aux questions climatiques a été publié. À la lumière de l'adoption de la Corporate Sustainability Reporting Directive en Europe, cet article vise à broser un bref portrait du contexte canadien en matière de divulgation d'information non financière et à soulever le fragile équilibre entre la crise climatique actuelle et le contexte législatif canadien en valeurs mobilières.

Mots-clés : Canada – Québec – Valeurs mobilières – Marchés Financiers – Efficience – Gouvernance – Réglementation – Environnement – Crise climatique.

Focus on the climate issue has heightened rapidly both in Canada and globally in recent years. The traditional view that companies are simply vehicles for maximizing profits has lost ground, giving way to the concept of socially responsible business.¹ In spring 2017, the Canadian Securities Administrators (CSA) launched a

¹ Note: Corporate social responsibility is based on the idea that a company should consider the environmental and social impact of its decisions and thus play a positive role in the community. Closely linked to sustainable development – the creation of economic, social, and environmental value – and to environmental, social and governance practices, corporate social responsibility emphasizes nonfinancial factors which companies are asked to consider in their decision-making. Corporate social responsibility can include a wide range of approaches and initiatives, from sustainable practices to community involvement that increasingly expects responsible behaviour from companies.

major review of information provided by reporting issuers on climate-related risks.² The review exposed several concerns, leading the CSA to demand greater and – most importantly – more uniform disclosure by companies of their action regarding environmental matters. Consequently, the CSA published the Proposed National Instrument 51-107 *Disclosure of Climate-related Matters*³ (“NI 51-107”) in fall 2021. The aim is to impose a mandatory disclosure framework for climate-related risks.

Despite the imperative nature of these measures, some members of the Canadian business and legal community denounce the regulatory and financial pressure new obligations would create for reporting issuers. Furthermore, the Final Report of the Capital Markets Modernization Taskforce⁴ recently highlighted the need for Canadian provinces to make their legal environment more conducive to entrepreneurship and business development. As a result, questions regarding the balance between environmental issues and the objectives underlying securities legislation are inevitable. Considering the adoption of the Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) in Europe, this article aims to paint a succinct portrait of the Canadian context for non-financial reporting and to illustrate the delicate balance between the current climate crisis and Quebec and Canadian securities legislation.



In recent years, investors and other stakeholders have homed in on possible climate-related risks for Canadian reporting issuers. This increased interest has led to the creation of voluntary guidelines for issuers willing to disclose information on climate change. Good examples include the framework of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures (TCFD) set up by the Financial Stability Board,⁵ recommendations by the Global Reporting Initiative (GRI), and the Sustainability Accounting Standards Board (SASB).⁶

² See : *Canadian securities regulators announce climate change disclosure review project*, CSA (March 21, 2017), online: <https://www.securities-administrators.ca/news/canadian-securities-regulators-announce-climate-change-disclosure-review-project/>

³ *Draft Regulation 51-107 respecting Disclosure of Climate-related Matters*, CSA (October 18, 2021), online: <https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/51-107/2021-10-18/2021oct18-51-107-avis-cons-en.pdf>

⁴ Ontario Securities Commission, *Task Force on Capital Markets Modernization: Final Report* (Ontario, 2021), online: <https://www.ontario.ca/document/capital-markets-modernization-taskforce-final-report-january-2021>

⁵ Canada, Financial Stability Board, *Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures: Final Report* (June 15, 2017), online: <https://assets.bbhub.io/company/sites/60/2020/10/FINAL-2017-TCFD-Report-11052018.pdf>

⁶ See: <https://www.sasb.org/standards/download/> & <https://www.globalreporting.org/how-to-use-the-gri-standards/gri-standards-french-translations/>

Canadian reporting issuers are currently required to disclose “material risks” in their periodic disclosure documents, including climate-related risks. The CSA provided guidance on this in CSA Staff Notice 51-333 *Environmental Reporting Guidance* in 2010.⁷ Canadian securities legislation requires reporting issuers to provide information on “significant risks” affecting their business and, where possible, on the potential financial repercussions of these risks.⁸ Information is considered “material” when a reasonable investor’s decision to buy, sell, or hold the issuer’s securities would be different if the information were not disclosed or misstated.⁹

More recently, in 2019, the CSA published CSA Staff Notice 51-358 *Reporting of Climate Change-related Risks*¹⁰ reiterating the importance of climate-related risks disclosure and providing further guidance on the subject. These guidelines are in addition to the disclosure requirements already set out in National Instrument 51-102 *Continuous Disclosure Obligations*,¹¹ National Instrument 52-109 *Certification of Disclosure in Issuers’ Annual and Interim Filings*,¹² National Instrument 52-110 *Audit committees*¹³, and National Policy 58-201 *Effective Corporate Governance*.¹⁴

Unlike other major financial markets, Canada does not have a federal securities regulator. Each province and territory has its own securities regulator with its own securities laws, regulations, and policies. The 13 provincial and territorial securities regulators work together to harmonize regulations across the country through laws called “national regulations” or “national instruments”. They also teamed up to form the CSA which is primarily tasked to establish a national harmonized process for securities regulation. The CSA brings together provincial and territorial securities authorities to discuss and work towards designing uniform policies and regulations to ensure the Canadian securities industry runs smoothly.

7 *Environmental Reporting Guidance*, CSA Staff Notice 51-333 (October 27, 2010), online: https://www.osc.ca/sites/default/files/pdfs/irps/csa_20101027_51-333_environmental-reporting.pdf

8 See: *Regulation 51-102 respecting continuous disclosure obligations*, CQLR c. V-1.1, r. 24.

9 Note: To assist issuers in determining what is considered “material” environmental information, the CSA have established guiding principles. Some of these principles are taken from *National Policy 51-201, Disclosure Standards*, which became effective July 12, 2002, while others are inspired by decisions rendered by the CSA after the *National Policy 51-201*, including the decision of the Ontario Securities Commission in *Re YBM Magnex International Inc.* (2003), 26 OSCB 5285. The full set of guidelines can be found in *CSA Staff Notice 51-333 – Environmental Reporting Guidance*.

10 *Reporting of Climate Change-related Risks*, CSA Staff Notice 51-358 (August 1, 2019) online: https://www.osc.ca/sites/default/files/pdfs/irps/csa_20190801_51-358_reporting-of-climate-change-related-risks.pdf

11 *Regulation 51-102 respecting continuous disclosure obligations*, CQLR c. V-1.1, r. 24.

12 *Regulation 52-109 respecting Certification of Disclosure in Issuers’ Annual and Interim Filings*, CQLR c. V-1.1, r. 27.

13 *Regulation 52-110 respecting audit committees*, CQLR c. V-1.1, r. 28

14 *Policy Statement 58-201 to Corporate Governance Guidelines*, AMF (June 30, 2005), online: <https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/58-201/2005-06-30/2005juin30-58-201-ig-vadmin-en.pdf>

Many Canadian issuers have taken stakeholder concerns into account in response to the creation of voluntary guidelines and CSA environmental initiatives. They have integrated information about the main climate-related risks for their activities, consequent opportunities, and the possible impact in their continuous disclosure documents. This is usually a separate report about sustainability, or a similar topic published on their website.

However, without a single prevailing information standard, the content of the reports differs from one issuer to another. Some have chosen to follow the TCFD framework, while others follow the GRI or SASB recommendations. As a result, investors, and more particularly institutional investors, are demanding more transparent and uniform information on climate-related risks to facilitate comparison. Insufficient disclosure of these risks and their consequences can lead to poor investment decisions, asset write-downs, and persistently inefficient business practices.¹⁵ As a result, Canadian regulators are under increasing pressure to provide a framework for the disclosure of climate-related risks and opportunities.

In spring 2021, the CSA carried out a targeted review of the information provided by reporting issuers on climate-related risks and their financial repercussions.¹⁶ They also analyzed comparative developments in international regulations. The review exposed several concerning findings. The CSA observed that climate-related information disclosed by issuers is not always complete, consistent, and comparable, and that quantitative information was often limited and not necessarily consistent.¹⁷ The review also showed that issuers are generally selective in their disclosure which follows a voluntary standard and/or optional framework. It was also observed that sustainability information was often produced in isolation and not necessarily integrated into the company's periodic information structures.

This motivated the CSA to publish NI 51-107 for consultation, which aims to impose a mandatory disclosure framework for climate-related risks. The draft regulation responds to stakeholder concerns by proposing a single framework, based mainly on the TCFD version, to facilitate comparison of climate-related information disclosed by reporting issuers.¹⁸ The envisaged obligations would facilitate compar-

¹⁵ On the question of disclosure, see notably: S. BAINBRIDGE, "Mandatory Disclosure: A Behavioral Analysis" (2000), 68, *U Cin L Rev*, 1023.

¹⁶ *Canadian securities regulators seek comment on climate-related disclosure requirements*, CSA (October 18, 2021), online: <https://www.securities-administrators.ca/news/canadian-securities-regulators-seek-comment-on-climate-related-disclosure-requirements>

¹⁷ See notably: *Climate-related Disclosure Update*, CSA (October 18, 2021), online: <https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/51-107/2021-10-18/2021oct18-51-107-avis-cons-en.pdf>

¹⁸ Note: The proposed national instrument provides for reporting issuers' disclosure of information relating to the four central elements of the TCFD recommendations: *Governance* – Supervision of climate-related risks and opportunities by the issuer's board of directors and management's role in their assessing and treatment; *Strategy* – The short, medium, and long-term climate-related risks and opportunities identified by the issuer and their potential impact on its business, strategy, and financial planning, if the information is material. Unlike the TCFD recommendations, the draft

ison of the information provided by issuers, improving the quality of information about climate change, and helping investors to make more informed investment decisions. The obligations also aim to avoid the costs of complying with multiple disclosure frameworks, to improve access to global markets, and to level the playing field for issuers.¹⁹

The CSA received 131 submissions commenting on the proposed NI 51-107 during the four-month public comment period following publication: 123 from organizations and 8 from individuals. The Canadian Climate Law Initiative (CCLI) published a report summarizing all the submissions in spring 2022.²⁰ The report identifies two recurring themes in the vast majority of comments. Professor Janis Sarra, co-author of the report noted that: “All users of financial statements need reliable, relevant, clear, and comparable information on climate-related risks and opportunities aligned with the Financial Stability Board’s Taskforce on Climate-related Financial Disclosures.” She added that: “the CSA must act quickly to strengthen and finalize NI 51-107 to create effective disclosure standards aligned with international regulatory developments so that Canadian issuers can effectively compete in domestic and global capital markets.”

Important international developments with respect to climate-related information have occurred since publication of the proposed National Instrument on February 16, 2022, and the end of the comment period, which was extended by 30 days. For example, the Securities and Exchange Commission (SEC) released a proposal to amend certain climate-related disclosure regulations on March 21, 2022.²¹ On March 31, 2022, the International Sustainability Standards Board (ISSB), the environmental, social, and governance (ESG) body established by the International Financial Reporting Standards (IFRS) Foundation for setting standards, proposed two international standards for ESG-related disclosure: (i) IFRS S1 – *General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information*;²² and

regulations do not provide for the obligation to present a “scenario analysis”, i.e. a description of the resilience of the issuer’s strategy in different climate-related scenarios, including a scenario of 2°C or less; *Risk Management* – How an issuer identifies, assesses, and manages climate-related risks and how these processes are integrated into overall risk management and *Metrics and Targets* – The metrics and targets used by an issuer to assess and manage climate-related risks and opportunities, if the information is material.

19 Note: The CSA have made many efforts since 2017 to reduce the regulatory burden on reporting issuers. CSA Consultation Paper 51-404 is a good example: *Considerations for Reducing Regulatory Burden for Non-Investment Fund Reporting Issuers*, CSA Consultation Paper 51-404, online: https://www.osc.ca/sites/default/files/pdfs/irps/csa_20170406_51-404_considerations-for-reducing-regulatory-burden.pdf

20 J. SARRA, M. IRISH et J. COPITHORNE, *Summary of Submissions to Canadian Securities Administrators on Proposed National Instrument 51-107 Disclosure of Climate-related Matters*, Canada Climate Law Initiative (mars 2022), online: <https://ccli.ubc.ca/wp-content/uploads/2022/03/CCLI-Summary-of-submissions-to-CSA.pdf>

21 *The Enhancement and Standardization of Climate-Related Disclosures for Investors*, RIN 3235-AM87, Securities and Exchange Commission (21 mars 2022), online: <https://www.sec.gov/rules/proposed/2022/33-11042.pdf>

22 *General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information – IFRS*

(ii) IFRS S2 – *Climate-related Disclosures*²³ (known collectively as the ISSB Drafts). The CSA indicated they are closely monitoring international work, including the SEC and ISSB projects, to determine the impact on the NI 51-107 proposal. They pointed out that the SEC and ISSB drafts, like the NI 51-107 proposal, are based on the TCFD framework, but substantive differences between the three drafts are still under CSA review. The CSA further noted the progress made by the ISSB in developing globally established baseline parameters for sustainability disclosure, describing it as an important step forward²⁴.

The CSA initially indicated that the Proposed National Instrument would be applied from December 31, 2022, at the earliest. Considering the extent of international developments in climate-related information obligations and the number of comments received in response to the proposed National Instrument, the new application date is yet to be set. The CSA is likely to revise the Proposed National Instrument to mitigate the substantive differences identified in their update. The CSA invoked that international consensus would play a role in the decision-making process, suggesting they will seek to collaborate with other regulators. Given the significant influence that the three regulators have in developing ESG disclosure standards, it is highly likely the CSA will work closely with the SEC and ISSB to develop global baseline parameters for sustainability reporting.

□

New information obligations on climate issues are a concern given increasing pressure on companies regarding compliance and risk management requirements. Recent efforts by the CSA to promote simplified communication of information only provide superficial relief that does not meet the objectives underlying current securities legislation and environmental issues. This raises the question regarding the ideal forum for these new obligations and the capacity of Canadian securities legislation to integrate them. Levine and La Porta posit that the legal environment has a significant impact on business growth and development.²⁵ The existing heavy regulatory burden on reporting issuers compromises the consideration of cli-

S1, International Financial Reporting Standards (March 2022), online : <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/project/general-sustainability-related-disclosures/exposure-draft-ifrs-s1-general-requirements-for-disclosure-of-sustainability-related-financial-information.pdf>

23 Climate-related Disclosures – IFRS S2, International Financial Reporting Standards (March 2022), online: <https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/project/climate-related-disclosures/issb-exposure-draft-2022-2-climate-related-disclosures.pdf>

24 *Canadian securities regulators consider impact of international developments on proposed climate-related disclosure rule*, CSA (October 12, 2022), online: <https://www.securities-administrators.ca/news/canadian-securities-regulators-consider-impact-of-international-developments-on-proposed-climate-related-disclosure-rule>

25 See: R. LEVINE & S. ZERVOS, “Stock Market Development and Long-Run Growth” (1996), 10:2, *World Bank Econ Rev*, 323 and R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES & A. SHLEIFER, “Law and Finance” (1998), 106:6, *J Polit Econ*, 1113.

mate-related risks and the integration of new obligations. This may deter business creation and development, contributing to a drop in the number of initial public offerings and consequently negatively impact the Quebec and Canadian economy.²⁶ The Canadian government's recent commitments to move towards mandatory disclosure of ESG factors and climate risks for federally regulated organizations by 2024 indicates the pressing importance of this reflection for Quebec and Canada.²⁷

26 See notably: M. MAGNAN & B. CAMPBELL, « Le premier appel public à l'épargne et les sociétés québécoises : état de la situation » (2014) CIRANO, Rapport de projet 2014RP-09.

27 Note: On April 7, 2022, the Canadian federal government committed to move towards mandatory disclosure of environmental, social and governance factors and climate risks for different actors in the economy, according to the international framework of the GIFCC. Federally regulated institutions (financial institutions and insurance companies) will be required to publish climate disclosures based on the GIFCC framework by 2024 under the supervision of the Office of the Superintendent of Financial Institutions. This commitment comes a few months after the G7 approved a possible mandatory disclosure of information related to climate change. The group had declared its support "for the mandatory adoption of climate-related financial disclosure that provides market participants with consistent and useful information for decision-making" based on the GIFCC recommendations.

Propos conclusifs.
Durabilité et régulation de l'entreprise sociétaria

La directive sur la publication d'informations en matière de durabilité, au cœur d'un renouvellement paradigmatique !

François Guy TRÉBULLE

Doyen honoraire de l'École de Droit de la Sorbonne

Si certains en doutaient encore, la directive sur la publication d'informations en matière de durabilité est l'occasion de souligner l'importance du renouvellement paradigmatique à l'œuvre et que, dans les termes du « programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2030¹ », reprenant les analyses d'un rapport de l'Agence européenne pour l'environnement², l'Union est décidée à saisir cette « occasion unique [...] de jouer, au cours de la prochaine décennie, un rôle moteur en matière de durabilité au niveau mondial en relevant les défis urgents de durabilité qui nécessitent des solutions systémiques ».

Le renouvellement est bien assumé dans l'affirmation selon laquelle il s'agit, toujours dans ses termes de s'engager dans « une forme de changement fondamentale, transformatrice et transversale qui implique des transformations majeures et une réorientation des objectifs du système, des incitations, des technologies, des pratiques et des normes sociales, ainsi que des systèmes de connaissance et des approches de la gouvernance ». Tout est écrit dans le considérant 4 de la décision relative au *programme d'action de l'union pour l'environnement (PAE) à l'horizon 2030* et notamment le fait que « l'un des principaux facteurs expliquant la persistance *des défis de l'Europe en matière d'environnement et de durabilité* est le fait que ceux-ci sont *inextricablement liés aux activités économiques et aux modes de vie*, en particulier aux systèmes sociétaux qui fournissent aux européens des choses indispensables telles que denrées alimentaires, énergie et mobilité ». En effet, la durabilité est inexorablement liée aux activités économiques, c'est-à-dire aux entreprises et aux mondes des affaires. C'est bien la raison pour laquelle elle a vocation à devenir une composante structurante d'un droit des affaires profondément renouvelé par le constat de l'importance de dimensions non réductibles aux seules considérations immédiatement financières.

Selon le texte européen, le 8^e PAE doit permettre « un *changement systémique* vers une économie de l'Union qui garantit le bien-être dans les limites de notre planète, avec une croissance régénérative, et devrait également veiller à ce que la transition écologique soit réalisée d'une manière juste et inclusive, tout en contribuant à

¹ Décision (UE) 2022/591 du Parlement européen et du Conseil du 6 avril 2022 relative à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2030.

² Agence européenne pour l'environnement (AEE), "The European environment — state and outlook 2020: knowledge for transition to a sustainable Europe" (« L'environnement en Europe – État et perspectives 2020: une analyse au service de la transition vers une Europe durable ») (SOER 2020).

la réduction des inégalités ». Outre l’ancrage dans les Objectifs de Développement Durable – que beaucoup de juristes ont le tort d’ignorer alors qu’il s’agit d’une matrice renouvelant non seulement l’action des Nations Unies mais le regard porté sur un nombre considérable de réalités dont le Droit se saisit –, on soulignera l’importance de cette revendication réitérée d’un « changement systémique³ ».

Parmi le très grand nombre de références méritant d’être citées, on doit faire une place à part à la *Résolution du Parlement européen sur la gouvernance d’entreprise durable du 17 décembre 2020*⁴ qui souligne qu’« une approche fondée sur la durabilité implique que les entreprises tiennent dûment compte des préoccupations sociétales et environnementales, telles que les droits de leurs salariés et le respect des limites de la planète afin de faire face aux risques les plus urgents que représentent leurs activités à ces égards » et, face à l’inefficacité constatée des instruments juridiques non contraignants, ladite résolution invite, en échos à une étude réalisée pour la Commission, à « clarifier les obligation des dirigeants en ce qui concerne la durabilité et les considérations à long terme ». Plus que de régulation c’est bien de droit qu’il doit être question.

Oui, il existe bien, une « approche durable de la gouvernance d’entreprise⁵ » qui concerne à la fois les *droits de l’homme* et la *protection de l’environnement* et qui « comprend l’obligation de divulgation d’informations concernant les questions environnementales, sociales et relatives aux salariés, les droits de l’homme et la corruption⁶ ». Nous sommes au cœur de la directive sur la publication d’informations en matière de durabilité mais, à bien y regarder, cela n’a rien de si nouveau que cela. Qui prétendrait sereinement que des dirigeants pourraient en conscience ne pas respecter le droit de l’environnement ou le droit du travail, violer les droits de l’homme ou corrompre ? Tout est lié, et cette directive sur la publication d’informations en matière de durabilité est incontestablement un texte important de droit des affaires. C’est même un outil précisément placé à la disposition des dirigeants

Le Parlement européen, lorsqu’il se penche sur la question de la gouvernance d’entreprise durable ne s’y trompe pas, il s’agit bien toujours d’agir dans l’intérêt de l’entreprise entendu comme intégrant « les intérêts des parties prenantes concernées, notamment les employés, ainsi que les intérêts de la société au sens large » et ceci pour assurer les performances et la viabilité à long terme des entreprises et les intérêts à long terme des entreprises et des actionnaires. Face aux

3 Le texte insiste sur le fait que « Selon un modèle mis au point par le centre de résilience de Stockholm, la réalisation des ODD environnementaux et climatiques sous-tend les ODD sociaux et économiques parce que nos sociétés et nos économies dépendent d’une biosphère saine et parce que le développement durable ne peut avoir lieu que dans l’espace de fonctionnement sûr d’une planète stable et résiliente. La réalisation des ODD par l’Union et son soutien à des pays tiers pour qu’ils fassent de même seront essentiels pour que l’Union joue un rôle de premier plan au niveau mondial dans la réalisation de la transition vers la durabilité ».

4 2020/2137(INI).

5 Résolution du Parlement européen sur la gouvernance d’entreprise durable I.

6 *Ibid.*

dysfonctionnements résultant de la vision focalisée sur le court terme la résolution sur la gouvernance d'entreprise durable « rappelle la nécessité pour les entreprises d'intégrer des intérêts à long terme » ce que fait d'ailleurs également la directive de 2017 sur l'actionnariat de long terme⁷ qui a dénoncé (cons. 2) la prise de risque à court terme excessive. Elle a, au contraire, souligné la nécessité de se décentrer de la focalisation sur les rendements à court terme qui conduisent à une « gouvernance d'entreprise et des performances sous-optimales ».

C'est de durée et non de durabilité qu'il est question dans l'appel à un « engagement concret et durable des actionnaires » vu comme « l'une des pierres angulaires du modèle de gouvernance des sociétés cotées » mais dans ce « capitalisme des parties prenantes » qui se met en place les deux convergent évidemment.

Rentabilité et durabilité ne sont pas opposées et c'est bien ce qui est évoqué par la directive de 2017 lorsqu'elle relève qu'une « plus grande implication des actionnaires dans la gouvernance d'entreprise est un des leviers pouvant contribuer à améliorer les performances tant financières que non financières des sociétés, notamment en ce qui concerne les facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance, tels qu'énoncés, en particulier, dans les principes pour l'investissement responsable soutenus par les Nations unies » et encourage l'implication de « toutes les parties prenantes, en particulier des salariés, dans la gouvernance d'entreprise » vue comme « un facteur important pour garantir l'adoption par les sociétés cotées d'une vision à plus long terme qu'il est nécessaire d'encourager et de prendre en considération » (cons. 14).

Rentabilité et durabilité ne sont pas opposées et c'est bien la raison pour laquelle la directive indique que la politique de rémunération devrait reposer sur une appréciation des performances des dirigeants, évaluées « selon des critères de performance à la fois financiers et non financiers, y compris, selon le cas, en fonction de facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance ».

Rentabilité et durabilité ne sont pas opposées et c'est bien pour cela que les États membres de l'Union Européenne doivent veiller à ce que les investisseurs institutionnels et les gestionnaires d'actifs élaborent et rendent publique une politique d'engagement décrivant « la manière dont ils assurent le suivi des sociétés détenues sur des questions pertinentes, y compris la stratégie, les performances financières et non financières ainsi que le risque, la structure du capital, l'impact social et environnemental et la gouvernance d'entreprise⁸ ».

Rentabilité et durabilité ne sont pas opposées mais en permanente interaction et, osons le constat, au service l'une de l'autre. C'est d'ailleurs ce que l'on peut consta-

7 Directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires.

8 Directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires.

ter avec la directive sur la publication d'informations en matière de durabilité ! Déjà, la résolution sur la gouvernance d'entreprise durable avait bien repris à son compte l'invitation à proposer « de nouvelles actions dans le domaine du droit des sociétés et de la gouvernance d'entreprise, de parvenir à un équilibre entre la nécessité de réduire la pression à court terme sur les dirigeants des entreprises et de les encourager à tenir compte de la durabilité lors de la prise de décisions ». Pour cela on l'élargissement de l'obligation de diffusion d'informations sur la durabilité était à l'évidence central. Toutes les entreprises pour lesquelles la production de ces informations ne représente pas une charge disproportionnée sont logiquement concernées.

I – Un mouvement de fond qui traverse le Droit des affaires

Ainsi que cela a pu être relevé, les entreprises sont « embarquées » dans des démarches collectives qui concernent la société tout entière. C'est ainsi que l'on comprend l'affirmation selon laquelle « *une gouvernance d'entreprise durable est essentielle à l'objectif à long terme des entreprises d'aligner leurs activités sur la réalisation des objectifs environnementaux généraux de l'Union tels qu'ils figurent dans le pacte vert pour l'Europe, ainsi que de l'engagement de l'Union de réduire ses émissions de gaz à effet de serre pour atteindre l'objectif de neutralité climatique à l'horizon 2050⁹* ». Il s'agit de faire une place aux thèmes centraux de la RSE envisagés comme des « facteurs de durabilité » et qui sont « des questions environnementales, sociales et de personnel, le respect des droits de l'homme et la lutte contre la corruption et les actes de corruption¹⁰ ».

La directive doit être comprise comme un *ressort important dans le mécanisme de réorientation des flux de capitaux vers des investissements écologiques* annoncés par le *Pacte vert pour l'Europe*¹¹. Celui-ci, dès 2019, annonçait la volonté d'intégrer la durabilité « dans le cadre de gouvernance d'entreprise, car nombreuses sont les entreprises qui se focalisent encore trop sur les performances financières à court terme, au détriment de leur développement à long terme et de leur durabilité ». La finalité de la communication d'informations était très clairement assumée : il s'agit de permettre aux investisseurs d'opérer des choix dont, au demeurant, on leur demandera des comptes : « les entreprises et les institutions financières devront divulguer davantage de données concernant leur impact sur le climat et l'environnement afin que les investisseurs soient pleinement informés de la durabilité de leurs investissements¹² ». Cette dynamique a été assumée également dans les *lignes directrices sur l'information non financière*¹³ ; il s'agit bien d'orienter les capitaux

9 Résolution du Parlement européen sur la gouvernance d'entreprise durable n° 7.

10 Règlement 2019/2088 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers art. 1 pt 24.

11 Le pacte vert pour l'Europe : COM/2019/640 final.

12 *Ibid.*

13 Lignes directrices sur l'information non financière : Supplément relatif aux informations en rapport avec le climat (2019/C 209/01) – 17 Juin 2019 « Si les entreprises susceptibles de recevoir des

vers des investissements « qui apportent des solutions aux crises de durabilité¹⁴ », d'autres textes parlent de canalisation des flux de capitaux vers des investissements durables¹⁵.

Le législateur Européen l'a bien vu¹⁶, « Il existe une fenêtre d'opportunité limitée pour faire évoluer la culture du secteur financier vers la durabilité et ainsi garantir que l'élévation moyenne de la température reste nettement en dessous de 2 °C au niveau mondial. Il est dès lors essentiel de garantir la durabilité à long terme des nouveaux investissements dans les infrastructures¹⁷ ». Pour l'heure il ne s'agit que d'incitations mais il est clair que l'on peut s'interroger sur la possibilité, le moment venu, de passer à une exigence renforcée. Prenons le terme anglais dans sa version française : n'y aura-t-il pas un jour des investissements, des entreprises qui, n'apparaissant pas soutenables, sortiront du purement et simplement du jeu ?

Il faut évidemment intégrer la directive sur la publication d'informations en matière de durabilité dans la perspective du *Règlement sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers*¹⁸, comme du *Règlement sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables*, et dans la perspective de la *future directive sur le devoir de vigilance en matière de durabilité*. Il s'agit d'un *ensemble organique dont les éléments interagissent d'une manière très forte*.

L'idée peut s'exprimer très simplement : il s'agit de susciter la production d'informations fiables destinées à permettre, d'une part, une réallocation des ressources vers des activités durables et, d'autre part, de susciter la mise en œuvre de diligences répondant aux exigences de la Conduite Responsable des Entreprises. Après avoir identifié les risques, les moyens nécessaires devront être mis en œuvre pour en prévenir la réalisation, en atténuer les effets et, le cas échéant, réparer les incidences qu'ils auraient eues.

investissements ne communiquent pas suffisamment d'informations fiables et comparables sur leur durabilité, le secteur financier ne peut pas orienter efficacement les capitaux vers des investissements qui apportent des solutions aux crises de durabilité auxquelles nous sommes confrontés, pas plus qu'il ne peut identifier et gérer efficacement les risques que ces crises feront peser sur les investissements ».

14 V. aussi Finance durable : plan d'action de la Commission pour une économie plus verte et plus propre 8 mars 2018.

15 Règlement (UE) 2019/2089 du 27 novembre 2019 modifiant le règlement (UE) 2016/1011 en ce qui concerne les indices de référence « transition climatique » de l'Union, les indices de référence « accord de Paris » de l'Union et la publication d'informations en matière de durabilité pour les indices de référence.

16 Règlement (UE) 2019/2089 du 27 novembre 2019 modifiant le règlement (UE) 2016/1011 en ce qui concerne les indices de référence « transition climatique » de l'Union, les indices de référence « accord de Paris » de l'Union et la publication d'informations en matière de durabilité pour les indices de référence.

17 Cons. 5.

18 Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers.

La publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises est nécessaire pour garantir l'essor des investissements durables entendus comme ceux réalisés dans des sociétés qui « adoptent des pratiques de bonne gouvernance » et garantissant qu'y est appliqué « le principe de précaution consistant à ne pas “causer de préjudice important” c'est-à-dire qu'il n'est pas causé de préjudice important à l'objectif environnemental ni à l'objectif social¹⁹ ».

La *dynamique d'ensemble* avec le règlement sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers est d'ailleurs annoncée par celui-ci qui relève la nécessité de développer et d'harmoniser les exigences de publication d'informations destinées aux investisseurs finaux sur l'intégration des risques en matière de durabilité et *d'en faire un levier important dans la prise de décision* en matière d'investissement et dans les processus de conseil financiers.

Si les acteurs des marchés financiers et les conseillers financiers doivent intégrer les risques en matière de durabilité dans leurs décisions d'investissement et dans leurs conseils en investissement ou en assurance, ils ne peuvent le faire que sur le fondement d'informations mesurées, fiables, normées. Dans la mesure où ils doivent informer même en cas d'absence d'un tel risque, on mesure que la production originelle d'informations est toujours requise. Si les risques sont identifiés, a fortiori, il sera nécessaire de renforcer l'information pour que les acteurs de marchés et les conseillers financiers puissent intégrer les risques en question dans les informations précontractuelles qu'ils sont tenus de fournir²⁰. Pour les conseillers, le Règlement 2019/2088 impose même de « publier des informations sur la manière dont ils tiennent compte des risques en matière de durabilité dans le processus de sélection du produit financier présenté aux investisseurs finaux avant de fournir leurs conseils, indépendamment des préférences en matière de durabilité des investisseurs finaux ». Ces précisions sont importantes dans la mesure où l'on voit que l'objectif est bien de conduire les clients des acteurs de marché et des conseillers financiers à faire de la prise en compte des risques en matière de durabilité un critère de choix. Dans un secteur aussi concurrentiel, imposer de dire est incontestablement imposer de faire.

On retrouve dans la directive sur la publication d'informations en matière de durabilité l'expression de l'importance de la double matérialité ou « importance relative » qui invite, depuis 2014 à se saisir à la fois de l'impact de l'entreprise sur les questions de durabilité et sur l'incidence de celles-ci sur l'entreprise elle-même. Le texte de la directive évoque « les informations qui *permettent de comprendre les incidences de l'entreprise sur les questions de durabilité, ainsi que les informations qui permettent de comprendre la manière dont les questions de durabilité influent sur l'évolution des affaires, les résultats et la situation de l'entreprise* ». Cette ex-

19 Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, cons. 17.

20 Règlement (UE) 2019/2088, art 6.

pression est essentielle car elle dit quelque chose de très fort sur la nécessité de saisir réellement des enjeux environnementaux, sociaux, de droits de l'homme et de gouvernance.

On y retrouve l'idée que les entreprises sont intégrées dans la société et que, dans la mesure compatible avec leur nature, elles subissent les phénomènes qui la traverse et doivent prendre leur part dans la recherche des solutions. C'est ce que l'on rencontre également dans l'idée selon laquelle « le devoir de diligence des dirigeants à l'égard de l'entreprise doit être défini non seulement par rapport à la maximisation des bénéfices à court terme des actions, mais également par rapport aux préoccupations en matière de durabilité²¹ » ou encore dans l'analyse soutenue selon laquelle la « prise en compte de facteurs de durabilité dans le processus de prise de décision en matière d'investissement et le processus de conseil peut renforcer la résilience de l'économie réelle et la stabilité du système financier²² ».

La directive invite à se placer dans une dynamique de création et de valeur globale. Ici méritent d'être soulignées les références à la résilience du modèle commercial et de la stratégie de l'entreprise, qu'elle doit intégrer à son rapport, mais aussi l'évocation des opportunités et la manière dont elle assure (et cela ne semble pas pouvoir être envisagé comme une matière à option) « la compatibilité de son modèle commercial et de sa stratégie avec la transition vers une économie durable, la limitation du réchauffement climatique à 1,5 °C conformément à l'accord de Paris, l'objectif de neutralité climatique d'ici à 2050, et, le cas échéant, l'exposition de l'entreprise à des activités liées au charbon, au pétrole et au gaz ».

Alors que la dernière version du projet de directive sur le devoir de vigilance en matière de durabilité semble aller dans le sens de l'abandon de la référence au devoir de sollicitude des administrateurs il semble important de rappeler que celui-ci est n'en irrigue pas moins le droit des sociétés et que ne pas le mentionner ne le fera ni reculer ni disparaître. Présent dans la résolution du parlement européen²³ ce devoir de sollicitude est formalisé comme imposant « de prendre en compte les intérêts et les risques associés à la durabilité, les incidences, *les débouchés et les dépendances à long terme dans la stratégie globale de l'entreprise* ». Il est plus que temps de comprendre que l'indifférence aux « intérêts et risques associés à la durabilité » n'est, en aucun cas légitime et, au contraire, est certainement fautive.

21 Résolution du Parlement européen sur la gouvernance d'entreprise durable, n°18.

22 Règlement 2019/2088, cons. 19.

23 Résolution du Parlement européen sur la gouvernance d'entreprise durable, n°15 ; la résolution invite (§ 19) la Commission à présenter une proposition législative visant à garantir que les obligations des dirigeants ne peuvent être interprétées, à tort, comme équivalant à la maximisation à court terme de la valeur actionnariale, mais qu'elles *incluent au contraire l'intérêt à long terme de l'entreprise et de la société dans son ensemble*, ainsi que celui des travailleurs et des autres parties prenantes; estime, en outre, que cette proposition devrait garantir que les membres des organes d'administration, de direction et de surveillance des sociétés à responsabilité limitée, agissant dans les limites des compétences qui leur sont conférées par le droit national, sont tenus à l'obligation légale de définir, de publier et de suivre une stratégie de viabilité des entreprises

La directive sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises acte le fait que ces sujets, mais cela n'est pas pour surprendre, interrogent en effet « le rôle du conseil d'administration et de la direction en ce qui concerne les questions de durabilité ». Car oui, le conseil joue un rôle éminent en la matière, comme chacun de ses membres d'ailleurs. C'est la raison pour laquelle on va retrouver l'exigence d'une description « du rôle des organes d'administration, de direction et de surveillance concernant les questions de durabilité ainsi qu'une description de leur expertise et de leurs compétences s'agissant d'exercer ce rôle ou des possibilités qui leur sont offertes d'acquérir cette expertise ou ces compétences ». Il n'apparaît guère envisageable, à terme, qu'une absence d'expertise et de compétence puisse être entendue, elle non plus ; et ceci d'autant moins qu'est également exigée une « description des politiques de l'entreprise en ce qui concerne les questions de durabilité ». Non seulement la question est désormais centrale mais l'ignorance, l'incompétence, ne sont pas non plus des options ouvertes, des excuses pouvant être entendues en la matière alors que l'impact de ces enjeux sur la société est de plus en plus clairement perçu. Cela est encore traduit par le fait que les organes « d'administration, de direction et de surveillance » chargés de la définition et de la mise en œuvre de ces politiques, dont les membres pourront bénéficier de « systèmes d'incitation liés aux questions de durabilité » auront nécessairement des comptes à rendre sur ces sujets.

Au titre des évolutions déjà bien connues mais qu'ancre encore un peu plus la directive sur la publication d'informations sur la durabilité par les entreprises, il faut mentionner la place particulière des groupes envisagés en tant que tels et auxquels s'applique toujours le régime d'information de l'article 29 *bis* de la directive 2013/34, désormais à nouveau modifié :

« Les entreprises mères d'un grand groupe visé à l'article 3, paragraphe 7, incluent, dans le rapport consolidé de gestion, les informations nécessaires à la compréhension des incidences du groupe sur les questions de durabilité, ainsi que les informations nécessaires à la compréhension de la manière dont les questions de durabilité influent sur l'évolution des affaires, les résultats et la situation du groupe. »

On insistera, encore, sur le paradoxe renforcé qui veut que le groupe n'ait pas d'existence propre mais que, pourtant, il repose sur un « modèle commercial » et se voit reconnaître la capacité à poser une « stratégie ». Les questions de durabilité peuvent être des opportunités pour lui, il définit (*sic*) des plans, des actions de mise en œuvre et des plans financiers et d'investissement connexes, « pour assurer la compatibilité de *son* modèle commercial et de sa stratégie avec la transition vers une économie durable, la limitation du réchauffement climatique à 1,5 °C conformément à l'accord de Paris, l'objectif de neutralité climatique d'ici à 2050 et, le cas échéant, l'exposition de l'entreprise à des activités liées au charbon, au pétrole et au gaz ». Le groupe est vu dans la directive comme faisant en sorte que son modèle

commercial et sa stratégie tiennent compte des intérêts de ses parties prenantes et des incidences qu'il peut avoir sur les questions de durabilité.

Il se fixe des objectifs assortis d'échéances en matière de durabilité « y compris, le cas échéant, des objectifs absolus de réduction des émissions de gaz à effet de serre au moins pour 2030 et 2050, une description des progrès accomplis par le groupe dans la réalisation de ces objectifs, et une déclaration indiquant si les objectifs du groupe liés aux facteurs environnementaux reposent sur des preuves scientifiques concluantes ». Mieux encore, pour une « non personne » très présente, il doit prévoir « une description du rôle des organes d'administration, de direction et de surveillance concernant les questions de durabilité ainsi qu'une description de leur expertise et de leurs compétences s'agissant d'exercer ce rôle ou des possibilités qui leur sont offertes d'acquérir cette expertise ou ces compétences » décalque de l'obligation pesant sur les entreprises et que l'on imagine à destination de la mère mais dans une perspective totalement focalisée sur le « groupe ».

C'est bien toujours, dans l'esprit de l'article 29 *bis* nouveau, le groupe qui doit mettre en œuvre la procédure de diligence raisonnable et décrire « [l]es principales incidences négatives, réelles ou potentielles, *liées aux propres activités du groupe et à sa chaîne de valeur*, y compris ses produits et services, ses relations d'affaires et sa chaîne d'approvisionnement, des mesures prises pour recenser et surveiller ces incidences, et des autres incidences négatives que l'entreprise mère est tenue de recenser en vertu d'autres exigences de l'Union imposant de mener une procédure de diligence raisonnable ». C'est encore lui qui doit prendre des mesures (« mesures prises par le groupe ») « pour prévenir, atténuer, corriger ou éliminer les incidences négatives, réelles ou potentielles ».

On perçoit, ce qui n'est pas pour surprendre mais manifeste la nécessité de franchir encore quelques étapes sur la voie de la pleine reconnaissance de l'existence juridique, qu'il y a un réel dépassement de la seule société mère pour faire du groupe le sujet... et ceci résonne très logiquement avec l'invitation plus large à dépasser les approches sociétaires eu bénéfice de l'entreprise élargie.

II – Une invitation à dépasser les approches sociétaires au bénéfice de l'entreprise élargie

La directive CSRD, sur la publication d'informations en matière de durabilité, consacre la réception de l'entreprise élargie et confirme qu'il n'est plus possible de se contenter des frontières de la personne morale ; c'est ainsi que le périmètre pertinent s'étend aux filiales et au-delà

La durabilité est, depuis longtemps, l'un des angles de pénétration du droit souple international en droit de l'Union et la contractualisation est une voie de renforcement bien connue des exigences en la matière ; en témoignent notamment les

références faites aux ODD, à l'accord de Paris²⁴. Le texte de la directive insiste sur la nécessité de garantir « la cohérence avec les instruments internationaux tels que les “Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l’homme : mise en œuvre du cadre de référence “protéger, respecter et réparer” des Nations unies”, les principes directeurs de l’OCDE à l’intention des entreprises multinationales et le guide de l’OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises²⁵ ». La directive reprend la définition de la vigilance/diligence raisonnable issue de ces sources comme « le processus mis en œuvre par les entreprises pour recenser, surveiller, prévenir, atténuer et corriger les principales incidences négatives réelles et potentielles liées à leurs activités ou y mettre fin », et devant déterminer « comment les entreprises remédient à ces incidences négatives²⁶ ». Si le lien avec les instruments internationaux est si important, c’est qu’il permet de comprendre qu’à l’instar de ceux-ci, le Droit de l’Union ne peut se cantonner aux seules sociétés, entendues comme personnes morales autonomes. C’est bien l’entreprise dans son ensemble qui est visée. Si elle est articulée avec les différentes entités qui lui sont liées et fait naître des obligations dans leur chef, c’est bien la réalité conceptuelle globale de l’entreprise qui constitue le cadre opérationnel et conceptuel auquel il est fait référence.

Sur le registre de l’accueil des parties prenantes, le texte accueille la *Stakeholders’ Theory*. La directive marque une avancée importante dans cette réception en actant le fait que l’entreprise doit décrire « en quoi le modèle commercial et la stratégie de l’entreprise tiennent compte des intérêts des parties prenantes de l’entreprise et des incidences de l’entreprise sur les questions de durabilité ». Ce sujet, à lui seul, appellerait de nombreuses analyses nous nous contenterons ici de constater que l’absence de considération pour ces intérêts n’est pas une option ouverte.

Si la directive sur la publication d’informations en matière de durabilité marque une étape importante dans la *réception de l’entreprise élargie*, c’est qu’elle va au-delà du constat de l’existence des parties prenantes pour acter le fait que l’appréciation des risques en matière de durabilité doit se faire tout au long de la chaîne de valeur (cons. 9) et que cette dynamique est bien ancrée sur une question de responsabilité, précisément tout au long de ladite chaîne de valeur²⁷.

24 V. déjà Règlement (UE) 2019/2089 du 27 novembre 2019 modifiant le règlement (UE) 2016/1011 en ce qui concerne les indices de référence « transition climatique » de l’Union, les indices de référence « accord de Paris » de l’Union et la publication d’informations en matière de durabilité pour les indices de référence.

25 V. égal. Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l’établissement d’un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088, cons. 2 et 3.

26 Directive 2022/2464 du 14 décembre 2022 sur la publication d’informations en matière de durabilité par les entreprises, cons. 21

27 Cons. 18 « L’exigence prévue par la présente directive modificative, selon laquelle les grandes entreprises dont les valeurs mobilières ne sont pas admises à la négociation sur un marché réglementé de l’Union devraient également publier des informations sur les questions de durabilité, est essentiellement motivée par des préoccupations relatives aux incidences et à la responsabilité de ces entreprises, y compris tout au long de leur chaîne de valeur. »

À propos des incidences liées aux activités des entreprises, sans surprise, la directive sur la publication d'informations en matière de durabilité reprend l'approche des textes internationaux de *soft law* et s'attache aux « incidences directement causées par l'entreprise » comme aux « incidences auxquelles l'entreprise contribue » et ceci impliquant « les incidences qui sont par ailleurs liées à la *chaîne de valeur* de l'entreprise²⁸ ». Il faut bien mesurer la logique et les conséquences associées à l'identification des « principales incidences négatives, réelles ou potentielles, liées aux propres activités de l'entreprise et à sa chaîne de valeur, y compris ses produits et services, ses relations d'affaires et sa chaîne d'approvisionnement » ce qui s'étend bien tout au long de la chaîne de valeur et recouvre l'ensemble des relations d'affaires dans l'esprit des principes directeurs issus du droit souple.

De même, dès lors que les entreprises sont tenues de décrire les « mesures prises pour recenser et surveiller ces incidences, et des autres incidences négatives que l'entreprise est tenue de recenser en vertu d'autres exigences de l'Union imposant aux entreprises de mener une procédure de diligence raisonnable », on perçoit que la « vigilance ordinaire » progresse puisque l'entreprise ne pourra être légitime à prétendre ignorer les risques d'incidences identifiées par elle ou que l'on aurait porté à sa connaissance. À cet égard, la formule selon laquelle il convient d'informer « de toute mesure prise par l'entreprise pour prévenir, atténuer, corriger ou éliminer les incidences négatives, réelles ou potentielles, et du résultat obtenu à cet égard » est elle aussi très large et ne peut qu'épouser les frontières suggérées par les informations précédentes, c'est-à-dire aller jusqu'à celles de la chaîne de valeur²⁹. Ce sont bien toutes les informations qui doivent être envisagées à l'aune non seulement des activités propres de l'entreprise qui informe mais aussi de « la chaîne de valeur de l'entreprise, y compris ses produits et services, ses relations d'affaires et sa chaîne d'approvisionnement ». Ici il faut souligner l'effet de rayonnement de cette dynamique puisque, par hypothèse, les entreprises tenues d'informer devront demander à leurs relations d'affaires les informations qui leur permettront de satisfaire leurs propres obligations, ce qui devrait mécaniquement conduire à remonter l'ensemble des chaînes et faire en sorte, au moins pour les incidences les plus importantes, que toutes les entreprises soient concernées, par elles-mêmes ou par leurs co-contractants directs ou indirects.

28 Le cons. 33 insiste sur le fait que les informations doivent être données « sur l'ensemble de la chaîne de valeur de l'entreprise, y compris ses propres opérations, ses produits et services, ses relations d'affaires et sa chaîne d'approvisionnement, s'il y a lieu » et ceci pour la chaîne en Europe et au-delà le texte précisant que « si l'entreprise ne dispose pas de toutes les informations nécessaires concernant la chaîne de valeur, l'entreprise devrait expliquer les efforts déployés pour obtenir les informations concernant sa chaîne de valeur, les raisons pour lesquelles ces informations n'ont pas pu être obtenues et ce qu'elle entend faire pour obtenir de telles informations à l'avenir »

29 Le pendant, en termes de double matérialité, des informations sur les « principaux risques pour l'entreprise qui sont liés aux questions de durabilité, y compris une description des principales dépendances de l'entreprise en la matière, et une description de la manière dont l'entreprise gère ces risques » apparaissent, à cet égard, moins ambitieux.

Il est d'ailleurs notable que si la directive envisage que pendant les trois premières années d'application des mesures « et si les informations nécessaires concernant sa chaîne de valeur ne sont pas toutes disponibles » (ce qu'il conviendra de justifier), « l'entreprise explique les efforts déployés pour obtenir les informations nécessaires concernant sa chaîne de valeur, les raisons pour lesquelles les informations nécessaires n'ont pas toutes pu être obtenues et ce qu'elle entend faire pour obtenir les informations nécessaires à l'avenir », le ton adopté est bien, ici comme à propos des petites entreprises, à la dérogation d'interprétation stricte et que le cap est fixé.

Très logiquement, mais cette fois dans une formulation intégrée dans un texte de droit dérivé, elle relève que « le processus de diligence raisonnable concerne l'ensemble de la chaîne de valeur de l'entreprise, y compris ses propres activités, ses produits et services, ses relations d'affaires et ses chaînes d'approvisionnement³⁰ ». On constatera que le curseur est ainsi placé à un niveau qui est celui des règles relatives à la conduite responsable des entreprises (CRE) tel que fixées notamment dans le guide de l'OCDE. Cela ne veut pas dire que tout est pertinent mais bien que les frontières sont repoussées. Il sera, dans un deuxième temps, nécessaire de hiérarchiser les incidences en cause, notamment en s'attachant à identifier les principales, les plus graves ou les plus importantes. Il faudra également tenir compte de la complexité de la chaîne de valeur, notamment liée à la taille des entreprises concernées³¹.

On perçoit que s'il peut être légitime et nécessaire de hiérarchiser, l'indifférence à ce qui ne serait pas négligeable sera difficile à justifier. On soulignera aussi que le vocabulaire employé par le législateur européen évoque la réparation des dommages et le « rétablissement de l'environnement ou des personnes touchées dans leur situation antérieure³² », ce qui évoque une responsabilité aux accents les plus classiques.

Dans un propos qui s'assume comme partiel, on insistera, pour finir, sur le fait que dépassement des cadres habituels est aussi lié à une approche qui s'assume comme portant essentiellement sur les risques. Ici, il nous semble nécessaire de souligner que la durabilité est une notion ancrée dans l'anticipation et qui donne sa mesure à l'accueil en droit des affaires du couple prévention/précaution que l'on est trop peu accoutumé encore à y rencontrer. Il faut, pour satisfaire aux finalités du droit européen, non seulement s'attacher aux effets mais bien aux risques en matière

30 Cons. 31.

31 V. not. cons. 53.

32 Cons. 31 : « Conformément aux principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, une incidence négative réelle ou potentielle doit être considérée comme une incidence principale lorsqu'elle figure parmi les incidences les plus importantes liées aux activités de l'entreprise en fonction: de la gravité de l'incidence sur la population ou l'environnement; du nombre de personnes qui sont ou pourraient être touchées, ou de l'ampleur des dommages causés à l'environnement; et de la facilité avec laquelle le dommage pourrait être réparé, en rétablissant l'environnement ou les personnes touchées dans leur situation antérieure »

de durabilité³³ c'est d'ailleurs la raison pour laquelle « les acteurs des marchés financiers et les conseillers financiers devraient intégrer dans leurs procédures, y compris leurs procédures de diligence raisonnable, et évaluer en permanence non seulement tous les *risques financiers pertinents*, mais également tous les *risques pertinents en matière de durabilité* susceptibles d'avoir une incidence négative importante et pertinente sur le rendement financier d'un investissement ou d'un conseil » ; le risque est, alors, perçu comme un « événement ou une situation dans le domaine environnemental, social ou de la gouvernance qui, s'il survient, pourrait avoir une incidence négative importante sur la valeur de l'investissement³⁴ ».

Le sujet va directement faire échos aux exigences vis-à-vis de la vigilance/diligence attendue des acteurs de marchés qui doivent d'ores et déjà³⁵ mettre en place des procédures de diligence afin de prendre en compte les « principales incidences négatives en plus des risques financiers pertinents et des risques pertinents en matière de durabilité »³⁶. Le Règlement 2019/2088 renvoie d'ailleurs sur ce point au guide sur le devoir de diligence raisonnable pour une conduite responsable des entreprises élaboré par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et aux principes pour l'investissement responsable soutenus par les Nations unies. C'est dans cette dynamique que la directive sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises impose aux entreprises qui y sont soumises, de décrire « la procédure de diligence raisonnable mise en œuvre par l'entreprise concernant les questions de durabilité et, le cas échéant, conformément aux exigences de l'Union imposant aux entreprises de mener une telle procédure ». Si l'on perçoit le renvoi à la future directive sur le devoir de vigilance, il semble inconcevable que les entreprises soumises à la directive 2022/2464 ne mettent en place aucune procédure.

Cela ne doit pas surprendre, la notion de risques et d'incidences en matière de durabilité est très présente dans les textes récents. On la retrouve donc logiquement dans la directive sur la publication d'informations en matière de durabilité qui évoque la demande croissante en matière de risques liés au climat mais aussi la prise de conscience croissante « des risques et des opportunités qui découlent, pour les entreprises et les investissements, d'autres questions environnementales, telles que

33 Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, cons. 10.

34 Règlement 2019/2088 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, art. 1, pt 22

35 Règlement 2019/2088 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, cons. 18

36 Règlement 2019/2088 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, art. 4 « Les acteurs des marchés financiers publient et tiennent à jour sur leur site internet: a) lorsqu'ils prennent en compte les principales incidences négatives des décisions d'investissement sur les facteurs de durabilité, une déclaration sur les politiques de diligence raisonnable en ce qui concerne ces incidences, compte tenu de leur taille, de la nature et de l'étendue de leurs activités ainsi que des types de produits financiers qu'ils mettent à disposition »

la perte de biodiversité, et de questions sociales et de santé, y compris le travail des enfants et le travail forcé »³⁷.



Pour conclure, mais il est évidemment beaucoup trop tôt pour le faire, on constatera que la directive sur la publication d'informations sur la durabilité par les sociétés manifeste avec éclat l'ancrage de l'approche ESG en droit des sociétés. À cet égard, si les développements sur les normes d'information en matière de durabilité peuvent susciter quelques inquiétudes sur une forme d'accaparement du droit par la technique et de privatisation du mécanisme normatif, les « normes d'information en matière de durabilité » décrites, par la directive posent en tout état de cause un cadre assez clair, au moins dans ses grandes lignes, sur les facteurs environnementaux, sociaux, et de gouvernance devant être pris en compte.

Le texte précise l'objectif qui est bien de garantir « la qualité des informations publiées en ce qu'elles imposent que ces informations soient compréhensibles, pertinentes, vérifiables, comparables et fiables », sans charge administrative excessive et en étant en cohérence avec les « initiatives mondiales de normalisation pour l'information en matière de durabilité ».

Le changement climatique, les ressources aquatiques et marines, la pollution, la biodiversité sont des sujets avec lesquels les entreprises doivent compter et sur lesquels elles doivent rendre des comptes.

L'égalité de traitement, les conditions de travail, le respect des Droits de l'homme ne sont pas cantonnés dans des branches du Droit particulières mais doivent être assumés comme des facteurs essentiels de structuration de l'activité des entreprises

L'éthique et la culture d'entreprise, l'influence politique de celle-ci, la prise en compte de tous les *Stakeholders*, les systèmes de contrôle interne et de gestion des risques, le rôle des organes sociaux en matière de durabilité sont également des sujets dont la centralité est enfin assumée explicitement en matière de durabilité aussi.

Dans chacun de ces domaines apparaît une consécration et une reconnaissance de l'importance, en Droit des affaires, de thèmes qui, longtemps, ont pu être considérés, à tort, comme y étant étrangers. Cette ouverture est certainement la clef d'un renouvellement paradigmatique dont nous sommes encore très loin de mesurer toutes les conséquences mais qui semble à beaucoup d'égard aller dans le bon sens, celui de montrer ce qui était caché et, sur la foi de ce qui est ainsi partagé, permettre de poser un jugement plus éclairé.

37 Cons. 11

**PRIX DE THÈSE
PARIS 1 - IRJS 2023 :
RECENSIONS**

Recensions des thèses lauréates

1. **Matthieu Huyghe, *Alteri stipulari nemo potest : naissance, vie et mort d'un mythe français du droit des obligations.***

Nelly HISSUNG-CONVERT et Laura VIAUT
Maîtres de conférences en histoire du droit
Université Paris I Panthéon Sorbonne

Monsieur Matthieu Huyghe a soutenu en 2022, sous la direction de Monsieur le Professeur Nicolas Warembourg, une thèse d'histoire du droit portant sur la maxime *Alteri stipulari nemo potest*¹, autrement dit sur la stipulation pour autrui.

Rappelons ici que l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est venue mettre fin à la permanence de cette règle ; en effet, l'ancien article 1119 du Code civil de 1804 devenant le nouvel article 1205 du Code civil a réduit l'ancienne règle qu'*On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom que pour soi-même*, à *On peut stipuler pour autrui*. Le législateur de 2016 a donc aboli l'un des principes les plus absolus du droit civil des obligations, engendrant par là un profond bouleversement du droit civil. Cette réforme fut l'occasion de consacrer formellement dans le droit français la possibilité de stipuler pour autrui, c'est-à-dire de rendre créancière une personne extérieure au contrat conclu entre les parties.

C'est dire ici l'importance de cette thèse diachronique, et qui manquait dans nos travaux de sciences juridiques, pour comprendre la portée de la réforme de 2016. Ce beau travail se propose d'apporter un éclairage à la réforme, et notamment dans une dimension historique qui court de l'Antiquité jusqu'à nos jours.

Un premier regard de l'auteur porte sur les textes romains, lesquels fondent l'interdiction des actes au profit des tiers. L'adage bien connu *Alteri stipulari nemo potest*, dont Ulpien est l'auteur, figure ce qui prend l'apparence d'un principe qui gouvernerait le droit des obligations : nul ne peut stipuler pour autrui². Cette prescription s'impose comme une *regula iuris*, c'est-à-dire l'édition d'un principe du *ius civile* qui s'impose malgré des cas d'espèce qui y feraient échec. Il s'agit donc surtout d'une règle qui synthétise un principe du droit civil ayant vocation à s'appliquer de

1 Retranscrite dans le *Corpus iuris civilis*, au Digeste d'Ulpien. D., 45, 1, 38, 17 : *Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur : inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest : ceterum ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest : poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.*

2 L'auteur indique cependant que, moins connu mais pourtant plus ancien, l'on retrouve la substance de ce principe chez Scaevola, au Digeste *De diversis regulis iuris antiqui* (D., 50, 17, 73, 4) : *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.*

manière générale. Stipuler pour autrui est donc un acte impossible et par essence inutile. L'époque médiévale va opérer un double examen de la maxime *Alteri stipulari nemo potest* : celui de la doctrine canoniste tout d'abord, et celui de la doctrine civiliste ensuite où l'on commence à déceler une altération de l'interdiction : la stipulation pour autrui commence à être reconnue. Si la doctrine humaniste se contente de reprendre l'analyse médiévale, la doctrine du Droit Naturel moderne projette un véritable essor d'opinions en faveur de l'abolition de la règle *Alteri stipulari*, tant sur le plan pratique que sur le plan théorique. En effet, les nouveaux besoins de l'Époque Moderne et le développement du commerce nécessitent des outils plus adaptés. On assiste alors à de vives critiques de la part des auteurs hollandais qui n'hésitent pas à relever la futilité de la *regula Alteri stipulari* tout en affirmant qu'il est fréquent de stipuler au profit d'autrui, notamment par l'intermédiaire du billet à ordre ou du titre au porteur. Les Modernes « extirpent la stipulation pour autrui de son carcan médiéval », malgré un réel conservatisme des juristes. Le XIX^e siècle français, qui voit naître la codification napoléonienne va alors, sans surprise, poser en son corpus le principe devenu traditionnel de l'interdiction des actes pour autrui. On retrouve donc, au sein de l'article 1119 du Code civil de 1804, la prescription suivante, « lapidaire et dogmatique » : « *On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même* ». L'auteur ajoute qu'on ne comprend le véritable intérêt de cet article qu'à la lecture des trois articles qui lui font suite, mais surtout de l'article 1121 : « *On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter* ». L'article 1121 contient en réalité les clefs de l'émancipation de la stipulation pour autrui. En une phrase, les rédacteurs ont posé deux exceptions qui suffisent à elles seules à se débarrasser de la règle litigieuse. La première remettant au goût du jour la clause pénale, la seconde restaurant la donation avec charge ; chacune d'elles purgeant la stipulation pour autrui de son indéfectible défaut d'intérêt. Une fois acceptée par le tiers bénéficiaire, la révocation par le stipulant devient impossible et alors le contrat est *scellé par trois volontés*. Bien que théoriquement possible, la stipulation pour autrui résiste encore à la doctrine civiliste du XIX^e siècle. Mais, dans la pratique, le développement de contrats de type assurance, gestion d'affaires, en accord avec les besoins de l'époque, est un formidable moteur d'émancipation de la stipulation pour autrui car il va repousser les limites de l'article 1121 du Code civil. Les deux exceptions qui y sont exposées sont perçues comme « non-limitatives ». On assiste alors à un empilement d'exceptions qui dépassent de loin la clause pénale et la donation avec charge : cession de dette, cession de bail, rente viagère, dépôt, etc. Les limites sont définitivement franchies au début du XX^e siècle avec le développement du transport ferroviaire et la reconnaissance d'une stipulation pour autrui « implicite ». Cette progression la stipulation pour autrui s'est poursuivie jusque dans les années 1970-1980. Mais c'est sans doute cette abolition progressive qui a conduit à faire disparaître l'ancien article 1119 au profit de l'actuel article 1205 du nouveau Code civil, qui dispose aujourd'hui que : *On peut stipuler pour autrui*.

La France, trop attachée à la tradition romaine qui interdisait la stipulation pour autrui, a longtemps fait figure d'exception en matière de contrat au profit des tiers. Un regard vers les États étrangers, même soumis à la transposition du Code civil de 1804, suffit à s'en convaincre ; dès 1927, le projet de Code des obligations franco-italien prévoyait déjà une abolition formelle de la prohibition romaine, et le Code civil allemand de 1900 recèle de dispositions permettant les actes au profit des tiers, tout comme la Belgique, l'Italie, la Roumanie, le Portugal, l'Espagne, le Monténégro, l'Autriche, la Suisse, le Maroc, la Tunisie, le Liban, l'Argentine, le Brésil, le Chili, et même l'Angleterre.

L'abolition française de la maxime *Alteri stipulari nemo potest* est donc le fruit d'une longue construction doctrinale et jurisprudentielle, qui s'est faite concomitamment à l'évolution de la société, et non en prévision de ce qu'elle allait devenir. Ainsi, l'article 1121 du Code civil de 1804 était, dès son édicition par les rédacteurs, un instrument au service des contrats sous réserve des adaptations des jurisconsultes et des praticiens. En formalisant la stipulation pour autrui dans le nouveau Code civil, le législateur de 2016 a ouvert le champ des possibles à un instrument dont l'usage connaissait déjà peu de limites, quel que soit son domaine d'intervention.

Voilà tous les siècles que cette thèse nous invite à franchir au prisme de la trop méconnue stipulation pour autrui. C'est un véritable panorama, particulièrement clair et détaillé, de l'interdiction de la stipulation, des dérogations qui se sont mis en place à travers le temps, des tentatives et des débats doctrinaux. Ce sujet, à la fois technique par son sujet et profond par sa dimension historique sur le temps long (près de 2000 ans d'histoire), était encore inédit. Cette thèse met à la disposition de tout juriste des éléments précieux d'analyse qui concourent à la fois à l'histoire générale des obligations (matière trop souvent délaissée en histoire du droit, à l'heure où l'on ne compte plus que sur les doigts des deux mains les historiens du droit qui s'attachent à lire les sources rédigées en latin) et à la compréhension du droit privé positif. Encore trop rares sont les travaux qui lient historiens du droit et juristes de droit privé. C'est ce qui ressort du travail de Matthieu Huyghe ; nul doute que cette très belle thèse fera date !

2. **Jean-Baptiste GUYONNET, *Les réitérations de norme. Essai de conceptualisation à partir du contentieux administratif français.***

Béatrice GUILLAUMIN
Maître de conférences en droit public
École de droit de la Sorbonne

Dire d'une thèse qu'elle est convaincante, c'est encore le plus bel éloge qu'on en puisse faire. Et la thèse soutenue par M. Jean-Baptiste Guyonnet le 14 décembre 2022 sous la direction de la Professeure Agnès Roblot-Troizier l'est assurément. Preuve s'il en est, elle a emporté l'adhésion des membres du jury et reçoit aujourd'hui le

prix de thèse de l'IRJS. M. Guyonnet se propose ici de sonder les réitérations de norme, le contentieux administratif ayant été choisi comme laboratoire d'étude. En se saisissant d'un sujet inédit, puisque largement négligé par la doctrine, l'ambition scientifique de l'auteur est audacieuse : construire un concept permettant d'appréhender et de comprendre un phénomène juridique identifié dans le contentieux administratif.

La première partie de la thèse est consacrée à la conceptualisation des réitérations de normes. Après avoir procédé à une double observation minutieuse et systématique de cet objet juridique dans le discours juridictionnel et dans le discours doctrinal, M. Guyonnet propose de définir la réitération de normes comme une « norme juridique dont l'objet est de confirmer, prolonger, rappeler ou spécifier une norme juridique préexistante ». L'intérêt de cette première partie est indéniable. Elle permet d'abord d'identifier les références discursives à la réitération de norme dans le contentieux administratif – et donc de démontrer le caractère tangible de cet objet juridique – avant de dévoiler les ressorts d'un impensé, notamment à travers des développements très stimulants sur la création du droit. Ces derniers conduisent M. Guyonnet à expliquer les raisons de l'éviction des réitérations de normes du champ doctrinal par la convocation des théories du droit et de leur réception en France. Elle permet surtout la construction méthodique et progressive du concept de réitération de norme, qui, dans une perspective originale, est entendue comme une norme singulière marquée par son caractère secondaire, par sa fonction de translation et par ses effets ou vices propres.

La seconde partie s'intéresse quant à elle aux utilisations du concept de réitération de norme dans une démarche visant à en vérifier l'utilité même. M. Guyonnet en présente en premier lieu les vertus explicatives du contentieux administratif, le recours à la réitération de norme constituant un véritable levier d'une meilleure compréhension du droit positif. Tout en identifiant un « portrait-type » du régime de la réitération de norme, l'auteur dégage ainsi une grille de lecture de la manière dont le juge l'appréhende, tant en ce qui concerne la recevabilité de la requête que les modalités d'exercice du contrôle de légalité. En second lieu, l'auteur s'intéresse à l'utilisation qui est faite du concept par les différents acteurs du contentieux administratif à travers les objectifs qu'ils entendent poursuivre. En mobilisant tout particulièrement la théorie réaliste de l'interprétation, M. Guyonnet met en exergue les stratégies propres au juge et à l'Administration dans le maniement de la réitération de norme, tant à l'aune du principe de sécurité juridique que de celui de légalité. Plus encore, il suggère que les destinataires de l'action administrative auraient tout intérêt à en faire un usage stratégique dans le cadre de leurs relations avec l'Administration.

L'apport doctrinal du travail réalisé par M. Guyonnet est considérable. Présentant une analyse extrêmement fine de la doctrine, du droit positif, des théories du droit et des grands principes qui président le contentieux administratif, l'auteur ne se contente pas de conceptualiser la réitération de norme dans le cadre d'une démon-

tration brillante, servie par une plume élégante. Il révèle surtout à quel point ce concept n'est pas déconnecté de la réalité du contentieux administratif, qui, dans un mouvement presque circulaire, alimente la réflexion autant qu'elle l'illustre. Véritable thèse d'érudit, à la confluence entre le droit savant et le droit vivant, ce travail ne manquera pas de nourrir la discussion sur la réitération de norme, en droit administratif certes, mais *a fortiori* dans d'autres branches du droit.

3. Étienne NÉDELLEC, *Critique du droit processuel civil*.

Xavier LAGARDE
Professeur de droit privé et sciences criminelles
École de droit de la Sorbonne

REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE SORBONNE LAW REVIEW

Appel à contributions n° 8/23

La Revue Juridique de la Sorbonne – Sorbonne Law Review lance un appel à contributions pour son huitième numéro à paraître en décembre 2023.

La Revue a pour ambition de publier des travaux de recherche qui peuvent intéresser la communauté des juristes et des chercheurs. Ces travaux peuvent explorer différents lieux et temporalités du droit sans restriction, mais sont invités à proposer des analyses susceptibles d'éclairer le plus grand nombre sans se contenter d'une vision trop circonscrite. Des travaux mettant en perspective le droit avec d'autres sciences humaines y trouveraient également bon accueil.

Les soumissions d'articles peuvent être en français ou en anglais, dans la limite de 60 000 caractères espaces compris.

Les chercheurs intéressés peuvent envoyer leurs contributions complètes, ainsi qu'un court résumé et une sélection de mots-clés, en français et en anglais, à l'adresse :

*irjs-editions@univ-paris1.fr
au plus tard le 7 octobre 2021*

Le titre, le résumé et les mots-clés de l'article devront être en français et en anglais.

Les auteurs des articles sont invités à préciser leur nom en début d'article, leur affiliation institutionnelle et leur grade académique, ainsi que leurs coordonnées (postale et électronique).

Les contributions, originales, devront être envoyées au format Word (.doc ou .docx), police Constantia, 12, interligne de 16 points, références bibliographiques incluses dans les notes de bas de page numérotées de façon continue.

L'évaluation des articles soumis à la rédaction est effectuée en double aveugle par les membres du comité scientifique de la revue ou des membres externes le cas échéant, selon les domaines de compétences sollicités par l'article.

La Revue Juridique de la Sorbonne est un périodique semestriel numérique en libre accès, sous licence Creative Commons (BY) (NC) (ND). Pour en savoir plus : <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne/politiques-publication>.

