

Propos conclusifs.
Durabilité et régulation de l'entreprise sociétale

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'acquiescer 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